

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB240001-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. St. Volken, Präsident, lic. iur. C. Maira und
lic. iur. B. Amacker, sowie die Gerichtsschreiberin MLaw A. Blaser

Urteil vom 15. Mai 2024

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwältin MLaw X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. D. Kloiber,
Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **rechtswidriger Aufenthalt etc. und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich,
10. Abteilung - Einzelgericht, vom 25. Oktober 2023 (GB230010)**

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 30. November 2022 (Urk. D1/8/37) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 31 S. 24 ff.)

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG sowie
 - des geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB.
2. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmat/Albis vom 14. April 2019 (Unt.-Nr. A-4/2019/13173) bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je Fr. 30.–, entsprechend Fr. 900.–, wird widerrufen.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der widerrufenen Strafe bestraft mit einer Geldstrafe von 110 Tagessätzen zu Fr. 10.– als **Gesamtstrafe**, wovon 2 Tage durch Untersuchungshaft bereits erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 200.–.
4. Die Geldstrafe wird vollzogen. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen.
6. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
 - Fr. 900.00 ; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 1'000.00 Gebühr für das Vorverfahren
 - Fr. 5'035.00 amtliche VerteidigungAllfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten gemäss vorstehender Ziffer, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
8. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

9. [Mitteilungen]
10. [Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 53 S. 1 f. i.V.m. Prot. II S. 9 f.)

1. In Aufhebung von Dispositiv Ziff. 1 Spiegelstrich 1 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Oktober 2023 sei mein Mandant vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts freizusprechen.
2. Es sei festzustellen, dass Dispositiv Ziff. 1 Spiegelstrich 2 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Oktober 2023 in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Auf den Widerruf des bedingten Vollzugs der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 14. April 2019 ausgefallten Geldstrafe sei zu verzichten.
4. In Aufhebung von Dispositiv Ziff. 3 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Oktober 2023 sei mein Mandant für den Schuldspruch wegen geringfügigen Diebstahls mit einer angemessenen Busse zu bestrafen.
5. Dispositiv Ziff. 4 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Oktober 2023 sei aufzuheben.
6. Dispositiv Ziff. 5 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Oktober 2023 sei aufzuheben.
7. Es sei festzustellen, dass Dispositiv Ziff. 6 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Oktober 2023 in Rechtskraft erwachsen ist.
8. A._____ seien seine Verteidigungskosten im Berufungsverfahren in der Höhe der heute eingereichten Honorarnote aus der Staatskasse zu ersetzen.
9. Die Gerichtskosten seien auf die Gerichtkasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 37 schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Verfahrensgang

1.1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 31 S. 3 E. I.1.1.-1.4.).

1.2. Mit Urteil der 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, Einzelgericht, vom 25. Oktober 2023 wurde der Beschuldigte des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 155 Abs. 1 lit. b AIG sowie des geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB schuldig gesprochen (Urk. 31 S. 24). Nachdem das Urteil den Parteien gleichentags eröffnet und mündlich begründet wurde (Prot. I S. 16), meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 27. Oktober 2023 fristgerecht Berufung an (Urk. 25). Am 27. Dezember 2023 wurde das begründete Urteil zugestellt (Urk. 30). Mit Eingabe vom 29. Dezember 2023 liess der Beschuldigte die Berufung erklären (Urk. 32). Mit Präsidialverfügung vom 9. Januar 2024 wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Gleichzeitig wurde der Beschuldigte aufgefordert, seine wirtschaftlichen Verhältnisse darzulegen und zu begründen (Urk. 35). Mit Eingabe vom 16. Januar 2024 erklärte die Staatsanwaltschaft Verzicht auf Anschlussberufung und ersuchte um Dispensation von der Berufungsverhandlung (Urk. 37). Mit Präsidialverfügung vom 18. Januar 2024 wurde der amtlichen Verteidigung das Mandat entzogen und ihr Frist angesetzt, um ihre Honorarnote einzureichen und mitzuteilen, ob sie den Beschuldigten fortan erbeten verteidigt (Urk. 38).

1.3. Die Parteien wurden mit Vorladung vom 13. Februar 2024 zur Berufungsverhandlung auf den 13. März 2024 vorgeladen (Urk. 40). Mit Eingabe vom 22. Februar 2024 zeigte Rechtsanwältin MLaw X. _____ an, dass sie den Beschuldigten vertritt und ersuchte um Sistierung des Berufungsverfahrens und damit verbunden um Abnahme der Ladung. Mit Präsidialverfügung vom 23. Februar 2024 wurde ebengenannte Eingabe der Staatsanwaltschaft zugestellt und ihr eine dreitägige Frist zur freigestellten Vernehmlassung angesetzt (Urk. 42). Mit Eingabe vom

26. Februar 2024 beantragte die Staatsanwaltschaft das Gesuch des Beschuldigten um Abnahme der Ladung zur Berufungsverhandlung und Sistierung des Verfahrens abzuweisen (Urk. 45). Mit Präsidialverfügung vom 27. Februar 2024 wurde das Gesuch der Verteidigung um Abnahme der Ladung abgewiesen (Urk. 46). Mit Eingabe vom 29. Februar 2024 modifizierte die Verteidigung die von ihr in der Berufungserklärung gestellten Rechtsbegehren und ersuchte um Verschiebung der auf den 13. März 2024 angesetzten Berufungsverhandlung (Urk. 48 S. 2). Am 1. März 2024 wurde den Parteien die Ladung hierfür abgenommen (Urk. 49) und mit Vorladung vom 12. März 2024 wurden diese zur Berufungsverhandlung auf den 15. Mai 2024, 08.00 Uhr, vorgeladen, wobei der Staatsanwaltschaft das Erscheinen freigestellt wurde (Urk. 50). Zur heutigen Berufungsverhandlung erschien der Beschuldigte in Begleitung seiner erbetenen Verteidigerin, Rechtsanwältin MLaw X._____ (Prot. II. S. 7). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Umfang der Berufung

Die Verteidigung beantragte einen Freispruch bezüglich rechtswidrigen Aufenthalts (Dispositivziffer 1, Lemma 1), die Feststellung, dass der Schuldspruch wegen geringfügigen Diebstahls (Dispositivziffer 1, Lemma 2) in Rechtskraft erwachsen sei, den Verzicht auf den Widerruf (Dispositivziffer 2), die Bestrafung des Beschuldigten mit einer angemessenen Busse (Dispositivziffer 3), die Aufhebung des Strafvollzugs der Geldstrafe sowie Busse (Dispositivziffer 4), die Aufhebung der Ersatzfreiheitsstrafe bei Nichtbezahlung der Busse (Dispositivziffer 5), sowie die Feststellung, dass die Dispositivziffer 6 des vorinstanzlichen Urteils in Rechtskraft erwachsen sei. Weiter beantragte sie, die Gerichtskosten im Berufungsverfahren auf die Gerichtskasse zu nehmen und die Verteidigungskosten aus der Staatskasse zu ersetzen (Urk. 53 S. 1 f. i.V.m. Prot. II. S. 9 f.). Dementsprechend steht – mit Ausnahme von Dispositivziffer 1, Lemma 2 und Dispositivziffer 6 – das gesamte vorinstanzliche Urteil zur Disposition.

