

ZH_OBERGERICHT SB220115 vom 23. September 2022

ZH Obergericht, 2022-09-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB220115

FR: ZH_OBERGERICHT SB220115 du 23 septembre 2022

IT: ZH_OBERGERICHT SB220115 del 23 settembre 2022

Erwägungen

E. 2

Rechtmässigkeit der Personenkontrolle

E. 2.1

Der Beschuldigte wurde am 16. März 2021 um ca. 15.10 Uhr von der Kantonspolizei Zürich beim Bahnhof B. _____ kontrolliert und anschliessend verhaftet. Zur Begründung führte die Polizei im Rapport auf, während einer Fahndungspatrouille durch Fahnder der Kantonspolizei Zürich sei der Beschuldigte, welcher an den Bahnhof B. _____ gelaufen sei und sich konspirativ verhalten habe, aufgefallen. Dem Beschuldigten sei die Kontrolle eröffnet worden, wobei der Verdacht auf eine Widerhandlung gegen das AIG konkret geworden sei (Urk. 1).

E. 2.2

Die Verteidigung führte in ihrer Berufungsbegründung zusammenfassend aus, es sei zwar klar, dass die Polizei jeweils kurzfristig entscheiden müsse und an ihr Handeln folglich keine allzu formalistischen Anforderungen gestellt werden dürften und bereits ein schwacher Anfangsverdacht für eine Kontrolle genügen müsse. Es erscheine jedoch problematisch, wenn dieser Freiraum der Polizei so weit ausgelegt werden würde, dass Personenkontrollen völlig anlassfrei erfolgen dürften und polizeiliches Handeln nicht mehr objektiv nachvollziehbar sein müsse. Im vorliegenden Fall begründe die Polizei die Personenkontrolle des Beschuldigten damit, dass er sich "konspirativ verhalten" habe. Mit dieser "Begründung" mache die Polizei geltend, der Beschuldigte sei verdächtig, weil er verdächtig sei. Polizeiliches Handeln müsse jedoch objektiv nachvollziehbar sein. Eine aussenstehende Person könne indes bei dieser Begründung nicht nachvollziehen, warum der Beschuldigte im konkreten Fall verdächtig gewesen sein soll. Die Polizei habe nicht erklärt, worin das angebliche "konspirative" Verhalten des Beschuldigten bestanden haben soll. Die Frage, ob der Anlass für eine Kontrolle ausgereicht habe, könne man im vorliegenden Fall unmöglich beantworten, da der Grund für den Verdacht nicht angegeben, sondern nur pauschal behauptet worden sei, der Beschuldigte habe sich verdächtig verhalten. Die Polizei habe keinen objektiv nachvollziehbaren Grund genannt, der eine Kontrolle begründet hätte. Die Voraussetzungen für die Durchführung einer Polizeikontrolle seien folglich nicht erfüllt gewesen, da kein Anlass dazu bestanden habe. Die Polizeikontrolle sei demzufolge als rechtswidrig zu qualifizieren (Urk. 46 S. 4 f.).

- 6 -

E. 2.3

Die Tätigkeit der Polizei im Rahmen der Strafverfolgung richtet sich nach der StPO (Art. 15 Abs. 1 StPO). Für die weiteren polizeilichen Aufgaben, insbesondere der

sicherheitspolizeilichen Aufgabe der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung, kommt die Polizeigesetzgebung von Bund und Kantonen zur Anwendung. Personenkontrollen können sowohl aus sicherheitspolizeilichen Gründen (zur Gefahrenabwehr) als auch aus strafprozessualen Gründen (im Interesse der Aufklärung einer Straftat) erfolgen. Während die Anhaltung nach kantonalem Recht sicherheitspolizeiliche Anhaltspunkte voraussetzt, ist für die Anwendbarkeit der StPO ein strafprozessualer Anfangsverdacht erforderlich, wobei die Übergänge fließend sein können (Urteil des Bundesgerichts 6B_1174/2017 vom 7. März 2018 E. 4.3; BSK StPO-Albertini/Armbuster, 2. Aufl. 2014, Art. 215 StPO N 5). Im Rapport der Kantonspolizei Zürich vom 16. März 2021 wird festgehalten, dass der Beschuldigte, welcher an den Bahnhof B._____ gelaufen und sich konspirativ verhalten habe, Fahndern anlässlich einer Fahndungspatrouille aufgefallen und kontrolliert worden sei (Urk. 1 S. 1). Als Motiv, welches dem polizeilichen Handeln zugrunde lag, wird das konspirative Verhalten des Beschuldigten erwähnt. Vor diesem Hintergrund muss offen bleiben, ob die Kontrolle auf einem strafprozessualen Anfangsverdacht beruhte oder aus sicherheitspolizeilichen Gründen erfolgte. In der vorliegenden Konstellation ist indes nicht entscheidend, ob die Grundlage für die polizeiliche Massnahme in der Strafprozessordnung oder im kantonalen Polizeigesetz zu finden ist. Beide Bestimmungen setzen sachliche Gründe für die Personenkontrolle voraus. Gemäss Art. 215 Abs. 1 StPO kann die Polizei im Interesse der Aufklärung einer Straftat eine Person anhalten, um ihre Identität festzustellen, sie kurz zu befragen, abzuklären, ob sie eine Straftat begangen hat oder ob nach ihr oder nach Gegenständen, die sich in ihrem Gewahrsam befinden, gefahndet wird. Einen konkreten Straftatverdacht setzt die polizeiliche Anhaltung nicht voraus, sondern es genügt ein relativ vager Verdacht. Ein solcher ist zu bejahen, wenn nach den Umständen der konkreten Situation ein Zusammenhang der betreffenden Person mit Delikten als möglich erscheint. Wie jede andere polizeiliche Massnahme muss eine Anhaltung verhältnismässig sein und sich auf sachliche Gründe abstützen, wie etwa deliktsträchtige Orte und Zeiten oder ein Treffen mit gesuchten Personen. Sie darf nicht um ihrer selbst willen,

