

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB200145-O/U/as

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

## Urteil vom 5. Oktober 2020

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung (Rückweisung des  
Schweizerischen Bundesgerichtes)**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon, Einzelgericht in  
Strafsachen, vom 9. Januar 2019 (GB180036); Urteil des Obergerichtes des  
Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 18. Oktober 2019 (SB190317); Urteil  
des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 11. März 2020 (6B\_1365/2019)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 26. Juli 2018 (Urk. 6) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**  
(Urk. 33 S. 17 f.)

1. Der Beschuldigte ist schuldig der 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 90 Tagen Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:  
Fr. 1'000.00; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 800.00 Gebühr für das Vorverfahren.  
  
Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
5. Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten aus der Gerichtskasse mit Fr. 4'580.– (inkl. Barauslagen und 7.7 % MwSt.) entschädigt.
6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrieben.
7. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

**Berufungsanträge im ersten Berufungsverfahren:**

a) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 43 S. 1)

- "1. Der Beschuldigte sei von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. Eventualiter sei der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von maximal 30 Tagessätzen zu Fr. 10.– zu bestrafen.
3. Der Vollzug der verhängten Strafe sei aufzuschieben.
4. Der Sprechende sei als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten für seinen Aufwand gemäss beiliegender Honorarnote zu entschädigen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse."

b) Der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis:

(Urk. 38, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

**Beschluss und Urteil des Obergerichtes  
des Kantons Zürich vom 18. Oktober 2019:**

(Urk. 46 S. 15 f.)

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, vom 9. Januar 2019 bezüglich der Dispositivziffern 4 (Kostenfestsetzung) und 5 (Honorar amtliche Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

3. Das Verfahren gegen den Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ betreffend Missachtung der Ein- der Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG wird eingestellt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen Fr. 2'020.– (amtliche Verteidigung).
5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.

**Urteil des Bundesgerichtes**  
**vom 11. März 2020 (6B 1365/2019):**  
(Urk. 59)

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Oktober 2019 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 2'000.– entschädigt.

**Berufungsanträge im zweiten Berufungsverfahren:**

- a) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 73 S. 1)

- "1. Das Verfahren gegen den Beschuldigten und Berufungskläger betreffend Missachtung der Ein-/ oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG sei einzustellen.

2. Eventualiter sei der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von maximal 30 Tagessätzen zu Fr. 10.– zu bestrafen.
  3. Der Vollzug der Geldstrafe sei unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufzuschieben.
  4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse."
- b) Der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis:  
(Urk. 77)
- Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

## **Erwägungen:**

### **I. Verfahrensgang**

#### **1. Erstes Berufungsverfahren**

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

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

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

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

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

## 2. Zweites Berufungsverfahren

Mit Schreiben vom 30. bzw. 31. März 2020 wurden die aktuellen Migrationsakten betreffend den Beschuldigten beigezogen (vgl. Urk. 61-67). Mit Präsidialverfügung vom 23. April 2020 wurde mit Einverständnis der Parteien die schriftliche Durchführung des zweiten Berufungsverfahrens angeordnet und dem Beschuldigten Frist angesetzt um seine Berufungsanträge zu stellen und zu begründen. Mit gleicher Verfügung wurde den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu den beigezogenen Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich gegeben (Urk. 68-70; Urk. 70 S. 3). Die vom Beschuldigten am 18. Mai 2020 eingereichte Berufungsbegründung wurde mit Präsidialverfügung vom 25. Mai 2020 der Staatsanwaltschaft sowie der Vorinstanz zugestellt (Urk. 74). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 76). Am 10. Juni 2020 reichte die Staatsanwaltschaft ihre schriftliche Berufungsantwort ein (Urk. 77). Diese wurde dem Beschuldigten mit Präsidialverfügung vom 11. Juni 2020 zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt (Urk. 78), wobei der Beschuldigte sich nicht vernehmen liess (vgl. Urk. 79/1). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## **II. Prozessuales**

Der Beschuldigte beantragt im Berufungsverfahren einen Freispruch (Urk. 35 S. 1; Urk. 43 S. 1; Urk. 73 S. 1). Seine Berufung richtet sich damit gegen das gesamte vorinstanzliche Urteil, wobei aber keine Beanstandung hinsichtlich der vorinstanzlichen Kostenfestsetzung und des Honorars der amtlichen Verteidigung erfolgte (Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO). Damit ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, vom 9. Januar 2019 bezüglich der Dispositivziffern 4 (Kostenfestsetzung) und 5 (Honorar amtliche Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen ist.