3. Formelles

3.1. Soweit nachfolgend auf Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO (vgl. dazu etwa BGer. 6B_570/2019

vom 23. September 2019 E. 4.2, m.w.H., sowie NYDEGGER, Der Verweis auf die Entscheidungsbegründung der Vorinstanz gemäss Art. 82 Abs. 4 StPO, recht 2021, S. 15 ff.), auch ohne dass dies jeweils explizit Erwähnung findet.

3.2. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 mit Verweisen). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

3.3. Nachdem einzig der Beschuldigte Berufung führt, steht die Überprüfung des vorinstanzlichen Urteils sodann unter dem Vorbehalt des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO).

II. Sachverhalt

1. Der Beschuldigte zeigte sich bezüglich des Anklagevorwurfs des rechtswidrigen Aufenthalts von Anfang an geständig (Urk. D1/2/1 F/A 13 i.V.m. F/A 20 und F/A 28). Im Rahmen seiner Einvernahme vor Staatsanwaltschaft gab er an, dass am Strafbefehl nichts falsch sei (Urk. D1/8/36 F/A 9). Anlässlich seiner erstinstanzlichen Befragung anerkannte er den Anklagesachverhalt erneut als zutreffend (Prot. I S. 11) und auch im Rahmen der Berufungsverhandlung gab er zu, dass er sich zwischen April 2019 und November 2022 in der Schweiz aufgehalten habe, obwohl er gewusst habe, dass er die Schweiz hätte verlassen müssen (Urk. 52 S. 5 f.). Wie sich aus den Akten ergibt, wurde die Wegweisungsverfügung des Beschuldigten sodann am 20. November 2018 rechtskräftig und er hätte daher die Schweiz bis zum 12. Dezember 2018 verlassen müssen (Urk. D1/3/2 S. 10 i.V.m. Urk. D1/3/3 S. 1).

2.1. Als Grund, weshalb er noch nicht nach Hause zurück gekehrt sei, gab er vor Vorinstanz noch an, dass er keine Reisedokumente habe. Er wolle sich aber mit seiner heimatlichen Vertretung nicht in Verbindung setzen, da er sich dort zuerst entschuldigen und dann die 2 %-Steuer an die Regierung bezahlen müsse. Zudem würden diese eine Anmeldegebühr von Fr. 350.– verlangen, was er alles nicht

könne und wolle (Prot. I S. 10). Da dieser Umstand bei der rechtlichen Beurteilung von Bedeutung sein kann, ist im Rahmen der Sachverhaltsermittlung abzuklären, ob die Einwände zutreffend sind.

2.2. Weder der Beschuldigte noch die Verteidigerin vermögen ihre Behauptung, wonach die Ausstellung der nötigen Dokumente an die behaupteten Bedingungen geknüpft ist, zu belegen. So behauptet auch der Beschuldigte selbst nicht, dass er die entsprechende Auskunft persönlich erhalten habe. Schliesslich gab er an, er habe sich mit der eritreischen Botschaft nicht in Verbindung setzen wollen (Prot. I S. 9). Woher er sein Wissen bezieht, ist nicht bekannt.

2.3. Ein vom UNHCR archivierter Untersuchungsbericht hält folgendes fest: "Those who leave Eritrea often do so illegally, but this does not affect the possibility of applying for a passport at the Embassy. A person who applies for a passport does not have to prove that their exit was legal" (Canada, Immigration and Refugee Board of Canada, Eritrea: Identification documents, including national identity cards and birth certificates; requirements and procedures for obtaining and renewing identity documents, both within the country and abroad, 16. September 2013, E. 3.1., abrufbar unter: www.refworld.org/docid/524970044.html, zuletzt aufgerufen am 5. Juni 2024).

2.4. Dem Bericht "Focus Eritrea: Identitäts- und Zivilstandsdokumente" vom 21. Januar 2021 des Staatssekretariats für Migration SEM lässt sich auf S. 35 entnehmen: "Auch die Auslandsvertretungen kontrollieren, ob die Antragsteller den Nationaldienst abgeschlossen haben. Die meisten Auslandsvertretungen stellen aber auch an Deserteure und Dienstverweigerer Reisepässe aus; damit ist es dort einfacher als in Eritrea selbst, einen Pass zu erhalten. [...] Häufig gilt auf eritreischen Auslandsvertretungen als Bedingung für konsularische Dienstleistungen, dass die Antragsteller die Diasporasteuer (2%-Steuer) bezahlt und – falls sie den Nationaldienst nicht geleistet haben – das «Reueformular» (Formular D3) unterzeichnet haben." (abrufbar unter: www.sem.admin.ch → Internationales & Rückkehr → Herkunftsländerinformationen → Afrika → Eritrea, zuletzt aufgerufen am 5. Juni 2024). Bei letzterem scheint es sich jedoch gemäss Formulierung (Formular D3) um ein anderes als das sonst in diesem Zusammenhang erwähnte Formular

4/4.2 zu handeln, mit dessen Einreichen – so wird zumindest behauptet – zugegeben wird, eine Straftat begangen zu haben (vgl. EASO, Herkunftsländer-Informationsbericht. Eritrea: Nationaldienst, Ausreise und Rückkehr, September 2019, S. 60, abrufbar unter: www.sem.admin.ch → Herkunftsländer → Afrika → Eritrea, zuletzt aufgerufen am 5. Juni 2024).

2.5. Auf der Website der eritreischen Vertretung in der Schweiz fand sich gemäss bereits genanntem Bericht des SEM in der Vergangenheit unter den Voraussetzungen zur Erteilung eines neuen Passes der Hinweis "Must satisfy all national obligations, including 2% payment from 1992- present" (Focus Eritrea: Identitäts- und Zivilstandsdokumente, 21. Januar 2021, S. 36, abrufbar unter: www.sem.admin.ch → Internationales & Rückkehr → Herkunftsländerinformationen → Afrika → Eritrea, zuletzt aufgerufen am 5. Juni 2024). Diese Informationen sind derzeit auf der Website der eritreischen Vertretung in der Schweiz nicht mehr abrufbar (vgl. <https://eritreambassy.ch>, zuletzt aufgerufen am 5. Juni 2024). Demnach findet – davon ausgehend, dass diese Voraussetzungen nach wie vor Bestand haben – die Behauptung des Beschuldigten, wonach jährlich eine 2 %-Steuer zu entrichten sei, ohne weiteres eine Stütze. Auch die erwähnte Überprüfung, ob die Antragsteller den Nationaldienst abgeschlossen haben, wird demgemäss auf der Schweizerischen Vertretung Eritreas überprüft ("satisfy all national obligations"). Vom Erfordernis der Ausfüllung eines Reueformulars ist indessen nicht die Rede.

