

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB190247-O/U/hb-cs

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. Haus Stebler, Präsidentin, Oberrichter  
lic.iur. Spiess und Ersatzoberrichterin lic. iur. Seiler sowie Gerichtsschreiber MLaw Orlando

## Urteil vom 4. Februar 2020

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis,**

2. **Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,**

Anklägerinnen und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Ausländergesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, vom 16. Januar 2019 (GG180032)**

### Anklage:

Die Anklageschriften der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 12. September 2018 (Urk. 19), der Strafbefehl (D-8/2018/10031752) der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 26. September 2018 (Urk. 35/11), der vorliegend an die Stelle

einer Anklage tritt (Art. 356 Abs. 1 StPO), sowie die Anklageschrift selbiger Staatsanwaltschaft vom 20. Dezember 2018 (Urk 36/11) sind diesem Urteil beigeheftet.

**Verfügung der Vorinstanz:**

1. Prozess Nr. GB180042-M und Prozess Nr. GG190001-M werden mit dem vorliegenden Prozess Nr. GG180032-M vereinigt und unter der letztgenannten Prozess-Nummer weitergeführt.
2. Prozess Nr. GB180042-M und Prozess Nr. GG190001-M werden als dadurch erledigt abgeschrieben.
3. [Mitteilungen]
4. [Rechtsmittel]

**Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig der mehrfachen Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AIG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 AIG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 10 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 68 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.

4. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:  
Fr. 2'500.00; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 3'600.00 Gebühr für die Vorverfahren,  
Fr. 9'795.40 amtliche Verteidigung (inkl. 7.7% bzw. 8% MwSt.).  
Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten der Vorverfahren und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrieben.
6. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
7. [Mitteilungen]
8. [Rechtsmittel]

**Berufungsanträge:**

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:  
(Urk. 96 S. 1 f.)
  1. Das Strafverfahren sei einzustellen;
  2. eventualiter sei Herr A.\_\_\_\_\_ von Schuld und Strafe freizusprechen;
  3. subeventualiter, d.h. im Falle eines Schuldspruchs, sei Herr A.\_\_\_\_\_ mit gemeinnütziger Arbeit, subsubeventualiter mit einer Geldstrafe zu bestrafen;
  4. für die unschuldig erlittene Haft von 266 Tagen, eventualiter für die unschuldig erlittene Überhaft, sei Herr A.\_\_\_\_\_ eine angemessene Ge-

nugtuung von mindestens Fr. 200.– pro Tag Freiheitsentzug, zuzüglich 5% Zins, aus der Staatskasse auszurichten;

5. die Kosten des Vorverfahrens, des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, des Berufungsverfahrens und diejenigen der amtlichen Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen;
  6. eventualiter, d.h. im Falle eines Schuldspruchs, seien die Herrn A.\_\_\_\_\_ auferlegten Kosten zufolge offensichtlicher Uneinbringlichkeit abzuschreiben.
- b) Der Vertreterinnen der Staatsanwaltschaften Limmattal / Albis und Zürich-Limmat:  
(schriftlich Urk. 79; Urk. 81)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

---

### **Erwägungen:**

I.

a) Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, mehrmals die gegen ihn verfügte Eingrenzung auf das Gemeindegebiet von B.\_\_\_\_\_ missachtet zu haben. Er habe sich, ohne über die hierzu erforderliche Ausnahmegewilligung des Migrationsamtes zu verfügen, am tt. März 2018 nach Dietikon/ZH und am tt. September 2018 sowie am tt. November, tt. November und tt. Dezember 2018 jeweils nach Zürich begeben (Urk. 19, Urk. 35/11 und Urk. 36/11).

b) Das Bezirksgericht Dietikon (Einzelgericht) vereinigte am 16. Januar 2019 die diesbezüglich hängigen Verfahren, sprach den Beschuldigten der mehrfachen

Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung (Art. 119 Abs. 1 AIG) schuldig und bestrafte ihn mit zehn Monaten Freiheitsstrafe ohne Vollzugaufschieb (Urk. 60 S. 40/41).

c) Der Beschuldigte liess gegen dieses Urteil rechtzeitig die Berufung anmelden (Urk. 39; Art. 399 Abs. 1 StPO) und sodann fristgerecht eine Berufungserklärung einreichen (Urk. 70, vgl. Urk. 59/4; Art. 399 Abs. 3 StPO). Nach entsprechender Fristansetzung (Urk. 72) präzisierte der amtliche Verteidiger des Beschuldigten die Berufungserklärung dahingehend, dass das Strafverfahren unter Übernahme aller Kosten auf die Staatskasse einzustellen sei. Eventualiter sei der Beschuldigte vollumfänglich freizusprechen bzw. im Falle eines Schuldspruchs zu gemeinnütziger Arbeit oder zu einer Geldstrafe zu verurteilen, und die Kosten seien ihm zu erlassen (Urk. 74).

d) Die Staatsanwaltschaften Limmattal / Albis und Zürich-Limmat beantragten mit Eingaben vom 7. Juni 2019 (Urk. 79) bzw. 20. Juni 2019 (Urk. 81) die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

e) Im Berufungsverfahren wurden keine Beweisanträge gestellt. Die zunächst auf den 27. August 2019 anberaumte Verhandlung wurde wegen Krankheit des amtlichen Verteidigers verschoben (Urk. 91). Nach der heute durchgeführten Berufungsverhandlung erweist sich der Prozess als spruchreif.

