

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180132-O/U/jv

Mitwirkend: Die Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. S. Volken und
lic. iur. B. Gut sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Baumgartner

Urteil vom 30. November 2018

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. G. Krayenbühl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländergesetz**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,

4. Abteilung - Einzelgericht, vom 18. Januar 2018 (GB170079)

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. September 2017 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 17).

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 41)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 120 Tagen, wovon bis und mit heute 100 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die amtliche Verteidigerin des Beschuldigten wird mit Fr. 6'000.- (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
5. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	1'200.-	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	1'000.-	Gebühr für das Vorverfahren;
Fr.	6'000.-	amtliche Verteidigung.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
7. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
8. (Mitteilung)
9. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

a) des Beschuldigten (Urk. 55):

1. Der Beschuldigte sei freizusprechen.
2. Dem Beschuldigten sei vom Staat eine angemessene Genugtuung für die zu Unrecht erstandene Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft auszurichten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) des erstinstanzlichen Verfahrens sowie des Berufungsverfahrens gemäss dem Ausgang des Verfahrens.

b) der Staatsanwaltschaft (Urk. 48, Urk. 62):

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang und Prozessuales

1. Mit eingangs erwähntem Urteil des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht, vom 18. Januar 2018 wurde der Beschuldigte wegen der Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG mit einer Freiheitsstrafe von 120 Tagen bestraft. Das Gericht ordnete den Vollzug der Freiheitsstrafe an. Entsprechend dem Verfahrensausgang wurden dem Beschuldigten die Verfahrenskosten auferlegt (Urk. 41). Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 29. Januar 2018 fristgerecht Berufung anmelden (Urk. 37). Nach Empfang des schriftlich begründeten Urteils am 19. März 2018 (Urk. 40/2) reichte die Verteidigung innert Frist die Berufungserklärung ein (Urk. 43). Darin stellte sie den prozessualen Antrag auf Durchführung eines schriftlichen Berufungsverfahrens. Die Staatsanwaltschaft beantragte mit Schreiben vom 19. April 2018 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und erklärte im Übrigen den Verzicht auf eine

weitere Teilnahme am Verfahren. Gegen eine schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens opponierte die Staatsanwaltschaft nicht (Urk. 48). Nach Anordnung des schriftlichen Verfahrens mit Präsidialverfügung vom 20. April 2018 und innert der darin angesetzten Frist, erstattete die Verteidigung dem Gericht mit Eingabe vom 25. Juni 2018 die Berufungsanträge und -begründung (Urk. 55). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf die Einreichung einer Berufungsantwort und das Stellen von Beweisanträgen (Urk. 62). Damit erweist sich das Verfahren als spruchreif.

2. Der Beschuldigte verlangt einen Freispruch vom Anklagevorwurf sowie eine angemessene Genugtuung für zu Unrecht erlittene Haft. Damit ist das vorinstanzliche Urteil in seiner Gesamtheit angefochten und vom Berufungsgericht zu überprüfen (Art. 404 StPO).

II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

3. Anklagevorwurf

Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten vor, am 28. September 2017 um ca. 12.00 Uhr mit dem Zug nach Zürich gefahren zu sein und sich unter anderem zum Migrationsamt begeben zu haben. Dies obwohl er gewusst habe, dass seit dem 17. Januar 2017 eine Eingrenzungsverfügung für den Bezirk Pfäffikon bestanden habe. Der Beschuldigte habe beim Migrationsamt keinen Termin gehabt, was er gewusst habe. Damit habe keine Ausnahme vorgelegen, welche es ihm erlaubt hätte, den Bezirk Pfäffikon zu verlassen (Urk. 17).

4. Zu klärender Sachverhalt / Standpunkt des Beschuldigten

4.1. Der Sachverhalt kann insoweit als erstellt gelten, als der Beschuldigte stets anerkannte, dass gegen ihn im Tatzeitpunkt eine Eingrenzung für den Bezirk Pfäffikon bestand, wovon er Kenntnis hatte, und dass er am 28. September 2017 das Migrationsamt in Zürich aufsuchte (Urk. 55 N 9, Urk. 32). Nicht bestritten hat der Beschuldigte überdies, dass er an jenem Tag keinen Termin beim Migrationsamt hatte (vgl. Urk. 55, Urk. 32). Indessen brachte der Beschuldigte gegen die

