

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130172-O/U/eh

Mitwirkend: der Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, die Ersatzoberrichter lic. iur. E. Leuenberger und lic. iur. B. Amacker sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Truninger

Urteil vom 13. Juni 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

vertreten durch Leitende Staatsanwältin Dr. U. Frauenfelder Nohl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

**mehrfache Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne
des Ausländergesetzes etc.**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,

10. Abteilung - Einzelgericht, vom 14. Dezember 2012 (GB120093)

Anklage:

Die Strafbefehle der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. Juli 2012 und vom 23. Oktober 2012 sind diesem Urteil beigeheftet (Urk. 6 und Urk. 15a/8).

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 24 S. 22 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der mehrfachen Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 4 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 3 Tage durch Haft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 100.–.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag.
4. Das von der Stadtpolizei Zürich am 9. Juli 2012 sichergestellte Marihuana (3,8 Gramm; Asservat Nr. ...) wird eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 800.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten gemäss vorstehender Ziffer und die Kosten des Strafbefehls Nr. E-1/2012/4248 vom 11. Juli 2012 in Höhe von Fr. 700.– sowie die Kosten des Strafbefehls Nr. G-2/2012/6805 vom 23. Oktober 2012 in Höhe von Fr. 900.– werden dem Beschuldigten auferlegt.

7. ... (Mitteilung)
8. ... (Rechtsmittel)".

Berufungsanträge:

- a) Des Beschuldigten:
(Urk. 26; sinngemäss)

Der Beschuldigte sei von Schuld und Strafe freizusprechen.

- b) Der Staatsanwaltschaft:
(schriftlich; Urk. 31)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

1. Verfahrensgang

1.1. Der Verlauf des Verfahrens bis zum vorinstanzlichen Urteil ergibt sich aus dem Entscheid der Vorinstanz vom 14. Dezember 2012 (Urk. 24 S. 4 f.).

Am 14. Dezember 2012 erging das vorstehend wiedergegebene Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich. Das Urteil wurde mündlich eröffnet und dem Beschuldigten wurde ein Urteilsdispositiv ausgehändigt (Prot. I S. 9).

1.2. Mit Schreiben vom 15. Dezember 2012 – der Post am 17. Dezember 2012 übergeben – meldete der Beschuldigte Berufung an, gleichzeitig mit besten Wünschen an das Gericht und entsprechenden Glückwünschen für Weihnachten und Neujahr (Urk. 19). Andere selbständige Berufungen liegen nicht vor.

Nach Zustellung des schriftlich begründeten Entscheids am 12. März 2013 (Urk. 23/2) folgte unter dem 16. März 2013 – am 18. März 2013 der Post übergeben – die sinngemässe Berufungserklärung des Beschuldigten, welche an die

Vorinstanz gerichtet war (Urk. 26). In der Folge wurde diese Berufungserklärung am 20. März 2013 dem Obergericht weitergeleitet (Urk. 25). Der Berufungsanmeldung und der Berufungserklärung kann entnommen werden, dass der Beschuldigte den vorinstanzlichen Entscheid vollumfänglich anfecht (vgl. Urk. 19 und 26, mit Übersetzung Urk. 28).

Mit Präsidialverfügung vom 30. April 2013 wurde der Staatsanwaltschaft die schriftliche Berufungserklärung zugestellt und Frist zur Erklärung einer Anschlussberufung angesetzt oder um begründet ein Nichteintreten zu beantragen. Gleichzeitig wurde der Beschuldigte aufgefordert, dem Gericht innert 20 Tagen das Datenerfassungsblatt samt Beilagen einzureichen (Urk. 29). Mit Eingabe vom 7. Mai 2013 erklärte die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl Verzicht auf Anschlussberufung und beantragte gleichzeitig Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids (Urk. 31). Der Beschuldigte sandte dem Obergericht am 9. Mai 2013 das Datenerfassungsblatt zu und wünschte dem Gericht gleichzeitig einen schönen Sommer (Urk. 35).

Die Vorakten der sechs Verurteilungen vom 25. Januar 2010 bis zum 30. März 2012 wurden von Amtes wegen beigezogen.