### **III. Sachverhalt**

1. Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift vom 26. Juli 2018 vorgeworfen, sich am 25. Juli 2018 um etwa 15.00 Uhr am Bahnhof B.\_\_\_\_\_ in ... [Ort] aufgehalten zu haben, obwohl er mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 15. September 2017 mit einer Eingrenzung für das Gemeindegebiet C.\_\_\_\_\_ belegt worden sei. Dem Beschuldigten sei die Eingrenzung bekannt gewesen, da er den Erhalt der Verfügung am 27. September 2017 schriftlich bestätigt habe (Urk. 6 S. 3).

2. Der Beschuldigte anerkannte sowohl im Vorverfahren, als auch vor Vorinstanz zum anklagegegenständlichen Zeitpunkt am Bahnhof B.\_\_\_\_\_ von zwei Polizisten kontrolliert worden zu sein. Er sei mit einem Kollegen namens D.\_\_\_\_\_, welcher wie er, in der NUK C.\_\_\_\_\_ wohne, unterwegs zur Limmat in der Nähe des Bahnhofs B.\_\_\_\_\_ gewesen, um schwimmen zu gehen. Aus den Depositionen des Beschuldigten geht sodann hervor, dass er sich bewusst war, dass er auf das Gemeindegebiet von C.\_\_\_\_\_ eingegrenzt gewesen war und dieses nicht hätte verlassen dürfen (Urk. 2/1 S. 2; Urk. 2/9 S. 2 f.; Prot. I S. 6 ff.). Im ersten Berufungsverfahren blieb es bei diesen Zugaben des Beschuldigten (Prot. II S. 8), welche sich als glaubhaft erweisen und sich auch mit dem übrigen Untersuchungsergebnis decken (vgl. Urk. 2/7 und Urk. 2/8). Die Korrektheit des ihm in der Anklage vorgeworfenen Sachverhalts wird vom Beschuldigten denn auch im zweiten Berufungsverfahren nicht in Abrede gestellt (vgl. Urk. 73 S. 2 ff.). Der Anklagesachverhalt ist damit rechtsgenügend erstellt.

### **IV. Rechtliche Würdigung**

1. Am 1. Januar 2019 ist das neue Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG; SR 142.20) in Kraft getreten. Der Beschuldigte hatte das ihm zur Last gelegte Verhalten noch vor dem Inkrafttreten des AIG begangen. Da sowohl das AIG in dessen Art. 119 Abs. 1 als auch das im Zeitpunkt der Tat in Kraft stehende AuG im gleichnamigen Artikel für die Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung die Bestrafung mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vorsehen, er-

weist sich das neue Recht nicht als das mildere. Zur Anwendung gelangt deshalb das AuG (Art. 126 Abs. 4 AIG).

2. Dass der Beschuldigte den objektiven Tatbestand von Art. 119 Abs. 1 AuG erfüllte, indem er sich am Bahnhof B.\_\_\_\_\_, und damit ausserhalb des Eingrenzungsgebiets der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ aufhielt, ist unbestritten.

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

3.1. Zur Begründung führte sie an, dass die dem Beschuldigten ausgehändigte Karte des Eingrenzungsgebiets weder Strassennamen noch farbliche Unterscheidungen enthalten habe, so dass Flüsse, Wege und Strassen nicht voneinander hätten unterschieden werden können. Die Notunterkunft (NUK) C.\_\_\_\_\_ sei auf der Karte nicht eingezeichnet gewesen, und der Bahnhof B.\_\_\_\_\_ und die Limmat hätten nur mit Ortskenntnis erahnt werden können. Die Gemeindegrenze von C.\_\_\_\_\_ sei sodann auch nicht auf Google Maps ersichtlich, und es gebe auch keine Strassenschilder, welche das Gemeindegebiet markieren würden. Weiter sei die Karte dem Beschuldigten auch nie erklärt worden. Als der Beschuldigte die Karte erhalten habe, sei er noch in der Gemeinde E.\_\_\_\_\_ eingegrenzt gewesen. Der Beschuldigte habe damit vor seiner Eingrenzung in der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ gar nie die Gelegenheit gehabt, dieses Gebiet und dessen Grenzen vorgängig auszukundschaften, ohne dabei Gefahr zu laufen, sich nach Art. 119 Abs. 1 AuG strafbar zu machen (Urk. 21 S. 6; Urk. 43 S. 2 f.). Schliesslich seien selbst die beiden Polizisten, welche den Beschuldigten und dessen Kollegen kontrolliert hätten, anlässlich ihrer Einvernahmen nicht in der Lage gewesen, das Gemeindegebiet von C.\_\_\_\_\_ auf einer Karte genau einzugrenzen (Urk. 21 S. 6 f.; Urk. 43 S. 3).

