



---

Geschäfts-Nr.: SB210001-O/ad

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, die Ersatzoberberrichterinnen lic. iur. Mathieu und lic. iur. Laufer sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Aardoom

## Urteil vom 12. Mai 2021

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

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

gegen

**Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfache rechtswidrige Einreise etc. (Rückweisung des Schweizerischen Bundesgerichtes)**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 7. August 2018 (GG180049); Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 5. Februar 2019 (SB180358); Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 17. Dezember 2020 (6B\_701/2019)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 3. Juli 2018 (Urk. 22) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 50)

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig
  - der mehrfachen rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG sowie
  - des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten, wovon 1 Tag durch Untersuchungshaft erstanden ist (gerechnet bis 12. Mai 2018).

Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte seit dem 12. Mai 2018 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.

3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die Entscheidungsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	1'800.00;	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	2'000.00	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	7'670.50	amtliche Verteidigung (inkl. MWST und Auslagen)
Fr.	<u>11'470.50</u>	Total

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

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

5. Die Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

**Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 102 S. 2)

1. Es sei das Strafverfahren einzustellen.
2. Die Verfahrenskosten und die Gerichtskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen.
3. Die Kosten der amtlichen Verteidigung seien definitiv auf die Staatskasse zu nehmen.
4. Es sei dem Beschuldigten für die zu Unrecht erlittene Haft eine Genugtuung in der Höhe von CHF 24'200.00 nebst Zins zu 5 % seit 11. Juli 2018 zuzusprechen.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 71, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

### **Erwägungen:**

#### 1. Verfahrensgang

1.1. Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 7. August 2018 wurde der Beschuldigte vom Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht, wegen mehrfacher rechtswidriger Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG sowie des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG verurteilt. Er wurde mit einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten bestraft, wovon 1 Tag erstandener Untersuchungshaft angerechnet wurde. Der Vollzug der Strafe wurde nicht aufgeschoben (Urk. 50 S. 15 f.).

1.2. Gegen dieses Urteil erhob der Beschuldigte Berufung. Mit Urteil vom 5. Februar 2019 sprach die hiesige Kammer des Obergerichts den Beschuldigten in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteil der mehrfachen rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG sowie des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig. Zu den Einzelheiten des Verfahrensgangs bis zur Urteilsfällung im ersten Berufungsverfahren kann auf die entsprechenden Ausführungen im schriftlich begründeten Urteil vom 5. Februar 2019 verwiesen werden (Urk. 80 S. 4 f.).

1.3. Der Beschuldigte erhob gegen das Urteil vom 5. Februar 2019 Beschwerde in Strafsachen an das Schweizerische Bundesgericht (Urk. 84). Mit Urteil vom 17. Dezember 2020 hiess die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts die Beschwerde des Beschuldigten gut, hob es das Urteil der hiesigen Kammer vom 5. Februar 2019 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die erkennende Kammer zurück (Urk. 90).

1.4. Mit Beschluss vom 10. Februar 2021 wurden die aktuellen Migrationsakten betreffend den Beschuldigten beigezogen (Urk. 94). Am 12. Mai 2021 fand die Berufungsverhandlung statt, zu der der Beschuldigte in Begleitung seines Anwaltes erschien (Prot. II S. 3).

## 2. Prozessuales

### 2.1. Umfang der Berufung

2.1.1. Der Beschuldigte beantragt im zweiten Berufungsverfahren – wie bereits im ersten Berufungsverfahren – die Einstellung des Verfahrens, die Kostenübernahme durch die Staatskasse und eine Genugtuung für die zu Unrecht erlittene Haft (Urk. 102 S. 2).

2.1.2. Die Berufung richtet sich damit gegen das gesamte vorinstanzliche Urteil. Somit steht der angefochtene Entscheid im Rahmen des Berufungsverfahrens vollumfänglich zur Disposition.

### 2.2. Rückweisung durch das Bundesgericht

2.2.1. Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde gut und weist es die Angelegenheit zur neuen Beurteilung an das Berufungsgericht zurück, darf sich dieses von Bundesrechts wegen nur noch mit jenen Punkten befassen, die das Bundesgericht kassierte (BGE 143 IV 214 E. 5.2.1 und Urteil des Bundesgerichtes 6B\_765/2015 vom 3. Februar 2016 E. 4; je mit Hinweisen). Die neue Entscheidung der kantonalen Instanz ist somit auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergibt. Das Verfahren wird nur insoweit neu in Gang gesetzt, als dies notwendig ist, um den verbindlichen Erwägungen des Bundesgerichtes Rechnung zu tragen (BGE 143 IV 214 E. 5.2.1 mit Hinweisen und Urteil des Bundesgerichtes 6B\_1366/2016 vom 6. Juni 2017 E. 3.2.1). Aufgrund der Bindungswirkung bundesgerichtlicher Rückweisungsentscheide ist es dem Berufungsgericht, abgesehen von allenfalls zulässigen Noven, verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden sind (BGE 143 IV 214 E. 5.3.3 mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung beruht auf dem Gedanken, dass das Strafverfahren prinzipiell mit dem Urteil der (oberen) kantonalen Instanz abgeschlossen ist (BGE 117 IV 97 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_1431/2017 vom 31. Juli 2018 E. 1.3).