Anklage vor, er sei aufgrund von Aussagen seines Heimleiters B._____ sowie aufgrund der Angaben seines Arztes von einer Erlaubnis zum Verlassen des Bezirks Pfäffikon ausgegangen, um die für ausländerrechtliche Fragen zuständigen Behörden, insbesondere das Sozialamt Zürich und das Migrationsamt Zürich aufzusuchen. Dazu liess der Beschuldigte ausführen, der Heimleiter B._____ habe ihm erklärt, er könne sich mit einem Arztzeugnis gegen die geplante Umplatzierung wehren. Weiter könne als erstellt gelten, dass er beim Migrationsamt mit einem Arztzeugnis vorstellig geworden sei, woraus sich ergebe, dass er sich aus gesundheitlichen Gründen beim Migrationsamt gegen die geplante Umplatzierung von C._____ nach D._____ habe wehren wollen. Gestützt auf diese Darstellung machte der Beschuldigte geltend, einem Sachverhaltsirrtum unterlegen zu sein und nicht vorsätzlich gehandelt zu haben. (Urk. 32 N 16, Urk. 55 N 10 ff.). Ergänzend brachte die Verteidigung als rechtliche Rüge in ihrer Berufungsbegründung vor, das Verhalten des Beschuldigten habe dem Normzweck von Art. 119 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 74 AuG nicht zuwiderlaufen können. Seien aber die verfolgten Ziele bzw. die von einer Norm "geschützten Rechtsgüter" nicht betroffen, könne auch der objektive Tatbestand nicht als erfüllt erachtet werden (Urk. 55 N 23).

4.2. Bei dieser Ausgangslage sind die Tatumstände, mitunter was der Beschuldigte wusste und wollte, als er am 28. September 2017 nach Zürich reiste, zu erstellen. In rechtlicher Hinsicht wird einerseits zu prüfen sein, ob die erstellten Tatumstände den Schluss zulassen, der Beschuldigte habe vorsätzlich bzw. zumindest eventualvorsätzlich gehandelt und andererseits ist auf die Rüge einzugehen, der objektive Tatbestand von Art. 119 Abs. 1 AuG sei deshalb nicht erfüllt, weil das Verhalten des Beschuldigten ausserhalb des Normzwecks liege und diesem somit nicht zuwiderlaufen könne.

5. Aushändigung, Inhalt und Kenntnisnahme der Eingrenzungsverfügung

5.1. Die Vorinstanz führte betreffend die Kenntnisnahme der Eingrenzungsverfügung des Migrationsamts des Kantons Zürich vom 17. Januar 2017 aus, diese sei dem Beschuldigten am 21. Juli 2017 durch die Kantonspolizei Zürich persönlich zugestellt worden. Dass der Beschuldigte deren Empfang nicht unterschriftlich bestätigt, sondern die Unterzeichnung des Empfangsscheins verweigert habe,

ändere nichts daran, dass ihm die Verfügung zugestellt und übersetzt worden sei und er sie somit gekannt habe (Urk. 41 S. 12 Ziff. 3.1.). Die Verteidigerin brachte dagegen in ihrer Berufungsbegründung vor, mit der Verweigerung zur Unterzeichnung der Eingrenzungsverfügung habe der Beschuldigte nur zum Ausdruck bringen wollen, dass er damit nicht einverstanden gewesen sei bzw. es nicht verstehe. Es sei nicht geltend gemacht worden, dass der Beschuldigte nichts von der Eingrenzungsverfügung gewusst habe. Er habe sich ja auch immer daran gehalten und den Bezirk Pfäffikon nicht verlassen, ausser am 28. September 2017, als er das Migrationsamt aufgesucht habe (Urk. 55 N 9). Dagegen sei aktenkundig, dass die Eingrenzungsverfügung dem Beschuldigten nicht übersetzt worden sei. Überdies seien solche Zuständigkeitsbestimmungen, wie sie die Verfügung für die Ausnahmen vorsehe, selbst für deutschsprachige Personen nicht einfach zu verstehen. Es ergäbe sich im Übrigen nirgends, dass die Ausnahmewilligung schriftlich ergehen müsse (Urk. 55 N 20). Zudem dürfe es für juristische Laien wohl regelmässig nicht nachvollziehbar sein, dass man sich durch das Aufsuchen eines Amtes, insbesondere des Migrationsamtes, strafbar mache (Urk. 55 N. 22).

