

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180205-O/U/ad

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, Obergerichterin lic. iur. Wasser-Keller und Ersatzobergerichterin lic. iur. Keller sowie Gerichtsschreiber lic. iur. Samokec

Urteil vom 14. September 2018

in Sachen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,
Anklägerin und Erstberufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Zweitberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländergesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf, Strafsachen, vom
22. Januar 2018 (GB170020)**

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 31. Mai 2017 (Urk. 6) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 32)

1. Der Beschuldigte A._____ (alias A1._____, geboren am tt. Mai 1994) ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je Fr. 10.– (entspricht Fr. 1'200.–), wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist.
3. Die Geldstrafe wird vollzogen.
4. Auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je Fr. 30.– (entspricht Fr. 2'700.–), wird verzichtet, hingegen wird die Probezeit von 2 Jahren um 1 Jahr verlängert.
5. Die Entschädigung von Rechtsanwalt MLaw X._____ für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten wird auf Fr. 2'734.80 festgesetzt, nämlich Fr. 1'100.– für den Aufwand und die Auslagen 2017, zuzüglich 8% Mehrwertsteuer (Fr. 88.–), und für Fr. 1'436.20 für den Aufwand und die Auslagen 2018, zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer (Fr. 110.60).
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 1'200.–; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 800.– Gebühr für das Vorverfahren

Fr. 2'734.80 Kosten für die amtliche Verteidigung

Fr. 4'734.80 Total

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebür um einen Drittel auf Fr. 800.–.

7. Die Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 33 S. 2 und Urk. 45 S. 1; sinngemäss)

1. Der Beschuldigte A._____ (alias A1._____) sei in Abänderung der Ziffer 2 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 22. Januar 2018 mit einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten zu bestrafen.
2. Diese Freiheitsstrafe sei in grundsätzlicher Bestätigung von Ziffer 3 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 22. Januar 2018 zu vollziehen.
3. Dem Beschuldigten seien in Bestätigung von Ziffer 7 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 22. Januar 2018 die Kosten des Vorverfahrens und der gerichtlichen Verfahren aufzuerlegen, die Kosten der amtlichen Verteidigung seien jedoch auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt des Nachforderungsrechts gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

b) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 35 S. 1 und 47 S. 1; sinngemäss)

1. Die Berufung der Staatsanwaltschaft sei abzuweisen.
2. Ziffer 3 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 22. Januar 2018 sei aufzuheben.

3. Der Vollzug der gegen den Beschuldigten ausgesprochenen Geldstrafe sei aufzuschieben unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren.
4. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.

Erwägungen:

I. Formelles

1. Verfahrensgang

1.1. Gegen das eingangs erwähnte Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 22. Januar 2018 (Urk. 32), welches den Parteien am 25. Januar 2018 schriftlich im Dispositiv eröffnet wurde (vgl. Urk. 26/1-2), meldeten sowohl die Staatsanwaltschaft, als auch der Beschuldigte mit Eingaben vom 30. Januar 2018 bzw. 2. Februar 2018 fristgerecht die Berufung an (vgl. Urk. 28 und 29).

1.2. Nach der Zustellung des begründeten Urteils der Vorinstanz an die Parteien am 9. Mai 2018 (Urk. 31/1-2) reichten diese jeweils fristgerecht ihre Berufungserklärungen ein (Urk. 33 und 35). Mit Präsidialverfügung vom 31. Mai 2018 (Urk. 36) wurden die Berufungserklärungen der jeweils anderen Partei zugestellt und Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erklären oder ein begründetes Nichteintretensgesuch zu stellen. Mit Eingabe vom 6. Juni 2018 erklärte die Staatsanwaltschaft auf die Erhebung einer Anschlussberufung zu verzichten und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils in den vom Beschuldigten angefochtenen Punkten (Urk. 38). Der Beschuldigte erklärte mit Eingabe vom 25. Juni 2018 den Verzicht auf Anschlussberufung (Urk. 39).

1.3. Mit Vorladung vom 6. Juli 2018 wurde die Berufungsverhandlung auf den 14. September 2018 festgesetzt (Urk. 41), zu welcher Staatsanwalt lic. iur.

Andreas Wicky für die Staatsanwaltschaft sowie der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers Rechtsanwalt MLaw X._____ erschienen (Prot. II S. 3). Nach der Durchführung der Berufungsverhandlung erweist sich das Verfahren als spruchreif.