## II.

Die vorinstanzliche Verfügung betreffend die Vereinigung der Verfahren Nrn. GG180032, GG180042 und GG190001 unter der erstgenannten Prozessnummer blieb unangefochten und ist somit in Rechtskraft erwachsen, was vorab in einem Beschluss festzustellen ist.

III.

Gegenstand der Anklagen sind Verstösse gegen eine ausländerrechtliche Zwangsmassnahme, die der Beschuldigte im Jahre 2018 begangen haben soll. Am 1. Januar 2019 trat anstelle des bisherigen Ausländergesetzes (AuG) das Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) in Kraft. Die vorliegend relevanten Bestimmungen über die Eingrenzung und deren Missachtung (Art. 74 und 119 AuG) wurden unverändert ins neue Gesetz übernommen. Demzufolge bleibt vorliegend das zur Tatzeit in Kraft gewesene Ausländergesetz (AuG) anwendbar (Art. 2 Abs. 2 StGB).

IV.

1. Mit der Anklageschrift vom 12. September 2018 (Urk. 19) legt die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis dem Beschuldigten zur Last, dass er sich am tt. März 2018 mit dem Bus nach Dietikon/ZH begeben habe. Dies sei ihm gemäss einer Eingrenzungsverfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 24. November 2017 untersagt gewesen.

2. a) Der Beschuldigte gab bei der Staatsanwaltschaft zu Protokoll, dass er am tt. März 2018 einen Mitbewohner der Notunterkunft B.\_\_\_\_\_, der zum Psychiater habe gehen wollen, nach Dietikon begleitet habe (Urk. 11 S. 4). Der eingeklagte Sachverhalt ist damit unbestritten.

b) Mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 15. Juni 2016 wurde der Beschuldigte gestützt auf Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG auf das Gebiet der Gemeinde Kloten eingegrenzt (Urk. 35/4 [Akten des Migrationsamtes], S. 625). Nach seiner Entlassung aus der Durchsetzungshaft wurde er ab dem 28. November 2017 nicht mehr in der NUK C.\_\_\_\_\_, sondern neu in der NUK B.\_\_\_\_\_ untergebracht (a.a.O., S. 793). Am 24. November 2017 erging deshalb eine Verfügung, mit welcher der Beschuldigte neu auf das Gebiet der Gemeinde B.\_\_\_\_\_ eingegrenzt wurde. Damit war der Hinweis verbunden, dass die Verfügung vom 15. Juni 2016 im Übrigen bestehen bleibe (a.a.O., S. 795). Die neue

Verfügung nahm der Beschuldigte am 27. November 2017 entgegen (a.a.O., S. 800). In der Folge erhob er dagegen Beschwerde und ersuchte dabei auch um Gewährung der (gemäss Art. 74 Abs. 3 AuG nicht gegebenen) aufschiebenden Wirkung. Diese wurde ihm indessen mit Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 20. Dezember 2017 verweigert (a.a.O., S. 813).

3. Weil die Beschwerde gegen die Eingrenzungsverfügung vom 24. November 2017 keine aufschiebende Wirkung hatte, war es dem Beschuldigten am tt. März 2018 nicht erlaubt, das Gemeindegebiet von B.\_\_\_\_\_ zu verlassen. Tags darauf erkannte indessen das Zwangsmassnahmengericht, dass dem Beschuldigten vor dem Erlass der besagten Verfügung das rechtliche Gehör nicht gewährt worden sei, hiess seine Beschwerde gut und hob die Verfügung auf (Akten des Migrationsamtes, S. 851 ff.). Die Verweigerung des rechtlichen Gehörs zieht nicht ohne weiteres die Nichtigkeit der daraufhin ergangenen Verfügung nach sich (Häfelin / Müller / Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7.A., Zürich/St. Gallen, 2016. N 1116). Die Verfügung war aber von Beginn an fehlerhaft (vgl. a.a.O., N 1085). Damit hatte die Gutheissung der Beschwerde den Wegfall der Verfügung *ex tunc* zur Folge (a.a.O., N 1283). Dies bedeutet, dass die Eingrenzung zwar galt, als ihr der Beschuldigte am tt. März 2018 zuwiderhandelte, und dass er, wenn die Verfügung im Rechtsmittelverfahren Bestand gehabt hätte, dafür auch hätte bestraft werden können. Mit der Aufhebung der Verfügung wurde indessen auch deren Wirkung nachträglich die Grundlage entzogen. Eine Bestrafung des Beschuldigten auf der Grundlage dieser Verfügung ist deshalb nicht möglich.

