

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB190203-O/U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, und lic. iur. Stiefel, der Ersatzoberrichter lic. iur. Vesely sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Samokec

Urteil vom 6. September 2019

in Sachen

A. _____,

Beschuldigte und Berufungsklägerin

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. HSG X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländergesetz und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, vom
30. Januar 2019 (GG180035)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 26. Oktober 2018 (Urk. 17) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 30 S. 20 f.)

Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte ist schuldig des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG.
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten, wovon 3 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die mit Strafbefehl vom 9. Juni 2016 der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis (Verfahrens-Nr. B-7/2016/10019339) bedingt ausgesprochene Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird widerrufen.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'800.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'600.00 Gebühr Vorverfahren
Fr. 6'734.35 amtliche Verteidigung RA Dr. iur. X. _____

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausser diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Staatskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

7. Der amtliche Verteidiger wird für seine Bemühungen und Auslagen mit Fr. 6'734.35 (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Staatskasse entschädigt.

Berufungsanträge:

a) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 40 S. 1 f.)

- "1. Das Strafverfahren gegen Frau A. _____ sei einzustellen;
2. Eventualiter sei Frau A. _____ von Schuld und Strafe freizusprechen;
3. Auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 9. Juni 2016 ausgefallten bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu CHF 30.00 sei zu verzichten;
4. Frau A. _____ sei für die unschuldig erstandene Haft eine angemessene Genugtuung in der Höhe von CHF 600.00 zzgl. 5% Zins seit dem 16. Februar 2018 zu entrichten;
5. Es seien sämtliche Verfahrenskosten für die Untersuchung und für beide Gerichtsstufen inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung auf die Staatskasse zu nehmen;
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt.) zu Lasten des Staates."

b) Der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis:

(Urk. 35, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, vom 30. Januar 2019 wurde die Beschuldigte wegen rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 4 Monaten bestraft, wobei 3 durch Haft erstandene Tage an die Freiheitsstrafe angerechnet wurden. Ferner wurde die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 9. Juni 2016 bedingt ausgesprochene Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– widerrufen und die Kostenfolgen festgesetzt (Urk. 30 S. 20 f.).

2. Gegen dieses Urteil meldete die Verteidigung mit Eingabe vom 7. Februar 2019 (Datum Poststempel) Berufung an (Urk. 26) und reichte nach Erhalt des begründeten Urteils am 5. April 2019 (Urk. 29/2) fristgerecht ihre Berufungserklärung ein (Urk. 32). Mit Präsidialverfügung vom 29. April 2019 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft zugestellt und Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder einen Nichteintretensantrag zu stellen (Urk. 71). Mit derselben Präsidialverfügung wurde der Beschuldigten Frist angesetzt, um das der Verfügung beiliegende Datenerfassungsblatt ausgefüllt dem Gericht zu retournieren. Mit Eingabe vom 8. Mai 2019 verzichtete die Staatsanwaltschaft auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 35). Die der Beschuldigten angesetzte Frist zur Einreichung des ausgefüllten Datenerfassungsblatts verstrich unbenützt (vgl. Urk. 34/2). Am 20. Juni 2019 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 6. September 2019 vorgeladen (Urk. 37). Nach der Durchführung der Berufungsverhandlung erweist sich das Verfahren als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Die Beschuldigte beantragt im Berufungsverfahren die Einstellung des Strafverfahrens, eventualiter einen Freispruch (Urk. 40 S. 1). Ihre Berufung richtet sich damit grundsätzlich gegen das gesamte vorinstanzliche Urteil, wobei aber keine Beanstandung hinsichtlich der vorinstanzlichen Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 5) erfolgte (Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO). Damit ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, vom 30. Januar 2019 bezüglich der Dispositivziffer 5 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Soweit für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO, auch ohne dass dies jeweils explizit Erwähnung findet.

3. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Sachverhalt

1.1. Gemäss Anklageschrift vom 26. Oktober 2018 sei mit Verfügung des Staatssekretariats für Migration vom 7. Mai 2014 das Asylgesuch der Beschuldigten abgelehnt und deren Wegweisung aus der Schweiz verfügt worden. Eine von der Beschuldigten gegen diesen Entscheid angehobene Beschwerde sei mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 29. September 2015 abgewiesen worden. Das Staatssekretariat für Migration habe die Beschuldigte in der Folge verpflichtet, die Schweiz bis zum 12. November 2015 zu verlassen. Die Beschuldigte habe dieser Aufforderung aber wissentlich und willentlich keine Folge geleistet und sich

vom 11. Juni 2016 bis zum 16. Februar 2018, vom 18. Februar bis zum 5. Juni 2018 und vom 6. Juni bis zum 23. Oktober 2018 weiterhin in der Schweiz aufgehalten. Bemühungen, Reisepapiere für eine Ausreise aus der Schweiz bzw. eine Rückkehr nach Äthiopien zu beschaffen, habe die Beschuldigte keine unternommen (Urk. 17 S. 2).

1.2. Die Beschuldigte zeigte sich sowohl im Vorverfahren, als auch vor Vorinstanz hinsichtlich des ihr zur Last gelegten Anklagevorwurfs geständig. Gemäss eigenen Angaben habe sie den ablehnenden Asylentscheid des Staatssekretariats für Migration vom 7. Mai 2014 gekannt und auch über den für sie negativen Ausgang des von ihr gegen diese Verfügung vor Bundesverwaltungsgericht angehobenen Beschwerdeverfahrens Bescheid gewusst (Urk. 3/1 S. 2; Urk. 10/1 S. 2; Prot. I S. 8). Sie sei sich bewusst gewesen, dass sie die Schweiz hätte verlassen müssen, habe aber nicht nach Äthiopien zurückkehren wollen und auch nicht gewusst, wo sie sonst hingehen solle (Urk. 3/1 S. 2; Urk. 10/1 S. 2 f.; Urk. 10/5 S. 3 f.; Prot. I S. 9). Zudem gab die Beschuldigte an, sich während der Dauer ihres rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz auch nie um die Beschaffung von Reisepapieren oder eines "Laissez-Passer" gekümmert zu haben (Urk. 3/1 S. 2; Urk. 10/1 S. 2 f.; Urk. 10/5 S. 5 f.; Prot. I S. 9). Eine Rückkehr nach Äthiopien schloss die Beschuldigte gemäss eigenen Angaben kategorisch aus (Urk. 3/2 S. 2; Urk. 10/1 S. 2 f.; Urk. 10/2 S. 2; Urk. 10/5 S. 2, 5 und 7; Prot. I S. 9). Auch im Berufungsverfahren blieb es bei diesem Geständnis der Beschuldigten (Prot. II S. 8), welches sich als glaubhaft erweist und sich auch mit dem Untersuchungsergebnis deckt. Der Anklagesachverhalt ist damit rechtsgenügend erstellt.

2. Rechtliche Würdigung

2.1. Am 1. Januar 2019 ist das neue Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG; SR 142.20) in Kraft getreten. Die Beschuldigte hatte das ihr zur Last gelegte Verhalten noch vor Inkrafttreten des AIG begangen. Da sowohl das AIG in dessen Art. 115 als auch das im Zeitpunkt der Tat in Kraft stehende AuG in dessen Art. 115 für den rechtswidrigen Aufenthalt bzw. die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung eine Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe

vorsehen, erweist sich das neue Recht nicht als das Mildere. Zur Anwendung gelangt deshalb das AuG (vgl. Art. 126 Abs. 4 AIG).

