

ZH_OBERGERICHT SB190147 vom 26. August 2019

ZH Obergericht, 2019-08-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190147

FR: ZH_OBERGERICHT SB190147 du 26 août 2019

IT: ZH_OBERGERICHT SB190147 del 26 agosto 2019

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die vorinstanzliche Kostenaufgabe gemäss den Dispositiv Ziffern 8 und 9 zu bestätigen.

E. 1.1.1

Die Tat ist nach demjenigen Recht zu beurteilen, das im Zeitpunkt der Be- gehung in Kraft stand. Daran ändert sich nichts, wenn die Handlung nur zum Teil (z.B. bei Dauerstraftaten) unter das neue fällt (POPP/BERKEMEIER, in: NIGGLI/ WIPRÄCHTIGER, BSK StGB I, Art. 2 N 9 und 11). Gestützt auf diese Praxis ist der rechtswidrige Aufenthalt des Beschuldigten, welcher nach der Rückkehr aus Deutschland in die Schweiz bis zum 10. August 2018 andauerte, mithin über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Sanktionenrechts hinaus, als Dauerdelikt neurechtlich zu beurteilen. Die Vorinstanz hat hier fälschlicherweise altes Recht angewendet. Gleiches muss für die geringfügige Widerhandlung gegen das AuG im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG in Verbindung mit Art. 90 Abs. 1 lit. c AuG gelten. Beim Straftatbestand der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG verhält es

- 17 - sich so, dass diese Delinquenz durch den Beschuldigten am 22. April 2018 be- gangen wurde. Mithin also nach Inkrafttreten des neuen Sanktionenrechts, wes- halb dieses – wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat – auch für das zuletzt begangene Delikt zur Anwendung gelangt (Urk. 31 S. 11 ff.).

E. 1.2

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist praxisgemäss auf Fr. 3'000.– zu veranschlagen.

E. 1.2.1

Die Vorinstanz kam im Rahmen ihrer Strafzumessung zusammengefasst zu folgenden Schlussfolgerungen (Urk. 31 S. 13 ff.):

E. 1.2.1.1

In Bezug auf den Schuldspruch wegen des rechtswidrigen Aufenthaltes sei das Tatverschulden unter Berücksichtigung der objektiven und der subjektiven Tatschwere insgesamt als noch eher leicht zu beurteilen. Während unter dem Ti- tel Täterkomponente dem Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten keine strafzumessungsrelevante Bedeutung zukomme, wirke sich die einschlägige Vorstrafe sowie die erneute, einschlägige Delinquenz während laufender Probezeit strafferhöhend aus. Strafmildernd sei dagegen das Geständ- nis des Beschuldigten zu berücksichtigen, welches

die Untersuchung deutlich vereinfacht habe. Aufgrund der Täterkomponente sei die nach der Tatschwere bemessene Einsatzstrafe von 80 Tagessätzen um 10 Tagessätze auf 90 Tagessätze zu erhöhen. Die Tagessatzhöhe sei angesichts der Mittellosigkeit des Beschuldigten auf minimale Fr. 10.– festzulegen.

E. 1.2.1.2

Betreffend die Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung beurteilte die Vorinstanz das Tatverschulden insgesamt als leicht. Unter Berücksichtigung der Täterkomponente erachtete sie eine Strafe von 30 Tagen als angemessen. In Bezug auf die Sanktionsart erwog die Vorinstanz, dass dem Beschuldigten aufgrund seines Verhaltens eine Schlechtprognose gestellt werden müsse, weswegen es geboten erscheine, ihn mit einer Freiheitsstrafe zu belegen, denn es sei ernsthaft zu befürchten, dass er sich von einer Geldstrafe nicht nachhaltig beeindruckt lassen werde. Insgesamt sei der Beschuldigte daher mit einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen zu bestrafen, wobei die zweitägige Untersuchungshaft vollumfänglich anzurechnen sei.

- 18 -

E. 1.2.1.3

Schliesslich bestrafe die Vorinstanz den Beschuldigten wegen der geringfügigen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer mit einer Busse in der Höhe von Fr. 100.–. Für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse setzte sie eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag fest.