2.2.2. Nachdem das Bundesgericht das Urteil vom 5. Februar 2020 vollumfänglich aufgehoben hat, ist unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Erwägungen die Sache vollumfänglich neu zu entscheiden und ein neues Urteil zu fällen.

### 2.3. Verschlechterungsverbot

Da nur der Beschuldigte das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht, vom 7. August 2018 angefochten hatte, darf der Entscheid der Vorinstanz gemäss dem Verschlechterungsverbot im Sinne von Art. 391 Abs. 2 StPO nicht zum Nachteil der beschuldigten oder verurteilten Person abgeändert werden. Das Verschlechterungsverbot gilt jedoch nicht nur in dem vom Beschuldigten allein initiierten Rechtsmittelverfahren, sondern gelangt auch im Fall der Neuurteilung nach Rückweisung an die untere Instanz zur Anwendung (BGE 144 IV 35 E. 3.1.3 mit Hinweisen; 6B\_724/2014 vom 20. November 2014 E. 1.3).

## 3. Sachverhalt

3.1. Der Anklagesachverhalt ergibt sich aus der Anklageschrift vom 3. Juli 2018 (Urk. 22). Dem Beschuldigten wird zusammengefasst vorgeworfen, zwischen dem 3. Dezember 2017 und Ende April 2018 insgesamt vier Mal ohne gültiges Visum für die Schweiz und davon drei Mal auch ohne gültigen Reisepass in die Schweiz eingereist zu sein und sich bis am 11. Mai 2018 ohne das notwendige Visum und teilweise ohne gültigen Reisepass in der Schweiz aufgehalten zu haben.

3.2. Der Beschuldigte ist geständig, am 3. Dezember 2017 mit seiner abgelaufenen französischen Aufenthaltsbewilligung sowie mit seinem jamaikanischen Reisepass, jedoch ohne Visum in die Schweiz eingereist und sich hier ohne Aufenthaltsbewilligung bis zum 11. Mai 2018 aufgehalten zu haben, wobei er einmal im April 2018 aus- und ohne jamaikanischen Reisepass wieder eingereist sei. Hingegen bestritt er die ihm in der Anklage zur Last gelegten Aus- und Einreisen vom 17. - 21. Dezember 2017 sowie vom Februar 2018 (Urk. 14 S. 4 f.; Prot. I S. 10 ff.; Urk. 77 S. 5 f. Urk. 79 S. 20 f.; Prot. II S. 13 f.).

3.3. Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Beweiswürdigung zutreffend dargestellt, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 50 S. 5).

3.3.1. Als einzige Beweismittel liegen die Aussagen des Beschuldigten vor (Urk. 2; Urk. 3; Urk. 14; Prot. I S. 8 ff.). Unmittelbar nach seiner Verhaftung wurde der Beschuldigte befragt und gab an, Anfang Dezember in die Schweiz eingereist und sich mit Ausnahme einer zweitägigen Rückreise nach Frankreich im April bis zum 11. Mai 2018 in der Schweiz aufgehalten zu haben (Urk. 2 S. 2). Als Antwort auf eine offen formulierte Frage wirkt diese, zumal sie auch zeitnah zu der Tat gegeben wurde und die Erinnerung diesbezüglich noch frisch gewesen sein dürfte, nicht unglaubhaft. Auf Vorhalt bestätigte er diesen Sachverhalt auch in der tags darauf durchgeführten Hafteinvernahme (Urk. 3 S. 4 f.).

3.3.2. Demgegenüber machte er in seiner Einvernahme vom 31. Mai 2018 widersprüchliche Aussagen. So gab er auf die Frage, ob es richtig sei, dass er Anfang Dezember in die Schweiz eingereist sei, an, er sei erst Ende Dezember eingereist. Auf den Widerspruch aufmerksam gemacht, gab er sinngemäss an, dass er sich nicht mehr richtig erinnern könne, er aber gegen Ende Dezember angekommen sei, vorab aber schon am 3. Dezember 2018 für zwei Wochen in die Schweiz eingereist sei. Daraufhin, so machte er weiter geltend, sei er aber bis zur Verhaftung ununterbrochen in der Schweiz geblieben (Urk. 14 6 f.). Nur wenige Fragen später gab er in Abweichung dazu an, auch im Februar für ein paar Tage nach Frankreich zurückgereist zu sein, ohne sich genau daran erinnern zu können (Urk. 14 S. 7 f.). Bei der Würdigung dieser Aussagen fällt auf, dass sie, im Gegensatz zur ersten, polizeilichen Einvernahme, wenig konstant und mit Widersprüchen behaftet sind. Zudem gab der Beschuldigte bei seinen Antworten selbst an, sich nicht mehr sicher zu sein. Dass sich der Beschuldigte zu diesem Zeitpunkt nicht mehr genau an seine Aus- und Einreisen zu erinnern vermochte, ergibt sich auch daraus, dass er sich nicht mehr an seine bei der Polizei gemachten Aussagen zu erinnern vermochte, und er seine neuen Antworten teilweise an die damals mutmasslich abgegebenen Antworten anpasste. So begründete er seine Aussage, wonach er im Februar mit dem Reisepass zurückgekehrt sei, damit, dass er sich daran erinnere, gesagt zu haben, dass er im Februar mit dem

