

ZH_OBERGERICHT SB210358 vom 25. Januar 2022

ZH Obergericht, 2022-01-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210358

FR: ZH_OBERGERICHT SB210358 du 25 janvier 2022

IT: ZH_OBERGERICHT SB210358 del 25 gennaio 2022

Erwägungen

E. 1

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung - Einzelgericht, vom 21. April 2021 meldete die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 27. April 2021 rechtzeitig Berufung an (Urk. 58; Art. 399 Abs. 1 StPO). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 5. Juli 2021 reichte die Staatsanwaltschaft am 7. Juli 2021 fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 61/1; Urk. 64). Da die Staatsanwaltschaft ihre Berufung auf die Strafzumessung beschränkte und eine Geldstrafe forderte, es aber unterliess anzugeben, welche Änderungen sie verlangt, das heisst wie das Dispositiv des zu fällenden Urteils lauten sollte, wurde ihr mit Präsidialverfügung vom 13. Juli 2021 Frist an-

- 4 - gesetzt, um ihre Berufungserklärung zu verdeutlichen und insbesondere anzugeben, welche konkreten Abänderungen des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs verlangt werden (Urk. 65). Am 20. Juli 2021 ging die verdeutlichte Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO der Staatsanwaltschaft ein (Urk. 67). Die Berufung der Staatsanwaltschaft beschränkt sich auf die Bestrafung und die Strafzumessung. Beantragt wird die Bestrafung des Beschuldigten mit einer unbedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wovon 1 Tagessatz als durch Haft erstanden gilt (Urk. 67).

E. 1.1

Die Vorinstanz hat trotz Schuldspruchs von einer Bestrafung abgesehen mit der Begründung, dass sich eine Geldstrafe als nicht vollziehbar erweise, weshalb in Anwendung von Art. 41 Abs. 1 lit. b StGB nur eine Freiheitsstrafe verhängt werden könnte. Da nicht von einer Undurchführbarkeit der Rückführung gesprochen werden könne, welche einzig auf das Verhalten des Beschuldigten zurückzuführen sei und vor dem Hintergrund, dass eine strafrechtliche Sanktion die Rückführung eines Drittstaatenangehörigen nicht beeinträchtigen dürfe, ansonsten diese zurückzutreten habe, sei das Aussprechen einer Freiheitsstrafe mit der EU-Rückführungsrichtlinie nicht vereinbar (Urk. 62 S. 13 ff.).

E. 1.2

Mit Blick auf das Urteil des Bundesgerichts 6B_1365/2019 vom 11. März 2020 würde sich wohl die Frage stellen, ob nicht doch eine Freiheitsstrafe gegen den Beschuldigten verhängt werden könnte. In diesem Urteil erwog das Bundesgericht, dass eine Freiheitsstrafe mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar sei

- 12 - nach einer rechtskräftigen Wegweisung und wenn die Person einer Zwangsmassnahme im Sinne von Art. 8 der Richtlinie unterworfen werde, worunter unter anderem auch Eingrenzungen (vgl. BGE 144 II 16 E. 2.1) fallen würden. Könne eine zwangsweise Rückschaffung nicht erfolgen, sei eine strafrechtliche Sanktionierung möglich, ohne dass Durchsetzungshaft vorgängig angeordnet worden sein müsse (Urteil des Bundesgerichts

6B_1365/2019 vom 11. März 2020 E. 2.3.1 ff.). Ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid gegen den Beschuldigten liegt vor, weshalb eine Eingrenzung vorgenommen wurde. Der Beschuldigte hält sich ohne Rechtfertigungsgrund seit mehreren Jahren illegal in der Schweiz auf und zwar aufgrund seiner Verweigerungshaltung (vgl. vorstehend, Erw. III.3.6.) und damit aufgrund von innerhalb des Einflussbereiches des Rückzuführenden liegenden nicht berechtigten Gründen für die Nichtrückkehr, wobei aktuell keine hinreichende Aussicht auf Abschiebung erkennbar ist. Ferner ist nicht ersichtlich, inwiefern ein Freiheitsentzug die Anwendung der Rückführungsrichtlinie bein- trächtigen würde. Letztlich kann diese Frage allerdings offen bleiben, da sich aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergibt, dass bei alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden soll, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift beziehungsweise die ihn am wenigsten hart trifft. Bei der Wahl der Sanktionsart sind als wichtige Kriterien 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.-4.2.2. m.w.H.).

E. 1.3

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Bestrafung mit einer Geldstrafe mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar, wenn das Verfahren der Entfernung des Ausländers nicht erschwert wird, und zwar unabhängig von den für die Umsetzung der Wegweisung erforderlichen Massnahmen (Urteile des Bundesgerichts 6B_1464/2020 vom 3. November 2021 E. 1.2.1, 6B_427/2020 vom 1. November 2021 E. 1.5 und 6B_438/2020 vom 9. Februar 2021 E. 1.4; BGE 143 IV 249 E. 1.9, bestätigt in BGE 145 IV 197 E. 1.4.3). Nachfolgend ist somit die Ausfällung einer Geldstrafe zu prüfen.