E. 1.2.2

Vor Vorinstanz äusserte sich weder der Beschuldigte (Prot. I. S. 10), noch sein amtlicher Verteidiger substantiiert zum Strafmass (Urk. 22). Im Berufungsverfahren beanstandete die Verteidigung die vorinstanzliche Strafzumessung nicht substantiiert, sondern focht diese lediglich akzessorisch zu den beantragten Einstellungen/Freisprüchen an und gab zu Bedenken, dass angesichts der Verhältnisse des Beschuldigten die Strafe sehr hart erscheine sowie eine Freiheitsstrafe nicht angemessen sei (Urk. 43 S. 13 ff.).

E. 1.2.3

Die vorinstanzliche Strafzumessung ist vollständig und zutreffend und es kann darauf verwiesen werden. Die Verteidigung macht nicht überzeugend geltend, weshalb im Sinne von Art. 52 StGB gänzlich von einer Bestrafung abgesehen werden sollte (Urk. 43 S. 12 f.). Vielmehr ist die vorinstanzliche Ausfällung einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen für die Missachtung der Eingrenzung angemessen und zu bestätigen.

E. 1.2.4

Sodann ist betreffend die Strafe wegen rechtswidrigen Aufenthaltes – in Anwendung des neuen Rechts (Art. 46 Abs. 1 StGB) – korrigierend zum vorinstanzlichen Urteil eine Gesamtstrafe unter Einbezug der widerrufenen Strafe zu bilden. Unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips ist eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen als Gesamtstrafe angemessen. Angesichts der aktuellen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse ist ein minimaler Tagessatz von Fr. 10.– auszufällen (Art. 34 Abs. 2 StGB; BGE 134 IV 72).

E. 1.2.5

Die von der Vorinstanz ausgefällte Busse von Fr. 100.– für die geringfügige Widerhandlung gegen das AuG im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG in Verbindung mit Art. 90 Abs. 1

lit. c AuG erscheint dem Verschulden des Beschuldigten angemessen und ist entsprechend ohne Weiteres zu bestätigen.

- 19 - 2. Vollzug

E. 1.3

Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung vollumfänglich, weshalb ihm auch die Kosten des Berufungsverfahrens vollumfänglich aufzuerlegen sind. Davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche unter Vorbehalt der Rück-

- 21 - zahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO in Anwendung von Art. 426 Abs. 1 StPO einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. 2. Entschädigung

E. 1.4

Am 26. August 2019 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt Dr. iur. X._____, erschienen ist (Prot. II S. 3). Vorfragen waren keine zu entscheiden und abgesehen von der Einvernahme des Beschuldigten (Urk. 42) waren keine Beweise abzunehmen (Prot. II S. 5). Das Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 6 ff.).

E. 2

Rechtliche Würdigung

E. 2.1

Rechtsanwalt Dr. iur. HSG X._____ ist gestützt auf seine Honorarnote vom 21. August 2019 (Urk. 41) für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger mit Fr. 4'853.55 (inkl. Barauslagen und MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Es wird beschlossen:

E. 2.1.1

Die Anklagebehörde würdigte das unter Ziffer 1 der Anklageschrift geschilderte Verhalten des Beschuldigten in rechtlicher Hinsicht unter anderem als rechtswidrigen Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG. Die Vorinstanz schloss sich im angefochtenen Entscheid dieser rechtlichen Würdigung an und sprach den Beschuldigten dementsprechend schuldig.

E. 2.1.2

Die Verteidigung beanstandete die rechtliche Würdigung der Vorinstanz im Berufungsverfahren wie folgt (Urk. 43 S. 2 ff.):

E. 2.1.2.1

Der Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthaltes sei erst dann erfüllt, wenn in subjektiver Hinsicht eine Absicht zum Verbleib vorliege. Der Beschuldigte habe aber den Willen gehabt, die Schweiz zu verlassen und habe diesen Willen manifestiert, indem er am 2. April 2017 – nachdem er die nötigen Vorbereitungen getroffen habe – die Schweiz tatsächlich verlassen habe. Entsprechend habe der Beschuldigte – entgegen der Vorinstanz – keinen direkten Vorsatz gehabt, in der Schweiz zu bleiben.

