

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB210179-O/U/cwo

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. B. Gut, Präsident, Oberrichterin lic. iur. R. Affolter und Ersatzoberrichterin lic. iur. C. Keller sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. M. Keller

## Urteil vom 14. Juni 2021

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

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

gegen

**Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,**

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. R. Michel,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Verweisungsbruch**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht,  
vom 16. Februar 2021 (GG200066)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 18. November 2020 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 17).

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 36 S. 18 f.)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig des Verweisungsbruchs im Sinne von Art. 291 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 130 Tagen Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'200.-; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 1'100.- Gebühr für die Strafuntersuchung  
Fr. 5'471.20 amtl. Verteidigungskosten (inkl. Barauslagen und MwSt.)  
  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.
6. (Mitteilungen.)
7. (Rechtsmittel.)"

**Berufungsanträge:**

(Prot. II S. 3 f.)

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 49 S. 1)

1. Der Beschuldigte sei in Aufhebung der vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffern 1 bis 5 vom Vorwurf des Verweisungsbruchs freizusprechen;
2. Eventualiter sei das Strafverfahren in Aufhebung der vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffern 1 bis 5 einzustellen;
3. Dem Beschuldigten sei für die erstandene Haft eine Genugtuung von Fr. 250.– zzgl. 5% Zins ab 15. Juni 2020 aus der Staatskasse zuzusprechen;
4. Der amtliche Verteidiger sei für das Untersuchungsverfahren sowie das Verfahren vor erster und zweiter Instanz vollumfänglich und ohne Rückerstattungspflicht des Beschuldigten aus der Staatskasse zu entschädigen (zzgl. MwSt.);
5. Die Kosten der Untersuchung und der gerichtlichen Verfahren seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 43; schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

## **Erwägungen:**

### 1. Prozessgeschichte

1.1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 16. Februar 2021, meldete der amtliche Verteidiger des Beschuldigten am 22. Februar 2021 Berufung an (Urk. 30). Das begründete Urteil der Vorinstanz wurde ihm am 12. März 2021 zugestellt (Urk. 35), worauf er am 31. März 2021 die Berufungserklärung einreichte (Urk. 39).

1.2. Innert angesetzter Frist gemäss Art. 400 Abs. 3 lit. b StPO beantragte die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (fortan Staatsanwaltschaft) die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 43).

1.3. Am 18. März 2021 wurde ein aktualisierter Strafregisterauszug über den Beschuldigten eingeholt (Urk.38).

1.4. Zur Berufungsverhandlung sind der Beschuldigte sowie sein amtlicher Verteidiger erschienen (Prot. II S. 3). Der Staatsanwaltschaft war das Erscheinen antragsgemäss freigestellt worden (Urk. 45). Anlässlich der Berufungsverhandlung reichte die Verteidigung diverse Unterlagen ins Recht (Urk. 50/1-15). Weitere Beweisanträge wurden nicht gestellt. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

### 2. Prozessuales

Der Beschuldigte beschränkte seine Berufung nicht (Urk. 39; Urk. 49; Prot. II S. 4), weshalb das gesamte vorinstanzliche Urteil als angefochten gilt.

### 3. Zur Sache

3.1. Der Beschuldigte bestreitet nicht, trotz rechtskräftig verfügter Landesverweisung vom 17. September 2018 (Urk. 6) und Aufforderung des Migrationsamtes vom 5. Oktober 2018, die Schweiz unverzüglich selbständig zu verlassen (Urk. 5), in der Zeit vom 6. Oktober 2018 bis 16. März 2020 in der Schweiz verblieben zu sein (Urk. 2 in Verbindung mit Prot. I S. 6; Urk. 26 S. 1; Urk. 49 S. 2). Mithin ist der Anklagesachverhalt rechtsgenügend erstellt.

3.2. Wie bereits vor Vorinstanz macht der amtliche Verteidiger jedoch insbesondere geltend, eine Verurteilung wegen Verweisungsbruchs verstosse gegen die EU-Rückführungsrichtlinie vom 16. Dezember 2008 (RL 2008/115/EU [vormals: EG]; nachfolgend: Rückführungsrichtlinie), weshalb das Strafverfahren einzustellen sei (Urk. 26 S. 2 ff.; Urk. 49 S. 2 ff.). Die Vorinstanz schloss sich letzterer Rechtsauffassung insofern an, als sie ebenfalls davon ausging, dass die Rückführungsrichtlinie vorliegend zur Anwendung kommt (Urk. 36 S. 8-9).

3.3. Der Bundesrat hat in der Botschaft seinerzeit zu apodiktisch festgehalten, dass die "Bestimmung" bei der Landesverweisung nicht zur Anwendung komme, wobei er unter Bestimmung offenbar die Rückführungsrichtlinie meinte (BBI 2018 1685, S. 1753). Allerdings lässt sich der Botschaft entnehmen, dass der Bundesrat den Fall im Auge hatte, in welchem eine Person trotz bestehender Landesverweisung in die Schweiz einreist. In diesem Fall könnte die Rückführungsrichtlinie tatsächlich nicht zur Anwendung kommen, weil gegen Ausländer im Ausland naturgemäss gar kein Rückführungsverfahren eingeleitet werden kann.