4. Daran vermag nichts zu ändern, dass mit der aufgehobenen Verfügung nur der Ort der Eingrenzung geändert und damit der Hinweis verbunden wurde, dass im Übrigen die frühere Verfügung, mit welcher der Beschuldigte in Kloten eingegrenzt worden war, bestehen bleibe (Akten Migrationsamt, S. 795). Der Fortbestand der Eingrenzung hat nach einer Verlegung des Betroffenen an einen anderen Ort ohne gültige Festlegung des dazugehörigen Rayons keinen Sinn. "Bestehen bleiben" konnte von der ursprünglichen Verfügung nur die Geltungsdauer bis zum 15. Juni 2018. Diese konnte aber ihre Wirkung nur in Verbindung mit einem neuen Eingrenzungsrayon entfalten, und für dieses bestand, wie vor-

stehend dargelegt wurde, mit der Aufhebung der Verfügung vom 24. November 2017 *ex tunc* keine Grundlage mehr.

5. Bei dieser Sachlage ist der Beschuldigte hinsichtlich seiner Fahrt vom tt. März 2018 nach Dietikon vom Vorwurf der Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung (Art. 119 Abs. 1 AuG) freizusprechen und erübrigt sich eine Prüfung der weiteren von der Verteidigung gegen den diesbezüglichen Schuldspruch vorgebrachten Einwendungen und Beweisanträge (Urk. 96 S. 6).

## V.

1. a) Im Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 26. September 2018, der vorliegend an die Stelle einer Anklage tritt (Art. 356 Abs. 1 StPO), wird dem Beschuldigten vorgeworfen, am tt. September 2018 das Gemeindegebiet von B. \_\_\_\_\_ verlassen und sich auf einem nicht genau bekannten Weg in die Stadt Zürich begeben zu haben. Damit habe er gegen die Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 6. August 2018 verstossen, mit welcher er erneut in B. \_\_\_\_\_ eingegrenzt worden sei.

b) Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 20. Dezember 2018 betrifft drei gleich gelagerte Vorfälle, bei denen der Beschuldigte ebenfalls verbotenerweise nach Zürich gereist sein soll. Er habe sich am tt. November 2018 am ... -Quai ..., am tt. November 2018 an der ...-Strasse ... und am tt. Dezember 2018 an der ..-Strasse ... aufgehalten.

2. a) Die Anklage beruht bezüglich dieser vier Verstösse gegen die Eingrenzung auf den Polizeirapporten, in denen jeweils festgehalten wurde, dass der Beschuldigte an den genannten Orten polizeilich kontrolliert und festgenommen worden sei. Bezüglich des Vorfalls vom tt. September 2018 rapportierte die Stadtpolizei Zürich, dass der Beschuldigte um 21.55 Uhr an der ...-Strasse ... in 8005 Zürich betroffen und arretiert worden sei (Urk. 35/1 S. 1, Urk. 35/9 S. 1). Am tt. November 2017 berichtete die Stadtpolizei, der Beschuldigte sei an diesem Tag um 00.45 Uhr am ... -Quai ..., 8005 Zürich, einer Kontrolle unterzogen und

aufgrund einer Ausschreibung betreffend Eingrenzung verhaftet worden (Urk. 36/1 S. 1, Urk. 36/9/1 S. 1/2). Gemäss einem Polizeirapport vom 15. November 2018 trafen Beamte der Stadtpolizei Zürich den Beschuldigten am tt. November 2018 um 18.52 Uhr bei der D. \_\_\_\_\_ Moschee an der ...-Strasse ..., 8005 Zürich, an und nahmen ihn fest (Urk. 36, Dossier 2, Urk. 1 S. 1 und Urk. 5/1 S. 1/2). Schliesslich kam es gemäss einem weiteren Polizeirapport am tt. Dezember 2018 um 19.50 Uhr an der ...-Strasse ... in 8001 Zürich erneut zur Anhaltung und Verhaftung des Beschuldigten (Urk. 36, Dossier 3, Urk. 1 S. 1/2).

b) Der Beschuldigte verweigerte nach seiner Verhaftung jeweils schon bei der Polizei und hernach auch gegenüber der Staatsanwaltschaft jegliche Aussage (Vorfall vom tt. September 2018: Urk. 35/2, 35/3; Vorfall vom tt. November 2018: Urk. 36/2, 36/6 und 36/7; Vorfall vom tt. November 2018: Urk. 36, Dossier 2, act. 2 und 3; Vorfall vom tt. Dezember 2018: Urk. 36, Dossier 3, act. 2 und 4). Die einzige Ausnahme von diesem Aussageverhalten des Beschuldigten besteht in seiner am 19. September 2018 geäusserten Behauptung, von der gegen ihn verfügten Ausgrenzung nichts gewusst zu haben (Urk. 35/3 S. 3). Diese ist indessen widerlegt, liess doch der Beschuldigte gegen die diesbezügliche Verfügung des Migrationsamtes vom 6. August 2018 (Urk. 35/5/3) eine Beschwerde einreichen (Urk. 35/5/5). Dazu musste er seiner Vertreterin eine Vollmacht erteilen (a.a.O., S. 2 oben) und somit auch Kenntnis vom Anfechtungsgegenstand haben. Beizufügen ist, dass der Verteidiger des Beschuldigten im vorliegenden Verfahren selbst vorbrachte, die Beschwerde sei vom Zwangsmassnahmengericht am 15. November 2018 abgewiesen worden (Urk. 34/1 S. 5). Die Verfügung des Migrationsamtes hatte somit nicht nur von ihrem Erlass an Geltung (Art. 74 Abs. 3 AuG), sondern behielt diese auch nach dem Rechtsmittelentscheid.