- 7 - ohne Grund oder aus beliebigen oder gar schikanösen Gründen stattfinden (BSK StPO-Albertini/Armbuster, a.a.O., Art. 215 StPO N 7; Zürcher Kommentar StPO-Weder, 3. Aufl. 2020, Art. 215 N 8; Urteil des Bundesgerichts 6B_1409/2019 vom

E. 2.4

Wie bereits ausgeführt, darf an die Verdachtslage kein allzu strenger Massstab gestellt werden. Die Polizei muss Personenkontrollen durchführen können, um strafbares Verhalten zu ahnden und zu verhindern, was durch extrem formalistische Vorschriften verhindert werden würde. Vorliegend erfolgte die Kontrolle des Beschuldigten durch die Polizei nicht anlassfrei. Der Beschuldigte verhielt sich insofern auffällig, als er zu einem Bahnhof lief, daher zu einem Ort, wo zumindest mit Widerhandlungen gegen das AIG, insbesondere Verstössen gegen Eingrenzungen, zu rechnen ist. Die Anhaltung erfolgte also nicht ohne Grund und war verhältnismässig. Insgesamt erweist sich die Polizeikontrolle als rechtmässig.

3. Rechtmässigkeit der Durchsuchung

3.1. Anlässlich der Kontrolle des Beschuldigten durch die Kantonspolizei Zürich am 16. März 2021 gab der Beschuldigte der Polizei seine Einwilligung zur Durchsicht seines Mobiltelefons. Dabei konnten gemäss Polizeirapport diverse Bilder von Januar 2021 bis März 2021 gesichtet werden, worauf der Beschuldigte ausserhalb des Bezirks C._____ abgelichtet war. Damit habe der Beschuldigte

mehrfach die Eingrenzung missachtet und sich oft in D._____ oder in E._____ aufgehalten. Zudem habe der Beschuldigte im WhatsApp-Chat mit "F._____" mehrfach angegeben, dass er illegal in D._____ oder E._____ gewesen sei (Urk. 1). 3.2. Die Verteidigung führte in ihrer Berufungsbegründung zusammenfassend aus, die Vorinstanz sei zwar zu Recht zum Schluss gekommen, dass die Durchsuchung des Mobiltelefons regelwidrig gewesen sei, da diese nur mit staatsanwaltschaftlichem Befehl hätte erfolgen dürfen. Die Durchsuchung sei jedoch darüber hinaus auch als unrechtmässig zu qualifizieren. Durchsuchungen würden Zwangsmassnahmen darstellen und dürften nur ergriffen werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen seien, ein hinreichender Tatverdacht vorliege, die damit

- 9 - angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden könnten und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertige. In den Akten finde sich kein Hinweis darauf, im Hinblick auf welchen Tatverdacht die Durchsuchung durchgeführt worden sei. Der Verdacht auf rechtswidrigen Aufenthalt rechtfertige keine Durchsuchung des Mobiltelefons. Es sei nicht ersichtlich, welche Ermittlungserkenntnisse sich die Polizei in Bezug auf den Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts durch die Durchsuchung des Mobiltelefons hätte erhoffen können, zumal der Sachverhalt durch Beizug der Akten des Migrationsamts bereits geklärt worden sei und der Beschuldigte auch nicht bestritten habe, sich illegal in der Schweiz aufzuhalten. Aus dem Polizeirapport werde nicht ersichtlich, dass vor der Durchsuchung ein Tatverdacht betreffend die Eingrenzung vorgelegen hätte. Der Beschuldigte sei innerhalb des zugewiesenen Rayons kontrolliert worden und die Polizei habe keinerlei Hinweise auf einen möglichen Verstoß gegen die Eingrenzung gehabt. Es habe folglich kein (hinreichender) Tatverdacht bestanden, welcher die Durchsuchung gerechtfertigt hätte. Die materiellen Voraussetzungen für die Durchsuchung seien nicht erfüllt gewesen. Die Durchsuchung sei damit nicht nur regelwidrig erfolgt, da keine entsprechende Anordnung der Staatsanwaltschaft vorgelegen habe, sondern auch ohne irgendeinen Tatverdacht, womit sie darüber hinaus auch als unrechtmässig zu qualifizieren sei (Urk. 46 S. 5 f.). 3.3. Gemäss Art. 246 StPO dürfen unter anderem Datenträger durchsucht werden, wenn zu vermuten ist, dass sich darin Informationen befinden, die der Beschlagnahme unterliegen. Unter die Informationsträger im Sinne von Art. 246 StPO fallen auch Mobiltelefone (BSK StPO-Thormann/Brechbühl, 2. Aufl. 2014, Art. 246 StPO N 3; BGE 139 IV 128 E. 1.3). Da es sich bei der Durchsuchung von Aufzeichnungen im Sinne von Art. 246 StPO um eine Zwangsmassnahme handelt, kann sie nur angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen von Art. 197 StPO vorliegen, mithin auch ein hinreichender Tatverdacht besteht (BSK StPO-Thormann/Brechbühl, a.a.O., Art. 246 StPO N 7; Zürcher Kommentar StPO-Keller, Art. 246 N 7). Ausserdem ist sie nach Art. 198 i.V.m. Art. 241 Abs. 1 StPO grundsätzlich von der Staatsanwaltschaft anzuordnen bzw. vorzunehmen. Sofern im Sinne von Art. 241 Abs. 3 StPO "Gefahr in Verzug" vorliegt, kann die Polizei