2. Teilrechtskraft

2.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Auch wenn das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten neu beurteilt (Art. 404 Abs. 1 StPO), fällt es am Ende ein insgesamt neues Urteil (Art. 408 StPO), worin es jedoch anzugeben hat, welche Punkte bereits früher in Rechtskraft erwachsen sind (BGE 141 IV 244 E. 1.3.3; Urteil des Bundesgerichtes 6B_533/2016 vom 29. November 2016 E. 4.2 mit Hinweisen).

2.2. Die Staatsanwaltschaft fordert mit ihrer Berufung die Bestrafung des Beschuldigten mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 4 Monaten (Urk. 33 S. 2; Urk. 45 S. 1), womit der Sanktionspunkt als Ganzes als angefochten gilt (vgl. Schmid/Jositsch, in: StPO Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 399 StPO N 20).

2.3. Der Beschuldigte verlangt mit seiner Berufung den Aufschub der vorinstanzlich ausgefallten Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren (Urk. 35 S. 1 f.; Urk. 47 S. 1), womit ebenfalls der gesamte Sanktionspunkt als angefochten gilt (vgl. Schmid/Jositsch, a.a.O., Art. 399 StPO N 20). An der Anfechtung der vorinstanzlichen Kostenaufgabe (Dispositivziffer 7) hielt der Beschuldigte nicht fest (Urk. 45 S. 1).

2.4. Demzufolge ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 22. Januar 2018 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 5 (Entschädigung amtliche Verteidigung) sowie 6 und 7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

II. Sanktion

1. Vorbemerkungen

1.1. Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten zu einer unbedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.– (Urk. 32 S. 22).

1.2. Die Staatsanwaltschaft verlangt mit ihrer Berufung die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten (Urk. 33 S. 2 und 47 S. 2 ff.). Der Beschuldigte liess dagegen die Abweisung der Berufung der Staatsanwaltschaft und damit die Bestätigung der vorinstanzlich ausgesprochenen Geldstrafe beantragen. Letztere sei jedoch unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufzuschieben (Urk. 35 S. 1 und 47 S. 1).

1.3. Aus den vorgenannten Berufungsanträgen erhellt, dass die Höhe der vorinstanzlich ausgesprochenen Strafe unbestritten geblieben ist und grundsätzlich nur noch die Sanktionsart und der Strafvollzug Thema des vorliegenden Verfahrens bilden. In Anbetracht dessen, dass die Vorinstanz die von ihr ausgefallte Strafe festlegte, ohne sich in relevantem Mass zu den allgemeinen Regeln und Grundsätzen der Strafzumessung zu äussern und ohne das Verschulden des Beschuldigten nach diesen Kriterien konkret zu gewichten (Urk. 32 S. 14), ist dies im Folgenden, trotz Einigkeit der Parteien betreffend die Strafhöhe, nachzuholen.

2. Strafzumessungsregeln

2.1. Vorab ist festzuhalten, dass die Bundesversammlung am 19. Juni 2015 diverse Änderungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches beschloss (AS 2016 1249 ff.), welche auf den 1. Januar 2018 in Kraft gesetzt wurden. Die dadurch erfolgte Revision des Sanktionenrechts hat Auswirkungen auf die Sanktionsandrohung von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG und die damit einhergehende Möglichkeit der Ausfällung einer Geldstrafe. Denn da die mit der Revision vorgenommenen Änderungen primär den Anwendungsbereich der Geldstrafe betreffen bzw. einschränken (Wegfall des teilbedingten Vollzugs, Verkürzung der maximalen Anzahl Tagessätze auf 180, Festlegung einer Tagessatzuntergrenze) bzw. die Wie-

dereinführung der kurzen Freiheitsstrafen (bis sechs Monate) mit sich bringen, was gegenüber dem bisherigen Recht nicht als mildere Massnahmen qualifiziert werden kann (vgl. Art. 2 Abs. 2 StGB), ist im Folgenden das bisherige mildere Sanktionenrecht auszuwenden.

Das alte Recht ist namentlich auch in Bezug auf die Voraussetzungen zur Ausfällung einer Freiheitsstrafe statt einer Geldstrafe (Art. 41 StGB) milder als das neue Recht. Nachdem die Staatsanwaltschaft den Sanktionspunkt anfocht (Urk. 33 S. 1 f.), gilt das Verbot der *reformatio in peius* nicht, weshalb nachfolgend grundsätzlich sowohl eine Geld-, als auch eine Freiheitsstrafe ausgesprochen werden kann.