3. a) Die Verteidigung wendet ein, dass der Beschuldigte nie mit den rapportierenden Beamten konfrontiert worden sei und somit keine Möglichkeit gehabt habe, diesen Ergänzungsfragen zum Inhalt ihrer Rapporte zu stellen. Er habe nie auf eine Konfrontation verzichtet und erkläre auch jetzt ausdrücklich, darauf nicht verzichten zu wollen. Die Polizeirapporte seien demzufolge nicht zu Lasten des Beschuldigten verwertbar. Dies ergebe sich namentlich aus dem bundesgerichtli-

chen Entscheid 6B\_1023/2016 betreffend die Verwertbarkeit von Polizeirapporten (Urk. 34/1 S. 5-7).

b) Der von der Verteidigung zitierte Bundesgerichtsentscheid ist nicht einschlägig. Es ging darin nicht um die mittels eines Rapports erfolgte Dokumentation einer polizeilichen Amtshandlung wie beispielsweise einer Personenkontrolle oder Verhaftung, sondern um erste Angaben von Zeugen gegenüber den rapportierenden Polizeibeamten. Das Bundesgericht hielt im besagten Entscheid fest, dass die Parteien im polizeilichen Ermittlungsverfahren keine Teilnahmerechte hätten. Diese bestünden vielmehr erst im staatsanwaltlichen Verfahren mit Einschluss von Einvernahmen, welche die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft durchführe, und vor Gericht (Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO). Sobald sich aber eine Person im Strafverfahren wie ein Zeuge äussere, müsse dem Beschuldigten ermöglicht werden, dieser Person Fragen zu stellen und so die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen auf die Probe und infrage zu stellen. Allein aufgrund informell erfasster Angaben solcher Personen und ohne nachfolgende förmliche Einvernahme unter Wahrung der Parteirechte könne ein Sachverhalt nicht rechtsgenügend erstellt werden. Das Bundesgericht ging aber implizit ohne weiteres davon aus, dass in einem Rapport dokumentierte eigene Tatsachenfeststellungen der Polizei wie z.B. die Sicherstellung von Gegenständen oder Spuren als Beweismittel verwertet werden dürfen, ohne dass dazu die rapportierenden Polizisten als Zeugen einvernommen werden müssen. Im zitierten Entscheid beanstandete es nicht, dass die Vorinstanz gestützt auf solche polizeiliche Erkenntnisse die Anwesenheit des Beschuldigten am Tatort eines Einbruchdiebstahls für erwiesen hielt. Es hielt lediglich fest, dass ohne die Aussagen des Geschädigten nicht nachgewiesen werden könne, was gestohlen worden sei, und dass diese Aussagen in einer förmlichen Einvernahme unter Wahrung der Teilnahmerechte des Beschuldigten erfolgen müssten. Ansonsten seien sie nicht verwertbar (BGer 6B\_1023/2016, insbes. Erw. 1.2.3 und 1.3.3).

c) In einem neueren, zur Publikation in der amtlichen Entscheidsammlung vorgesehenen Urteil erkannte das Bundesgericht inzwischen, dass die in einem Polizeirapport enthaltene Feststellung, jemand habe einen Strafantrag gestellt,

der Protokollierungspflicht gemäss Art. 304 Abs. 1 StPO genüge. Solange keine Anhaltspunkte dafür bestünden, dass dies wahrheitswidrig rapportiert worden sei, müsse nicht mittels Einvernahmen oder schriftlicher Stellungnahmen abgeklärt werden, ob der Strafantrag tatsächlich gestellt worden sei (BGE 145 IV 190 ff., Erw. 1.3.3 und 1.5.4). Vorliegend rapportierten jeweils Beamte der Stadtpolizei Zürich, dass sie den Beschuldigten zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort in der Stadt Zürich angetroffen, kontrolliert und verhaftet hätten. Der Beschuldigte hat nie ausdrücklich bestritten, sich zu den besagten Zeitpunkten in Zürich aufgehalten zu haben, geschweige denn Beweismittel genannt, die ihn diesbezüglich allenfalls entlasten könnten und deshalb eine genauere Abklärung mittels einer Einvernahme der rapportierenden Polizeibeamten erforderlich machen würden. Er hat vielmehr jegliche Aussage verweigert. Schon allein die Tatsache, dass die Stadtpolizei Zürich überhaupt in die Lage kam, über eine Kontrolle und Verhaftung des Beschuldigten zu berichten, lässt sich nur damit erklären, dass dieser sich in der Stadt Zürich aufgehalten haben muss. In B.\_\_\_\_\_ patrouilliert die Stadtpolizei Zürich jedenfalls nicht. Dass Beamte der Stadtpolizei Zürich Rapporte erstellen, wonach sie eine bestimmte Person kontrolliert und verhaftet hätten, obwohl sie mit ihr gar nichts zu tun hatten, kann nicht im Ernst unterstellt werden. Erst recht als abwegig erweist sich eine Annahme, solches sei gleich viermal von Seiten verschiedener Polizisten aus verschiedenen Dienststellen geschehen. Es besteht somit keinerlei Grund, die Richtigkeit dieser Angaben zu bezweifeln. Demzufolge erübrigt sich eine Einvernahme der rapportierenden Beamten zu diesem Thema und kann auf die Polizeirapporte als Beweismittel abgestellt werden. Damit sind die eingeklagten Sachverhalte erstellt.