2.2. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass in Bezug auf die Möglichkeit zwangsweiser Rückführung äthiopischer Staatsbürger nach Äthiopien eine Praxisänderung erfolgte. Bis anhin akzeptierte Äthiopien keine zwangsweisen Rückführungen seiner Staatsbürger, sondern nahm lediglich freiwillige Rückkehrer zurück (vgl. Urk. 2/1 und 10/16). Gemäss einer Pressemitteilung des Staatssekretariats für Migration vom 16. Januar 2019 schloss die EU im Februar 2018 mit Äthiopien eine Vereinbarung ab, welche die Zusammenarbeit im Rückkehrbereich regelt. Im November 2018 erklärte sich Äthiopien bereit, diese Vereinbarung mit der EU auch auf die Schweiz auszudehnen. In der Folge wurde diese Vereinbarung durch Äthiopien offiziell bestätigt, womit nun auch rechtliche Grundlagen für zwangsweise Rückführungen nach Äthiopien bestehen (Urk. 23/2). Der Umstand, dass nun neu zwangsweise Rückführungen nach Äthiopien möglich sind, kann sich nicht auf die im Rahmen der rechtlichen Würdigung zu beantwortenden Frage auswirken, ob die Migrationsbehörden sämtliche zumutbaren Massnahmen für den Vollzug der Rückkehr der Beschuldigten nach Äthiopien getroffen haben. Der der Beschuldigten in der Anklage zur Last rechtswidrige Aufenthalt erfolgte in mehreren zeitlichen Abschnitten im Zeitraum vom 11. Juni 2016 bis zum 23. Oktober 2018, also noch vor dem Inkrafttreten der Praxisänderung im November 2018. Mithin war in den anklagegegenständlichen Zeitabschnitten die zwangsweise Rückführung der Beschuldigten noch nicht möglich. Im Falle eines Schuldspruchs wäre die Praxisänderung aber im Zusammenhang mit der Frage nach der auszusprechenden Sanktionsart zu berücksichtigen, da die Verhängung einer Freiheitsstrafe die nun neu gegebene Möglichkeit der zwangsweisen Rückführung der Beschuldigten nach Äthiopien verhindern oder beeinträchtigen könnte (vgl. BGE 143 IV 249 E. 1.5).

2.3. Hinsichtlich der rechtlichen Würdigung in Bezug auf den rechtswidrigen Aufenthalt legte die Vorinstanz die objektiven und subjektiven Voraussetzungen von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG zutreffend und umfassend dar (Urk. 30 S. 5 f.). Darauf kann verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Das anklagegegenständliche

Verhalten der Beschuldigten erfüllt denn auch sämtliche Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG. Trotz des in Rechtskraft erwachsenen Wegweisungsentscheids vom 15. Juni 2016 und einer daraufhin angesetzten Ausreisefrist bis zum 12. November 2015, verblieb die Beschuldigte auch nach Ablauf der vorgenannten Frist weiterhin in der Schweiz. Demzufolge hielt sie sich seither, und damit auch in den anklagegegenständlichen Zeitabschnitten (11. Juni 2016 - 16. Februar 2018, 18. Februar - 5. Juni 2018, 6. Juni - 23. Oktober 2018) illegal in der Schweiz auf. Dies tat sie gemäss eigenen Angaben im Bewusstsein um die Rechtskraft ihres Wegweisungsentscheids und der neu bis zum 12. November 2015 angesetzten Ausreisefrist (Urk. 3/1 S. 2; Urk. 10/1 S. 2 f.; Urk. 10/5 S. 3 f.). Eine Rückkehr nach Äthiopien wäre der Beschuldigten während sämtlichen anklagegegenständlichen Zeitabschnitten objektiv möglich gewesen. Aus Unterlagen des Migrationsamtes des Kantons Zürich sowie des Staatssekretariats für Migration geht hervor, dass sich rückkehrwillige äthiopische Staatsbürger bei der Äthiopischen Vertretung in Genf ein "Laissez-Passer" ausstellen lassen können, welches die Rückreise nach Äthiopien ermöglicht (vgl. Urk. 2/1 und Urk. 10/16). Die objektive Möglichkeit der Rückreise nach Äthiopien wird denn auch weder von der Beschuldigten noch von ihrer Verteidigung in Frage gestellt. Vielmehr gab die Beschuldigte an, nicht nach Äthiopien zurückkehren zu wollen, weshalb sie sich auch nie um die Beschaffung von Reisepapieren bemüht habe (Urk. 3/1 S. 2; Urk. 10/1 S. 2 f.; Urk. 10/2 S. 1; Urk. 10/5 S. 5 f.; Prot. I S. 9; Prot. II S. 8).

