

# ZH\_OBERGERICHT SB200038 vom 10. Februar 2021

ZH Obergericht, 2021-02-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB200038](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200038)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB200038 du 10 février 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT SB200038 del 10 febbraio 2021

## Erwägungen

### E. 1

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Andelfingen, Einzelgericht in Strafsachen, vom 12. Juni 2018 wurde der Beschuldigte wegen rechtswidrigen Aufenthaltes im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG sowie der Missachtung der Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG zu einer Freiheitsstrafe

- 4 - von 60 Tagen verurteilt, wovon 1 Tag durch Haft erstanden war. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgelegt (Urk. 2/26).

### E. 1.1

Die Verteidigung bringt vor, gemäss Art. 119 Abs. 2 AIG könne von einer Geld- oder Freiheitsstrafe abgesehen werden, wenn die betroffene Person sofort ausgeschafft werden könne oder sich in Vorbereitungs- oder Ausschaffungshaft befinde. Das Absehen von einer Strafe müsse bei einer bereits vollzogenen Ausschaffung erst recht geschehen. Eine Rückkehr auf legalem Weg in die Schweiz dürfte in absehbarer Zeit ausgeschlossen sei. Demnach sei die Aussprache einer Haftstrafe durch die Abwesenheit des Beschuldigten geradezu zwecklos (Urk. 51 S. 2).

### E. 1.2

Gemäss dem vorliegend anwendbaren Art. 119 Abs. 2 AuG (ebenso neu in Art. 119 Abs. 2 AIG) kann von der Strafverfolgung, der Überweisung an das Gericht oder der Bestrafung abgesehen werden, wenn die betroffene Person sofort ausgeschafft werden kann oder sich in Vorbereitungs- oder Ausschaffungshaft befindet. Die Bestimmung betrifft den Tatbestand der Missachtung der Ein-

- 12 - oder Ausgrenzung. Ebenso sah Art. 115 Abs. 4 AuG bei rechtswidrig ein- oder ausgereisten Ausländerinnen und Ausländern vor, dass von einer Bestrafung abgesehen werden kann, wenn diese sofort ausgeschafft werden.

### E. 1.3

Gemäss beiden Bestimmungen liegt es im Ermessen der Strafbehörden, ob im Fall der Ausschaffung noch ein Strafverfahren durchgeführt wird oder nicht (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002, 3835). Mit anderen Worten wird damit auf das Opportunitätsprinzip verwiesen. Dieses ist in Art. 8 StPO geregelt. Staatsanwaltschaft und Gerichte sehen demgemäss von der Strafverfolgung ab, wenn das Bundesrecht es vorsieht, namentlich unter den Voraussetzungen der Artikel 53 ff. StGB. Die entsprechenden Artikel betreffen Wiedergutmachung (Art. 53 StGB), Betroffenheit des Täters durch seine Tat (Art. 54 StGB) oder fehlendes Strafbedürfnis (Art. 52 StGB). Weiter ist von einer Strafverfolgung abzusehen, wenn der Straftat neben anderen zur Last gelegten Taten für die Festsetzung der

zu erwartenden Strafe keine wesentliche Bedeutung zukommt, eine Zusatzstrafe voraussichtlich nicht ins Gewicht fällt, wenn eine im Ausland ausgesprochene Strafe anzurechnen wäre, welche der zu erwartenden Strafe entspricht, oder wenn die Tat von ausländischen Behörden bereits verfolgt wird. Keine dieser Voraussetzungen ist im vorliegenden Fall gegeben. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass vorliegend keine Strafe wegen rechtswidriger Ein- oder Ausreise, sondern eine Strafe wegen rechtswidrigen Aufenthalts auszufällen ist. Für diese ist das Opportunitätsprinzip in Art. 115 Abs. 4 AuG nicht vorgesehen. Im aktuellen AIG wird zwar das Opportunitätsprinzip auf den Tatbestand des rechtswidrigen Aufenthalts ausgeweitet, jedoch nur für den Fall, dass die Strafe dem unmittelbar bevorstehenden Vollzug entgegensteht (vgl. Art. 115 Abs. 5 AIG). Auch dies ist vorliegend nicht der Fall.

