

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB170258-O/U/gs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Ersatzoberrichter lic. iur. Amacker und Ersatzoberrichterin lic. iur. Mathieu sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Rissi

## Urteil vom 9. Januar 2018

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **rechtswidrige Einreise etc. und Widerruf**

**Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 3. April 2017 (GB170002)**

**Anklage:**

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 23. Dezember 2016 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 1/14).

**Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig
  - der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG,
  - der mehrfachen Missachtung einer Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG,
  - des geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172ter Abs. 1 StGB.
2. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Oktober 2016 (Untersuchungs-Nr. 2016/10035561) bedingt ausgesprochene Geldstrafe zu 30 Tagessätzen zu je Fr. 30.– wird widerrufen und unter Anrechnung von 1 Tag Haft für vollziehbar erklärt.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 65 Tagen Freiheitsstrafe (wovon 18 Tage durch Haft erstanden sind) sowie mit einer Busse von Fr. 100.–.
4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen und die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.
5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a<sup>bis</sup> StGB für 3 Jahre des Landes verwiesen.

6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 1'200.-; die weiteren Auslagen betragen:
- Fr. 1'000.-; Gebühr für die Strafuntersuchung
- Fr. 266.95 ; Auslagen Vorverfahren (Gutachten Hafterstehungsfähigkeit)
- Fr. 2'135.80; amtl. Verteidigungskosten (bereits ausbezahlt)
- Fr. 6'216.15; amtl. Verteidigungskosten (inkl. MWST)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch zufolge offensichtlicher Uneinbringlichkeit sofort und definitiv abgeschrieben; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.

### **Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 87)

1. Es sei der Beschuldigte vom Vorwurf der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 lit. a AuG freizusprechen.
2. Es sei der Beschuldigte der mehrfachen Missachtung einer Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs.1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG freizusprechen.
3. Es sei der Beschuldigte mit einer Busse von Fr. 300.-, bzw. einer Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen zu bestrafen und für 15 unrechtmässige Hafttage mit Fr. 500.- zu entschädigen.
4. Es sei von der Aussprechung einer Landesverweisung abzusehen.
5. Es sei vom Widerruf des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Oktober 2016 abzusehen.

6. In Abänderung des ursprünglichen Berufungsantrags sei der amtlichen Verteidigung für das erstinstanzliche Verfahren aus der Gerichtskasse ein Honorar von Fr. 6'175.70 (zuzüglich Fr. 494.– für 8 % MWSt) auszurichten.
  7. Es seien die anfallenden Kosten des Berufungsverfahrens sowie der amtlichen Verteidigung auf die Staatskasse zu nehmen.
- b) Der Vertretung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:  
(schriftlich, Urk. 69)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

### **Erwägungen:**

#### 1. Prozessverlauf

1.1. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland (nachfolgend Staatsanwaltschaft) vom 23. Dezember 2016 wurde der Beschuldigte der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG, der mehrfachen Missachtung einer Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG sowie des geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB schuldig gesprochen. Er wurde bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 90 Tagen sowie einer Busse von Fr. 300.–. Weiter wurde die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Oktober 2016 bedingt ausgesprochene Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je Fr. 30.– widerrufen (Urk. 1/14). Am 3. Januar 2017 erhob der Beschuldigte Einsprache gegen den Strafbefehl (Urk. 18), worauf die Staatsanwaltschaft den Strafbefehl am 6. Januar 2017 an das Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht, überwies (Urk. 20).

1.2. Mit Urteil vom 3. April 2017 sprach das Bezirksgericht Bülach, Einzelgericht, den Beschuldigten der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG, der mehrfachen Missachtung einer Eingrenzung im Sinne von Art. 119

Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG und des geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB schuldig. Es widerrief die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Oktober 2016 bedingt ausgesprochene Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je Fr. 30.– und bestrafte den Beschuldigten mit 65 Tagen Freiheitsstrafe sowie mit einer Busse von Fr. 100.–. Sodann verwies es den Beschuldigten in Anwendung von Art. 66a<sup>bis</sup> StGB des Landes (Urk. 61 = Urk. 64). Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte rechtzeitig Berufung an (Prot. I S. 50). Das begründete Urteil wurde dem Beschuldigten am 20. Juni 2017 zugestellt (Urk. 63). Die Berufungserklärung erfolgte ebenfalls rechtzeitig (Urk. 66). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung (Urk. 69). Am 9. Januar 2018 fand die Berufungsverhandlung statt (Prot. II S. 4 ff.).

## 2. Berufungserklärung

2.1. In der Berufungsschrift ist anzugeben, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils verlangt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO). Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung.

2.2. Der Beschuldigte ficht die Verurteilung wegen rechtswidriger Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG sowie wegen mehrfacher Missachtung einer Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG (Dispositivziffer 1, teilweise), den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Oktober 2016 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe (Dispositivziffer 2), die Bemessung der Strafe (Dispositivziffer 3 und 4), die Landesverweisung (Dispositivziffer 5) sowie die Festsetzung der amtlichen Verteidigungskosten für das erstinstanzliche Verfahren (Dispositivziffer 6) an (Urk. 66, Urk. 87).

2.3. Nachdem die Urteilsdispositivziffern 1 bezüglich Schuldspruch wegen geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB und 7 (Kostenaufgabe) nicht angefochten sind, ist festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

### 3. Sachverhalt

3.1. Die Tatvorwürfe ergeben sich aus dem Strafbefehl vom 23. Dezember 2016 (Urk. 1/14). Dem Beschuldigten wird einerseits vorgeworfen, am 3. Dezember 2016 mit dem Zug von Jestetten, Deutschland, in die Schweiz eingereist zu sein, ohne im Besitz des erforderlichen Reisepasses und/oder eines erforderlichen Visums gewesen zu sein. Weiter werden dem Beschuldigten zwei Missachtungen einer Eingrenzung vorgeworfen. Hinsichtlich des Vorwurfs des geringfügigen Diebstahls am 5. Dezember 2016 ist der Beschuldigte geständig (vgl. Urk. 1/10/2). Diese Verurteilung blieb denn auch, wie bereits erwähnt, unangefochten.

#### 3.2. Rechtswidrige Einreise

3.2.1. Der Beschuldigte anerkennt, dass er am 3. Dezember 2016 von Jestetten in Deutschland nach Bülach gefahren ist, und er nicht über die für eine Einreise in die Schweiz erforderlichen Papiere verfügte.

3.2.2. Der Beschuldigte bestreitet jedoch, dies wissentlich und willentlich getan zu haben. Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen und ist damit Tatfrage und Gegenstand der Sachverhaltsabklärung (BGE 128 V 74 E. 8.4.1; BGE 137 IV 1 E. 4.2.3). Bei Fehlen eines Geständnisses des Täters muss aus äusseren Umständen auf jene inneren Tatsachen geschlossen werden. Als innerer Vorgang lässt sich der subjektive Tatbestand häufig nur anhand einer eingehenden Würdigung des äusseren Verhaltens sowie allenfalls weiterer Umstände erschliessen (vgl. Pra 1993 S. 7881 f.; BGE 133 IV 1 E. 4.1; BGE 130 IV 58 E. 8.5).

3.2.3. Es ist nachfolgend anhand der aktenkundigen Beweismittel, insbesondere der Aussagen des Beschuldigten, zu prüfen, ob der dem Beschuldigten vorgehaltene subjektive Sachverhalt erstellt werden kann.

3.2.4. In den ersten Einvernahmen bestritt der Beschuldigte, gewusst zu haben, dass er in Deutschland sei und er erklärte, nicht mehr zu wissen, was er dort gemacht habe; er habe in Deutschland keine Delikte begangen (Urk. 1/10/3 S. 4 ff.;

Urk. 1/10/4 S. 1; Urk. 1/10/6 S. 2, S. 4 f.). Am Schluss der Hafteinvernahme gab er an, er möchte jetzt die Wahrheit sagen, er habe aus einem Auto gestohlen; aber er habe nicht gewusst, dass er in Deutschland sei (Urk. 1/10/6 S. 9).

3.2.5. In der Einvernahme vom 23. Dezember 2016 gestand der Beschuldigte erneut ein, dass er in Deutschland aus Autos gestohlen habe. Er konnte hierzu auch sehr konkrete Angaben machen. Aus einem Fahrzeug habe er ein Päckchen Zigaretten genommen. Aus den beiden anderen jeweils eine Kamera, eine davon der Marke Nikon. Die Fahrzeuge seien nicht abgeschlossen gewesen. Als er dort angekommen sei, habe er gewusst, dass er in Deutschland sei (Urk. 1/10/7 S. 2). Weiter konnte er auch sehr detailliert Angaben zur erlittenen Verletzung machen. In einem Auto habe er ein Messer gefunden. Er habe es aufgeklappt und es in seinen Schoss gelegt. Er habe noch andere Dinge angeschaut. Plötzlich sei ein Mann aus dem Haus in seine Richtung gekommen. Er habe das Fahrzeug verlassen wollen und habe die Beine zusammengedrückt. So habe er sich mit dem Messer ins Bein gestochen. Dies wohl auch, weil er nicht ganz bei Sinnen gewesen sei (Urk. 1/10/7 S. 3). Er sei sich zunächst nicht ganz sicher gewesen, ob er in Deutschland sei. Auf dem Weg zum Bahnhof habe er aber ein Frau nach dem Weg nach Zürich gefragt. Diese habe gemeint, sie seien in Deutschland (Urk. 1/10/7 S. 3).

