Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer

Geschäfts-Nr.: SB190052-O/U/cwo

Mitwirkend: Die Oberrichter lic. iur. S. Volken, Präsident, lic. iur. Ch. Prinz und Oberrichterin lic. iur. I. Erb sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Maurer

Urteil vom 23. September 2019

in Sachen

A._____,
Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,
vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. D. Kloiber,
Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländergesetz etc. und Widerruf**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,
7. Abteilung - Einzelgericht, vom 16. Oktober 2018 (GG180155)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 12. Juli 2018 (Urk. 14) ist diesem Urteil angeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 37 S. 20 f.)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig

   - der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG sowie
   - der Übertretung des Ausländergesetzes im Sinne von Art.120 Abs. 1 lit. e AuG (Nichtnachkommen der Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung der Ausweispapiere).

2. Vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG wird der Beschuldigte freigesprochen.

3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 40 Tagen Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 2 Tage durch Haft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 300.–.

4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.

5. Die Busse ist zu bezahlen.

6. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.

7. Auf den Widerruf des teilbedingten Vollzugs der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 21. November 2013 angeordneten Freiheitsstrafe von insgesamt 24 Monaten (davon 12 Monate bedingt) mit einer Probezeit von 4 Jahren wird verzichtet.

8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

   Fr. 1'200.--; die weiteren Auslagen betragen:

   Fr. 1'100.-- Gebühr Anklagebehörde

9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

10. (Mitteilungen)

11. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:
(Prot. II S. 7 f.)

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 68 S. 1)

Es sei der Beschuldigte vom Vorwurf der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung sowie der Übertretung des Ausländergesetzes im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG (Nichtnachkommen der Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung der Ausweispapiere) freizusprechen;

eventualiter sei der Beschuldigte wegen der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung mit einer Busse zu bestrafen; subeventualiter mit einer bedingten Gefängnisstrafe von 30 Tagen;

auf den widerruf des teilbedingten Vollzugs des mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. November 2013 angeordnete Freiheitsstrafe von insgesamt 24 Monaten (davon 12 Monate bedingt) mit einer Probezeit von vier Jahren sei zu verzichten;

es sei dem Beschuldigten für das Berufungsverfahren ein amtlicher Verteidiger in der Person der Sprechenden zu bestellen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft:
(Urk. 44)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 37 S. 7, Art. 82 Abs. 4 StPO).

2. Mit eingangs im Dispositiv zitiertem Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung - Einzelgericht, vom 16. Oktober 2019 wurde der Beschuldigte der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG sowie der Übertretung des Ausländergesetzes im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG (Nichtnachkommen der Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung der Ausweispapiere) schuldig gesprochen. Vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG wurde der Beschuldigte freigesprochen. Er wurde mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 40 Tagen und einer Busse von Fr. 300.– bestraft. Auf den Widerruf des teilbedingten Vollzugs der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. November 2013 angeordneten Freiheitsstrafe von insgesamt 24 Monaten (davon 12 Monate bedingt) mit einer Probezeit von 4 Jahren wurde verzichtet (Urk. 37 S. 19 ff.). Dieses Urteil wurde gleichentags mündlich eröffnet (Prot. I S. 9-11).

3. Mit Eingabe vom 25. Oktober 2018 meldete der Beschuldigte Berufung an (Urk. 33). Nach Zustellung des schriftlich begründeten Urteils am 25. Januar 2019 (Urk. 36/2) reichte der Beschuldigte innert Frist (Art. 399 Abs. 3 StPO) die schriftliche Berufungserklärung ein und beantragte, das vorinstanzliche Urteil sei aufzuheben und er sei freizusprechen. Zudem stellte er zwei Beweisanträge (Urk. 39). Mit Präsidialverfügung vom 15. Februar 2019 wurde der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl die Berufungserklärung des Beschuldigten zugestellt sowie Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung angesetzt (Urk. 42). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, unter Dispensation von der eigenen Teilnahme an der Berufungsverhandlung. Zudem beantragte sie, die Beweisanträge des Beschuldigten