3.2. Nach Ansicht der Verteidigung würden alle diese Faktoren klar dafür sprechen, dass der Beschuldigte die Eingrenzung lediglich fahrlässig missachtet habe. Weder habe der Beschuldigte die Eingrenzung vorsätzlich missachtet noch

eine Tatverwirklichung in Kauf genommen oder auch nur für möglich gehalten (Urk. 21 S. 7; Urk. 43 S. 3). Dass der Beschuldigte vor seinem Ausflug an die Limmat nicht geprüft habe, wo genau die Gemeindegrenze von C.\_\_\_\_\_ verlaufe, könne höchstens als pflichtwidrige Unvorsicht im Sinne von Art. 12 Abs. 3 StGB qualifiziert werden. Zudem sei der Beschuldigte auch nicht dazu verpflichtet gewesen, sich über den Grenzverlauf zu informieren. Vielmehr wäre es an den Behörden gewesen, dem Beschuldigten die Grenzen des Eingrenzungsgebiets klar aufzuzeigen. Dementsprechend werde der subjektive Tatbestand von Art. 119 Abs. 1 AuG nicht erfüllt (Urk. 21 S. 7; Urk. 43 S. 4).

3.3. Den Vorbringen der Verteidigung ist zunächst entgegenzuhalten, dass der Beschuldigte anlässlich seiner ersten polizeilichen Einvernahme am 25. Juli 2018 angab, dass es ihm bewusst gewesen sei, dass er das Gebiet der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ nicht verlassen dürfe. Weiter führte der Beschuldigte aus, dass er die Eingrenzung als illegal erachte und diese nicht akzeptiere (Urk. 2/1 S. 2 F9). Die Frage, ob er bewusst gegen die Eingrenzung verstossen habe, als er das Gemeindegebiet von C.\_\_\_\_\_ verlassen habe, bejahte er. Zudem kündigte er an, dass er sich nicht an die Eingrenzung halten werde (*"Wie erwähnt, wir können dieses Gesetz vergessen. Ich werde mich nicht an die Eingrenzung halten. Ich war bereits schon bis zum Maximum im Gefängnis und ich weiss, dass das nicht korrekt ist."*, Urk. 2/1 S. 2 F10). Demgegenüber bestritt der Beschuldigte im weiteren Verlauf des Vorverfahrens sowie vor Vorinstanz und im ersten Berufungsverfahren, das Eingrenzungsgebiet bewusst verlassen zu haben. Er machte weiter geltend, die ihm ausgehändigte Karte, auf welcher das Eingrenzungsgebiet abgebildet sei, sei in einem schrecklichen Zustand gewesen. Es seien keinerlei Strassennamen ersichtlich und auch der Grenzverlauf des Eingrenzungsgebiets sei darauf nicht klar erkennbar, weshalb er gar nicht habe wissen können, wo er hingehge und wo die Gemeindegrenze von C.\_\_\_\_\_ verlaufe. Letztere sei zudem auch nicht auf dem Navigationsgerät auf seinem Mobiltelefon ersichtlich (Urk. 2/9 S. 1 ff.; Prot. I S. 6 ff.; Prot. II S. 8).

3.4. Vor dem Hintergrund, dass der Beschuldigte in seiner ersten Einvernahme unmittelbar nach der Tatbegehung seiner Eingrenzung die Rechtmässig-

