

# ZH\_OBERGERICHT SB200145 vom 5. Oktober 2020

ZH Obergericht, 2020-10-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB200145](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200145)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB200145 du 5 octobre 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT SB200145 del 5 ottobre 2020

## Erwägungen

### E. 1

Erstes Berufungsverfahren

#### E. 1.1

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, vom 9. Januar 2019 wurde der Beschuldigte der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 74 Abs. 1 und 2 AIG schuldig gesprochen und mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 90 Tagen bestraft. Im Übrigen wurde über die Kosten- und Entschädigungsfolgen entschieden (Urk. 33 S. 17).

#### E. 1.2

Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte am 15. Januar 2019 Berufung anmelden (Urk. 26; Prot. I S. 13) und nach Erhalt des begründeten Urteils am 13. Juni 2019 (Urk. 32/2) fristgerecht seine Berufungserklärung einreichen (Urk. 35). Mit Präsidialverfügung vom 4. Juli 2019 wurde die Berufungserklärung des Beschuldigten der Staatsanwaltschaft zugestellt und dieser Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder einen Nichteintretensantrag zu stellen. Mit Eingabe vom 8. Juli 2019 erklärte die Staatsanwaltschaft ihren Verzicht auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 38). Am 31. Juli 2019 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 18. Oktober 2019 vorgeladen (Urk. 40).

#### E. 1.3

Nach der Durchführung der Berufungsverhandlung erging gleichentags das erste Berufungsurteil, mit welchem das Strafverfahren gegen den Beschuldigten eingestellt und die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse genommen wurden (Urk. 46 S. 15 f.).

#### E. 1.4

Gegen dieses Urteil erhob die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich am 27. November 2019 Beschwerde in Strafsachen am Bundesgericht (Urk. 53/2). Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft

- 7 - mit Urteil vom 11. März 2020 gut, hob das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 18. Oktober 2019 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die erkennende Kammer zurück (Urk. 57 = Urk. 59).

### E. 2

Dass der Beschuldigte den objektiven Tatbestand von Art. 119 Abs. 1 AuG erfüllte, indem er sich am Bahnhof B.\_\_\_\_\_, und damit ausserhalb des Ein- grenzungsgebiets der

Gemeinde C.\_\_\_\_\_ aufhielt, ist unbestritten.

### **E. 2.1**

Im ersten Berufungsverfahren SB190317 fielen die Gerichtsgebühren zufolge der Verfahrenseinstellung ausser Ansatz. Die Kosten der amtlichen Verteidigung wurden zufolge der Verfahrenseinstellung auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 46 S. 16). Nach dem bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid unterliegt der Beschuldigte nun im Berufungsverfahren vollumfänglich. Demzufolge sind die Kosten für das erste Berufungsverfahren neu zu regeln. Die Gerichtsgebühr für das erste Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die amtliche Verteidigung ist gemäss ihrer Honorarnote für den ihr im ersten Berufungsverfahren entstandenen Aufwand mit Fr. 2'020.– (inkl. Auslagen und MWST) aus der Gerichtskasse zu entschädigen (vgl. Urk. 44). Die Kosten des ersten Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, sind sodann dem Beschuldigten aufzuerlegen, zufolge seiner schlechten finanziellen Verhältnisse aber abzuschreiben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das erste Berufungsverfahren sind aus demselben Grund definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

### **E. 2.2**

Die Kosten des zweiten Berufungsverfahrens SB200145 sind entstanden, weil das erste Berufungsurteil der erkennenden Kammer im bundesgerichtlichen Verfahren aufgehoben wurde. Sie sind demgemäss, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung für das zweite Berufungsverfahren, auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 3 lit. a StPO).  
3. Die amtliche Verteidigung ist für ihre Aufwendungen im zweiten Berufungsverfahren gemäss ihrer Honorarnote mit Fr. 1'496.– (inkl. Auslagen und MWST) aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Urk. 81).

