

ZH_OBERGERICHT SB190247 vom 4. Februar 2020

ZH Obergericht, 2020-02-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190247

FR: ZH_OBERGERICHT SB190247 du 4 février 2020

IT: ZH_OBERGERICHT SB190247 del 4 febbraio 2020

Erwägungen

E. 1

Mit der Anklageschrift vom 12. September 2018 (Urk. 19) legt die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis dem Beschuldigten zur Last, dass er sich am tt. März 2018 mit dem Bus nach Dietikon/ZH begeben habe. Dies sei ihm gemäss einer Eingrenzungsverfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 24. November 2017 untersagt gewesen.

E. 2

a) Der Beschuldigte gab bei der Staatsanwaltschaft zu Protokoll, dass er am tt. März 2018 einen Mitbewohner der Notunterkunft B._____, der zum Psychiater habe gehen wollen, nach Dietikon begleitet habe (Urk. 11 S. 4). Der eingeklagte Sachverhalt ist damit unbestritten. b) Mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 15. Juni 2016 wurde der Beschuldigte gestützt auf Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG auf das Gebiet der Gemeinde Kloten eingegrenzt (Urk. 35/4 [Akten des Migrationsamtes], S. 625). Nach seiner Entlassung aus der Durchsetzungshaft wurde er ab dem 28. November 2017 nicht mehr in der NUK C._____, sondern neu in der NUK B._____ untergebracht (a.a.O., S. 793). Am 24. November 2017 erging deshalb eine Verfügung, mit welcher der Beschuldigte neu auf das Gebiet der Gemeinde B._____ eingegrenzt wurde. Damit war der Hinweis verbunden, dass die Verfügung vom 15. Juni 2016 im Übrigen bestehen bleibe (a.a.O., S. 795). Die neue - 7 - Verfügung nahm der Beschuldigte am 27. November 2017 entgegen (a.a.O., S. 800). In der Folge erhob er dagegen Beschwerde und ersuchte dabei auch um Gewährung der (gemäss Art. 74 Abs. 3 AuG nicht gegebenen) aufschiebenden Wirkung. Diese wurde ihm indessen mit Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 20. Dezember 2017 verweigert (a.a.O., S. 813).

E. 3

Weil die Beschwerde gegen die Eingrenzungsverfügung vom 24. November 2017 keine aufschiebende Wirkung hatte, war es dem Beschuldigten am tt. März 2018 nicht erlaubt, das Gemeindegebiet von B._____ zu verlassen. Tags darauf erkannte indessen das Zwangsmassnahmengericht, dass dem Beschuldigten vor dem Erlass der besagten Verfügung das rechtliche Gehör nicht gewährt worden sei, hiess seine Beschwerde gut und hob die Verfügung auf (Akten des Migrationsamtes, S. 851 ff.). Die Verweigerung des rechtlichen Gehörs zieht nicht ohne weiteres die Nichtigkeit der daraufhin ergangenen Verfügung nach sich (Häfelin / Müller / Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7.A., Zürich/St. Gallen, 2016, N 1116). Die Verfügung war aber von Beginn an fehlerhaft (vgl. a.a.O., N 1085). Damit hatte die Gutheissung der Beschwerde den Wegfall der Verfügung ex tunc zur Folge (a.a.O., N 1283). Dies bedeutet, dass die Eingrenzung zwar galt, als ihr der Beschuldigte am tt. März 2018 zuwiderhandelte, und dass er, wenn die Verfügung im Rechtsmittelverfahren Bestand gehabt hätte, dafür auch hätte bestraft werden können. Mit

der Aufhebung der Verfügung wurde indessen auch deren Wirkung nachträglich die Grundlage entzogen. Eine Bestrafung des Beschuldigten auf der Grundlage dieser Verfügung ist deshalb nicht möglich.