seien abzuweisen (Urk. 44). Mit Präsidialverfügung vom 28. Mai 2019 wurde der Beweisantrag des Beschuldigten auf Beizug eines Berichtes des Staatssekretariats für Migration zu den Fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen die irakische Botschaft zwischen 13. März 2017 und 6. Januar 2018 Laissez-Passer an weggewiesene irakische Bürger zur Rückreise in den Irak ausgestellt habe bzw. unter welchen Voraussetzungen die irakische Botschaft im genannten Zeitraum einen Laissez-Passer an den Beschuldigten ausgestellt hätte, gutgeheissen. Der Beweisantrag zur Beschaffung der Grundlagenpapiere über einen Stellvertreter in Bagdad wurde abgewiesen. Am 19. Juni 2019 ging der Bericht des Staatssekretariates für Migration SEM ein (Urk. 55). Am 8. Juli 2019 reichte die Verteidigerin die Vollmacht des Beschuldigten nach (Urk. 61).

4. Da die Staatsanwaltschaft kein Rechtsmittel einlegte, ist das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich des Freispruchs des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (Urteilsdispositiv-Ziffer 2) unangefochten geblieben und in Rechtskraft erwachsen (Art. 402 und Art. 404 Abs. 1 StPO), was vorab mittels Beschlusses festzustellen ist.

II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Anwendbares Recht

Der Beschuldigte beging die vorliegend zu beurteilenden Taten in den Jahren 2017 und 2018. Am 1. Januar 2019 trat das Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) anstelle des Ausländergesetzes (AuG) in Kraft. Das revidierte Recht gelangt grundsätzlich dann zur Anwendung, wenn eine Straftat nach dessen Inkrafttreten verübt worden ist. Gemäss Art. 126 Abs. 4 AIG sind auf Widerhandlungen, welche vor Inkrafttreten des AIG begangen wurden, die (neuen) Strafbestimmungen des AIG anzuwenden, sofern sie für den Täter milder sind (vgl. auch Art. 2 StGB; Grundsatz der sogenannten "lex mitior"). Ob das neue Recht das mildere ist, ist nach der konkreten Methode zu beurteilen. Dabei ist eine umfassende Beurteilung des Sachverhaltes nach altem und neuem Recht vorzunehmen, wobei es darauf ankommt, "nach welchem der beiden Rechte der Täter für die gerade

zu beurteilende Tat besser wegkommt" (TRECHSEL/VEST, Praxiskommentar StGB, 3. Aufl. 2018, Art. 2 N 11). Das Inkrafttreten des AIG hat an den vorliegend relevanten ausländerrechtlichen Normen nichts geändert, ist somit auch nicht milder und kommt deshalb nicht zur Anwendung. Es bleibt bei der Anwendung des AuG.

2. Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung

2.1. Der Beschuldigte räumte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung schliesslich ein, sich am 5. Januar 2018 vor Mitternacht bis zu seiner Verhaftung am 6. Januar 2018 kurz nach Mitternacht im Kreis 4 der Stadt Zürich aufgehalten zu haben, nämlich im Bereich der …-strasse/…-strasse, obwohl ihm mit Eingrenzungsverfügung vom 5. Januar 2017 verboten worden war, das Gebiet des Kreises 5 der Stadt Zürich zu verlassen (Urk. 27 S. 9-10).

Die Aussagen des Beschuldigten in Bezug auf den äusseren Sachverhalt stimmen mit den Ermittlungsergebnissen der Untersuchungsbehörden überein. Auch heute bestritt er diesen nicht (Urk. 66 S. 5). Damit ist der objektive Sachverhalt, wie er in der Anklageschrift umschrieben ist (vgl. Urk. 14 S. 3), rechtsgenügend erstellt.

2.2. Demgegenüber machte der Beschuldigte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung und auch heute geltend, er habe nicht gewusst, dass er sich im Kreis 4 befinde. Es sei ein Versehen gewesen (Urk. 27 S. 10; Urk. 66 S. 5).

2.3. Was der Täter wusste und wollte bzw. in Kauf nahm, gehört zum subjektiven Tatbestand. Es geht dabei um einen inneren Vorgang, auf den nur anhand einer Würdigung des äusseren Verhaltens des Täters sowie allenfalls weiterer Umstände geschlossen werden kann. Die Feststellung des subjektiven Tatbestands ist damit Bestandteil der Sachverhaltsabklärung. Da in diesem Bereich Tat- und Rechtsfragen (insbesondere bei der Frage des Eventualvorsatzes) sehr eng miteinander verbunden sind, drängt sich auf, diese Fragen unter dem Aspekt der rechtlichen Würdigung zu behandeln.