2.2. Das Gericht bemisst die Strafe innerhalb des festgelegten Strafrahmens nach dem Verschulden des Täters. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Ausgangspunkt bei der Strafzumessung ist die objektive Tatschwere, d.h. die Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts bzw. der schuldhaft verursachte Erfolg. Ebenso massgeblich ist die subjektive Tatschwere, die sich aus der Intensität des deliktischen Willens sowie den Beweggründen für die Tat ergibt. Mit zu berücksichtigen sind schliesslich das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters.

2.3. Schliesslich gilt es zu beachten, dass das andauernde und ununterbrochene rechtswidrige Verweilen im Lande ein Dauerdelikt darstellt. Fehlt es nach einem ersten Schuldspruch für eine zweite Verurteilung an einem neuen Tatenschluss, ist bei der Strafzumessung darauf zu achten, dass die Summe der wegen des Dauerdelikts ausgesprochenen Strafen dem Gesamtverschulden angemessen ist und die im Gesetz angedrohte Höchststrafe nicht überschreitet (Urteil des Bundesgerichtes 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 5.3.2. mit Hinweisen).

3. Konkrete Strafzumessung

3.1. Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sieht die Bestrafung mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe vor. Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe sind vorliegend keine ersichtlich.

3.1.1. Zur objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass sich der Beschuldigte während eines knappen Jahres ohne gültige Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufhielt. Mit seinem Verhalten demonstrierte er seine Gleichgültigkeit und Ignoranz gegenüber der ihm auferlegten Ausreisepflicht. Es ist ihm jedoch immerhin zu Gute zu halten, dass er sich nicht aktiv dem Zugriff der Behörden entzog, indem er beispielsweise untertauchte. Sein Verschulden wiegt in objektiver Hinsicht noch leicht.

3.1.2. In subjektiver Hinsicht handelte der Beschuldigte direktvorsätzlich. Als Motiv für seinen illegalen Verbleib in der Schweiz gab er an, dass er nicht gewusst habe, wohin er hätte gehen sollen. In seiner Heimat habe er so viel Leid erlebt, weshalb er nicht mehr dorthin zurückkehren wolle. Er habe immer die Hoffnung gehabt, doch noch in der Schweiz bleiben zu können und hier eine Chance zu erhalten (Urk. 22 S. 9 f.; Prot. II S. 12). Die subjektive Tatschwere vermag die objektive nicht zu relativieren, weshalb das Verschulden insgesamt als noch leicht zu qualifizieren ist.

3.1.3. Insgesamt erweist sich eine Einsatzstrafe von 90 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 3 Monaten Freiheitsstrafe als dem Verschulden des Beschuldigten angemessen.

3.2. Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ist bekannt, dass er am tt. November 1995 [recte: am tt. Mai 1994] in B._____ im Bezirk C._____ in Äthiopien geboren und aufgewachsen ist, dort 8 Jahre lang die Schule besucht und danach zwei Jahre lang eine Ausbildung gemacht hat. Eine abgeschlossene Berufsausbildung habe er jedoch nicht. Auch sei er nach Abschluss seiner schulischen Ausbildung keiner Arbeitstätigkeit nachgegangen. Ungefähr Ende des Jahres 2010 habe er Äthiopien verlassen und sei über den

Sudan, Libyen und Italien nicht geplant, sondern zufälligerweise, in die Schweiz eingereist. Hier habe er sodann ein Asylgesuch gestellt und zwischenzeitlich ein sechsmonatiges Hauswartpraktikum absolviert und für eine gewisse Zeit einen Sprachkurs besucht, wobei er aber nach dem Erhalt des negativen Asylentscheids vom 7. November 2014 nicht mehr an diesem teilnehmen dürfen. Der Beschuldigte ist ledig und hat keine Kinder. Seine Eltern lebten noch in Äthiopien, wobei er keinen Kontakt zu diesen habe. Zudem habe er noch drei Geschwister. Seine zwei Schwestern hätten Äthiopien ebenfalls verlassen, wobei er aber nicht wisse, wo sich diese zurzeit aufhalten würden. Sein Bruder sei geistig behindert und lebe in einem Kloster in Äthiopien (Urk. 2 S. 1 ff; Urk. 22 S. 1 ff.; Prot. II S. 6 ff.).

3.2.1. Aus der Biographie und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich keine Anhaltspunkte, die für die Strafzumessung von Bedeutung wären.