4. a) Die Verteidigung macht weiter geltend, dass die (mit einem Bundesbeschluss vom 18. Juni 2010 [AS 2010, 5925] übernommene) EU-Rückführungsrichtlinie einer Bestrafung des Beschuldigten wegen Missachtung der Eingrenzung entgegenstehe.

b) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Rückführungsrichtlinie auf eine Bestrafung wegen Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung anwendbar, wenn diese Massnahme nicht wegen eines die öffentliche Sicherheit

und Ordnung gefährdenden Verhaltens des Täters (Art. 74 Abs. 1 lit. a AuG), sondern (ausschliesslich) zur Durchsetzung von dessen Wegweisung (Art. 74 Abs. 1 lit. b AuG) angeordnet wurde (BGE 143 IV 264 ff., Erw. 2.6.2). Die am 6. August 2018 verfügte Eingrenzung des Beschuldigten auf das Gebiet der Gemeinde B.\_\_\_\_\_ erfolgte aus beiden Gründen (Urk. 35/5/3), nachdem der Beschuldigte nicht nur wegen Verstössen gegen das Ausländerrecht, sondern auch schon dreimal wegen Diebstahls hatte bestraft werden müssen (Urk. 62). Damit gelangt die Rückführungsrichtlinie von vornherein nicht zur Anwendung.

c) Im Übrigen ist die Verhängung einer Freiheitsstrafe nach der Rückführungsrichtlinie zwar unzulässig, wenn der Täter gar keine Möglichkeit hat, legal in seinen Heimatstaat zurückzukehren. Dasselbe gilt, wenn die Migrationsbehörden nicht alle möglichen Massnahmen ergriffen hatten, um die an sich durchführbare Wegweisung auch durchzusetzen. Haben sie dies aber getan und ist die Rückführung an einem obstruktiven Verhalten des Ausländers gescheitert, so darf dieser zu einer Freiheitsstrafe verurteilt werden (BGE 143 IV 249 ff., Erw. 1.6.1 und 1.6.2). Der Verteidiger des Beschuldigten beschrieb in seinem Plädoyer vor Vorinstanz (Urk. 34/1 S. 2-4) selber ausführlich, welche Bemühungen die Migrationsbehörden unternommen haben, um den schon seit 2012 rechtskräftigen Wegweisungsentscheid zu vollziehen. Diese sind auch in den Akten des Migrationsamtes (Urk. 35/4) umfassend dokumentiert. Das Bundesamt für Migration (heute SEM) veranlasste mit Erfolg, dass die algerischen Behörden den Beschuldigten als algerischen Staatsangehörigen namens A1.\_\_\_\_\_ identifizierten (Urk. 35/4, S. 333). Der Beschuldigte wurde in Ausschaffungshaft und später in Durchsetzungshaft genommen. Die Migrationsbehörden konnten für ihn auch mehrfach ein "Laissez-Passer" besorgen. Er vereitelte zunächst eine unbegleitete und später zweimal eine begleitete Rückführung nach Algerien, indem er sich so verhielt, dass sich die algerische Fluggesellschaft weigerte, ihn zu transportieren (a.a.O., S. 386, 400 f., 437 f., 490, 494). Im vorliegenden Strafverfahren erklärte er ausdrücklich, dass er der Aufforderung zur Ausreise nicht nachgekommen sei, weil er hier bleiben wolle und die Schweiz nicht verlassen werde (Urk. 3/1 S. 2 oben). Damit ist der Nachweis dafür erbracht, dass eine Rückführung des Beschuldigten nach Algerien möglich wäre, er diese aber mit einer renitenten Verweigerungsstrategie

