

# ZH\_OBERGERICHT SB180098 vom 26. Februar 2019

ZH Obergericht, 2019-02-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB180098](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180098)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB180098 du 26 février 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT SB180098 del 26 febbraio 2019

## Erwägungen

### E. 1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von Wiederholungen vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 65 S. 5).

#### E. 1.1

Dem Schuldspruch wegen Raubes – einer Katalogtat für die obligatorische Landesverweisung im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB – liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: Der Beschuldigte betrat am 24. Juli 2017 um ca. 11.15 Uhr die B1.\_\_\_\_-Stelle in C.\_\_\_\_, gab vor, er wolle ein Fläschchen "Tipp-Ex" kaufen, indem er dieses auf die Theke stellte und der B1.\_\_\_\_-Angestellten D.\_\_\_\_ (Privatklägerin 2) eine

#### E. 1.2

Zusätzlich wurde der Beschuldigte der vorsätzlichen groben Verletzung der Verkehrsregeln schuldig gesprochen, weil er am 31. Juli 2017 auf der ...- Strasse in Dübendorf die dort innerorts zulässige und ihm bekannte Höchstgeschwindigkeit von 50km/h um 40km/h (nach Toleranzabzug) missachtet hatte. Dabei handelt es sich indes nicht um eine sogenannte Katalogtat für die obligatorische Landesverweisung (vgl. Art. 66a StGB). 2. Entscheid der Vorinstanz Die Vorinstanz hielt in ihrem Entscheid vom 31. Januar 2018 fest, dass sich der Beschuldigte als portugiesischer Staatsangehöriger auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA) berufen könne. Gemäss Art. 5 Anhang I FZA seien Massnahmen, welche die Freizügigkeitsrechte einschränken, nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zulässig. Die Vorinstanz verwies sodann auf ein Urteil der erkennenden Kammer vom 22. August 2017 (Geschäfts-Nr. SB170250-O) und schloss sich hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der Landesverweisung gemäss StGB und dem FZA der darin vertretenen Auffassung an, wonach dem FZA gegenüber der Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB Vorrang zukomme. Bei der nachfolgenden Einzelfallprüfung berücksichtigte das vorinstanzliche Gericht die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten und kam sodann hinsichtlich der begangenen Tat zusammengefasst zum Schluss, der Raub sei objektiv nicht gefährlich gewesen, auch wenn es für die direkt Betroffenen ein schockierendes Erlebnis gewesen sei und ihre psychische Integrität verletzt worden sei. Der Beschuldigte habe zwar mit seiner Tat eine rücksichtslose Haltung offenbart, dennoch lasse seine einzelne Tat nicht auf eine anhaltende und schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung schliessen. Da keine weiteren schweren Straftaten vom nicht vorbestraften Beschuldigten zu erwarten seien, sei eine Landesverweisung mit Art. 5 Anhang I FZA nicht vereinbar (Urk. 65 S. 12 ff.). 3. Parteistandpunkte

### E. 2

Jahre angesetzt. Weiter verzichtete die Vorinstanz auf eine obligatorische Landesverweisung. Schliesslich entschied sie über die beschlagnahmten Gegenstände und aufbewahrten Asservate, Spuren und Spureenträger, nahm von der anerkannten Schadenersatzforderung Vormerk und regelte die Kostenfolgen des Verfahrens (Urk. 65 S. 17 ff.).

### **E. 3**

Gegen das Urteil vom 31. Januar 2018 meldete die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland am 1. Februar 2018 Berufung an (Urk. 60). Nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 63) ging die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft hierorts fristgerecht am 8. März 2018 ein (Urk. 67).

#### **E. 3.1**

Wie bereits erwähnt richtet sich die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen den Entscheid der Vorinstanz, auf die Anordnung der obligatorischen Landesverweisung im Sinne von Art. 66a StGB zu verzichten. Sie beantragt, der Beschuldig-

- 9 - te sei für die Dauer von 6 Jahren des Landes zu verweisen (Urk. 67 S. 1). Zusammengefasst verweist die Staatsanwaltschaft zur Begründung ihres Antrags nunmehr auf die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach das Strafgericht das Landesrecht, konkret Art. 66a StGB, anzuwenden habe, sofern es sich völkerrechtskonform anwenden lasse, wobei die Anwendung durch die Ausnahmeklausel der Härtefallregel gesichert sei. Mit der Verurteilung wegen Raubes und grober Verletzung der Verkehrsregeln habe sich der Beschuldigte nicht rechtskonform verhalten und erfülle daher die Voraussetzungen nach Massgabe von Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA nicht mehr. Gemäss Bundesgericht störe jede Straftat die soziale Ordnung im Sinne der genannten Bestimmung. Vorliegend bestehe sodann beim Beschuldigten kein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB. Der Beschuldigte sei weder in der Schweiz geboren noch aufgewachsen. Er verfüge weder über irgendwelche verwandtschaftlichen noch sonstigen vertieften Beziehungen. Vielmehr unterhalte er nach wie vor sehr enge Beziehungen zu seinem Heimatland Portugal, wo ein wesentlicher Teil seiner Familie, Verwandte und Freunde wohnen. Der Beschuldigte sei nicht verheiratet und das gemeinsame Kind von ihm und seiner Partnerin sei noch nicht im Schulalter und habe in der Schweiz noch keine persönlichen Bindungen aufbauen können. Die Möglichkeit einer Wiedereingliederung ausserhalb der Schweiz, insbesondere in Portugal, sei ohne Weiteres gegeben und dem gesunden, ledigen Beschuldigten auch zuzumuten. Er habe vor seiner Einreise in die Schweiz in Portugal gearbeitet. Die Arbeit, welche er hier verrichte, könne er auch in Portugal verrichten. Auch die Dauer seiner Anwesenheit hierzulande spreche nicht für das Überwiegen seines privaten Interesses am Verbleib im Land. Es sei nicht ersichtlich inwiefern sich der Beschuldigte mit der Schweiz und deren Kultur und Werten besonders identifizieren würde. Er spreche namentlich nach zehn Jahren immer noch ziemlich gebrochen bzw. kaum Deutsch und benötige eine Übersetzung, um sich über ein einfaches Niveau hinaus zu verständigen. Trotz Erwerbstätigkeit und regelmässiger Einnahmen habe er seine finanziellen Verhältnisse absolut nicht im Griff und habe erhebliche Schulden angehäuft. Im Übrigen würden die privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung nicht überwiegen. Letztere bestehen darin, dass