Von der illegalen Einreise trotz Landesverweisung ist jedoch der Fall zu unterscheiden, in welchem eine beschuldigte Person trotz ausgesprochener Landesverweisung das Land nicht verlässt. Das Bundesgericht hat in einem kürzlich ergangenen Entscheid diesbezüglich klargestellt, dass hier die Rückführungsrichtlinie auch auf den Tatbestand des Verweisungsbruchs gemäss Art. 291 StGB Anwendung findet (Urteil 6B\_1398/2020 vom 10. März 2021 E. 1.6). Darauf hat die Verteidigung zu Recht verwiesen (Urk. 49 S. 7).

3.4. Ist die Rückführungsrichtlinie demnach zu berücksichtigen, wäre für eine Verurteilung vorliegend von Belang, ob dem Beschuldigten – mit der Vorinstanz – vorgeworfen werden könnte, er sei nach seiner Haftentlassung vom 5. Oktober 2018 bis zu seiner Verhaftung am 15. Juni 2020 untergetaucht und habe so staatliche Entfernungsmassnahmen verhindert. Indessen wird ihm solches in der Anklageschrift gar nicht vorgeworfen (vgl. Urk. 17) und wäre überdies zu verneinen. So hat die Verteidigung zutreffend dargelegt, dass bis anhin weder die migrationsrechtlichen Akten beigezogen noch Abklärungen bei der Notunterkunftsstelle B.\_\_\_\_\_ oder dem Sozialamt B.\_\_\_\_\_ getroffen wurden, um die Aussage

des Beschuldigten zu verifizieren, wonach er sich nach seiner Haftentlassung am 6. Oktober 2018 ununterbrochen im Kanton Zürich aufgehalten und dort auch Nothilfe bezogen habe (Urk. 2 S. 2, Urk. 14 S. 4; Urk. 49 S. 8 ff.). Soweit die Vorinstanz diese Behauptungen des Beschuldigten als Schutzbehauptungen qualifiziert (Urk. 36 S. 9), verletzt sie die Unschuldsvermutung. Der einfache handschriftliche Hinweis im angeführten Formular (Urk. 4), ohne dass die gleichzeitig erwähnten Beilagen aktenkundig wären, vermag ein Untertauchen jedenfalls nicht rechtsgenügend zu belegen (s.a. Urk. 49 S. 10). Ob es sich beim genannten Formular um einen schriftlichen Bericht im Sinne von Art. 195 Abs. 1 StPO handelt, bei welchem gemäss Vorbringen der Verteidigung die Teilnahmerechte des Beschuldigten verletzt worden seien, muss daher nicht weiter abgeklärt werden (Urk. 49 S. 9 f.). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung reichte der Verteidiger sodann eine unterzeichnete Bestätigung des kantonalen Sozialamtes ins Recht, wonach der Beschuldigte vom 5. Oktober 2018 bis 5. Juli 2020 zwecks Leistung von Nothilfe im Rückkehrzentrum B.\_\_\_\_\_ untergebracht worden sei (Urk. 50/14). Ein Untertauchen des Beschuldigten ist damit gar widerlegt.

3.5. Ebenfalls berechtigt ist der Einwand des Beschuldigten, es seien nicht sämtliche zumutbaren Möglichkeiten für den Vollzug der Rückkehrentscheidung angewendet worden. Der Beschuldigte liess hierzu an der Berufungsverhandlung diverse Belege einreichen, welche zwar Anfragen an die marokkanische Botschaft und die Aufforderung zu Ausreisegesprächen dokumentieren (Urk. 49 S. 10 f.; Urk. 50/1-6; Urk. 50/11-13). Zwangsmassnahmen respektive Weiterungen zur Durchsetzung der Ausreisepflicht gegen den Beschuldigten sind hingegen nicht ersichtlich. Dass bereits zweckdienliche Massnahmen zur hoheitlichen Durchsetzung der Landesverweisung ergriffen wurden, erscheint auch deshalb zweifelhaft, weil dem Beschuldigten solches in der Entlassungsanordnung vom 5. Oktober 2018 erst für den Fall angedroht wurde, dass er der Aufforderung zur selbständigen Ausreise keine Folge leiste und erneut angetroffen werde (Urk. 5). Vor diesem Hintergrund ist zusammenfassend davon auszugehen, dass bis anhin keine (zwangsweisen) Entfernungsmassnahmen ergriffen wurden.