- 13 - 2. Allgemeine Grundsätze

E. 2

Mit Präsidialverfügung vom 20. Juli 2021 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten zugestellt und Frist für Anschlussberufung oder einen Nichteintretensantrag angesetzt. Dieselbe Frist wurde dem Beschuldigten angesetzt, um das Datenerfassungsblatt und Unterlagen zu seinen aktuellen wirtschaftlichen Verhältnissen einzureichen (Urk. 68). Mit Eingabe vom 11. August 2021 beantragte der Beschuldigte ein Nichteintreten auf die Berufung der Staatsanwaltschaft respektive die Einstellung des Verfahrens unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse (Urk. 70). Zudem reichte die amtliche Verteidigung das ausgefüllte Datenerfassungsblatt sowie eine Bestätigung der Unterstützung der Nothilfe des Departements Gesundheit und Soziales des Kantons Aargau für den Beschuldigten ein (Urk. 71/1-2). Mit Beschluss vom 17. August 2021 wurde auf die Berufung der Staatsanwaltschaft einstweilen eingetreten und die Eingabe des Beschuldigten vom 11. August 2021 als Anschlussberufung entgegengenommen (Urk. 72).

E. 2.1

Der ordentliche Strafrahmen für die Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG beträgt Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Strafmilderungs- oder Strafschärfungsgründe, die ein Abweichen vom durch den Gesetzgeber vorgegebenen Strafrahmen rechtfertigen, sind vorliegend nicht ersichtlich. Innerhalb des ordentlichen Strafrahmens bemisst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters. Es berücksichtigt das Vorleben und die

persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

E. 2.2

Für die Zumessung der Strafe ist zwischen der Tat- und der Täterkomponente zu unterscheiden. Bei der Tatkomponente ist als Ausgangspunkt die objektive Schwere des Delikts festzulegen und zu bewerten. Dabei ist etwa anhand des Ausmasses des verschuldeten Erfolgs und der Art und Weise des Vorgehens zu beurteilen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut beeinträchtigt worden ist. Ebenfalls von Bedeutung sind die kriminelle Energie sowie ein allfälliger Versuch. Hinsichtlich des subjektiven Verschuldens sind insbesondere das Motiv, die Beweggründe, die Willensrichtung sowie das Mass an Entscheidungsfreiheit des Täters zu beurteilen. Die Täterkomponente umfasst die persönlichen Verhältnisse, das Vorleben, insbesondere frühere Strafen oder Wohlverhalten, und das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere gezeigte Reue und Einsicht, oder ein abgelegtes Geständnis (HUG, in: DONATSCH ET AL. [HRSG.], Kommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, 20. Aufl., Zürich 2018, Art. 47 N 6 ff.; WIPRÄCHTIGER/KELLER, in: NIGGLI ET AL. [HRSG.], BSK StGB I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 47 N 85).

E. 2.3

Da der Beschuldigte die vorliegend zu beurteilende Tat zeitlich vor dem Strafbefehl der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland vom 19. No-

- 14 - vember 2020 begangen hat (Urk. 45B/27; Urk. 63), liegt retrospektive Konkurrenz vor. Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern 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). Das in Art. 49 Abs. 1 StGB verankerte Asperationsprinzip soll damit auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleistet werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung greift das Asperationsprinzip nach Art. 49 Abs. 1 StGB nur, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Bei ungleichartigen Strafen scheidet die Bildung einer Gesamtstrafe aus (BGE 141 IV 61 E. 6.1.2). Diese Voraussetzungen gelten auch für die Bildung einer Zusatzstrafe bei retrospektiver Konkurrenz. Der Zweitrichter ist im Rahmen der Zusatzstrafenbildung nicht befugt, die Strafart des rechtskräftigen ersten Entscheides zu ändern (BGE 141 IV 61 E. 6.1.2; BGE 138 IV 120 E. 5.2). Für das Vorgehen zur Bildung einer retrospektiven Gesamtstrafe kann auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwiesen werden, wo dieses einlässlich dargelegt wird (BGE 142 IV 265 E. 2.4.3-2.4.4).

E. 3

Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Aufgrund der beantragten Einstellung des Verfahrens sind keine Ziffern des vorinstanzlichen Urteils in Rechtskraft erwachsen.

E. 3.1

Objektive Tatschwere Zur objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass sich der Beschuldigte trotz seiner Eingrenzung am Sonntag, 6. September 2020, um ca. 00.45 Uhr in Zürich beim Hauptbahnhof aufhielt. Im vorliegenden Fall bestand der Sinn und Zweck der verfügten Eingrenzung darin, den Verbleib des Beschuldigten zu kontrollieren und die rechtskräftige Wegweisungsverfügung durchzusetzen. Festzuhalten ist, dass er seine Eingrenzung an diesem Tag einmalig missachtete. Es handelt sich somit nicht um eine regelmässige Missachtung. Das von Art. 119 Abs. 1 AuG geschützte Rechtsgut – namentlich die staatliche Autorität – wurde somit nur geringfügig verletzt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich der Beschuldigte gemäss eigenen Aussagen um 19.24 Uhr mit dem Zug nach Zürich begab (Urk. 2 S. 3; Urk.