Pass zurückgekehrt sei, er aber nicht mehr wisse, wann er genau zurückgekehrt sei (Urk. 14 S. 7). Schliesslich bestätigte er auch seinen letzten Aufenthalt in Frankreich nicht auf eine offen formulierten Frage, sondern auf entsprechenden Vorhalt hin (Urk. 14 S. 8). Insgesamt erweisen sich die Aussagen dieser Einvernahme als wenig glaubhaft, da sie, im Gegensatz zur ersten polizeilichen Einvernahme, nicht aus freien Stücken und in einem "Guss" erfolgten, sondern offensichtlich auf lückenhafter Erinnerung und vorgehaltenen Bruchstücken aus der polizeilichen Befragung beruhen.

3.3.3. Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung wurde der Beschuldigte auf den Widerspruch zwischen den Aussagen hingewiesen, welchen er damit erklärte, dass er bei der Staatsanwältin gestresst und frustriert gewesen sei, dass er irrtümlicherweise etwas Falsches gesagt habe. Er führte aus, am 3. Dezember 2017 in die Schweiz gekommen zu sein und das nächste Mal im April 2018 nach Frankreich gegangen zu sein (Prot. I S. 14). Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 5. Februar 2019 hielt er daran fest, nur einmal nach Frankreich zurückgereist zu sein und erklärt den Widerspruch wiederum damit, dass er zum Zeitpunkt der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme verwirrt gewesen sei (Urk. 79 S. 21). Anlässlich der heutigen zweiten Berufungsverhandlung bestätigte er, dass er zwei Mal illegal eingereist sei und sich in der Schweiz rechtswidrig aufgehalten habe (Prot. II S. 13 f.)

3.3.4. In Würdigung der vorliegenden und in Ermangelung weiterer Beweismittel ist zu Gunsten des Beschuldigten auf die ursprünglich bei der Polizei gemachten und an der Hauptverhandlung sowie der Berufungsverhandlung vom 5. Februar 2019 und 12. Mai 2021 bestätigten Angaben abzustützen.

3.4. Es ist somit davon auszugehen, dass der Beschuldigte als jamaikanischer Staatsangehöriger am 3. Dezember 2017 ohne die für Einreise und Aufenthalt notwendigen Papiere in die Schweiz eingereist ist und sich bis zum 11. Mai 2018 hier aufgehalten hat, wobei er im April für die Dauer von zwei Tagen nach Frankreich zurückgekehrt und in der Folge wieder in die Schweiz eingereist ist.



#### 4. Rechtliche Würdigung

4.1. Die Anklage verlangt eine Bestrafung nach den Bestimmungen des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG). Dieses wurde per 1. Januar 2019 in Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) umbenannt. Materiell hat sich, soweit für das vorliegende Verfahren von Belang, nichts geändert, weshalb weiterhin die Bestimmungen des AuG anzuwenden sind (vgl. Art. 126 Abs. 4 AIG), wovon auch der Verteidiger ausgeht (Urk. 102 S. 5 f.).

4.2. Ausländerinnen und Ausländer, welche in die Schweiz einreisen wollen, müssen unter anderem über ein für den Grenzübertritt anerkanntes Ausweispapier und Visum verfügen, soweit letzteres erforderlich ist (Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG). Bleiben sie länger als 3 Monate, bedürfen sie zudem einer Bewilligung (Art. 3 AuG). Über die für den Grenzübertritt anerkannten Ausweispapiere bestimmt der Bundesrat (Art. 5 Abs. 4 AuG). Gemäss derzeit geltender Übersicht der Ausweis- und Visumvorschriften nach Staatsangehörigkeit des SEM vom 17. August 2018 ([https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/visa/liste1\\_staatsangehoerigkeit/j.html](https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/visa/liste1_staatsangehoerigkeit/j.html)) benötigen Jamaikaner für die Einreise in die und den Aufenthalt in der Schweiz einen Pass und ein gültiges Visum. Demnach hat der Beschuldigte die Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG sowie Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG mehrfach verletzt, was denn vom Beschuldigten auch nicht in Frage gestellt wird (Urk. 77 S. 6 f.; Urk. 102 S. 6). Der Beschuldigte wendet zu recht auch nicht ein, dass ihm eine Rückkehr in sein Heimatland nicht möglich sei. Er verfügt über einen gültigen jamaikanischen Reisepass und damit über die nötigen Ausweispapiere, um rechtmässig in seinem Heimatland zurückzukehren.