#### **E. 1.4**

In Würdigung aller Umstände ist vorliegend ein Absehen von einer Bestrafung nicht angezeigt. Wegen der Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts ist ohnehin eine nicht unerhebliche Strafe auszufällen, zumal der Beschuldigte diesbezüglich zweifach einschlägig vorbestraft ist. Wie nachfolgend zu zeigen ist, ist auch die Strafe betreffend Missachtung der Eingrenzung trotz eines sehr leicht-

- 13 - ten Verschuldens nicht zu vernachlässigen, weshalb das Opportunitätsprinzip nicht anzuwenden ist. 2. Rechtliches

#### **E. 1.5**

Der Beschuldigte wurde am 6. November 2017 in einem Zug der S33 von Winterthur nach Schaffhausen kontrolliert und daraufhin in D.\_\_\_\_\_, Hauptort des gleichnamigen Bezirks, verhaftet (Urk. 2/7/1).

- 8 - 2. Anklagevorwurf Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten zusammengefasst vor, er habe die ihm auferlegte Eingrenzung auf den Bezirk C.\_\_\_\_\_ missachtet, indem er sich bei seiner polizeilichen Kontrolle in der S33 von Winterthur nach Schaffhausen aufgehalten habe, wozu er nicht berechtigt gewesen sei. 3. Standpunkt der Vorinstanz Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, der Beschuldigte habe konstant ausgesagt, von der angeordneten Eingrenzung gewusst zu haben, aber nicht gewusst zu haben, auf welche Gebiete sie sich beziehe. Die Karte, welche ihm zusammen mit der Eingrenzungsverfügung am 8. März 2017 [recte: 7. März 2017] ausgehändigt worden sei, sei nicht lesbar. Auch ein Dritter mit Ortskenntnissen könne aus der Karte keine Bezirksgrenzen lesen, es sei denn, er kenne sie bereits; würde man diese Kenntnis aber bei einem Flüchtling voraussetzen, so bräuchte man ihm keine Landkarte auszuhändigen. Damit sei erstellt, dass der Beschuldigte am 6. November 2017, als er in der S33 von Winterthur nach Schaffhausen kontrolliert wurde, nicht gewusst habe, dass er gegen die Eingrenzungsverfügung versties (vgl. Urk. 25 S. 6). 4. Berufung Mit der Berufung macht die Staatsanwaltschaft zusammengefasst geltend, es genüge ein Eventualvorsatz für die Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung. Der Beschuldigte habe konstant zugegeben, dass er Kenntnis der Verfügung des Migrationsamtes und damit auch von der gegen ihn verfügten Eingrenzung auf den Bezirk C.\_\_\_\_\_ gehabt habe. Somit sei ihm sehr wohl bewusst gewesen, dass er sich nur in einem relativ eng umgrenzten Gebiet habe aufhalten und dieses nicht habe verlassen dürfen. Dafür habe er einen Kartenausschnitt erhalten. Hätte er nicht gewusst, wo genau die Grenze verlaufe, wäre es seine Pflicht gewesen, sich bei den zuständigen Stellen genau zu erkundigen. Insbesondere hätte er sich vor Fahrtantritt vergewissern müssen, ob er sich

noch im zulässigen Rayon aufhalte oder nicht. Wer sich auf Reisen begeben, aber zugleich angebe,

- 9 - die einzuhaltenden Gebietsgrenzen nicht zu kennen, nehme in Kauf, dass er das Eingrenzungsgebiet verlassen könnte (vgl. Urk. 27 S. 2, Urk. 43 S. 2). 5. Berufungsantwort

## **E. 2**

Gegen dieses Urteil erhob die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland Berufung. Mit Beschluss vom 9. Mai 2019 hob die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich das Urteil des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 12. Juni 2018 auf und wies die Akten zur Durchführung einer neuen Hauptverhandlung und Fällung eines neuen Urteils an das Bezirksgericht zurück (Urk. 1).

### **E. 2.1**

Der Strafraum für die Missachtung der Eingrenzung i.S.v. Art. 119 Abs. 1 AuG beträgt Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren.

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz hat die theoretischen Strafzumessungsregeln korrekt dargestellt. Auf diese Erwägungen kann vorab zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden (Urk. 25 S. 8 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

### **E. 2.3**

Da der Beschuldigte nun auch der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung i.S.v. Art. 119 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG schuldig zu sprechen ist, ist zusätzlich auf Art. 49 Abs. 1 StGB hinzuweisen. Danach verurteilt das Gericht einen Täter, welcher durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, zu der Strafe der schwersten Tat und erhöht diese wegen des Hinzukommens weiterer Delikte angemessen (Aspektionsprinzip). Das Gericht darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden. Ein Anlass, den ordentlichen Strafraum zu verlasten, besteht nicht (vgl. dazu BGE 142 IV 265 E. 2.4.5).