1.3. Zu Beginn der heutigen Berufungsverhandlung waren weder Vorfragen zu entscheiden noch Beweise abzunehmen (Prot. II S. 5). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 6 ff.).

2. Umfang der Berufung

Der Beschuldigte ficht sinngemäss das ganze Urteil an. Anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte er auf entsprechende Frage, dass er mit der im vorinstanzlichen Urteil in Dispositivziffer 4 angeordneten Einziehung der 3,8 Gramm Marihuana einverstanden sei (Urk. 51 S. 2), weshalb vom Eintritt der Rechtskraft dieser Anordnung vorab Vormerk zu nehmen ist.

3. Prozessuales

Beweisanträge wurden keine gestellt und Vorfragen waren nicht zu entscheiden.

4. Sachverhalt

4.1. Beweiswürdigung

4.1.1. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid die Regeln der Beweiswürdigung dargestellt, es kann zur Vermeidung von Wiederholungen darauf verwiesen werden (Urk. 24 S. 9 f., Art. 82 Abs. 4 StPO).

4.1.2. Sodann wurden die Aussagen des Beschuldigten zutreffend zusammengefasst, es kann auch darauf verwiesen werden (Urk. 24 S. 6 f., Art. 82 Abs. 4 StPO).

4.2. Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung

4.2.1. Der äussere Sachverhalt ist durch die Akten erstellt. Dem Beschuldigen wurde die Verfügung vom 21. November 2008 betreffend Ausgrenzung aus einem Teilgebiet der Stadt Zürich (HD Urk. 3/1 = 15a/2) samt Plankopie, aus welchem sich das Gebiet ergibt, welches von der Ausgrenzung erfasst ist (Urk. 3/2), übergeben und in deutscher Sprache eröffnet und erklärt (Urk. 3/3 = 15a/3). Die Stadtpolizei Zürich stellte fest, dass sich der Beschuldige an den folgenden Daten im von der Ausgrenzung umfassten Gebiet aufhielt:

- 12. Juni 2012, 19.50 Uhr, B._____-Strasse ..., Zürich .. (HD Urk. 1),
- 20. Juni 2012, 18.25 Uhr, C._____-Strasse ..., Zürich .. (HD Urk. 1),
- 9. Juli 2012, 21.00 Uhr, D._____-/E._____-Strasse ..., Zürich .. (ND Urk. 1)
und
- 22. Oktober 2012, 14.10 Uhr, F._____-/G._____-Strasse ..., Zürich .. (HD Urk. 15a/1).

Die Orte, an denen der Beschuldigte polizeilich angehalten wurde, liegen im Gebiet, welches von der verfügten Ausgrenzung erfasst ist. An den Feststellungen der Polizei ist nicht zu zweifeln. Damit ist der äussere Sachverhalt von Art. 119 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 AuG erstellt.

4.2.2. Der Beschuldigte bestreitet nicht, dass er sich zu den angegebenen Zeiten an den aufgeführten Orten aufgehalten hat. Jeweils konkret auf die einzelnen Sachverhalte angesprochen, folgten aber nur ausschweifende, ausweichende und/oder nichtssagende Aussagen (vgl. HD Urk. 2, Urk. 9, Urk. 15a/4, Urk. 15a/5, Prot. I S. 4 ff.). Anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte der Beschuldigte auf Vorhalt von Urk. 3/3, dass es sich bei der Unterschrift auf dem Dokument nicht um seine Unterschrift handle. Es fällt auf, dass der Beschuldigte dies heute zum ersten Mal vorgebracht hat. Auch ein Vergleich mit anderen Unterschriften des Beschuldigten in den Akten ergibt, dass es sich entgegen der Behauptung des Beschuldigten um seine Unterschrift handelt.