2.4. Wie vor Vorinstanz, macht die Verteidigung auch im Berufungsverfahren geltend, dass eine Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur EU-Rückführungsrichtlinie nur dann in Frage komme, wenn die Ausreise objektiv möglich und zuvor ein administratives Rückführungsverfahren in die Wege geleitet worden sei bzw. sich ein derartiges Verfahren von vornherein als undurchführbar erweise. Nach Ansicht der Verteidigung hätten die verwaltungsrechtlichen Behörden keinerlei zumutbaren Vorkehrungen zur Rückkehr der Beschuldigten getroffen. Letztere sei weder in Ausschaffungs- bzw. Durchsetzungshaft versetzt noch der Äthiopischen Botschaft zugeführt oder diese schriftlich um Ausstellung von Reisepapieren ersucht worden. Die

Bemühungen der Behörden hätten sich darauf beschränkt, die Beschuldigte am 31. August 2017 und am 15. März 2018 zu einem Ausreisegespräch einzuladen. Die verfügbaren Rückführungsmöglichkeiten seien damit keinesfalls ausgeschöpft worden. Dies gelte umso mehr, als dass seit November 2018 zwischen der Schweiz und Äthiopien ein Abkommen bestehe, welches die Zusammenarbeit im Rückkehrbereich regle und auch rechtliche Grundlagen für die zwangsweise Rückführungen nach Äthiopien beinhalte. Unter diesen Umständen könne nicht davon gesprochen werden, dass alle verwaltungsrechtlichen Massnahmen zur Rückführung der Beschuldigten getroffen worden seien, weshalb hinsichtlich deren Bestrafung wegen rechtswidrigem Aufenthalt ein Strafverfolgungshindernis vorliege. Das Strafverfahren sei deshalb einzustellen bzw. eventualiter die Beschuldigte vom Anklagevorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts freizusprechen (Urk. 22 S. 4 ff.; Urk. 32 S. 1; Urk. 40 S. 4 ff.).

2.5. 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, jedoch sind nationale Strafbestimmungen 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 Achughbadian). Zwangsmassnahmen zur Durchfüh-

zung 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 wegen illegalen Aufenthalts auch gemäss Rechtsprechung des EuGH zur EU-Rückführungsrichtlinie wieder zulässig (Zünd, in: OFK-Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, Art. 115 AuG N 12 mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH).

2.6. Dem Vorwurf der Verteidigung, die Migrationsbehörden hätten, abgesehen von zwei Ausreisegesprächen, keinerlei zumutbaren Vorkehrungen für den Vollzug der Rückkehr der Beschuldigten nach Äthiopien getroffen, kann nicht gefolgt werden. Nachdem die Beschuldigte nach Ablauf der ihr neu angesetzten Ausreisefrist bis zum 12. Oktober 2015 keinerlei Ausreisebemühungen unternommen hatte, wurde sie anlässlich des Ausreisegesprächs vom 16. Oktober 2015 darauf hingewiesen, dass sie bei weiterer Missachtung ihrer Mitwirkungspflicht mit ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen rechnen müsse (Urk. 11/3/69). Mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 15. Juni 2016 wurde denn auch die Eingrenzung der Beschuldigten auf das Gemeindegebiet von B._____ ZH verfügt (Urk. 11/3/48). Die Eingrenzung wurde auf zwei Jahre befristet ausgesprochen, was vom Migrationsamt des Kantons Zürich damit begründet wurde, dass in dieser Zeit die Reisepapierbeschaffung grundsätzlich möglich sei und die rechtskräftige Wegweisung durchgesetzt werden könne (Urk. 11/3/48 S. 2). Eine von der Beschuldigten gegen ihre Eingrenzung erhobene Beschwerde wurde mit Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, Zwangsmassnahmengericht, vom 15. August 2016 teilweise gutgeheissen, schlug sich aber einzig in einer Erweiterung des ursprünglichen Eingrenzungsgebiets auf dasjenige des gesamten Bezirkes C._____ nieder. Im Übrigen blieben die Modalitäten der mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 15. Juni 2016 angeordneten Eingrenzung unverändert (Urk. 11/3/58). Die Eingrenzung der Beschuldigten stellt schliesslich eine Massnahme dar, welche der Durchsetzung der rechtskräftigen Wegweisungsverfügung dienen soll, womit den Migrationsbehörden nicht vorgeworfen werden kann, gänzlich untätig geblieben zu sein (vgl. BGE 144 II 16 E. 4.5.2 und 4.6).