2.6. Die Verteidigung stützte die Behauptung, wonach auch ein Reueformular zu unterzeichnen sei, unter anderem auf Berichte des "European Asylum Support Office" (EASO: Europäisches Unterstützungsbüro für Asylfragen) und der Schweizerischen Flüchtlingshilfe, wonach es sich dabei um eine international anerkannte Tatsache handle (Urk. 8/9 S. 2; Urk. 53 S. 5). Auch zwei der drei von der amtlichen Verteidigung ins Recht gelegten Entscheide stützen sich dabei auf den EASO-Bericht aus dem Jahre 2019 (Urk. D1/8/10 S. 5 E. 3.6., Urk. D1/12 S. 5 f. E. 3.4.2.; nachfolgend: EASO Bericht). Die EASO beschreibt sich als Fachorganisation, welche die praktische Zusammenarbeit der EU-Staaten koordinieren und vereinfachen soll (<https://home-affairs.ec.europa.eu> → Networks → European Migration Network (EMN) → EMN Asylum and Migration Glossary → European Asylum

Support Office (EASO), zuletzt aufgerufen am 5. Juni 2024). Der EASO-Bericht ist auch unter Mitwirkung des SEM im Jahre 2019 zustande gekommen und damit bereits 5 Jahre alt (EASO, Herkunftsländer-Informationsbericht. Eritrea: Nationaldienst, Ausreise und Rückkehr, September 2019, S. 11, abrufbar unter: www.sem.admin.ch → Herkunftsländer → Afrika → Eritrea, zuletzt aufgerufen am 5. Juni 2024). Auch diesem Bericht lässt sich entnehmen, dass für die Ausstellung eines eritreischen Reisepasses die Entrichtung der Diaspora-Steuer vorausgesetzt wird (a.a.O. S. 59). Weiter führt der Bericht aus, dass ein Reueformular zu unterzeichnen ist. Diese Angabe stützt sich auf je einen Bericht aus den Niederlanden und Schweden aus den Jahren 2018 sowie auf ein Interview mit einem nicht näher bekannten eritreischen Rechtsexperten, der mit den rechtlichen Rahmenbedingungen in Eritrea und ihrer Umsetzung vertraut sein soll (a.a.O. S. 9 i.V.m. S. 60 und S. 71). Der Inhalt des erwähnten Interviews wird im EASO-Bericht nicht aufgeführt und ist in allgemein zugänglichen Quellen nicht auffindbar. Abgesehen davon, dass der Bericht auf Angaben aus dem Jahre 2018 und 2019 datiert, lässt sich aus diesen Berichten nicht ableiten, dass generell und in allen Ländern eine Reueerklärung zu unterschreiben ist. Wie sich aus den oben aufgeführten aktuellen Quellen ergibt, bestehen keine Hinweise darauf, dass derzeit von der Vertretung Eritreas in der Schweiz eine solche Erklärung verlangt wird. Auch der Beschuldigte selbst hat nicht geltend gemacht, dass er aufgefordert worden sei, eine solche Erklärung zu unterschreiben, er kennt dies nur vom Hörensagen. Zusammenfassend lässt sich somit der Einwand, wonach die Ausstellung von Reisedokumenten an den Beschuldigten an die Abgabe einer Reueerklärung geknüpft sei, nicht erstellen. Abgesehen davon: Wie später noch aufzuzeigen sein wird, würde sich an der rechtlichen Würdigung selbst dann nichts ändern, wenn davon auszugehen wäre, dass der Beschuldigte eine Reueerklärung unterzeichnen müsste.

3.1. Anlässlich der Berufungsverhandlung machte der Beschuldigte jedoch gar nicht geltend, er sei wegen der 2 %-Steuer bzw. dem Erfordernis des Unterzeichnens eines Reuebriefes nicht ausgereist. Er führte lediglich aus, er sei nicht ausgereist, weil die Erfahrung gezeigt habe, dass seine Kollegen, die den gleichen Entscheid wie er erhalten hätten und die Schweiz daraufhin in andere europäische Länder verlassen hätten, immer wieder mit Strafandrohungen zurückgebracht

worden seien. Daher habe er gefunden, es mache keinen Sinn, die Schweiz zu verlassen und irgendwo hinzugehen, weil die Behörden ihn dann wieder in die Schweiz zurückbringen würden. Er sei bewusst nicht gegangen, weil er gedacht habe, es sei so besser für ihn. Nach Eritrea zurückzugehen komme für ihn nicht in Frage. Er habe auch keinerlei Bemühungen im Hinblick auf eine Ausreise unternommen. Die Schweiz habe er nicht verlassen wollen (Urk. 52 S. 6). Bereits anlässlich der polizeilichen Befragung vom 27. November 2021 erklärte er erstmals, er habe sich nicht um einen Rückflug gekümmert, weil er niemals nach Eritrea zurückkehren wolle (Urk. D1/2/1 F/A 14 i.V.m. F/A 15 und F/A 17). Hierbei blieb er auch anlässlich seiner staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 30. November 2022, indem er mehrfach angab, er bleibe hier, obwohl er wisse, dass er sich illegal in der Schweiz aufhalte, weil er nicht wo anders hingehen und ein neues Leben beginnen wolle (Urk. D1/8/36 F/A 19 und F/A 21). Würde er die Schweiz verlassen, würde er wieder zurückkehren (Urk. D1/8/36 F/A 15). Er habe nichts unternommen, um die Schweiz zu verlassen (Urk. D1/8/36 F/A 22). Diese Aussagen des Beschuldigten sind absolut glaubhaft. Dies insbesondere auch deshalb, weil er diese Begründung bereits zu Beginn der Ermittlungen, d.h. noch bevor er sich eine Prozessstrategie überlegen konnte, äusserte und hierbei – mit Ausnahme seiner Aussagen während der Hauptverhandlung – auch konstant blieb. Sie zeigen sodann eine nachvollziehbare Erklärung für sein Verhalten auf.

3.2. Diese Ausführungen des Beschuldigten stehen im diametralen Widerspruch zur Argumentation der Verteidigung, welche geltend machte, dem Beschuldigten sei es nicht zumutbar einen Reisepass zu beantragen. Er traue sich nicht, mit der eritreischen Botschaft in der Schweiz in Kontakt zu treten (Urk. 53 S. 4). Eine solche Unzumutbarkeit macht der Beschuldigte selbst – während des gesamten Verfahrens – überhaupt nicht geltend. Er berichtete auch nie von einer Angst, die eritreischen Behörden zu kontaktieren. Ihm ist offenbar schlicht bewusst, dass er zurückgeführt würde, wenn er in ein anderes europäisches Land ausreist und möchte aber weder zurück in sein Heimatland noch sonst irgendwo auf der Welt ein neues Leben beginnen. Er verweigert also aus rein egoistischen Gründen jegliche Mitwirkung und zeigt sich diesbezüglich äusserst renitent.