3.2.6. Anlässlich seiner Befragung vor der Vorinstanz gab er an, sich daran zu erinnern, in Jestetten gewesen zu sein, und er bestätigte nochmals, dass er an den Nummernschildern gemerkt habe, dass er in Deutschland sei (Prot. I S. 15 f.). Weiter führte er aus, er habe in Deutschland gestohlen (Prot. I S. 16). Nachdem seine Verteidigerin Einwände gegen die Übersetzung erhoben hatte, bestätigte der Beschuldigte auf Frage nochmals, dass er damals aufgrund der Autonummern festgestellt habe, dass er in Deutschland sei. Dies obwohl er immer noch unter dem Einfluss von Medikamenten und Alkohol gestanden sei. Dazu sei gekommen, dass er durch eine Verletzung Blut verloren habe und total neben sich gestanden sei (Prot. I S. 16 f.). Weiter führte er aus, er sei in einem Auto gesessen und habe ein offenes Messer auf dem Schoss gehabt. Als er dann jemanden habe kommen sehen, habe er panische Angst bekommen und habe wegrennen

wollen. Dabei habe er sich beim Aufstehen mit dem Messer verletzt. Das Messer habe er im Auto gefunden (Prot. I S. 17 f.). Obwohl er zunächst angab, sich nicht mehr zu erinnern, was danach passiert sei, bestätigte er, dass er am Bahnhof Jestetten von einer Frau mit roten Haaren angesprochen worden sei (Prot. I S. 18). Weiter erklärte er, er habe nicht im Sinn gehabt, nach Deutschland zu gehen und habe einfach zurück nach Zürich gewollt. Er sei völlig überfordert gewesen mit der ganzen Situation und habe grosse Angst gehabt. Er habe einfach nach Zürich gewollt. Er habe von dort, wo er gewesen sei, nach Zürich gewollt (Prot. I S. 19).

3.2.7. Obwohl der Beschuldigte in der Untersuchung eingestanden hatte, dass er nicht schuldunfähig gewesen sei (Urk. 1/10/7 S. 4), wurde geltend gemacht, der Beschuldigte habe glaubhaft vorgebracht, sich im massgebenden Zeitpunkt an Nichts mehr erinnern zu können; insbesondere habe er angegeben, keinerlei Erinnerungen mehr daran zu haben, dass bzw. wieso er sich am Morgen des 3. Dezembers 2016 in Jestetten/Deutschland aufgehalten habe (Urk. 36 S. 2). Tatsache sei, dass der Beschuldigte keine genaue Erinnerung mehr an die Vorfälle im Zusammenhang mit dem Autodiebstahl habe (Urk. 87 S. 5). Dies ist nicht zutreffend. Abgesehen davon, dass der Beschuldigte in der gesamten Untersuchung sehr unglaubhaft aussagte, sich an nichts mehr erinnern zu können, machte er sowohl in der abschliessenden Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft als auch vor der Vorinstanz sehr konkrete Angaben zu seinem Aufenthalt in Deutschland. In der Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft machte der Beschuldigte sehr konkrete Angaben dazu, was er in Deutschland gemacht – nämlich Diebstähle aus Fahrzeugen, wobei er auch das Diebesgut konkret nennen konnte – und wie er sich am Bein verletzt hatte. Sodann erklärte er, dass ihm eine Frau auf die Frage, wie er nach Zürich komme, gesagt habe, dass er sich in Deutschland befinde (Urk. 1/10/7 S. 2 f.). Anlässlich der persönlichen Befragung vor Vorinstanz wiederholte der Beschuldigte diese Aussagen (Prot. I S. 15 ff.). Es ist deshalb absolut unglaubhaft, wenn der Beschuldigte nun wieder geltend machen will, er habe nicht gewusst, dass er in Deutschland gewesen sei, und er könne sich an nichts mehr erinnern.



3.2.8. Der Beschuldigte konnte sodann anlässlich der Einvernahme vom 6. Dezember 2016 ohne Probleme angeben, welche Kleider er am 3. Dezember 2016 getragen hatte (Urk. 1/10/3 S. 3). In der Hafteinvernahme vom 7. Dezember 2016 stellte er sich zunächst ebenfalls auf den Standpunkt, er könne sich an nichts mehr erinnern (Urk. 1/10/6 S. 2 ff.). Nach Durchsicht des Protokolls erklärte er, er möchte jetzt die Wahrheit sagen. Er habe aus einem Auto gestohlen. Beim Wegrennen habe er sich mit dem Messer selber verletzt. Er wollte da aber immer noch nicht gewusst haben, dass er sich in Deutschland aufgehalten hatte (Urk. 1/10/6 S. 9). In der abschliessenden Einvernahme gestand er dann ein, gewusst zu haben, dass er in Deutschland war (Urk. 1/10/7 S. 2 f.). Dies widerlegt seine immer wiederkehrenden Ausführungen, er könne sich an nichts mehr erinnern und zeigt die Widersprüchlichkeit und Unglaubhaftigkeit seiner Aussagen auf.

3.2.9. Auf den Alkohol- und Medikamentenkonsum angesprochen, gab der Beschuldigte an, er habe vier oder fünf Bier getrunken und vier Tabletten genommen, er meine, es sei Rivotril gewesen. Angefangen damit habe er um ca. 17.00 Uhr am Freitag (Urk. 1/10/6 S. 2). Auf Vorhalt, ob er ernsthaft geltend machen wolle, er sei daraufhin bis am Samstagmorgen schuldunfähig gewesen, wollte er plötzlich nicht mehr genau sagen können, wann er diese Dinge genommen habe (Urk. 1/10/6 S. 3). Sodann konnte der Beschuldigte ohne Weiteres von seiner Unterkunft zum Bahnhof B.\_\_\_\_\_ gelangen, dort in den Zug einsteigen, diesen in Jestetten wieder verlassen und dort – auf der Suche nach Geld – gezielt Autos durchsuchen.

3.2.10. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich bei den Ausführungen des Beschuldigten, er könne sich aufgrund des Medikamenten- und Alkoholkonsums an nichts mehr erinnern, um reine Schutzbehauptungen handelt. Sowohl anlässlich der Schlusseinvernahme als auch vor Vorinstanz hatte der Beschuldigte bestätigt, gewusst zu haben, dass er in Deutschland gewesen sei und dennoch habe in die Schweiz zurückkehren wollen (Urk. 1/10/7 S. 3; Prot. I S. 16 f., S. 19). Auf diese glaubhaften Aussagen ist abzustellen. Der Beschuldigte wusste sodann, dass er über keine Papiere verfügte (Urk. 1/10/3 S. 13; Urk. 1/10/4 S. 1;

Urk. 1/10/5 S. 1). Sodann wusste der Beschuldigte – nachdem er rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesen worden war (Urk. 1/10/6 S. 3; Prot. I S. 8, S. 11) – dass er sich nicht in der Schweiz aufhalten darf.

3.2.11. Nicht relevant ist, dass der Beschuldigte gar nicht nach Deutschland reisen wollte resp. dies nicht realisierte, als er in den Zug einstieg. Jedoch ist er in Deutschland ausgestiegen und wurde ihm vor Ort eingestandenermassen gesagt, dass er sich in Deutschland befinde. Dennoch wollte er nach Zürich zurückkehren und damit wieder in die Schweiz einreisen. Den Entschluss, nach Zürich zurückzukehren hatte der Beschuldigte sodann bereits zu dem Zeitpunkt gefasst, als er an den Bahnhof in Jestetten zurückkehrte. So gab er an, dass er auf dem Weg zum Bahnhof eine Frau nach dem Weg nach Zürich gefragt habe. Sie habe gemeint, sie seien in Deutschland (Urk. 1/10/7 S. 3). Nachdem der Beschuldigte nicht nur nach dem Weg fragen konnte, sondern sich auch daran erinnert, was die Frau ihm gesagt hatte, ist erstellt, dass der Beschuldigte bereits zu diesem Zeitpunkt, in dem er bewusst wahrgenommen hatte, dass er in Deutschland ist, nach Zürich zurück wollte.

3.2.12. Ob bei einem bestimmten Sachverhalt auf den Willen geschlossen werden darf, ist Rechtsfrage (vgl. Pra 1993 S. 7881 f.; BGE 133 IV 1 E. 4.1; BGE 130 IV 58 E. 8.5). Es ist deshalb bei der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts zu erklären, von welchem Willen des Beschuldigten aufgrund des erstellten Sachverhalts auszugehen ist.

### 3.3. Missachtung einer Eingrenzung

3.3.1. Der Beschuldigte anerkennt sodann, dass er zweimal gegen die ihm am 9. November 2016 eröffnete Eingrenzungsverfügung verstossen hatte, indem er am 2. Dezember 2016 in B. \_\_\_\_\_ am Bahnhof den Zug ... in Richtung Schaffhausen / Jestetten bestieg, und er sich am 5. Dezember 2016 im „...“ in Volketswil aufgehalten hatte.

3.3.2. Jedoch bestreitet der Beschuldigte auch bei diesen Sachverhalten, wissentlich und willentlich gegen die Eingrenzungsverfügungen verstossen zu haben.

Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft – wie bereits erwähnt – sogenannte innere Tatsachen und ist damit Tatfrage und Gegenstand der Sachverhaltsabklärung (BGE 128 V 74 E. 8.4.1; BGE 137 IV 1 E. 4.2.3). Bei Fehlen eines Geständnisses des Täters muss aus äusseren Umständen auf jene inneren Tatsachen geschlossen werden. Als innerer Vorgang lässt sich der subjektive Tatbestand häufig nur anhand einer eingehenden Würdigung des äusseren Verhaltens sowie allenfalls weiterer Umstände erschliessen (vgl. Pra 1993 S. 7881 f.; BGE 133 IV 1 E. 4.1; BGE 130 IV 58 E. 8.5).

3.3.3. Es ist nachfolgend anhand der aktenkundigen Beweismittel, insbesondere der Aussagen des Beschuldigten, zu prüfen, ob der dem Beschuldigten vorgehaltene subjektive Sachverhalt erstellt werden kann.

3.3.4. Am 9. November 2016 verfügte das Migrationsamt des Kantons Zürich, dass der Beschuldigte das Gemeindegebiet von C.\_\_\_\_\_ nicht verlassen dürfe (Urk. 1/8/3). Der Beschuldigte bestätigte am 9. November 2016, dass er die Eingrenzungsverfügung auf das Gebiet der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ und eine Plankopie des Gebietes, das er nicht mehr verlassen darf, ausgehändigt und auf französisch übersetzt erhalten habe (Urk. 1/8/4).