- 10 - Aufzeichnungen auch ohne besonderen Befehl der Staatsanwaltschaft durchsuchen (BGE 139 IV 128 E. 1.4). 3.3.1. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob ein hinreichender Tatverdacht betreffend die Durchsuchung des Mobiltelefons des Beschuldigten vorlag. Wie bereits erwähnt, wird im Rapport der Kantonspolizei Zürich vom 16. März 2021 festgehalten, dass der Beschuldigte, welcher an den Bahnhof B._____ gelaufen und sich konspirativ verhalten habe, anlässlich einer Fahndungspatrouille aufgefallen und kontrolliert worden sei (Urk. 1 S. 1). Gemäss Aussagen der Polizei wurde bereits bei der Verhaftung des Beschuldigten am 16. März 2021 festgestellt, dass dieser mit einer

Eingrenzung belegt ist (Urk. 3/1 S. 3 Frage 22). Da der Beschuldigte an den Bahnhof B._____ lief und sich dabei verdächtig verhielt, durfte die Polizei durchaus annehmen, dass der Beschuldigte gegen diese Eingrenzung verstossen wollte bzw. dies bereits zu früheren Zeitpunkten getan hatte. Dabei lag die Vermutung nahe, dass sich auf dem Mobiltelefon diesbezügliche Informationen bzw. Beweismittel finden lassen würden. Damit lag ein hinreichender Tatverdacht vor, um den Beschuldigten die Einverständniserklärung zur Durchsichtung von Aufzeichnungen (Urk. 5/1) unterzeichnen zu lassen und anschliessend sein Mobiltelefon zu durchsuchen. Die Durchsichtung des Mobiltelefons des Beschuldigten durch die Polizei war damit rechtmässig. 3.3.2. Was die Voraussetzung eines Durchsichtungsbefehls betrifft, so ist die Vorinstanz zum Schluss gekommen, dass bei der Durchsichtung des Mobiltelefons des Beschuldigten keine Dringlichkeit im Sinne von Art. 241 Abs. 3 StPO vorlag und für die Möglichkeit zur Einwilligung zur Durchsichtung im Sinne von Art. 246 StPO keine Rechtsgrundlage besteht. Sie erachtete die Durchsichtung des Mobiltelefons, welche ohne staatsanwaltschaftlichen Befehl im Sinne von Art. 241 Abs. 1 StPO durchgeführt worden war, deshalb für regelwidrig (Urk. 34 S. 12-16). Dem ist entgegenzuhalten, dass durchaus davon ausgegangen werden kann, dass Gefahr im Verzug im Sinne von Art. 241 Abs. 3 StPO vorlag, weshalb die Polizei die Durchsichtung des Mobiltelefons ohne Befehl der Staatsanwaltschaft vornehmen durfte. Ohne sofortige Durchsichtung des Mobiltelefons war zu befürchten, dass der Beschuldigte die Fotos und Chats, welche beweisen, dass er

- 11 - gegen die Eingrenzung versties, löscht, bevor die Polizei oder Staatsanwaltschaft sie gesehen hätte, was einen Beweisverlust bedeutet hätte. Selbst wenn man davon ausgeht, dass keine Gefahr im Verzug war und Art. 241 Abs. 3 StPO keine Anwendung findet und damit das selbständige Handeln der Polizei ohne staatsanwaltschaftlichen Befehl regelwidrig war, so bleiben die im Rahmen der Durchsichtung des Mobiltelefons erhobenen Beweise verwertbar, wie nachstehend noch zu zeigen sein wird.