- 10 - der Täter eines solchen verwerflichen Raubdeliktes effektiv aus dem Land verwiesen werde, damit die innere Sicherheit gewahrt werden könne. Denn bei einem solchen anlassfreien Verbrechen handle es sich nicht um ein Bagatelldelikt, zumal der Beschuldigte zwei unbeteiligte Mitmenschen in Mitleidenschaft gezogen und ihre psychische und physische Integrität durch das Zufügen eines erheblichen Schocks massiv verletzt habe und zwar aus egoistischen Gründen. Er habe dem Opfer Angst machen wollen, was ihm auch gelungen sei. Dieses Tatvorgehen stelle eine grosse Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar. Der Beschuldigte habe nicht nur das Rechtsgut Vermögen, sondern auch das höchste Rechtsgut, nämlich Leib und Leben verletzt. Auch im Falle der groben Verkehrsregelverletzung sei die Normenverletzung unüberlegt und inadäquat zum behaupteten Grund erfolgt. Dies zeige, dass der Beschuldigte bereit sei, Normen mit einer sehr hohen Gefahr für Leib und Leben zu verletzen. In Anbetracht, dass der Beschuldigte zwei schwere Straftaten innerhalb von kürzester Zeit begangen habe, müsse festgestellt werden, dass das öffentliche Interesse am Schutz von Leib und Leben gross sei. Aufgrund der Tathintergründe bestehe zumindest eine moderate Gefahr, dass der Beschuldigte erneut gleichartig handle (Urk. 67 S. 7 ff.; Urk. 94 S. 2 ff.).

### **E. 3.2**

Die Verteidigung hält dem entgegen, dass die Vorinstanz zu Recht von einer Landesverweisung abgesehen habe. Die Gegenüberstellung von persönlicher Unbill und dem Interesse der öffentlichen Sicherheit führe klar zum Ergebnis, dass eine Landesverweisung nicht angeordnet werden könne. Die Berufungsklägerin schildere den relevanten Sachverhalt insbesondere in Bezug auf die objektive Gefährlichkeit der verübten Tat und auf die Integration des Beschuldigten falsch und teilweise aktenwidrig, leite daraus eine falsche Legalprognose ab und beurteile die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch den Beschuldigten falsch. Es habe kein körperlicher Übergriff stattgefunden und das Raubopfer sei daher in der physischen Integrität nicht verletzt worden. Der Beschuldigte sei nur mit einer Plastikpistole unterwegs gewesen, was es objektiv verunmöglicht habe, das Opfer physisch zu verletzen. Zudem habe es beim Beschuldigten auch an der Absicht gefehlt, jemanden an Leib und Leben zu verletzen oder zu gefährden. Das Opfer habe zu Protokoll gegeben, dass es nicht verletzt sei. Indem die Beru-

- 11 - fungsklägerin dem Beschuldigten eine schlechte Legalprognose ausstelle, widerspreche sie ihrer eigenen Argumentation vor Bezirksgericht, was keinen Rechtsschutz verdiene. Es könne sodann nicht davon gesprochen werden, dass das Tatvorgehen des Beschuldigten beim gegebenen Motiv eine grosse Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstelle. Denn mit einer Plastikpistole lasse sich schlicht keine grosse Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung herstellen. Das noch leichte Verschulden, die positive Legalprognose sowie die gute soziale und berufliche Integration des Beschuldigten würden allesamt gegen eine Landesverweisung sprechen. Es fehle an der für eine Landesverweisung gemäss FZA vorausgesetzten anhaltenden schweren Gefährdung der öffentlichen Ordnung. Darüber hinaus argumentiert die Verteidigung, dass eine Landesverweisung auch aufgrund der Härteklausel nicht in Frage käme. Der Beschuldigte lebe seit zehn Jahren in der Schweiz und sei seither immer für denselben Arbeitgeber tätig gewesen. Er lebe mit seiner Partnerin, einer gemeinsamen einjährigen Tochter und einer achtjährigen Tochter seiner Partnerin zusammen. Neben seiner Haupttätigkeit als Eisenleger arbeite er noch als Pizzakurier. Er sei sehr motiviert, für seine Familie zu sorgen.

Er sei job- beziehungs- und wohnungsmässig bes- tens in der Schweiz integriert. Bei einer Landesverweisung würde der Beschuldig- te aus seinem beruflichen und sozialen Umfeld herausgerissen, was für ihn und seine Familie gravierende Konsequenzen hätte. Seiner Partnerin sei es wegen der schulpflichtigen achtjährigen Tochter aus einer früheren Beziehung nicht mög- lich, die Schweiz zu verlassen. Eine Trennung der Familie wäre dadurch unum- gänglich und seiner Partnerin würde die Existenzgrundlage entzogen. Der Be- schuldigte habe keine Vorstrafen und eine positive Legalprognose. Er sei keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Die privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz würden das öffentliche Interesse an einer Landesver- weisung daher deutlich überwiegen (Urk. 83 S. 4 ff; Urk. 98 S. 2 ff.).

#### 4. Gesetzliche Grundlagen und Rechtsprechung

### **E. 3.3**

Die Zielsetzung wie die Bestimmungen in den umfangreichen Anhängen des FZA regeln das Recht auf Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und Selbständigerwerbenden sowie ihrer Familienangehörigen (diesbezüglich regelt Art. 3 Anhang I FZA das Recht von Familienangehörigen, bei einer aufent- haltsberechtigten Person Wohnung zu nehmen; vgl. BGE 144 II 1 E. 3 S. 4 ff.), ferner von Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben. Mit dem Abschluss des FZA hat die Schweiz Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU im Wesent- lichen ein weitgehendes und reziprokes Recht auf Erwerbstätigkeit eingeräumt, allerdings unter dem Vorbehalt eines rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA. Damit wurde der völkerrechtlich unbestrittene Grund- satz in das FZA übernommen, wonach jeder Staat die Einreise und den Aufent- halt von Ausländern auf seinem Territorium grundsätzlich selber bestimmen und damit auch einschränken kann. Das FZA berechtigt mithin lediglich zu einem doppelt bedingten Aufenthalt in der Schweiz, nämlich einerseits nach Massgabe der spezifischen Vertragsverein- barungen als Voraussetzung eines rechtmässigen Aufenthalts und andererseits nach Massgabe des rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 An- hang I FZA. Der schuldig gesprochene Straftäter hatte sich evidentermassen nicht an diese Konformitätsbedingungen gehalten. Das FZA enthält keine strafrechtlichen Bestimmungen und ist kein strafrecht- liches Abkommen. Mit dem FZA vereinbarte die Schweiz - pointiert formuliert - keine Freizügigkeit für kriminelle Ausländer. Die Schweiz ist in der Legiferierung des Strafrechts auf ihrem Territorium durch das FZA nicht gebunden. Jedoch hat sie die völkervertragsrechtlich vereinbarten Bestimmungen des FZA zu beachten. Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen (Art. 27 des für die Schweiz am - 21 - 6. Juni 1990 in Kraft getretenen Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge [VRK; SR 0.111]). Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Überein- stimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen (Art. 31 Ziff. 1 VRK)."