4.3. Der Beschuldigte hat somit die Tatbestände der mehrfachen rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG sowie des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt. Vom Vorwurf der mehrfachen rechtswidrigen Einreise am 21. Dezember 2017 sowie im Februar 2018 ist der Beschuldigte freizusprechen.

## 5. Anwendbarkeit der Schengener Rückführungsrichtlinie

5.1. Der Beschuldigte macht geltend, dass der Bestrafung ein Strafverfolgungshindernis in Form der Schengener Rückführungsrichtlinie gegenüber stehe, welche als Teil des "Acquis communautaire" direkt anwendbar sei. Dazu gehöre auch die direkte Übernahme der entsprechenden Rechtsprechung. Demnach verlange die rückführungskonforme Anwendung von Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG bzw. AIG, dass auf die Verhängung und den Vollzug einer Freiheitsstrafe verzichtet werde, wenn gegen den Betroffenen mit illegaler Einreise bzw. illegalem Aufenthalt ein Wegweisungsentscheid erging und die erforderlichen Entfernungsmassnahmen noch nicht ergriffen worden seien (BGE 143 IV 249 E. 1.9). Dies, weil durch ein Strafverfahren die Rückführung nicht verzögert werden solle und deshalb das Rückkehrverfahren der Bestrafung vorgehe. Erst, wenn auch die Rückführung trotz und nach Anwendung von Zwangsmassnahmen nicht ermöglicht werden konnte, sei eine Bestrafung wegen illegalem Aufenthaltes wieder zulässig. Das Strafverfahren sei in Anwendung von Art. 115 Abs. 4 AuG einzustellen (Urk. 68 S. 7 ff.; Urk. 77 S.7 ff.; Urk. 102 S. 9).

5.2. Aus dem umfangreichen Dossier des Migrationsamtes bezüglich des Beschuldigten sowie den weiteren vorliegenden Akten ergibt sich, dass gegen den Beschuldigten am 16. Dezember 2011 ein Einreiseverbot bis 15. Dezember 2016 erlassen wurde (Migrationsakten act. 63 S. 321 f.). Da sich der Beschuldigte geweigert hatte, freiwillig auszureisen (Migrationsakten act. 108 ff., S. 658 ff.), wurde er am 18. Dezember 2013 begleitet ausgeschafft (Migrationsakten act. 123 S. 680 f.). Nachdem der Beschuldigte trotz bestehendem Einreiseverbot und ohne gültige Reisedokumente wieder in die Schweiz einreiste, erging am 31. März 2015 eine Wegweisungsverfügung (Migrationsakten act. 136, S. 707 ff.). Der Beschuldigte verliess die Schweiz in der Folge innert der ihm gesetzten Ausreisefrist (Migrationsakten act. 136 ff., S. 707 ff.). Nachdem der Beschuldigte trotz bestehendem Einreiseverbot und ohne gültige Reisedokumente im Oktober 2016 erneut in die Schweiz einreiste, erging am 29. Oktober 2016 eine weitere Wegweisungsverfügung gegen den Beschuldigten (Migrationsakten act. 148 S. 733 ff.). Am 1. April 2017 wurde der Beschuldigte in Winterthur verhaftet (Verhaftungsgrund ausstehende

Geldstrafe) und am 4. April 2017 ohne Anordnung von fremdenpolizeilichen Massnahmen wieder aus der Haft entlassen (Migrationsakten act. 150 S. 737 ff.). Am 11. Mai 2018 wurde der Beschuldigte wiederum in der Schweiz verhaftet (Migrationsakten act. 156 ff. S. 746 ff.). Am 11. Juli 2018 stellte der Beschuldigte ein Gesuch betreffend Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Migrationsakten act. 179 f. S. 798 f.). Am 10. September 2018 wurde der Beschuldigte aus dem vorzeitigen Strafvollzug bedingt entlassen (Urk. 67). Mit Verfügung vom 21. August 2019 wies das Migrationsamt des Kantons Zürich das Gesuch des Beschuldigten betreffend Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ab, wies den Beschuldigten aus der Schweiz weg und setzte ihm eine Ausreisefrist bis 21. November 2019 (Migrationsakten act. 238 S. 962 ff.). Mit Entscheid vom 19. November 2019 wies die Rekursabteilung der Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich den vom Beschuldigten gegen den Entscheid des Migrationsamtes erhobenen Rekurs ab, soweit er nicht gegenstandslos ist und setzte dem Beschuldigten eine Frist zum Verlassen der Schweiz bis 19. Februar 2020 (Migrationsakten act. 258 S. 1069 ff.). Mit Urteil vom 29. April 2020 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2. Abteilung, die Beschwerde des Beschuldigten und seiner Ehefrau gegen den Entscheid der Rekursabteilung ab (Migrationsakten act. 271 S. 1143 ff.). Mit Schreiben vom 12. Mai 2020 setzte das Migrationsamt dem Beschuldigten eine Frist bis 12. August 2020, um die Schweiz zu verlassen. Bei einem allfälligen Weiterzug des Entscheids ans Bundesgericht und Gewährung der aufschiebenden Wirkung habe sich der Beschuldigte binnen zweier Monate ab dem Datum eines den Wegweisungspunkt nicht ändernden bundesgerichtlichen Endentscheids aus dem Land zu entfernen (Migrationsamt act. 277, S. 1166 f). Am 10. Juni 2020 erhoben der Beschuldigte und seine Ehefrau Beschwerde ans Bundesgericht (2C\_484/2020; Migrationsakten act. 273 S. 1163). Das Bundesgericht erkannte der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu (Migrationsakten act. 276 S. 1200 ff.). Am 22. Dezember 2020 verfügte das Migrationsamt die Hinterlegung der Reisedokumente durch den Beschuldigten (Migrationsakten act. 297 S. 1227 ff.). Mit Urteil vom 19. Januar 2021 wies das Bundesgericht die Beschwerde des Beschuldigten und seiner Ehefrau ab (Migrationsakten act. 304 S. 1240 ff.).