- 26 - Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, vom 9. Januar 2019 bezüglich der Dispositivziffern 4 (Kostenfestsetzung) und 5 (Honorar amtliche Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung i.S.v. Art. 119 AuG. 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 90 Tagen Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist. 3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen. 4. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 6 und 7) wird bestätigt. 5. Die Gerichtsgebühr für das erste Berufungsverfahren SB190317 wird festgesetzt auf: Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 2'020.00 amtliche Verteidigung. 6. Die Kosten des ersten Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch abzuschreiben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen. 7. Die Gerichtsgebühr für das zweite Berufungsverfahren SB200145 fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen Fr. 1'496.– (amtliche Verteidigung).

- 27 -

### **E. 3**

In Bezug auf den subjektiven Tatbestand wandte die Verteidigung im ersten Berufungsverfahren ein, dass dieser nicht erfüllt sei, da hierfür wenigstens eine eventualvorsätzliche Tatbegehung vorliegen müsse, der Beschuldigte aber höchstens fahrlässig gehandelt habe (Urk. 21 S. 7; Urk. 43 S. 2 ff.).

### **E. 3.1**

Innerhalb des Strafrahmens bemisst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB; vgl. zu den Einzelheiten BGE 123 IV 49 E. 2 und BGE 136 IV 55).

### **E. 3.2**

In ihren Erwägungen zur objektiven Tatschwere der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung erwog die Vorinstanz zutreffend, dass der Beschuldigte die Eingrenzung nur während eines kurzen Zeitraums missachtet und sich auch noch nicht weit vom Rayon der Eingrenzung entfernt hatte. In subjektiver Hinsicht handelte der Beschuldigte eventualvorsätzlich. Vor diesem Hintergrund gewichtete die Vorinstanz das Verschulden des Beschuldigten als leicht (Urk. 33 S. 12), was angemessen erscheint und daher zu übernehmen ist.

### **E. 3.3**

Angesichts des insgesamt als leicht zu qualifizierenden Verschuldens erweist sich für die Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung die Festlegung einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen bzw. einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen als hypothetische Einsatzstrafe als angemessen. 4. Zu seinem Vorleben und seinen persönlichen Verhältnissen machte der Beschuldigte im Vorverfahren und vor Vorinstanz keine Angaben (vgl. Urk. 2/4 S. 4 f.; Prot. I S. 10 f.).

### **E. 3.4**

Vor dem Hintergrund, dass der Beschuldigte in seiner ersten Einvernahme unmittelbar nach der Tatbegehung seiner Eingrenzung die Rechtmässigkeit

absprach und angab, die Eingrenzung bewusst missachtet zu haben und sie auch in Zukunft nicht zu beachten, ist seine spätere, völlig konträre Darstellung, wonach er den Grenzverlauf des Eingrenzungsgebiets gar nicht habe kennen können und er dieses Gebiet nicht wissentlich verlassen habe, als nachgeschobene Schutzbehauptung zu qualifizieren.

### **E. 3.5**

Selbst wenn aber über das anfängliche Eingeständnis des Beschuldigten, vorsätzlich gehandelt zu haben, hinweggesehen würde, läge dennoch nicht eine fahrlässige, sondern eine eventualvorsätzliche Tatbegehung vor.

#### **E. 3.5.1**

Der Beschuldigte wurde per 15. September 2017 von der Notunterkunft ... in F.\_\_\_\_\_ in die Notunterkunft C.\_\_\_\_\_ umplatziert (Urk. 3/1 S. 2). Zum Zeitpunkt der Tatbegehung am 25. Juli 2018 lebte er mithin bereits mehr als 10 Monate in der Gemeinde C.\_\_\_\_\_, weshalb ihm das Gemeindegebiet zum Tatzeitpunkt nicht völlig fremd sein konnte und er zumindest eine grobe Ahnung von den Dimensionen des Eingrenzungsgebiets und dessen ungefähren Grenzverlauf haben musste. Letzterer ist auch auf der Karte ersichtlich, welche dem Beschuldigten am 27. September 2018 ausgehändigt wurde (Urk. 3/3 und Urk. 10/3 S. 450). Dass die Lesbarkeit der Karte unter der fehlenden farblichen Unterscheidungen und der nicht verzeichneten Strassennamen leidet, wie dies der Beschuldigte und seine Verteidigung geltend machen, trifft grundsätzlich zu. Wie die Vorinstanz aber zutreffend erwog (Urk. 33 S. 10), sind auf der Karte der allgemeine Strassenverlauf, Kreisel