E. 3.2

Subjektive Tatschwere In subjektiver Hinsicht liegt direktvorsätzliche Tatbegehung vor, weshalb eine Strafminderung wegen Eventualvorsatz nicht zum Tragen kommt. Der Beschuldigte hat sich bewusst über eine staatliche Anordnung hinweggesetzt, da er wusste, dass er sich auf dem Gebiet des Kantons Zürich nicht hätte aufhalten dürfen. Verschuldenserhöhend zu berücksichtigen ist, dass er sich aus rein egoistischen Gründen über diese Eingrenzung hinweggesetzt hat. Bei seinem Aufenthalt in Zürich stand einzig sein persönliches Vergnügen im Vordergrund, indem er dort in einem Musikstudio einen Song aufnehmen wollte. Da es sich beim Kanton Aargau um einen grossen Kanton handelt, werden auch dort Musikstudios aufzufinden sein, weshalb das Verhalten des Beschuldigten noch viel weniger nachvollziehbar ist. Die subjektive Tatschwere vermag die objektive nicht zu relativieren.

E. 3.3

Fazit Insgesamt ist von einem noch leichten Verschulden auszugehen, sodass die hypothetische Einsatzstrafe bei 40 Tagessätzen festzusetzen ist. Angesichts des noch leichten Verschuldens und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Beschuldigte bisher lediglich eine einschlägige Vorstrafe verwirkte, für welche er mit einer bedingten Geldstrafe und einer Busse bestraft wurde (vgl. nachfolgend Erw. IV.4.2.), erweist sich eine Geldstrafe als zweckmässig und schuldangemessen. 4. Täterkomponenten

E. 3.4

Gemäss erstelltem Sachverhalt hielt sich der Beschuldigte trotz Kenntnis der Eingrenzungsvorgang am 6. September 2020 um ca. 00.45 Uhr auf dem Gebiet des Kantons Zürich auf (vgl. vorstehend, Erw. II.). Er wusste somit, dass er mit seinem Verhalten gegen diese Eingrenzung versties, was er anlässlich der

- 9 - Berufungsverhandlung erneut bestätigte (Prot. II S. 10 und S. 18). Bereits anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 6. September 2020 bejahte der Beschuldigte die Frage, ob er gewusst habe, dass er das Gebiet des Kantons Aargau nicht hätte verlassen dürfen (Urk. 2 S. 3, F/A 24). Auf die weitere Frage, warum er bewusst gegen diese Eingrenzung verstossen habe, führte er aus, weil er ein Lied aufnehmen wolle (Urk. 2 S. 3, F/A 26). Diesen Grund gab er auch anlässlich seiner weiteren Einvernahmen zu Protokoll (Urk. 13 S. 2; Urk. 52 S. 5; Prot. II S. 18). Ergänzend führte er dazu aus, er habe in Zürich ein Musikstudio besucht. Nach dem Besuch des Studios sei er zum Bahnhof gegangen. Dort sei er von der Polizei verhaftet worden (Urk. 2 S. 3). Auf die Frage, wie er über die Eingrenzung vom 23. Januar 2017 in Kenntnis gesetzt worden sei, gab er zu

Protokoll, auf dem Migrationsamt habe er das Dokument gelesen, besprochen und unterzeichnet (Urk. 2 S. 3, F/A 28). Die Verfügung sei ihm auch von einem Dolmetscher übersetzt worden (Urk. 13 S. 2; F/A 10 f.). Das Verhalten des Beschuldigten ist somit klarerweise als Missachtung einer Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG zu qualifizieren, was von der Verteidigung auch nicht in Abrede gestellt wird.

E. 3.5

Das Migrationsamt verfügte die Eingrenzung des Beschuldigten auf das Gebiet des Kantons Aargau, nachdem dieser die Schweiz auch nach Ablauf der angesetzten Ausreisefrist nicht verlassen hatte. Der Beschuldigte war zudem bei der Beschaffung gültiger Reisepapiere untätig geblieben und weigerte sich, zu einer Rückkehr nach Äthiopien. In der Verfügung des Amtes für Migration und Integration des Kantons Aargau vom 23. Januar 2017 wird dazu festgehalten, dass der Beschuldigte am 6. April 2016 an einem Ausreisegespräch teilgenommen habe, wobei er mehrfach mitgeteilt habe, dass er nicht nach Äthiopien zurückkehren wolle. Der Beschuldigte habe sich auch geweigert, die Formulare für die Besorgung von Reisepapieren auszufüllen. Er habe bisher keinerlei Bemühungen gezeigt, Reisepapiere zu beschaffen, und den auf den 5. April 2016 angesetzten Termin für ein Rückkehrberatungsgespräch habe er nicht wahrgenommen. Gemäss Schreiben des SEM vom 21. September 2016 seien nach Äthiopien aktuell nur freiwillige Ausreisen möglich (Urk. 4 S. 2). Auch der Beschuldigte selber räumte anlässlich seiner polizeilichen Einvernahmen ein, dass er keine Reisepa-

- 10 -
pierre besitze, weil er sonst mit dem Flugzeug zurückgeschafft werden könnte. Er verneinte zudem die Frage, jemals etwas unternommen zu haben, um an Reisepapiere zu kommen (Urk. 2 S. 2 f.; Urk. 5 S. 1). Eine Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wurde dem Beschuldigten nicht vorgeworfen (vgl. Urk. 4 S. 3). Auch anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte zu Protokoll, dass er nicht bereit sei, die Schweiz zu verlassen und nach Äthiopien zurückzukehren. Weiter bestätigte er, dass er weder einen Pass noch ein gültiges Reisedokument besitze und nichts unternommen habe, um Reisedokumente zu bekommen (Prot. II S. 17 ff.).