2.7. Abgesehen von der Eingrenzung wurden von den Migrationsbehörden aber keine weiteren Massnahmen für den Vollzug der Rückkehrentscheidung getroffen. Die Verteidigung bringt in diesem Zusammenhang vor, dass insbesondere die Anordnung von Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft, aber auch die Rückführung mittels eines DEPU- oder DEPA-Flugs bzw. neu auch mittels Sonderflug möglich gewesen wäre. Als weitere mögliche Massnahmen nennt die Verteidigung die Zuführung der Beschuldigten zur Äthiopischen Botschaft zur Beschaffung von Reisepapieren oder die Beschaffung von Reisepapieren durch die Migrationsbehörden selbst (Urk. 22 S. 4 ff.; Urk. 32 S. 1; Urk. 40 S. 5 f.).

2.7.1. Die Möglichkeit der Anordnung von Ausschaffungshaft wurde bereits im vorinstanzlichen Urteil mit zutreffender Begründung verworfen. Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, dass die Anordnung der Ausschaffungshaft als unzulässig zu gelten habe, wenn triftige Gründe für die Undurchführbarkeit des Vollzugs der Entfernungsmassnahme sprechen würden oder praktisch feststehe, dass sich die Ausschaffung innert vernünftiger Frist kaum realisieren lassen werde. Dies sei in der Regel dann der Fall, wenn die Ausschaffung mit grosser Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen erscheine, bspw. wegen einer längerdauernden Transportunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen oder einer ausdrücklichen bzw. wenigstens klar erkennbaren und konsequent gehandhabten Weigerung eines Staates, gewisse Staatsangehörige zurückzunehmen. Da Äthiopien in den anklagegegenständlichen Zeitabschnitten zwangsweise Rückführungen eigener Staatsbürger nicht akzeptiert, sondern lediglich freiwillige Rückkehrer zurückgenommen habe, habe sich auch der Vollzug der Wegweisung der Beschuldigten gegen deren Willen nicht realisieren lassen. Die Anordnung von Ausschaffungshaft wäre unter den damaligen Umständen nicht zielführend und damit nicht verhältnismässig gewesen. Dementsprechend sei die Ausschaffungshaft nicht als notwendige Zwangsmassnahme im Sinne der EU-Rückführungsrichtlinie zu qualifizieren (Urk. 30 S. 9 f.). Auf diese zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz kann verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

2.7.2. Zur von der Verteidigung vorgebrachten Frage, ob es den Migrationsbehörden in den anklagegegenständlichen Zeitabschnitten möglich gewesen wä-

re, Durchsetzungshaft anzuordnen, äusserte sich die Vorinstanz hingegen nicht (vgl. Urk. 30 S. 9 f.), weshalb dies nachzuholen ist.

2.7.2.1. Hat eine Person ihre Pflicht zur Ausreise aus der Schweiz innerhalb der ihr angesetzten Frist nicht erfüllt und kann die rechtskräftige Weg- oder Ausweisung oder die rechtskräftige Landesverweisung nach Art. 66a oder 66a^{bis} StGB oder Art. 49a oder 49a^{bis} MStG aufgrund ihres persönlichen Verhaltens nicht vollzogen werden, so kann sie, um der Ausreisepflicht Nachachtung zu verschaffen, in Haft genommen werden, sofern die Anordnung der Ausschaffungshaft nicht zulässig ist und eine andere, mildere Massnahme nicht zum Ziel führt (Art. 78 Abs. 1 AuG). Die Durchsetzungshaft soll die ausreisepflichtige Person in jenen Fällen zu einer Verhaltensänderung bewegen, in denen der Vollzug der rechtskräftigen Weg- oder Ausweisung ohne ihre Kooperation nicht möglich ist (BGE 133 II 97 E. 2.2).