und Kreuzungen, welche als Orientierungshilfen genutzt werden können, gut erkennbar. Beachtlich ist insbesondere der markante Ver-kehrsknotenpunkt im Norden des Eingrenzungsgebiets. Dort befindet sich eine mehrspurige Hauptstrasse, welche quer über die Autobahn führt und mit dieser durch mehrere Ausfahrts- bzw. Zufahrtsschlaufen verbunden ist. Der Karte kann entnommen werden, dass die Nordgrenze des Eingrenzungsgebiets, welche der Beschuldigte zwingend überqueren musste, um zur Limmat beim Bahnhof B.\_\_\_\_\_ zu gelangen, entlang ebendieser Hauptstrasse verläuft (vgl. Urk. 10/3 S. 450). Der Beschuldigte hätte damit bereits aufgrund dieser in der Karte ersichtlichen Information wissen müssen, dass dieser Verkehrsknotenpunkt und die dort

- 12 - quer zur Autobahn verlaufende Hauptstrasse die Nordgrenze des Eingrenzungsgebiets markiert und er diese nicht passieren darf.

### **E. 3.5.2**

Weiter wäre es dem Beschuldigten auch möglich gewesen, sich im Vorfeld seines geplanten Ausfluges an die Limmat genauer über den Grenzver- lauf der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ zu informieren. Der Beschuldigte gab sowohl im Vor- verfahren als auch vor Vorinstanz und anlässlich der Berufungsverhandlung vom 9. Januar 2018 zu Protokoll, dass sein Mobiltelefon über ein Navigationsgerät ver- füge, welches aber die Gemeindegrenzen von C.\_\_\_\_\_ nicht anzeige (Urk. 2/9 S. 1 f.; Prot. I S. 9; Prot. II S. 8). Es ist nicht bekannt, welche Art von Navigations- gerät bzw. Karten-App der Beschuldigte zum anklagegegenständlichen Zeitpunkt benutzt hat. Ebenso wenig lässt sich verifizieren, ob das vom Beschuldigten ge- nutzte Navigationssystem die Gemeindegrenzen von C.\_\_\_\_\_ effektiv nicht an- zeigte bzw. anzeigen konnte. Ungeachtet dessen wäre es dem Beschuldigten aber immerhin möglich gewesen, den auf der ihm ausgehändigten Karte abgebil- deten Strassenverlauf mit dem auf seinem Navigationsgerät angezeigten Stras- senverlauf abzugleichen und so zu eruieren, ob sich die Limmat noch im Eingren- zungsgebiet befindet, oder nicht. Im Übrigen wäre es ihm auch möglich gewesen, sich im Internet über die Gemeindegrenzen von C.\_\_\_\_\_ zu informieren. Auf der allgemein bekannten Website "Google Maps" – oder in der entsprechen- den Gra- tis-App für das Mobiltelefon – werden durch die blosse Eingabe des Suchbegriffs "C.\_\_\_\_\_" automatisch die Gemeinde C.\_\_\_\_\_ und deren Grenzverlauf ange- zeigt. Aufgrund einer solchen Suchanfrage hätte der Beschuldigte ebenfalls er- kennen können, dass sich die Limmat ausserhalb des Eingrenzungsgebiets be- findet.

### **E. 3.5.3**

Schliesslich hätte der Beschuldigte auch einfach beim Betreuungspers- onal der Notunterkunft nachfragen können, ob ein Ausflug an die Limmat mit seiner Eingrenzung vereinbar sei.

### **E. 3.5.4**

Der Beschuldigte sah indessen gänzlich davon ab, sich in irgendeiner Form darüber zu informieren, ob sich die Limmat beim Bahnhof B.\_\_\_\_\_ noch in- nerhalb des Eingrenzungsgebiets befindet. Er zog im Gegenteil einfach los und dies, obwohl er gemäss eigenen Aussagen keinerlei Ahnung vom Grenzverlauf

- 13 - des Eingrenzungsgebiets gehabt habe. Angesichts seiner geltend gemachten Ah- nungslosigkeit musste er folglich mit der Möglichkeit rechnen, dass ihn der Weg zur Limmat aus dem Eingrenzungsgebiet herausführen könnte. Zwischen der Notunterkunft in