5.3. 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 (sog. Rückführungsrichtlinie ABl. L 348 vom 24. Dezember 2008 S. 98 ff.) kommt in der Schweiz zur Anwendung (BGE 143 IV 249 E. 1.2 S. 251 mit Verweis auf den Bundesbeschluss vom 18. Juni 2010 über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EG betreffend die Übernahme der EG-Rückführungsrichtlinie [AS 5925 2010]). Das Bundesgericht hat in BGE 143 IV 249 E. 1.9 festgehalten, dass eine Rückführungsrichtlinien-konforme Anwendung von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (SR 142.20) verlange, dass auf die Verhängung und den Vollzug einer Freiheitsstrafe verzichtet wird, wenn gegen den Betroffenen mit illegalem Aufenthalt ein Wegweisungsentscheid erging und die erforderlichen Entfernungsmassnahmen noch nicht ergriffen wurden (BGE 143 IV 249 = Pra 107 (2018) Nr. 28 E. 1.9). Auch die illegale Einreise fällt gemäss neuer bundesgerichtlicher Rechtsprechung in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/15 (BGer-Urteil 6B\_701/2019 E. 1.4.2.). Weiter hielt das Bundesgericht in BGE 143 IV 249 fest, dass die Verhängung einer Geldstrafe mit der Rückführungsrichtlinie vereinbar sei, vorausgesetzt sie erschwere das Verfahren der Entfernung nicht. Eine solche Sanktion könne unabhängig von den für die Umsetzung der Wegweisung erforderlichen Massnahmen ausgesprochen werden (BGE 143 IV 249 E. 1.9 S. 260 f.; so auch der Rückweisungsentscheid des Bundesgerichtes 6B\_701/2019 vom 17. Dezember 2019 E. 1.4.1). Die Schengener Rückführungsrichtlinie steht somit einer Bestrafung gestützt auf Art. 115 AuG nicht grundsätzlich entgegen. Die ausgesprochene Strafe darf jedoch nicht zu einer Beeinträchtigung des Rückführungsverfahrens führen.

5.4. Wie in Ziffer 5.2. dargelegt, war das migrationsrechtliche Verfahren des Beschuldigten bis vor kurzem nicht abgeschlossen. So stellte dieser nach seiner Verhaftung und während des vorzeitigen Strafvollzuges im Mai 2018 ein erneutes Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, welches letztinstanzlich am 19. Januar 2021 durch das Bundesgericht abgewiesen wurde. Nachdem das Bewilligungsverfahren rechtskräftig abgeschlossen war, trat die vom Migrationsamt in Aussicht gestellte Frist zur Wegweisung in Kraft und hätte der Beschuldigte bis

am 19. März 2021 die Schweiz verlassen müssen. Der Beschuldigte befand sich bis am 10. September 2018 im vorzeitigen Strafvollzug und wurde nach der bedingten Entlassung dem Migrationsamt zugeführt. Hervorzuheben ist, dass dieses damals damit beschäftigt war, sein Gesuch um Aufenthaltsbewilligung zu prüfen, es gegenüber dem Beschuldigten demnach folgerichtig keine Ausschaffungshaft beantragte (Migrationsakten act. 154 S. 743 ff.). Das migrationsrechtliche Verfahren, welches der Beschuldigte selbst wieder eingeleitet hatte, war somit in vollem Gange, als der Beschuldigte bereits wieder aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen wurde. Somit wurde das Wegweisungsverfahren durch das strafrechtliche Verfahren in keiner Art und Weise behindert oder verzögert, sondern ordnungsgemäss weitergeführt, die Rückführungsrichtlinie damit nicht verletzt. Da, wie noch zu zeigen sein wird (vgl. unten 6.), auch die heute auszufällende Strafe zu keinem erneuten Freiheitsentzug des Beschuldigten führt, ist die Rückführungsrichtlinie auch in dieser Hinsicht eingehalten. Das Strafverfahren ist somit entgegen der Auffassung der Verteidigung nicht einzustellen (vgl. Urk. 102 S. 13 f.). Auch eine Sistierung nach Art. 115 Abs. 4 Satz 1 AIG, wie dies der Verteidiger geltend macht, ist nicht vorzunehmen. Sinn und Zweck dieser nunmehr kodifizierten Bestimmung, welche bereits vorher aufgrund der Rückführungsrichtlinie galt, ist derselbe wie bei der Rückführungsrichtlinie, nämlich, dass das Strafverfahren einer Rückweisung nicht entgegenstehen darf. Das ist wohl insbesondere zu Beginn eines Strafverfahrens zielführend. Im jetzigen Zeitpunkt – bei Spruchreife des Verfahrens – ist keine Sistierung vorzunehmen.