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

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

3.5.1. Der Beschuldigte wurde per 15. September 2017 von der Notunterkunft ... in F.\_\_\_\_\_ in die Notunterkunft C.\_\_\_\_\_ umplatziert (Urk. 3/1 S. 2). Zum Zeitpunkt der Tatbegehung am 25. Juli 2018 lebte er mithin bereits mehr als 10 Monate in der Gemeinde C.\_\_\_\_\_, weshalb ihm das Gemeindegebiet zum Tatzeitpunkt nicht völlig fremd sein konnte und er zumindest eine grobe Ahnung von den Dimensionen des Eingrenzungsgebiets und dessen ungefähren Grenzverlaufs haben musste. Letzterer ist auch auf der Karte ersichtlich, welche dem Beschuldigten am 27. September 2018 ausgehändigt wurde (Urk. 3/3 und Urk. 10/3 S. 450). Dass die Lesbarkeit der Karte unter der fehlenden farblichen Unterscheidungen und der nicht verzeichneten Strassennamen leidet, wie dies der Beschuldigte und seine Verteidigung geltend machen, trifft grundsätzlich zu. Wie die Vorinstanz aber zutreffend erwog (Urk. 33 S. 10), sind auf der Karte der allgemeine Strassenverlauf, Kreisel und Kreuzungen, welche als Orientierungshilfen genutzt werden können, gut erkennbar. Beachtlich ist insbesondere der markante Verkehrsknotenpunkt im Norden des Eingrenzungsgebiets. Dort befindet sich eine mehrspurige Hauptstrasse, welche quer über die Autobahn führt und mit dieser durch mehrere Ausfahrts- bzw. Zufahrtsschlaufen verbunden ist. Der Karte kann entnommen werden, dass die Nordgrenze des Eingrenzungsgebiets, welche der Beschuldigte zwingend überqueren musste, um zur Limmat beim Bahnhof B.\_\_\_\_\_ zu gelangen, entlang ebendieser Hauptstrasse verläuft (vgl. Urk. 10/3 S. 450). Der Beschuldigte hätte damit bereits aufgrund dieser in der Karte ersichtlichen Information wissen müssen, dass dieser Verkehrsknotenpunkt und die dort

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

3.5.2. Weiter wäre es dem Beschuldigten auch möglich gewesen, sich im Vorfeld seines geplanten Ausfluges an die Limmat genauer über den Grenzverlauf der Gemeinde C.\_\_\_\_\_ zu informieren. Der Beschuldigte gab sowohl im Vorverfahren als auch vor Vorinstanz und anlässlich der Berufungsverhandlung vom 9. Januar 2018 zu Protokoll, dass sein Mobiltelefon über ein Navigationsgerät verfüge, welches aber die Gemeindegrenzen von C.\_\_\_\_\_ nicht anzeige (Urk. 2/9 S. 1 f.; Prot. I S. 9; Prot. II S. 8). Es ist nicht bekannt, welche Art von Navigationsgerät bzw. Karten-App der Beschuldigte zum anklagegegenständlichen Zeitpunkt benutzt hat. Ebenso wenig lässt sich verifizieren, ob das vom Beschuldigten genutzte Navigationssystem die Gemeindegrenzen von C.\_\_\_\_\_ effektiv nicht anzeigte bzw. anzeigen konnte. Ungeachtet dessen wäre es dem Beschuldigten aber immerhin möglich gewesen, den auf der ihm ausgehändigten Karte abgebildeten Strassenverlauf mit dem auf seinem Navigationsgerät angezeigten Strassenverlauf abzugleichen und so zu eruieren, ob sich die Limmat noch im Eingrenzungsgebiet befindet, oder nicht. Im Übrigen wäre es ihm auch möglich gewesen, sich im Internet über die Gemeindegrenzen von C.\_\_\_\_\_ zu informieren. Auf der allgemein bekannten Website "Google Maps" – oder in der entsprechenden Gratis-App für das Mobiltelefon – werden durch die blosse Eingabe des Suchbegriffs "C.\_\_\_\_\_" automatisch die Gemeinde C.\_\_\_\_\_ und deren Grenzverlauf angezeigt. Aufgrund einer solchen Suchanfrage hätte der Beschuldigte ebenfalls erkennen können, dass sich die Limmat ausserhalb des Eingrenzungsgebiets befindet.

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

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

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

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

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

4.1. Dass von den zuständigen Migrationsbehörden noch nicht alles Zumutbare unternommen worden sei, um die Identität des Beschuldigten zu klären und seine Wegweisung zu vollziehen, sei indessen offensichtlich. So seien aufgrund einer im Februar 2018 durchgeführten Kontrolle der Effekten des Beschul-

digten neue Abklärungen hinsichtlich dessen Herkunft angestrengt worden, welche gemäss einem Schreiben des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 3. September 2018 noch im Gange seien. Das Rückführungsverfahren sei damit nach wie vor pendent und könne nicht als gescheitert bezeichnet werden. Selbst wenn aber davon ausgegangen würde, dass das Rückkehrverfahren abgeschlossen sei und der Beschuldigte mit seinem Verhalten die Rückführung verunmögliche, würde der Umstand, dass nicht alle zumutbaren Massnahmen für den Vollzug der Rückkehr des Beschuldigten getroffen worden seien, dessen Verurteilung entgegenstehen. Das AuG sehe für Zwangsmassnahmen eine Höchstdauer von 18 Monaten vor. Der Beschuldigte habe bislang aber lediglich 6 Monate in Ausschaffungshaft verbracht, womit die Höchstdauer von 18 Monaten noch nicht ausgeschöpft sei und dementsprechend auch noch nicht alle zumutbaren Massnahmen zur Rückführung des Beschuldigten getroffen worden seien (Urk. 21 S. 2 ff.).