Im seinem – in deutscher, beinahe schon guter Deutscher Sprache gehaltenem – Schreiben vom 30. Oktober 2012 an die Staatsanwaltschaft Zürich – Sihl macht der Beschuldigte geltend, er habe beim Migrationsamt ein Dokument unterschrieben, wisse aber nicht, was er unterschrieben habe (HD Urk. 15a/9 S. 2 f.). Gleiches hatte er schon in der staatsanwaltschaftlichen Befragung behauptet (HD Urk. 15a/5 S. 2). Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid zutreffend erkannt, dass es sich dabei lediglich um eine Schutzbehauptung handelt, die dem Beschuldigten nicht abgenommen werden kann (Urk. 24 S. 10 f., Art. 82 Abs. 4 StPO). Hinzu kommt Folgendes: Der Beschuldigte war (u.a.) wegen Missachtung der Ausgrenzung am 22. April 2009, 25. Januar 2010, 29. September 2010, 15. Dezember 2010, 4. Juli 2011, 15. März 2012 und 30. März 2012 bestraft worden (vgl. Urk. 50).

Aus den betreffenden – vom Obergericht beigezogenen Akten – ergibt sich, dass der Beschuldigte in jedem einzelnen Fall bestens wusste, was die Ausgrenzungsverfügung bedeutet. In der polizeilichen Befragung vom 23. Januar 2010 sagte er aus, er anerkenne die Ausgrenzung und versuche, sich daran zu halten (Urk. 44/3 S. 2). In Anwesenheit einer Übersetzerin sagte er danach bei der Staatsanwalt-

schaft aus, es gebe ja keine Barrieren in der Stadt, die die Stadt genau aufteilen. Er tue sein Bestes, sich daran zu halten (Urk. 44/5 S. 3 f.). Beim Einzelgericht erklärte er dann (wiederum in Anwesenheit eines Dolmetschers), es gehe nicht darum, dass er die Ausgrenzung missachten wolle, die Verfügung habe ihn einfach verwirrt, weil er kein gefährliches Verbrechen begangen habe (Urk. 44 Prot. S. 9). Am 21. August 2010 sagte er bei der Polizei aus, er habe die Ausgrenzungsverfügung ohne Grund erhalten, er habe kein Verbrechen begangen, er nehme keine solchen Anweisungen entgegen (Urk. 45/2 S. 3). Bei der Staatsanwaltschaft machte er dann geltend, es bestehe keine Ausgrenzung gegen ihn, er habe keine Straftat begangen, aufgrund welcher man ihn hätte ausgrenzen können (Urk. 45/3 S. 2). Und gleich darauf – im Widerspruch dazu – er habe schon bei der Polizei gesagt, dass die Ausgrenzung nicht rechtmässig sei (Urk. 45/3 S. 3), womit er anerkannte, dass die Ausgrenzung besteht und er auch wusste, worum es dabei ging. Wiederum in Anwesenheit eines Dolmetschers sagte der Beschuldigte bei der Staatsanwaltschaft aus, es sei dumm von ihm gewesen, sich bei der Polizei blöd zu stellen, er bestreite den Sachverhalt der Missachtung der Ausgrenzung nicht (Urk. 46/5 S. 2 f.). Bei der Polizei machte er in der Folge am 29. März 2012 geltend, er habe nicht gewusst, was er unterschrieben habe, er habe den Plan nicht unterschrieben, für ihn sei das nicht gültig (Urk. 49/4 S. 2). Den ihm ausgehändigten Strafbefehl anerkannte er dann aber ohne Einsprache (Urk. 49/18). Bei der polizeilichen Einvernahme am 20. Juli 2011 auf die Ausgrenzung angesprochen, erwiderte der Beschuldigte, er verstehe nicht, was die Frage bedeute, er wisse nicht, wovon der Polizeibeamte spreche. Danach sagte er, die Ausgrenzung sei für ihn nicht mehr gültig, das hätten ihm auch schon Polizisten gesagt. Gemäss dem Gesetz sei er selber Schweizer (Urk. 48/2 S. 3). Auch diesen Strafbefehl akzeptierte er ohne Einsprache (Urk. 48/6). In der polizeilichen Einvernahme vom 24. Mai 2011 wurde dem Beschuldigten ein erneutes Mal die Ausgrenzung erklärt. Der Beschuldigte antwortete: „Ja, ich verstehe.“ (Urk. 47/2 S. 5 f.). Gegen den Strafbefehl erhob der Beschuldigte auch in diesem Fall keine Einsprache (Urk. 47/12).