seit Jahren sabotiert. Die Migrationsbehörden haben alle zumutbaren Massnahmen zur Wegweisung des Beschuldigten ergriffen. Bei dieser Sachlage kann er sich nicht auf die EU-Rückführungsrichtlinie berufen, um der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe zu entgehen. Insofern kann auch unbeachtet bleiben, ob vorliegend das Rückführungsverfahren noch nicht abgeschlossen war, was gemäss der amtlichen Verteidigung unter Anwendung der EU-Rückführungsrichtlinie Voraussetzung für die Anordnung einer Ein- oder Ausgrenzung sei, zumal eine Ein- oder Ausgrenzung eben gerade nicht angeordnet werden dürfe, wenn das Wegweisungsvollzugsverfahren abgeschlossen sei, weil es definitiv am Verhalten der betroffenen Person gescheitert sei (Urk. 96 S. 3). Der amtliche Verteidiger wendet ferner ein, wenn man mit der Vorinstanz davon ausginge, der Beschuldigte sei ohnehin nicht zu einer freiwilligen Ausreise aus der Schweiz bereit, so müsse eine Ein- oder Ausgrenzung zum Vornherein als ungeeignete und damit als unverhältnismässige Zwangsmassnahme angesehen werden (Urk. 96 S. 4). Die amtliche Verteidigung verkennt mit ihrer Argumentation, dass eine Ein- oder Ausgrenzung nicht nur angeordnet werden kann, um die Wegweisung der betroffenen Person sicherzustellen, sondern auch, wenn die betroffene Person durch ihr Verhalten die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet (Art. 74 Abs. 1 lit. a und b AuG). Wie vorstehend dargelegt, erfolgte die angeordnete Eingrenzung des Beschuldigten aus beiden Gründen (vgl. hievor Ziffer V.4b). Es bleibt somit bezüglich der Vorfälle vom tt. September, tt. November, tt. November und tt. Dezember 2018 beim Schuldspruch wegen Missachtung der Eingrenzung.

## VI.

1. a) Für die Missachtung einer Eingrenzung sieht das Gesetz als Sanktion eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe vor (Art. 119 Abs. 1 AuG). Die mehrfache Tatbegehung ist vorliegend mangels besonderer erschwerender Umstände innerhalb dieses ordentlichen Strafrahmens straf erhöhend zu berücksichtigen (Art. 49 Abs. 1 StGB; BGE 136 IV 63).

b) Das Gericht misst die Strafe sodann nach dem Verschulden des Täters zu. Dabei sind dessen Vorleben und persönliche Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf sein Leben zu berücksichtigen. Das Verschulden wird nach der Schwere der Rechtsgutverletzung, der Verwerflichkeit des Handelns und den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit er nach den gesamten Umständen in der Lage war, rechtskonform zu handeln (Art. 47 Abs. 1 und 2 StGB).

c) Kommen als Sanktion sowohl eine Freiheits- als auch eine Geldstrafe in Betracht, so ist nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit im Regelfall letztere auszusprechen, weil sie weniger stark in die persönliche Freiheit des Täters eingreift (BGE 134 IV 84, 101, BGE 144 IV 237). Die Ausfällung einer Freiheitsstrafe ist besonders zu begründen. Bei der Wahl der Strafart ist insbesondere auf deren Zweckmässigkeit und präventive Effizienz sowie auf ihre Auswirkungen auf den Täter und dessen soziales Umfeld abzustellen (BGer 6B\_523/2018, Erw. 1.2.3 mit Hinweisen). Der Beschuldigte hat seit seiner im Jahr 2011 erfolgten Einreise in die Schweiz (vgl. Urk. 35/6) 16 Vorstrafen erwirkt, wovon zwölf Vergehen gegen das Ausländergesetz betrafen und somit einschlägig sind. Fünf Verurteilungen betrafen (z.T. neben AuG-Verstössen) Diebstähle (Urk. 95). Weder Geld- noch Freiheitsstrafen vermochten den Beschuldigten von der Fortsetzung seiner Delinquenz abzuhalten. Eine Geldstrafe ist damit offensichtlich unzweckmässig. Im Übrigen ist die Ausfällung einer Freiheitsstrafe heute auch unumgänglich, weil nach der Anwendung des Asperationsprinzips die schuldangemessene Gesamtstrafe das Höchstmass von 180 Tagessätzen Geldstrafe übersteigt (vgl. BGE 144 IV 237 f.). Eine Verurteilung zu gemeinnütziger Arbeit fällt ohnehin ausser Betracht, weil diese als selbständige Strafart seit dem 1. Januar 2018 nicht mehr existiert.

d) Der Beschuldigte hat vier gleichartige und hinsichtlich ihrer Schwere nicht unterscheidbare Delikte begangen, indem er am tt. September, tt. November, tt. November und tt. Dezember 2018 jeweils unerlaubterweise das Gemeindegebiet von B. \_\_\_\_\_ verliess und sich nach Zürich begab. Bei dieser Sachlage ist mit der

Vorinstanz zunächst für die zeitlich erste Tat eine Einsatzstrafe zu bestimmen und diese dann wegen der weiteren Delikte angemessen zu erhöhen.