### **E. 2.4**

Vorliegend erweist sich die Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) gegenüber dem vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe) als schwereres Delikt, weshalb die Einsatzstrafe für Ersteres zu bilden ist. 3. Einsatzstrafe: Missachtung der Eingrenzung

## **E. 3**

Nach Durchführung der Hauptverhandlung vom 5. November 2019 fällte die Vorinstanz gleichentags das Urteil. Sie sprach den Beschuldigten des rechtswidrigen Aufenthalts i.S.v. Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG schuldig. Vom Vorwurf der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung i.S.v. Art. 119 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG sprach sie den Beschuldigten frei. Die Vorinstanz bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 40 Tagen, wovon 1 Tag durch Haft erstanden war. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde bedingt aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgelegt (Urk. 25).

### **E. 3.1**

Zur objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte einmalig ausserhalb des ihm zugewiesenen Rayons angetroffen wurde. Er befand sich im Nachbarbezirk des Rayons auf dem Weg, eine Bekannte zu besuchen. Die Dauer

- 14 - der Missachtung war relativ kurz. Das objektive Tatverschulden ist innerhalb des bis drei Jahre Freiheitsstrafe reichenden Strafrahmens als sehr leicht zu werten.

### **E. 3.2**

In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte eventualvorsätzlich handelte. Dies relativiert die objektive Tatschwere zu Gunsten des Beschuldigten.

### **E. 3.3**

Mithin erscheint eine Einsatzstrafe von 60 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 2 Monaten Freiheitsstrafe dem Verschulden des Beschuldigten angemessen. 4. Einzelstrafe: rechtswidriger Aufenthalt

### **E. 4**

Gegen dieses Urteil meldete die Staatsanwaltschaft am 7. November 2019 Berufung an (Urk. 17). Das begründete Urteil wurde ihr am 9. Dezember 2019 zugestellt (Urk. 22/1). Die amtliche Verteidigung reichte trotz mehrfacher Aufforderung der Vorinstanz keinen Empfangsschein für den Erhalt des Urteils ein (vgl. Urk. 28).

### **E. 4.1**

Vorab ist festzuhalten, dass es sich beim rechtswidrigen Aufenthalt um ein Dauerdelikt handelt, doch bewirkt eine frühere Verurteilung eine Zäsur (BGE 135 IV 6 E. 3.2 S. 9). Fehlt es an einem vom früheren losgelösten, neuen Tatentschluss und beruht die nach dem vorangegangenen Schuldspruch andauernde Verwirklichung des Dauertatbestandes mithin auf einem fortwirkenden, schon vor der ersten Verurteilung gefassten einheitlichen Tatentschluss, muss das Gericht im neuen Urteil bei der Zumessung der Strafe für die noch nicht beurteilte Deliktsdauer mit Blick auf das Schuldprinzip darauf achten, dass die Summe der wegen des Dauerdelikts ausgesprochenen Strafen dem Gesamtverschulden angemessen ist (Art. 47 Abs. 1 StGB) und die im fraglichen Tatbestand angedrohte Höchststrafe nicht überschreitet (BGE 135 IV 6 E. 4.2 S. 11).

### **E. 4.2**

Wie erwähnt wurde der Beschuldigte mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Zweigstelle Flughafen, vom 5. September 2014 wegen rechtswidrigen Aufenthalts bereits zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen verurteilt. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Zweigstelle Flughafen, vom 9. Juni 2016 wurde der Beschuldigte erneut des rechtswidrigen Aufenthalts schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen bestraft. Ferner wurde der bedingte Vollzug der Geldstrafen gemäss Strafbefehl vom 5. September 2014 widerrufen.

- 15 -

### **E. 4.3**

Es ist nicht davon auszugehen, dass der Beschuldigte nach seinen Verurteilungen jeweils einen neuen Tatentschluss fasste, unrechtmässig in der Schweiz zu bleiben. Vielmehr ist davon auszugehen, dass er die Schweiz nach seiner Einreise am 22. Mai 2010 nicht verlassen wollte. Mithin ist von einem fortwirkenden, einheitlichen Tatentschluss

auszugehen. Gestützt auf die erwähnte Rechtsprechung könnte der Beschuldigte daher heute für diese Tat maximal mit 10 Monaten Freiheitsstrafe bestraft werden.

#### **E. 4.4**

Zur objektiven Tatkomponente ist festzuhalten, dass sich der Beschuldigte vom 10. Juni 2016 bis 6. November 2017 rechtswidrig in der Schweiz aufhielt. Soweit die Vorinstanz mit Blick auf diesen Zeitraum von fast 15 Monaten eine "nicht allzu lange Zeit" erkennt (Urk. 25 S. 9), ist dem zu widersprechen. Dieser Zeitraum ist nicht gering. Gleichwohl ist innerhalb des erwähnten Strafrahmens mit der Vorinstanz noch von einem leichten objektiven Tatverschulden auszugehen.