E. 4

Verwertbarkeit der Beweise

E. 4.1

Was die Verwertbarkeit der Beweismittel betrifft, welche durch die Durchsichtung des Mobiltelefons erhoben wurden, führte die Verteidigung in ihrer Berufungsbegründung zusammenfassend aus, die Vorinstanz habe sich auf den Standpunkt gestellt, dass im vorliegenden Fall bei der Durchsichtung des Mobiltelefons allein Ordnungsvorschriften verletzt worden seien, weshalb die erhobenen Beweise verwertet werden dürften. Dabei habe die Vorinstanz auf BGE 139 IV 128 verwiesen. Die vorliegende Konstellation sei jedoch mit jenem Fall nicht vergleichbar. Das Bundesgericht sei zum Schluss gekommen, dass in jenem Fall von Anbeginn ein (Anfangs-)Verdacht bestanden habe und die Durchsichtung des Mobiltelefons in direktem Zusammenhang mit den abzuklärenden Straftaten stehe. Die materiellen Voraussetzungen für eine Durchsichtung seien folglich erfüllt gewesen. Vorliegend habe vor der Durchsichtung jedoch kein (Anfangs-)Verdacht bestanden, dass der Beschuldigte gegen seine Eingrenzung verstossen hätte. Der Verdacht habe sich erst durch die Durchsichtung selbst ergeben. Damit seien die materiellen Voraussetzungen für die Durchsichtung – im Unterschied zum zitierten Bundesgerichtsentscheid – nicht erfüllt. Die in Frage stehenden Beweismittel seien folglich nicht unter blosser Verletzung von Ordnungsvorschriften erhoben worden, sondern

es seien Gültigkeitsvorschriften verletzt worden. Damit komme Art. 141 Abs. 2 und Abs. 3 StPO nicht zur Anwendung. Ausserdem sei den Polizei- zeibeamten aus Sicht des Beschuldigten ein rechtsmissbräuchliches Verhalten zu attestieren, da dem Beschuldigten, welcher nur gebrochen Deutsch spreche, von der Polizei eine deutsche Einverständniserklärung vorgelegt worden sei. Es habe keinen Übersetzer gegeben, welcher ihm erklärt habe, in was er mit seiner Unter-

- 12 - schrift überhaupt einwillige. Ausserdem sei er erst anlässlich der Einvernahme am Folgetag dahingehend belehrt worden, dass er die Mitwirkung verweigern dürfe. Der Polizei als Strafverfolgungsbehörde müsste bekannt sein, dass eine Einwilli- gung des Betroffenen den staatsanwaltschaftlichen Befehl im Falle von Durchsu- chungen von Mobiltelefonen nie ersetzen könne. Auch dieser Aspekt spreche da- für, dass bei der Durchsuchung des Mobiltelefons Gültigkeits- und nicht Ord- nungsvorschriften verletzt worden seien. Im vorliegenden Fall sei ohne Weiteres klar, dass die Missachtung einer Eingrenzung nicht als schwere Straftat qualifi- ziert werden könne. Die Beweismittel, welche durch die Durchsuchung des Mobil- telefons erhoben worden seien, dürften folglich nicht verwertet werden. Zum glei- chen Resultat sei in Bezug auf die unrechtmässige Personenkontrolle zu kom- men. Das Fehlen eines objektiv nachvollziehbaren Anlasses für die Kontrolle müsse ebenfalls als Gültigkeitsvorschrift qualifiziert werden. Auch der Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts sei nicht als schwere Straftat zu qualifizieren. Entspre- chende dürften auch die Beweise, welche durch die Personenkontrolle erhoben worden seien, nicht verwertet werden. Das Beweisverwertungsverbot betreffe nicht nur das rechtswidrig beschaffte primäre Beweismittel, sondern alle weiteren Beweismittel, welche gestützt auf die illegalen Primärbeweismittel erhoben wor- den seien, so dass im Ergebnis sämtliche an sich legal beschafften Folgebeweise weder direkt noch indirekt verwertbar seien. Weder das nachfolgende Geständnis, welcher der Beschuldigte bei der Polizei abgegeben hatte, noch die beim Migrati- onsammt eingeholten Beweismittel dürften unter diesen Umständen zu Ungunsten des Beschuldigten verwendet werden (Urk. 46 S. 6 ff.).

E. 4.2

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass das Fehlen eines Durchsu- chungsbefehls nicht zur Unverwertbarkeit der im Rahmen der Durchsuchung des Mobiltelefons erhobenen Beweise führe, da im vorliegenden Fall das Erfordernis des schriftlichen Durchsuchungsbefehls im Sinne von Art. 241 Abs. 1 StPO als Ordnungsvorschrift zu qualifizieren sei. Auf diese zutreffenden Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 34 S. 16 ff.). Zu Recht hat die Vorinstanz auf BGE 139 IV 128 hingewiesen. Entgegen der Auffassung der Verteidigung lag nicht nur im zi- tierten Bundesgerichtsentscheid ein (Anfangs-)Verdacht vor, dass der Beschuldig- te gegen die Eingrenzung verstossen hätte, sondern – wie unter Ziff. II.3.3.1 vor-