4. Der eingeklagte Sachverhalt ist damit anklagegemäss erstellt, wobei der Beschuldigte sich nur deshalb nicht um Reisepapiere bzw. eine Ausreise gekümmert hat, weil er die Schweiz schlicht nicht verlassen will. Der noch vor Vorinstanz durch den Beschuldigten vorgebrachte Einwand bezüglich der Notwendigkeit des Unterzeichnens eines Reuebriefs ist sodann nicht nachgewiesen. Hingegen ist – unter der Annahme, dass sich die Rechtslage diesbezüglich nicht geändert hat – davon auszugehen, dass der Beschuldigte eine 2 %-Diaspora-Steuer zu entrichten hätte, sollte er einen Reisepass beantragen.

III. Rechtliche Würdigung

1. Nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG macht sich strafbar, wer sich rechtswidrig, namentlich nach Ablauf des bewilligungsfreien oder des bewilligten Aufenthalts, in der Schweiz aufhält. Da der in Frage stehende Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG inhaltlich demjenigen im vormaligen AUG entspricht kann die Rechtsprechung und Lehre zum aAUG herangezogen werden.

2. Gemäss erstelltem Sachverhalt wurde die Wegweisungsverfügung des Beschuldigten am 20. November 2018 rechtskräftig und er hätte die Schweiz bis zum 12. Dezember 2018 verlassen müssen (Urk. D1/3/2 S. 10 i.V.m. Urk. D1/3/3 S. 1). Dieser Verpflichtung kam er nicht nach (Urk. D1/8/36 F/A 19-22 i.V.m. Prot. I S. 11) und er hält sich nach wie vor in der Schweiz auf, wobei für die Entscheidung einzig auf den angeklagten Zeitraum vom 14. April 2019 bis zum 30. November 2022 abzustützen ist. Damit erfüllt der Beschuldigte den objektiven Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG. Auch der subjektive Tatbestand von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG ist erfüllt, war sich der Beschuldigte doch seiner Pflicht zur Ausreise bewusst und kam er dieser – eingestandenermassen (Urk. D1/2/1 F/A 13-15 i.V.m. F/A 20 und Urk. D1/8/36 F/A 19-21) – mit Wissen und Willen nicht nach.

3. Die Verteidigung macht geltend, dass es dem Beschuldigten im strafrechtlichen Sinne unmöglich sei Reisepapiere zu beschaffen, da die eritreische Botschaft die Erbringung konsularischer Leistungen an die Unterzeichnung eines Reuebriefes und die Entrichtung einer 2 %-Steuer anknüpft. Damit sei die Ausstel-

lung des Reisepasses an Bedingungen geknüpft, deren Erfüllung dem Beschuldigten nicht abverlangt werden könnten, da diese persönlichkeitsverletzend seien. Dazu verweist sie auf mehrere eingereichte Entscheide und insbesondere auf einen Entscheid des Deutschen Bundesverwaltungsgerichts (Urk. 21 S. 3 ff.; Urk. 53 S. 5). Die entscheidende Frage sei diejenige der Zumutbarkeit der Mithilfe. Vom Beschuldigten könne nicht verlangt werden, dass er sich bei der zuständigen Behörde seines Herkunftsstaates um die Ausstellung eines Reisepapiers bemühe. Es gebe keine zumutbare Mitwirkungshandlung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, deren Nichtvornahme ihm strafrechtlich vorgeworfen werden könnte, da das Vorgehen des eritreischen Staates bezüglich ihrer konsularischen Dienstleistungen in Europa sämtlichen Grundsätzen und Garantien eines Rechtsstaates widerspreche (Urk. 53 S. 3 f.). Es sei bereits ein Risiko sich überhaupt mit dem eritreischen Staat in Verbindung zu setzen, weil dessen diplomatische Vertretungen mittels Zwang, illegalen Mitteln und unter anderem Drohungen, den Familienangehörigen in Eritrea Schaden zuzufügen, die Bezahlung der Steuer zu erpressen versuchen würden (Urk. 53 S. 5).

4.1.1. Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG gelangt nicht zur Anwendung, wenn es der betroffenen ausländischen Person – etwa aufgrund einer Weigerung des Heimatlands, Staatsangehörige zurückzunehmen oder Ausweispapiere auszustellen (vgl. BGE 130 II 56 E. 4.1.3; BGE 125 II 217 E. 2) – objektiv unmöglich ist, legal aus der Schweiz auszureisen bzw. rechtmässig in das Heimatland zurückzukehren. Das strafrechtliche Schuldprinzip setzt die Freiheit voraus, anders handeln zu können. Ein in der Schweiz illegal anwesender Ausländer darf daher nicht nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG verurteilt werden, wenn ihm eine legale Ausreise aus der Schweiz objektiv nicht möglich ist (siehe dazu etwa BGer. 6B_274/2016 vom 15. Mai 2017 E. 1.6.1, BGer. 6B_320/2013 vom 29. August 2013 E. 2.1, BGer. 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.2; je mit Hinweisen). Strafbarkeit im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG ist aber gegeben, wenn die freiwillige Rückkehr in den Heimatstaat grundsätzlich möglich ist. Das ist der Fall, wenn eine legale Ausreise nicht an äusseren Umständen scheitert, die ausserhalb der Einflussmöglichkeiten der zur Mitwirkung verpflichteten, rechtskräftig weggewiesenen Person und der zuständigen Behörden liegen, sondern eine solche nur deshalb nicht

zustande kommt, weil die betroffene ausländische Person die Schweiz nicht verlassen will und die rechtmässige Rückkehr in das Heimatland bzw. eine legale Ausreise aus der Schweiz vereitelt (BGer. 6B_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.3).