2.4. Wer eine Ein- oder Ausgrenzung nicht befolgt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 119 AuG). Verlangt ist Vorsatz, wobei

Eventualvorsatz genügt (ZÜND, in:, OFK-Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, AuG, Art. 111 N 1).

Mit der Vorinstanz, auf deren zutreffende Erwägungen verwiesen werden kann (Urk. 37 S. 5 f., Art. 82 Abs. 4 StPO), wurde dem Beschuldigten mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 5. Januar 2017 verboten, das Gebiet des Kreises 5 der Stadt Zürich zu verlassen. Die Eingrenzung wurde bis 18. August 2018 befristet. Der Verfügung wurde eine Plankopie beigelegt, welche klar Aufschluss gibt über das Gebiet, welches nicht verlassen werden darf (Rayon). Diese Plankopie wurde ausdrücklich zum integrierenden Bestandteil der Verfügung erklärt. Am 13. Januar 2017 bestätigte der Beschuldigte unterschriftlich den Erhalt dieser Verfügung (Urk. 7/5). Zudem bestätigte er heute, im inkriminierten Zeitpunkt Kenntnis der Ausgrenzungsverfügung gehabt zu haben und einen Plan ausgehändigt erhalten zu haben (Urk. 66 S. 5).

Die Vorinstanz hat zudem zutreffend festgestellt (Urk. 37 S. 6), dass der Beschuldigte in der Untersuchung widersprüchliche Aussagen deponierte. So machte er zunächst geltend, er habe am 12. Dezember 2017 mit einem Herrn B._____ vom Migrationsamt telefoniert. Dieser habe ihm gesagt, seine Eingrenzung in den Kreis 5 sei aufgehoben (Urk. 3 S. 3). In der gleichen Einvernahme führte er aus, er sei der Meinung gewesen, dass diese Eingrenzung nur bis zum 1. Januar 2018 Gültigkeit gehabt habe (Urk. 3 S. 3). Beide Behauptungen sind als Schutzbehauptungen zu werten, da – wie schon die Vorinstanz erwog – nicht einzusehen ist, weshalb der Beschuldigte eine solche Antwort erhalten sollte. Sie stehen aber auch im Widerspruch zu den Angaben des Beschuldigten in der staatsanwaltschaftlichen Befragung von 6. Februar 2018 (Urk. 6) und anlässlich der Haupt- (Urk. 27 S. 10) sowie der Berufungsverhandlung (Urk. 66 S. 5), wo er diese Darstellung nicht mehr wiederholte, sondern neu geltend machte, er sei sich nicht bewusst gewesen, sich nicht mehr im Kreis 5 zu befinden. Dass die Eingrenzungsverfügung nicht mehr bestanden habe, brachte der Beschuldigte nicht mehr vor. Sein Aussageverhalten ist somit als inkonsistent und damit unglaubhaft zu werten.

Die Vorinstanz führte weiter zutreffend aus, dass der Kreis 5 der Stadt Zürich im Norden und Osten durch die Limmat beziehungsweise die Sihl und im Süden durch die Gleisanlagen der SBB begrenzt sei. Dabei handle es sich um klare, leicht merk- und erkennbare Geländemarken. Gemäss eigenen Angaben wohne der Beschuldigte seit ca. einem Jahr in der Notunterkunft an der …-strasse (Urk. 6 S. 3) und habe somit genügend Zeit gehabt, sich mit dem eingegrenzten Gebiet vertraut zu machen (Urk. 37 S. 6). Sodann erwägt die Vorinstanz richtig (a.a.O.), dass es die Pflicht des Beschuldigten sei, die Grenze zu kennen beziehungsweise sich darüber in Kenntnis zu setzen. Mit der Eingrenzungsverfügung sei ihm auch ein entsprechender Plan ausgehändigt worden. Wenn ihm nun die Grenze des Stadtkreises 5 nicht (mehr) bewusst gewesen sein sollte, so habe er sich mittels des Planes darüber in Kenntnis zu setzen. Mache er dies nicht, so handle er zumindest eventualvorsätzlich. Diesen Erwägungen im angefochtenen Entscheid ist nichts mehr beizufügen.

2.5. Dementsprechend hat sich der Beschuldigte der Missachtung der Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG (in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG) schuldig gemacht.