3.2.2. Bedeutsam ist hingegen, dass der Beschuldigte mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 6. Juni 2016 wegen rechtswidrigen Aufenthalts zu einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.–, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren, verurteilt wurde (Urk. 43). Diese einschlägige Vorstrafe ist strafferhöhend zu gewichten. Ebenfalls fällt erschwerend ins Gewicht, dass der Beschuldigte während laufender Probezeit delinquierte.

3.2.3. Zum Nachtatverhalten des Beschuldigten ist festzuhalten, dass dieser eingestand, sich während des anklagegegenständlichen Zeitraums illegal in der Schweiz aufgehalten zu haben, wobei sich dieser Umstand auch ohne Weiteres aus den Verfahrensakten ergibt. Das Geständnis des Beschuldigten ist leicht strafmindernd zu gewichten. Einsicht oder Reue zeigte er dagegen keine.

3.2.4. Im Ergebnis wirkt sich die Täterkomponente spürbar strafferhöhend auf die Einsatzstrafe aus, weshalb diese um 30 Tagessätze Geldstrafe bzw. 1 Monat Freiheitsstrafe zu erhöhen ist.

3.3. In Würdigung der massgeblichen Strafzumessungsgründe erweist sich eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen bzw. eine Freiheitsstrafe von 4 Monaten als dem Verschulden des Beschuldigten angemessen. Angesichts der aktuellen finanziellen Verhältnisse (nachstehend, Ziff. 4.6.) wäre für den Fall der Ausfällung einer Geldstrafe die Tagessatzhöhe mit Fr. 10.– zu beziffern.

4. Sanktionsart

4.1. Bei der Wahl der Sanktionsart ist Art. 41 Abs. 1 StGB zu beachten, wie bereits erwähnt in der Fassung, bevor das neue Sanktionenrecht am 1. Januar 2018 in Kraft trat. Für den Beschuldigten ist das alte Recht wegen der Untergrenze von weniger als sechs Monaten und da die Hürde zur Ausfällung einer Freiheitsstrafe statt einer Geldstrafe nach neuem Recht tiefer als nach altem Recht ist, milder (Art. 2 Abs. 2 StGB).

4.2. Der Gesetzgeber hatte für Strafen von bis zu sechs Monaten zwar eine gesetzliche Prioritätsordnung zugunsten nicht freiheitsentziehender Sanktionen eingeführt (BGer 6B_204/2009 vom 31. Juli 2009 E. 3.2), wonach eine unbedingte Freiheitsstrafe von unter sechs Monaten nach der altrechtlichen Regelung nur ausnahmsweise in Frage kommt. Eine solche Freiheitsstrafe ist indessen möglich, wenn die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe im Sinne von Art. 42 aStGB nicht gegeben sind und gleichzeitig zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden könnten (BGE 134 IV 97 E. 6.3.3.2; BGE 134 IV 60 E. 3.1). Das Gesetz verlangt nach altem Recht also eine doppelte negative Prognose, zum einen hinsichtlich künftiger Legalbewährung und zum anderen hinsichtlich der Vollstreckbarkeit alternativer Strafen (BSK StGB I- Mazzucchelli, 3. Aufl. 2013, Art. 41 StGB N 15).

Die Ausfällung einer kurzen Freiheitsstrafe ist nach der Rechtsprechung in den Fällen gerechtfertigt, in denen gewährleistet werden muss, dass der Staat seinen Strafanspruch durchsetzen kann (BGE 137 IV 312 E.2.4.; Urteil des Bundesgerichtes 6B_125/2018 vom 14. Juni 2018 E. 1.3.2.). Im Übrigen ist bei der Wahl der Strafart 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). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll 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 (BGE 138 IV 120 E.5.2.; Urteil des Bundesgerichtes 6B_210/2017 vom 25. September 2017 E.2.2.2.).