3.3.5. In der Einvernahme vom 5. Dezember 2016 gab der Beschuldigte auf die Verfügung vom 9. November 2016 angesprochen an, er wisse es nicht. Auf Vorhalt, dass er die Verfügung selber unterschrieben habe, führte er aus, er habe es nicht mehr gewusst, dass er eine Eingrenzung für das Gebiet C.\_\_\_\_\_ habe, da er Medikamente einnehme und dies vergessen habe. Er könne nicht bestätigen, dass es seine Unterschrift sei, da er Medikamente nehme (Urk. 1/10/1 S. 2).

3.3.6. In der Einvernahme vom 6. Dezember 2016 gab der Beschuldigte an, heute wisse er, dass er das Gebiet, das auf der Karte eingezeichnet sei, nicht verlassen dürfe; als er das unterschrieben habe, sei ihm dies nicht bewusst gewesen. Er habe keine Ahnung von dieser Eingrenzung gehabt. Er habe Medikamente intus gehabt und habe keine Ahnung gehabt, dass er eine Eingrenzung gehabt habe (Urk. 1/10/3 S. 4 f.). Er habe Rivotril, vermischt mit Alkohol zu sich genommen. Auf die Frage, woher er diese Tabletten gehabt habe, gab er an, es würden viele

Freunde ins Heim kommen, die hätten alle Tabletten. Er habe diese nicht vom Spital oder von einem Arzt gehabt. Er nehme diese nicht regelmässig ein. Nur wenn er Probleme habe, nehme er Medikamente und Alkohol ein (Urk. 1/10/3 S. 5).

3.3.7. In der Hafteinvernahme bestätigte der Beschuldigte, dass er die Verfügung vom 9. November 2016 erhalten habe. Aber er habe den Inhalt nicht verstanden. Französisch verstehe er nicht richtig (Urk. 1/10/6 S. 5).

3.3.8. In der vorinstanzlichen Hauptverhandlung liess der Beschuldigte sodann vorbringen, er habe den Erhalt der Eingrenzungsverfügung nur bestätigt, weil er Angst gehabt habe, andernfalls im Gefängnis bleiben zu müssen (Urk. 47 S. 5). Jedoch bestätigte er in der persönlichen Befragung, dass er Kenntnis von der Eingrenzungsverfügung vom 9. November 2016 habe und ihm bewusst gewesen sei, dass er in diesem bestimmten Bereich habe bleiben müssen (Prot. I S. 14 f.). Weiter gab er aber hierzu neu an, er habe gemeint, dass der Bahnhof B.\_\_\_\_\_ im erlaubten Bereich liege (Prot. I S. 15) und führte trotz des kurz zuvor erfolgten Zugeständnisses an, an diesem Tag habe er sich an nichts erinnern können; er sei unter Einfluss von Alkohol und Medikamenten gestanden (Prot. I S. 15). Dennoch bestätigte er in der Folge auf Nachfrage, ob er gewusst habe, dass er nur in diesem Bereich bleiben dürfe: „Ja, ich weiss dies.“ (Prot. I S. 15). Weiter führte er aus, alle Leute im Durchgangszentrum würden den Bahnhof B.\_\_\_\_\_ als Teil des erlaubten Gebiets in C.\_\_\_\_\_ betrachten. Er habe gedacht, er wäre noch im erlaubten Bereich. In der Folge konnte er ohne Probleme den Bahnhof B.\_\_\_\_\_, der sich nicht mehr im eingezeichneten Gebiet befindet, auf der Karte zeigen und er gestand ein, dass dieser Ort nicht im erlaubten Bereich liege (Prot. I S. 20). Er bestätigte sodann, dass Volketswil nicht im erlaubten Gebiet liege (Prot. I S. 21). Weiter gab er dann wieder an, zu jenem Zeitpunkt nicht gewusst zu haben, dass er einen bestimmten Bereich nicht verlassen dürfe. Ein Migrationsbeamter habe ihm die Verfügung vorgelesen und ihm gesagt, er solle es unterschreiben. Er habe es nicht verstanden. Die Karte sei ihm komisch vorgekommen, aber er habe sich keine weiteren Gedanken gemacht. Er habe auch nicht nachgefragt (Prot. I S. 22 f.).

3.3.9. Die Aussagen des Beschuldigten sind sehr widersprüchlich. So will er am 3. Dezember 2016 nicht mehr gewusst, also vergessen haben, dass er einer Eingrenzung unterliege, weil er Alkohol und Medikamente intus gehabt habe (Urk. 1/10/1 S. 2). Das heisst aber, dass er die ihm eröffnete und übersetzte Eingrenzungsverfügung sehr wohl verstanden hatte und ihm damit die Eingrenzung bekannt war. In diese Richtung gehen auch seine Aussagen in der Einvernahme vom 6. Dezember 2016, in der er sich wiederum darauf berief, dass er Medikamente intus und keine Ahnung gehabt habe, dass er eine Eingrenzung habe. Gleichzeitig machte er aber auch geltend, als er die Verfügung unterzeichnet habe, sei ihm nicht bewusst gewesen, dass er das Gebiet, das auf der Karte eingezeichnet sei, nicht verlassen dürfe (Urk. 1/10/4 S. 4 f.). Vor der Vorinstanz wiederum machte er dann geltend, er habe gedacht, der Bahnhof B.\_\_\_\_\_ liege noch im erlaubten Bereich. Dies obwohl er in der Folge ohne Problem den Bahnhof B.\_\_\_\_\_, der sich nicht mehr im eingezeichneten Gebiet befindet, auf der Karte zeigen konnte. Er gestand denn auch ein, dass dieser Ort nicht im erlaubten Bereich liege (Prot. I S. 20). Wenn er sodann davon ausging, dass der Bahnhof B.\_\_\_\_\_ noch im erlaubten Bereich liege, bestätigt dies ebenfalls, dass er Kenntnis von der Eingrenzung hatte. Als er in der Folge darauf angesprochen wurde, warum er sich an Orten aufhalte, die nicht im erlaubten Bereich liegen würden, gab er dann wieder an, dass er zum damaligen Zeitpunkt nicht gewusst habe, dass er einen bestimmten Bereich nicht verlassen dürfe (Prot. I S. 21 f.). Aufgrund der gemachten Zugeständnisse erscheint diese Aussage als reine Schutzbehauptung. Es zieht sich denn auch durch das gesamte Aussageverhalten des Beschuldigten durch, dass er sich immer dann, wenn er auf Widersprüche in seinen Aussagen angesprochen wird, darauf beruft, es nicht gewusst zu haben.

3.3.10. Auch die hinsichtlich der zum Erhalt der Eingrenzungsverfügung vom 9. November 2016 gemachten Aussagen des Beschuldigten sind widersprüchlich und nicht plausibel, und es ist daher unglaubhaft, dass er diese nicht verstanden hatte. Einmal will er die Übersetzung nicht verstanden haben, weil er Französisch nicht richtig verstehe (Urk. 1/10/6 S. 5). Dann wieder soll ihm die Verfügung nur vorgelesen worden und kein Übersetzer anwesend gewesen sein (Prot. I S. 22). Auf Vorhalt, dass auf der Empfangsbestätigung festgehalten sei, dass diese von

einem Feldweibel D. \_\_\_\_\_ ins Französische übersetzt worden sei, gab er dann wieder an, er habe es nicht verstanden (Prot. I S. 22). Und obwohl er eine Empfangsbestätigung unterzeichnete, sah er sich durch den Umstand, dass er den Inhalt nicht verstanden haben will und ihm die Karte etwas komisch vorgekommen sei, nicht veranlasst, vor Ort oder später in der Unterkunft nachzufragen (Prot. I S. 23). Das widerspricht jeglichem vernünftigen Handeln.

3.3.11. Der Eingrenzungsverfügung wurde eine Karte beigelegt, die das Gebiet, das der Beschuldigte nicht verlassen durfte, genau eingrenzte. Selbst wenn der Beschuldigte die französische Sprache nicht fliessend spricht, ergibt sich aus der beigelegten Karte in verständlicher Weise, was der Inhalt der Verfügung ist. Anspruchsvolle juristische Begriffe gibt es dabei nicht zu erklären (Urk. 47 S. 5). Zentraler Punkt der Verfügung war, dass ein bestimmtes – auf der Karte sodann eingezeichnetes Gebiet – nicht verlassen werden darf. Massgebend war also einzig die Aussage: „Du darfst dich nur hier aufhalten“. Dies ist unter Vorlage des Plans ohne besondere Sprachkenntnisse, ja sogar mit blossen Handzeichen zu verstehen. Nachdem der Beschuldigte auch im vorinstanzlichen Verfahren zudem bestätigte, dass er „ein wenig Französisch“ spreche (Prot. I S. 10), ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte diese Kernbotschaft versteht resp. verstanden hat, selbst wenn er allenfalls die Begründung der Verfügung nicht oder nicht vollständig verstanden hatte. Dies ist aber vorliegend nicht weiter relevant. Es erscheint nicht glaubhaft, dass er den Sinn der mit einer Karte ergänzten Eingrenzungsverfügung nicht verstanden hatte.

3.3.12. Weiter ist auch noch auf die Aussage des Beschuldigten in der Einvernahme vom 6. Dezember 2016 hinzuweisen. Auf die Frage, ob er etwas unternommen habe, um Reisepapiere zu beschaffen, gab er an, er habe das Problem, dass wenn er nach Bern in die Botschaft reise, er ein Problem mit der Eingrenzung habe (Urk. 1/0/5 S. 1). Auch dies zeigt, dass der Beschuldigte sehr wohl wusste, um was es bei der Verfügung vom 9. November 2016 ging. Schliesslich bestätigte er auch in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung, dass ihm bewusst gewesen sei, dass er in diesem bestimmten Bereich habe bleiben müssen (Prot. I S. 14 f.), auch wenn er dies in der Folge wieder bestritt (Prot. I S. 22 f.).