### **E. 4**

Mit Präsidialverfügung vom 9. März 2018 wurde dem Beschuldigten und den Privatklägern je eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt sowie Frist ange- setzt, um Anschlussberufung zu erheben oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 70). Innert Frist wurde keine Anschlussberufung erhoben.

### **E. 4.1**

Im vorliegenden Verfahren war zunächst das Verhältnis zwischen der Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB und dem FZA strittig (vgl. Urk. 67 S. 2 ff.; Urk. 83 S. 2 ff.). Die Vorinstanz war gestützt auf ein Urteil der erkennenden Kam-

- 12 - mer zum Schluss gekommen, dass dem FZA gegenüber der Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB Vorrang zukomme. Dies wurde von der Staatsanwaltschaft in Zweifel gezogen. Zwischenzeitlich hat sich das Bundesgericht in den Ende November 2018 zugänglich gemachten Urteilen 6B\_235/2018 vom 1. November 2018 (zur Publikation vorgesehen), 6B\_907/2018 vom 23. November 2018 sowie 6B\_1152/2017 vom 28. November 2018 mit dem Verhältnis von FZA und Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB befasst. Im Urteil 6B\_235/2018 vom 1. November 2018 hielt es fest: "4.1. [...] Das FZA schreibt keine Prüfungsreihenfolge vor. Kommt das Strafgericht landesrechtlich zu einem Ergebnis, das sich als mit dem FZA kompatibel erweist, ist das FZA offenkundig nicht verletzt. [...] Lässt sich Landesrecht völkerrechtskonform anwenden, stellt sich die Frage einer Normenhierarchie nicht. [...] Das Strafgericht hat zunächst das ihm vertraute Landesrecht anzuwenden." Im Urteil 6B\_907/2018 vom 23. November 2018 führte es Folgendes aus: "2.4.2. Ob eine Landesverweisung anzuordnen ist, bestimmt sich nach dem Schweizer Recht. Ist nach dem massgebenden Recht eine Landesverweisung anzuordnen, stellt sich gegebenenfalls die weitere Frage, ob sie im Sinne von Art. 66d StGB aufzuschieben ist oder ob ein völkerrechtlicher Vertrag wie das FZA (die Kriterien der EMRK werden regelmässig bereits bei der Härtefallbeurteilung zu prüfen sein) einen Hinderungsgrund für die Landesverweisung bildet (Das methodische Vorgehen wird sich nach der Fallgestaltung richten und ist als solches selbstredend den Gerichten überlassen)."

#### **E. 4.2**

Im Sinne der bundesgerichtlichen Vorgaben ist zunächst in Anwendung des Landesrechts zu prüfen, ob eine Landesverweisung nach Art. 66a StGB anzuordnen ist. Danach ist in einem (allfälligen) zweiten Schritt zu prüfen, ob sich das Ergebnis als mit dem FZA kompatibel erweist.

#### **E. 4.3**

In Art. 66a StGB ist die obligatorische Landesverweisung normiert, wonach das Gericht den Ausländer, der wegen einer der unter lit. a-o genannten strafbaren Handlungen verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz verweist (Art. 66a Abs. 1 StGB). Das Gericht kann

- 13 - ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB).

#### **E. 4.4**

Der Gesetzgeber hat mit seiner Formulierung klar zum Ausdruck gebracht, dass bei Vorliegen einer Anlasstat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB in der Regel eine Landesverweisung zu verhängen ist. Ein ausnahmsweises Absehen davon ist – mit Ausnahme von Art. 66a Abs. 3 StGB (entschuldbare Notwehr oder entschuldbarer Notstand) – nur dann zulässig, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen vorliegen: Ein

schwerer persönlicher Härtefall und kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Landesverweisung. Erst wenn feststeht, dass die Landesverweisung einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, ist in einem zweiten Schritt das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz dem öffentlichen Interesse an einem Verlassen der Schweiz gegenüberzustellen. Resultiert daraus ein überwiegendes öffentliches Interesse, muss die Landesverweisung verhängt werden. Ein schwerer persönlicher Härtefall ist dann anzunehmen, wenn die Summe aller mit der Landesverweisung verbundenen Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind alle potentiell härtefallbegründenden Aspekte zu bewerten. Relevant sind dabei die persönliche Situation des Beschuldigten in der Schweiz und die Bedingungen im Heimatstaat. Der Härtefall muss sodann persönlich sein. Das schliesst selbstverständlich nicht aus, dass auch die drohenden Nachteile für die Familie und namentlich die Kinder der von einer Landesverweisung bedrohten Person zu berücksichtigen sind. Zum anderen muss eine Interessenabwägung ergeben, dass das Interesse der beschuldigten Person an einem Verbleib in der Schweiz das Interesse an der Fernhaltung der betreffenden Person überwiegt. Für das öffentliche Interesse relevant ist die Schwere des Delikts und das Verschulden, d.h. die ausgesprochene Strafe sowie die vom Täter ausgehende Gefahr, d.h. die Legalprognose. Für das persönliche

- 14 - Interesse ist neben dem Umstand, wie lange die Person in der Schweiz lebte, insbesondere auch ihre berufliche und familiäre Bindung relevant. Je gravierender das Delikt (mithin die ausgesprochene Strafe) desto höher hat das persönliche Interesse an einem Verbleib zu sein, damit die Härtefallklausel zu einem ausnahmsweisen Verzicht auf eine Landesverweisung führt (vgl. dazu Busslinger / Übersax, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, plädoyer 5/16 S. 96 ff., S. 97 f., S. 101 f.; Fiolka/ Vetterli, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB, plädoyer 5/16, S. 85 ff.; Niccolò Raselli, Obligatorische Landesverweisung und Härtefallklausel, in: Sicherheit & Recht 3/2017, S. 141 ff.; Stefan Heimgartner in: OFK-StGB/JSStG, 20. Aufl. 2018; sowie die oben zitierten Urteile des Bundesgerichts).