2. Mit allen heute zu ahndenden Delikten brachte der Beschuldigte eine völlige Respektlosigkeit gegenüber der hiesigen Rechtsordnung zum Ausdruck. Er setzte sich immer wieder in dreister Art und Weise über behördliche Anordnungen hinweg. Welchen Zwecken das unerlaubte Verlassen des Eingrenzungsrayons jeweils diene, blieb im Dunkeln, weil der Beschuldigte keinerlei sachdienliche Aussagen machte. Zugute gehalten werden kann ihm, dass er sich jeweils nicht weit und nur kurzzeitig von B. \_\_\_\_\_ entfernte. Insgesamt kann sein Verschulden bezüglich der einzelnen Taten als gerade noch leicht eingestuft werden. Die von der Vorinstanz festgesetzte Einsatzstrafe von vier Monaten für die erste Tat und deren Asperation um jeweils einen Monat für die drei weiteren gleichartigen Gesetzesverstösse (Urk. 60 S. 32/33) sind nicht zu beanstanden.

3. A. \_\_\_\_\_ wurde gemäss seinen gegenüber den schweizerischen Behörden gemachten Angaben 1984 in Tizi Ouzou (Algerien) geboren. Die algerischen Behörden bestätigten, dass er algerischer Staatsbürger ist, kennen ihn aber unter dem Namen A1. \_\_\_\_\_ und gehen davon aus, dass er 1978 in Kouba (Algerien) geboren wurde. Der Beschuldigte gab im Asylverfahren an, der Volksgruppe der Berber anzugehören und in seiner Heimat einen Mittelschulabschluss erlangt zu haben. Er habe, bevor er 2009 Algerien verlassen habe, drei Jahre in einer Bar und danach als Geschäftsführer eines Hotels gearbeitet. Eine eigentliche Berufsausbildung genoss der Beschuldigte aber offenbar nicht. Er reiste 2011 in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch. Seit dieses 2012 mit einem rechtskräftigen Nichteintretensentscheid erledigt wurde, versuchen die hiesigen Behörden erfolglos, die Wegweisung des Beschuldigten zu vollziehen. Es gelang ihm wiederholt, diese zu vereiteln, indem er sich u.a. bei seiner Ausschaffung auf dem Luftweg so verhielt, dass der Kapitän des Flugzeugs sich weigerte, ihn mitzunehmen. Auch eine längere Ausschaffungs- bzw. Durchsetzungshaft vermochte ihn zu keiner Verhaltensänderung zu bewegen. Er lebt seit längerem in Unterkünften für abgewiesene Asylbewerber und von Nothilfe und musste wegen zahlreicher Straftaten auch mehrmals Freiheitsstrafen verbüssen. Im vorliegenden Verfahren wur-

de er nach knapp neun Monaten Untersuchungs- und Sicherheitshaft am 2. August 2019 zuhause des Migrationsamtes entlassen. Gemäss den Akten des vorliegenden Verfahrens ist der Beschuldigte ledig und kinderlos. Er gab aber auch schon an, in Frankreich verheiratet zu sein und zwei Kinder zu haben. Von seiner Verwandtschaft lebt niemand in der Schweiz. Der Beschuldigte ist zumindest in der Schweiz mittellos. In einem früheren Verfahren deklarierte er, in Algerien und Frankreich Liegenschaften und ein Geschäft samt Fahrzeugen, aber auch ca. € 40'000.– Schulden zu haben (Urk. 12/7, Urk. 35/3 S. 4, Urk. 35/4 S. 1/2, Urk. 35/6, Urk. 62; Vorakten StA Limmattal / Albis, Unt.Nr. 2015/10034591, Urk. 2 S. 3; Vorakten StA Winterthur / Unterland, Unt.Nr. 2016/10021788, Urk. 7/2 S. 6). Aus dem Vorleben des Beschuldigten ergeben sich keine besonderen Tatsachen, die sich auf die Strafzumessung auswirken könnten.

4. a) Der Beschuldigte ist im Schweizerischen Strafregister mit 16 Verurteilungen verzeichnet. Am 3. April 2012 bestrafte ihn die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl wegen Hausfriedensbruchs und geringfügigen Diebstahls mit 10 Tagessätzen zu Fr. 30.– Geldstrafe (bedingt vollziehbar mit 2 Jahren Probezeit). Der bedingte Vollzug dieser Strafe wurde später ebenso widerrufen wie derjenige zweier weiterer Geldstrafen von 30 bzw. 25 Tagessätzen zu Fr. 30.–, welche dieselbe Behörde am 13. April 2012 und die Staatsanwaltschaft Zug am 18. April 2012 wegen Vergehen gegen das Ausländergesetz ausfällten. Seitens der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat folgten am 4. August 2012 wegen Diebstahls und Sachbeschädigung eine unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafe von 60 Tagen und am 29. August 2012 wegen Diebstahls, Hausfriedensbruchs und rechtswidrigen Aufenthalts eine solche von 40 Tagen. Die Staatsanwaltschaft See / Oberland sprach am 10. Januar 2013 wegen rechtswidrigen Aufenthalts und Sachbeschädigung eine Freiheitsstrafe von 50 Tagen aus. Danach hatte sich am 23. März 2013 und 21. Mai 2014 wieder die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl wegen Verstössen gegen das Ausländergesetz mit dem Beschuldigten zu befassen, wobei Freiheitsstrafen von 60 bzw. 90 Tagen resultierten. Gleichartige Vergehen hatten sodann zur Folge, dass die Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland am 1. Juli 2015 30 Tage und die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis am 8. Oktober 2015 90 Tage Freiheitsstrafe ausfällten. Am 20. Dezember 2015 war es dann erneut die Staatsanwalt-