4.1.2. Von einer objektiven Unmöglichkeit im Sinne des Schuldprinzips ist gemäss der bisherigen Rechtsprechung auszugehen, wenn für die Undurchführbarkeit des Vollzugs der Wegweisung triftige Gründe sprechen oder praktisch feststeht, dass sich die Ausreise kaum realisieren lassen wird. Dies ist in der Regel nur der Fall, wenn die Ausreise trotz Mitwirkung bei der Papierbeschaffung mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen erscheint. Zu denken ist etwa an eine längerdauernde Transportunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen bzw. an eine ausdrückliche oder zumindest klar erkennbare und konsequent gehandhabte Weigerung eines Staates, gewisse Staatsangehörige zurückzunehmen (vgl. BGE 125 II 217 E. 2 mit Hinweisen). Als rechtliche Gründe können der Wegweisung das Gebot des Non-refoulements oder eine Unzumutbarkeit des Vollzugs entgegenstehen, weil der Ausländer im Heimatstaat einer konkreten Gefährdung ausgesetzt wäre (Art. 83 Abs. 3 und 4 AIG; vgl. BGE 125 II 217 E. 2). Diesbezüglich sind die Prüfungspflichten des Strafgerichts allerdings beschränkt: Gegenstand seines Verfahrens bildet ausschliesslich Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG, indessen nicht auch die Wegweisungsfrage; über diese entscheiden die zuständigen ausländerrechtlichen Behörden an sich abschliessend und verbindlich (vgl. BGE 125 II 217 E. 2 mit Hinweis). Das Strafgericht hat die Rechtswidrigkeit des Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG diesbezüglich grundsätzlich nur zu verneinen, wenn sich der zu sichernde Wegweisungsentscheid als offensichtlich unzulässig erweist (vgl. BGE 125 II 217 E. 2; BGE 121 II 59 E. 2c).

4.2. Wie gesagt, ist nicht erstellt, dass der Beschuldigte im konkreten Fall einen Reuebrief unterzeichnen müsste. Lediglich der Vollständigkeit halber sei deshalb erwähnt, dass sich das Bundesgericht in einem aktuellen Entscheid vertieft mit der Frage des Reuebriefs und dessen Auswirkungen auf die Strafbarkeit gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG beschäftigt. Weder sieht es darin eine Verletzung des "nemo tenetur" Prinzips noch eine Verletzung von Art. 32 BV und Art. 6 EMRK,

weshalb selbst für den Fall, dass der Beschuldigte eine Reueerklärung unterzeichnen müsste, dies nichts an der Strafbarkeit seines Handelns ändern würde (BGer. 6B_1471/2021 vom 9. März 2023 E. 1.1.-1.5.). Hiervon geht nunmehr auch die Verteidigung aus (Urk. 53 S. 6).

4.3.1. Inwiefern die zu bezahlende sogenannte Diaspora-Steuer zu einer objektiven Unmöglichkeit des Vollzugs des Wegweisungsentscheids führen sollte, ist schleierhaft. Nicht nur kann gemäss Völkerrecht ein Staat das Erbringen von Dienstleistungen durch die Vertretungen im Ausland von der Verrichtung von Abgaben abhängig machen. Ebenso kann ein Staat gemäss nationalem Recht vorsehen, dass seine Staatsangehörigen einer Steuerpflicht unterliegen, selbst wenn diese ihren Wohnsitz in einem anderen Staat haben (BGer. 2C_465/2021 vom 16. März 2022 E. 3.5.). Das Bundesgericht setzte sich ganz explizit mit der Frage der objektiven Unmöglichkeit im Zusammenhang mit dem Erfordernis des Bezahleins einer 2 %-Steuer auseinander und verneinte diese (BGer. 6B_147/2021 vom 9. März 2023 E. 2.4.2.). Hiervon geht nunmehr auch die Verteidigung aus (Urk. 53 S. 6). Eine solche Auslandsbesteuerung seiner Bürger kennen beispielsweise auch die USA. Jedoch setzt das Völkerrecht der Ausgestaltung der Steuer klare Grenzen. Grundsätzlich ist das Eintreiben von Steuern oder Abgaben für die Ausstellung von Reisedokumenten und Identitätsausweisen Aufgabe des betreffenden Herkunftsstaats. Diesem kommt bei der Ausübung seiner Passhoheit ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu (vgl. BVGE C-3044/2007 vom 23. Januar 2009 E. 3.3 und BVGE F-6281/2016 vom 17. Mai 2018 E. 4.2). Zu berücksichtigen sind jedoch allfällige anwendbare Doppelbesteuerungsabkommen sowie die Rechte des Staates, in welchem die betroffenen Personen ihren Wohnsitz haben, gerade was die Ausübungen von Staatsgewalt auf ausländischem Grund betrifft. In der Schweiz ist dies Art. 271 StGB.

4.3.2. Solche Schranken liegen im Falle von Eritrea nicht vor. Insbesondere besteht mit Eritrea kein Doppelbesteuerungsabkommen (Staatssekretariat für internationale Finanzfragen, Schweizerische Doppelbesteuerungsabkommen vom 1. Januar 2024, S. 3, abrufbar unter: www.sif.admin.ch → Bilaterale Beziehungen → Steuerabkommen → Doppelbesteuerungsabkommen → Doppelbesteuerungs-

abkommen: Übersicht, zuletzt aufgerufen am 5. Juni 2024). Auch ist die Fiskalquote von 2 % sehr tief und selbst unter Hinzurechnung sämtlicher Schweizerischer Steuerlasten ergibt sich eine insgesamt massvolle Gesamtbesteuerung, welche auch nicht ansatzweise ordre public widrig ist. Die 2 % entsprechen dem niedrigsten Steuerfuss in Eritrea für Einkommen bis zu 2400 ERN (Doing business in Eritrea, Juli 2023, S. 4, abrufbar unter: www.ensafrica.com/doing-business/download?termId=26, zuletzt aufgerufen am 5. Juni 2024), was einem Jahreseinkommen von rund Fr. 144.70 entspricht (Wechselkurs Stand 15. Mai 2024). Damit erscheint die Diaspora-Steuer auch nicht willkürlich.

4.4.1. Die Ausführungen der Verteidigung bezüglich des Eintreibens der Steuer mittels illegaler Mittel beruht sodann auf einem Bericht der Schweizerischen Flüchtlingshilfe aus dem Jahr 2018 (Schweizerische Flüchtlingshilfe, Eritrea: Reflexverfolgung, Rückkehr und Diaspora-Steuer, Auskunft der SFH-Länderanalyse, Bern 30. September 2018, S. 8, abrufbar unter: www.ecoi.net/en/document-search → Search terms: Reflexverfolgung / Countries: Eritrea / Sources: SFH / Published on or after: 30.09.2018, zuletzt aufgerufen am 5. Juni 2024). Besagte Stelle beruht wiederum auf einem Bericht des australischen Department of Foreign Affairs and Trade aus dem Jahr 2017. Als Beispiele zum Beleg der Vorwürfe wird dort u.a. angebracht, dass die Verwendungsart der eingenommenen Steuern in Grossbritannien angeprangert werden, was nichts mit der von der Verteidigung bemängelten Eintreibungsart zu tun hat. Kanada warf den eritreischen Behörden sodann offenbar das Einholen der Steuer an und für sich vor. Auch dies hat nichts mit der Art und Weise der Eintreibung zu tun (Australian Government, Department of Foreign Affairs and Trade, DFAT Country Information Report Eritrea, 8. Februar 2017, S. 27, abrufbar unter: www.ecoi.net/en/document-search → Countries: Eritrea / Sources: DFAT / Published on or after: 08.02.2017, zuletzt aufgerufen am 5. Juni 2024). Einzig die erwähnte Resolution 2023 (2011) des United Nations Security Council wirft Eritrea vor, die Steuer u.a. mittels Erpressung und Gewaltandrohungen sowie anderer illegaler Mittel einzutreiben. Worauf die Vorwürfe basieren erhellt aus der mittlerweile bereits 13 Jahre alten Resolution hingegen nicht (S/RES/2023 (2011) vom 5. Dezember 2011 Ziff. 11 S. 3 f., abrufbar unter: www.un.org/securitycouncil → Documents → Resolutions → 2011 → S/RES2023