3. Nichtmitwirkung bei der Beschaffung von Ausweispapieren

3.1. Dem Beschuldigten wird in der Anklage weiter vorgeworfen, seit dem 13. März 2017 bis 6. Januar 2018 keine Vorkehrungen getroffen zu haben, um sich Reisepapiere zu beschaffen, obwohl er gewusst habe, dass er dazu verpflichtet sei. Insbesondere habe er es unterlassen, bei der irakischen Botschaft in Bern ein Laissez-Passer zu besorgen (Urk. 14 S. 2).

3.2. Gemäss Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG i.V.m. Art. 90 lit. c AuG wird bestraft, wer bei der Beschaffung von Ausweispapieren nicht mitwirkt. Die Vorinstanz kam zutreffend zum Schluss, dass dieser Sachverhalt erstellt ist (Urk. 37 S. 11 f.).

3.3. Bereits die Vorinstanz wies richtigerweise darauf hin, dass die Aussagen des Beschuldigten zu seiner Geburtsurkunde unglaubhaft seien (Urk. 37 S. 11 f.). So gab er in der polizeilichen Befragung vom 6. Januar 2018 an, seine Geburts-

urkunde befinde sich bei seiner Mutter in C._____ [Stadt im Mittleren Osten] (Urk. 3 S. 2). Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung stritt er dies wieder ab; er habe dies nicht gesagt. Er habe das Protokoll damals unterschrieben, ohne alles durchzulesen, er wisse nicht, wo sich seine Geburtsurkunde befinde (Urk. 27 S. 5 f.). Dies erscheint unglaubhaft, zumal er gemäss eigener Aussage an der Berufungsverhandlung für die Heirat seine Geburtsurkunde in seinem Heimatland beschaffen konnte (Urk. 66 S. 4). Ebenfalls widersprüchlich sind seine Angaben betreffend seine Ausweispapiere, was bereits die Vorinstanz zutreffend feststellte (Urk. 37 S. 11). So führte er im Verfahren vor dem Bezirksgericht Horgen aus, im Irak habe er Ausweise gehabt, diese jedoch verloren bzw. seine Mutter habe diese verloren (Urk. 7/10). In der polizeilichen Befragung vom 6. Januar 2018 gab er an, er sei nie im Besitz von Reisedokumenten gewesen (Urk. 3). An der Hauptverhandlung gab er schliesslich zu Protokoll, dass er nicht wisse, ob er jemals im Besitz einer ID oder eines Passes gewesen sei (Urk. 27 S. 5).

Auch seine Ausführungen zur Frage, was er bezüglich der Papierbeschaffung unternommen habe, ergaben verschiedene Darstellungen. So führte er bei der Polizei am 6. Januar 2018 aus, er habe mit der irakischen Botschaft in Bern im Januar und April 2017 telefoniert (Urk. 3 S. 4). Später machte er bei der Staatsanwaltschaft geltend, er sei zweimal in Bern gewesen. Auf die Frage, wann er in Bern auf der Botschaft gewesen sei, führte er aus, er sei im Oktober 2017 in Bern gewesen (Urk. 6 S. 4). In der gleichen Einvernahme gab er auf die Frage des Staatsanwaltes, ob er das mit dem "Laissez-Passer nun mache oder nicht" wörtlich an: "Nein, das können Sie vergessen. Ich werde dies nicht machen. Ich werde nicht zurückkehren" (Urk. 6 S. 5). Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung machte der Beschuldigte geltend, er habe etwas zur Papierbeschaffung unternommen. Er habe am 12. Februar 2018 persönlich bei der irakischen Botschaft vorgesprochen und die Ausstellung eines Reisepasses beantragt (Urk. 27 S. 8). Als Bestätigung reichte er ein Schreiben der Irakischen Botschaft vom 12. Februar 2018 ein (Urk. 28). Zudem machte er geltend, er habe sich bei der Botschaft auch nach einem Laissez-Passer erkundigt. Es sei ihm jedoch mitgeteilt worden, sie könnten ihm kein Laissez-Passer ausstellen (Urk. 27 S. 9). Heute gab er (erneut) zu Protokoll, er sei auf der irakischen Botschaft gewesen und eine Be-

stätigung mit Stempeln geholt. Sie hätten ihm gesagt, sie könnten nichts ausstellen (Urk. 66 S. 5 f.).