- 13 - stehend erwähnt – auch im vorliegenden Fall. Die materiellen Voraussetzungen für die Durchsuchung waren erfüllt. Die Durchsuchung des Mobiltelefons des Be- schuldigten war nicht unverhältnismässig. Sie geschah wegen des Verdachts auf eine Straftat und beschränkte sich auf das Suchen von Beweismitteln in der Foto- galerie und in WhatsApp-Chats. Es sind sodann – entgegen der Auffassung der Verteidigung – keine Hinweise ersichtlich, wonach die Polizei rechtsmissbräuch- lich gehandelt hätte. Vielmehr belehrte die Polizei den Beschuldigten bereits im Rahmen der Festnahme über seine Rechte mittels eines Formulars in Kurdisch Sorani (Urk. 6/2 S. 2) und holte die Einwilligung des Beschuldigten für die Durch- suchung des Mobiltelefons ein (Urk. 5/1). Analog zum

erwähnten Bundesgerichtsentscheid ist im vorliegenden Fall das Erfordernis des schriftlichen Durchsuchungsbefehls im Sinne von Art. 241 Abs. 1 StPO – geht man nicht von einem Anwendungsfall von Art. 241 Abs. 3 StPO aus – als Ordnungsvorschrift und nicht als Gültigkeitsvorschrift zu qualifizieren. Die Beweismittel, welche durch die Durchsuchung des Mobiltelefons erhoben worden sind, sind damit gemäss Art. 141 Abs. 3 StPO verwertbar. Nachdem auch die Personenkontrolle rechtmässig war, dürfen auch die Beweise, welche anlässlich der Personenkontrolle erhoben worden sind, verwertet werden.

E. 5

Nachdem sowohl die Rechtmässigkeit der Polizeikontrolle, die Rechtmässigkeit der Durchsuchung des Mobiltelefons und die Verwertbarkeit der daraus erhobenen Beweise zu bejahen sind, ist insbesondere gestützt auf die Aussagen des Beschuldigten und die Fotodokumentation der Sachverhalt erstellt. Durch sein Verhalten hat der Beschuldigte die mit Verfügung des Migrationsamts des Kantons Zürich vom 18. Dezember 2020 angeordnete und rechtskräftige Eingrenzung im Sinne von Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG (Urk. 4/1) mehrfach missachtet und sich rechtswidrig in der Schweiz aufgehalten, nachdem sein Asylgesuch mit rechtskräftigem Entscheid des Staatssekretariats für Migration SEM vom 25. Oktober 2017 abgewiesen und seine Wegweisung aus der Schweiz verfügt worden war (Urk. 4/8, Urk. 4/1). Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz als mehrfache Missachtung der Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 AIG sowie rechtswidriger Aufenthalt im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG ist zutreffend (Urk. 34 S. 18 f.). Der Beschuldigte hat sich dem-

- 14 - nach der mehrfachen Missachtung der Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 AIG sowie des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG schuldig gemacht. Nachfolgend ist zu prüfen (Erw. III.5.), ob die EU-Rückführungsrichtlinie dem Aussprechen einer Sanktion trotz erfülltem Straftatbestand bzw. Schuldspruch entgegensteht. III. Strafzumessung 1. Die Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG sieht einen ordentlichen Strafrahmen von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor. Der gesetzliche Strafrahmen des rechtswidrigen Aufenthalts von Art. 115 Abs. 1 AIG beträgt Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend vermerkte (Urk. 34 S. 19), liegen keine ausserordentliche Umstände vor, die ein Verlassen des ordentlichen Strafrahmens als angezeigt erscheinen liessen. 2. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB ist nur bei gleichartigen Strafen möglich. Geldstrafe und Freiheitsstrafe sind keine gleichartigen Strafen im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen. Das Gericht kann auf eine Gesamtfreiheitsstrafe nur erkennen, wenn es im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss eine Freiheitsstrafe ausfällen würde (Urteil des Bundesgerichts 6B_382/2021 vom 25. Juli 2022 E. 2.4.2. m.w.H.; BGE 144 IV 217 E. 2.2). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Bildung einer Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB vorab der Strafrahmen für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafrahmens festzusetzen. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen

Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Das Gericht hat mit-

- 15 - hin in einem ersten Schritt gedanklich die Einsatzstrafe des schwersten Delikts festzulegen, indem es alle diesbezüglichen strafferhöhenden und strafmindernden Umstände einbezieht. In einem zweiten Schritt hat es die Strafe zu erhöhen, um die weiteren Delikte zu sanktionieren. Auch dort muss es den jeweiligen Umständen Rechnung tragen (BGE 144 IV 217 E. 3.5.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_865/2009 vom 25. März 2010 E. 1.2.2). Vorliegend ist die Missachtung der Eingrenzung das schwerste Delikt, weshalb für diese eine Einsatzstrafe auszufällen und deren Dauer um die Strafe für den rechtswidrigen Aufenthalt angemessen zu erhöhen ist (Art. 49 Abs. 1 StGB). 3. Innerhalb des festgelegten Strafrahmens misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben (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). Für die Zumessung der Strafe innerhalb des Strafrahmens 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 anhand des Ausmasses des Erfolgs sowie auf Grund der Art und Weise des Vorgehens zu beurteilen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut beeinträchtigt worden ist. Ebenfalls von Bedeutung sind die kriminelle Energie und der Tatbeitrag bei Tatausführung durch mehrere Täter. 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 (vgl. OFK/StGB-Heimgartner, 21. Aufl., Zürich 2022, StGB 47 N 5 ff.).