(2011) → English, zuletzt aufgerufen am 5. Juni 2024). Damit ist keineswegs belegt, dass die eritreischen Behörden heute derartige illegale Methoden beim Eintreiben der Steuer von in der Schweiz lebenden Staatsangehörigen anwenden, welche es für den Beschuldigten allenfalls unzumutbar machen könnte, die eritreischen Behörden überhaupt erst zu kontaktieren. Davon scheint sodann – zumindest implizit – auch das Bundesgericht in seinem obgenannten Entscheid auszugehen.

4.4.2. Es liegen keinerlei Hinweise vor, wonach es im Zusammenhang mit der Passausstellung zu Verletzungen von Art. 271 StGB kommt. Diese Thematik war auch schon auf politischer Ebene ein Thema. Der Bundesrat wurde aufgefordert zu untersuchen, ob das Generalkonsulat Eritreas in Genf rechtswidrige Praktiken anwendet (15.3820, Motion, Schneeberger, Massnahmen gegen das Generalkonsulat von Eritrea in Genf, abrufbar unter: www.parlament.ch → Ratsbetrieb → Curia Vista → Suche → Geschäftsnummer 15.3820, zuletzt abgerufen am 5. Juni 2024). In diesem Zusammenhang wurde die Bundesanwaltschaft aktiv. Mit Entscheid vom 9. November 2015 wurde die Strafuntersuchung nicht an die Hand genommen (GEMPERLI, Kein Verfahren gegen Eritreas Steuereintreiber, in: NZZ, 25. November 2015, abrufbar unter: www.nzz.ch/schweiz/kein-verfahren-gegen-eritreas-steuereintreiber-ld.1079624, zuletzt aufgerufen am 5. Juni 2024). Es liegen somit auch keine Hinweise vor, wonach das Vorgehen der Eritreischen Botschaft gegen Art. 271 StGB verstossen würde.

4.5.1. Der Beschuldigte machte denn auch, wie bereits ausgeführt, selber gar nie geltend, derartige Befürchtungen zu haben und daher vor einer Kontaktaufnahme mit den eritreischen Behörden Angst zu haben. Er führte hierzu gar aus, sich nur darum nicht um einen möglichen Rückflug gekümmert zu haben, weil er nicht nach Eritrea zurückkehren wolle (Urk. D1/2/1 F/A 14 i.V.m. F/A 15 und Urk. D1/8/36 F/A 24). Er möchte schlicht nicht an einem anderen Ort ein neues Leben beginnen (Urk. D1/8/36 F/A 19). Damit kann auch nicht die Rede davon sein, dass es dem Beschuldigten per se unzumutbar wäre, sich mit den eritreischen Behörden überhaupt erst in Verbindung zu setzen.

4.5.2. Der Beschuldigte machte, wie bereits ausgeführt, geltend, sich nie um Reisepapiere bemüht zu haben und keinen Kontakt mit den eritreischen Behörden

aufgenommen zu haben (Urk. D1/8/36 F/A 22 i.V.m. Prot. I S. 9 und Urk. 52 S. 6). Nach Vorliegen eines vollziehbaren Wegweisungsentscheides sind die betroffenen Personen jedoch – auch ohne entsprechende behördliche Aufforderung – gesetzlich verpflichtet, bei der Beschaffung gültiger Reisepapiere mitzuwirken (Art. 8 Abs. 4 AsylG). Der Beschuldigte verweigerte aber eingeständenermassen jegliche Mitwirkung und kam damit seiner Pflicht in keiner Weise nach. Gemäss der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, die freiwillige Ausreise sei nicht möglich bzw. unzumutbar, solange sich der Beschuldigte nicht nachweislich vergeblich um Reisepapiere bemüht hat (BGer. 2C_200/2020 vom 25. März 2020 E. 5.3.2.). Damit ist die von der Verteidigung geltend gemachte Unzumutbarkeit vorliegend zu verneinen.

4.6. Dieser Beurteilung stehen auch die von der Verteidigung ins Feld geführten Entscheide nicht entgegen, sehen diese doch eine Hürde in der Unterzeichnung des Reuebriefes, welcher gemäss erstelltem Sachverhalt aber vorliegend nicht zur Debatte steht (vgl. Urk. 8/10-12). Dies gilt auch und erst recht für den Entscheid des Deutschen Verwaltungsgerichts, welcher den Reuebrief im Lichte des deutschen Binnenrechts ausleuchtet. Für die Schweiz lässt sich daraus ohnehin nichts ableiten (Urk. 21 S. 3 f.).

4.7. Alleine aus der Pflicht eritreischer Staatsbürger, Militärdienst zu leisten, lässt sich zudem auch keine Notstandslage i.S.v. Art. 17 StGB ableiten (BGer. 6B_1471/2010 vom 9. März 2023 E. 3.3.2.-3.3.6.). Hiervon geht denn auch die Verteidigung aus (Urk. 53 S. 6).

4.8. Zusammengefasst lässt sich somit feststellen, dass die Verpflichtung zur Bezahlung der 2 %-Diaspora-Steuer weder den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz widerspricht (Art. 83 Abs. 3 AIG) noch zur Unzumutbarkeit des Vollzugs i.S.v. Art. 83 Abs. 4 AIG führt. Der Vollzug der Wegweisung ist objektiv möglich. Dem Beschuldigten ist es sodann grundsätzlich zumutbar, die eritreischen Behörden zwecks Ausstellung von Reisepapieren zu kontaktieren. Da der Beschuldigte sich jedoch gar nicht erst um Reisepapiere bemüht hat, ist die Unzumutbarkeit von deren Beschaffung ohne weiteres zu verneinen.

5.1. Die Strafbarkeit wegen rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG ist demnach ungeachtet der Vorbringen des Beschuldigten bzw. dessen Verteidigung gegeben.

5.2. Da weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe vorliegen, ist der Beschuldigte des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG schuldig zu sprechen.