#### **E. 4.5**

Zur subjektiven Tatschwere ist zu bemerken, dass der Beschuldigte vorsätzlich handelte. Er weigerte sich, in sein Heimatland zurückzukehren, welches er weiterhin als Eritrea bezeichnet, obwohl dies seit der Verfügung des Bundesamtes für Migration vom 23. November 2010 als widerlegt gilt. Es war ihm mithin die Reise in sein Heimatland Äthiopien zumutbar. Sein Vorbringen, ihm drohe bei seiner Rückkehr nach Eritrea eine Gefahr für Leib und Leben, ist eine Schutzbehauptung, zumal er aus Äthiopien stammt und dorthin zurückgeschafft wurde. Mit anderen Worten relativiert die subjektive Tatschwere die objektive Tatschwere entgegen der Vorinstanz vorliegend nicht.

#### **E. 4.6**

In Anbetracht der illegalen Verweildauer und des direkten Tatvorsatzes erscheint eine Einzelstrafe von 60 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 2 Monaten Freiheitsstrafe dem Verschulden des Beschuldigten angemessen. 5. Zwischenwürdigung Das rechnerische Total der Einzelstrafen beträgt 120 Tagessätze Geldstrafe bzw. 120 Tage Freiheitsstrafe. Bei der Asperation ist zu berücksichtigen, dass es

- 16 - sich bei den beiden Delikten um solche gegen ausländerrechtliche Bestimmungen handelt. Sie hängen zusammen, wurde doch die Eingrenzung aufgrund des fehlenden Willens des Beschuldigten ausgesprochen, die Schweiz zu verlassen, weswegen der Beschuldigte heute bestraft wird. Unter Berücksichtigung dieser Umstände und in Anwendung des Asperationsprinzips ist die Strafe auf 80 Tagessätze Geldstrafe bzw. 80 Tage Freiheitsstrafe festzulegen. 6. Täterkomponente

#### **E. 5**

Am 11. Dezember 2019 wurde die Berufungserklärung innert der 20-tägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO erstattet (Urk. 27). Der Beschuldigte verzichtete stillschweigend auf Anschlussberufung.

#### **E. 5.1**

Die amtliche Verteidigung macht demgegenüber mit der Berufungsantwort geltend, es könne von keinem eventualvorsätzlichen Verhalten des Beschuldigten ausgegangen werden. Es sei der Ansicht der Vorinstanz zu folgen, wonach die der Eingrenzungsverfügung beigelegte Karte hätte präzise sowie leserlich gestaltet sein müssen, um insbesondere für einen geflüchteten Menschen, dessen örtliche Kenntnisse von vornherein als beschränkt eingestuft werden müssen, verbindlich zu werden. Es sei aktenkundig, dass diese Voraussetzung vorliegend nicht erfüllt sei. Die rein allgemeine Kenntnis über das Bestehen einer Eingrenzungsverfügung vermöge nicht den Beweis der

Inkaufnahme eines Verstoffes zu vollbringen.

## **E. 5.2**

Dem Vorwurf der Staatsanwaltschaft, der Beschuldigte selbst sei in der Pflicht gewesen, sich bei den zuständigen Stellen über die genauen Rayongrenzen zu erkunden, sei entgegenzusetzen, dass allfällige Erklärungen mangels geografischer Vertrautheit mit dem Gebiet ohnehin fruchtlos geblieben wären. Zudem könne dem Beschuldigten die mangelhafte Gestaltung der Verfügungsbeilege nicht zum Vorwurf gemacht werden. Das Verhalten des Beschuldigten könne, wenn überhaupt, als fahrlässig bezeichnet werden, wonach der subjektive Tatbestand von Art. 119 Abs. 1 AIG als nicht erfüllt anzusehen und der Beschuldigte von diesem Vorwurf freizusprechen sei (vgl. Urk. 51 S. 1).

## **E. 6**

Mit Vorladung vom 9. April 2020 wurden die Parteien zur Berufungsverhandlung vom 29. Juni 2020 vorgeladen (Urk. 32). Aufgrund eines krankheitsbedingten Ausfalls der amtlichen Verteidigerin wurde die Verhandlung auf den 23. September 2020 verschoben (Urk. 35).

- 5 -

## **E. 6.1**

In Bezug auf die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen sowie die Akten verwiesen werden (Urk. 25 S. 10, Urk. 2/15 S. 8 ff., Urk. 14 S. 2 ff.). Ergänzend ist zu wiederholen, dass der Beschuldigte zwischenzeitlich in sein Heimatland Äthiopien zurückgeschafft wurde (Urk. 38). Der Lebensgeschichte des Beschuldigten lassen sich keine strafzumessung relevanten Faktoren entnehmen. Eine besondere Strafempfindlichkeit ist nicht gegeben.