#### **E. 4.5**

Im Entscheid 6B\_659/2018 vom 20. September 2018 hielt das Bundesgericht sodann fest, dass "die Beurteilung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB kriteriengeleitet nach der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAV; SR 142.201) vorgenommen werden" könne (a.a.O. E. 3.3.3).

#### **E. 4.6**

Im Rahmen der Härtefallbeurteilung ist schliesslich auch die Vereinbarkeit mit den Grund- und Menschenrechten und dabei insbesondere mit Art. 8 EMRK zu beachten. Die EMRK verschafft keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen besonderen Aufenthaltstitel. Sie hindert die Konventionsstaaten nicht daran, die Anwesenheit auf ihrem Staatsgebiet zu regeln und den Aufenthalt ausländischer Personen unter Beachtung überwiegender Interessen des Familien- und Privatlebens gegebenenfalls auch wieder zu beenden. Das entsprechende, in Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV geschützte Recht ist indes berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesen-

heitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen. Der Anspruch gilt im Übrigen nicht absolut: Liegt eine aufenthaltsbeendende oder -verweigernde Massnahme im Schutz- und Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK, erweist sich

- 15 - diese als zulässig, falls sie gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK entspricht und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft "notwendig" erscheint. Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. In den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fallen aber auch andere familiäre Verhältnisse, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Hinweise für solche Beziehungen sind das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bande, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person (Urteil des Bundesgerichts 6B\_659/2018 vom 20. September 2018 unter Verweis auf BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 12 und BGE 142 II 35 E. 6.1; Urteil des Bundesgerichts 6B\_612/2018 vom 22. August 2018 E. 2.2). 5. Härtefallbeurteilung

## **E. 5**

Nachdem sich der Beschuldigte und die Staatsanwaltschaft auf Nachfrage einverstanden erklärt hatten (Urk. 73-74), wurde mit Präsidialverfügung vom

- 6 - 17. April 2018 die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens angeordnet und der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen oder mitzuteilen, ob die Eingabe vom 6. März 2018 als vollständige Berufungsbegründung anzusehen ist sowie letztmals Beweisanträge zu stellen (Urk. 75).

### **E. 5.1**

Der Beschuldigte hat sich des Raubes schuldig gemacht und ist Ausländer. Die Voraussetzungen für eine obligatorische Landesverweisung sind damit grundsätzlich erfüllt, was von der Verteidigung denn auch nicht Abrede gestellt wird. Im Folgenden ist somit zu prüfen, ob ein persönlicher Härtefall vorliegt.

### **E. 5.2**

Aus den Akten und den Befragungen des Beschuldigten bei der Staatsanwaltschaft sowie vor erster Instanz ergibt sich Folgendes zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten (Urk. D1/7/1 S. 2 ff.; D1/7/2 S. 9 f.; D1/7/4 S. 17 f.; D1/11-12; D1/31/3; Urk. 53-54; Prot. I S. 10 ff.): Der heute knapp 35-jährige Beschuldigte ist in Portugal geboren und aufgewachsen. Er besuchte dort während 7 Jahren die Schule und begann anschliessend ohne Berufsausbildung auf Baustellen zu arbeiten. Seine Eltern trennten sich, als er 14 Jahre alt war. Sein Vater und ein Bruder leben noch in Portugal. Seine Mutter wohnt in Spanien, der zweite Bruder lebt in der Schweiz (seit 2007). Im Februar 2008, d.h. im Alter von rund 24 Jahren, kam der Beschuldigte in die Schweiz. Seit dem 5. Mai 2008 ist er für die E.\_\_\_\_\_ AG in Zürich als Eisenleger tätig. Der Firmeninhaber beschreibt ihn als zuverlässiger und tüchtiger Mitarbeiter, der speditiv, sauber und gewissenhaft arbeitet (Urk. 53). Er verfügt seit Juni 2013 über die Nieder-

- 16 - lassungsbewilligung C. Der Beschuldigte ist ledig, er lebt seit Anfang 2016 mit seiner Partnerin, F.\_\_\_\_\_ (geb. tt.04.1982, von Brasilien, seit 2004 in CH, Aufenthaltsbewilligung B, geschieden, 2 Kinder in CH, 2 ältere Kinder in Brasilien), und deren

Tochter G.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2009) in einer 4½-Zimmerwohnung in H.\_\_\_\_\_. Im März 2017 kam die gemeinsame Tochter I.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2017) zur Welt. Im Jahr 2013 wurden dem Beschuldigten im Rahmen der Erteilung der Niederlassungsbewilligung C stabile finanzielle Verhältnisse bescheinigt (keine Betreibungen, keine Verlustscheine, nie Sozialhilfe bezogen). Seit ca. Sommer 2016 weist er jedoch erhebliche Schulden auf (ausstehende Krankenkassenprämien, Privatkreditschulden), welche sich im Januar 2018 auf rund Fr. 40'000.– bis Fr. 50'000.– beliefen. Der Beschuldigte arbeitet im Stundenlohn. Sein Existenzminimum nach Abzug der Lohnpfändung beträgt Fr. 3'400.–. Seit Januar 2018 arbeitet der Beschuldigte zusätzlich abends als Pizzakurier und verdient damit noch rund Fr. 1'500.– pro Monat. Seine Partnerin arbeitet seit der Geburt des gemeinsamen Kindes nicht mehr, erhält monatlich ca. Fr. 1'800.– Arbeitslosentaggelder. Der Vater des Kindes seiner Partnerin bezahlt regelmässig Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'000.–. Gemäss Angaben des Beschuldigten sei es für seine Partnerin unmöglich, ohne seine finanzielle Unterstützung über die Runden zu kommen; er ernähre die Familie. In Portugal verfügt der Beschuldigte über weitere Verwandte (Tanten, Cousins) und Freunde, zu welchen er gemäss eigenen Angaben wenig Kontakt pflege. Zu seinem Vater und seinem Bruder in Portugal habe er hingegen regelmässig Kontakt. In der Schweiz habe er ebenfalls Freunde und regelmässigen Kontakt zu seinem Bruder. Die Familie seiner Partnerin lebt in Brasilien. Vorstrafen hat der Beschuldigte weder in der Schweiz noch in Portugal. Er spricht gebrochen Deutsch, für die Einvernahmen und die erstinstanzliche Hauptverhandlung war er auf einen Dolmetscher angewiesen.