IV. Sanktion

1. Die Vorinstanz hat zutreffende Ausführungen zum Strafraumen, den Strafzumessungsregeln sowie der Strafart gemacht, auf welche verwiesen werden kann (Urk. 31 S. 15-17 E. IV.1.1.-3.2.). Zwar ist fraglich, ob vorliegend auf Grund der ausgesprochenen Renitenz des Beschuldigten eine blosser Geldstrafe noch zweckmässig ist und ihr eine präventive Effizienz zukommt. Auf Grund des Verschlechterungsverbots muss es aber bei der Geldstrafe sein Bewenden haben. Vorab gilt es sodann festzuhalten, dass sich die Verteidigung in keiner Weise mit den vorinstanzlichen Erwägungen zur Strafzumessung auseinandergesetzt hat (Urk. 53).

2. Strafzumessung betreffend rechtswidrigem Aufenthalt

2.1. Erheblich zu seinen Ungunsten wirkt sich aus, dass sein illegaler Aufenthalt von über 3 Jahren von sehr langer Dauer ist. Erschwerend tritt hinzu, dass der Dauer des Aufenthaltes etwas Zufälliges anhaftet, da der illegale Aufenthalt lediglich im Zusammenhang mit der Verhaftung wegen des Diebstahls zu Tage trat. Angelegt war sein illegaler Aufenthalt vielmehr auf unbefristete Dauer. So hat er stets beteuert, dass er die Schweiz nie verlassen werde und selbst im Falle der Ausschaffung wieder hierher zurückkehren würde (Urk. D1/8/36 F/A 15; Urk. 52 S. 6). Seine Renitenz ist eklatant und wiegt schwer. Auch der Grund seines Aufenthaltes vermag ihn nicht zu entlasten. Er führte lediglich einmal unsubstantiiert aus, er würde in Eritrea umgebracht, nannte jedoch keinerlei Gründe hierfür, welche sich sodann auch nicht aus der Aktenlage ergeben (Urk. D1/2/1 F/A 16). Er machte auch in späteren Aussagen in keiner Weise geltend, er sei an Leib oder Leben bedroht gewesen (vgl. Urk. D1/8/36; Prot. I. S. 8 ff.; Urk. 52). Daher erscheint diese

Aussage unglaubhaft. Er hat sich in seiner Heimat schlicht der Militärdienstpflicht – und damit seiner Bürgerpflicht – entzogen, weil er dieser nicht nachkommen wollte (Urk. D1/2/1 F/A 12; Prot I. S. 9). Nicht nur möchte er schlicht nicht in sein Heimatland zurückkehren (Urk. D1/2/1 F/A 15 i.V.m. F/A 17; Urk. D1/8/36 F/A 24), sondern will auch nicht irgendwo anders hin gehen, da er dort wieder ein neues Leben anfangen müsste (Urk. D1/8/36 F/A 21). In die Schweiz ist er eingereist ohne dass er zu diesem Land einen besonderen Bezug hat. Er lebt hier auf Kosten der öffentlichen Hand. In objektiver Hinsicht wiegt das Verschulden somit bereits erheblich. Zudem ist auch auf die grossen, negativen, gesellschaftlichen Folgen des illegalen Aufenthalts nach abgeschlossenem Asylverfahren hinzuweisen, von den verursachten Kosten ganz zu schweigen. Zu leiden haben darunter vor allem die echten Flüchtenden.

2.2. In subjektiver Hinsicht ist auf Grund seiner Äusserung, wonach er um die rechtskräftige Ausreiseverfügung wisse und trotzdem hier bleiben wolle, von direktem Vorsatz auszugehen. Die Gründe für sein Tun sind egoistischer Natur. Er wollte seiner Militärdienstpflicht nicht nachkommen und ist, wie das Staatssekretariat für Migration festgehalten hat, ohne dass echte Fluchtgründe vorliegen in die Schweiz eingereist (Urk. 3/2 S. 10). Wenn die Vorinstanz schreibt, dass von einer eher geringen kriminellen Energie auszugehen sei, weil er aufgrund seiner subjektiven Einschätzung von einer ausweglosen Situation ausgegangen sei, so ist dem in objektiver Hinsicht entgegen zu halten, dass ihm zum illegalen Aufenthalt in der Schweiz durchaus Alternativen offen gestanden wären, insbesondere die Rückkehr nach Hause. Der Beschuldigte verhält sich im wahrsten Sinne des Wortes renitent. Er hat sich aus rein egoistischen Gründen nie um Reisepapiere bzw. eine Ausreise bemüht und hat dies offenbar auch künftig nicht vor (Urk. D1/2/1 F/A 10 i.V.m. Urk. D1/8/36 F/A 22, Prot. I S. 9 und Urk. 52 S. 6).

2.3. Insgesamt erweist sich somit die vorinstanzliche Einschätzung des Verschuldens als "noch leicht" als zu wohlwollend. Als Beispiel eines noch leichten Verschuldens bei illegalem Aufenthalt wäre zum Beispiel der Aufenthalt einer Person denkbar, welche in ihrer Jugend legal in der Schweiz bei ihrer Familie gelebt hat und sich aus familiären Gründen für wenige Tage hier aufhält ohne wirtschaftliche

Hilfe von der öffentlichen Hand in Anspruch zu nehmen. Vorliegend ist somit auf eine höhere Sanktion als die von der Vorinstanz festgesetzten 90 Tagessätze zu erkennen. Angemessen sind vielmehr 150 Strafeinheiten.

2.4. Bezüglich der Täterkomponente lässt sich mit Blick auf seine Biografie nichts ableiten, was die Strafzumessung zu beeinflussen vermag: Die teilweise widersprüchlichen Angaben, insbesondere hinsichtlich seines Alters, erschweren es sich ein Bild über seine Vergangenheit zu verschaffen (vgl. Urk. 3/2 S. 2 ff.). Der Beschuldigte hat in Eritrea die Schule besucht und hernach mit seiner Familie zusammen gelebt und ist für diese aufgekommen. Um sich dem Militärdienst zu entziehen, hat er sein Land verlassen und ist 2015 in die Schweiz eingereist. Einer Erwerbstätigkeit geht er nicht nach, er lebt in Notunterkünften auf Kosten der öffentlichen Hand (Urk. D1/1/1 S. 2 i.V.m. Urk. D1/3/2 S. 2 f., Prot. I S. 8 f. und Urk. 52 S. 2 f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte der Beschuldigte, seine Zeit verbringe er damit, jeweils dienstags bis freitags einen kostenlosen Deutschkurs zu besuchen. Jeden Morgen helfe er sodann in einer Werkstatt beim Reparieren elektronischer Geräte. Samstags betreue er Kinder, was vom roten Kreuz organisiert werde. Beide Tätigkeiten übe er unentgeltlich aus. Mittwochnachmittags besuche er die Kirche (Urk. 52 S. 2 f.).