4.2. An diesem Ergebnis vermöge schliesslich auch der Beizug der aktuellen Akten des Migrationsamtes des Kantons im Rahmen des zweiten Berufungsverfahrens nichts zu ändern. Zwar könne den Akten des Migrationsamtes entnommen werden, dass zwischen dem Staatssekretariat für Migration (SEM) und dem Migrationsamt des Kantons Zürich eine E-Mail-Korrespondenz hinsichtlich der Identitätsabklärung betreffend den Beschuldigten stattgefunden habe. Dass die Identitätsabklärung definitiv abgeschlossen sein solle, gehe aus dieser Korrespondenz indessen nicht hervor. Vielmehr könne den entsprechenden E-Mails entnommen werden, dass das SEM noch weitere Informationen vom Migrationsamt angefordert habe, vermutungsweise um die Identität des Beschuldigten eben gerade noch genauer abzuklären. Den vorgenannten Akten könne nichts Neues entnommen werden, was darauf schliessen lassen würde, dass das Rückführungsverfahren nun abgeschlossen wäre. Vielmehr sei auch heute noch davon auszugehen, dass das Rückführungsverfahren nach wie vor pendent sei und einer Strafverfolgung des Beschuldigten weiterhin entgegenstehe. Das Strafverfahren gegen den Beschuldigten sei folglich einzustellen (Urk. 73 S. 3).

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

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

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

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

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

sung aus der Schweiz verfügt (Urk. 62 S. 19 ff.). Dieser Wegweisungsentscheid erwuchs in Rechtskraft, als die vom Beschuldigten dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 25. November 2009 abgewiesen wurde (Urk. 62 S. 8 ff.). In der Folge wurde der Beschuldigte verpflichtet, die Schweiz mit Eintritt der Rechtskraft der Verfügung des Staatssekretariats für Migration vom 12. November 2009 zu verlassen (Urk. 62 S. 40). Dieser Verpflichtung kam er indessen bis heute nicht nach. Auch die zahlreichen nachfolgenden Aufforderungen, die Schweiz zu verlassen, wurden vom Beschuldigten nicht befolgt (Urk. 62 S. 103, S. 111, S. 151, S. 226 ff., S. 318, S. 339, S. 367, S. 390, S. 411, S. 474 und S. 539). Am 20. Januar 2010 wurde der Beschuldigte in Ausschaffungshaft versetzt, aus welcher er nach der Dauer von 6 Monaten am 19. Juli 2010 wieder entlassen wurde (Urk. 62 S. 68, 74 ff., 90 ff. und 103). Mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 12. Februar 2014 wurde er auf das Gemeindegebiet von G.\_\_\_\_\_ eingegrenzt, wobei die Eingrenzung am 15. Oktober 2014 wieder aufgehoben wurde (Urk. 62 S. 348 ff. und 368). Am 15. September 2016 wurde der Beschuldigte wiederum für die Dauer von zwei Jahren auf das Gemeindegebiet von E.\_\_\_\_\_ eingegrenzt (Urk. 62 S. 414 ff.). Mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 15. September 2017 wurde diese Eingrenzung auf das Gemeindegebiet von C.\_\_\_\_\_ ausgedehnt (Urk. 62 S. 454 f.). Aufgrund der Weigerung des Beschuldigten, seine Herkunft offenzulegen, unternahmen die Migrationsbehörden zahlreiche Abklärungsversuche, welche aber allesamt ergebnislos blieben (Urk. 62 S. 1 ff. [betreffend Litauen]; Urk. 62 S. 194, 303, 311 und 364 [betreffend Weissrussland]; Urk. 62 S. 229 und 258 [betreffend Armenien]). Am 31. Januar 2018 erteilte das Migrationsamt des Kantons Zürich der Kantonspolizei Zürich den Auftrag zur Durchführung einer Effektenkontrolle beim Beschuldigten und zur Auswertung von dessen Mobiltelefon und Laptop (Urk. 62 S. 483 f.). Aufgrund dieser Effektenkontrolle ergab sich der Verdacht, dass der Beschuldigte, nicht wie von ihm behauptet, aus Litauen, sondern aus der Ukraine stammen könnte (Urk. 62 S. 511). Die anlässlich der Effektenkontrolle erstellten Fotoaufnahmen von Kontaktdaten und Fotografien, welche auf dem Mobiltelefon und dem Laptop des Beschuldigten gesichtet wurden, wurden vom Migrationsamt des Kantons Zürich dem Staatssekretariat für Migration zur Auswertung