### **E. 5.3**

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Landesverweisung eine strafrechtliche sichernde Massnahme mit migrationsrechtlicher Wirkung ist, die neben der eigentlichen Strafe ausgefällt wird. Strafen und Massnahmen sind für einen Be-

- 17 - schuldigten einschneidend und hart. Eine zu vollziehende Freiheitsstrafe hat u.a. zur Folge, dass der Verurteilte seinen Beruf nicht weiter ausüben kann, dass er von seiner Familie, Lebenspartner und Kindern getrennt wird. Nämliches gilt für die Landesverweisung. Auch diese ist per se hart und einschneidend und kann ebenfalls Auswirkungen auf Beruf und Familie haben. Diese Folgen sind der Strafe oder der Massnahme immanent und damit vom Gesetzgeber gewollt. Dass bei dieser Sachlage bei der Landesverweisung eine Härtefallklausel eingeführt wurde, ist auf den Umstand zurückzuführen, dass diese Massnahme einzig daran anknüpft, dass der Täter nicht Schweizer Bürger ist. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass bei dieser Gesetzeslage Ergebnisse resultieren können, die gänzlich unverhältnismässig sind. Dabei hatte er namentlich Verurteilte im Blick, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind oder sich seit Jahrzehnten im Lande aufhalten, kaum noch Beziehungen zu ihrer Heimat haben und sich dort nicht mehr zurechtfinden würden. Als konkrete Härtefallgründe sind insbesondere die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration sowie die Resozialisierungschancen des Beschuldigten zu berücksichtigen und zu werten. Alleine der Umstand, dass ein verurteilter Ausländer mit seiner Familie mit Kindern hier in der Schweiz lebt, begründet demnach noch keinen schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB. Die Härtefallklausel ist eine Ausnahmeklausel. Der Ausländer, der eine Katalogtat verübt, ist grundsätzlich des Landes zu verweisen, auch wenn er mit Kindern hier in der Schweiz lebt und einer Arbeit nachgeht. Um einen schweren

persönlichen Härtefall annehmen zu können, müssen in der Regel weitere Kriterien hinzutreten, namentlich eine starke Verwurzelung in der Schweiz und/oder grosse Schwierigkeiten, sich im Heimat- staat privat und beruflich wieder zurechtzufinden (Urteil der erkennenden Kammer Geschäfts-Nr. SB180247-O vom 19. November 2018, E. V.7.).

#### **E. 5.4**

Vorliegend ergibt sich, dass der Beschuldigte weder hier geboren noch hier aufgewachsen ist. Die prägenden Jahre seiner Kindheit und Jugend hat er in Portugal verbracht. Mit der Kultur seines Heimatlandes ist er daher gut vertraut. Seit nunmehr über 10 Jahren lebt und arbeitet er in der Schweiz. Der Beschuldigte lebt insoweit in geregelten Verhältnissen, hat sich in der Schweiz sowohl persön-

- 18 - lich als auch beruflich ein Umfeld geschaffen. Gleichwohl sind bei dieser Sachla- ge die hohen Anforderungen an einen schweren persönlichen Härtefall nicht er- füllt. Der Beschuldigte hat fast 24 Jahre seines Lebens in Portugal verbracht und erst 10 Jahre in der Schweiz. Er hat nach wie vor nahe Verwandte in seinem Heimatland (Vater, Geschwister, Tanten und Cousins). Er ist der deutschen Sprache zwar mächtig, allerdings beherrscht der Beschuldigte portugiesisch bes- ser als deutsch – was wohl auch seinem Arbeitsumfeld zuzuschreiben ist. Seine Partnerin spricht als gebürtige Brasilianerin ebenfalls portugiesisch. Es erscheint für den Beschuldigten zwar schwierig und anstrengend, aber nicht unmöglich, sich in seinem Heimatland oder in einem anderen EU-Land zurechtzufinden. Der Umstand, dass er damit seine Arbeit in der Schweiz verliert, seine Partnerin und die Kinder ihm entweder ins Ausland folgen oder für die Zeit der Landesverwei- sung getrennt von ihm leben müssen, ist zwar einschneidend, aber direkte Folge der sichernden Massnahme. Eine normale familiäre und emotionale Beziehung reicht nicht aus, um einen Aufenthaltsanspruch zu begründen (Urteil des Bundes- gerichtes 6B\_680/2018 vom 19. September 2018 E. 1.5 mit Verweis auf BGE 144 II 1 E. 6.6).

#### **E. 5.5**

Bei einer gesamthaften Würdigung aller Umstände ergibt sich zwar, dass die Wegweisung aus der Schweiz für den Beschuldigten eine nicht unerhebliche Härte bedeutet. Von einem schweren Härtefall, in dem die Landesverweisung als ganz klar unverhältnismässig und geradezu stossend zu bezeichnen wäre, kann aber entgegen der Ansicht der Verteidigung nicht die Rede sein. Die Härtefall- klausel ist restriktiv anzuwenden, und deren Anwendung lässt sich erst bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK gewährleistete Privat- und Familienrecht rechtfer- tigen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_371/2018 vom 21. August 2018 E. 2.5). Das Einzige, was für den Beschuldigten sprechen könnte, sind seine Bindungen zur Schweiz in familiärer und beruflicher Hinsicht. Die mit der Ausweisung aus der Schweiz für den Beschuldigten verbundenen Nachteile halten sich aber noch in zumutbaren Grenzen. Eine Abwägung der privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz und der öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung erübrigt sich.

- 19 - Aufgrund der Verneinung eines Härtefalls besteht kein Raum, um in Anwendung der Kannvorschrift von Art. 66a Abs. 2 StGB von einer Landesverweisung abzu- sehen. 6. Vereinbarkeit der Landesverweisung mit dem FZA

#### **E. 6**

Mit Eingabe vom 23. April 2018 teilte der Leitende Staatsanwalt Dr. iur. R. Jäger mit, dass die Berufungserklärung und Begründung vom 6. März 2018 vollständig sei, an den gestellten Anträgen vollumfänglich festgehalten werde und keine Beweisanträge gestellt werden (Urk. 77).

### **E. 6.1**

Der Beschuldigte beruft sich als portugiesischer Staatsangehöriger auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA). Er besitzt in der Schweiz die Niederlassungs- bewilligung C. Der Beschuldigte hat damit ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz und kann sich entsprechend auf das FZA berufen (vgl. Urteil 6B\_235/2018 vom 1. November 2018 E. 3.1.; Urteil 2C\_1005/2017 vom 20. August 2018 E. 2.3). Entsprechend den bundesgerichtlichen Vorgaben (vgl. oben) ist daher zu prüfen, ob sich die vorgesehene Landesverweisung als mit dem FZA kompatibel erweist.