## **E. 6.2**

Die Vorstrafen des Beschuldigten wurden bereits oben aufgeführt. Diese sind einschlägig und strafferhöhend zu würdigen, wobei festzuhalten ist, dass der rechtswidrige Aufenthalt faktisch eine Fortsetzung jener Delikte ist.

## **E. 6.3**

Das Geständnis des Beschuldigten hinsichtlich seines ständigen Aufenthalts in der Schweiz ist nur geringfügig strafmildernd zu berücksichtigen, wurde er doch wie früher in der Schweiz aufgegriffen. In Bezug auf die Missachtung der Ausgrenzung wurde er in flagranti ertappt und gab vor, vom konkreten Rayon keine Kenntnis gehabt zu haben, was widerlegt ist. Diesbezüglich kann ihm kein vollumfängliches Geständnis zugutegehalten werden.

## **E. 6.4**

Aufgrund der dargelegten, leicht strafferhöhend zu berücksichtigenden Elemente der Täterkomponente ist die Strafe auf 90 Tagessätze Geldstrafe bzw. 90 Tage Freiheitsstrafe zu erhöhen.

- 17 - 7. Beschleunigungsgebot

## **E. 7**

Mit Schreiben vom 21. September 2020 teilte die amtliche Verteidigerin mit, dass der Beschuldigte am 18. September 2020 ausgeschafft worden sei (Urk. 37). In der Folge

wurden den Parteien die Ladungen abgenommen und in ihrem Einverständnis mit Verfügung vom 22. September 2020 das schriftliche Verfahren angeordnet (vgl. Urk. 40 f.).

### **E. 7.1**

Das in Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. c UNO-Pakt II festgeschriebene Beschleunigungsgebot verpflichtet die Behörden, das Strafverfahren voranzutreiben, um den Beschuldigten nicht unnötig über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe im Ungewissen zu lassen (BGE 133 IV 158 E. 8; 130 IV 54 E. 3.3.1; 124 I 139 E. 2a; je mit Hinweisen). Entscheidend für die Beurteilung der Angemessenheit der Verfahrensdauer ist eine Gesamtbetrachtung des konkreten Einzelfalls (BGE 130 IV 54 E. 3.3.3; 124 I 139 E. 2c). Von den Behörden und Gerichten kann nicht verlangt werden, dass sie sich ständig einem einzigen Fall widmen. Zeiten, in denen das Verfahren stillsteht, sind unumgänglich. Wirkt keiner dieser Zeitabschnitte stossend, ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen (Urteil des Bundesgerichts vom 12. März 2013, 6B\_51/2013, E. 2.2.). Welche Verfahrensdauer angemessen ist, hängt von den konkreten Umständen ab, die in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind. Kriterien hierfür bilden etwa die Schwere des Tatvorwurfs, die Komplexität des Sachverhaltes, die dadurch gebotenen Untersuchungshandlungen, das Verhalten des Beschuldigten und dasjenige der Behörden sowie die Zumutbarkeit für den Beschuldigten (BGE 130 IV 54, E. 3.3.1 S. 54 f.; 130 I 269 E. 3.1 S. 273; je mit Hinweisen). Die Verletzung des Beschleunigungsgebots ist im Rahmen der Strafzumessung festzustellen und zu würdigen, da die Verfahrensverzögerung nicht geheilt werden kann (BGE 133 IV 158 E. 8 S. 170 m.w.H.). Insoweit gilt das Beschleunigungsgebot als Strafzumessungskriterium nach Art. 47 StGB.

### **E. 7.2**

Die Dauer von Urteilsfällung im ersten erstinstanzlichen Verfahren am

### **E. 7.3**

Die Strafe ist mithin auf 60 Tagessätze Geldstrafe bzw. 2 Monate Freiheitsstrafe zu verringern. Der Anrechnung von 1 Tag Haft steht nichts entgegen. 8. Strafart

### **E. 8**

Mit Eingabe vom 24. September 2020 stellte die Staatsanwaltschaft innert gesetzter Frist die eingangs erwähnten Anträge und begründete diese (Urk. 43). Die amtliche Verteidigung nahm hierzu mit Eingabe vom 20. November 2020 fristgerecht Stellung (Urk. 51). In der Folge erstattete die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 26. November 2020 fristgerecht die Berufungsreplik (Urk. 55), zu welcher sich der Beschuldigte innert gesetzter Frist nicht vernehmen liess (vgl. Urk. 57).