C.\_\_\_\_\_ und der Limmat beim Bahnhof B.\_\_\_\_\_ liegt eine beträchtliche Gehdistanz von mehr als 3 Kilometern (vgl. Google Maps unter <https://tinyurl.com/y4g7x94t>). Die Wahrscheinlichkeit, das Eingrenzungsgebiet zu verlassen, wird mit zunehmend zurückgelegter Distanz naturgemäss immer grösser. Der Beschuldigte konnte somit nicht ernsthaft darauf vertrauen, dass sich seine Zieldestination noch innerhalb des Eingrenzungsgebiets befinden würde. Dass er trotz seiner geltend gemachten Unkenntnis über den Grenzverlauf des Eingrenzungsgebiets einfach loszog, ohne sich vorgängig über die Vereinbarkeit seines Tuns mit der Eingrenzung zu informieren, und dass er die weite Strecke bis zum Bahnhof B.\_\_\_\_\_ zurücklegte, lässt darauf schliessen, dass es ihn schlicht nicht kümmerte, ob sich sein Ziel noch innerhalb des Eingrenzungsgebiets befand oder nicht. Damit nahm er den Taterfolg zumindest in Kauf. Vor diesem Hintergrund ist das Handeln des Beschuldigten als jedenfalls eventualvorsätzliches zu qualifizieren.

### **E. 3.6**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte den Tatbestand der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG erfüllt hat.

### **E. 4**

Wie bereits vor Vorinstanz, bringt die Verteidigung auch im Berufungsverfahren vor, dass eine Verurteilung des Beschuldigten wegen Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur EU-Rückführungsrichtlinie erst dann zulässig sei, wenn die zuständigen Behörden alles ihnen Zumutbare unternommen hätten, um die Wegweisung des Betroffenen zu vollziehen, der Vollzug indessen am Verhalten des Betroffenen scheitere (Urk. 21 S. 2; Urk. 73 S. 2 f.).

### **E. 4.1**

Anlässlich seiner Befragung im Rahmen des ersten Berufungsverfahrens gab der Beschuldigte zu Protokoll, dass er an einem ihm nicht bekannten Ort geboren und mit seinen zwei Geschwister in Litauen bei seinen Eltern aufgewachsen sei.

Weiter gab er an, an einer Polytechnischen Universität Radio-Elektronik studiert zu haben. Er sei in Litauen verheiratet gewesen, sei nun aber geschieden. Er habe zwei Kinder, wobei diese aber nicht in der Schweiz wohnen würden. Seinen Lebensunterhalt bestreite er mit finanziellen Mitteln, welche er in der Notunterkunft erhalte. Schulden habe er keine. Aktuell absolviere er selbständig eine Ausbildung im Programmieren und Internet-Marketing (Prot. II S. 5 ff.). Im zweiten Berufungsverfahren gab die Verteidigung zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergänzend an, dass dieser seinen Lebensunterhalt mit Nothilfe in der Höhe von Fr. 10.– pro Tag bestreite (Urk. 73 S. 5).

### **E. 4.2**

Aus den persönlichen Verhältnissen ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Umstände.

### **E. 4.3**

Die Vorinstanz wies bei der Urteilsfällung am 9. Januar 2019 zutreffend darauf hin, dass der Beschuldigte während seines bisherigen Aufenthalts in der Schweiz zahlreiche Eintragungen im Strafregister erwirkt habe (Urk. 33 S. 12). Mittlerweile wurde die Verurteilung des Beschuldigten aus dem Jahre 2010 wegen rechtswidriger Einreise,

rechtswidrigem Aufenthalt, geringfügiger (teilweise ver- suchter) Widerhandlungen gegen das AuG gelöscht (vgl. Urk. 41 und Urk. 80), weshalb sie bei der Strafzumessung nicht mehr zu berücksichtigen ist. Die übri- gen vom Beschuldigten erwirkten sechs Vorstrafen aus den Jahren 2011 bis 2016 (rechtswidriger Aufenthalt und geringfügiger Diebstahl [09.02.2011]; versuchter Diebstahl und Hausfriedensbruch [17.02.2011]; rechtswidriger Aufenthalt und ge- ringfügige Widerhandlung gegen das AuG [09.10.2012]; mehrfache Sachbeschä- digung [26.02.2013]; rechtswidriger Aufenthalt und geringfügige Widerhandlung gegen das AuG [30.01.2014]; rechtswidriger Aufenthalt [17.03.2016]) wirken sich – trotz des Wegfalls der Vorstrafe aus dem Jahre 2010 – merklich strafferhöhend aus. Die hypothetische Einsatzstrafe ist entsprechend um 30 Tagessätze bzw. 30 Tage zu erhöhen.