### **E. 6.2**

Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht bisher lediglich im Entscheid 6B\_235/2018 vom 1. November 2018 die Vereinbarkeit einer gestützt auf Art. 66a ff. StGB ausgesprochenen Landesverweisung mit Art. 5 Anhang I FZA konkret geprüft. Auch auf kantonaler Ebene hat sich seit Inkrafttreten der Bestimmungen noch keine Praxis entwickeln können. Im mithin einzig einschlägigen – zur Publikation vorgesehenen – Urteil erwog das Bundesgericht zum FZA Folgendes: "3.2. Ziel des FZA zu Gunsten der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz ist die Einräumung des Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbständiger sowie das Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien (Grundbestimmungen, Art. 1 lit. a), Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen (Art. 1 lit. b), Einräumung eines Rechts auf Einreise und Aufenthalt für Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben (Art. 1 lit. c) und die Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer (Art. 1 lit. d). Diese Personen, die sich "rechtmässig" im Rahmen der Anhänge I, II und III [in der Schweiz] aufhalten, werden nicht diskriminiert (Art. 2; vgl. BGE 144 II 1 E. 4.5 ff. S. 8 ff.). Das Einreiserecht wird gemäss den in Anhang I festgelegten Bestimmungen eingeräumt (Art. 3; vgl. BGE 143 IV 97 E. 1.2.1 S. 100). Das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit wird (unter Vorbehalt)

- 20 - gewährt (Art. 4). Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben, wird das Aufenthaltsrecht unter spezifischen Voraussetzungen eingeräumt (Art. 2 Ziff. 2 und Art. 24 Anhang I FZA). Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA bestimmt unter dem Randtitel "Öffentliche Ordnung": "Die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte dürfen nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden."

### **E. 6.3**

Im soeben zitierten Urteil des Bundesgerichts ging es um einen Beschuldigten mit EU-Bürgerrecht, der über eine Aufenthaltsbewilligung B verfügte und sich deshalb auf das FZA berufen konnte (a.a.O. E. 3.1). Wie aufgeführt, hielt das Bundesgericht dazu einerseits fest, dass sich eine Vertragspartei nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen könne, um die Nichterfüllung eines völkerrechtlichen Vertrages wie das FZA zu rechtfertigen. Dabei sei dieser Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte

seines Zieles und Zweckes auszulegen. Andererseits seien Art. 66a und 66abis StGB nach ausführlicher und kontroverser Diskussion im Bundesparlament vor dem Hintergrund dessen erlassen und in Kraft gesetzt worden, als die Mehrheit der Stimmbevölkerung wollte, dass mit straffälligen Ausländern streng zu verfahren sei. In Umsetzung dieser Erwägungen verwarf das Bundesgericht sodann die Argumentation des dortigen Beschuldigten, der unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung zur Ausländergesetzgebung geltend gemacht hatte, eine Beschränkung der Freizügigkeitsrechte rechtfertige sich im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung mit grosser Zurückhaltung nur dann, wenn die Straftat und das Verschulden des Täters auf eine anhaltend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung schliessen liessen. Mit dieser Argumentation beziehe sich der Beschuldigte nämlich – so das Bundesgericht – auf die ausländerrechtliche Rechtsprechung, die vor dem Inkrafttreten der strafrechtlich relevanten Ausführungsgesetzgebung zu Art. 121 BV ergangen sei. Die Landesverweisung sei aber eine eigenständige strafrechtliche Massnahme. In casu sei keine Beendigung des Aufenthaltsrechts und keine Wegweisung im Sinne des Ausländergesetzes ergangen, weshalb die ausländerrechtliche Rechtsprechung nicht einschlägig sei. Die von Volk und Ständen angenommene Verfassungsinitiative und deren Umsetzung durch das verfassungsrechtlich berufene Organ des Bundesparlaments führe zu einer klaren - 22 - Verschärfung der Praxis mittels der strafrechtlichen Landesverweisung (a.a.O. E. 4.2 und 4.3).

#### **E. 6.4**

Im konkreten Fall schützte das Bundesgericht dann die von der dortigen Vorinstanz gestützt auf Art. 66abis StGB gegen den Beschuldigten ausgesprochene dreijährige Landesverweisung: Dieser hatte im Laufe einer Auseinandersetzung einem Widersacher aus drei Metern Distanz eine leere Flasche "Smirnoff Ice" (275 ml) an den Kopf geworfen, ihm damit eine stark blutende Rissquetschwunde an der rechten Schläfe zugefügt und ihm überdies gedroht, ihn umzubringen. Der Beschuldigte wurde dafür mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten bestraft; gleichzeitig wurden zwei gemäss früheren Strafbefehlen bedingt aufgeschobene Geldstrafen von 7 bzw. 60 Tagessätzen Geldstrafe widerrufen. Es war beim Beschuldigten von einer Steigerungstendenz gewalttätiger Straftaten und einer erheblichen Gefahr weiterer Straftaten auszugehen, insbesondere solcher gegen Leib und Leben. Zudem war der Beschuldigte (Jahrgang 1993) trotz seines bereits zehnjährigen Aufenthalts in der Schweiz ungenügend integriert und verwurzelt. Das Bundesgericht schloss sich der Auffassung der dortigen Vorinstanz an, dass angesichts der Anlasstat und der Tendenz zu zunehmender Gewaltanwendung die Rückfallgefahr als so erheblich erscheine, dass auch nach den Massstäben der EuGH-Rechtsprechung eine Landesverweisung zulässig sei. Es genüge ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko für eine aufenthaltsbeendende Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter wie z.B. die körperliche Unversehrtheit beschlage. Mit dem Erfordernis der gegenwärtigen Gefährdung sei nicht gemeint, dass weitere Straftaten mit Gewissheit zu erwarten seien oder umgekehrt solche mit Sicherheit auszuschliessen sein müssten. Allerdings seien Begrenzungen der Freizügigkeit im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA einschränkend auszulegen; es könne etwa nicht lediglich auf den "ordre public" verwiesen werden, ungeachtet einer Störung der sozialen Ordnung, wie sie jede Straftat darstelle. Art. 5 Anhang I FZA stehe Massnahmen entgegen, die (allein) aus generalpräventiven Gründen

verfügt würden. Bei strafrechtlichen Verurteilungen verlange der EuGH eine spezifische Prüfung unter dem Blickwinkel der dem Schutz der öffentlichen Ordnung innewohnenden Interessen; eine frühere strafrechtliche Verurteilung dürfe nur

- 23 - insoweit berücksichtigt werden, als die zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen liessen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstelle.