Unter diesen Umständen erweisen sich die Angaben des Beschuldigten samt und sonders als pure Obstruktion und in höherem Masse querulatorisch. Er hatte die

Ausgrenzungsverfügung des Migrationsamtes in allen Teilen verstanden und wusste in jedem einzelnen Fall ganz genau, dass er gegen die Ausgrenzungsverfügung versties, wenn er das für ihn gesperrte Gebiet betrat. Dass die Ausgrenzungsverfügung durchaus ihren Sinn hat, zeigte sich abgesehen davon daran, dass der Beschuldigte in beinahe allen Fällen im Drogenhandelsmilieu angetroffen wurde und er teilweise auch Drogen auf sich hatte.

Wenn sich der Beschuldigte darauf beruft, er sei viele Male bestraft worden, ohne gegen das Gesetz verstossen zu haben („committing a crime“, Urk. 19 S. 2) und er habe nach 16 Jahren Aufenthalt in der Schweiz die gleichen Rechte wie ein Bürger dieses Landes (HD Urk. 2 S. 2), so muss ihm in Erinnerung gerufen werden, dass sich alle Einwohner dieses Landes an die geltenden Gesetze zu halten haben, ungeachtet ob es sich um einen Bürger oder eine Bürgerin der Schweiz handelt und ungeachtet, welcher Aufenthaltsstatus eine Person hat. Was der Beschuldigte letztlich für sich reklamiert, ist eine von der Gesetzgebung abweichende Sonderbehandlung. Dies geht nicht an. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass sich der Beschuldigte seit Anbeginn an illegal in der Schweiz aufhält. Auch aus diesem Umstand kann der Beschuldigte keine Sonderrechte für sich ableiten.

4.2.3. Es ergibt sich, dass auch der subjektive Sachverhalt erfüllt ist, und zwar in allen Fällen in der Form des direkten Vorsatzes. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

4.3. Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz

4.3.1. In der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 9. Oktober 2012 bestritt der Beschuldigte den äusseren Sachverhalt nicht (HD Urk. 9 S. 4 f.). Beim Einzelgericht machte er in der Folge detaillierte Aussagen über seinen Konsum von Marihuana, welche sich mit dem Anklagevorwurf decken (Urk. 16 S. 4 f., vgl. Urk. 6 S. 3).

Anlässlich der Berufungsverhandlung anerkannte der Beschuldigte den Vorwurf ebenfalls (Urk. 51 S. 11).

Damit ist der äussere Sachverhalt erstellt.

4.3.2. Bei der Polizei sagte der Beschuldigte aus, er müsse rauchen, weil er Schmerzen im Körper habe, er habe ein entsprechendes Rezept (HD Urk. 2 S. 4). Bei der Staatsanwaltschaft ergänzte er dann, er müsse Marihuana rauchen, er tue das nicht freiwillig (HD Urk. 9 S. 4). Gleiches sagte er beim Einzelgericht aus: Er habe starke Schmerzen und Marihuana trage zu deren Minderung bei. Auch der Arzt habe ihm das empfohlen. Die Polizei ignoriere das aber (Urk. 16 S. 5).

In der Berufungsverhandlung machte der Beschuldigte geltend, dass er Marihuana wegen seiner Schmerzen rauche und nicht zum Vergnügen (Urk. 51 S. 11).

Bei den Akten liegt ein vom Beschuldigten eingereichtes ärztliches Zeugnis von Dr.med. H._____ vom 7. September 2011 mit folgendem Inhalt: „Hiermit bestätige ich, dass Herr A._____ wege starken Körperschmerzen im Falle eines Arrestes täglich einen Joint benötigt.“ (HD Urk. 10). Nachdem dem Beschuldigten nicht vorgeworfen wird, während eines Freiheitsentzugs Marihuana konsumiert zu haben, muss schon aus diesem Grund nicht näher auf das „Zeugnis“ eingegangen werden.

Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund beim Beschuldigten die zahlreichen konventionellen Schmerzmittel keine Linderung verschaffen sollten. Dass beim Beschuldigten zur Schmerzlinderung einzig und alleine Marihuana indiziert ist, geht ferner aus dem „Zeugnis“ nicht hervor. Dr.med. H._____ erklärte zudem, dass er das Zeugnis am 22. Oktober 2012 als ungültig erklärt habe und dass der Beschuldigte die Einnahme eines Ersatzmedikamentes verweigert habe und wütend geworden sei (Urk. 39 und Urk. 51 S. 10).