#### **E. 4.4**

Der Beschuldigte zeigte sich weder vor Vorinstanz, noch in den beiden Berufungsverfahren geständig, reuig oder einsichtig. Sein Nachtatverhalten kann damit nicht strafmindernd berücksichtigt werden.

- 22 - 5. Vor dem Hintergrund vorstehender Erwägungen erweist sich eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen bzw. eine Freiheitsstrafe von 90 Tagen als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessenen. 6. Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweck- mässigkeit 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 S. 100, mit Hinweisen). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll nach konstanter Rechtsprechung bei alternativ zur Verfügung stehenden und hin- sichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen ein- greift (BGE 138 IV 120 E. 5.2 S. 123; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_125/2018 vom 14. Juni 2018 E. 1.3.2). Für Strafen von weniger als sechs Monaten ist grundsätzlich eine Geldstrafe auszusprechen (Art. 34 Abs. 1, Art. 40 und Art. 41 Abs. 1 aStGB).

#### **E. 5**

Die Staatsanwaltschaft stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Verwaltungsbehörden alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt hätten. Der Vollzug der Rückkehr sei einzig und alleine am Verhalten des Beschuldigten gescheitert, welcher nicht bereit sei, seine richtigen Personalien bekanntzugeben, bei der Papierbeschaffung mitzuwirken oder gar freiwillig in seine Heimat zurückzukehren. Selbst die Anordnung einer sechsmo- natigen Ausschaffungshaft oder diverse Eingrenzungsverfügungen seien ohne Wirkung geblieben. Eine strafrechtliche Sanktionierung des Beschuldigten würde dessen Rückführung folglich weder verzögern noch verhindern. Wenn die Vertei- digung sich auf den Standpunkt stelle, dass das Rückführungsverfahren auch heute noch nicht abgeschlossen sei, dann sei dies klar aktenwidrig. So sei die Identitätsabklärung betreffend den Beschuldigten bereits zum Zeitpunkt des ers- ten Berufungsverfahrens abgeschlossen gewesen. Auch hätten sich nach der Ef- fektenkontrolle im Februar 2018 keine (neuen) Erkenntnisse betreffend das Her- kunftsland des Beschuldigten ergeben. Entgegen der Ansicht der Verteidigung sei das verwaltungsrechtliche Rückführungsverfahren der Migrationsbehörde des Kantons Zürich abgeschlossen, so dass einer strafrechtlichen Verurteilung des Beschuldigten keine verwaltungsrechtlichen Massnahmen mehr entgegenstehen würden (Urk. 77 S. 2).

## **E. 6**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Rückführungsrichtlinie auf eine Bestrafung wegen Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung anwendbar, wenn die Ein- oder Ausgrenzung nicht wegen eines die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdenden Verhaltens des Täters (Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG), sondern (ausschliesslich) zur Durchsetzung seiner Wegweisung (Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG) angeordnet wurde (BGE 143 IV 264 ff., Erw. 2.6.2). In der Verfügung vom 15. September 2016 erwog das Migrationsamt des Kantons Zürich, dass der Beschuldigte mit rechtskräftigem Entscheid vom 12. November 2009 aus der Schweiz weggewiesen worden sei. Er habe sich aber der behördlichen Anordnung zur Ausreise aus der Schweiz widersetzt und die Ausreisefrist unbenützt verstreichen lassen, weshalb die Voraussetzungen für die Anordnung einer Eingrenzung im Sinne von Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG erfüllt seien (Urk. 10/3 S. 415). Da die Eingrenzung somit nicht aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

- 16 - aufgrund eines gefährdenden Verhaltens, sondern ausschliesslich zur Durchsetzung der Wegweisung angeordnet wurde, gelangt demnach die EU-Rückführungsrichtlinie zur Anwendung.