#### **E. 6.5**

Der Strafrahmen für Raub im Sinne von Art. 140 StGB reicht von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe. Damit gehört die vom vorliegend zu beurteilenden Beschuldigten begangene Straftat im schweizerischen Strafrecht zu den schwersten Straftaten. Die hohe Strafandrohung ist dabei nicht etwa nur aus spezialpräventiven Gründen vorgesehen, sondern, weil der Gesetzgeber im Vergleich zu anderen Straftaten einerseits das Tatverschulden als relativ hoch einstuft, andererseits von einer hohen abstrakten Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit ausgeht. Die Verbindung des Mittels offener, schwerster Gewalt- oder sogar Todesdrohung gegenüber Opfern und dem Zweck, sich unter den Augen der Opfer, sozusagen am helllichten Tag, unrechtmässig Vermögenswerte anzueignen, gehört generell zu den sozialgefährlichsten und verwerflichsten Verhalten in einem Rechtsstaat. Ob die Begehung einer solchen Straftat überhaupt noch Raum für einen Verzicht auf eine Landesverweisung mangels Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA zulässt, erscheint fraglich. Wenn dies überhaupt als möglich erachtet wird, dann nur unter ganz besonderen Umständen, welche die Tat als am untersten Rahmen aller möglicher Varianten erscheinen lässt. Im vorliegenden Fall sind solche qualifizierten, das Verschulden als sehr milde erscheinenden Umstände nicht erkennbar.

#### **E. 6.6**

So ist es beispielsweise nicht entscheidend, dass der Beschuldigte keine echte, geladene Waffe mit sich führte, sondern bloss eine als echt getarnte Spielzeugwaffe. Der Grundtatbestand von Raub mit der genannten hohen Strafandrohung setzt gar nicht voraus, dass der Täter eine echte Waffe mit sich führt. Vielmehr ist es so, dass ein solcher Umstand als qualifizierter Tatbestand im Sinne von Art. 140 Ziff. 2 StGB mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe zu würdigen wäre. Abgesehen davon ist es gerichtsnotorisch, dass Opfer von Raubüberfällen psychisch massiv und langandauernd geschädigt werden können, unabhängig davon, ob objektiv eine Todesgefahr bestanden hat oder nicht. Nicht

- 24 - selten leiden solche Opfer im Verlauf ihrer weiteren beruflichen Tätigkeit an Angst- oder Schreckzuständen, wenn etwa ein Kunde etwas waffenähnliches auf den Tresen hebt, etwas mit lautem Knall zu Boden fallen lässt oder sich einfach sehr seltsam und deshalb verdächtig in der Schalterhalle verhält oder auftritt.

#### **E. 6.7**

Weiter liegen subjektiv keine Umstände vor, welche das Tatverschulden des Beschuldigten als sehr gering erscheinen lassen. Er plante und führte die Tat in völliger Eigenregie aus, wurde also nicht "Opfer" von Überredungskünsten Dritter oder machte bloss widerwillig unter einem Gruppenzwang mit. Er handelte auch nicht aus einer kurzen Unüberlegtheit heraus, sondern plante die Tat, bereitete sich vor und wählte die zu überfallende

B1. \_\_\_\_\_-Stelle mit Bedacht aus, da der Schalter nicht mit Trennscheiben vom Publikumsraum abgetrennt gewesen sei (Urk. D1/7/2 S. 4). Schliesslich handelte er im Bewusstsein, dass er die ganze Beute für sich alleine verwenden können. Sein Motiv lag einzig und allein darin, seinen Schuldenberg zu reduzieren, welchen er in alleiniger Verantwortung angehäuft hatte. Auch der Umstand, dass die Beute lediglich rund Fr. 2'000.– betrug, entlastet den Beschuldigten nicht. Er hätte, wie jeder Räuber, auch einen sechststelligen Betrag mitgenommen, wenn ein solcher in der Kasse gelegen hätte (Urk. D1/7/2 S. 6). Auch wenn der Beschuldigte in prekären finanziellen Verhältnissen war, hatte er ein feste Anstellung und einen festen Lohn. Offenbar war er einfach nicht gewillt, trotz selbst verursachter persönlicher Schulden die Lohnpfändung und den Verzicht auf jeglichen Luxus zu ertragen. Der Beschuldigte hat nach wie vor hohe Schulden; insofern ist die finanzielle Situation bzw. sind die Umstände, welche ihn zur Begehung des B1. \_\_\_\_\_-Raubs veranlassten, nach wie vor dieselben. Damit ist ein tatsächlich vorhandenes – wenn auch eher moderates – Rückfallrisiko nicht von der Hand zu weisen.

### **E. 6.8**

Dass der Beschuldigte auch nicht ausserordentlich reumütig ist, belegt bereits der Umstand, dass er die Tat oder eine Beteiligung zunächst abstritt (D1/7/1 S. 8-11), diese dann bei der Hafteninvernahme zugab (Urk. D1/7/2 S. 3 f.), jedoch längere Zeit hartnäckig die Verwendung einer Waffe abstritt und die Opfer als "Lügnerinnen" bezeichnete (Urk. D1/7/2 S. 5; D1/7/3 S. 3). Dass es sich im Übrigen beim Beschuldigten auch nicht um eine besonders rücksichtsvolle Person

- 25 - handelt, belegt das gleichzeitig angeklagte Strassenverkehrsdelikt. Wer innerorts im 50-er Bereich mit 90 Stundenkilometern rast (Urk. D2; Urk. 65 S. 8 f.), bekundet eine erhebliche Risikobereitschaft unter Inkaufnahme schwerster Folgen für mögliche Opfer. Das Bild des Beschuldigten wird schliesslich auch nicht durch die Verkehrsregelverletzung aus dem Jahre 2010 verbessert, als er ein Auto lenkte, ohne je in seinem Heimatland oder in der Schweiz einen Führerausweis erworben zu haben. Gegenüber den kontrollierenden Polizeibeamten gab er damals zudem falsche Personalien an, um einer Strafverfolgung zu entgehen (Urk. D1/21; Urk. 48; Urk 51).

### **E. 6.9**

Der Umstand, dass die Vorinstanz dem Beschuldigten den bedingten Strafvollzug gewährte, liegt darin begründet, dass dies der Gesetzgeber bei Strafen bis zu zwei Jahren in Art. 42 StGB so vorsieht. Ein unbedingter Vollzug ist nur möglich, wenn dem Täter eine eigentliche Schlechtprognose zu stellen ist (BGE 134 IV 143). Die Prognosebildung gemäss Art. 42 StGB ist somit nicht identisch mit der Frage, ob der Beschuldigte eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA darstellt.