E. 2.1.2.2

Sodann sei die zweite Wegweisungsverfügung – nach der Rückschaffung des Beschuldigten in die Schweiz – ausgestellt worden, bevor der Beschuldigte überhaupt wieder in der Schweiz gewesen sei. Diese Wegweisungsverfügung sei willkürlich und unter Missachtung grundlegender Verfahrensrechte ergangen, weshalb sie schon deshalb nicht verhältnismässig sei.

E. 2.1.2.3

Zudem sei für Strafbarkeit wegen rechtswidrigen Aufenthalts Voraussetzung, dass keine Vollzugshindernisse bestehen. Im Falle fehlender Vollzugshindernisse seien zweitens Zwangsmassnahmen zu prüfen und nach Möglichkeit anzuordnen. Drittens dürfe erst bei Untauglichkeit bzw. Erschöpfung der aus-

- 8 - länderrechtlichen Zwangsmassnahmen dazu übergegangen werden, eine Person wegen rechtswidrigen Aufenthaltes zu bestrafen. Vorliegend sei weder geprüft worden, ob Vollzugshindernisse bestanden, noch ob Zwangsmassnahmen hätten angeordnet werden können. Dabei sei nicht nur das Staatssekretariat für Migration verpflichtet, zu prüfen, ob Vollzugshindernisse vorliegen, sondern jede Behörde (BGer 2C_136/2017 vom 20.11.2017 E. 5). Im Rahmen des Wegweisungsentscheids sei dies nicht geschehen. Es gebe indes Vollzugshindernisse wegen bestehender Nachfluchtgründe. Zudem sei weder das rechtliche Gehör gewährt noch sei dem Beschuldigten der Inhalt der Verfügung übersetzt worden.

E. 2.1.3

Gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthaltes, in der Schweiz aufhält. Bei Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG handelt es sich um ein Sonderdelikt, welches nur von Ausländerinnen und Ausländern begangen werden kann. Mit Ausländer sind diejenigen Personen gemeint, welche die schweizerische Staatsangehörigkeit nicht besitzen (MAURER, in: DONATSCH ET AL. [Hrsg.], Kommentar zu StGB und JStG sowie zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG, 20. Auflage, Zürich 2018, N 2 zu Art. 115 AuG). Rechtsmässig ist der Aufenthalt, wenn er individuell bewilligt ist oder wenn eine gesetzliche Vorschrift die Anwesenheit erlaubt (ZÜND, in: SPESCHA/THÜR/ZÜND/BOLZLI/HRUSCHKA [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht,

E. 2.1.3.1

Gemäss eingestandenem und erstelltem Anklagesachverhalt verweilte der Beschuldigte nach seiner Entlassung aus der Ausschaffungshaft vom 21. November 2016 bis zum 2. April 2017 und danach vom 17. August 2017 bis zum 10. August 2018 in der Schweiz. Während dieser rund 16 Monate hielt er sich ohne jeglichen Aufenthaltstitel und damit grundsätzlich rechtswidrig in der Schweiz auf, denn es ist erstellt und vom Beschuldigten anerkannt, dass sein Asylgesuch mit Entscheid des Staatssekretariats für Migration vom 3. August 2016 rechtskräftig abgelehnt wurde. Gleichzeitig wurde der Beschuldigte aus der Schweiz weggewiesen. Dass der Beschuldigte aus objektiv nachvollziehbaren Gründen nicht in der Lage gewesen wäre, die Schweiz zu verlassen und in sein Heimatland zurückzukehren, ergibt sich weder aus den Akten, noch bringt der Beschuldigte Solches in überzeugender Manier vor. Wie die Vorinstanz bereits zutreffend erwog, hat das Staatssekretariat für Migration in seinem oben zitierten Entscheid abschliessend und verbindlich festgestellt, dass eine legale Ausreise des Beschuldigten in sein Heimatland

ohne Weiteres technisch möglich und praktisch durchführbar sei (Urk. 5/3/15 S. 59). Anhaltspunkte, welche vermuten lassen, es seien in einem späteren Zeitpunkt Vollzugshindernisse aufgetreten, ergeben sich sodann weder aus der zweiten Wegweisungsverfügung vom 28. Juli 2017 noch aus den übrigen Akten. Indem der Beschuldigte dessen ungeachtet in der Schweiz verweilte, hat er sich in objektiver Hinsicht tatbestandsmässig im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG verhalten.