3.4. Die Vorinstanz erkannte richtig, dass die genannte Bestätigung (Urk. 28) keine Unterschrift trägt und nicht im Original vorliegt, sondern vom Beschuldigten nur als Kopie eingereicht wurde (Urk. 37 S. 11). Die Echtheit des Dokuments kann somit nicht überprüft werden. Im Übrigen geht es vorliegend auch nicht darum, dass dem Beschuldigten ein Reisepass hätte ausgestellt werden sollen (die Bestätigung vom 12. Februar 2018 betrifft einen Antrag auf Ausstellung eines Reisepasses; vgl. Urk. 28). Ein Laissez-Passer der irakischen Botschaft wäre für die Rückkehr des Beschuldigten in den Irak durchaus ausreichend gewesen.

Wie bereits erwähnt wurde mit Präsidialverfügung vom 28. Mai 2019 beim Staatssekretariat für Migration ein Bericht eingeholt (Urk. 52). Gemäss Amtsbericht des Staatssekretariat für Migration SEM vom 18. Juni 2019 stellte die irakische Botschaft zwischen dem 13. März 2017 und 6. Januar 2018 problemlos Reisedokumente (Laissez-Passer) für irakische Staatsangehörige aus, die freiwillig in den Irak ausreisen wollten. Ebenfalls habe die irakische Regierung in besagter Zeitspanne zwangsweise Rückführungen in den Irak akzeptiert, sofern die betroffene Person in der Schweiz erheblich straffällig geworden sei. Weiter hält der Bericht fest, für eine freiwillige Ausreise in den Irak hätte die irakische Botschaft in Bern dem Beschuldigten jederzeit ein Ersatzreisedokument ausgestellt. Dieses hätte der Beschuldigte selbständig auf der Botschaft beschaffen können. Da der Beschuldigte die Voraussetzungen der Straffälligkeit erfülle, hätten die irakischen Behörden auch gegen seinen Willen Ersatzreisedokumente ausgestellt. Weiter wird angefügt, dass der Beschuldigte durch die irakischen Behörden der Zentralregierung in Bagdad identifiziert und anerkannt worden sei. Die irakischen Behörden hätten dem SEM die Ausstellung eines irakischen Ersatzreisedokuments durch die irakische Botschaft in Bern zugesichert (vgl. dazu Urk. 55).

Gestützt auf die Auskunft des SEM wäre es dem Beschuldigten demnach problemlos möglich gewesen, auf der irakischen Botschaft ein Laissez-Passer zu beschaffen. Sein Aussageverhalten zu seinen angeblichen Bemühungen zur Beschaffung von Ausweispapieren erscheint zudem wenig kohärent, widersprüchlich

und nicht überzeugend. Die diversen Erklärungen, wieso er keine Reisepapiere habe beschaffen können, erweisen sich demnach als blosse Ausflüchte. Im Übrigen führte er in der Untersuchung mehrmals aus, dass er nicht gewillt sei, in seine Heimat zurückzukehren. Schliesslich war es dem Beschuldigten nun offenbar doch möglich, die für eine Heirat in der Schweiz notwendigen Papiere und Dokumente zu beschaffen (Urk. 66 S. 4 f.).

3.5. Das Vorbringen der Verteidigung, wonach irakische Staatsangehörige aufgrund der Haltung der irakischen Behörden nicht zwangsweise ausgeschafft werden können (Urk. 68 S. 4), mag zwar zutreffen, geht jedoch an der Sache vorbei. Ob irakische Staatsangehörige zwangsweise ausgeschafft werden können, spielt im Zusammenhang mit der Beurteilung des dem Beschuldigten vorgeworfenen Verhaltens keine Rolle.

Sodann wird seitens der Verteidigung weiter geltend gemacht, der Beschuldigte habe sich nach Eröffnung des vorliegenden Verfahrens bemüht, die für eine Ausreise erforderlichen Papiere zu beschaffen (a.a.O.). Dieses Vorbringen ist – ebenfalls – nicht zu hören, da unerheblich ist, was der Beschuldigte nach dem Anklagezeitraum getan oder nicht getan hat. Vorliegend ist sein Verhalten im anklagerelevanten Zeitraum zu beurteilen. Schliesslich ist nochmals darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte nicht gehalten gewesen wäre, einen Pass oder eine Identitätskarte zu beantragen respektive erhältlich zu machen (vgl. Urk. 68 S. 5), sondern er hätte entsprechende Bemühungen nachweisen müssen. Zudem hätte ein Laissez-passer ausgereicht, welches im anklagerelevanten Zeitraum gemäss dem Bericht des SEM – wie dargelegt – problemlos hätte erhältlich gemacht werden können.