### **E. 8.1**

Mit Änderung vom 19. Juni 2015 wurde das Sanktionenrecht des Strafgesetzbuches per 1. Januar 2018 revidiert (AS 2016 1249). Darin wurden insbesondere die Bestimmungen des StGB zur Wahl der Sanktionsart und deren Vollzug geändert. Vorliegend sind Taten zu beurteilen, welche der Beschuldigte vor Inkrafttreten der neuen Bestimmungen begangen hat. Grundsätzlich hielt das im Tatzeitraum geltende Recht für eine Freiheitsstrafe eine Mindestdauer von 6 Monaten fest (aArt. 40 StGB). Auch unter altem Recht bestand jedoch die Möglichkeit, eine kürzere Freiheitsstrafe anzuordnen, sofern die Voraussetzungen für einen bedingten Strafvollzug nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe nicht vollzogen werden kann (aArt. 41 Abs. 1 StGB). Da vorliegend – wie nachfolgend

noch zu zeigen sein wird – die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe nicht gegeben sind, erweist sich das neue Recht somit nicht milder als das zum Tatzeitpunkt geltende Recht, weshalb die Strafart vorliegend nach altem Recht zu bestimmen ist (Art. 2 Abs. 2 StGB). Auch die Bestimmung zum bedingten Vollzug von Strafen wurde im Rahmen der Revision geändert. Einerseits wurde dabei die gemeinnützige Arbeit gemäss altem Recht als Sanktion entfernt (aArt. 42 Abs. 1 StGB); andererseits wurden die Voraussetzungen für das Vorliegen einer vermuteten Schlechtprognose angepasst: Während nach altem Recht eine vorbestehende Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten sowie auch eine vorbestehende Geldstrafe von 180 Tagessätzen als relevante Vorstrafe galten (aArt. 42 Abs. 2 StGB), sieht das neue Recht lediglich noch eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten als relevante Vorstrafe vor (Art. 42 Abs. 2 StGB). Da die Vorstrafen des Beschuldigten ohnehin unter den relevanten Vorstrafenhöhen liegen (vgl. Urk. 29; Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– und Freiheitsstrafe von 30 Tagen), erweist sich das neue Recht auch in diesem Punkt nicht als milder. Überdies wäre, auch wenn der Beschuldigte eine vorbestehende Geldstrafe von mehr als 180 Tagessätzen aufweisen würde, aufgrund der Übergangsbestimmung zur Änderung vom 19. Juni 2015 auch bei Anwendung des neuen Rechts von einer relevanten Vorstrafe auszugehen. Zusammenfassend erweist sich das neue Recht vorliegend nicht als das mildere Recht, weshalb die Wahl der Strafart und die Vollzugsart nach dem im Tatzeitraum geltenden Recht zu bestimmen sind.

### **E. 8.2**

Das Gericht kann auf eine vollziehbare Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten nur erkennen, wenn die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe (aArt. 42 StGB) nicht gegeben sind und zu erwarten ist, dass eine Geldstrafe nicht vollzogen werden kann (aArt. 41 Abs. 1 StGB). Es hat diese Strafform näher zu begründen (aArt. 41 Abs. 2 StGB). Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97 E. 4.2 mit Hinweisen). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift (BGE 138 IV 120 E. 5.2 mit Hinweis).

### **E. 8.3**

Im vorliegenden Fall sind – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – die Voraussetzungen für eine bedingte Strafe nicht erfüllt und es kann nicht erwartet werden, dass eine gegen den Beschuldigten auszusprechende Geldstrafe in der Schweiz oder in Äthiopien je vollzogen werden können. Entsprechend kommt in Anwendung von aArt. 41 Abs. 1 grundsätzlich lediglich die Ausfällung einer kurzen Freiheitsstrafe in Frage. Aus dem Zweckmässigkeitsaspekt steht im vorliegenden Fall überdies mit Sicherheit fest, dass der Beschuldigte zum Aufenthalt in der Schweiz nicht mehr berechtigt ist. Die Ausfällung einer Freiheitsstrafe hat mithin keine schwerwiegende Auswirkung auf das soziale Umfeld des Beschuldigten, hat er doch das soziale Umfeld in der Schweiz ohnehin verlassen. Aus präventiver Sicht ist zu beachten, dass ihn eine frühere Verurteilung zu einer kurzen unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Tagen nicht von der erneuten Delinquenz bzw. der Fortsetzung der Delinquenz abhielt. Es ist mithin davon auszugehen, dass ihn die