- 10 -

E. 2.1.3.2

Entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 43 S. 4 f.) ist in Bezug auf die Wegweisungsverfügung vom 28. Juli 2017 nicht ersichtlich, inwiefern Verfahrensrechte verletzt sein sollen – zumal dem Beschuldigten auch das rechtliche Gehör gewährt wurde (Urk. 5/64). Daran ändert auch die Vordatierung dieses Entscheids nichts. Sodann hat der Beschuldigte unterschriftlich bestätigt, dass ihm die wichtigsten Punkte der Verfügung in einer ihm verständlichen Sprache schriftlich ausgehändigt wurden (Urk. 5/65 S. 3). Des Weiteren sind – wie an anderer Stelle ausgeführt – keine Vollzugshindernisse ersichtlich. Der Umstand, dass die Prüfung von Vollzugshindernissen bzw. das Nichtbestehen von Vollzugshindernissen bei einer erneuten Wegweisungsverfügung nicht explizit erwähnt wird, erscheint nachvollziehbar und führt nicht zur – von der Verteidigung reklamierten – Rechtswidrigkeit der Verfügung. Auch die Vorbringen der Verteidigung, es hätten zuerst sämtliche Vollzugsmassnahmen ausgeschöpft werden müssen, was nicht geschehen sei, überzeugen nicht, zumal der Beschuldigte sich vor dem strafrelevanten Zeitraum in Ausschaffungshaft befunden hat und ein administratives Rückführungsverfahren in die Wege geleitet worden war. Entsprechend hat die Verteidigung keine Argumente vorgebracht und es sind darüber hinaus auch keine ersichtlich, die am objektiven tatbestandsmässigen Verhalten des Beschuldigten etwas ändern würden.

E. 2.1.3.3

In subjektiver Hinsicht machte der Beschuldigte konstant geltend, er habe Probleme in seinem Heimatland und könne deshalb nicht zurückkehren. Sein Vater schicke ihm bedrohliche Briefe. Er schreibe ihm, dass sein Leben in Gefahr sei, wenn er in den Iran zurückkehre. Er habe in seiner Heimat keinen Militärdienst geleistet und sei stattdessen geflohen. Zudem setze er sich für Menschenrechte ein und man wisse ja, was mit Leuten im Iran passiere, die sich für Menschenrechte einsetzen würden. Dass sein Asylentscheid negativ beurteilt worden sei, sei ihm bekannt. Er habe dann ja auch das Land verlassen, indem er nach Deutschland gegangen sei. Von dort sei er aber wieder zurück in die Schweiz gebracht worden. Er habe die Schweiz nicht verlassen, weil er hier ein gutes Leben führen wolle (D1 Urk. 16 S. 5 ff. und Prot. I. S. 9 f.). Aufgrund dieser, durch den Beschuldigten eingenommenen Position, wird deutlich, dass ihm grundsätzlich klar war, dass er nach der rechtskräftigen Ablehnung seines Asylantrages die