- 16 - 3.1. Bei der objektiven Tatschwere der Missachtung der Eingrenzung fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte in nur drei Monaten gleich mindestens zehn Mal (vgl. act. 5/2) gegen die ihm auferlegte Eingrenzung versties und dies vorwiegend aus vergnüglichen Gründen und nicht etwa für Behördengänge oder ähnliches. Das Tatverschulden des Beschuldigten wiegt in objektiver Hinsicht noch leicht. Bei der subjektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte, hatte er doch Kenntnis von der Eingrenzung. Er setzt sich beharrlich über die behördliche Anweisung hinweg und demonstriert mit seinem Verhalten eine Gleichgültigkeit und Ignoranz gegenüber den geltenden ausländerrechtlichen Regelungen. Auch in subjektiver Hinsicht wiegt sein Verschulden noch leicht. Ausgehend von einem gesamthaft noch leichten Verschulden erweist sich für die Missachtung der Eingrenzung eine Einsatzstrafe von 40 Tagen Freiheitsstrafe bzw. 40 Tagessätzen Geldstrafe als angemessen. 3.2. Was die Wahl der Sanktionsart betrifft, so kann das Gericht anstelle einer Geldstrafe auf eine Freiheitsstrafe erkennen, wenn eine solche geboten erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten oder wenn eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann (Art. 41 Abs. 1 lit. a und b StGB). Das Gericht hat die Wahl der Freiheitsstrafe näher zu begründen (Art. 41 Abs. 2

StGB). Zudem darf nach der neusten Rechtsprechung eine Gesamtfreiheitsstrafe ausgesprochen werden, wenn viele Einzeltaten zeitlich sowie sachlich eng miteinander verknüpft sind und eine blosser Geldstrafe bei keinem der in einem engen Zusammenhang stehenden Delikte geeignet ist, in genügender Masse präventiv auf den Täter einzuwirken. Das Gericht trägt bei der Wahl der Straftart neben dem Verschulden des Täters, der Zweckmässigkeit der Strafe, ihren Auswirkungen auf die Täterschaft und auf ihr soziales Umfeld sowie ihrer Wirksamkeit unter dem Gesichtswinkel der Prävention Rechnung (Urteil des Bundesgerichts 6B_382/2021 vom 25. Juli 2022 E. 2.4.2 und 2.6 m.w.H.).

- 17 - Die Vorinstanz führte zutreffend aus, dass der Beschuldigte, welcher von der Nothilfe lebt (vgl. Urk. 40), nicht über genügend finanzielle Mittel verfügt, damit die Geldstrafe vollzogen werden könnte. Zudem ist die Vollstreckbarkeit auch deshalb zu verneinen, da angesichts seiner andauernden Verweigerungshaltung gegenüber behördlichen Anordnungen nicht von einer für die Bezahlung der Geldstrafe notwendigen Zahlungsbereitschaft des Beschuldigten ausgegangen werden kann. Ausserdem liess sich der Beschuldigte durch die bisher gegen ihn verhängte bedingte Geldstrafe und bedingte Freiheitsstrafe (siehe nachstehende Ziff.) nicht von weiterer Delinquenz abhalten, sondern wurde jeweils innert kürzester Zeit und während laufenden Probezeiten wieder einschlägig rückfällig. Unter diesen Umständen besteht keine Veranlassung, die heute zu beurteilenden Straftaten mit einer Geldstrafe zu sanktionieren. Angesichts der Hartnäckigkeit der Delinquenz des Beschuldigten und der Tatsache, dass sämtliche bisher gegen ihn verhängten Sanktionen die ihnen zgedachte präventive Wirkung verfehlten, kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Geldstrafe die angestrebte Wirkung zu erreichen vermag. Deshalb kommt vorliegend einzig eine Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe, nicht aber mit einer Geldstrafe in Betracht. Die Einsatzstrafe von 40 Tagen Freiheitsstrafe ist durch das weitere Delikt, den rechtswidrigen Aufenthalt, zu erhöhen. 3.3. Bei der objektiven Tatschwere des rechtswidrigen Aufenthalts ist die Dauer des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz zu berücksichtigen. Der Beschuldigte ist nach seiner letzten Entlassung aus der Haft erneut illegal in der Schweiz verblieben, allerdings sind vorliegend lediglich gut drei Monate rechtswidriger Aufenthalt eingeklagt. Dies tat er jedoch trotz einer rechtskräftigen Wegweisungsverfügung und mehrfacher Aufforderung, die Schweiz zu verlassen. Das Tatverschulden des Beschuldigten wiegt dennoch insgesamt in objektiver Hinsicht noch leicht. Bei der subjektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Es war ihm voll bewusst, dass er sich illegal in der Schweiz aufhielt und zur Ausreise verpflichtet gewesen wäre. Dies insbesondere auch deshalb, weil er zum Tatzeitpunkt schon zweimal wegen rechtswidrigen