## 6. Strafzumessung

6.1. Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 6 Monaten, unter Anrechnung eines erstandenen Hafttages (Urk. 50). Die Vorinstanz hat die Regeln der Festlegung des Strafrahmens und der Strafzumessung zutreffend und ausführlich dargelegt, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 50 S. 10 ff.). Ergänzend ist festzuhalten, dass am 1. Januar 2018 das neue Sanktionenrecht in Kraft getreten ist, welches vorliegend jedoch – wie nachfolgend aufgezeigt wird – keinen Einfluss auf die konkrete Strafzumessung hat.

## 6.2. Tatkomponenten

Bei der Tatschwere ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte mit der Absicht in die Schweiz eingereist ist, sich hier für unbegrenzte Zeit aufzuhalten und deshalb der Aufenthaltsdauer etwas Zufälliges anhaftet. Er reiste also nicht bloss ein mit der Absicht, nach einer kurzen oder bestimmten Dauer wieder auszureisen, sondern, um hier zu leben. Dass er diesen rund 5-monatigen Aufenthalt für die Dauer von 2 Tagen unterbrochen hat, ändert nichts an der Beurteilung, da die Ausreise nicht definitiver Natur und die erneute Einreise bereits vorgängig geplant war. Es bleibt somit ein vergleichsweise langer Aufenthalt, erheblich länger jedenfalls als die 3 Monate, für welche sich auch ein legal Eingereister hier aufhalten dürfte, ohne Bemühungen, einen legalen Aufenthaltstitel zu erhalten. So hat der Beschuldigte erst am 11. Juni 2018 ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung eingereicht, obwohl er bereits am 3. Dezember 2017 – wie erwähnt – mit der Absicht des dauernden Verbleibs in die Schweiz eingereist ist. Das objektive Tatverschulden erweist sich als keinesfalls leicht.

Auch in subjektiver Hinsicht ist das Verschulden nicht zu bagatellisieren. Dass er mit seiner Einreise den Nachzug zu seiner Familie bezweckte, wirkt sich nicht zu seinen Gunsten, sondern lediglich nicht zu seinen Ungunsten aus, wie dies etwa der Fall gewesen wäre, wenn er aus verwerflichen Gründen eingereist wäre, beispielsweise, um hier zu delinquieren. Gründe, welche sein Handeln in einem milderen Lichte erscheinen lassen, sind keine ersichtlich.

Insgesamt erweist sich somit sein Verschulden als keinesfalls leicht. Da, wie oben festgehalten wurde, im Gegensatz zur Vorinstanz nur von zwei und nicht von vier illegalen Einreisen auszugehen ist, ist die Einsatzstrafe auf 120 Strafeinheiten festzusetzen.

## 6.3. Täterkomponenten

Bezüglich seines Vorlebens gilt es festzuhalten, dass der Beschuldigte in Jamaika geboren und aufgewachsen ist. Im Jahre 2008 ist er erstmals in die Schweiz gekommen. Der Beschuldigte hatte in Jamaika eine Ausbildung als Elektriker be-

gonnen. In der Schweiz hat er nie gearbeitet. Der Beschuldigte hat aus früheren Beziehungen zwei Töchter und aus der aktuellen Beziehung eine 6-jährige Tochter (Urk. 79 S. 8 ff.; Prot. II S. 6 ff.). Aus den persönlichen Verhältnissen ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Umstände.

Das Geständnis ist strafmindernd zu berücksichtigen, auch wenn aufgrund der klaren Umstände (nicht im Besitz der notwendigen Papiere) die Ablegung dieses Geständnisses keiner besonderen Überwindung innerer Hürden bedurfte und das Verfahren durch das Geständnis nicht erheblich vereinfacht wurde. Es ist deshalb mit einer Reduktion von rund 20% zu berücksichtigen.

Seine teilweisen einschlägigen Vorstrafen sind sodann straf erhöhend zu berücksichtigen (Urk. 91). Diesbezüglich ist aber zu beachten, dass sowohl das Betäubungsmitteldelikt als auch die beiden einschlägigen Vorstrafen schon mehrere Jahre zurückliegen. Es rechtfertigt sich eine Straferhöhung von rund einem Drittel.