5.2. Mit Datum vom 17. Januar 2017 ordnete das Migrationsamt des Kantons Zürich gegen den Beschuldigten eine Eingrenzung im Gebiet des Bezirks Pfäffikon an (Urk. 4). Diese Verfügung wurde dem Beschuldigten am 21. Juli 2017 durch Beamte der Kantonspolizei Zürich in C._____ übergeben (Urk. 5). Auf der entsprechenden Empfangsbestätigung ist vermerkt, dass der Beschuldigte die Unterschrift zur Bestätigung des Erhalts der Verfügung verweigerte und den Polizeibeamten mitteilte, dass er eine Übersetzung der Verfügung nicht für notwendig erachte (Urk. 5). Nachdem der Beschuldigte erklären liess, die Verweigerung der Unterschrift habe lediglich zu bedeuten, dass er mit der Verfügung nicht einverstanden gewesen sei, kann ohne Weiteres festgestellt werden, dass dem Beschuldigten die Eingrenzungsverfügung zugestellt wurde. Entgegen dem vorinstanzlichen Urteil geht indessen aus der Empfangsbestätigung hervor, dass dem Beschuldigten die Verfügung nicht übersetzt wurde. Nachdem aber dokumentiert ist, dass der Beschuldigte die Übersetzung nicht wollte bzw. nicht für notwendig erachtete, dass er mitunter auf eine Übersetzung verzichtete, steht auch fest, dass die Verfügung korrekt eröffnet worden ist. Nachdem der Beschul-

digte explizit auf eine Übersetzung der Verfügung verzichtet hat, kann er sich nicht auf eine fehlende Inhaltskenntnis berufen. Insoweit ist die Feststellung der Verteidigung, wonach dem Beschuldigten die Verfügung nicht übersetzt worden war, zwar zutreffend, indessen hat der Beschuldigte diesen Umstand selber zu vertreten. Er kann deshalb im Hinblick auf die vorgebrachte, fehlende Kenntnis des Inhalts der Verfügung nichts zu seinen Gunsten ableiten.

6. Missachtung der Eingrenzung (Art. 119 Abs. 1 AuG)

6.1. Nachdem in der Eingrenzungsverfügung die Modalitäten sowohl für die Notwendigkeit als auch für das Vorgehen hinsichtlich einer Ausnahmegewilligung eindeutig geregelt sind, kann sich der Beschuldigte auch im Hinblick auf einen Rechtfertigungsgrund nicht auf das Vorliegen eines Sachverhaltsirrtums berufen, zumal gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Nichtwissen nicht als Irrtum zu behandeln ist (BGE 135 IV 17). Im vorliegenden Fall hält Ziffer 4 der Verfügung des Migrationsamts (Urk. 4) konkret fest, dass eine Ausnahmegewilligung schriftlich beim Migrationsamt einzuholen ist und ebenfalls, in welchen Fällen keine Ausnahmegewilligungen zur Wahrnehmung eines Termins ausserhalb des Gebiets der Eingrenzung notwendig ist. Soweit der Beschuldigte vorbrachte, er sei aufgrund der Aussagen des Heimleiters B._____ sowie seines Arztes der Auffassung gewesen, es sei ihm erlaubt, das Migrationsamt aufzusuchen, so zeigt dies einzig, dass er sich nicht mit dem Inhalt der Eingrenzungsverfügung auseinandersetzte. Nachdem dem Beschuldigten bewusst war, dass gegen ihn eine Eingrenzung bestand, hätte es ihm oblegen, für die Abklärung besorgt zu sein, ob es für das Aufsuchen des Migrationsamts einer Ausnahmegewilligung bedarf oder nicht. Ob der Beschuldigte allenfalls seinem "orientalischen Denken" folgte (vgl. Eingabe der Verteidigung Urk. 55 N 13), aus welchem er ableitete, die Angaben seines Arztes seien der behördlichen Verfügung übergeordnet, tut damit nichts zur Sache. Indem der Beschuldigte darauf verzichtete, den Inhalt der Verfügung zur Kenntnis zu nehmen, hat er mit seiner Reise nach Zürich die Missachtung der Eingrenzung in Kauf genommen. Es liegt somit eine eventualvorsätzliche Tatbegehung vor.