- 18 - Aufenthalts verurteilt worden war (Urk. 36). Er setzt sich beharrlich über behördliche Anweisungen hinweg und demonstriert mit seinem Verhalten eine Gleichgültigkeit und Ignoranz gegenüber den geltenden ausländerrechtlichen Regelungen. Auch in subjektiver Hinsicht wiegt sein Verschulden noch leicht. Für den rechtswidrigen Aufenthalt erweist sich bei isolierter Betrachtung eine Freiheitsstrafe von 30 Tagen bzw. eine Geldstrafe von 30 Tagessätzen als angemessen. In Bezug auf die Straftart kann auf das Vorstehende (siehe Ziff. 3.2.) verwiesen werden, das hier gleichermassen zutrifft. Zusammenfassend ist die Einsatzstrafe von 40 Tagen Freiheitsstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips um 20 Tage auf insgesamt 60 Tage Freiheitsstrafe erhöhen. 3.4. Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die zutreffenden

Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 34 S. 20). Im Rahmen des Berufungsverfahrens erfolgten keine Ergänzungen. Es ergeben sich daraus im Rahmen der Täterkomponente keine strafzumessungsrelevanten Umstände. Der Beschuldigte wies im Zeitpunkt der Tathandlungen zwei einschlägige Vorstrafen auf. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 20. März 2019 (act. 7/3) sowie mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. Dezember 2020 (act. 7/2) wurde der Beschuldigte wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG und wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht bei der Beschaffung der Ausweispapiere im Sinne von Art. 120 Abs. 1 lit. e AIG in Verbindung mit Art. 90 lit. c AIG bestraft (Urk. 36). Diese Vorstrafen sind strafe erhöhend zu berücksichtigen. Ebenso strafe erhöhend wirkt sich das Delinquieren während laufender Probezeit aus, beging der Beschuldigte seine Taten doch während der mit Strafbefehl vom 4. Dezember 2020 angesetzten Probezeit von 3 Jahren (vgl. Urk. 36). Leicht strafmindernd ist zu würdigen, dass der Beschuldigte eingestand, die Wegweisungs- und Eingrenzungsverfügung erhalten und sich trotzdem dazu ent-

- 19 - schlossen zu haben, in der Schweiz zu bleiben bzw. sich nicht an die Eingrenzung zu halten. 3.5. Gesamthaft ergibt sich damit aus der Täterkomponente eine Straferhöhung um 10 Tage. Demzufolge erwies sich eine Sanktion von 70 Tagen Freiheitsstrafe als angemessen. Aufgrund des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) hat es im vorliegenden Fall allerdings bei der von der Vorinstanz verhängten Strafe zu bleiben. Der Beschuldigte ist somit in Anwendung von Art. 41 Abs. 1 lit. b StGB mit einer Freiheitsstrafe von 50 Tagen zu bestrafen. Anzurechnen ist die erstandene Haft von 2 Tagen (Art. 51 StGB; vgl. Urk. 6/2 und Urk. 6/8). 4. In Ergänzung des vorinstanzlichen Urteils ist zu prüfen, ob die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatenangehöriger (EU-Rückführungsrichtlinie) eingehalten wurde. Das Bundesgericht hat in BGE 143 IV 249 E. 1.9 festgehalten, dass eine Rückführungsrichtlinien konforme Anwendung von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG verlange, 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 (BGE 143 IV 249 = Pra 107 (2018) Nr. 28 E. 1.9). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fällt der Verstoss gegen eine Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG, welche die Durchsetzung eines Wegweisungsentscheides bezweckt, ebenfalls in den Anwendungsbereich der EU-Rückführungsrichtlinie (BGE 143 IV 264 E. 2.6.2). Auch aus BGE 147 IV 232 E. 1.2-1.4 und 1.6. ergibt sich, dass eine Freiheitsstrafe lediglich ausgesprochen werden kann, wenn die erforderlichen Entfernungsmassnahmen und Fernhaltungsmassnahmen ergriffen worden resp. aufgrund des Verhaltens dieser Person gescheitert sind. Die Schengener Rückführungsrichtlinie steht somit einer Bestrafung gestützt auf Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG und Art. 119 Abs. 1 AIG nicht grundsätzlich entgegen.