2.7.2.2. Mit Verfügung des Staatssekretariats für Migration vom 7. Mai 2014 wurde das Asylgesuch der Beschuldigten abgelehnt und deren Wegweisung aus der Schweiz verfügt. Dieser Wegweisungsentscheid erwuchs in Rechtskraft, als die von der Beschuldigten dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 29. September 2015 abgewiesen wurde. In der Folge wurde die Beschuldigte verpflichtet, die Schweiz bis zum 12. November 2015 zu verlassen. Dieser Verpflichtung kam die Beschuldigte indessen bis heute nicht nach. Die zwangsweise Rückführung der Beschuldigten nach Äthiopien war in den anklagegegenständlichen Zeitabschnitten nicht möglich, weshalb auch die Anordnung von Ausschaffungshaft nicht zulässig war (vorstehend, Erw. 2.7.1.). Mithin war die beharrliche Weigerung der Beschuldigten, freiwillig nach Äthiopien zurückzukehren der Grund dafür, dass ihr rechtskräftiger Wegweisungsentscheid nicht vollzogen werden konnte. Damit waren im anklagegegenständlichen Zeitraum sämtliche Voraussetzungen für die Anordnung von Durchsetzungshaft gegeben. Dieser Ansicht war offenbar auch das Migrationsamt des Kantons Zürich. Aus dem Transkript des Ausreisegesprächs vom 19. März 2018 geht hervor, dass anlässlich dieses Gesprächs der Beschuldigten gegenüber explizit erwähnt wurde, dass die Anordnung von Durchsetzungshaft möglich sei. Von einer effektiven

Anordnung der Durchsetzungshaft wurde in der Folge aber aus unbekanntem Gründen abgesehen. Dementsprechend wurden nicht alle zumutbaren Massnahmen für den Vollzug der Rückführung der Beschuldigten getroffen, womit die EU-Rückführungsrichtlinie einer Verurteilung der Beschuldigten entgegensteht. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass wohl auch die Anordnung von Durchsetzungshaft die Beschuldigte nicht zu einer freiwilligen Rückkehr nach Äthiopien hätte motivieren können, zumal sie nun schon seit mehreren Jahren beharrlich die Ausreise aus der Schweiz verweigert und für den Fall einer möglichen zwangsweisen Rückführung sogar Suizid-Gedanken äusserte, was die Ernsthaftigkeit ihrer Weigerung zur Ausreise unterstreicht (Urk. 11/3/85 S. 2). Aus dem Urteil des Bundesgerichtes 2C_629/2019 vom 19. Juli 2019 geht hervor, dass die unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit erforderliche Eignung der Durchsetzungshaft schon dann gegeben ist, wenn eine minimale Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der renitente Ausländer dadurch sein Verhalten überdenkt und zur Durchführung der Wegweisung mit den Behörden kooperiert (E. 3.3, mit Hinweis auf Urteil des Bundesgerichts 2C_441/2011 vom 15. Juni 2011 E. 2.2). Eine minimale Wahrscheinlichkeit, dass die Anordnung der Durchsetzungshaft bei einer ausreiseunwilligen Person doch noch zu einem Umdenken führt, besteht faktisch immer, da nie mit Sicherheit gesagt werden kann, wie eine Person im konkreten Fall auf ihre Inhaftierung reagiert. Vor dem Hintergrund dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre die Anordnung der Durchsetzungshaft damit auch im vorliegenden Fall verhältnismässig und damit zulässig gewesen. Da mit der unterbliebenen Anordnung der Durchsetzungshaft bereits feststeht, dass die Migrationsbehörden nicht sämtliche zumutbaren Massnahmen für den Vollzug der Rückkehrentscheidung getroffen haben, kann offengelassen werden, ob noch weitere zumutbare Massnahmen hätten ergriffen werden können.