6.2. Die Verteidigung brachte schliesslich vor, der Zweck der Eingrenzung bestehe darin, den Verbleib der ausländischen Person zu kontrollieren sowie ihre Verfügbarkeit für die Vorbereitung und Durchführung zur Ausschaffung sicherzustellen. Indem der Beschuldigte das eingegrenzte Gebiet nur verlassen habe, um ohne Umwege das Sozialamt bzw. das Migrationsamt aufzusuchen, habe er diesen Zweck gerade nicht vereitelt. Der Schutzbereich von Art. 119 Abs. 1 AuG sei somit nicht betroffen, weshalb der objektive Tatbestand im vorliegenden Fall nicht erfüllt sein könne (Urk. 55 N 23).

6.3. Das Gesetz sieht vor, dass bestraft wird, wer eine Ein- oder Ausgrenzung nicht befolgt (Art. 119 Abs. 1 AuG). Es handelt sich bei der Missachtung einer Eingrenzung somit um ein reines Tätigkeitsdelikt, welches die Strafbarkeit beim Verlassen des eingegrenzten Gebiets auslöst, unabhängig davon, ob eine konkrete Kontrollmassnahme oder sonstige Handlung seitens der Behörden vereitelt wurde. Ob die Missachtung konkrete Auswirkungen hervorrief und in welchem Umfang, ist vorliegend einzig im Rahmen der Strafzumessung von Bedeutung. Im Übrigen nennt Art. 119 Abs. 2 AuG die Fälle, in welchen von einer Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung abgesehen werden kann. Dies trifft einerseits auf den Fall zu, in welchem der Beschuldigte sofort ausgeschafft werden kann und andererseits, wenn sich ein Beschuldigter in Vorbereitungs- oder Ausschaffungshaft befindet. Beide Fälle sind vorliegend nicht gegeben.

6.4. Im Ergebnis ist der vorinstanzliche Schuldspruch somit zu bestätigen. Der Beschuldigte ist der Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung gemäss Art. 119 Abs. 1 AuG schuldig zu sprechen.

III. Strafzumessung

7. Anwendbares Recht

Der Beschuldigte beging die Tat am 28. September 2017. Am 1. Januar 2018 sind im Sanktionenrecht des Strafgesetzbuches revidierte Bestimmungen in Kraft getreten. Mitunter wurden die Gesetzesartikel betreffend die Strafarten und insbe-

sondere die Dauer der Geld- und Freiheitsstrafen sowie entsprechend die Vollzugsbestimmungen angepasst. Gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB ist für ein Delikt, welches vor Inkrafttreten der neuen Gesetzesbestimmungen begangen wurde, jedoch erst nach Inkrafttreten beurteilt wird, dasjenige Gesetz anzuwenden, welches das mildere ist. Die Vorinstanz ist korrekt zum Schluss gelangt, dass bei der im vorliegenden Fall voraussichtlich auszusprechenden Sanktion das neue Recht nicht milder ist und deshalb das alte Recht zur Anwendung gelangt.

8. Strafraumen und theoretische Grundsätze der Strafzumessung

Gemäss Art. 119 Abs. 1 AuG wird die Missachtung einer Aus- oder Eingrenzung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Die Vorinstanz äusserte sich bereits ausführlich betreffend das Vorgehen zur Bemessung des Tatverschuldens gemäss Art. 47 StGB. Sie führte insbesondere aus, dass zwischen der objektiven und der subjektiven Tatkomponente zu unterscheiden ist und im Weiteren die Täterkomponente als massgeblicher Faktor einzubeziehen ist. Auf die entsprechenden korrekten Ausführungen der Vorinstanz kann verwiesen werden (Urk. 41 S. 20-21).