Die heutigen Angaben des Beschuldigten zum Grund des Marihuanakonsums erweisen sich mit Blick auf seine früheren Aussagen als faule Ausrede: In der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme machte er, auf den Konsum von Marihuana angesprochen, keinen therapeutischen Grund geltend. Für ihn sei das Marihuanarauchen wie eine Zigarette rauchen (Urk. 44/5 S. 5). Vor Einzelgericht machte er weiter geltend, es sei für ihn vernünftiger Marihuana zu rauchen als

Zigaretten zu rauchen. Wenn er Marihuana rauche, werde er high. Er könne in diesem Zustand besser sehen. Marihuana sei gut für seine Augen (Urk. 44 Prot. S. 9). Das Marihuana sei gut für die Meditation, es inspiriere, machte der Beschuldigte am 24. Mai 2011 bei der Polizei geltend. Er sei nicht abhängig, er rauche es in einer Wohnung oder an einer Party. Das sei besser, da sehe ihn die Polizei nicht (Urk. 47/3 S. 2 f.). Als er am 20. Juli 2011 von der Polizei einvernommen wurde, erklärte er, er konsumiere Marihuana, weil er körperliche Schmerzen habe (Urk. 48/2 S. 4). In der polizeilichen Befragung vom 29. März 2012 machte er dann geltend, er habe Schmerzen, deshalb rauche er Marihuana. Dies tue er seit mehr als 15 Jahren. Marihuana helfe ihm bei Schmerzen, er sei überrascht, dass Marihuana eine Droge sei (Urk. 49/3 S. 5f.).

Ferner sind auch die acht einschlägigen Vorstrafen seit dem Jahre 2006 zu beachten (vgl. Urk. 50). Es war dem Beschuldigten nur schon aus all diesen Verfahren, die in eine Bestrafung mündeten, klar, dass er mit dem Konsum von Marihuana (und dem Handel damit) gegen das hierzulande geltende Gesetz versties.

Die Aussagen des Beschuldigten erweisen sich unter diesen Umständen samt und sonders als – zumeist unsinnige – Schutzbehauptungen, es kann darauf nicht abgestellt werden. Vielmehr ist als nachgewiesen zu betrachten, dass der Beschuldigte sehr wohl wusste, dass es sich bei Marihuana um eine dem Betäubungsmittelgesetz unterstehende Droge handelt. Irgendwelche Rechtfertigungsgründe sind nicht gegeben.

5. Rechtliche Würdigung

Die von der Vorinstanz vorgenommene rechtliche Würdigung ist in allen Teilen zutreffend, Ergänzungen erübrigen sich. Beizupflichten ist insbesondere, dass weder Rechtfertigungsgründe noch Schuldausschlussgründe vorliegen (Urk. 24 S. 12 ff., Art. 82 Abs. 4 StPO).

Der Beschuldigte hat sich demnach der mehrfachen Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG und der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gemacht.

6. Sanktion

6.1. Strafraumen

Der zur Anwendung gelangende Strafraumen von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe für die Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung resp. Busse bis zu Fr. 10'000.-- für die Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz wurde vom Vorderrichter zutreffend ermittelt, es kann auf diese Erwägungen verwiesen werden (Urk. 24 S. 16 ff., Art. 82 Abs. 4 StPO).

6.2. Strafzumessungskriterien

Sodann hat die Vorinstanz die zur Anwendung gelangenden Regeln der Strafzumessung zutreffend zusammengefasst, es kann auch darauf verwiesen werden (Urk. 24 S. 17, Art. 82 Abs. 4 StPO).

6.3. Tatkomponenten

Die Tatschwere bezüglich der vier Missachtungen der Ein- oder Ausgrenzung ist als erheblich zu betrachten. Der Beschuldigte hat in gravierender Weise und innert kurzer Frist viermal das Verbot missachtet, das Gebiet zu betreten, in welchem sich jeweils Drogenhändler betätigen. Damit hat er dem berechtigten Interesse des Staates, Personen wie ihn von einschlägigen Drogenumschlagsplätzen fernzuhalten, grob zuwider gehandelt.