2.5. Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl vom 14. April 2019 wegen rechtswidrigen Aufenthalts i.S.v. Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG rechtskräftig verurteilt. Er ist damit einschlägig vorbestraft (Urk. 33). Er beging die vorliegenden Taten teilweise während der Probezeit der bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 30 Tagessätzen, was leicht strafferhöhend zu berücksichtigen ist.

2.6. Zu seinen Gunsten wirkt sich jedoch aus, dass er sich von Anfang an vollumfänglich geständig und kooperativ zeigte. Einsicht und Reue liegen nicht vor, ganz im Gegenteil hat er seine Absicht kundgetan weiterhin einschlägig delinquieren zu wollen.

2.7. Unter Berücksichtigung der Täterkomponente und der weiteren Strafzumessungsgründe erweist sich somit eine Strafe von 160 Strafeinheiten angemessen. Auf Grund des Verschlechterungsverbots ist auf eine Geldstrafe zu erkennen.

2.8. Hinsichtlich der Tagessatzhöhe kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden und ist die Tagessatzhöhe auf Fr. 10.– festzusetzen (Urk. 31 S. 19 E. IV.4.3.).

3. Strafzumessung betreffend geringfügiger Diebstahl i.S.v. Art. 139 Ziff. 1 i.V.m. Art. 172^{ter} StGB

Diesbezüglich kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 31 S. 20 E.IV.5.), zumal sich die Verteidigung, wie bereits ausgeführt, in keiner Weise mit den vorinstanzlichen Erwägungen hierzu kritisch auseinandergesetzt hat (vgl. Urk. 53). Somit ist eine Busse in der Höhe von Fr. 200.– auszusprechen. Die Busse ist mit dem entsprechenden Hinweis zu verbinden, dass bei schuldhaftem Nichtbezahlen an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen tritt (Art. 106 Abs. 2 StGB).

V. Vollzug

Die Vorinstanz hat den Vollzug der Strafe angeordnet. Die entsprechende Begründung erweist sich in jeder Hinsicht als zutreffend, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. 31 S. 21 f. E. V.). Aufgrund seiner Aussagen, dass er die Schweiz nie verlassen und keinesfalls nach Eritrea zurückkehren wolle, ist ihm ohne weiteres eine negative Prognose zu stellen. Der Beschuldigte zeigt sich diesbezüglich äusserst renitent und hat nicht vor, sich in irgend einer Form um eine legale Ausreise zu bemühen. Die Strafe ist zu vollziehen.

VI. Widerruf

Die Vorinstanz hat den Widerruf des bedingten Vollzugs der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 14. April 2019 ausgesprochenen Geldstrafe angeordnet, die Tagessatzhöhe auf Fr. 10.– angesetzt und die widerrufenen Strafe bei der Gesamtstrafenbildung lediglich zu einem Drittel berücksichtigt, da der Beschuldigte keinen neuen Tatentschluss gefällt sondern seinen rechtswidrigen Aufenthalt einfach fortgesetzt hat (Urk. 31 S. 22 f. E. VI.2.-3.). Diese Begründung erweist sich in jeder Hinsicht als zutreffend, weshalb darauf verwiesen werden

kann. Somit ergibt sich eine neue Gesamtstrafe von 170 Tagessätzen, wobei es wegen des Verschlechterungsverbots bei den vorinstanzlichen 110 Tagessätzen à Fr. 10.– sein Bewenden haben muss. Der Anrechnung von 4 Tagen erstandener Haft steht nichts entgegen (vgl. Urk. 33 i.V.m. Urk. D1/4/1 und Urk. D1/4/7).

VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss sind – mit der Vorinstanz – die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten für die amtliche Verteidigung, dem Beschuldigten vollumfänglich aufzuerlegen, da er schuldig zu sprechen ist (Art. 426 Abs. 1 StPO). Die Kosten für die amtliche Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten ist.

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren

2.1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist praxisgemäss auf Fr. 3'600.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO i.V.m. § 16 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 lit. b GebV OG). Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor Beschwerdeinstanz bzw. Berufungsgericht gestellten Anträge gutgeheissen werden (BSK StPO-DOMEISEN, Art. 428 N. 6).

2.2. Der Beschuldigte strebte mit seiner Berufung einen Freispruch an und unterliegt im Berufungsverfahren mit seinen Anträgen vollumfänglich. Ausgangsgemäss sind dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Damit hat er auch die Kosten der erbetenen Verteidigung selbst zu tragen.

2.3. Die vormalige amtliche Verteidigung ist der Aufforderung der Präsidialverfügung vom 18. Januar 2024 nicht nachgekommen und hat keine Kostennote eingereicht (vgl. Urk. 38). Gemäss § 23 Abs. 2 AnwGebV wird die Entschädigung der amtlichen Verteidigung festgesetzt, nachdem die Anwältin dem Gericht oder der

Strafverfolgungsbehörde eine Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen vorgelegt hat. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Da sich aus den Akten jedoch eindeutig ergibt, dass der ehemaligen amtlichen Verteidigung ein Aufwand für das Verfassen der Berufungserklärung entstanden ist, ist diese pauschal mit Fr. 300.– definitiv aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, Einzelgericht, vom 25. Oktober 2023 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - [...]
 - des geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172^{ter} Abs. 1 StGB.
2. [...]
3. [...]
4. [...]
5. [...]
6. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
 - Fr. 900.00 ; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 1'000.00 Gebühr für das Vorverfahren
 - Fr. 5'035.00 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
7. [...]
8. [...]

9. [Mitteilungen]
10. [Rechtsmittel]"
2. Schriftliche Mitteilung im Dispositivauszug an die Privatklägerin, B._____ AG, z.Hd. C._____, sowie mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung an die weiteren Verfahrensbeteiligten mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist ausserdem schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG.
2. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 14. April 2019 (Unt.-Nr. A-4/2019/13173) bedingt ausgefallte Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird vollzogen.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der widerrufenen Strafe gemäss Ziff. 2 bestraft mit einer Geldstrafe von 110 Tagessätzen zu Fr. 10.– als Gesamtstrafe, wovon 4 Tagessätze durch Haft abgegolten sind, sowie mit einer Busse von Fr. 200.–.
4. Die Geldstrafe wird vollzogen. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen.
6. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 7-8) wird bestätigt.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'600.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 300.– ehemalige amtliche Verteidigung
8. Der erbetenen Verteidigung wird keine Entschädigung zugesprochen.
9. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der ehemaligen amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.

10. Die Kosten der ehemaligen amtlichen Verteidigung werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

11. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

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

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- das Staatssekretariat für Migration SEM

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A und Formular B
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"
- die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis in die Akten des Geschäfts-Nr. A-4/2019/10013173 betr. Disp.-Ziff. 2.

12. 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 gemäss Art. 35 und 35a BGerR zuständigen strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (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, 15. Mai 2024

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Volken

MLaw A. Blaser