3.3.13. Sodann zeigt sich aus dem Aussageverhalten des Beschuldigten, dass er konstant dazu neigt, Ausreden für sein Handeln zu suchen und sich als unbedarfter hinzustellen, als er tatsächlich ist. Erst wenn ihm etwas nachgewiesen werden kann – wie zum Beispiel der Diebstahl in Volketswil oder die Diebstähle in Deutschland – war er bereit, gewisse Zugeständnisse zu machen. Sobald er auf Widersprüche in seinen Aussagen hingewiesen wurde, berief er sich darauf, dass er sich nicht erinnern könne, da er Alkohol und Medikamente intus gehabt habe und/oder von nichts gewusst zu haben.

3.3.14. Hinweise, dass der Beschuldigte am 5. Dezember 2016 bei seiner Verhaftung alkoholisiert war, finden sich in den Untersuchungsakten nicht (Urk. 2/2/1-2, Urk. 1/12/2 und Urk. 1/12/4). Dass er aufgrund einer Medikamenteneinnahme vergessen haben soll, dass er das Gebiet der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ nicht verlassen darf, ist mehr als unglaubhaft, insbesondere da der Beschuldigte ausführte, dass es ein bewusster Entscheid gewesen sei, eine Jacke zu stehlen (Urk. 1/10/1 S. 2; Urk. 1/10/2 S. 1 f.), und er auch problemlos von B.\_\_\_\_\_ nach Volketswil gelangt war.

3.3.15. Schliesslich überzeugt das Argument, der Beschuldigte habe nicht damit rechnen müssen, beim Besteigen des Zuges das Gemeindegebiet zu verlassen (Urk. 36 S. 5), nicht. Züge sind weltweit das gängigste Verkehrsmittel für längere Strecken. Sodann befand sich der Beschuldigte bereits am Bahnhof B.\_\_\_\_\_ ausserhalb des eingegrenzten Gemeindegebiets.

3.3.16. Wie bereits ausgeführt, ist Rechtsfrage, ob bei einem bestimmten Sachverhalt auf den Willen geschlossen werden darf (vgl. Pra 1993 S. 7881 f.; BGE 133 IV 1 E. 4.1; BGE 130 IV 58 E. 8.5). Es ist deshalb bei der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts zu erklären, von welchem Willen des Beschuldigten aufgrund des erstellten Sachverhalts auszugehen ist.

#### 4. Rechtliche Würdigung

##### 4.1. Rechtswidrige Einreise

4.1.1. Der rechtswidrigen Einreise schuldig macht sich, wer die Einreisevorschriften nach Art. 5 AuG verletzt (Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG). Art. 5 AuG verlangt, dass Ausländerinnen und Ausländer, die in die Schweiz einreisen wollen u.a. über ein für den Grenzübertritt anerkanntes Ausweispapier und über ein Visum verfügen müssen, sofern dies erforderlich ist (Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG). Die objektiven Tatbestandselemente der rechtswidrigen Einreise sind anerkanntermassen erfüllt.

4.1.2. In subjektiver Hinsicht erfordert der Tatbestand der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG, dass der Täter vorsätzlich handelt, wobei Eventualvorsatz genügt. Vorsatz bedingt das Wissen um die Tatbestandselemente sowie den Willen, diese zu verwirklichen. Eventualvorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein. Der eventualvorsätzlich handelnde Täter weiss um die Möglichkeit, das Risiko der Tatbestandsverwirklichung. Auch der bewusst fahrlässig handelnde Täter erkennt dieses Risiko. Insoweit, d.h. hinsichtlich des Wissensmoments, besteht mithin zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit Übereinstimmung. Der Unterschied liegt beim Willensmoment. Der bewusst fahrlässig handelnde Täter vertraut (aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit) darauf, dass der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintreten, das Risiko der Tatbestandserfüllung sich nicht verwirklichen werde. Der eventualvorsätzlich handelnde Täter nimmt hingegen den als möglich erkannten Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf, findet sich damit ab (BGE 125 IV 242 E. 3c).

4.1.3. Erstelltermassen wusste der Beschuldigte, dass er in Deutschland war. Dennoch wollte er in die Schweiz zurückkehren. Zudem ist erstellt, dass der Beschuldigte den Entschluss in die Schweiz zurückzukehren, bereits zu einem Zeitpunkt fasste, in dem er bewusst wahrgenommen hatte, dass er in Deutschland war. Nachdem der Beschuldigte wusste, dass er sich in Deutschland aufhält und



dass er nicht über einen Reisepass und/oder ein Visum verfügte, das ihn zu einer Einreise in die Schweiz berechtigt, und er im Wissen um seinen Aufenthalt in Deutschland nach Zürich zurückkehren wollte, nahm er zumindest in Kauf, mit dem Einsteigen in die nach Uster, Schweiz, fahrende S ... in Jestetten, gegen die Einreisebestimmungen zu verstossen. Damit ist auch der subjektive Tatbestand der rechtswidrigen Einreise erfüllt.

4.1.4. Der Beschuldigte macht geltend, er sei nicht in der Lage gewesen, vernünftig zu denken und entsprechend zu handeln. War der Täter zur Zeit der Tat nicht fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so ist er nicht strafbar. War der Täter zur Zeit seiner Tat nur teilweise fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so mildert das Gericht die Strafe (Art. 19 Abs. 1 und 2 StGB).

4.1.5. Wie die Vorinstanz zutreffend anführt, ist nicht zu widerlegen, dass der Beschuldigte am Vorabend der rechtswidrigen Einreise mindestens 4 bis 5 Biere und das Medikament Rivotril eingenommen hatte. Selbst wenn der Beschuldigte anfänglich unter Alkohol- und Medikamenteneinfluss stand, muss der Rausch im Verlaufe des Abends und der Nacht jedoch laufend abgenommen haben, da der Beschuldigte nicht vorbringt, nach Verlassen seiner Unterkunft weiter berauschende Substanzen zu sich genommen zu haben. Massgebend ist jedoch nicht die zu sich genommene Menge der Rauschmittel, sondern die Auswirkungen auf die Einsichts- und Bestimmungsfähigkeit. Wie im Sachverhalt ausgeführt, konnte der Beschuldigte ohne weiteres von seiner Unterkunft zum Bahnhof B.\_\_\_\_\_ gelangen, dort in den Zug einsteigen, diesen in Jestetten wieder verlassen und dort – auf der Suche nach Geld – gezielt Autos durchsuchen. Weiter konnte er detailliert (und glaubhaft) schildern, wie es zu seiner Verletzung am Bein gekommen war. Dabei gab er an, dass er beim Durchsuchen eines Autos plötzlich einen Mann wahrgenommen habe, der in seine Richtung gekommen sei. Das zielgerichtete Handeln bei den Autodiebstählen, die gemachten konkreten Angaben zu seinen Handlungen in Deutschland und die Wahrnehmung der Gefahr durch den sich nähernden Mann, zeugen davon, dass der Beschuldigte sehr wohl in der Lage war, seine Handlungen zu erfassen und situationsgerecht zu handeln. Sodann

spricht – wie die Vorinstanz zutreffend festhält – auch der Umstand, dass der Beschuldigte anhand der deutschen Nummernschildern realisierte, sich in Deutschland zu befinden, für eine intakte kognitive Leistungsfähigkeit.

4.1.6. Schliesslich verschlechterte sich zwar der Zustand des Beschuldigten aufgrund des Blutverlusts wegen der erlittenen Stichverletzung – so fiel er im Zug in Ohnmacht – jedoch hatte er den Entscheid, in die Schweiz zurückzukehren bereits davor getroffen. So begab er sich an den Bahnhof mit dem Ziel, nach Zürich zurückzukehren, obwohl er unterwegs erfahren hatte, dass er sich tatsächlich in Deutschland befindet.

4.1.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Schuldausschlussgrund nicht vorlag. Der Beschuldigte hat in schuldfähigem Zustand objektiv und subjektiv den Tatbestand der rechtswidrigen Einreise gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG erfüllt. Aufgrund der erlittenen Stichverletzung und des bis zum Einsteigen in den Zug erlittenen Blutverlusts ist jedoch von einer leicht verminderten Schuldfähigkeit auszugehen.

#### 4.2. Missachtung einer Eingrenzung

4.2.1. Der Missachtung einer Eingrenzung macht sich schuldig, wer eine Eingrenzung im Sinne von Art. 74 AuG nicht befolgt (Art. 119 Abs. 1 AuG). Bei der Eingrenzung handelt es sich um einen verfügten Zwangsaufenthaltort mit beschränktem Ausgangsrayon. Die Eingrenzungsverfügung muss konkret und verständlich abgefasst sein, insbesondere muss sie aufgrund des Bestimmtheitsgebotes ein klar umgrenztes Gebiet bezeichnen. Weiter muss die Verfügung dem Adressaten eröffnet und zugestellt worden sein (Vetterli/D'Addario Di Paolo in: Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Art. 119 N 2 ff.).

4.2.2. In objektiver Hinsicht ist seitens des Beschuldigten anerkannt, dass er das eingegrenzte Gebiet zweimal verlassen hatte. Die Verteidigung bestreitet nicht, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Eingrenzung grundsätzlich erfüllt sind. Sie macht aber geltend, dass die Eingrenzung auf das Gemeindegebiet

C.\_\_\_\_\_ unverhältnismässig sei, weil sie im Hinblick auf die Lage der Notunterkunft unter dem Erforderlichen geblieben sei. Sodann sei die Verfügung ohne Gewährung des rechtlichen Gehörs erlassen worden, was zu deren Ungültigkeit führen würde. Es sei Aufgabe des Gerichts, einer rechtswidrigen Verfügung die Anwendung zu verweigern (Urk. 47 S. 7 f., Urk. 87 S. 10 f.).