Ausfällung einer Geldstrafe nicht genügend beeindrucken würde. Die Staatsanwaltschaft weist zu Recht darauf hin, dass er bis vor kurzem seinen klaren Willen bekundete, die Schweiz nicht verlassen zu wollen (Urk. 43 S. 3). Er hielt im gesamten Verfahren hartnäckig an seiner falschen Behauptung fest, er sei Eritreer. Es ist nicht erkennbar und wurde auch nicht geltend gemacht, dass er seine Einstellung mittlerweile geändert hat, zumal der Beschuldigte in sein Heimatland Äthiopien ausgeschafft werden musste. Unter diesen Umständen erscheint nunmehr noch die Strafart der Freiheitsstrafe als angemessen, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Straftaten in der Schweiz abzuhalten. Dies gilt für beide vorliegend beurteilten Taten, zumal diese wie erwähnt zusammenhängen. Entgegen der Ansicht der Verteidigung (vgl. Urk. 51 S. 2) ist aufgrund des bisherigen Verhaltens des Beschuldigten im Falle dessen erneuter Einreise mit einem erneut straffälligen Verhalten des Beschuldigten im Bereich des Ausländerrechts zu rechnen.

#### **E. 8.4**

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Bestrafung einer Person wegen rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz (Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG) sowie wegen Missachtung einer im Rahmen der Vollstreckung einer Wegweisung angeordneten Ein- oder Ausgrenzung (Art. 119 Abs. 1 AuG) bei der Wahl der Strafart der EU-Rückführungsrichtlinie vom 16. Dezember 2008 (RL 2008/115/EU) Nachachtung zu schenken. Eine rückführungsrichtlinien-konforme Anwendung von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG verlangt, dass auf die Verhängung und den Vollzug einer Freiheitsstrafe verzichtet wird, wenn gegen den Betroffenen mit illegalem Aufenthalt ein Wegweisungsentscheid erging und die erforderlichen Entfernungsmassnahmen noch nicht ergriffen wurden. Die Verhängung einer Geldstrafe ist mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar, vorausgesetzt sie erschwert das Verfahren der Entfernung nicht. Im Gegensatz zu einer Freiheitsstrafe kann eine Geldstrafe unabhängig von den für die Umsetzung der Wegweisung erforderlichen Massnahmen ausgesprochen werden (BGE 143 IV 249, Regeste und E. 1.6.2 bis 1.9 S. 257 ff. mit Hinweisen; Urteil 6B\_1055/2017 vom 9. November 2017 E. 2.6.1). Die Richtlinie steht mithin der Bestrafung wegen illegalen Aufent-

- 21 - halts nicht entgegen. Eine Bestrafung darf aber die effektive Rückführung nicht gefährden (BGE 143 IV 249 E. 1.4.3 S. 254 f., E. 1.5 S. 256 und E. 1.9 S. 261).

#### **E. 8.5**

Vorliegend erweist sich, wie bereits erwogen, die Ausfällung einer Freiheitsstrafe im konkreten Fall als einzige geeignete Strafart. Vorliegend hat der Beschuldigte die Schweiz bereits dauerhaft verlassen. Entsprechend steht die EU-Rückführungsrichtlinie der Anordnung einer in concreto notwendigen Freiheitsstrafe nicht im Weg. 9. Fazit Der Beschuldigte ist – wie von der Staatsanwaltschaft beantragt – gesamthaft mit einer Freiheitsstrafe von 2 Monaten zu bestrafen, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist. V. Vollzug 1. Das Gericht schiebt 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 (aArt. 42 Abs. 1 StGB). 2. Vorliegend ist der Beschuldigte zu einer Freiheitsstrafe von 2 Monaten zu verurteilen. Die objektiven Voraussetzungen des bedingten Vollzuges der Freiheitsstrafe wären daher erfüllt. Der Beschuldigte wurde jedoch innerhalb der letzten Jahre einschlägig straffällig.

Wie oben dargelegt war er im Strafverfahren weder einsichtig noch reuig. Der Vollzug einer früheren Freiheitsstrafe von 30 Tagen hielt ihn nicht von einer erneuten, einschlägigen Delinquenz ab, wobei die vorliegenden Straftaten eine Fortsetzung und Steigerung des bisherigen deliktischen Verhaltens darstellen. Es ist ihm mithin eine ungünstige Prognose zu stellen. Entsprechend ist die Freiheitsstrafe zu vollziehen. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Gebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