9. Tatkomponenten

9.1. Die Vorinstanz hielt betreffend die objektive Tatkomponente fest, der Beschuldigte habe die gegen ihn erlassene Eingrenzungsverfügung lediglich ein einziges Mal verletzt. Das von Art. 119 Abs. 1 AuG geschützte Rechtsgut, namentlich die staatliche Autorität sei somit nur geringfügig verletzt worden (Urk. 41 S. 21). Diese Ausführungen sind zutreffend. So bestand der Sinn und Zweck der verfügten Eingrenzung im vorliegenden Fall, den Verbleib des Beschuldigten zu kontrollieren und die rechtskräftige Wegweisungsverfügung durchzusetzen. Nachdem sich der Beschuldigte zum Migrationsamt begab, hat er die Anordnung der Eingrenzung einerseits nur kurzzeitig verletzt und sich andererseits gleich bei derjenigen Behörde gemeldet, welche die Eingrenzung erlassen hatte und somit die Verletzung der Anordnung sofort erkannte. Das objektive Tatverschulden ist damit – entsprechend der vorinstanzlichen Bewertung – als leicht einzustufen. Hinsichtlich der subjektiven Tatkomponente hat sich die Vorinstanz ebenfalls mit

den massgeblichen Faktoren befasst. Sinngemäss kann diesbezüglich festgehalten werden, dass sich der Beschuldigte zwar über eine staatliche Anordnung hinweggesetzt hat, dabei aber von Bedeutung ist, dass dies nur deshalb geschah, weil der Beschuldigte ein nachvollziehbares Anliegen beim Migrationsamt deponieren wollte und nicht etwa, weil ihn die Eingrenzung generell nicht kümmerte. Abweichend von der Vorinstanz beeinflusst das subjektive Tatverschulden die objektive Tatschwere dahingehend, als dass insgesamt von einem sehr leichten Verschulden des Beschuldigten auszugehen ist. Es erscheint eine Einsatzstrafe im Umfang von 30 Tagen als angemessen, mitunter ist die Strafe wesentlich tiefer anzusetzen als von der Vorinstanz veranschlagt.

9.2. Betreffend die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten erwog die Vorinstanz unter Hinweis auf diverse Einvernahmen und den Entscheid des Bundesamts für Migration sowie auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urk. 41 S. 22), der kinderlose Beschuldigte mit ägyptischer Staatsangehörigkeit sei im Jahr 1990 nach Italien gereist und habe dort während ca. 20 Jahren gelebt und teilweise auch gearbeitet. Am 6. April 2011 habe der Beschuldigte in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt, welches mit Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Juli 2012 rechtskräftig abgewiesen worden sei (Urk. 10). Die Vorinstanz erkannte in den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten keine strafzumessungsrelevanten Faktoren (Urk. 41 S. 22). Nachdem sich im Berufungsverfahren diesbezüglich nichts Neues ergeben hat, ist das genannte Fazit der Vorinstanz im Berufungsverfahren zu übernehmen.

9.3. Betreffend das Vorleben des Beschuldigten führte die Vorinstanz aus, die mehrfachen und einschlägigen Vorstrafen wirkten sich erheblich strafferhöhend aus. Die erneute Delinquenz zeuge vom Widerwillen des Beschuldigten, sich geltendem Recht zu unterwerfen (Urk. 41 S. 22). Der Beschuldigte weist fünf Vorstrafen wegen rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG) sowie eine Vorstrafe wegen Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 Abs. 1 lit. c. AuG) auf (Urk. 42). Am 13. Juni 2012 lehnte das Bundesamt für Migration (heute Staatssekretariat für Migration) das Asylgesuch des Beschuldigten ab und setzte dem Beschuldigten Frist zum Verlassen der Schweiz bis am 8. August 2012 (Urk. 8),

welcher Entscheid in Rechtskraft erwuchs (Urk. 9). Nachdem der Beschuldigte die Schweiz nicht verliess, kam es in der Folge zu den eingangs erwähnten Vorstrafen, welche durchgehend für die Zeit vom 20. Juli 2012 bis zum 11. Juli 2016 ausgesprochen wurden. Damit fasste der Beschuldigte über einen längeren Zeitraum stets erneut den Entschluss, der behördlichen Anordnung, die Schweiz zu verlassen, nicht nachzukommen. Die von der Vorinstanz vorgenommene erhebliche Straferhöhung, welche sich in 30 Tagen niederschlug, ist damit zu übernehmen.

9.4. Das Nachtatverhalten wertete die Vorinstanz als neutral, welche Feststellung unter Verweis auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz nicht weiter zu ergänzen ist (Urk. 41 S. 22 f.).

10. Nach der Würdigung sämtlicher relevanter Strafzumessungsfaktoren erweist sich die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Strafe von 60 Tagen als angemessen.