4.3. Die Staatsanwaltschaft verneint sowohl das Vorliegen einer günstigen Legalprognose, wie auch die Vollstreckbarkeit der Geldstrafe. Der Beschuldigte, welcher sich in seinem ersten Asylverfahren wahrheitswidrig als eritreischer Kriegsdienstverweigerer ausgegeben habe, um sich als anerkannter Flüchtling ein Bleiberecht in der Schweiz zu erschleichen, hätte bereits im Januar 2015 die Schweiz verlassen müssen, halte sich aber nach wie vor hier auf, ohne irgendwelche Anstalten zu machen, das Land zu verlassen. Sein aktueller Aufenthaltsstatus sei nur wegen des neu anhängig gemachten Asylverfahrens legal. Der Beschuldigte weise bereits eine einschlägige Vorstrafe wegen rechtswidrigen Aufenthaltes auf, welche ihn aber nicht zu beeindrucken und zur Ausreise zu bewegen vermochte. Er habe im Verlauf des vorliegenden Strafverfahrens sodann durchwegs klar zum Ausdruck gebracht, dass er wegen früherer (völlig unbelegter) oppositionspolitischer Aktivitäten Probleme mit den Behörden seines Heimatlandes Äthiopien habe und deshalb nicht dorthin zurückkehren könne. Er könne auch keine Reisepapiere beschaffen, da er Angst davor habe, auf die äthiopische Botschaft zu gehen. Die Chancen, dass sich der Beschuldigte in Zukunft wohlverhalten, d.h. die Schweiz bei einem erneuten ablehnenden Asylentscheid aus eigenem Antrieb und zeitnah verlassen werde, seien denkbar schlecht (Urk. 33 S. 2; Urk. 45 S. 3 ff.).

Der Beschuldigte lebe sodann von der gesetzlichen Nothilfe, welche mit Fr. 10.– pro Tag derart tief angesetzt sei, dass sie nur die absolut notwendigen Lebenshaltungskosten zu decken vermöge. Der Beschuldigte sei nicht in der Lage, die vom Bezirksgericht ausgefallte unbedingte Geldstrafe aus eigener Anstrengung zu bezahlen. Dass der Beschuldigte die Ausfällung einer Bewährungsstrafe beantrage, sei ebenfalls ein Indiz dafür, dass er nicht in der Lage sei,

eine unbedingte Geldstrafe innert nützlicher Frist zu bezahlen (Urk. 33 S. 2; Urk. 45 S. 4; Prot. II S. 20).

4.4. Die Verteidigung macht, wie vor Vorinstanz (Urk. 23 S. 2 f.), geltend, dass der Beschuldigte zwar mit Strafbefehl vom 6. Juni 2016 wegen rechtswidrigen Aufenthaltes zu einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen verurteilt worden sei, aus Art. 42 Abs. 2 aStGB jedoch folge, dass eine frühere Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von weniger als 180 Tagessätzen den bedingten Strafvollzug nicht von Gesetzes wegen ausschliesse. Vielmehr sei auch in einem solchen Fall die günstige Prognose grundsätzlich zu vermuten. Nachdem der Beschuldigte am 26. Juni 2017 ein neues Asylgesuch gestellt habe, das nun seit über einem Jahr pendent sei – weshalb entgegen der Behauptung der Staatsanwaltschaft auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass es sich um ein aussichtsloses Asylgesuch handle – halte er sich nun bis auf weiteres legal in der Schweiz auf. Seine Aufenthaltsbewilligung sei inzwischen erneut um sechs Monate bis zum 2. Januar 2019 verlängert worden. Der Beschuldigte könne sich demnach bis auf Weiteres auch nicht wegen rechtswidrigen Aufenthaltes schuldig machen. Da er sich auch nicht wegen anderen Straftaten schuldig gemacht habe, lägen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass er sich künftig strafbar machen werde. Es sei deshalb nicht ersichtlich, inwiefern der Vollzug der Strafe vorliegend notwendig wäre, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Vergehen oder Verbrechen abzuhalten (Urk. 47 S. 3 f.).

Weiter könne vorliegend nicht zum Vornhinein davon ausgegangen werden, dass eine Geldstrafe beim Beschuldigten nicht vollzogen werden könnte. Das Bundesgericht habe in BGE 134 IV 97 E. 5.2.3. festgehalten, dass die Geldstrafe auch bei Straftätern mit geringem, unter dem Existenzminimum liegendem, Einkommen ausgesprochen werden können soll. Der Beschuldigte sei sodann gewillt und in der Lage, eine ihm auferlegte Geldstrafe – in Raten – zu bezahlen. Er erhalte Nothilfe von Fr. 10.– pro Tag. Darüber hinaus könne er Unterhaltsarbeiten für die Gemeinde entrichten, welche mit Fr. 30.– pro Tag entlöhnt werden. Der Beschuldigte werde drei bis vier Mal im Monat berücksichtigt, wodurch er sein

"Einkommen" durchschnittlich um rund Fr. 100.– im Monat aufbessern könne (Urk. 47 S. 4 f.).