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

7.2. Aus den vorstehenden Erwägungen erhellt, dass die zwangsweise Rückführung des Beschuldigten trotz umfassender Bemühungen der Migrationsbehörden, welche von zahlreichen Identitätsabklärungen (inkl. Effektenkontrolle) über die Anordnung von verschiedenen Zwangsmassnahmen (Ausschaffungshaft von 6 Monaten und mehrfache Eingrenzungen) reichten, letztlich erfolglos blieb. Die Erfolglosigkeit der Rückführung ist dabei direkt auf die Verweigerungshaltung des Beschuldigten zurückzuführen. Letzterer verweigert seit nunmehr knapp 11 Jahren äusserst hartnäckig pflichtwidrig jede Mitwirkung und verhindert damit aktiv und nachhaltig den Vollzug der Rückkehrentscheidung. Vor diesem Hintergrund und angesichts des Umstandes, dass die Migrationsbehörden erfolglos die gesamte Bandbreite zumutbarer und verhältnismässiger (Zwangs-)Massnahmen zum zwangsweisen Vollzug der Rückkehrentscheidung angewandt haben, hat das Rückführungsverfahren als gescheitert zu gelten. Die strafrechtliche Sanktionierung des Beschuldigten ist folglich mit der EU-Rückführungsrichtlinie vereinbar. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit eines erfolgreichen Vollzugs der Rückkehrentscheidung in unmittelbarer Zukunft, mithin eine hinreichende Aussicht auf Abschiebung des Beschuldigten unter Berücksichtigung der in Art. 15 Abs. 5 und 6 EU-Rückführungsrichtlinie festgelegten Zeiträume, nicht erkennbar ist, zumal sich nach wie vor keine Änderung an der vom Beschuldigten seit knapp 11 Jahren an den Tag gelegten Verweigerungshaltung abzeichnet (vgl. Urk. 62 S. 696). Er hält sich mithin auch heute noch ohne erkennbaren Willen zur Ausreise oder zur Kooperation mit den Migrationsbehörden illegal in der Schweiz auf. Eine strafrechtliche Sanktionierung mit einer Geldstrafe oder einer Freiheits-

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

8. Vor dem Hintergrund vorstehender Erwägungen ist der Beschuldigte wegen Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung im Sinne von Art. 119 Abs. 1 AuG schuldig zu sprechen.

## **V. Sanktion**

1. Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten wegen Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 90 Tagen, unter Anrechnung eines erstandenen Hafttages (Urk. 33 S. 17). Die Verteidigung beantragt im Berufungsverfahren im Eventualantrag die Bestrafung des Beschuldigten mit einer bedingten Geldstrafe von maximal 30 Tagessätzen zu Fr. 10.– (Urk. 73 S. 1 und 3 ff.). Die Staatsanwaltschaft beantragt indessen die Bestätigung der von der Vorinstanz ausgefallten unbedingten Freiheitsstrafe (Urk. 77 S. 3).

2. Der Beschuldigte hat die zu beurteilende Straftat vor dem Inkrafttreten der seit 1. Januar 2018 geltenden neuen Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Änderung des Sanktionenrechts; AS 2016 1249) begangen. Das geltende (neue) Recht ist daher auf diese nur anzuwenden, sofern es für die beschuldigte Person im konkreten Fall zu einem günstigeren Ergebnis führt (Art. 2 Abs. 2 StGB; OFK/StGB-DONATSCH, 20. Auflage 2018, N 10 zu Art. 2 StGB). Das ist nicht der Fall, da das geltende (neue) Sanktionenrecht grundsätzlich keine mildere Bestrafung vorsieht, sondern im Gegenteil auf eine Verschärfung im Bereich der Geldstrafe und kurzen Freiheitsstrafe zielt und die Beurteilung der Gewährung des bedingten Strafvollzugs nicht von der im neuen Recht günstiger ausgestalteten Voraussetzung gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB abhängt. Die Sanktion ist folglich gestützt auf die Bestimmungen des im Tatzeitpunkt geltenden Sanktionenrechts des StGB festzulegen, soweit dieses im Anwendungsbereich des AuG von Bedeutung ist.