schaft Zürich-Sihl, die den Beschuldigten wegen Diebstahls mit 90 Tagen Freiheitsstrafe belegte. Schliesslich kamen am 30. Juli 2016, 27. August 2016 und 18. Oktober 2016 noch drei Strafbefehle der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland und am 13. März 2017 ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich hinzu, wobei der Beschuldigte wegen Missachtung der Eingrenzung mit 30, 45, 40 sowie 120 Tagen Freiheitsstrafe sanktioniert wurde. Die neueste Verurteilung erfolgte nach Erlass des vorinstanzlichen Urteils am 1. September 2019: Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl wegen Diebstahls und eines geringfügigen Vermögensdelikts (betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage) zu 60 Tagen Freiheitsstrafe verurteilt (zum Ganzen: Urk. 95). Die zahlreichen und grösstenteils einschlägigen Vorstrafen sowie die Fortsetzung der Delinquenz während des bereits laufenden Strafverfahrens sowie nach erfolgter erstinstanzlicher Verurteilung führen zu einer deutlichen Erhöhung der Strafe.

b) Der Beschuldigte wurde von der Polizei jeweils in der Stadt Zürich aufgegriffen, womit von vornherein erwiesen war, dass er die Eingrenzung wiederum missachtet hatte. Er machte keine weiteren Angaben, die beispielsweise Rückschlüsse auf sein Tatmotiv ermöglicht hätten. Es liegt somit kein Geständnis vor, das strafmindernd berücksichtigt werden könnte. Auch im Übrigen bestehen keine Strafminderungsgründe.

5. Bei einer gesamthaften Würdigung aller für die Strafzumessung relevanten Umstände erweist sich eine Freiheitsstrafe von neun Monaten als angemessene Sanktion. Der Beschuldigte hat seit der vorinstanzlichen Hauptverhandlung weitere 198 Tage und somit insgesamt 266 Tage Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden, die ihm auf die Strafe anzurechnen sind (Urk. 4/1-4, Urk. 35/9/1-6, Urk. 36/9/1-7, Urk. 36/ND2/5/1-11, Urk. 36/ND3/5/1-9, Urk. 89; Art. 51 StGB). Damit fällt auch eine Genugtuung mangels Überhaft ausser Betracht.

VII.

In Anbetracht der Vielzahl grösstenteils einschlägiger Vorstrafen und des re-nitenten Verhaltens des Beschuldigten gegenüber Anordnungen der Migrationsbe-hörden ist damit zu rechnen, dass dieser insbesondere im Bereich des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG) weitere Straftaten begehen wird. Der bedingte Strafvollzug kann ihm deshalb nicht gewährt werden (Art. 42 Abs. 1 StGB).

VIII.

Der Beschuldigte obsiegt mit seinem Antrag auf Freispruch in einem von fünf Fällen und erreicht damit auch eine leichte Herabsetzung des Strafmasses. Demzufolge sind ihm die Kosten der Untersuchungen und des gerichtlichen Ver-fahrens beider Instanzen zu vier Fünfteln aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 und Art. 428 Abs. 1 StPO). Die restlichen Kosten gehen zu Lasten des Staates (Art. 423 StPO). Aufgrund der Mittellosigkeit des Beschuldigten und der Tatsache, dass dieser das Land verlassen muss, rechtfertigt es sich, den Kostenanteil des Beschuldigten sofort definitiv abzuschreiben.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass die Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon (Ein-zelgericht) vom 16. Januar 2019 (Vereinigung von Prozessen) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ (A1.\_\_\_\_\_, geb. tt. März 1978) ist schuldig der mehrfachen Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 und 2 AuG, begangen am tt.

September 2018, tt. November 2018, tt. November 2018 und tt. Dezember 2018.

2. Hinsichtlich des Vorfalls vom 22. März 2018 wird der Beschuldigte vom Vorwurf der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 9 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 266 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 3'200.– amtliche Verteidigung.
6. Die Kosten der Untersuchungen und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen werden zu vier Fünfteln dem Beschuldigten auferlegt und zu einem Fünftel auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Der Kostenanteil des Beschuldigten wird sofort definitiv abgeschrieben.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben);
  - die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis;
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmatsowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten;
  - die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis;
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat;
  - das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz;
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste;
- das Migrationsamt des Kantons Zürich;
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten;
- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG);
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

8. Rechtsmittel:

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 4. Februar 2020

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichterin lic. iur. Haus Stebler

MLaw Orlando