4.5. Mit Entscheid des Bundesamtes für Migration (BFM) vom 7. November 2014 wurde das vom Beschuldigten am 18. September 2012 gestellte Asylgesuch abgewiesen und dessen Wegweisung aus der Schweiz per 5. Januar 2015 verfügt (Urk. 20/1). Eine dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Entscheid des Bundesverwaltungsgerichtes vom 19. Januar 2015 abgewiesen, womit der Entscheid vom 7. November 2014 rechtskräftig wurde (Urk. 20/2). Nichtsdestotrotz hielt sich der Beschuldigte, im vollen Bewusstsein der Illegalität seines Handelns (vgl. Urk. 22 S. 9 f.; Prot. II S. 9 f. und 12), weiterhin in der Schweiz auf, ohne der ihm auferlegten Ausreisepflicht in irgendeiner Weise nachzukommen. Dies führte schliesslich dazu, dass er mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 wegen rechtswidrigen Aufenthaltes zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.–, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren, verurteilt wurde (Urk. 43). Auch dieser Strafbefehl vermochte nichts am Verhalten des Beschuldigten zu ändern, welcher sich weiterhin weigerte, die Schweiz zu verlassen, wobei ein knappes Jahr später wiederum ein Strafbefehlsverfahren gegen den Beschuldigten wegen rechtswidrigen Aufenthaltes eröffnet wurde, was schliesslich zu einer Verurteilung durch das Bezirksgericht Dielsdorf wegen rechtswidrigen Aufenthaltes (Urk. 32) und zum vorliegenden Berufungsverfahren führte.

Anhand des vorstehend geschilderten Verhaltens des Beschuldigten erhellt, dass es diesem schlicht egal war, dass er die Schweiz zu verlassen hatte. Die rechtskräftige Wegweisungsverfügung vom 7. November 2014 sowie die damit zusammenhängende Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthaltes im Juni 2016 wurden von ihm einfach ignoriert, obwohl es ihm völlig bewusst war, dass er sich illegal in der Schweiz aufhielt und diese zu verlassen hatte (Urk. 22 S. 9 f.; Prot. II S. 9). Anlässlich der Berufungsverhandlung räumte er zudem ein, dass er während dieser Zeit keinerlei Ausreisebemühungen unternommen und insbesondere auch nicht versucht habe, gültige Reisepapiere zu beschaffen (Prot. II S. 12). Gleichzeitig war es ihm offenbar aber ohne Weiteres möglich über hiesige Freun-

de sowie Bekannte in Äthiopien seine Geburtsurkunde im Original erhältlich zu machen (Prot. II S. 11 f.), welche er dafür benutze, um im Rahmen des nun zweiten anhängig gemachten Asylverfahrens seine wahre Identität zu belegen und damit günstigere Voraussetzungen für einen positiven Asylentscheid zu schaffen (Urk. 24/1 S. 3). Als Grund für seine fehlenden Ausreisebemühungen gab der Beschuldigte unumwunden an, dass er nicht in seine Heimat zurückkehren wolle, weil er dort so viel Leid erlebt habe. Er habe stets die Hoffnung gehabt, doch noch in der Schweiz verbleiben zu können und hier eine Chance zu erhalten. Er hoffe nach wie vor auf einen positiven Asylentscheid. Wenn dieser jedoch negativ ausfallen sollte, wisse er nicht, was er tun werde (Urk. 22 S. 9; Prot. II S. 12 f.). Diese Aussagen hinterlassen den Eindruck, als würde der Beschuldigte bewusst auf Zeit spielen und versuchen, seine Ausreisepflicht so lange auszusitzen, bis sich die Lage durch irgendeinen Zufall doch noch zu seinen Gunsten wenden würde und er in der Schweiz verbleiben könnte. Im Übrigen wird sowohl aus dem Verhalten als auch aus den Aussagen des Beschuldigten klar, dass er, ungeachtet jedweder behördlichen Anordnung, die Schweiz nicht verlassen und in seine Heimat zurückkehren wird. Hinzu kommt, dass er sich trotz des Bewusstseins, sich gesetzeswidrig verhalten zu haben, keinerlei Reue oder Einsicht in sein Fehlverhalten zeigte. Vor dem Hintergrund der einschlägigen Vorstrafe und der erneuten Delinquenz während der Probezeit sowie des offenkundig renitenten und uneinsichtigen Verhaltens des Beschuldigten ist von einer ungünstigen Legalprognose auszugehen.