- 11 - Schweiz hätte verlassen müssen. Dennoch hielt er sich rund noch viereinhalb Monate in der Schweiz auf, bevor er nach Deutschland ging. Mit Ausnahme dieses untauglichen Versuches, die Schweiz in Richtung Deutschland zu verlassen, unternahm der Beschuldigte auch nach eigenen Angaben nichts, um in sein Heimatland zurückzukehren respektive die Schweiz endgültig zu verlassen. Damit besteht kein Zweifel daran, dass der Beschuldigte sogenannte Bedeutungskennzeichen hinsichtlich aller tatbestandsmässig relevanten Umstände hatte, wobei ein Mitbewusstsein für die Erfüllung des subjektiven Straftatbestandes

ausreichend ist (VETTERLI/D'ADDARIO DI PAOLO, in: CARONI/GÄCHTER/THURNHERR [Hrsg.], Bun- desgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, vor Art. 115 ff. AuG N 14). Wenn der Beschuldigte verschiedentlich zu Protokoll gab, er habe bezüglich seine Rückreise in den Iran nicht kooperiert, weil er dorthin nicht zu- rückkehren wolle (Urk. 3/1 Antwort auf Frage 20 f.; Prot. I. S. 7 f.), dann kommt darin unmissverständlich zum Ausdruck, dass es viel weniger eine Frage des Könnens, als eine solche des Wollens ist. An anderer Stelle gab er bezeichnen- derweise denn auch zu Protokoll, er wolle wie andere Menschen in der Schweiz sein und hier ein gutes Leben führen respektive er wolle das Recht haben, als junger Mensch in der Schweiz leben zu können (Prot. I. S. 9 und S. 11). Auch an- lässlich der Berufungsverhandlung bekundete er, er habe das Recht, frei zu leben (Urk. 42 S. 5 f.). Vor diesem Hintergrund ist denn auch seine fehlende Kooperati- on zu sehen, die zwar in der Sache verständlich und nachvollziehbar, in recht- licher Hinsicht aber eben auch tatbestandsmässig ist. Dies wird umso deutlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass dem Beschuldigten seitens der iranischen Botschaft in der Schweiz in Aussicht gestellt wurde, dass er im Falle seiner freiwil- ligen Rückkehr in den Iran, ein "Laissez-passer" erhalte. Von dieser Gelegenheit machte er aber anerkanntermassen wissen- und willentlich keinen Gebrauch (Urk. 16 S. 7). Nach alledem ist erstellt, dass dem Beschuldigten gestützt auf sei- ne eigenen Aussagen bewusst war, dass sein Aufenthalt in der Schweiz rechts- widrig ist. Auch nach der Rückführung von Deutschland in die Schweiz unternahm er schlicht nichts, um in sein Heimatland zurückzukehren. Obwohl ihm bei der Einreise erneut eine Wegweisungsverfügung eröffnet und die wichtigsten Punkte in einer ihm verständlichen Sprache ausgehändigt wurden, dessen Erhalt der Be-

- 12 - schuldigte unterschriftlich bestätigte (Urk. 5/65), verblieb der Beschuldigte weiter- hin in der Schweiz. Es steht daher ausser Frage, dass er wissentlich und willent- lich, mithin also vorsätzlich, vorging.

E. 2.1.3.4

Soweit die Verteidigung, wie vor Vorinstanz, sinngemäss geltend macht, der Beschuldigte befinde sich in einer rechtfertigenden Notstandssituation (Urk. 43 S. 8 ff.), so ist zunächst auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu ver- weisen. Ergänzend sei anzumerken, dass der Beschuldigte gemäss der Beschei- nigung der "Vereinigung zur Verteidigung der Menschenrechte im Iran e.V." vom 26. Juni 2018 angeblich "seit November 2017 fleissig und verantwortungsvoll an den Veranstaltungen und Sitzungen" der Vereinigung teilnimmt (Urk. 23/1). Wo und an welchen konkreten Veranstaltungen der Beschuldigte wann teilgenommen haben soll, lässt sich dem Schreiben indes nicht entnehmen. Auffällig ist weiter, dass die Bescheinigung im deutschen Hannover ausgestellt wurde. Gemäss Homepage der B._____ e.V. hat die Vereinigung eine Repräsentation in der Schweiz. Weshalb diese "Zweigstelle" die angebliche politische Aktivität des Be- schuldigten nicht bestätigt, ist aufgrund der Akten nicht nachvollziehbar. Weiter fällt auf, dass der Beschuldigte angeblich von ihm verfasste Artikel im Organ der Vereinigung als Beweismittel zu den Akten reichen liess, welche in der Zeit zwi- schen Januar 2018 und September 2018 veröffentlicht worden sein sollen. Abge- sehen davon, dass sich dem Gericht aus sprachlichen Gründen weder der Inhalt noch die Urheberschaft der eingereichten Artikel erschliesst, zeigt sich, dass die angebliche politische Aktivität des Beschuldigten erst im November 2017 respek- tive im Januar 2018 aufgenommen wurde, zu einem Zeitpunkt also, als der Be- schuldigte längst Kenntnis vom negativen