E. 3.6

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verlangt eine Rückführungsrichtlinien-konforme Anwendung von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG, 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 Ausfällung einer Geldstrafe ist demgegenüber mit der Rückführungsrichtlinie nicht unvereinbar, vorausgesetzt sie erschwert das Verfahren der Entfernung nicht. Eine solche Sanktion kann unabhängig von den für die Umsetzung der Wegweisung erforderlichen Massnahmen ausgesprochen werden (BGE 143 IV 249 E. 1.9 f.; BGE 145 IV 197 E. 1.4.3; Urteile des Bundesgerichts 6B_438/2020 vom 9. Februar 2021 E. 1.4 und 6B_427/2020 vom 1. November 2021 E. 1.5). Folglich hat – gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung – bei erfüllttem Tatbestand eine Verurteilung zu erfolgen, und sofern die EU-Rückführungsrichtlinie der Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe entgegensteht, ist die Ausfällung einer Geldstrafe zu prüfen. Gleiches muss hinsichtlich einer Verurteilung wegen Missachtung einer Eingrenzung nach Art. 119 AIG gelten, welche zwecks

Umsetzung der Wegweisung angeordnet worden ist, und auf welche folglich die Bestimmungen der EU-Rückführungsrichtlinie anwendbar sind. Der Beschuldigte hat mit seinem Verhalten sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 119 Abs. 1 AIG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG erfüllt (vgl. vorstehend, Erw. III.3.4. ff.), sodass –entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 70; Urk. 77 S. 4) – kein Verfahrenshindernis vorliegt und eine Einstellung des Verfahrens nicht in Betracht kommt, sondern ein Schuldspruch zu ergehen hat. Ergänzend ist noch darauf

- 11 - hinzuweisen, dass – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 77 S. 4) – nicht von einer konstanten Rechtsprechung des Obergerichts des Kantons Zürich hinsichtlich ähnlich gelagerter Strafverfahren gesprochen werden kann und dem von der Verteidigung zitierten Entscheid SB190203 ohnehin eine andere Ausgangslage zugrunde lag, zumal dort eine Freiheitsstrafe von 4 Monaten zu prüfen war (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB190203 vom 6. September 2019).

E. 3.7

Fazit Mangels Vorliegens von Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründen machte sich der Beschuldigte demnach der Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG schuldig. Nachfolgend ist zu prüfen (Erw. IV.), ob die EU-Rückführungsrichtlinie dem Aussprechen einer Sanktion trotz erfülltem Straftatbestand bzw. Schuldspruch entgegensteht. IV. Sanktion 1. Vorbemerkungen

E. 4

Am 20. Oktober 2021 wurden die Parteien zur Berufungsverhandlung auf den 25. Januar 2022 vorgeladen (Urk. 74). Anlässlich der Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs aufgeführten Anträge stellen (Prot. II S. 5 f.; Urk. 76 S. 1; Urk. 77 S. 1).

- 5 - II. Sachverhalt 1. Anklagevorwurf Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift vom 1. März 2021 vorgeworfen, sich am 6. September 2020 um ca. 00.45 Uhr trotz Kenntnis der gegen ihn am 23. Januar 2017 vom Amt für Migration und Integration des Kantons Aargau ausgesprochenen Eingrenzungsverfügung auf das Gebiet des Kantons Aargau auf dem Gebiet des Kantons Zürich aufgehalten zu haben, wozu er nicht berechtigt gewesen sei, was er gewusst und auch gewollt habe (Urk. 36 S. 2). 2. Sachverhaltserstellung Der Beschuldigte hat diesen Sachverhalt stets anerkannt (Urk. 2 S. 3; Urk. 13 S. 2; Urk. 52 S. 4 ff.; Prot. II S. 18). Mit dem Beschuldigten stellt auch die Verteidigung den eingeklagten Sachverhalt als solchen nicht in Abrede. Sie macht einzig geltend, dass einer Verurteilung und einer Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe die EU-Rückführungsrichtlinie entgegenstehe. Da aufgrund seiner Mittellosigkeit und mit Blick auf Art. 41 Abs. 1 lit. b StGB auch die Bestrafung mit einer Geldstrafe nicht in Betracht komme, sei eine Strafverfolgung bzw. die Bestrafung des Beschuldigten objektiv nicht möglich, es liege mithin ein Verfahrenshindernis vor. Entsprechend sei das Strafverfahren gegen den Beschuldigten einzustellen (Urk. 70; Urk. 77; vgl. nachfolgend, Erw. III.2.). Das Geständnis des Beschuldigten deckt sich sodann mit dem Untersuchungsergebnis, weshalb der Sachverhalt erstellt ist. III. Rechtliche Würdigung 1. Vorbemerkung Die Vorinstanz hat den Beschuldigten der Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG schuldig gesprochen (Urk. 62 S. 17).