Daran vermag auch die von der Verteidigung vorgebrachte Tatsache nichts zu ändern, dass sich der Beschuldigte aufgrund des noch hängigen, zweiten Asylverfahrens zurzeit und bis auf Weiteres legal in der Schweiz aufhält und seine befristete Aufenthaltsgenehmigung bis 2. Januar 2019 verlängert wurde (Urk. 47 S. 3 und Urk. 48/1). Der Ausgang jenes Verfahrens ist nach wie vor völlig offen. Die abstrakte Möglichkeit der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vermag jedenfalls nichts daran zu ändern, dass sich der Beschuldigte grundsätzlich bereits seit Januar 2015 illegal in der Schweiz aufhält, eine einschlägige Vorstrafe wegen rechtswidrigen Aufenthaltes aufweist und sich seither offenkundig weigert, die

Schweiz zu verlassen. Damit bleibt es bei der zu stellenden ungünstigen Legalprognose.

4.6. Was die Vollziehbarkeit der Geldstrafe betrifft, ist grundsätzlich danach zu fragen, ob diese im Notfall auf dem Betreibungswege erfolgreich vollstreckt werden könnte (vgl. Art. 35 Abs. 3 i.V.m. Art. 36 Abs. 1 StGB). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass auch bei einem sehr geringen Einkommen nicht ohne Weiteres die Unvollziehbarkeit einer Geldstrafe angenommen werden kann. Der Mittellosigkeit ist vielmehr mit einem entsprechend tiefen Tagessatz Rechnung zu tragen (BGE 134 IV 60 E. 8.4.) Somit bleibt die mögliche Konstellation eines Beschuldigten, der keinen Wohnsitz und kein Vermögen in der Schweiz hat, bei welchem kein oder nicht genug Geld beschlagnahmt werden kann und welcher auch nicht bereit oder imstande ist, sofort genügende Sicherheit zu leisten (Mazzucchelli, a.a.O., Art. 41 StGB N 46).

Aufgrund seines Status als Asylsuchender besteht die einzige gesicherte Einnahmequelle des Beschuldigten aus der ihm ausgerichteten Nothilfe in der Höhe von Fr. 10.– pro Tag. Hinzu kommen durchschnittlich Fr. 100.– pro Monat aufgrund der Leistung von Arbeitseinsätzen, welche von der Gemeinde und dem Migrationsamt organisiert und mit Fr. 30.– pro Einsatz entlohnt werden (Urk. 47 S. 4; Prot. II S. 10 und 18). Es scheint jedoch keine Garantie dafür zu bestehen, dass der Beschuldigte effektiv jeden Monat drei bis vier Einsätze leisten kann (Urk. 47 S. 4; Prot. II S. 10). Vermögen besitzt er keines (Prot. II S. 11).

In Anbetracht der bescheidenen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten, besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass eine Geldstrafe in der Höhe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.– (entsprechend Fr. 1'200.–), nicht vollzogen werden könnte. Selbst wenn die Vollzugsprognose vorliegend günstig lauten würde, wäre aufgrund der fehlenden präventiven Effizienz einer erneuten Geldstrafe stattdessen eine Freiheitsstrafe auszusprechen (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6B_125/2018 vom 14. Juni 2018 E. 1.3.5. mit Hinweis auf die Urteile des Bundesgerichtes 6B_341/2017 vom 23. Januar 2018 E. 1.5. und 6B_372/2017 vom 15. November 2017 E. 1.3.). Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass sich der Beschuldigte weder vom Wegweisungsentscheid vom 7. November 2014 noch von

der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 bedingt ausgefallten Geldstrafe beeindrucken liess, sondern diese bewusst ignorierte und damit bekräftigte, ungeachtet gegenteiliger behördlicher Anordnungen, in der Schweiz verbleiben zu wollen. Wie bereits erwähnt, bestätigte der Beschuldigte auch anlässlich der Berufungsverhandlung, dass er die Schweiz nicht verlassen wolle. Unter Berücksichtigung der einschlägigen Vorstrafe des Beschuldigten, dessen offenkundiger Renitenz sowie der fehlenden Einsicht und Reue verspricht einzig eine Freiheitsstrafe beim Beschuldigten die nötige präventive Wirkung zu zeitigen. Eine Freiheitsstrafe lässt sich zudem auch mit den Auswirkungen auf den Beschuldigten und sein soziales Umfeld vereinbaren, da er – bedingt durch seinen aktuellen Aufenthaltsstatus – insbesondere keiner geregelten Arbeitstätigkeit nachgeht.