3. Die Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung i.S.v. Art. 119 Abs. 1 AuG sieht einen ordentlichen Strafraum von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor. Aussergewöhnliche Umstände, die es angezeigt erscheinen lassen, diesen Strafraum zu verlassen, bestehen nicht (vgl. BGE 136 IV 55 E. 5.8). Da nur der Beschuldigte Berufung erhob, steht einer strengeren Bestrafung als der von der Vorinstanz ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 90 Tagen das Verschlechterungsverbot entgegen (Art. 391 Abs. 2 StPO).

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

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

3.3. Angesichts des insgesamt als leicht zu qualifizierenden Verschuldens erweist sich für die Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung die Festlegung einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen bzw. einer Freiheitsstrafe von 60 Tagen als hypothetische Einsatzstrafe als angemessen.

4. Zu seinem Vorleben und seinen persönlichen Verhältnissen machte der Beschuldigte im Vorverfahren und vor Vorinstanz keine Angaben (vgl. Urk. 2/4 S. 4 f.; Prot. I S. 10 f.).

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

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

4.2. Aus den persönlichen Verhältnissen ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Umstände.

4.3. Die Vorinstanz wies bei der Urteilsfällung am 9. Januar 2019 zutreffend darauf hin, dass der Beschuldigte während seines bisherigen Aufenthalts in der Schweiz zahlreiche Eintragungen im Strafregister erwirkt habe (Urk. 33 S. 12). Mittlerweile wurde die Verurteilung des Beschuldigten aus dem Jahre 2010 wegen rechtswidriger Einreise, rechtswidrigem Aufenthalt, geringfügiger (teilweise versuchter) Widerhandlungen gegen das AuG gelöscht (vgl. Urk. 41 und Urk. 80), weshalb sie bei der Strafzumessung nicht mehr zu berücksichtigen ist. Die übrigen vom Beschuldigten erwirkten sechs Vorstrafen aus den Jahren 2011 bis 2016 (rechtswidriger Aufenthalt und geringfügiger Diebstahl [09.02.2011]; versuchter Diebstahl und Hausfriedensbruch [17.02.2011]; rechtswidriger Aufenthalt und geringfügige Widerhandlung gegen das AuG [09.10.2012]; mehrfache Sachbeschädigung [26.02.2013]; rechtswidriger Aufenthalt und geringfügige Widerhandlung gegen das AuG [30.01.2014]; rechtswidriger Aufenthalt [17.03.2016]) wirken sich – trotz des Wegfalls der Vorstrafe aus dem Jahre 2010 – merklich straf erhöhend aus. Die hypothetische Einsatzstrafe ist entsprechend um 30 Tagessätze bzw. 30 Tage zu erhöhen.

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

5. Vor dem Hintergrund vorstehender Erwägungen erweist sich eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen bzw. eine Freiheitsstrafe von 90 Tagen als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen.

6. Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen (BGE 134 IV 97 E. 4.2 S. 100, mit Hinweisen). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll nach konstanter Rechtsprechung bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift (BGE 138 IV 120 E. 5.2 S. 123; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_125/2018 vom 14. Juni 2018 E. 1.3.2). Für Strafen von weniger als sechs Monaten ist grundsätzlich eine Geldstrafe auszusprechen (Art. 34 Abs. 1, Art. 40 und Art. 41 Abs. 1 aStGB).

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

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

mehr knapp 11 Jahren an den Tag gelegten Verweigerungshaltung gegenüber jedlichen behördlichen Anordnungen kann indessen nicht von einer solchen für die Bezahlung der Geldstrafe notwendigen Zahlungsbereitschaft des Beschuldigten ausgegangen werden. Die Vollstreckbarkeit der Geldstrafe ist aus den genannten Gründen zu verneinen. Eine Geldstrafe fällt daher nicht in Betracht, und es ist in Anwendung von Art. 41 Abs. 1 aStGB eine Freiheitsstrafe auszusprechen.

7. Zusammengefasst ist der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 90 Tagen zu bestrafen. Der Anrechnung der erstandenen Haft von 1 Tag auf die Freiheitsstrafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

## **VI. Vollzug**

1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 aStGB). Materiell genügt demnach das Fehlen einer ungünstigen Prognose, mithin die Abwesenheit der Befürchtung, der Täter werde sich nicht bewähren (BGE 134 IV 1 E. 4.2.2 S. 5 f.). Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen (vgl. dazu im Einzelnen: BGE 134 IV 1 E. 4.2.1 S. 5 mit Hinweisen).

2. Aufgrund der Strafhöhe von 90 Tagen Freiheitsstrafe sind die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Vollzugs erfüllt. Es stellt sich folglich die Frage, ob für den Beschuldigten auch die subjektiven Voraussetzungen bejaht werden können.