IV. Strafart und Vollzug

11. Theoretische Grundsätze

11.1. Durch die Bestimmung von aArt. 41 StGB ist für Strafen bis zu sechs Monaten der Geldstrafe sowie der gemeinnützigen Arbeit der Vorrang zu geben. Damit besteht eine Priorität zugunsten nicht freiheitsentziehender Sanktionen, welche sich aus dem Prinzip der Verhältnismässigkeit ergibt. Es soll diejenige Sanktionsart gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift. Eine unbedingte Freiheitsstrafe unter sechs Monaten kommt nur ausnahmsweise in Betracht. Sie ist nur möglich, wenn die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe im Sinne von aArt. 42 StGB nicht gegeben sind und gleichzeitig zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden können. Als wichtiges Kriterium bei der Wahl der Sanktionsart ist die Zweckmässigkeit einer Sanktion, ihre Auswirkung auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 82 E. 4.1, BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.2).

11.2. Gemäss aArt. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Es besteht mitunter in subjektiver Hinsicht gesetzlich die Vermutung einer günstigen Prognose.

12. Würdigung

12.1. Nachdem der Beschuldigte vor Vorinstanz angab, einzig von der Unterstützung der Asylhilfe zu leben (Prot. I S. 8) und die Verteidigung diesbezüglich keine Änderung geltend machte, ist auch im Berufungsverfahren davon auszugehen, dass der Beschuldigte über kein Einkommen verfügt. Es ist somit in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festzustellen, dass der Beschuldigte nicht in der Lage ist, eine Geldstrafe zu bezahlen. Ebenfalls ist die vorinstanzliche Würdigung zu übernehmen, wonach aufgrund der fehlenden Aufenthaltsbewilligung des Beschuldigten keine gemeinnützige Arbeit angeordnet werden kann. Überdies ist dem Beschuldigten deutlich zu machen, dass er nicht selbständig über seinen Aufenthalt befinden kann, sondern sich an behördliche Anordnungen zwingend zu halten hat. Es erscheint damit die Freiheitsstrafe als eingriffsintensivere Sanktionsart, als zweckmässiger Strafe. Bei dieser Ausgangslage ist der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe zu belegen.

12.2. Hinsichtlich der Legalprognose sind die Vorstrafen des Beschuldigten zu beachten, welche aufzeigen, dass der Beschuldigte der staatlichen Hoheit nicht die nötige Beachtung schenkt. Nachdem der Beschuldigte nach wie vor keine Aufenthaltsbewilligung besitzt und sich seine Situation gegenüber den Vorverurteilungen nicht massgeblich verändert hat, ist ihm eine negative Legalprognose zu stellen. Eine bedingte Strafe erscheint damit nicht geeignet um den Beschuldigten vor weiterer Delinquenz abzuhalten, weshalb der Vollzug der Strafe anzuordnen ist.

12.3. Der Beschuldigte ist somit mit einer zu vollziehenden Freiheitsstrafe von 60 Tagen zu bestrafen. Nachdem der Beschuldigte im vorliegenden Verfahren bereits 100 Tage durch Sicherheitshaft erstanden hat, welche ihm vollumfänglich

an die auszusprechende Strafe anzurechnen sind (Art. 51 StGB), ist die Strafe bereits verbüsst.

V. Kosten und Entschädigung

13. Kosten

13.1. Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kostenaufgabe zu bestätigen (Art. 426 StPO, Urk. 41 S. 25).

13.2. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt im gewichtigen Schuldpunkt vollumfänglich, während die Sanktion aufgrund der Reduktion der Freiheitsstrafe zu seinen Gunsten ändert. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten für die amtliche Verteidigung, zu 2/3 dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu 1/3 auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten für die amtliche Verteidigung sind im Umfang von 1/3 definitiv und im Umfang von 2/3 einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Für letztere Kosten ist die Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten.

13.3. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'000.-- anzusetzen.

13.4. Die amtliche Verteidigerin RAin X. _____ reichte mit Eingabe vom 11. Oktober 2018 die Honorarnote für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren ein (Urk. 64). Die geltend gemachten Aufwendungen von rund 16 Stunden sind ausgewiesen; ebenso die Barauslagen von Fr. 300.--. Die amtliche Verteidigerin weist somit für das Berufungsverfahren einen Entschädigungsanspruch in der Höhe von Fr. 4'133.90 (inkl. 7.7% MwSt.) aus. Mit diesem Betrag ist die amtliche Verteidigerin – einstweilen vollständig aus der Gerichtskasse – für das Berufungsverfahren zu entschädigen. Gemäss dem Anteil seines Unterliegens bleibt jedoch die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten für zwei Drittel der Kosten der amtlichen Verteidigung vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO).