4.7. Der Beschuldigte ist daher mit einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten zu bestrafen, wobei 1 Tag als durch Haft erstanden gilt (Art. 51 StGB; Haft vom 30. bis 31. Mai 2017 [vgl. Urk. 4/3]).

5. Vollzug

5.1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 aStGB). Im Rahmen von Art. 42 Abs. 1 aStGB genügt für den bedingten Vollzug das Fehlen einer ungünstigen Prognose. Das Gericht hat eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. Ein relevantes Prognosekriterium ist insbesondere die strafrechtliche Vorbelastung (BGE 134 IV 1 E. 4.2.1.).

5.2. Vorliegend kann hinsichtlich der einschlägigen strafrechtlichen Vorbelastung des Beschuldigten auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden (Ziff. II.3.2.2.). Aufgrund des Fehlens von Einsicht und Reue sowie vor dem Hintergrund des offensichtlich renitenten Verhaltens des Beschuldigten (vorstehend,

Ziff. II.4.5.) ist von einer ungünstigen Prognose auszugehen und der Strafaufschub zu verweigern. Mithin ist die ausgefallte Freiheitsstrafe zu vollziehen.

6. Widerruf

Die Vorinstanz verzichtete auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je Fr. 30.– und verlängerte stattdessen die zweijährige Probezeit um ein weiteres Jahr (Urk. 32 S. 23). Sowohl die Staatsanwaltschaft, als auch die amtliche Verteidigung fochten zwar den Sanktionspunkt als Ganzes an (vorstehend, Ziff. I.2.2. f.), stellten aber keinerlei Anträge zum Widerruf der vorstehend erwähnten Geldstrafe (Urk. 33, 35, 45 und 47). In Anbetracht dieser Umstände ist die vorinstanzliche Regelung betreffend den Widerruf zu bestätigen, zumal zugunsten des Beschuldigten davon ausgegangen werden kann, dass ihn eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weiterer Delinquenz abhalten wird (Art. 46 Abs. 2 aStGB).

III. Kostenfolgen

1. Fällt die Rechtsmittelinstanz selber einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Bei diesem Verfahrensausgang – der Beschuldigte wird verurteilt – sind dem Beschuldigten die Kosten des Vorverfahrens und des Gerichtsverfahrens vor erster Instanz, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter dem Vorbehalt des Rückforderungsrechts gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ausgangsgemäss – der Beschuldigte unterliegt vollumfänglich – sind die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Ge-

richtskasse zu nehmen, wiederum unter Vorbehalt des Rückforderungsrechts gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

3. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt MLaw X._____, macht für das Berufungsverfahren Aufwendungen im Betrag von Fr. 2'993.95 (inkl. MwSt.) geltend (Urk. 48/2). Diese erweisen sich als angemessen und entsprechen den Vorschriften der Anwaltsgebührenverordnung (§ 2 Abs. 1 lit. b, § 3 und § 18 Abs. 1 i.V.m. § 17 Abs. 1 lit. b AnwGebV). Da die Berufungsverhandlung eine knappe Stunde länger gedauert hat, als von der amtlichen Verteidigung antizipiert wurde (Urk. 48/2 S. 2 und Prot. II S. 3 und 23), ist der geltend gemachte zeitliche Aufwand von 12,55 Stunden auf 13,55 Stunden zu erhöhen. Unter Berücksichtigung dieser leichten Erhöhung ist Rechtsanwalt MLaw X._____ mit gerundet Fr. 3'300.– (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 22. Januar 2018 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 5 (Entschädigung amtliche Verteidigung) sowie 6 und 7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ (alias A1._____, geb. tt. Mai 1994) wird bestraft mit 4 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Untersuchungshaft erstanden ist.
2. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
3. Auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 bedingt ausgefallten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu

Fr. 30.– wird verzichtet. Die darin angesetzte Probezeit wird stattdessen um ein Jahr verlängert.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 3'300.– amtliche Verteidigung.

5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt vorbehalten.

6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben);
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (übergeben);

sowie 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 Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B;
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten;
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat in die Akten Nr. TRSP/A-AST3/2016/10018912 hinsichtlich Dispositivziffer 3.

7. 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
II. Strafkammer

Zürich, 14. September 2018

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Samokec

Zur Beachtung:

Der Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der heute verlängerten Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.