- 22 - 2. Ausgangsgemäss sind dem Beschuldigten die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sowie des Berufungsverfahrens vollumfänglich aufzuerlegen, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten ist gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten. 3. Die amtliche Verteidigung hat trotz Fristansetzung (Urk. 57) keine Honorarnote für ihre Aufwendungen eingereicht. Sie ist für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren nach den Grundsätzen der Anwaltsgebührenverordnung gemäss § 2 AnwGebV (Bedeutung und Schwierigkeit des Falls), der benötigten Zeit für Korrespondenz und die zweiseitige Berufungsantwort (Urk. 51) von Amtes wegen mit pauschal Fr. 1'500.– (inkl. MwSt. und Auslagen) zu entschädigen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Andelfingen, Einzelgericht, vom 5. November 2019 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: " Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig des vorsätzlichen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG. 2.-4. (...) 5. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf Fr. 400.–. (...). 6. (...) 7. (Mitteilung) 8. (Rechtsmittel) "

- 23 - 2. Es wird davon Vormerk genommen, dass die weiteren Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens von der Vorinstanz wie folgt festgelegt wurden: Fr. 1'000.– Gebühr für das Vorverfahren Fr. 1'430.– amtliche Verteidigung 3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist ferner schuldig der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung i.S.v. Art. 119 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG. 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 2 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist. 3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen. 4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 1'500.– amtliche Verteidigung 5. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sowie des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 6. Schriftliche Mitteilung 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

- 24 - und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A – die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten. 7. 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 Bundes- gerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichts- gesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 10. Februar 2021 Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. S. Volken M.A. HSG M. Wolf-Heidegger

## **E. 9**

Das Verfahren erweist sich als spruchreif. II. Prozessuales 1. Mit der Berufung wird der Freispruch der Vorinstanz vom Vorwurf der Miss- achtung der Ein- oder Ausgrenzung i.S.v. Art. 119 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG (Dispositiv-Ziff. 2), die Sanktion sowie deren Vollzug (Dispositiv-Ziffern 3 und 4) und schliesslich die Kostenfolgen zu Lasten des Staates angefochten (Dispositiv-Ziffern 5 Abs. 2 und 6). 2. Unangefochten und damit in Rechtskraft erwachsen ist das vorinstanzliche Urteil somit hinsichtlich des Schuldspruchs betreffend rechtswidrigen Aufenthalt (Dispositiv-Ziffer 1) sowie betreffend die Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 5 Abs. 1). Die Rechtskraft ist vorab mittels Beschluss festzustellen. 3. Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr für das erstinstanzliche Gerichts- verfahren auf Fr. 400.– fest (Dispositiv-Ziffer 5 Absatz 1). Diese Kostenfestset- zung ist, wie bereits gesehen, in Rechtskraft erwachsen. Zwar geht aus der ange- fochtenen Kostauflage der Vorinstanz sinngemäss hervor, auf welchen Betrag sich die Kosten des Strafbefehls- und des anschliessenden Untersuchungsverfah-

- 6 - rens beliefen (Dispositiv-Ziffer 5 Absatz 2); da diese Bestimmung jedoch (betref- fend Kostenaufgabe) angefochten wurde und somit nicht im Rechtskraftsbeschluss erscheint, und da die Vorinstanz überdies die Entschädigung der amtlichen Ver- teidigerin für das erstinstanzliche Verfahren mit separatem (Teil-)Urteil festlegte (Urk. 23), rechtfertigt es sich vorliegend, die vorinstanzliche Festsetzung der wei- teren Kosten erneut zusammenfassend festzuhalten, um Missverständnisse zu verhindern. Gemäss Urteil der Vorinstanz vom 5. November 2019 beliefen sich die weiteren Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens auf Fr. 1'000.– (Gebühr für das Vorverfahren; Urk. 21 S. 14) sowie gemäss (Teil-)Urteil vom 10. Dezember 2019 auf 1'430.– (Kosten der amtlichen Verteidigung). Von der vorinstanzlichen Festsetzung dieser weiteren Kosten ist der Vollständigkeit halber vorab mittels Beschluss Vormerk zu nehmen. III. Schuldpunkt 1. Vorgeschichte

## **E. 12**

Juni 2018 bis zum Versand der begründeten Ausfertigung jenes Urteils am 28. November 2018 (vgl. Urk. 2/26 und Urk. 2/31/1) erscheint unerklärlich lange und dem Verfahren und insbesondere der geringen Komplexität in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht nicht angemessen, war doch damit die grundsätzlich 60-tägige Frist zur Begründung des Urteils gemäss Art. 84 Abs. 4 StPO deutlich überschritten. Zu Recht nahm die Vorinstanz daher aufgrund der unerklärlichen Lücken in ihrem ersten Verfahren eine Strafminderung aufgrund der Verletzung des Beschleunigungsgebotes vor.

- 18 -