4.2.3. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, hat der Strafrichter lediglich einer offensichtlich nichtigen Verfügung die Anwendung zu versagen, d.h. einer solchen, die entweder von einer offensichtlich unzuständigen Behörde, mit einem offensichtlich unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt oder einer solchen, die offensichtlich unter krasser Verletzung von Verfahrensvorschriften zustande gekommen oder eröffnet worden ist. Wie die Vorinstanz sodann mit zutreffender Begründung (Urk. 64 Ziff. 2.3.2.) ausführt, liegt keine nichtige Verfügung vor. Auch wenn es etwas umständlich erscheinen mag, zunächst abklären zu müssen, ob der Ort, der aufgesucht werden soll, noch im zulässigen Gebiet liegt, ist solches dem Beschuldigten durchaus möglich und zumutbar, auch wenn sich die Unterkunft, die zwar Postanschrift B.\_\_\_\_\_ hat, aber auf Gemeindegebiet von C.\_\_\_\_\_ liegt, am äussersten Ende des erlaubten Gebiets befindet. Der Beschuldigte war anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung ohne weiteres in der Lage, den Bahnhof B.\_\_\_\_\_ auf der ihm ausgehändigten Karte zu finden und festzustellen, dass dieser ausserhalb des zulässigen Bereichs liegt (Prot. I S. 20). Soweit die Verteidigung der Ansicht ist, die Eingrenzungsverfügung sei unverhältnismässig, wäre dies in einem Rechtsmittel gegen die Eingrenzungsverfügung geltend zu machen gewesen. Im Strafverfahren ist nicht zu prüfen, ob es verhältnismässig und erforderlich war, den Beschuldigten auf das Gebiet der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ einzugrenzen. Im übrigen bestreitet der Beschuldigte nicht – und hat auch unterschriftlich bestätigt – dass er die Verfügung vom 9. November 2016 ausgehündigt und übersetzt erhalten hat. Er hat weder in der Untersuchung noch im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht, er habe den zuständigen Personen gesagt, dass er die Verfügung nicht verstehe.

4.2.4. Demnach erfüllen die Handlungen des Beschuldigten den objektiven Tatbestand von Art. 119 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 74 AuG.

4.2.5. In subjektiver Hinsicht erfordert der Tatbestand der Missachtung einer Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG, dass der Täter vorsätzlich handelt, wobei Eventualvorsatz genügt. Vorsatz bedingt das Wissen um die Tatbestandselemente sowie den Willen, diese zu verwirklichen. Eventualvorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein. Der eventualvorsätzlich handelnde Täter weiss um die Möglichkeit, das Risiko der Tatbestandsverwirklichung. Auch der bewusst fahrlässig handelnde Täter erkennt dieses Risiko. Insoweit, d.h. hinsichtlich des Wissensmoments, besteht mithin zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit Übereinstimmung. Der Unterschied liegt beim Willensmoment. Der bewusst fahrlässig handelnde Täter vertraut (aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit) darauf, dass der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintreten, das Risiko der Tatbestandserfüllung sich nicht verwirklichen werde. Der eventualvorsätzlich handelnde Täter nimmt hingegen den als möglich erkannten Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf, findet sich damit ab (BGE 125 IV 242 E. 3c).

4.2.6. Wie im Sachverhalt ausgeführt, hatte der Beschuldigte die Eingrenzungsverfügung ausgehändigt und auf französisch übersetzt erhalten. Wie sich zudem aus seinen Zugeständnissen in den Einvernahmen ergibt und aus seinen widersprüchlichen Aussagen geschlossen werden muss, hatte er den Inhalt der Eingrenzungsverfügung – soweit vorliegend relevant – entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 87 S. 7 ff.) sehr wohl zur Kenntnis genommen. Die Aussagen, er habe von einer Eingrenzung keine Ahnung gehabt, sind unglaubhaft, weshalb darauf nicht abzustellen ist. Nicht relevant ist, ob der Beschuldigte den konkreten Inhalt auch tatsächlich zur Kenntnis genommen hatte. Er wusste, dass er sich nur in einem begrenzten Gebiet aufhalten darf und es wäre ihm – wiederum entgegen der Verteidigung (Urk. 87 S. 8 f.) – ohne weiteres möglich gewesen, vor dem Verlassen der Unterkunft jeweils zu klären, ob der Ort zu dem er hin will, in diesem Gebiet liegt. Aus seiner bewussten Gleichgültigkeit kann er nichts zu seinen Gunsten ableiten. Demnach ist auch der subjektive Tatbestand erfüllt.

4.2.7. Schliesslich lag – wie bereits ausgeführt – hinsichtlich der Tat vom 2. Dezember 2016 eine Schuldunfähigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 1 StGB nicht vor (vgl. Ziffer 4.1.4. f.).

4.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der Beschuldigte nebst des anerkannten geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB auch der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG und der mehrfachen Missachtung einer Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 74 AuG schuldig gemacht hat.

## 5. Widerruf

5.1. Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Oktober 2016 zu einer bedingten Geldstrafe in Höhe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– verurteilt, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren (Urk. 13/1). Mit dem Strafbefehl vom 31. Mai 2017 wurde die Probezeit um ein Jahr verlängert (Urk. 84/23). Die vorliegend zu beurteilenden Straftaten erfolgten während dieser Probezeit.

5.2. Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe (Art. 46 Abs. 1 StGB). Ist nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begeht, so verzichtet das Gericht auf einen Widerruf (Art. 46 Abs. 2 StGB).

5.3. Wie unter Ziff. 6.11.2. zu zeigen sein wird, kann dem Beschuldigten keine günstige Legalprognose gestellt werden. Durch seine fortwährende Delinquenz liess der Beschuldigte eine deutliche Unbelehrbarkeit erkennen. Auch wenn von der heute auszusprechenden unbedingten Freiheitsstrafe (vgl. Ziff. 6.10.ff.) eine gewisse Beeindruckung zu erwarten ist, ist aufgrund der vom Beschuldigten an den Tag gelegten Geringschätzung der hiesigen Rechtsordnung und die Tathäufigkeit dennoch nicht zu erwarten, dass sich der Beschuldigte zukünftig wohl verhalten wird.

5.4. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Oktober 2016 ausgesprochene Geldstrafe ist deshalb zu widerrufen. Eine Änderung der Vorstrafe zulasten des Beschuldigten ist nicht zulässig (BGE 137 IV 249 E. 3.4.). Das sogenannte Asperationsprinzip greift nur, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. In casu handelt es sich – wie unter Ziff. 6.10. zu zeigen sein wird – um ungleichartige Strafen. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen.

## 6. Strafe

### 6.1. Strafzumessung

6.1.1. Der Beschuldigte hat die zu beurteilenden Straftaten vor Inkrafttreten der seit 1. Januar 2018 geltenden neuen Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Änderung des Sanktionenrechts; AS 2016 1249) begangen. Das geltende (neue) Recht ist daher auf diese nur anzuwenden, sofern es für den Beschuldigten im konkreten Fall zu einem günstigeren Ergebnis führt (Art. 2 Abs. 2 StGB; DONATSCH, in: Donatsch/Heimgartner/Isenring/Weder [Hrsg.], Kommentar zum StGB, 20. Auflage 2018, Art. 2 N 10). Das ist nicht der Fall, da das geltende (neue) Sanktionenrecht grundsätzlich keine mildere Bestrafung vorsieht und eine Gesamtstrafenbildung gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB, welche zu einem für den Täter günstigeren Ergebnis führt, vorliegend – vgl. dazu Ziffer 5.4. vorstehend – nicht zur Diskussion steht. Die Ausführungen der Vorinstanz zu den allgemeinen Strafzumessungsregeln sind folglich zutreffend (Urk. 64 Ziff. IV 1. ff.), weshalb darauf zu verweisen ist.

6.1.2. Der Beschuldigte hat unterdessen zwei weitere Strafbefehle erwirkt. Mit Strafbefehl vom 31. Mai 2017 wurde der Beschuldigte wegen mehrfachen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB, des versuchten Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie des unberechtigten Verwendens eines Fahrrades im Sinne von Art. 94 Abs. 4 Satz 1 SVG zu einer Freiheitsstrafe von 90 Tagen und einer Busse von Fr. 100.– verurteilt. Diese Taten hat er zwischen dem 2. Dezember 2016, ca. 20.00 Uhr, und 3. Dezember 2017, ca. 7.00 Uhr, begangen (Urk. 84/23). Sodann wurde er mit Strafbefehl vom

10. Juli 2017 wegen des rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG vom 20. März 2017 bis 9. Juli 2017 sowie der Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG am 9. Juli 2017 verurteilt. Er wurde bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 45 Tagen (Urk. 83/6).

6.1.3. Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB). Hat der Richter Straftaten zu beurteilen, die der Täter teils vor und teils nach einer früheren Verurteilung begangen hat, so ist gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich eine Gesamtstrafe auszufällen. Die Differenz zwischen der hypothetischen Gesamtstrafe für die vor dem Ersturteil begangenen Delikte und der Erststrafe bildet die Zusatzstrafe. Sind die früheren Delikte schwerer, geht die Gesamtstrafenbildung von diesen aus. Die Zusatzstrafe ist aufgrund der neuen, nach dem ersten Urteil begangenen Taten angemessen zu erhöhen (BGE 115 IV 17, E. 5 b).

6.1.4. Die Ausfällung einer Zusatzstrafe bedingt, dass die Voraussetzungen der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB erfüllt sein müssen. Danach sind ungleichartige Strafen kumulativ zu verhängen, weil das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Die Bildung einer Gesamtstrafe ist daher bei ungleichartigen Strafen nicht möglich (vgl. BGE 137 IV 57).

## 6.2. Strafraumen

6.2.1. Die schwerste Tat im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB stellen die bereits mit Strafbefehl vom 31. Mai 2017 beurteilten (mehrfachen) Diebstähle im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB dar. Die Diebstähle vom 2./3. Dezember 2016 erfolgten (inkl. des versuchten Diebstahls) aufgrund des gleichen Entschlusses und innert sehr kurzer Zeitspanne. Es rechtfertigt sich deshalb, die mit Strafbefehl vom 31. Mai 2017 ausgesprochene Strafe von 90 Tagessätzen der Strafzumessung als Aus-

gangspunkt zugrunde zu legen und die Strafe für die vorliegend zu beurteilenden und die mit Strafbefehl vom 10. Juli 2017 beurteilten Strafen angemessen zu erhöhen.

6.2.2. Aussergewöhnlichen Umstände, die es rechtfertigen würden, den ordentlichen Strafraumen nach unten oder nach oben zu erweitern, liegen nicht vor (vgl. BGE 136 IV 55 ff.).