2.8. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Migrationsbehörden, indem sie von der Möglichkeit der Anordnung von Durchsetzungshaft absahen, in den anklagegegenständlichen Zeitabschnitten nicht sämtliche zumutbaren Möglichkeiten für den Vollzug der Rückkehrentscheidung angewendet haben. Dementsprechend steht die EU-Rückführungsrichtlinie einer Verurteilung der Beschul-

digten wegen rechtswidrigem Aufenthalt entgegen, weshalb das Verfahren gegen die Beschuldigte einzustellen ist (Andreas Zünd, in Spescha/Thür/Zünd, Migrationsrecht, 3. Auflage 2012, Art. 115 AuG N 12). Dementsprechend fällt auch der Antrag der Anklagebehörde auf Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 9. Juni 2016 bedingt ausgefallenen Geldstrafe dahin.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss – das Strafverfahren gegen die Beschuldigte ist einzustellen – sind die Kosten des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 StPO e contrario).

2. Die Beschuldigte obsiegt mit ihren Berufungsanträgen vollumfänglich, weshalb die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (Art. 428 Abs. 1 StPO).

3. Die amtliche Verteidigung ist gemäss ihrer Honorarnote für den ihr im Berufungsverfahren entstandenen Aufwand mit Fr. 4'280 aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Urk. 42).

4. Die Beschuldigte liess die Zusprechung einer Genugtuung in angemessener Höhe, zuzüglich 5% Zins ab dem 16. Februar 2018 für die zu Unrecht erlittene Untersuchungshaft beantragen (Urk. 32 S. 1).

4.1. Wird das Verfahren eingestellt oder die beschuldigte Person freigesprochen, hat sie gemäss Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO Anspruch auf Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere bei Freiheitsentzug. Die Festlegung der Genugtuungssumme beruht auf richterlichem Ermessen, wobei bei der Ausübung dieses Ermessens den Besonderheiten des Einzelfalles entscheidendes Gewicht zukommt. Sofern nicht aussergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine höhere oder eine geringere Entschädigung rechtfertigen, erachtet das Bundesgericht bei kürzeren Freiheitsentzügen

Fr. 200.– pro Tag als angemessene Genugtuung. Bei längerer Untersuchungshaft (von mehreren Monaten Dauer) ist der Tagessatz in der Regel zu senken, da die erste Haftzeit besonders erschwerend ins Gewicht fällt (Urteil des Bundesgerichts 6B_111/2012 vom 15. Mai 2012 E. 4.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_196/2014 vom 5. Juni 2014 E. 1.2).

4.2. Die Beschuldigte befand sich vom 16. Februar 2018 (8.50 Uhr) bis zum 17. Februar 2016 (11.00 Uhr) sowie am 5. Juni 2018 (6.30 - 12.00 Uhr) und damit insgesamt 3 Tage in Untersuchungshaft (Urk. 4/4 und Urk. 12/3). Angesichts der insgesamt kurzen Dauer erscheint die von der Verteidigung in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung beantragte Entschädigung von Fr. 200.– pro Hafttag als angemessen. Der Beschuldigten ist damit für die von ihr erlittene Untersuchungshaft eine Genugtuung von Fr. 600.–, zuzüglich 5% Zins seit dem 25. März 2018 (mittlerer Verfall) auszurichten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, vom 30. Januar 2019 bezüglich der Dispositivziffer 5 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Das Verfahren gegen die Beschuldigte A. _____ betreffend den Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG wird eingestellt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen Fr. 4'280.– (amtliche Verteidigung).

3. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Der Beschuldigten wird für 3 Tage erstandene Haft eine Genugtuung von Fr. 600.–, zzgl. 5% Zins seit dem 25. März 2018 (mittlerer Verfall), aus der Gerichtskasse zugesprochen.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten (übergeben);
- der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis;

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der 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;
- das Migrationsamt des Kantons Zürich;
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles;
- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG);
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 38.

6. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 6. September 2019

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Samokec