- 6 - 2. Parteivorbringen Die Verteidigung macht geltend, einer Verurteilung des Beschuldigten stehe ein Verfahrenshindernis, nämlich die EU-Rückführungsrichtlinie, entgegen. Gemäss Rechtsprechung zur EU-Rückführungsrichtlinie sei eine Bestrafung nur möglich, wenn die Anwendung von ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen die Rückführung nicht ermöglicht habe. Stelle sich heraus, dass die Migrationsbehörden nicht alles Zumutbare für den Vollzug der Wegweisung vorgekehrt hätten, stehe die EU-Rückführungsrichtlinie respektive eine mit dieser konforme Auslegung von Art. 119 Abs. 1 AIG einer Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe entgegen und das Verfahren sei einzustellen. Die gegen den Beschuldigten vorliegende Eingrenzung vom 23. Januar 2017 stütze sich einzig auf Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG und sei nur zur Durchsetzung der Wegweisung des Beschuldigten angeordnet worden und nicht aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung aufgrund eines gefährdenden Verhaltens des Beschuldigten. Seit dem Inkrafttreten der Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und Äthiopien bestehe die Möglichkeit, Personen zwecks Identifizierung und Erhalt eines Ersatzreisepapiers zu zentralen Anhörungen zu schicken bzw. zuzuführen. Der Vollzug der Wegweisung von Personen aus Äthiopien sei grundsätzlich auch gegen deren Willen möglich. Der Fall des Beschuldigten sei nach wie vor bei der Rückkehrunterstützung des SEM pendent und dieser werde zu gegebener Zeit für eine Anhörung vorgesehen. Zu einer solchen sei er aber bis heute nicht angemeldet und auch nicht geschickt oder zugeführt worden. Die Migrationsbehörden hätten somit nicht alles Mögliche und Zumutbare unternommen, um den Vollzug der Wegweisung des Beschuldigten – auch gegen dessen Willen – zu vollziehen, entsprechend stehe einer Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe die EU-Rückführungsrichtlinie entgegen. Da auch die Bestrafung einer Geldstrafe aufgrund seiner Mittellosigkeit und mit Blick auf Art. 41 Abs. 1 lit. b StGB nicht in Betracht komme, sei eine Strafverfolgung bzw. Bestrafung objektiv nicht möglich und das Verfahren gegen den Beschuldigten sei einzustellen (Urk. 70 S. 2 f.; Urk. 77 S. 2 ff.).

- 7 - 3. Würdigung

E. 4.1

Persönliche Verhältnisse

E. 4.1.1

Zu seinen persönlichen Verhältnissen führte der Beschuldigte aus, er sei in B._____, Ostäthiopien, geboren worden und dort bei seinen Eltern aufgewachsen. Er habe fünf Geschwister und ein Adoptivgeschwister. Seine ganze Familie lebe weiterhin in Äthiopien. In Äthiopien habe er die Grundschule absolviert, dann

- 16 - aber keine Ausbildung gemacht. Am 21. Juli 2015 sei er aufgrund der politischen Situation in seinem Heimatland via Libyen, über das Mittelmeer bis Italien in die Schweiz geflüchtet. Seither habe er die Schweiz nicht mehr verlassen. Zuerst habe er in Zürich gelebt, dann sei er in den Kanton Aargau gezogen, wo er seit Ende 2015 lebe. Er lebe von Nothilfe, das heisst, er erhalte Fr. 7.50 pro Tag und Lohngeld. In der Schweiz habe er einen Deutschkurs gemacht und leiste Freiwilligenarbeit. Er liefere Mittagessen an ältere oder kranke Menschen im C._____. Er koche auch freiwillig in einem Projekt. Vermögen oder Schulden habe er nicht. Er lebe alleine und habe keine Kinder. Das Asylgesuch des Beschuldigten wurde abgewiesen und er aus der Schweiz weggewiesen. Die vom Beschuldigten dagegen erhobene Beschwerde wurde abgewiesen, wodurch der Wegweisungsentscheid rechtskräftig wurde. Am 23. Januar 2017 wurde die Eingrenzung

des Beschuldigten auf das Gebiet des Kantons Aargau bis auf weiteres bzw. bis zur ordnungsgemässen Ausreise verfügt (Urk. 2 S. 1 ff.; Urk. 4; Urk. 5 S. 1; Urk. 13 S. 3 ff.; Urk. 30 S. 19 ff.; Urk. 52 S. 1 ff.; Prot. II S. 7 ff.). Sein Gesuch um Aufhebung der Eingrenzung wurde mit Verfügung des Departementes Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau vom 23. Dezember 2020 abgewiesen (Urk. 30, pag 136).

E. 4.1.2

Den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten sind keine strafzumessungsrelevanten Faktoren zu entnehmen.