2.1. Der Beschuldigte wurde innerhalb der letzten 5 Jahre vor der heute zu beurteilenden Delinquenz nicht zu einer Freiheitsstrafe von mehr als 6 Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt (Art. 42 Abs. 2 aStGB). Daher gilt grundsätzlich die Vermutung einer günstigen Prognose im Sin-

ne von Art. 42 Abs. 1 aStGB (vgl. OFK/StGB-HEIMGARTNER, 20. Auflage 2018, N 16 zu Art. 42 StGB). Diese Vermutung kann jedoch widerlegt werden (HEIMGARTNER, a.a.O., N 6 zu Art. 42 StGB).

2.2. Der Beschuldigte ist mit insgesamt sechs Vorstrafen im Strafregister verzeichnet, welche hauptsächlich dem Ausländerstrafrecht zuzuordnen sind (vorstehend, Erw. V.4.3.). Abgesehen von der grossen Anzahl von Vorstrafen wird die Legalprognose zudem auch dadurch getrübt, dass er sich selbst nach dem wiederholten Vollzug mehrmonatiger Freiheitsstrafen nicht von erneuter Delinquenz abhalten liess. Unter zusätzlicher Berücksichtigung des Umstandes, dass der Beschuldigte sich seit nunmehr knapp 11 Jahren jeglichen behördlichen Anordnungen verweigert und auch keinerlei Anzeichen dafür bestehen, dass in dieser Hinsicht ein Umdenken stattgefunden hat bzw. stattfindet (vgl. Urk. 62 S. 696 f.), kann nicht davon ausgegangen werden, dass ihn der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe von weiterer Delinquenz abhalten würde. An diesem Ergebnis vermag schliesslich auch das Vorbringen der Verteidigung nichts zu ändern, wonach nicht von einer erneuten Straffälligkeit des Beschuldigten auszugehen sei, da dieser einerseits wegen rechtswidrigen Aufenthalts zu Freiheitsstrafen von mehr als einem Jahr verurteilt worden sei, weshalb eine erneute Verurteilung wegen rechtswidrigen Aufenthalts nicht mehr erfolgen könne (BGE 135 IV 6, E. 4), und andererseits auch keine neue Eingrenzung gegen den Beschuldigten verfügt worden sei (Urk. 73 S. 4 und 6). So ist insbesondere eine erneute Eingrenzung des Beschuldigten jederzeit wieder möglich, zumal er sich nach wie vor weigert, beim Vollzug seiner Rückschaffung mitzuwirken und sich nach wie vor illegal in der Schweiz aufhält. Angesichts der vom Beschuldigten seit mehr als einem Jahrzehnt und auch heute noch an den Tag gelegten Verweigerungshaltung gegenüber jedlichen behördlichen Anordnungen kann sodann nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass er sich an eine erneute Eingrenzung halten würde.

3. In Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 33 S. 13 ff.) ist die Freiheitsstrafe daher zu vollziehen.

## VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss – es bleibt beim vorinstanzlichen Schuldspruch – ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffern 6 und 7) zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

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

2.2. Die Kosten des zweiten Berufungsverfahrens SB200145 sind entstanden, weil das erste Berufungsurteil der erkennenden Kammer im bundesgerichtlichen Verfahren aufgehoben wurde. Sie sind demgemäss, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung für das zweite Berufungsverfahren, auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 3 lit. a StPO).

3. Die amtliche Verteidigung ist für ihre Aufwendungen im zweiten Berufungsverfahren gemäss ihrer Honorarnote mit Fr. 1'496.– (inkl. Auslagen und MWST) aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Urk. 81).

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon, Einzelgericht in Strafsachen, vom 9. Januar 2019 bezüglich der Dispositivziffern 4 (Kostenfestsetzung) und 5 (Honorar amtliche Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig der Missachtung der Ein- oder Ausgrenzung i.S.v. Art. 119 AuG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 90 Tagen Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 6 und 7) wird bestätigt.
5. Die Gerichtsgebühr für das erste Berufungsverfahren SB190317 wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 2'020.00 amtliche Verteidigung.
6. Die Kosten des ersten Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
7. Die Gerichtsgebühr für das zweite Berufungsverfahren SB200145 fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen Fr. 1'496.– (amtliche Verteidigung).

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

9. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten;
- die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis;
- das Staatssekretariat für Migration, Postfach, 3003 Bern;

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

- die Vorinstanz;
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste;
- das Migrationsamt des Kantons Zürich;
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten;
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

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

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

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

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 5. Oktober 2020

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Samocec