### 6.3. Missachtung einer Eingrenzung am 5. Dezember 2016

6.3.1. Hinsichtlich der objektiven Tatschwere gilt es zu berücksichtigen, dass die Unterkunft des Beschuldigten am äussersten Rand des eingegrenzten Gemeindegebietes liegt und die Postadresse nicht identisch ist mit dem Gemeindegebiet, auf dem die Unterkunft liegt. Jedoch hielt sich der Beschuldigte nicht in B. \_\_\_\_\_ sondern in Volketswil und damit doch in einiger Distanz zum zulässigen Bereich auf. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Einhaltung einer Eingrenzungsverfügung unter objektiven Gesichtspunkten als umständlich einzustufen ist und eine nicht unwesentliche Behinderung im sozialen Leben und bei der Besorgung der alltäglichen Angelegenheiten mit sich bringt. Zurecht wurde das objektive Tatverschulden des Beschuldigten als leicht beurteilt.

6.3.2. Zur subjektiven Tatschwere hielt die Vorinstanz zutreffend fest, auch wenn der Beschuldigte letztlich den zulässigen Bereich verlassen hatte, um eine Straftat, nämlich einen Diebstahl, zu begehen, seine kriminelle Energie noch verhältnismässig klein sei. Er wollte sich eine warme Jacke beschaffen, weil er angesichts des kalten Wetters fror. Verschuldens erhöhend ist jedoch der Umstand zu berücksichtigen, dass er den zulässigen Bereich bereits in der Absicht, einen Diebstahl zu begehen, verliess. Es wäre dem Beschuldigten durchaus möglich gewesen, ohne Verstoss gegen die Eingrenzungsverfügung zu einer Winterjacke zu kommen. Damit ist auch das subjektive Tatverschulden noch als leicht anzusehen.

6.3.3. Insgesamt erweist sich damit das Verschulden des Beschuldigten – was die Tatkomponente angeht – als leicht. Es rechtfertigt sich deshalb aufgrund der



leichten Tatschwere, die hypothetische Einsatzstrafe bei 35 Tagessätzen / Tagen anzusiedeln.

#### 6.4. Missachtung einer Eingrenzung am 2. Dezember 2016

6.4.1. Hinsichtlich der objektiven Tatschwere gilt es – wie bereits ausgeführt – zu berücksichtigen, dass die Unterkunft des Beschuldigten am äussersten Rand des eingegrenzten Gemeindegebietes liegt und die Postadresse nicht identisch ist mit dem Gemeindegebiet, auf dem die Unterkunft liegt. Es ist daher nachvollziehbar, dass sich der Beschuldigte zum einfacher erreichbaren Bahnhof B.\_\_\_\_\_ begibt. Die Vorinstanz hält zutreffend fest, dass die Art und Weise der Tatbegehung bagatellartig ist und sie würdigt das objektive Tatverschulden zurecht als leicht.

6.4.2. Bei der subjektiven Tatschwere berücksichtigte die Vorinstanz zurecht eine Beeinträchtigung der Steuerungs- und Einsichtsfähigkeit aufgrund der nicht widerlegbaren Alkohol- und Medikamenteneinnahme. Das subjektive Verschulden wirkt sich damit verschuldensmindernd auf die objektive Tatschwere aus.

6.4.3. Für sich allein betrachtet, würde sich aufgrund der sehr leichten Tatschwere eine hypothetische Einsatzstrafe von 15 Tagen rechtfertigen.

#### 6.5. Rechtswidrige Einreise

6.5.1. In objektiver Hinsicht ist zu beachten, dass der Beschuldigte eher zufällig in Deutschland gelandet ist, und er sich mit der rechtswidrigen Einreise wieder zu seiner Notunterkunft begeben wollte. Die objektive Tatschwere ist damit noch als leicht zu beurteilen.

6.5.2. In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte verletzt war, und er in erster Linie einfach zurück in das ihm bekannte Umfeld wollte. Aufgrund des erlittenen Blutverlusts muss dem Beschuldigten sodann eine verminderte Schuldfähigkeit zugestanden werden. Damit vermag die subjektive Tatschwere die leichte objektive Tatschwere zu relativieren.

6.5.3. Insgesamt erweist sich damit das Verschulden des Beschuldigten – was die Tatkomponente angeht – als sehr leicht und würde eine hypothetische Einsatzstrafe von 15 Tagen rechtfertigen.

#### 6.6. Missachtung einer Eingrenzung am 9. Juli 2017

6.6.1. Hinsichtlich der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass sich der Hauptbahnhof Zürich in einiger Entfernung vom Bereich befindet, in dem sich der Beschuldigte aufzuhalten hat. Jedoch bestand die Art und Weise der Tatbegehung darin, sich an diesen Ort zu begeben. Insgesamt erweist sich die objektive Tatschwere als leicht.

6.6.2. In subjektiver Hinsicht gilt es zu beachten, dass sich der Beschuldigte im Wissen um die Eingrenzung und ohne Grund an diesen Ort begab. Dem Beschuldigten war am 5. Dezember 2016 noch einmal ausdrücklich erklärt worden, dass er sich an diese Auflage zu halten habe (Urk. 1/10/1, Urk. 1/10/3). Dennoch hat er sich dieser bewusst und ohne Grund widersetzt. Dies wirkt sich leicht verschuldenserhöhend aus.

6.6.3. Insgesamt erweist sich damit das Verschulden des Beschuldigten – was die Tatkomponente angeht – als leicht und würde eine hypothetische Einsatzstrafe von 25 Tagessätzen / Tagen rechtfertigen.

#### 6.7. Rechtswidriger Aufenthalt

6.7.1. In objektiver Hinsicht gilt es zu berücksichtigen, dass sich der Beschuldigte über eine längere Zeitdauer rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten hat. Jedoch ist die objektive Tatschwere noch als leicht anzusehen.

6.7.2. In subjektiver Hinsicht ist zu beachten, dass der Beschuldigte seit 28. Mai 2016 weiss, dass er die Schweiz spätestens am 23. September 2016 hätte verlassen müssen und er sich dieser Pflicht ohne Grund widersetzt. Dies wirkt sich leicht verschuldenserhöhend aus.

6.7.3. Insgesamt erweist sich damit das Verschulden des Beschuldigten – was die Tatkomponente angeht – noch als leicht und würde eine hypothetische Einsatzstrafe von 25 Tagessätzen / Tagen rechtfertigen.

## 6.8. Täterkomponente

6.8.1. Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann auf dessen Ausführungen zu seiner Person in der Untersuchung (Urk. 10/7 S. 7) sowie vor der Vorinstanz (Prot. I S. 7 ff.) verwiesen werden. Der Beschuldigte wurde in Marokko geboren und ist dort aufgewachsen. Am 28. Mai 2016 reiste er in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch. Auf dieses wurde nicht eingetreten. Mit Entscheid des Staatssekretariat für Migration vom 29. Juli 2016 wurde der Beschuldigte aus der Schweiz weggewiesen. Dieser Entscheid erwuchs am 30. August 2016 in Rechtskraft. Der Beschuldigte hält sich seither illegal in der Schweiz auf. Er erhält Nothilfe im Betrag von Fr. 60.– pro Woche bei freier Logis und bezahlter Krankenkasse (Urk. 10/1 S. 3; Urk. 10/5 S. 2; Urk. 10/7 S. 8; Urk. 71). Aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten lässt sich damit nichts Relevantes für die Strafzumessung ableiten.

6.8.2. Der Beschuldigte weist zwei einschlägige Vorstrafen auf (Urk. 13/1). Mit Strafbefehl vom 28. Oktober 2016 wurde der Beschuldigte wegen rechtswidrigem Aufenthalt zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– bedingt verurteilt. Mit Strafbefehl vom 8. November 2016 wurde der Beschuldigte sodann wegen versuchten Diebstahls zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Tagen verurteilt. Dabei verbrachte er 1 resp. 2 Tage in Untersuchungshaft (Urk. 13/1). Er beging seine Taten sodann während laufender Probezeit der am 28. Oktober 2016 ausgesprochen Geldstrafe und zudem kurz nach den Verurteilungen vom 28. Oktober 2016 und 8. November 2016. Diese Umstände und die Vorstrafen sind insgesamt hinsichtlich sämtlicher der heute neu zu beurteilenden Straftaten etwas mehr als leicht strafehöhend im Umfang von ca.  $\frac{1}{4}$  zu berücksichtigen. Hinsichtlich des rechtswidrigen Aufenthalts und der Missachtung einer Eingrenzung am 9. Juli 2017 ist sodann weiter der Strafbefehl vom 31. Mai 2017 mitzuberechnen. Jedoch sind diese Vorstrafen nicht einschlägig, weshalb es sich

immer noch rechtfertigt, die Vorstrafen strafferhöhend im Umfang von ca.  $\frac{1}{4}$  zu berücksichtigen.

6.8.3. Einsichtig und reuig zeigte sich der Beschuldigte nicht. Im Gegenteil gestand er die ihm im Strafbefehl vom 23. Dezember 2016 vorgeworfenen Taten ein, um sie dann wieder zu bestreiten. Demnach ist der Beschuldigte nicht geständig. Dies wirkt sich jedoch nicht strafferhöhend aus.

6.8.4. Schliesslich ist festzuhalten, dass eine besondere Strafempfindlichkeit des Beschuldigten nicht ersichtlich ist.

6.8.5. Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die Täterkomponente hinsichtlich der mehrfachen Missachtung einer Eingrenzung (am 2.12.16, 5.12.16 und 9.7.17), der rechtswidrigen Einreise und des rechtswidrigen Aufenthalts je leicht strafferhöhend im Umfang von etwa  $\frac{1}{4}$  auswirkt.