3.6. Zusammenfassend ist deshalb davon auszugehen, dass der Beschuldigte die erforderlichen Mitwirkungshandlungen zur Beschaffung der Reisepapiere nicht vornahm. Der Anklagevorwurf der Nichtmitwirkung bei der Beschaffung von Ausweispapieren ist in objektiver wie in subjektiver Hinsicht als erstellt zu betrachten.

Damit ist der Beschuldigte der Nichtmitwirkung bei der Beschaffung von Ausweispapieren im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG (in Verbindung mit Art. 90 lit. c AuG) schuldig zu sprechen.

III. Strafzumessung

1. Die Vorinstanz hat den Strafrahmen für die Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung mit einer Freiheitstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe und die Verletzung der Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung der Ausweispapiere mit einer Busse korrekt abgesteckt (Urk. 37 S. 13). Auch auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid zur Theorie der Strafzumessung kann verwiesen werden (Urk. 37 S. 12-14). Zu ergänzen ist lediglich, dass am 1. Januar 2018 das geänderte Sanktionenrecht des Schweizerischen Strafgesetzbuches in Kraft getreten ist (AS 2016 1249). Der Beschuldigte beging die heute zu beurteilende Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Jahr 2018. Diesbezüglich findet daher das neue Recht Anwendung. Die Übertretung beging der Beschuldigte in den Jahren 2017 und 2018 – und damit zumindest teilweise vor Inkrafttreten des neuen Sanktionenrechts. Das Übertretungsrecht hat jedoch nicht geändert, weshalb das neue Recht nicht milder ist. Es ist das alte Recht massgebend.

2. In ihren Erwägungen zur objektiven Tatkomponente der Missachtung der Eingrenzung hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass der Beschuldigte die Eingrenzungsverfügung lediglich einmal während eines kurzen Zeitraums missachtete. In subjektiver Hinsicht handelte der Beschuldigte zumindest eventualvorsätzlich. Die Vorinstanz gewichtete das Verschulden als noch leicht und setzte die hypothetische Einsatzstrafe auf 30 Tage fest (Urk. 37 S. 14), was angemessen erscheint und daher zu übernehmen ist.

3.1. Bezüglich der Täterkomponente ist auf die zutreffenden Erwägungen im vorinstanzlichen Entscheid zu verweisen (Urk. 37 S. 14 f.). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung ergab sich ergänzend, dass der Beschuldigte mittlerweile geheiratet hat und mit seiner ungarischen Ehefrau in einer Zwei-Zimmerwohnung in Zürich lebt. Er ist im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung B. Seine Ehefrau un-

terstützt ihn finanziell und kommt für ihn auf. Er habe jedoch eine Arbeitsstelle in Aussicht (Urk. 66 S. 1 ff.). Mit der Vorinstanz ergeben sich aus dem Vorleben und den persönlichen Verhältnissen keine strafzumessungsrelevanten Faktoren, so dass die hypothetische Einsatzstrafe aus diesem Grund weder zu erhöhen noch zu senken ist.

3.2. Die Vorinstanz wies bei Urteilsfällung im Oktober 2018 zutreffend darauf hin, dass der Beschuldigte während seines bisherigen Aufenthalts in der Schweiz fünf Eintragungen im Strafregister erwirkte (Urk. 37 S. 15 f.). Mittlerweile wurde die Verurteilung aus dem Jahr 2009 wegen Vergehens gegen und Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes (bedingte Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 70.– bei einer Probezeit von 2 Jahren sowie Busse von Fr. 300.–) indes gelöscht (Urk. 65) und es sind bloss noch vier Vorstrafen zu berücksichtigen:

- Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 2. November 2010 wurde der Beschuldigte wegen Hehlerei, mehrfachem Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz, Hinderung einer Amtshandlung und mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zur Leistung von 200 Stunden gemeinnütziger Arbeit und einer Busse in der Höhe von Fr. 400.– verurteilt.

- Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 8. April 2012 wurde der Beschuldigte wegen Hinderung einer Amtshandlung sowie wegen Vergehens- und Übertretungstatbeständen des Betäubungsmittelgesetzes zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen à Fr. 30.– (bei einer Probezeit von 5 Jahren) und einer Busse in der Höhe von Fr. 100.– verurteilt.

- Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 21. Mai 2012 wurde der Beschuldigte wegen Landfriedensbruch sowie wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte zur Leistung von 480 Stunden gemeinnütziger Arbeit und einer Busse in der Höhe von Fr. 300.– verurteilt.

- Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 21. November 2013 wurde der Beschuldigte wegen qualifiziertem Verbrechen gegen das Be-

täubungsmittelgesetz zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, davon 12 Monate bedingt vollziehbar (bei einer Probezeit von 4 Jahren), verurteilt.

Diese Vorstrafen wirken sich – trotz Wegfalls einer Vorstrafe im Gegensatz zur Situation bei Fällung des angefochtenen Entscheides – massiv straferhöhend aus. Der Beschuldigte liess sich offenbar weder durch Bussen, bedingte Geldstrafen, gemeinnützige Arbeit oder – zumindest teilweise unbedingte – Freiheitsstrafen von weiterer Delinquenz abhalten.

4. Aufgrund des Ausgeführten erweist sich eine Freiheitsstrafe in der Höhe von mindestens 40 Tagen als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen. Die Ausfällung einer höheren Sanktion kommt bereits aufgrund des Verschlechterungsverbotes (Art. 391 Abs. 2 StPO) nicht in Frage.

5.1. Für Strafen von weniger als sechs Monaten ist grundsätzlich eine Geldstrafe auszusprechen (Art. 34 Abs. 1 StGB, Art. 40 StGB und Art. 41 Abs. 1 StGB). Im Bereich der leichten Kriminalität ist die Geldstrafe somit die Regelsanktion und geht bei Strafen bis zu sechs Monaten freiheitsentziehenden Sanktionen vor. Daran hat der Gesetzgeber im Rahmen der erneuten Revision des Sanktionenrechts entgegen der ursprünglichen Stossrichtung festgehalten (Urteil des Bundesgerichtes 6B_436/2018 vom 24. September 2018, E. 1.2). Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 82, E. 4.1; 134 IV 97, E. 4.2; Urteil des Bundesgerichtes 6B_681/2013 vom 26. Mai 2014, E. 1.3.3). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift (BGE 138 IV 120 E. 5.2, m.H.). Die Freiheitsstrafe als eingriffsintensivste Sanktion ist nach der gesetzlichen Konzeption ultima ratio und kann nur verhängt werden, wenn keine andere, mildere Strafe in Betracht kommt (Urteil des Bundesgerichtes 6B_436/2018 vom 24. September 2018, mit Verweis auf Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundes-

gesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 2043 f. Ziff. 213.132; BGE 138 IV 120 E. 5.2 S. 122 f.; Urteil des Bundesgerichtes 6B_483/2016 vom 30. April 2018 E. 3.3.3. m.H.).

5.2. Der Beschuldigte ist mehrfach vorbestraft. Sämtliche ausgesprochenen Sanktionen – gemeinnützige Arbeit, bedingte Geldstrafe, teilbedingte Freiheitsstrafe – haben sich bis anhin als wirkungslos erwiesen, vermochten den Beschuldigten nicht zu beeindrucken und von weiterer Delinquenz abzuhalten. Eine Geldstrafe fällt daher nicht (mehr) in Betracht und es ist in Anwendung von Art. 41 Abs. 1 lit. a StGB eine Freiheitsstrafe auszusprechen.

5.3. Der Beschuldigte ist somit mit einer Freiheitsstrafe von 40 Tagen zu bestrafen.

6. Für das weitere Delikt der Nichtmitwirkung bei der Beschaffung von Ausweispapieren ist die von der Vorinstanz ausgefällte Busse von Fr. 300.– angemessen. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann diesbezüglich auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 37 S. 16). Die Busse von Fr. 300.– ist zu bestätigen. Für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, ist eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen Freiheitsstrafe auszufällen.

7. Der Anrechnung der erstandenen Haft von 2 Tagen auf die Freiheitsstrafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

IV. Vollzug

1. Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt, ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB). In einem solchen Fall wird die ungünstige Prognose vermutet.

2. Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 21. November 2013 zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt. Um

dem Beschuldigten den bedingten Vollzug der heute ausgefällten Strafe gewähren zu können, müssten besonders günstige Umstände vorliegen. Dies ist nicht der Fall. Vielmehr ist dem Beschuldigten eine schlechte Legalprognose zu stellen. Er weist – wie dargelegt – vier Vorstrafen auf und liess sich weder von diesen Verurteilungen, noch der damit in Zusammenhang stehenden Untersuchungshaft noch vom Vollzug dieser Strafen von weiterer Delinquenz abhalten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beschuldigte mittlerweile verheiratet ist und seinen Aufenthaltsstatus – zumindest befristet – legalisiert hat (so die Verteidigung: Urk. 68 S. 3), da die Vorstrafen nicht einschlägig sind und keine Widerhandlungen gegen die Ausländergesetzgebung betrafen.

3. Die Freiheitsstrafe ist deshalb in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zu vollziehen. Die Busse ist zu bezahlen (Art. 105 Abs. 1 StGB).

V. Widerruf

1. Die Vorinstanz verzichtete auf den Widerruf der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. November 2013 ausgefällten teilbedingten Strafe von insgesamt 24 Monaten (davon 12 Monate bedingt, Probezeit 4 Jahre). Die Staatsanwaltschaft erhob weder (selbständige) Berufung noch Anschlussberufung. Demzufolge ist aufgrund des Verschlechterungsverbotes ein sich zu Ungunsten des Beschuldigten auswirkender Berufungsentscheid nicht möglich. Der Beschuldigte ist bezüglich dieses Punktes nicht beschwert. Auf seine diesbezügliche Berufung ist daher nicht einzutreten respektive der vorinstanzliche Verzicht auf den Widerruf des bedingten Vollzuges ist zu bestätigen.

2. Es kommt Folgendes hinzu: Die mit Urteil vom 21. November 2013 angesetzte vierjährige Probezeit lief am 21. November 2017 ab. Heute ist der Beschuldigte wegen Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung sowie einer Übertretung des Ausländergesetzes (Nichtnachkommen der Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung der Ausweispapiere) zu sanktionieren. Das Vergehen – die Missachtung der Eingrenzung – beging der Beschuldigte erst im Jahr 2018. Bloss die Übertretung fällt noch (zumindest teilweise) in die Probezeit. Die Begehung einer

Übertretung führt jedoch nie zu einem Widerruf, bloss Verbrechen oder Vergehen können zu einem solchen führen (Art. 46 Abs. 1 StGB). Selbst wenn auf die diesbezügliche Berufung des Beschuldigten hätte eingetreten werden können, wäre es aus materiellen Gründen somit beim Verzicht auf den Widerruf geblieben.

VI. Kosten

1. Die Erläuterungen der Vorinstanz zur vorinstanzlichen Kostenauflage sind ohne Weiterungen zu übernehmen (Urk. 37 S. 19). Die erstinstanzliche Kostenauflage an den Beschuldigten ist zu bestätigen (Urk. 37 S. 20, Dispositiv-Ziffer 9).

2. Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung vollumfänglich. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind ihm daher aufzuerlegen.

3. Ausgangsgemäss ist dem Beschuldigten keine Prozessentschädigung für anwaltliche Verteidigung zuzusprechen (Art. 429 Abs. 1 StPO e contrario).

<u>Es wird beschlossen:</u>

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung - Einzelgericht, vom 16. Oktober 2018 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

   1. (…)

   2. Vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG wird der Beschuldigte freigesprochen.

   3.-9. (…)

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig

   - der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG sowie
   - der Übertretung des Ausländergesetzes im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AuG (Nichtnachkommen der Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung der Ausweispapiere).

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 40 Tagen, wovon 2 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind, und einer Busse von Fr. 300.–.

3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.

4. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.

5. Auf den Widerruf der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 21. November 2013 ausgefällten teilbedingten Strafe von insgesamt 24 Monaten (davon 12 Monate bedingt, Probezeit 4 Jahre) wird verzichtet.

6. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv-Ziffern 8 und 9) wird bestätigt.

7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.

8. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

9. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

   - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
   - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (versandt)

   sowie in vollständiger Ausfertigung an

   - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten

- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- 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
- das Bezirksgericht Zürich in die Akten Prozess-Nr. DG130310
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B
- die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG).

10. 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, 23. September 2019

Der Präsident:	Die Gerichtsschreiberin:
lic. iur. S. Volken	lic. iur. S. Maurer