Angesichts der Drogenart, der Häufigkeit des Konsums und der zu beurteilenden Zeitdauer wiegt die Tatschwere hinsichtlich der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetzes noch nicht erheblich.

Die theoretischen Einsatzstrafen sind somit auf rund 300 Tage resp. Tagessätze und auf Fr. 800.-- Busse festzusetzen.

6.4. Täterkomponenten

6.4.1. Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann zunächst auf die Zusammenfassung der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 24 S. 18, Art. 82 Abs. 4 StPO). Aus dem Datenerfassungsblatt des Beschuldigten geht hervor, dass seine Lebenspartnerin ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'200.-- erzielt (Urk. 37/1 S. 2). In seinem Schreiben vom 9. Mai 2013 führt der Beschuldigte aus, die Unterstützungsleistung der ... (...) sei gestoppt worden (Urk. 35). An der heutigen Berufungsverhandlung erklärte der Beschuldigte betreffend Personalien, dass sein offizieller Name A1._____ und er im Jahre 1975 geboren sei. Die Angaben des ..., wonach er bis am 31. Oktober 2011 finanziell unterstützt worden sei und dass jetzt das kantonale Sozialamt für ihn zuständig sei (Urk. 40 und Urk. 41), seien zutreffend. Er erhalte aber keine finanzielle Unterstützung. Er lebe mit seiner Freundin zusammen und werde auch von guten Freunden unterstützt. Seine Freundin sei Kindergärtnerin und verdiene monatlich Fr. 3'200.--. Alle drei bis vier Monate habe er Einsätze als DJ, z.B. an Geburtstagsanlässen. Wenn er einen Einsatz an einer Kinderparty habe, erhalte er pro Anlass Fr. 200.-- und wenn er für Erwachsene auflege, dann Fr. 500.-- pro Anlass. Er sei nach wie vor nicht verheiratet und habe einen Sohn, der 12 Jahre alt sei und bei seiner Mutter in I._____ lebe (Urk. 51 S. 2 ff.). In ärztlicher Behandlung sei er zur Zeit nicht. Ungefähr im Jahre 2008 sei er in psychiatrischer Behandlung gewesen. Er sei vier Monate lang in einer psychiatrischen Klinik gewesen (Urk. 51 S. 15).

Den Angaben des Beschuldigten zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen kann nichts entnommen werden, was die Strafzumessung beeinflussen könnte.

6.4.2. Im Vorstrafenregister sind (noch) 13 Vorstrafen eingetragen, die meisten davon einschlägig (Urk. 50). Die Strafen vom 4. Oktober 2006 (45 Tage Gefängnis), 17. November 2006 (30 Tage Gefängnis), 24. November 2006 (2 Monate

Gefängnis), 21. Mai 2007 (90 Tage Freiheitsstrafe) und 6. September 2007 (90 Tage Freiheitsstrafe) hatte er samt und sonders zu verbüssen. Dasselbe gilt für die Strafen vom 24. September 2008 (30 Tage Freiheitsstrafe) und vom 22. April 2009 (13 Monate Freiheitsstrafe). Aus dem Vollzug der letzten beiden Strafen wurde er am 13. September 2009 bei einer Probezeit von einem Jahr bedingt entlassen. Allerdings wurde am 25. Januar 2010 der Vollzug der Reststrafe angeordnet. Letztmals aus dem Vollzug entlassen wurde er am 8. Mai 2011 (Urk. 38). Offenkundig hatte er die Strafen vom 25. Januar 2010 (6 Monate Freiheitsstrafe), 29. September 2010 (5 Monate Freiheitsstrafe) und 15. Dezember 2010 (90 Tage Freiheitsstrafe) verbüssen müssen, wobei eine vorzeitige, bedingte Entlassung abgewiesen worden war (a.a.O.).