E. 4

Daran vermag nichts zu ändern, dass mit der aufgehobenen Verfügung nur der Ort der Eingrenzung geändert und damit der Hinweis verbunden wurde, dass im Übrigen die frühere Verfügung, mit welcher der Beschuldigte in Kloten eingegrenzt worden war, bestehen bleibe (Akten Migrationsamt, S. 795). Der Fortbestand der Eingrenzung hat nach einer Verlegung des Betroffenen an einen anderen Ort ohne gültige Festlegung des dazugehörigen Rayons keinen Sinn. "Bestehen bleiben" konnte von der ursprünglichen Verfügung nur die Geltungsdauer bis zum 15. Juni 2018. Diese konnte aber ihre Wirkung nur in Verbindung mit einem neuen Eingrenzungsrayon entfalten, und für dieses bestand, wie vor-

- 8 - stehend dargelegt wurde, mit der Aufhebung der Verfügung vom 24. November 2017 ex tunc keine Grundlage mehr.

E. 5

Bei dieser Sachlage ist der Beschuldigte hinsichtlich seiner Fahrt vom tt. März 2018 nach Dietikon vom Vorwurf der Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung (Art. 119 Abs. 1 AuG) freizusprechen und erübrigt sich eine Prüfung der weiteren von der Verteidigung gegen den diesbezüglichen Schuldspruch vorgebrachten Einwendungen und Beweisanträge (Urk. 96 S. 6). V. 1. a) Im Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 26. September 2018, der vorliegend an die Stelle einer Anklage tritt (Art. 356 Abs. 1 StPO), wird dem Beschuldigten vorgeworfen, am tt. September 2018 das Gemeindegebiet von B._____ verlassen und sich auf einem nicht genau bekannten Weg in die Stadt Zürich begeben zu haben. Damit habe er gegen die Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 6. August 2018 verstossen, mit welcher er erneut in B._____ eingegrenzt worden sei. b) Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 20. Dezember 2018 betrifft drei gleich gelagerte Vorfälle, bei denen der Beschuldigte ebenfalls verbotenerweise nach Zürich gereist sein soll. Er habe sich am tt. November 2018 am ...-Quai ..., am tt. November 2018 an der ...-Strasse ... und am tt. Dezember 2018 an der ...-Strasse ... aufgehalten. 2. a) Die Anklage beruht bezüglich dieser vier Verstösse gegen die Eingrenzung auf den Polizeirapporten, in denen jeweils festgehalten wurde, dass der Beschuldigte an den genannten Orten polizeilich kontrolliert und festgenommen worden sei. Bezüglich des Vorfalls vom tt. September 2018 rapportierte die Stadtpolizei Zürich, dass der Beschuldigte um 21.55 Uhr an der ...-Strasse ... in 8005 Zürich betroffen und arretiert worden sei (Urk. 35/1 S. 1, Urk. 35/9 S. 1). Am tt. November 2017 berichtete die Stadtpolizei, der Beschuldigte sei an diesem Tag um 00.45 Uhr am ...-Quai ..., 8005 Zürich, einer Kontrolle unterzogen und

- 9 - aufgrund einer Ausschreibung betreffend Eingrenzung verhaftet worden (Urk. 36/1 S. 1, Urk. 36/9/1 S. 1/2). Gemäss einem Polizeirapport vom 15. November 2018 trafen Beamte der Stadtpolizei Zürich den Beschuldigten am tt. November 2018 um 18.52 Uhr bei der D._____ Moschee an der ...-Strasse ..., 8005 Zürich, an und nahmen ihn fest (Urk. 36, Dossier 2, Urk. 1 S. 1 und Urk. 5/1 S. 1/2). Schliesslich kam es gemäss einem weiteren Polizeirapport am tt. Dezember 2018 um 19.50 Uhr an der ...-Strasse ... in 8001 Zürich erneut zur Anhaltung und Verhaftung des Beschuldigten (Urk. 36, Dossier 3, Urk. 1 S. 1/2).