14. Entschädigung

14.1. Die Verteidigung forderte für zu Unrecht erlittene Untersuchungs- und Sicherheitshaft des Beschuldigten einen Genugtuungsbetrag von Fr. 200.-- je Hafttag (Urk. 55 N 29-30). Aufgrund ihres Antrags auf Freispruch stellte die Verteidigung 100 Tage zu Unrecht erlittene Haft fest (Urk. 55 N 30). Mit dem vorliegenden Urteil wird gegen den Beschuldigten eine Strafe von 60 Tagen ausgesprochen. Es verbleiben somit 40 Tage Haft (vgl. 15/3, Urk. 28, Urk. 30), welche nicht an die mit dem vorliegenden Urteil auszusprechenden Strafe angerechnet werden können. Somit hat der Beschuldigte 40 Tage Haft zu Unrecht verbüsst. Daraus entsteht dem Beschuldigten gestützt auf Art. 430 Abs. 2 StPO ein Genugtuungsanspruch.

14.2. Die Festlegung der Höhe der Genugtuung beruht auf richterlichem Ermessen. Bei dessen Ausübung ist den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen. Zu berücksichtigen sind alle Umstände, auch die Schwere des vorgeworfenen Delikts sowie die Auswirkungen der Haft auf die persönliche Situation des Verhafteten und die Belastung durch das Verfahren. Das Bundesgericht geht davon aus, dass im Falle einer ungerechtfertigten Haft von kurzer Dauer grundsätzlich ein Betrag von Fr. 200.-- pro Tag eine angemessene Entschädigung darstellt, sofern nicht besondere Umstände gegeben sind, welche die Zahlung eines tieferen oder höheren Betrags rechtfertigen könnten.

14.3. Im vorliegenden Fall war der Beschuldigte lediglich mit einem geringfügigen Tatvorwurf konfrontiert, welcher in Zusammenhang mit seinem fehlenden Aufenthaltsstatus in der Schweiz steht. Gegen den Beschuldigten bestand im Zeitpunkt der Haft eine Eingrenzung und er wohnte in einem Durchgangsheim. Aufgrund dieser Situation lebte der Beschuldigte in einem bescheidenen Wohnkomfort und mit beschränkten Freiheiten bezüglich seiner Lebensführung. Mitunter wurde in die persönliche Freiheit des Beschuldigten bereits vor und unabhängig der Haft eingegriffen. Des weiteren weist der Beschuldigte in der Schweiz keine familiären Bindungen und keine berufliche Integration auf, welche durch die Haftsituation hätten belastet werden können. Ebenso wurde das persönliche Ansehen des Beschuldigten in der Schweiz durch die Haft nicht getrübt, zumal er hier über kein soziales Umfeld verfügt und ohnehin wird aus der Schweiz ausreisen und in sein

Heimatland Ägypten wird zurückkehren müssen, was bereits seit dem Entscheid des Bundesverwaltungsgericht vom 20. Juli 2012 feststeht (Urk. 10). Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, den Genugtuungsbetrag für den Beschuldigten auf Fr. 100.-- pro Tag festzusetzen. Dem Beschuldigten ist somit für zu Unrecht erlittene Haft (Überhaft) eine Genugtuung von Fr. 4'000.-- (40 Tage à Fr. 100.--) aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Missachtung der Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen, welche durch Sicherheitshaft bereits vollständig erstanden ist.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Dem Beschuldigten wird für zu Unrecht erlittene Haft (Überhaft von 40 Tagen) eine Genugtuung von Fr. 4'000.-- aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 5 bis Ziff. 7) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'133.90 amtliche Verteidigung
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu 2/3 auferlegt und zu 1/3 auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden im Umfang von 1/3 definitiv und im Umfang von 2/3 einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten für 2/3 der Kosten der amtlichen Verteidigung bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

8. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
- 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, BVD Strafvollzug
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Löschungsdaten

9. 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, 30. November 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. C. Baumgartner