Schliesslich liegt keine Konstellation mit aussergewöhnlichen Umständen vor, woraus heute irgendeine besondere Strafempfindlichkeit aus persönlichen, familiären oder beruflichen Gründen resultieren würde.

Insgesamt rechtfertigt es sich demnach aufgrund der Täterkomponenten die hypothetische Einsatzstrafe leicht zu erhöhen.

6.4. In Würdigung aller relevanter Strafzumessungsgründe erweist sich eine Einsatzstrafe von 135 Strafeinheiten als dem Verschulden des Beschuldigten angemessen. Aufgrund der langen Verfahrensdauer ist die Strafe zu reduzieren und auf 120 Strafeinheiten festzusetzen.

#### 6.5. Sanktionsart

Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97 E. 4.2 S. 100, mit Hinweisen). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll nach konstanter Rechtsprechung bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich

des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift. Im Vordergrund steht daher auch bei Strafen von sechs Monaten bis zu einem Jahr die Geldstrafe als gegenüber der Freiheitsstrafe mildere Sanktion (BGE 138 IV 120 E. 5.2 S. 123; BGer-Urteil 6B\_125/2018 vom 14. Juni 2018 E. 1.3.2).

Der Beschuldigte ist bereits mehrfach, teilweise einschlägig vorbestraft. Zwar liegen die einschlägigen Vorstrafen schon mehrere Jahre zurück und das Betäubungsmitteldelikt über zehn Jahre. Indessen machte sich der Beschuldigte Ende 2019 der einfachen Körperverletzung schuldig (Urk. 91), wofür er mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen, bedingt vollziehbar, bestraft wurde. Der Beschuldigte hat die ausgesprochenen Geldstrafen jedoch nicht bezahlt, so dass der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafen angeordnet wurde. Nach jeweils drei Tagen wurden die Strafen (durch Drittpersonen) doch noch bezahlt (Urk. 5/3). Der Beschuldigte geht nach wie vor keiner Erwerbstätigkeit nach und hält sich weiterhin illegal in der Schweiz auf, weshalb auch keine Erwerbsmöglichkeiten bestehen. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung gab er an, dass seine Frau und Freunde ihm helfen würden, er kein Vermögen, aber Alimentenrückstände habe (Prot. II S. 11 f.). Es muss davon ausgegangen werden, dass er eine Geldstrafe auch heute nicht bezahlen kann, weshalb nur die Anordnung einer Freiheitsstrafe in Frage kommt.

#### 6.6. Vollzug

Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges zutreffend wiedergegeben, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 50 S. 13). Als ebenso zutreffend erweisen sich ihre Erwägungen und die getroffenen Schlussfolgerungen. Der Beschuldigte weist mehrere, teilweise einschlägige Vorstrafen und eine neue Strafe aus. Wie bereits erwähnt (oben 6.5), hat der Beschuldigte die bisher ausgesprochenen Geldstrafen nicht bezahlt, sondern wurden diese nach Anordnung des Vollzuges durch Drittpersonen beglichen. Die bisher ausgesprochenen Strafen erzielten beim Beschuldigten offenbar keine Wirkung. Auch hat er die Schweiz bisher trotz entsprechender Aufforderung der Migrationsbehörden nicht verlassen, zeigt sich somit uneinsichtig. Unter diesen Umständen ist der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe nicht zu gewähren.



6.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 4 Monaten zu bestrafen ist. Der Anrechnung der bereits verbüßten Haft (Art. 51 StGB) von 123 Tagen an die Strafe steht nichts entgegen. Es ist festzuhalten, dass die Strafe damit bereits erstanden ist.

6.8. Vereinbarkeit der Strafe mit den Rückführungsrichtlinie

Die Verhängung der unbedingten Freiheitsstrafe ist mit der Rückführungsrichtlinie vereinbar, da diese das Rückführungsverfahren nicht beeinträchtigt. So führt diese nicht dazu, dass der Beschuldigte, der im Besitz der für die Ausreise resp. Einreise in sein Heimatland nötigen Papiere verfügt, nicht ausreisen kann. Der Beschuldigte ist deshalb der mehrfachen rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG sowie des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig zu sprechen und mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 4 Monaten zu bestrafen. Die Strafe ist durch die 123 Tage Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden.

## 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens ist das erstinstanzliche Kostendispositiv Ziffer 4 und 5 zu bestätigen.

7.2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens zu verlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinem Berufungsantrag auf Einstellung des Verfahrens. Indessen wird der Beschuldigte teilweise freigesprochen. Es rechtfertigt sich, die Kosten des ersten Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, zu drei Vierteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 Satz 2 StPO). Eine spätere Rückforderung im Umfang von drei Vierteln bleibt vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO).