### **E. 6.1**

Wie zu zeigen sein wird, können für den Beschuldigten die Voraussetzungen für die Ausfällung einer bedingten Strafe nicht mehr bejaht werden (nachstehend, Erw. VI.2.). Das Kriterium der ungünstigen Legalprognose i.S.v. Art. 41 Abs. 1 aStGB ist somit erfüllt.

### **E. 6.2**

Um auf eine Freiheitsstrafe erkennen zu können, darf ausserdem nicht zu erwarten sein, dass eine Geldstrafe vollzogen werden könnte (Art. 41 Abs. 1 aStGB). Die Vollstreckungsprognose hat dabei anhand der konkret festgesetzten Anzahl und Höhe von Tagessätzen zu erfolgen (OFK/StGB-HEIMGARTNER, 20. Auflage 2018, N 3 zu Art. 41 StGB, mit Hinweis auf BGE 134 IV 78 f.). Zu den finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten ist zu bemerken, dass dessen einzige Einnahmequelle in der ihm täglich ausgerichteten Nothilfe im Betrag von Fr. 10.– besteht. Die angemessene Tagessatzhöhe der auszufällenden Geldstrafe von 90 Tagessätzen wäre folglich mit Fr. 10.– zu bemessen. Die Vollstreckbarkeit der Geldstrafe hängt sodann ausschliesslich von der Bereitschaft des Beschuldigten ab, sich im Rahmen seiner ohnehin schon äusserst prekären finanziellen Situation noch zusätzlich weiter einzuschränken. Angesichts der von ihm seit nun-

- 23 - mehr knapp 11 Jahren an den Tag gelegten Verweigerungshaltung gegenüber jedlichen behördlichen Anordnungen kann indessen nicht von einer solchen für die Bezahlung der Geldstrafe notwendigen Zahlungsbereitschaft des Beschuldigten ausgegangen werden. Die Vollstreckbarkeit der Geldstrafe ist aus den genannten Gründen zu verneinen. Eine Geldstrafe fällt daher nicht in Betracht, und es ist in Anwendung von Art. 41 Abs. 1 aStGB eine Freiheitsstrafe auszusprechen. 7. Zusammengefasst ist der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 90 Tagen zu bestrafen. Der Anrechnung der erstandenen Haft von 1 Tag auf die Freiheitsstrafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). VI. Vollzug 1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und 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 (Art. 42 Abs. 1 aStGB). Materiell genügt demnach das Fehlen einer ungünstigen Prognose, mithin die

Abwesenheit der Befürchtung, der Täter werde sich nicht bewähren (BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 5 f.). Die Prüfung der Bewährungsansichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen (vgl. dazu im Einzelnen: BGE 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5 mit Hinweisen). 2. Aufgrund der Strafhöhe von 90 Tagen Freiheitsstrafe sind die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Vollzugs erfüllt. Es stellt sich folglich die Frage, ob für den Beschuldigten auch die subjektiven Voraussetzungen beachtet werden können.