b) Der Beschuldigte verweigerte nach seiner Verhaftung jeweils schon bei der Polizei und hernach auch gegenüber der Staatsanwaltschaft jegliche Aussage (Vorfall vom tt. September 2018: Urk. 35/2, 35/3; Vorfall vom tt. November 2018: Urk. 36/2, 36/6 und 36/7; Vorfall vom tt. November 2018: Urk. 36, Dossier 2, act. 2 und 3; Vorfall vom tt. Dezember 2018: Urk. 36, Dossier 3, act. 2 und 4). Die einzige Ausnahme von diesem Aussageverhalten des Beschuldigten besteht in seiner am 19. September 2018 geäußerten Behauptung, von der gegen ihn verfügten Ausgrenzung nichts gewusst zu haben (Urk. 35/3 S. 3). Diese ist indessen widerlegt, liess doch der Beschuldigte gegen die diesbezügliche Verfügung des Migrationsamtes vom 6. August 2018 (Urk. 35/5/3) eine Beschwerde einreichen (Urk. 35/5/5). Dazu musste er seiner Vertreterin eine Vollmacht erteilen (a.a.O., S. 2 oben) und somit auch Kenntnis vom Anfechtungsgegenstand haben. Beizufügen ist, dass der Verteidiger des Beschuldigten im vorliegenden Verfahren selbst vorbrachte, die Beschwerde sei vom Zwangsmassnahmengericht am 15. November 2018 abgewiesen worden (Urk. 34/1 S. 5). Die Verfügung des Migrationsamtes hatte somit nicht nur von ihrem Erlass an Geltung (Art. 74 Abs. 3 AuG), sondern behielt diese auch nach dem Rechtsmittelentscheid. 3. a) Die Verteidigung wendet ein, dass der Beschuldigte nie mit den rapportierenden Beamten konfrontiert worden sei und somit keine Möglichkeit gehabt habe, diesen Ergänzungsfragen zum Inhalt ihrer Rapporte zu stellen. Er habe nie auf eine Konfrontation verzichtet und erkläre auch jetzt ausdrücklich, darauf nicht verzichten zu wollen. Die Polizeirapporte seien demzufolge nicht zu Lasten des Beschuldigten verwertbar. Dies ergebe sich namentlich aus dem bundesgerichtli-

- 10 - chen Entscheid 6B_1023/2016 betreffend die Verwertbarkeit von Polizeirapporten (Urk. 34/1 S. 5-7). b) Der von der Verteidigung zitierte Bundesgerichtsentscheid ist nicht einschlägig. Es ging darin nicht um die mittels eines Rapports erfolgte Dokumentati- on einer polizeilichen Amtshandlung wie beispielsweise einer Personenkontrolle oder Verhaftung, sondern um erste Angaben von Zeugen gegenüber den rapportierenden Polizeibeamten. Das Bundesgericht hielt im besagten Entscheid fest, dass die Parteien im polizeilichen Ermittlungsverfahren keine Teilnahmerechte hätten. Diese bestünden vielmehr erst im staatsanwaltlichen Verfahren mit Ein- schluss von Einvernahmen, welche die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft durchführe, und vor Gericht (Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO). Sobald sich aber eine Person im Strafverfahren wie ein Zeuge äussere, müsse dem Beschuldigten er- möglicht werden, dieser Person Fragen zu stellen und so die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen auf die Probe und infrage zu stellen. Allein aufgrund informell erfasster Angaben solcher Personen und ohne nachfolgende förmliche Einvernahme unter Wahrung der Parteirechte könne ein Sachverhalt nicht rechtsgenügend erstellt werden. Das Bundesgericht ging aber implizit ohne weiteres davon aus, dass in einem Rapport dokumentierte eigene Tatsachenfeststellungen der Polizei wie z.B. die Sicherstellung von Gegenständen oder Spuren als Beweismittel verwertet werden dürfen, ohne dass dazu die rapportierenden Polizisten als Zeugen einver- nommen werden müssen. Im zitierten Entscheid beanstandete es nicht, dass die Vorinstanz gestützt auf solche polizeiliche Erkenntnisse die Anwesenheit des Be- schuldigten am Tatort eines Einbruchdiebstahls für erwiesen hielt. Es hielt ledig- lich fest, dass ohne die Aussagen des Geschädigten nicht nachgewiesen werden könne, was gestohlen worden sei, und dass diese Aussagen in einer förmlichen Einvernahme unter Wahrung der Teilnahmerechte des Beschuldigten erfolgen müssten. Ansonsten seien sie nicht verwertbar (BGer 6B_1023/2016, insbes. Erw. 1.2.3 und 1.3.3). c) In einem neueren, zur Publikation in der amtlichen Entscheidsammlung vorgesehenen Urteil erkannte das Bundesgericht

inzwischen, dass die in einem Polizeirapport enthaltene Feststellung, jemand habe einen Strafantrag gestellt,