Die zahlreichen, zumeist einschlägigen Vorstrafen rufen nach einer erheblichen Erhöhung der theoretischen Einsatzstrafe, hat sich der Beschuldigte doch noch nie durch irgendeine Strafe genügend beeindrucken lassen. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte sich vom 28. bis 30. März 2012 in Untersuchungshaft befand (Urk. 49/13/1 und 49/13/6). Nur gerade zweieinhalb Monate später delinquierte er erneut einschlägig. Dies beleuchtet, wie auch der Vollzug sämtlicher Freiheitsstrafen, die absolute Unverbesserlichkeit und Renitenz des Beschuldigten. Es hat sich mittlerweile erwiesen, dass kurze Warnstrafen oder Geldstrafen beim Beschuldigten schlicht gar nichts bewirken. Die theoretischen Einsatzstrafen sind daher auf 20 Monate Freiheitsstrafe und Fr. 1'600.- Busse zu verdoppeln.

6.4.3. Aus dem Nachtatverhalten kann hinsichtlich der Missachtung der Aus- und Eingrenzung nichts zu Gunsten des Beschuldigten abgeleitet werden. Reue oder Einsicht sind nicht einmal ansatzweise zu erkennen. Die Zugaben bezüglich Anwesenheit im gesperrten Gebiet haben die Strafuntersuchung nicht im Mindesten gefördert oder erleichtert, der Beschuldigte wurde jedes Mal polizeilich angehalten. Nachdem der Beschuldigte sich auf den Standpunkt stellt, er habe rechtmässig gehandelt, kann von einem Geständnis nicht die Rede sein.

Bezüglich der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz kann hinsichtlich des äusseren Sachverhaltes von einem Teilgeständnis ausgegangen werden, was sich leicht strafreduzierend auswirkt. Von einer Drogensucht kann entgegen

der Vorinstanz nicht ausgegangen werden. Der Beschuldigte erklärte zwar, es sei ein Problem gewesen, dass er während des Strafvollzugs kein Marihuana habe konsumieren können (Urk. 51 S. 11). Nachdem der Beschuldigte aber mehrfach behauptete, er brauche das Marihuana zur Bekämpfung seiner Schmerzen, ist davon auszugehen, dass das Problem auf die Schmerzen bezogen war und es sich dabei nicht um Entzugserscheinungen handelte. Weiter ist bezüglich Behauptungen des Beschuldigten, er brauche das Marihuana zur Bekämpfung seiner Schmerzen, darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte die Schmerzmittel abgelehnt hat, als der Arzt ihm diese anbot (Urk. 39). Es rechtfertigt sich eine leichte Reduktion der theoretischen Einsatzstrafe für die Übertretung auf Fr. 1'200.--. Nachdem bei der Bemessung der Busse auch die finanzielle Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB), erscheint eine weitere Reduktion auf Fr. 600.-- angemessen.

6.4.4. Der Beschuldigte wäre somit mit 20 Monaten Freiheitsstrafe und Fr. 600.-- Busse zu bestrafen.

Auf Grund des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StGB) ist es dem Obergericht allerdings verwehrt, über das Strafmass der Vorinstanz hinauszugehen. Damit hat es bei einer Strafe von 120 Tagessätzen resp. 4 Monaten und Fr. 100.-- Busse zu bleiben.

6.5. Strafart

Der Vorderrichter hat statt einer Geldstrafe eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe gemäss Art. 41 Abs. 1 StGB ausgefällt. Zu Recht (Urk. 24 S. 21, Art. 82 Abs. 4 StPO). Angesichts der zahlreichen Vorstrafen, der Unverbesserlichkeit und der Renitenz des Beschuldigten fällt eine bedingte Strafe zum Vornherein ausser Betracht. Es ist bezüglich der Prognose (Art. 42 Abs. 2 StGB) darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte mit Urteil vom 22. April 2009 zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 13 Monaten, am 25. Januar 2010 zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von sechs Monaten und am 4. Juli 2011 zu einer unbedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen verurteilt wurde. Von besonders günstigen Umständen kann angesichts der Vorstrafen nicht im Ansatz die Rede sein. Der

Beschuldigte hat, soweit dies aus den vorliegenden Akten ersichtlich ist, sei dem Jahre 2000 regelmässig delinquent (vgl. Urk. 45/8/2) und alle Freiheitsstrafen verbüssen müssen. Eine Änderung dieses delinquenten Verhaltens ist nicht zu erkennen. Wer sich dermassen uneinsichtig und unbelehrbar zeigt, dem kann keine gute und schon gar nicht eine besonders günstige Prognose gestellt werden. Unter diesen Umständen kommt ein Aufschub der Strafe nicht in Betracht.