## **E. 7**

Das Bundesgericht hat sich mit der Anwendung der EU-Rückführungsrichtlinie und dem Verhältnis zur innerstaatlichen Sanktionierbarkeit während des Rückführungsverfahrens bereits mehrfach befasst. Auf diese grundlegenden Erwägungen kann verwiesen werden (vgl. BGE 143 IV 249 E. 1.6). Demzufolge räumt die EU-Rückführungsrichtlinie dem verwaltungsrechtlichen Rückführungsverfahren den Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen ein. Nationale Strafbestimmungen sind jedoch nicht ausgeschlossen, wenn im verwaltungsrechtlichen Verfahren alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt worden ist, dieser indessen am Verhalten des Betroffenen scheitert (vgl. Urteile des Bundesgerichtes 6B\_139/2014 vom 5. August 2014 E. 2; 6B\_188/2012 vom 17. April 2012 E. 5; 6B\_617/2012 und 6B\_618/2012 vom 11. März 2013 E. 1.5) und die Ausreise objektiv möglich ist (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_482/2010 vom 7. Oktober 2010 E. 3.2.2 und 3.2.3). Zur Art der zu ergreifenden Massnahmen bzw. Zwangsmassnahmen äussert sich die EU-Rückführungsrichtlinie nicht. Gemäss der europäischen Rechtsprechung beziehen sich die Begriffe Massnahmen und Zwangsmassnahmen aber auf jegliches Vorgehen, das auf wirksame Weise unter Beachtung der Verhältnismässigkeit zur Rückkehr des Betroffenen führt (BGE 143 IV 249 E. 3.1 mit Hinweis auf das Urteil des EuGH C-329/11 vom 6. Dezember 2011 in Sachen Achughabian). Zwangsmassnahmen zur Durchführung der Abschiebung sind schliesslich nur als letztes Mittel vorzunehmen (Art. 8 Abs. 4 Rückführungsrichtlinie). Wenn die Anwendung von Zwangsmassnahmen die Rückführung nicht ermöglicht hat, ist eine Bestrafung auch gemäss Rechtsprechung des EuGH zur EU-Rückführungsrichtlinie wieder zulässig. Bei einer unmöglichen zwangsweisen Rückschaffung steht der strafrechtlichen Sanktionierung mithin nichts entgegen, wobei die Durchsetzungshaft zuvor nicht angeordnet werden muss (OFK/Migrationsrecht-ZÜND, 5. Auflage 2019, N 12 zu Art. 115 AIG).

### **E. 7.1**

Mit Verfügung des Staatssekretariats für Migration vom 12. November 2009 wurde das Asylgesuch des Beschuldigten abgelehnt und dessen Wegwei-

- 17 - sung aus der Schweiz verfügt (Urk. 62 S. 19 ff.). Dieser Wegweisungsentscheid erwuchs in Rechtskraft, als die vom Beschuldigten dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25. November 2009 abgewiesen wurde (Urk. 62 S. 8 ff.). In der Folge wurde der Beschuldigte verpflichtet, die Schweiz mit Eintritt der Rechtskraft der Verfügung des Staatssekretariats für Migration vom 12. November 2009 zu verlassen (Urk. 62 S. 40). Dieser Verpflichtung kam er indessen bis heute nicht nach. Auch die zahlreichen nachfolgenden Aufforderungen, die Schweiz zu verlassen, wurden vom Beschuldigten nicht befolgt (Urk. 62 S. 103, S. 111, S. 151, S. 226 ff., S. 318, S. 339, S. 367, S. 390, S. 411, S. 474 und S. 539). Am 20. Januar 2010 wurde der Beschuldigte in

Ausschaffungshaft versetzt, aus welcher er nach der Dauer von 6 Monaten am 19. Juli 2010 wieder entlassen wurde (Urk. 62 S. 68, 74 ff., 90 ff. und 103). Mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 12. Februar 2014 wurde er auf das Gemeindegebiet von G.\_\_\_\_\_ eingegrenzt, wobei die Eingrenzung am 15. Oktober 2014 wieder aufgehoben wurde (Urk. 62 S. 348 ff. und 368). Am 15. September 2016 wurde der Beschuldigte wiederum für die Dauer von zwei Jahren auf das Gemeindegebiet von E.\_\_\_\_\_ eingegrenzt (Urk. 62 S. 414 ff.). Mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 15. September 2017 wurde diese Eingrenzung auf das Gemeindegebiet von C.\_\_\_\_\_ ausgedehnt (Urk. 62 S. 454 f.). Aufgrund der Weigerung des Beschuldigten, seine Herkunft offenzulegen, unternahmen die Migrationsbehörden zahlreiche Abklärungsversuche, welche aber allesamt ergebnislos blieben (Urk. 62 S. 1 ff. [betreffend Litauen]; Urk. 62 S. 194, 303, 311 und 364 [betreffend Weissrussland]; Urk. 62 S. 229 und 258 [betreffend Armenien]). Am 31. Januar 2018 erteilte das Migrationsamt des Kantons Zürich der Kantonspolizei Zürich den Auftrag zur Durchführung einer Effektenkontrolle beim Beschuldigten und zur Auswertung von dessen Mobiltelefon und Laptop (Urk. 62 S. 483 f.). Aufgrund dieser Effektenkontrolle ergab sich der Verdacht, dass der Beschuldigte, nicht wie von ihm behauptet, aus Litauen, sondern aus der Ukraine stammen könnte (Urk. 62 S. 511). Die anlässlich der Effektenkontrolle erstellten Fotoaufnahmen von Kontaktdaten und Fotografien, welche auf dem Mobiltelefon und dem Laptop des Beschuldigten gesichtet wurden, wurden vom Migrationsamt des Kantons Zürich dem Staatssekretariat für Migration zur Auswertung