- 11 - der Protokollierungspflicht gemäss Art. 304 Abs. 1 StPO genüge. Solange keine Anhaltspunkte dafür bestünden, dass dies wahrheitswidrig rapportiert worden sei, müsse nicht mittels Einvernahmen oder schriftlicher Stellungnahmen abgeklärt werden, ob der Strafantrag tatsächlich gestellt worden sei (BGE 145 IV 190 ff., Erw. 1.3.3 und 1.5.4). Vorliegend rapportierten jeweils Beamte der Stadtpolizei Zürich, dass sie den Beschuldigten zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort in der Stadt Zürich angetroffen, kontrolliert und verhaftet hätten. Der Beschuldigte hat nie ausdrücklich bestritten, sich zu den besagten Zeitpunkten in Zürich aufgehalten zu haben, geschweige denn Beweismittel genannt, die ihn diesbezüglich allenfalls entlasten könnten und deshalb eine genauere Abklärung mittels einer Einvernahme der rapportierenden Polizeibeamten erforderlich machen würden. Er hat vielmehr jegliche Aussage verweigert. Schon allein die Tatsache, dass die Stadtpolizei Zürich überhaupt in die Lage kam, über eine Kontrolle und Verhaftung des Beschuldigten zu berichten, lässt sich nur damit erklären, dass dieser sich in der Stadt Zürich aufgehalten haben muss. In B._____ patrouilliert die Stadtpolizei Zürich jedenfalls nicht. Dass Beamte der Stadtpolizei Zürich Rapporte erstellen, wonach sie eine bestimmte Person kontrolliert und verhaftet hätten, obwohl sie mit ihr gar nichts zu tun hatten, kann nicht im Ernst unterstellt werden. Erst recht als abwegig erweist sich eine Annahme, solches sei gleich viermal von Seiten verschiedener Polizisten aus verschiedenen Dienststellen geschehen. Es besteht somit keinerlei Grund, die Richtigkeit dieser Angaben zu bezweifeln. Demzufolge erübrigt sich eine Einvernahme der rapportierenden Beamten zu diesem Thema und kann auf die Polizeirapporte als Beweismittel abgestellt werden. Damit sind die eingeklagten Sachverhalte erstellt. 4. a) Die Verteidigung macht weiter geltend, dass die (mit einem Bundesbeschluss vom 18. Juni 2010 [AS 2010, 5925] übernommene) EU-Rückführungsrichtlinie einer Bestrafung des Beschuldigten wegen Missachtung der Eingrenzung entgegenstehe. b) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Rückführungsrichtlinie auf eine Bestrafung wegen Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung anwendbar, wenn diese Massnahme nicht wegen eines die öffentliche Sicherheit

- 12 - und Ordnung gefährdenden Verhaltens des Täters (Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG), sondern (ausschliesslich) zur Durchsetzung von dessen Wegweisung (Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG) angeordnet wurde (BGE 143 IV 264 ff., Erw. 2.6.2). Die am

E. 6

Die Kosten der Untersuchungen und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen werden zu vier Fünfteln dem Beschuldigten auferlegt und zu einem Fünftel auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Der Kostenanteil des Beschuldigten wird sofort definitiv abgeschrieben.

E. 7

Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben); – die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis; – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten; – die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis; – die

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat; – das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern

- 20 - und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz; – das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste; – das Migrationsamt des Kantons Zürich; – die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten; – die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG); – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

E. 8

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.

- 21 - Obergericht des Kantons Zürich II. Strafkammer Zürich, 4. Februar 2020 Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber: Oberrichterin lic. iur. Haus Stebler MLaw Orlando

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.