Asylentscheid und seiner Verpflichtung zur Ausreise hatte. Zuvor war von einer politisch motivierten Verfolgung des Beschuldigten in seiner Heimat nie die Rede. Angesichts dieser Chronologie und der gesamten Umstände liegt der Verdacht nahe, dass der Beschuldigte im Nachhinein einen Grund zu konstruieren versuchte, um auf diese Weise seinen Verbleib in der Schweiz sichern zu können. Hier würde wohl Art. 54 AsylG greifen, wonach Flüchtlingen kein Asyl gewährt wird, wenn sie erst durch die Ausreise aus dem Heimats- oder Herkunftsstaat oder – und das trifft vorliegend wohl zu – wegen ihres Verhaltens nach der Ausreise Flüchtlinge im Sinne von Art. 3 AsylG

- 13 - wurden. Anders zu verfahren hiesse, dass der Flüchtling die vom AsylG geforderte Flüchtlingseigenschaft jederzeit nachträglich künstlich konstruieren könnte, was selbstredend als rechtsmissbräuchlich zu taxieren wäre (vgl. hierzu auch BBl 1990 II 573, 612). Entsprechend kann mit dieser Argumentation auch keine Notstandssituation begründet werden. Würde man eine solche nämlich hier annehmen, so würde man damit dem rechtsmissbräuchlichen Verhalten Tür und Tor öffnen.

E. 2.1.3.5

In Bestätigung des angefochtenen Entscheides ist daher zusammenfassend festzuhalten, dass der Beschuldigte in Ermangelung von Rechtfertigungs- und/oder Schuldabschlussgründen des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig zu sprechen ist. In Anbetracht der beiden zeitlich abgegrenzten Aufenthalte, mit jeweils eigenem Tatentschluss, müsste eigentlich konsequenterweise eine Verurteilung wegen mehrfacher Tatbegehung erfolgen. Aufgrund des Verschlechterungsverbots fällt dies indes ausser Betracht.

E. 2.2

Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe oder 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).

E. 2.2.1

Soweit sich die Vorinstanz auf den Standpunkt stellte, aufgrund des Gesetzeswortlautes könne eine Freiheitsstrafe bis 6 Monate zwingend nur unbedingte ausgesprochen werden, ist sie einem Irrtum verfallen. Dieser rührt daher, dass sie ihren Erwägungen den alten Gesetzeswortlaut von Art. 42 Abs. 1 StGB zugrunde legte. Seit dem 1. Januar 2018 wurde die Untergrenze von 6 Monaten im Gesetzestext gestrichen. Es gilt nur die gesetzliche Untergrenze von 3 Tagen gemäss Art. 40 Abs. 1 StGB. Demzufolge stellt sich sowohl bei der ausgefallenen Freiheitsstrafe als auch bei der Geldstrafe die Frage der konkreten Bewährungsaussichten. Gestützt auf Art. 42 Abs. 1 StGB stellt der Strafaufschub grundsätzlich die Regel dar, von welcher nur abgewichen werden darf, wenn eine ungünstige Prognose vorliegt. Zu Gunsten des Beschuldigten besteht nämlich zunächst die gesetzliche Vermutung der günstigen Prognose. Diese wird erst dann umgestossen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Wiederholungsgefahr bestehen.