6.9. In Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungskriterien erscheint damit für die Missachtung einer Eingrenzung am 5. Dezember 2016 eine hypothetische Einsatzstrafe von 45 Tagessätzen / Tagen, für die Missachtung einer Eingrenzung am 2. Dezember 2016 eine hypothetische Einsatzstrafe von rund 20 Tagessätzen / Tagen, für die Missachtung einer Eingrenzung am 9. Juli 2017 eine hypothetische Einsatzstrafe von rund 30 Tagessätzen / Tagen, für die rechtswidrige Einreise eine hypothetische Einsatzstrafe von rund 20 Tagessätzen / Tagen und für den rechtswidrigen Aufenthalt eine hypothetische Einsatzstrafe von rund 30 Tagessätzen / Tagen als angemessen.

6.10. Wahl der Sanktionsart

6.10.1. Bestimmt es das Gesetz nicht anders, so beträgt die Geldstrafe höchstens 360 Tagessätze (Art. 34 Abs. 1 aStGB). Die Dauer der Freiheitsstrafe beträgt in der Regel mindestens sechs Monate (Art. 40 aStGB). Auf eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten kann das Gericht nur erkennen, wenn die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe oder gemeinnützige Arbeit nicht vollzogen werden kann (Art. 41 Abs. 1 aStGB). Mit der Bestimmung von Art. 41 aStGB hat der Gesetzge-

ber für Strafen bis zu sechs Monaten eine gesetzliche Prioritätsordnung zugunsten nicht freiheitsentziehender Sanktionen eingeführt (BGE 134 IV 82, E. 4.1.). Das Gericht hat immer zuerst zu prüfen, ob eine (unbedingte) Geldstrafe verhängt werden kann. Diese soll auch bei einkommensschwachen Personen zur Anwendung kommen. Mithin ist der Vollzug der Geldstrafe nicht schon deshalb unmöglich, weil sie in der Zwangsvollstreckung voraussichtlich nicht erhältlich gemacht werden kann (Mathys, Leitfaden Strafzumessung, N 340 ). Grundsätzlich gilt, dass die Strafe umso schwerer ausfällt, je grösser das Verschulden ist (Mathys, Leitfaden Strafzumessung, N 351).

6.10.2. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, wäre angesichts des Verschuldens des Beschuldigten eine Geldstrafe die angemessene Strafe. Weiter hält die Vorinstanz mit zutreffender Begründung fest, dass weder eine Geldstrafe noch gemeinnützte Arbeit vollzogen werden kann und vorliegend eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe gemäss Art. 41 aStGB die sachgerechte Strafe darstellt. Der Beschuldigte ist marokkanischer Staatsangehöriger ohne gültigen Aufenthaltstitel in der Schweiz. Sein Asylantrag wurde abgelehnt, und er hätte die Schweiz längstens verlassen müssen. Vor dem Hintergrund, dass eine Geldstrafe in Marokko nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand vollzogen werden kann und angesichts der Tatsache, dass der Beschuldigte aufgrund der ausländerrechtlichen Bestimmungen in der Schweiz nicht arbeiten darf und von der Nothilfe lebt, ist ein Vollzug einer Geldstrafe schlichtweg illusorisch. Dieser Problematik kann auch nicht durch die Wahl eines tiefen Tagessatzes begegnet werden, da er selbst einen solchen während seines verbleibenden Aufenthalts in der Schweiz nicht durch legale Einkünfte bezahlen können. Mit Blick auf die Pflicht des Beschuldigten, die Schweiz nach Erledigung des Strafverfahrens zu verlassen, kommt ferner auch keine gemeinnützige Arbeit in Frage.

6.10.3. Dementsprechend ist der Beschuldigte sowohl hinsichtlich der Missachtungen einer Eingrenzung als auch hinsichtlich der rechtswidrigen Einreise und des rechtswidrigen Aufenthaltes mit einer Freiheitsstrafe zu bestrafen.

6.10.4. Die hypothetische Einsatzstrafe von 90 Tagen Freiheitsstrafe für die Diebstähle am 2./3. Dezember 2016 ist damit in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB

für die Missachtung einer Eingrenzung am 5. Dezember 2016 um 30 Tage, für die Missachtung einer Eingrenzung am 2. Dezember 2016 um 15 Tage, für die Missachtung einer Eingrenzung am 9. Juli 2017 um 20 Tage, für die rechtswidrige Einreise um 15 Tage sowie für den rechtswidrigen Aufenthalt um 20 Tage zu erhöhen. In Beurteilung sämtlicher Straftaten würde sich damit eine Freiheitsstrafe von 190 Tagen Freiheitsstrafe als angemessen erweisen. Davon ist die Erststrafe von 90 Tagen Freiheitsstrafe (Strafbefehl vom 31. Mai 2017) sowie die mit Strafbefehl vom 10. Juli 2017 ausgesprochene Freiheitsstrafe von 45 Tagen abzuziehen, womit eine Zusatzstrafe von 55 Tagen Freiheitsstrafe verbleibt.

#### 6.11. Vollzug der Strafe

6.11.1. Gemäss Art. 42 Abs. 1 aStGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von 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. Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 aStGB).

6.11.2. Seit seiner Einreise in die Schweiz am 25. Mai 2016 hat sich der Beschuldigte bereits mehrfach strafbar gemacht. Mit der vorliegenden fünften Verurteilung hat der Beschuldigte innerhalb eines Jahres fünfmal gegen das Ausländergesetz verstossen und wurde er dreimal wegen Vermögensdelikten bestraft. Von den am 28. Oktober 2016 und 8. November 2016 ausgesprochenen Strafen blieb er unbeeindruckt. Dazu kommt, dass sich der Beschuldigte ohne gewichtige Gründe nicht um behördliche Anweisungen kümmert, und er sich mit einer Selbstverständlichkeit die benötigten bzw. gewollten Güter einfach durch Diebstahl beschafft. Dies zeugt von einer Geringschätzung für fremdes Eigentum und zeigt, dass der Beschuldigte nicht gewillt ist, sich der hiesigen Rechtsordnung zu unterstellen. Die Kriminalprognose des Beschuldigten erscheint deshalb arg getrübt. Zudem hält sich der Beschuldigte illegal in der Schweiz auf und darf keiner Erwerbstätigkeit nachgehen. Es ist ernstlich zu befürchten, dass er sich auch ins-

künftig delinquent verhalten würde. Nachdem dem Beschuldigten somit keine gute Legalprognose gestellt werden kann, ist die Strafe zu vollziehen.

6.11.3. Einer Anrechnung der erstandenen Haft von 19 Tagen an die Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

## 6.12. Geringfügiger Diebstahl

6.12.1. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, sieht der Tatbestand des geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB als Strafe lediglich eine Busse vor. Die Busse ist je nach den Verhältnissen des Täters so zu bemessen, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB).

6.12.2. Der Beschuldigte stahl eine Winterjacke im Wert von Fr. 259.–. Da er in flagranti erwischt worden ist, konnte das Diebesgut der Geschädigten zurückgegeben werden, wodurch dieser keinen Schaden entstand. Die Art und Weise der Tatbegehung wies keinerlei Raffinesse auf. Sodann stahl der Beschuldigte die Jacke, weil er angesichts des kalten Wetters froh und er nicht über die finanziellen Mitteln verfügt, eine solch teure Jacke zu kaufen.

6.12.3. Der Beschuldigte hält sich illegal in der Schweiz auf und lebt von der Nothilfe. Er erhält Fr. 60.– pro Woche, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind (vgl. Art. 12 BV). Angesichts dieser sehr geringen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erscheint eine Busse in der Höhe von Fr. 100.– als dem Verschulden des Beschuldigten angemessen.

6.12.4. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe (Art. 106 Abs. 2 StGB). Die Ersatzfreiheitsstrafe ist vorliegend praxisgemäss auf einen Tag festzusetzen.

## 7. Landesverweisung

7.1. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten gestützt auf Art. 66a<sup>bis</sup> StGB für drei Jahre des Landes verwiesen.

7.2. Am 1. Oktober 2016 trat die Umsetzungsgesetzgebung zur sogenannten Ausschaffungsinitiative in Kraft (AS 2016 2329). Wird eine Ausländerin oder ein Ausländer wegen eines nach deren Inkrafttreten begangenen Verbrechens oder Vergehens verurteilt, ist vom zuständigen Strafgericht grundsätzlich immer auch die Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung nach Art. 66a StGB oder einer fakultativen Landesverweisung nach Art. 66a<sup>bis</sup> StGB zu prüfen (vgl. Kümin, Darf eine Aufenthaltsbewilligung widerrufen werden, nachdem von einer Landesverweisung abgesehen wurde?, in: jusletter vom 28. November 2016, Rz. 1).

7.3. Wie die Vorinstanz mit zutreffender Begründung festhält (Urk. 64 Ziff. VI 2.; Art. 82 Abs. 4 StPO), war sie nicht an die von der Staatsanwaltschaft im Strafbefehl festgelegten Strafe im Sinne des Verschlechterungsgebots gebunden. Der Strafbefehl fällt im Falle einer Einsprache dahin. Hält die Staatsanwaltschaft an ihm fest, dient er im erstinstanzlichen Verfahren nur noch als Anklageschrift (BGer-Urteil 6B\_434/2016 vom 27. März 2017, E. 1.2.).

7.4. Zutreffend hält die Vorinstanz sodann fest, dass sich die dem Beschuldigten vorgeworfenen mehrfachen Missachtungen einer Eingrenzung und die widerrechtliche Einreise nach dem Inkrafttreten der Bestimmungen von Art. 66a ff. StGB per 1. Oktober 2016 ereigneten, die vom Beschuldigten begangenen Straftaten Vergehen im Sinne von Art. 10 Abs. 3 StGB sind und der Beschuldigte marokkanischer Staatsangehöriger ist. Damit sind die formellen Voraussetzungen von Art. 66a<sup>bis</sup> StGB gegeben.

7.5. Obwohl bei der Anordnung einer fakultativen Landesverweisung im Sinne von Art. 66a<sup>bis</sup> StGB die Höhe der Strafe laut dem Gesetzestext nicht massgebend ist, soll sie gemäss der Botschaft zur Landesverweisung erst ab einer Mindeststrafe von 6 Monaten die Regel darstellen (BBI 2013, 6001). Diese Mindeststrafgrenze solle jedoch gleichzeitig nicht absolut gelten und das Gericht soll bereits bei einer tieferen Strafe eine Landesverweisung aussprechen können, wenn die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung die privaten Interessen an einem Verbleib überwiegen (BBI 2013, 6028).