- 20 - Die ausgesprochene Strafe darf jedoch nicht zu einer Beeinträchtigung des Rückführungsverfahrens führen. Gemäss Entscheid des Staatssekretariats für Migration SEM vom 25. Oktober 2017, in Rechtskraft seit 5. November 2017 (Urk. 4/8, Urk. 4/1), wurde das Asylgesuch des aus dem Irak stammenden Beschuldigten vom 15. August 2017

mangels Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft abgelehnt und der Beschuldigte wurde mit der Wegweisung aus der Schweiz verpflichtet, die Schweiz bis am 13. November 2017 zu verlassen. Da sich der Beschuldigte weigerte, in den Irak auszureisen, kam er am 8. Mai 2019 in Durchsetzungshaft, welche mit Urteil des Zwangsmassnahmengerichts Zürich vom 28. Mai 2020 bis am 8. August 2020 verlängert wurde (Urk. 4/6). Sodann führte das Migrationsamt des Kantons Zürich am 18. Juni 2020 mit dem Beschuldigten im Flughafengefängnis Zürich ein Ausreisegespräch, worin der Beschuldigte ankündigte, die Schweiz nicht zu verlassen (Urk. 4/5). Mit Entlassungsanordnung des Migrationsamts vom 22. Juni 2020 bzw. vom 4. Dezember 2020 wurde der Beschuldigte aus der Haft entlassen und verpflichtet, die Schweiz unverzüglich zu verlassen, sobald die Ausreise möglich ist (Urk. 4/4, Urk. 4/2). Am 26. Oktober 2020 führte das Migrationsamt mit dem Beschuldigten in seiner Unterkunft beim Rückkehrzentrum G._____ in B._____ erneut ein Ausreisegespräch, worin der Beschuldigte wiederum ankündigte, trotz seines illegalen Aufenthaltes die Schweiz nicht zu verlassen (act. 4/3). Mit Verfügung des Migrationsamts des Kantons Zürich vom 18. Dezember 2020, empfangen am 23. Dezember 2020, wurde der Beschuldigte gestützt auf Art. 74 Abs. 1 lit. b AIG befristet auf ein Jahr ab Eröffnung auf das Gebiet des Bezirkes C._____ eingegrenzt mit der Möglichkeit, ein schriftliches Gesuch um Ausnahmegewilligung für zwingende Reisen ausserhalb des Rayons für die Dauer des Termins sowie die direkte An- und Abreise zu stellen (Urk. 4/1). Anlässlich der polizeilichen Einvernahme zur Sache vom 17. März 2021 gab der Beschuldigte an, dass er trotz des Wegweisungsentscheides des Migrationsamts nicht in den Irak zurückkehren und somit keine Ausreisepapiere beschaffen könne und er selbst nach der Entlassung aus der ausländerrechtlichen Haft im Dezember 2020 nie die Absicht gehabt habe, die Schweiz zu verlassen (Urk. 3/1 S. 2).

- 21 - Damit wurde alles für den Vollzug der Rückkehrentscheidung Zumutbare vorgekehrt. Die Rückkehr des Beschuldigten scheiterte alleine aufgrund seines Verhaltens. Er hält sich ohne Rechtfertigungsgrund seit mehreren Jahren illegal in der Schweiz auf und zwar aufgrund seiner Verweigerungshaltung 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. Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, inwiefern ein relativ kurzer Freiheitsentzug die Anwendung der Rückführungsrichtlinie beeinträchtigen würde. Zusammenfassend erweist sich eine Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe wegen Missachtung der Eingrenzung und rechtswidrigen Aufenthalts auch unter Berücksichtigung der EU-Rückführungsrichtlinie als zulässig. IV. Vollzug Hinsichtlich des Vollzugs der Freiheitsstrafe ist festzuhalten, dass dem Beschuldigten aufgrund des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) der bedingte Vollzug zu gewähren ist. Der Vollzug der Freiheitsstrafe ist deshalb aufzuschieben und die Probezeit – infolge der verbleibenden Bedenken – auf vier Jahre festzusetzen (Art. 44 Abs. 1 StGB). V. Widerruf 1. Die Vorinstanz widerrief die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. Dezember 2020 (Unt. Nr. E-8/2020/41530) bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe von 50 Tagen und erklärte sie für vollziehbar (Urk. 34 S. 24 ff.). 2. Aus dem aktuellen Strafregisterauszug (Urk. 36) und dem entsprechenden Strafbefehl (Urk. 50) ergibt sich, dass die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland den Beschuldigten mit Strafbefehl vom 7. Juli 2021 des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG und der Missachtung der Eingrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG schuldig sprach sowie den aufgeschobenen Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

- 22 - vom 4. Dezember 2020 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 50 Tagen inzwischen ebenfalls widerrief. Sie verurteilte den Beschuldigten unter Einbezug der widerrufenen Strafe zu einer (unbedingten) Gesamtstrafe von 120 Tagen Freiheitsstrafe (vgl. Urk. 50). Dieser Strafbefehl und damit der Widerruf ist in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 36). Damit fällt ein Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. Dezember 2020 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 50 Tagen im vorliegenden Verfahren ausser Betracht. Auf den entsprechenden Antrag ist nicht einzutreten. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 5 und 6) ist entsprechend dem Ausgang des Verfahrens vollumfänglich zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO). 2. Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen vollumfänglich. Dass im Berufungsverfahren kein Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. Dezember 2020 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe erfolgt, ist darauf zurückzuführen, dass dieser (infolge weiterer Delinquenz des Beschuldigten) bereits mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 7. Juli 2021 angeordnet worden war. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten vollumfänglich aufzuerlegen. Es wird erkannt:

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