- 18 - und weiteren Recherche weitergeleitet (Urk. 62 S. 517). Aus der Auswertung der Effektenkontrolle durch das SEM ergaben sich jedoch keine Hinweise auf die wahre Identität oder die Herkunft des Beschuldigten (Urk. 62 S. 582 und S. 585). Am 5. Oktober 2018 verfügte das Migrationsamt des Kantons erneut die Eingrenzung des Beschuldigten auf das Gemeindegebiet von C.\_\_\_\_\_ für die Dauer von einem Jahr (Urk. 62 S. 574). Die von ihm gegen diesen Verfügung erhobene Beschwerde wurde mit Urteil des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich, 1. Abteilung, vom 20. September 2019 abgewiesen (vgl. Urk. 62 S. 588 ff., S. 619 ff., S. 640 ff. und S. 663 ff.).

## **E. 7.2**

Aus den vorstehenden Erwägungen erhellt, dass die zwangsweise Rückführung des Beschuldigten trotz umfassender Bemühungen der Migrationsbehörden, welche von zahlreichen Identitätsabklärungen (inkl. Effektenkontrolle) über die Anordnung von verschiedenen Zwangsmassnahmen (Ausschaffungshaft von 6 Monaten und mehrfache Eingrenzungen) reichten, letztlich erfolglos blieb. Die Erfolglosigkeit der Rückführung ist dabei direkt auf die Verweigerungshaltung des Beschuldigten zurückzuführen. Letzterer verweigert seit nunmehr knapp 11 Jahren äusserst hartnäckig pflichtwidrig jede Mitwirkung und verhindert damit aktiv und nachhaltig den Vollzug der Rückkehrentscheidung. Vor diesem Hintergrund und angesichts des Umstandes, dass die Migrationsbehörden erfolglos die gesamte Bandbreite zumutbarer und verhältnismässiger (Zwangs-)Massnahmen zum zwangsweisen Vollzug der Rückkehrentscheidung angewandt haben, hat das Rückführungsverfahren als gescheitert zu gelten. Die strafrechtliche Sanktionierung des Beschuldigten ist folglich mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit eines erfolgreichen Vollzugs der Rückkehrentscheidung in unmittelbarer Zukunft, mithin eine hinreichende Aussicht auf Abschiebung des Beschuldigten unter Berücksichtigung der in Art. 15 Abs. 5 und 6

EU-Rückführungsrichtlinie festgelegten Zeiträume, nicht erkennbar ist, zumal sich nach wie vor keine Änderung an der vom Beschuldigten seit knapp 11 Jahren an den Tag gelegten Verweigerungshaltung abzeichnet (vgl. Urk. 62 S. 696). Er hält sich mithin auch heute noch ohne erkennbaren Willen zur Ausreise oder zur Kooperation mit den Migrationsbehörden illegal in der Schweiz auf. Eine strafrechtliche Sanktionierung mit einer Geldstrafe oder einer Freiheits-

- 19 - strafe von maximal 90 Tagen (nachfolgend, Erw. V) würde unter Berücksichtigung der aktuellen Umstände denn auch nicht zu einer Verzögerung oder Vereitelung der Rückführung des Beschuldigten führen.

#### **E. 8**

Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das zweite Berufungsverfahren SB200145 werden auf die Gerichtskasse genommen.

#### **E. 9**

Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten; – die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis; – 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; – 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.

#### **E. 10**

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

- 28 - Obergericht des Kantons Zürich II. Strafkammer Zürich, 5. Oktober 2020  
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Obergerichter Dr. Bussmann lic. iur. Samocek

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