3.6. Im Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie muss auf die Verhängung und den Vollzug einer Freiheitsstrafe verzichtet werden, wenn gegen den illegal anwesenden Betroffenen ein Wegweisungsentscheid erging und die erforderlichen Entfernungsmassnahmen noch nicht ergriffen wurden. Das Rückkehrverfahren geht in einem solchen Fall einer freiheitsentziehenden Sanktion vor und mutiert zu einem eigentlichen Strafverfolgungshindernis (vgl. dazu BGE 143 IV 249; s.a. ZÜND, in: OF-Komm. Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, N 10 zu Art. 80 AIG m.H.). Vorliegend steht aufgrund der zahlreichen Vorstrafen des auf staatliche Nothilfe angewiesenen Beschuldigten eine Geldstrafe nicht zur Diskussion. Es wäre einzig die Sanktionierung mit einer Freiheitsstrafe in Betracht zu ziehen (Art. 41 StGB), weshalb ein Strafverfolgungshindernis besteht und das Strafverfahren in Nachachtung der Grundsätze der Rückführungsrichtlinie einzustellen ist (vgl. Art. 329 Abs. 4 StPO und Art. 319 Abs. 1 lit. d StPO).

3.7. Dabei ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass Art. 115 Abs. 1 AIG subsidiär zum Verweisungsbruch nach Art. 291 StGB ist und bei Vorliegen einer rechtskräftigen Landesverweisung nicht zur Anwendung gelangt (Urteil 6B\_1398/2020 vom 10. März 2021 E. 1.1.). Eine Sistierung des Verfahrens gemäss Art. 115 Abs. 4 AIG kommt daher nicht in Betracht. Da Verfahrenshindernisse sodann in allen Verfahrensstadien "vorweg" und laufend zu prüfen sind (vgl. Urteil 6B\_277/2012 vom 14. August 2012 E. 2.2 m.H.), hat es mit der Verfahrenseinstellung sein bewenden. Ob dem Beschuldigten – im Sinne der weiteren Vorbringen der Verteidigung – eine Ausreise unmöglich und er daher vom Vorwurf des Verweisungsbruches freizusprechen wäre (vgl. Urk. 49 S. 2-6), muss mithin nicht geprüft werden.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie Genugtuung

4.1. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 4) wird seitens der Verteidigung nicht beanstandet und ist daher zu bestätigen (Urk. 49 S. 1). Beantragt wird jedoch die vollständige Kostenübernahme durch die Staatskasse.

4.2. Verfahrenskosten werden vom Bund oder dem Kanton getragen, der das Verfahren geführt hat, soweit sie nicht der beschuldigten Person auferlegt werden

können. Letzteres ist der Fall bei einer Verurteilung (Art. 423 und 426 Abs. 1 StPO). Wird das Verfahren eingestellt, so können ihr dann Kosten auferlegt werden, wenn sie die Einleitung des Verfahrens rechtswidrig und schuldhaft bewirkt oder die Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO). Die Kosten des Berufungsverfahrens sind den Parteien sodann nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

4.3. Nachdem das Verfahren einzustellen ist, der Beschuldigte die Einleitung des Verfahrens weder rechtswidrig oder schuldhaft bewirkt noch dessen Durchführung erschwert hat und mit seiner Berufung vollumfänglich obsiegt, sind die Kosten der Untersuchung und der gerichtlichen Verfahren vor beiden Instanzen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

4.4. Der seitens der amtlichen Verteidigung geltend gemachte Aufwand für das Berufungsverfahren von Fr. 4'166.10 (inkl. MwSt.) ist ausgewiesen und angemessen (Urk. 50/15). Unter zusätzlicher Berücksichtigung der Aufwendungen im Zusammenhang mit der Berufungsverhandlung samt Wegentschädigung sowie Nachbesprechung rechtfertigt es sich daher, Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_ als amtlicher Verteidiger pauschal mit Fr. 4'600.– (inkl. MwSt.) zu entschädigen.

4.5. Überdies sind dem Beschuldigten aus der Gerichtskasse antragsgemäss Fr. 250.– nebst Zins zu 5% seit 15. Juni 2020 als Genugtuung für erlittene Untersuchungshaft zuzusprechen (Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO; vgl. zum Anspruch auf Verzinsung der Genugtuung bei ungerechtfertigter Haft: Urteil 6B\_1404/2016 vom 13. Juni 2017 E. 2.2.).

**Es wird erkannt:**

1. Das Strafverfahren gegen den Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ wird eingestellt.
2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 4'600.– amtliche Verteidigung.
4. Die Kosten der Untersuchung und der Gerichtsverfahren beider Instanzen, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Dem Beschuldigten werden Fr. 250.– nebst Zins zu 5% seit 15. Juni 2020 als Genugtuung aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (versandt)sowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
  - die Vorinstanz
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich
  - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA (mittels Kopie von Urk. 38)
  - die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG).
7. 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  
I. Strafkammer

Zürich, 14. Juni 2021

Der Präsident:

lic. iur. B. Gut

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Keller