Das Bundesgericht hält in einem Grundsatzentscheid fest, dass sich die Anordnung von gemeinnütziger Arbeit nur rechtfertigen lasse, solange wenigstens Aussicht besteht, dass der Betroffene auch nach einem allfälligen Strafvollzug in der Schweiz bleiben darf. Sinn der Arbeitsstrafe ist die Wiedergutmachung zu Gunsten der lokalen Gemeinschaft sowie die Erhaltung des sozialen Netzes des Verurteilten (vgl. BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.4 S. 110 m.w.H; BGE 134 IV 60 E. 3.3). Dieses Ziel lässt sich im vorliegenden Fall nicht erreichen, da der Verbleib des Beschwerdeführers in der Schweiz mit Sicherheit ausgeschlossen ist. Der Beschuldigte hält sich illegal in der Schweiz auf, er wurde rechtskräftig weg-gewiesen. Allerdings konnte die Wegweisung mangels gültiger Reisepapiere und wegen der hartnäckigen Obstruktion des Beschuldigten nicht vollzogen werden (HD Urk. 3/1). Die gemeinnützige Arbeit hat daher als unzweckmässige Sanktion auszuscheiden.

Der Tagessatz wäre beim mittellosen und nicht erwerbstätigen Beschuldigten auf den vom Bundesgericht auf Fr. 10.-- angesetzten Mindestansatz (BGer 6B_610/2009 vom 13. Juli 2010, E. 1.5, mit Hinweisen) festzulegen. Dies würde beim Vollzug der Geldstrafe zu einer Zahlung von Fr. 1'200.-- führen. Es bleibt folglich zu prüfen, ob der Beschuldigte diese Geldstrafe unmittelbar zu begleichen oder abzusichern im Stande ist. Das muss aus den folgenden Gründen verneint werden:

Die am 4. Juli 2011, 15. März 2012 und 30. März 2012 ausgefallten (unbedingten) Geldstrafen von 180, 30 und 150 Tagessätzen konnten (noch) nicht vollzogen werden (vgl. Urk. 38). Es kann nicht erwartet werden, dass der sich illegal in der Schweiz aufhaltende Beschuldigte in der Lage sein wird, auf legale Art und Weise

Geld zu beschaffen (seien es Unterstützungsleistungen oder sei es ein Arbeitserwerb), um die noch offenen Geldstrafen zu bezahlen, geschweige denn dürfte es ihm möglich sein, eine weitere, ebenfalls unbedingte Geldstrafe zu begleichen. Damit bleibt als letzte Möglichkeit nur noch, eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe von vier Monaten anzuordnen.

6.6. Vollzug

Es braucht keiner weiteren Erläuterungen, dass ein bedingter Vollzug der Freiheitsstrafe ausser Betracht fällt.

Die Busse von Fr. 100.- ist zu bezahlen. Die Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse ist auf einen Tag anzusetzen.

6.7. Untersuchungshaft

Der Anrechnung von drei Tagen erstandener Haft steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

7. Kostenfolgen

7.1. Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

7.2. Kosten des Berufungsverfahrens

Nachdem der Beschuldige mit seinen Anträgen vollumfänglich unterliegt, sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO), jedoch aufgrund seiner desolaten finanziellen Verhältnisse definitiv abzuschreiben (Art. 425 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, Einzelgericht, vom 14. Dezember 2012 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:
 1. (...)
 2. (...)
 3. (...)
 4. Das von der Stadtpolizei Zürich am 9. Juli 2012 sichergestellte Marihuana (3,8 Gramm; Asservat Nr. ...) wird eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
 5. (...)
 6. (...)
 7. (Mitteilungen
 8. (Rechtsmittel)
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - der mehrfachen Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG sowie
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 4 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 3 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 100.-.

3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben, die Busse ist zu bezahlen.

Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag.

4. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 5 und 6) wird bestätigt.

5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.-.

6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch definitiv abgeschrieben.

7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- den Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- den Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- das Bundesamt für Migration

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 Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 13. Juni 2013

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Marti

lic. iur. A. Truninger