7.6. Dem Beschuldigten ist hinsichtlich der vorliegend zu beurteilenden Straftaten zwar lediglich ein leichtes Verschulden vorzuwerfen. Auch bei den Verurteilungen vom 28. Oktober 2016, 8. November 2016, 31. Mai 2017 und 10. Juli 2017 handelte es sich ebenfalls um geringfügigere Taten. Jedoch zeugt die Regelmässigkeit der Gesetzesverstösse von einer Geringschätzung der hiesigen Rechtsordnung. Der Beschuldigte hat sich innerhalb eines Jahres mehrere Strafen erwirkt. Auf den Asylantrag des Beschuldigten ist nicht eingetreten worden und er wurde aus der Schweiz weggewiesen. Es ist ihm nicht erlaubt zu arbeiten, er wird jedoch mit Nothilfe von Fr. 60.– pro Woche vom Staat unterstützt, um die elementarsten Bedürfnisse decken zu können. Auch wenn der Beschuldigte bis anhin nicht wegen Gewaltverbrechen verurteilt wurde und somit nicht von einer besonderen Gefährlichkeit des Beschuldigten gesprochen werden kann, zeigte der Beschuldigte wiederholt Gleichgültigkeit gegenüber der öffentlichen Ordnung und Geringschätzung fremden Eigentums und der dieses schützenden Rechtsordnung. Die Vielzahl von Bagatelldelikten und das seit seiner Ankunft in der Schweiz durchgehend aufgezeigte Verhalten, insbesondere die Gleichgültigkeit gegenüber der hiesigen Rechtsordnung gepaart mit der sehr schlechten Zukunftsprognose (vgl. Ziff. V.1.2), lassen im Sinne einer Gesamtbetrachtung eine nicht zu vernachlässigende Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den Beschuldigten befürchten. Das Interesse der Schweiz an einer Landesverweisung ist damit klar gegeben und deutlich höher als die Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz. So hat der Beschuldigte keinerlei Bezug zur Schweiz und wird er keiner regulären Arbeit nachgehen können, um sich eine wirtschaftliche Existenz zu sichern. Es ist nicht ersichtlich, was er in der Schweiz zurücklassen wird, für das es sich lohnen würde, in naher Zukunft zurückzukehren. Demgegenüber hat der Beschuldigte in Marokko eine Ausbildung als Coiffeur absolviert und als solcher Aussicht auf einen Arbeitserwerb und ein geregeltes Leben (Prot. I S. 10). In Marokko lebt sodann die Familie des Beschuldigten, während er in der Schweiz weder Familie noch Freunde hat (Prot. I S. 9). Allein der geltend gemachte Zwist mit seinem Stiefvater soll gegen seine Rückkehr sprechen (Prot. I S. 9). Dieser scheint aber vorgeschoben und stellt in keiner Weise ein echtes Rückkehrhindernis dar. Da die Interessen des Beschuldigten folglich

im Verhältnis zu den Interessen der Schweiz vernachlässigbar klein erscheinen, ist eine Landesverweisung im Sinne von Art. 66a<sup>bis</sup> StGB anzuordnen. Um dem jungen Alter, das auf spätere Besserung hoffen lässt, Rechnung zu tragen, rechtfertigt es sich, die Landesverweisung für 3 Jahre auszusprechen.

## 8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Der Beschuldigte hat die Kostenfestsetzung angefochten. Dabei werden jedoch nur hinsichtlich der Festsetzung der amtlichen Verteidigungskosten für das erstinstanzliche Verfahren konkrete Beanstandungen vorgebracht (Urk. 66 S. 2; Urk. 87 S. 15 f.).

8.2. Die Vorinstanz hat die amtlichen Verteidigungskosten für das erstinstanzliche Verfahren auf Fr. 6'216.15 (inkl. MWSt.) festgelegt (Urk. 64 S. 33 f.). Die Verteidigung beantragt vorliegend, für das erstinstanzliche Verfahren aus der Gerichtskasse mit Fr. 6'175.70 (zuzüglich Fr. 494.– für 8 % MWSt) entschädigt zu werden (Urk. 87 S. 1). Die Verteidigung begründet ihren Antrag damit, dass – entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 64 S. 34) – auch nach Abschluss des Beweisverfahrens ein Besuch des Beschuldigten im Gefängnis am 22. März 2017 erforderlich gewesen sei. Der letzte Besuch sei am 22. Dezember 2016 erfolgt. Als pflichtbewusste Verteidigerin habe sie den Beschuldigten vor der Hauptverhandlung noch einmal besucht. Im Übrigen sei es Usanz, dass ein Gefängnisbesuch pro Monat entschädigt werde. Aus diesem Grund sei der Aufwand für den genannten Gefängnisbesuch von 1.75 Stunden nicht zu kürzen, sondern zu vergüten. Der entschädigungspflichtige Stundenaufwand sei von 24.9 auf 26.65 Stunden zu erhöhen, davon 23.4 Stunden zum Stundenhonorar von Fr. 220.– und 3.25 Stunden zum Stundenhonorar von Fr. 240.–. Die Entschädigung belaufe sich daher auf insgesamt Fr. 6'669.90 (Fr. 5'928.– zuzüglich Barauslagen in der Höhe von Fr. 247.70 sowie Mehrwertsteuer) (Urk. 87 S. 15). Entgegen der Vorinstanz scheint ein Besuch des Beschuldigten von 1.75 Stunden Dauer kurz vor der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, nachdem die Verteidigung den Beschuldigten bereits seit drei Monaten nicht mehr persönlich besucht hat, angemessen. Gemäss den Richtlinien über die Entschädigung für amtliche Mandate kann Anwälten/Anwältinnen mit Kenntnissen seltener Sprachen ein Ansatz von Fr. 240.– (zu-

züglich MWSt.) für Bemühungen gewährt werden, während denen Übersetzungskosten eingespart werden, z.B. für ohne Dolmetscher stattfindende Instruktionsgespräche oder Korrespondenz mit dem Klienten (so auch Leitfaden für amtliche Mandate der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Büro für amtliche Mandate, S. 56). Die Verteidigung ist für den Gefängnisbesuch vom 22. März 2017 mit dem erhöhten Stundenansatz von Fr. 240.– zu entschädigen, zumal sie mit dem Beschuldigten die hierorts als selten geltende Sprache Arabisch gesprochen hat. Folglich sind der Verteidigung für das erstinstanzliche Verfahren insgesamt Fr. 6'669.75 (inkl. MWSt) aus der Gerichtskasse zu entrichten.

8.3. Mit Honorarnote vom 8. Januar 2018 (Urk. 88) machte die Verteidigung für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren einen Aufwand in der Höhe von Fr. 4'186.85 (inkl. MwSt.) geltend, wobei für die Dauer der Berufungsverhandlung einen Aufwand von 2.25 Stunden inkl. Weg veranschlagt wurde, diese jedoch knapp 50 Minuten und somit kürzer dauerte (Prot. II S. 4 ff.), weshalb es sich rechtfertigt, hierfür 0.25 Stunden in Abzug zu bringen.

8.4. Der geltend gemachte Gesamtaufwand von 14.9 Stunden (ohne den in Rechnung gestellten Aufwand für die Hauptverhandlung von 2.25 Stunden) erscheint für dieses Berufungsverfahren über dem Verhältnismässigen. Die Aufwandposition "Faktura und Archiv" vom 8. Januar 2018 von 0.25 Stunden ist vorliegend unbegründet und unverhältnismässig. Die amtliche Verteidigung ist dafür nicht zu entschädigen. Ausserdem erscheint auch der für das Aktenstudium und die Vorbereitung des Plädoyers geltend gemachte Aufwand von insgesamt 12.5 Stunden als deutlich zu hoch, zumal sich die Verhältnisse seit der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nur unwesentlich geändert haben. Eine Kürzung des Aufwands für die Vorbereitung des Plädoyers auf rund 9 Stunden erweist sich als angemessen. Insgesamt sind folglich 13.15 Stunden zu vergüten.

8.5. Zusammen mit den Barauslagen in der Höhe von Fr. 113.20 sowie der Mehrwertsteuer (7.7 % MWSt auf 2'420.– [11 Stunden] und 8.0 % MWSt auf 586.20 [113.20 Barauslagen, 2.15 Stunden]) resultiert schliesslich ein Betrag von Fr. 3'239.45, mit welchem Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten im Berufungsverfahren zu entschädigen ist. Die Kosten

des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen sind. Infolge offensichtlicher Un- einbringlichkeit sind die Kosten definitiv abzuschreiben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 3. April 2017 bezüglich der Dispositivziffern 1 teilweise (Schuld- spruch wegen geringfügigen Diebstahls) und 7 (Kostenauflage) in Rechts- kraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist ferner schuldig
  - der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG und
  - der mehrfachen Missachtung einer Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 74 AuG.
2. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Oktober 2016 ausgefallte bedingte Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je Fr. 30.–, wovon 1 Tagessatz als durch Haft erstanden gilt, wird vollzogen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 55 Tagen Freiheitsstrafe, wovon 19 Tage durch Polizei- und Untersuchungshaft erstanden sind, als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 31. Mai 2017 und zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. Juli 2017, sowie mit Fr. 100.– Busse.

4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
5. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag.
6. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a<sup>bis</sup> StGB für 3 Jahre des Landes verwiesen.
7. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 6) wird mit Ausnahme der amtlichen Verteidigungskosten für das erstinstanzliche Verfahren bestätigt.
8. Die amtlichen Verteidigungskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 6'669.75 festgelegt.
9. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 3'239.45 amtliche Verteidigung
10. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, aber definitiv abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
11. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürichsowie 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, Postfach, 8090 Zürich
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, in die Akten G-3/2016/35561 (im Dispositiv)
- die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis, in die Akten A-1/2017/14575 (im Dispositiv)
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, in die Akten G-3/2017/22296 (im Dispositiv)
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

## 12. 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, 9. Januar 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Rissi