E. 4.2

Vorleben Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 23. Mai 2018 wegen rechtswidriger Einreise, rechtswidrigen Aufenthalts und Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung zu einer bedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 30.–, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren, und einer Busse von Fr. 300.– verurteilt. Der Beschuldigte ist damit einschlägig vorbestraft. Der Beschuldigte beging die vorliegend zu beurteilende Missachtung einer Eingrenzung am 6. September 2020 und damit vor Erlass des Strafbefehls der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland vom 19. November 2020, womit diese Verurteilung nicht als Vorstrafe zu berücksichtigen ist. Dennoch weist der Beschuldigte eine einschlägige Vorstrafe auf, was deutlich strafehöhend zu berücksichtigen ist.

- 17 -

E. 4.3

Nachtatverhalten

E. 4.3.1

Beim Nachtatverhalten ist dem Verhalten des Täters nach der Tat und im Strafverfahren Rechnung zu tragen. Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken sich strafmindernd aus. Umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse können eine Strafreduktion von bis zu einem Drittel bewirken (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Der Grad der Strafminderung hängt aber insbesondere davon ab, in welchem Stadium des Verfahrens das Geständnis erfolgte. Ein Geständnis kann bei der Analyse des Nachtatverhaltens im Rahmen der Strafzumessung somit zugunsten des Täters berücksichtigt werden, wenn es Ausdruck von Einsicht und Reue ist.

E. 4.3.2

Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich demgegenüber aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, namentlich weil der Täter nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils gestand (Urteile des Bundesgerichtes 6B_891/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.5.2 und 6B_426/2010 vom 22. Juli 2010 E. 1.5, jeweils mit Hinweisen).

E. 4.3.3

Die bundesgerichtliche Praxis zeigt, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer maximalen Strafreduktion von einem Drittel führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorlage entsprechender

Beweise oder gar erst nach Ergehen eines erstinstanzlichen Schuldspruches. Ferner gehört kooperatives Verhalten in der Untersuchung dazu, wenn beispielsweise aufgrund des Verhaltens eines Beschuldigten weitere Delikte aufgeklärt oder Mittäter zur Rechenschaft gezogen werden können, was ohne sein kooperatives Mitwirken nicht möglich gewesen wäre. Schliesslich gehört Einsicht ins Unrecht der Tat und Reue dazu. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine Strafreduktion von einem Drittel erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu mindern (WIPRÄCHTIGER/KELLER, in: Basler Kommentar Strafrecht I, 4. Auflage 2019, N 169 ff. zu Art. 47 StGB).

- 18 -

E. 4.3.4

Der Beschuldigte war zwar von Beginn an geständig, ein allfälliges Bestreiten hätte angesichts der erdrückenden Beweislage aber auch kaum Sinn ergeben. Einsicht und Reue hinsichtlich seines Fehlverhaltens brachte er dagegen nicht zum Ausdruck. Zudem verdeutlicht auch der Umstand, dass der Beschuldigte nach Begehung der vorliegend zu beurteilenden Tat erneut eine Verurteilung wegen Missachtung einer Eingrenzung verurteilt wurde, dass er nicht einsichtig hinsichtlich seines Fehlverhaltens ist. Sein Geständnis ist nur marginal strafmindernd zu berücksichtigen. 5. Fazit Wird im Rahmen der Würdigung der Täterkomponenten die deutliche Erhöhung aufgrund der einschlägigen Vorstrafe der marginalen Reduktion aufgrund des Geständnisses gegenübergestellt, so ergibt sich, dass die erhöhenden Aspekte der Täterkomponenten merklich überwiegen. Die Geldstrafe in der Höhe von 40 Tagessätzen (vgl. vorstehend, Erw. IV.3.3.) ist aufgrund der Täterkomponenten um 20 Tagessätze auf 60 Tagessätze zu erhöhen. 6. Asperation um die Grundstrafe (Strafbefehl vom 19. November 2020) 6.1. Mit Strafbefehl der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland vom 19. November 2020 wurde der Beschuldigte wegen Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG zu einer unbedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– verurteilt (Urk. 45B/27; Urk. 63). Da für die vorliegend zu beurteilende Tat ebenfalls eine Geldstrafe ausgesprochen wird, ist bezüglich der Bildung einer Gesamtgeldstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB von der dem Beschuldigten neu zur Last gelegten Straftat als schwerstes Delikt auszugehen, zumal er sich dabei während gut 5 Stunden in Zürich aufhielt und damit seine Eingrenzung für eine gewisse Dauer missachtete, unter angemessener Erhöhung aufgrund der bereits mit Strafbefehl vom 19. November 2020 ausgesprochenen Strafe (Grundstrafe). 6.2. Den vorstehend dargelegten Grundsätzen der Gesamtstrafenbildung bei retrospektiver Konkurrenz folgend (vgl. vorstehend, Erw. IV.2.3.) ist daher von der