7.3. Die Parteien haben nicht zu vertreten, dass infolge des Rückweisungsentscheids des Bundesgerichts ein zweites Berufungsverfahren nötig wurde. Die Gerichtsgebühr für das zweite Berufungsverfahren hat somit ausser Ansatz zu fallen. Die entsprechenden Kosten (amtliche Verteidigung) sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

7.4. Der Beschuldigte verbrachte 123 Tage in Untersuchungshaft und vorzeitigem Strafvollzug. Die erstandene Haft (inkl. vorzeitiger Strafvollzug) ist im Umfang von 120 Tagen an die ausgesprochene Strafe anzurechnen (Art. 51 StGB). Somit besteht eine Überhaft von 3 Tagen. Hierzu kann sodann wiederum angemerkt werden, dass im Zeitpunkt des Antritts und während des vorzeitigen Strafvollzugs (12. Mai 2018 bis 10. September 2018) noch keine Wegweisung erfolgt war. Dies nicht, weil in Missachtung von Art. 6 der Rückführungsrichtlinie keine Rückkehrentscheidung erlassen worden war, sondern weil der Beschuldigte ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung stellte, das nicht von vornherein als offensichtlich aussichtslos erschien und deshalb zunächst über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu entscheiden war. Erst nachdem das Gesuch des Beschuldigten betreffend Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vom 11. Juli 2018 am 21. August 2019 abgewiesen worden war, wurde die illegale Anwesenheit des Beschuldigten bestätigt und dieser mit selbigem Entscheid aus der Schweiz weggewiesen (Migrationsakten act. 238 S. 962 ff.). Der vorzeitige Strafvollzug führte nicht zu einer Verzögerung oder Verhinderung der Rückführung des Beschuldigten, nachdem vom Beschuldigten während des laufenden Verfahrens betreffend seines Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung die Ausreise aus der Schweiz nicht verlangt worden war und dem entsprechenden Entscheid des Migrationsamtes vom 21. August 2019, die Schweiz bis 21. November 2019 verlassen zu müssen, aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde. Die Haft wurde somit rechtmässig angeordnet und vollzogen.

7.4.1. Für die Überhaft von 3 Tagen hat die Beschuldigte Anspruch auf Genugtuung (Art. 431 Abs. 2 und Art. 429 Abs. 2 StPO). Dabei sind die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze gemäss Art. 41 ff. OR zu berücksichtigen (BSK StPO-Wehrenberg/Frank, Art. 431 N 9). Zu betonen ist, dass es sich dabei wie oben

ausgeführt nicht um unrechtmässige Haft handelt, da diese grundsätzlich rechtmässig angeordnet wurde, indessen im Nachhinein zu lange dauerte (BSK StPO-Wehrenberg/Frank, Art. 431 N 21).

7.4.2. Die Festlegung der Höhe der Genugtuung beruht auf richterlichem Ermessen, wobei sich die Höhe der Genugtuungssumme für die im Zusammenhang mit der Haft erlittene Unbill naturgemäss nicht errechnen, sondern lediglich abschätzen lässt. Vorliegend liegt kein Fall ungerechtfertigter Haft, sondern von Überhaft vor, weshalb für die erste, am schwersten ins Gewicht fallende Haftzeit als Hauptbestandteil der Genugtuung kein Grundbetrag zuzusprechen ist. Insgesamt rechtfertigt es sich, pro Tag Überhaft den Richtwert des Bundesgerichtes von Fr. 200.– zur Anwendung zu bringen (vgl. zum Ganzen das Urteil des Bundesgerichtes vom 31. Januar 2011, 6B\_574/2010 mit Hinweisen).

7.4.3. Dem Beschuldigten ist somit für die letzten 3 Tage Haft Fr. 600.– (zuzüglich Zins zu 5% seit 8. September 2018) als Genugtuung zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig
  - der mehrfachen rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG sowie
  - des mehrfachen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Vom Vorwurf der mehrfachen rechtswidrigen Einreise am 21. Dezember 2017 sowie im Februar 2018 wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 4 Monaten Freiheitsstrafe, die durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
4. Dem Beschuldigten wird der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe nicht gewährt.

5. Dem Beschuldigten wird für 3 Tage Überhaft eine Genugtuung von Fr. 600.– (zuzüglich Zins zu 5% seit 8. September 2018) aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 4 und 5) wird bestätigt.
7. Die Gerichtsgebühr für das erste Berufungsverfahren (SB180358) wird festgesetzt auf:  
Fr. 2'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 5'100.00 amtliche Verteidigung
8. Die Kosten des ersten Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden zu drei Vierteln dem Beschuldigten auferlegt und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt im Umfang von drei Vierteln vorbehalten.
9. Die Gerichtsgebühr für das zweite Berufungsverfahren (SB210001) fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen Fr. 3'400.– für die amtliche Verteidigung.
10. Die Kosten des zweiten Berufungsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
11. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandsowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
  - das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.

12. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

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

Obergericht des Kantons Zürich

Zürich, 12. Mai 2021

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Aardoom