E. 2.2.2

Wie vorstehend unter Ziffer III 3 bereits dargetan, stellt das andauernde und ununterbrochen rechtswidrige Verweilen im Lande ein Dauerdelikt dar. Die Verurteilung wegen dieses Deliktes bewirkt eine Zäsur. Das Aufrechterhalten des Dauerzustandes nach

dem Urteil – in casu bis zur Erlangung der N-Bewilligung im Rahmen seines neuen Asylgesuchs, welches in einem ersten Schritt abgewiesen

- 20 - wurde (Urk. 44/1-2) – ist eine selbständige Tat. Der Grundsatz "ne bis in idem" steht einer neuen Verurteilung für die vom ersten Urteil nicht erfassten Tathandlungen nicht entgegen (BGE 135 IV 6 E. 3). Unter diesen Umständen und unter Berücksichtigung der in dieser Hinsicht geradezu renitent gleichgültigen Haltung des Beschuldigten, liegt auf der Hand, dass sehr konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Beschuldigte eine erneute einschlägige Delinquenz in Kauf nimmt respektive sich nach Anklageerhebung bereits wieder tatbestandsmässig verhalten hat. Dass ihm unter diesen Umständen zwingend eine schlechte Legalprognose gestellt werden muss, ist evident. Damit sind sowohl die Freiheitsstrafe, wie auch die Geldstrafe für vollziehbar zu erklären. Im Ergebnis ist daher der angefochtene Entscheid – wenn auch mit anderer Begründung – zu bestätigen.

E. 2.2.3

Die erstandene Untersuchungshaft von zwei Tagen ist dem Beschuldigten in Anwendung von Art. 51 StGB auf die Strafe anzurechnen.

E. 2.2.4

Die Busse ist zu bezahlen (Art. 105 Abs. 1 StGB). Für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse ist eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag festzulegen (Art. 106 Abs. 2 StGB). V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Kosten

E. 2.3

Im übrigen Umfang – für den nicht in Rechtskraft erwachsenen und angefochtenen Teil des Urteils – steht das vorinstanzliche Urteil zwecks Überprüfung unter Vorbehalt des Verschlechterungsverbot (Verbot der reformatio in peius) zur Disposition (Art. 391 Abs. 2 StPO).

- 6 - II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung 1. Sachverhalt

E. 4

Auflage, Zürich 2015, N 7 zu Art. 115 AuG). Rechtswidrig ist der Aufenthalt demgegenüber, wenn der Ausländer im Anschluss an eine unrechtmässige Einreise in der Schweiz verbleibt und wenn er nach einer ihm angesetzten Ausreisefrist oder nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts in der Schweiz verbleibt. Ist die legale Rückreise in den Heimatstaat aus objektiven Gründen unmöglich, weil der Ausländer sein Recht auf dauernden Aufenthalt in seinem Heimatstaat verwirkt hat, so ist der Aufenthalt nicht rechtswidrig (OFK StGB-MAURER, a.a.O., N 19 zu Art. 115 AuG; Urteil des Bundesgerichts 6B_85/2007 vom 3. Juli 2007, E. 2: Kein entschuldbarer Notstand, wenn nicht feststeht, ob der Heimatstaat Papiere ausstellen würde. Strafbar bleibt, wer untertaucht, statt um eine vorläufige Aufnahme zu ersuchen beziehungsweise wer die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch sein eigenes Ver-

- 9 - halten verursacht). Hat es der Ausländer in der Hand, seinen illegalen Aufenthalt zu beenden und liegt der Kern des Vorwurfs in der Verletzung der Mitwirkungspflicht, bleibt der rechtswidrige Aufenthalt strafbar (OFK Migrationsrecht-ZÜND, a.a.O., N 7 zu Art. 115 AuG). Der rechtswidrige Aufenthalt impliziert eine gewisse Dauer der Anwesenheit. Wenige Stunden genügen nicht. Massgebend ist die Willensrichtung, nämlich, ob sich der Ausländer auf ein Verbleiben einrichtet oder nur aufgrund widriger Umstände verspätet

abreist (OFK Migrationsrecht- ZÜND, a.a.O., N 7 zu Art. 115 AuG). In subjektiver Hinsicht schliesslich wird Vor- satz vorausgesetzt, wobei Eventualvorsatz genügt (Art. 12 Abs. 2 StGB).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.