- 19 - Einsatzstrafe von 60 Tagessätzen auszugehen, welche für das neu zu beurteilende Delikt festgelegt wurde. Diese ist für die Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung (gemäss Strafbefehl vom 19. November 2020) mittels Asperation angemessen um 20 Tagessätze zu erhöhen. Die Reduktion der Grundstrafe um 10 Tagessätze ist von den 60 Tagessätzen abzuziehen. Es resultiert eine Zusatzstrafe von 50 Tagessätzen Geldstrafe. 6.3. Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern die Ausfällung einer Geldstrafe in der Höhe von 50 Tagessätzen eine Abschiebung des Beschuldigten verzögern sollte, zumal gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung selbst die mögliche Umwandlung einer Geldstrafe in eine Ersatzfreiheitsstrafe die Ausfällung einer Geldstrafe nicht hindert, sofern der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe die Rückführung nicht massgebend erschwert (BGE 145 IV 197 E. 1.4.4), was bei einer relativ geringen Anzahl an eventuell zu verbüssenden Tagen nicht

der Fall sein wird. Auch eine Mittellosigkeit steht der Ausfällung einer Geldstrafe nicht entgegen. So kann auch bei abgewiesenen Asylbewerbern, welche Nothilfe beziehen, eine Geldstrafe verhängt werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_610/2009 vom 13. Juli 2010 E. 1.3 ff.). Zudem war der Beschuldigte in der Lage, seine letzte Geldstrafe zu bezahlen. Dazu führte er vor Vorinstanz aus, er habe eine Spende erhalten, mit welcher er die Geldstrafe bezahle (Prot. I S. 3 f.), was er auch anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte (Prot. II S. 16 f.). Somit kann nicht einfach davon ausgegangen werden, der Beschuldigte werde nicht in der Lage sein, eine weitere Geldstrafe zu bezahlen, sodass diese in eine Ersatzfreiheitsstrafe umgewandelt werden müsste. Der Ausfällung einer Geldstrafe in der Höhe von 50 Tagessätzen steht somit nichts entgegen. 7.

Tagessatzbemessung 7.1. Die Höhe des Tagessatzes ist gemäss Art. 34 Abs. 2 StGB nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils zu bemessen, insbesondere nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum. Ein Tagessatz beträgt in der Regel mindestens Fr. 30.– und höchstens Fr. 3'000.–.

- 20 - 7.2. Für die Bestimmung der entsprechenden Tagessatzhöhe ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte in äusserst bescheidenen finanziellen Verhältnissen lebt. Er ist ein abgewiesener Asylbewerber, welcher von Nothilfe lebt (vgl. vorstehend, Erw. IV.4.1.). Allerdings verfügt der Beschuldigte über Bankkarten (Mastercard, ...-card), ein Mobiltelefon (iPhone) sowie einen Swisspass (Urk. 45B/20; Urk. 7/2 S. 1; Urk. 30 S. 91 und S. 103) und geht nach Zürich in den Ausgang (vgl. Urk. 30 S. 89 und S. 97), was doch für das Vorhandensein gewisser finanzieller Mittel und Vermögenswerte spricht. Zudem ist er gemäss eigenen Angaben Mitglied einer Band, welche in einem Musikstudio Songs aufnimmt, so dass sich die Frage stellt, ob der Beschuldigte dadurch gewisse Einnahmen erzielt. 7.3. Anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte der Beschuldigte, dass er nach wie vor von Nothilfe lebe, was Fr. 7.50 pro Tag entspreche. Weiter führte er aus, dass er bis jetzt kein Einkommen aufgrund seiner Musik erziele. Für seine wenigen Lieder bekomme er nichts, weil er nicht genügend Abonnenten habe. Auch besitze er keine Bankkarten, sondern er habe lediglich eine Coop-Karte, auf welche er Geld lade, damit er mit dieser bezahlen könne, wenn er online etwas bestelle. Er gehe auch nicht in den Ausgang in Clubs oder an Konzerte, sondern treffe sich einfach mit Freunden draussen und trinke etwas (Prot. II S. 15 ff.). 7.4. Angesichts seiner bescheidenen finanziellen Verhältnisse erweist sich ein Tagessatz von Fr. 10.– als angemessen. Auch wird er nicht zu einer hohen Anzahl von Tagessätzen verurteilt. Zudem besteht nach Art. 35 Abs. 1 StGB die Möglichkeit von Zahlungserleichterungen, namentlich einer Zahlungsfrist bis zu sechs Monaten, die auf entsprechendes Gesuch hin verlängert werden kann, und Ratenzahlungen, wodurch der schwierigen finanziellen Lage Rechnung getragen wird und Härtefälle auf der Vollzugsebene abgefedert werden (Urteile des Bundesgerichts 6B_464/2020 vom 3. September 2020 E. 1.4, 6B_986/2017 vom 26. Februar 2018 E. 8.4 und 6B_792/2011 vom 19. April 2012 E. 1.4.2; je mit Hinweisen).

- 21 - 8. Fazit Der Beschuldigte ist somit mit einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu Fr. 10.– als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Regionalen Staatsanwaltschaft Berner Jura-Seeland vom 19. November 2020 zu bestrafen. An diese Strafe ist gestützt auf Art. 51 StGB ein Tag erstandene Haft anzurechnen (vgl. Urk. 7/1; Urk. 7/7). V. Vollzug 1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe oder 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 (Art. 42 Abs. 1 StGB). Materiell ist demnach für den beding- ten Vollzug das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt. Das heisst in Anlehnung an die herrschende Praxis, dass auf das Fehlen von Anhaltspunkten für eine Wiederholungsgefahr abgestellt wird. Die günstige Prognose wird dem- nach vermutet (vgl. BGE 134 IV 1 E. 4.2.2). Die Frage, ob eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Delikte ab- zuhalten, muss vom Gericht aufgrund einer Gesamtwürdigung beantwortet wer- den (TRECHSEL/PIETH, in TRECHSEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Pra- xiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 42 N 9 m.w.H.). In die Beurtei- lung miteinzubeziehen sind neben Tatumständen das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, welche gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen (SCHNEIDER/GARRÉ, in: NIGGLI ET AL. [HRSG.], BSK StGB I, a.a.O., Art. 42 N 46 m.w.H.). 2. Auch wenn die günstige Prognose vermutet wird, bestehen beim Be- schuldigten vor dem Hintergrund des bereits Ausgeführten in verschiedenster Hinsicht erhebliche Bedenken hinsichtlich seiner Legalprognose: Der Beschuldig- te weist eine einschlägige Vorstrafe auf, und auch nach der vorliegend zu beurtei- lenden Straftat verurteilte er erneut eine Verurteilung aufgrund einer Missachtung der Eingrenzung (Urk. 63; vorstehend, Erw. IV.4.2.). Angesichts dessen, dass sich der Beschuldigte von einer Busse und einer bedingten Geldstrafe nicht hat abschrecken lassen und sich zudem nicht einsichtig zeigt (vgl. vorstehend, Erw.

- 22 - IV.4.3.), ist die Wiederholungsgefahr des Beschuldigten als erheblich einzustufen. Das Verhalten des Beschuldigten zeugt in seiner Gesamtheit davon, dass es ihn nicht interessierte, dass er mehrfach seine Eingrenzung missachtete. Vor diesem Hintergrund ist beim Beschuldigten ohne weiteres von einer ungünstigen Progno- se auszugehen. Dementsprechend ist die Geldstrafe unbedingt auszusprechen. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Fällt die Rechtsmittelinstanz selber einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Da es auch im Berufungsverfahren beim Schuldspruch bleibt, ist das vorinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 3 und 4) zu bestätigen. 2. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ih- res Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft obsiegt mit ihrer Berufung vollumfänglich. Zwar wurde die Strafe nicht in der von ihr beantragten Höhe ausgesprochen, allerdings fällt die Anzahl Tagessätze nur leicht tiefer aus. Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Anschlussberufung dage- gen vollumfänglich. Bei diesem Prozessausgang sind die Kosten des Berufungs- verfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, vollumfänglich dem Beschuldigten aufzuerlegen. Diese sind allerdings nicht definitiv abzuschrei- ben, da der Beschuldigte aufgrund seines jungen Alters arbeitsfähig wäre und nicht auszuschliessen ist, dass er irgendwann eine Arbeitstätigkeit ausüben kön- nen oder Einnahmen aufgrund seiner Musik generieren wird. Zudem bestünde die Möglichkeit, diese Kosten nach Rücksprache in Raten abzubezahlen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren in der Höhe von insgesamt Fr. 3'500.- (inklusive Mehrwertsteuer, Urk. 78) sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, vorbehalten bleibt die Rückforderung gegenüber dem Beschuldigten (Art. 135 Abs. 4 StPO).

- 23 - Es wird erkannt:

E. 9

März 2016 wies das Bundesverwaltungsgericht die vom Beschuldigten dagegen erhobene Beschwerde ab, wodurch der Wegweisungsentscheid rechtskräftig wurde (Urk. 30 S. 28 ff.). Anschliessend wurde dem Beschuldigten vom Staatssekretariat für Migration eine Ausreisefrist bis zum 9. April 2016 angesetzt, während welcher er die Schweiz hätte verlassen müssen (Urk. 30 S. 38), was er aber nicht tat. Da der Beschuldigte die Ausreisefrist verstreichen liess und sich weiterhin unrechtmässig in der Schweiz aufhielt, verfügte das Amt für Migration und Integration des Kantons Aargau am 23. Januar 2017 die Eingrenzung des Beschuldigten auf das Gebiet des Kantons Aargau bis auf weiteres bzw. bis zur ordnungsgemässen Ausreise (Urk. 4). Von der Eingrenzung ausgenommen sind Kirchenbesuche jeweils am Freitagabend von 19.00 Uhr bis 22.00 Uhr in Zürich, wobei sich der Beschuldigte jeweils spätestens um 23.00 Uhr wieder im Kanton Aargau befinden muss (Urk. 4). Gegen den Beschuldigten wurde somit eine Eingrenzung verfügt, da gegen ihn ein rechtskräftiger Wegweisungsentscheid vorliegt und er die ihm angesetzte Ausreisefrist nicht eingehalten hat, womit ein Fall von Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG vorliegt.

E. 13

S. 3) und dort dann von der Polizei um ca. 00.45 Uhr am Hauptbahnhof kontrolliert und verhaftet wurde, womit er sich doch rund 5 Stunden und damit nicht nur kurzzeitig in Zürich aufhielt. Dennoch ist von allen möglichen vorstellbaren

- 15 - Begehungsvarianten die vorliegende eine eher geringfügige. Insgesamt wiegt die objektive Tatschwere noch leicht.

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