### **E. 6.10**

Zusammenfassend erweist sich die vorgesehene Landesverweisung im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB als mit dem FZA vereinbar. 7. Dauer der Landesverweisung

### **E. 7**

Die Verteidigung des Beschuldigten reichte innert angesetzter Frist (vgl. Urk. 79) die Berufungsantwort ein (Urk. 83). Die Vorinstanz hingegen verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 81).

### **E. 7.1**

Gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB ist die Landesverweisung für 5 bis 15 Jahre auszusprechen. Die Dauer der Landesverweisung hat dabei verhältnismässig zu sein (vgl. DE WECK, in: Migrationsrecht [Kommentar], Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/ Hruschka [Hrsg.], 4. Aufl. 2015, Art. 66a StGB N 30).

## **E. 7.2**

Beim Beschuldigten handelt es sich um einen Ersttäter. Angesichts seines Verschuldens – die Vorinstanz beurteilte sein Tatverschulden als gerade noch leicht (Urk. 65 S. 8) – und im Vergleich zu weiteren möglichen Tatvarianten, rechtfertigt es sich, bei der Dauer der Landesverweisung gerade noch am gesetzlichen Minimum zu bleiben. Folglich ist der Beschuldigte im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes zu verweisen.

- 26 - IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Im Berufungsverfahren erfolgt die Kostentragung nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens der Parteien (Art. 428 Abs. 1 StPO). 2. Die Staatsanwaltschaft als Berufungsklägerin obsiegt mit ihrer Berufung praktisch vollumfänglich und der Beschuldigte unterliegt entsprechend. Die im Verhältnis zum Antrag der Anklagebehörde ausgesprochene kürzere Dauer der Landesverweisung rechtfertigt als Ermessensentscheid keine andere Kostenregelung. Ausgangsgemäss sind ihm daher sämtliche Kosten des Berufungsverfahrens – mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung – aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten. 3. Der vom amtlichen Verteidiger des Beschuldigten bezifferte Aufwand für das Berufungsverfahren in der Höhe von Fr. 4'820.65 ist aufgrund der Honorarnote ausgewiesen (Urk. 100) und erscheint angemessen.

- 27 - Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 31. Januar 2018 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig: – des Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB sowie – der vorsätzlichen groben Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Abs. 2 SVG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 SVG, Art. 4a Abs. 1 lit. a VRV sowie Art. 22 Abs. 1 SSV. 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten, wovon bis und mit heute 36 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind. 3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. 4. (...) 5. Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 4. Oktober 2017 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich aufbewahrten Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieser Dispositivziffer auf erstes Verlangen herausgegeben: – 1 T-Shirt, schwarz/grau mit hellem Aufdruck auf der Brust (Asservat Nr. A010'809'991), – 1 Paar Turnschuhe, blau/grau mit weissen Schnürsenkeln, Marke Le Coc sportive (Asservat Nr. A010'810'001). Wird bis zum 30. April 2018 keine Herausgabe verlangt, wird die Lagerbehörde berechtigt erklärt, die vorstehend aufgeführten Gegenstände zu vernichten resp. zu entsorgen. 6. Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 11. Oktober 2017 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich aufbewahrten Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieser Dispositivziffer auf erstes Verlangen herausgegeben:

- 28 - – 1 iPhone 6, ..., IMEI-Nummer ... (Asservat Nr. A010'809'902), – 1 Notebook, Acer Typ E5-511-C6Q2 (Asservat Nr. A010'809'946), – 1 Festplatte, Toshiba (Asservat Nr. A010'812'994), – 1 SIM-Karte, leer, Ortelmobile (Asservat Nr. A010'809'980). Wird bis zum 30. April 2018 keine Herausgabe verlangt, wird die Lagerbehörde berechtigt erklärt, die vorstehend aufgeführten Gegenstände zu vernichten resp. zu entsorgen. 7. Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 11. Oktober 2017 beschlagnahmten Gegenstände werden bei den Akten belassen: – 1 CHF 10.– Note (Asservat Nr. A010'621'155), – 11 Kaufquittungen von diversen B1.\_\_\_\_-Stellen (Asservat Nr. A010'810'012). 8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom

### **E. 8**

Mit Präsidialverfügung vom 23. Mai 2018 wurde der Staatsanwaltschaft das Doppel der Berufungsantwort zugestellt und Frist zur freigestellten Stellungnahme angesetzt. Zudem wurde das Beweisverfahren geschlossen, nachdem keine Beweisanträge gestellt worden waren (Urk. 85). Die Staatsanwaltschaft verzichtete in der Folge auf Stellungnahme (Urk. 87).

### **E. 9**

Am 5. bzw. 11. Juni 2018 erklärten sich die Parteien damit einverstanden, dass mit dem Entscheid im vorliegenden Verfahren zugewartet werde, bis das Bundesgericht über die bei ihm hängigen Präzedenzfälle entschieden habe (Urk. 89). Mit Präsidialverfügung vom 6. Dezember 2018 wurden die Parteien auf zwei in der Zwischenzeit publizierte Entscheide des Bundesgerichts hingewiesen und der Staatsanwaltschaft wurde Frist angesetzt, um abschliessend zur Frage der Landesverweisung Stellung zu nehmen (Urk. 92). Die entsprechende Stellungnahme der Staatsanwaltschaft datiert vom 18. Dezember 2018 (Urk. 94) und wurde der Verteidigung des Beschuldigten mit Präsidialverfügung vom 3. Januar 2019 zugestellt, wiederum unter Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme (Urk. 96).

- 7 -

### **E. 10**

Franken-Note übergab. Als die Privatklägerin zwecks Herausgabe des Rückgeldes die Kassenschublade öffnete, ergriff der Beschuldigte eine mitgeführte Wasserpistole – welche er vorgängig mit schwarzem Klebeband umwickelt hatte, um sie einer echten Waffe ähnlicher zu machen – sprang über die Theke hinter den Schalter, bedrohte die Privatklägerin 2 mit der Pistolenattrappe auf Augenhöhe und rief "Geld, Geld!". Anschliessend entnahm er selbst das vorhandene Notengeld (Fr. 2'020.–) aus der Kasse und verliess die B1.\_\_\_\_-Filiale durch den Haupteingang (Urk. 40 S. 2 f.; Urk. D1/4/4 S. 15; Prot. I S. 6).

- 8 -

### **E. 11**

Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'600.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 2'100.00 Gebühr Vorverfahren Fr. 3'460.00 Auslagen Polizei (Auswertungen) Fr. 3'635.00 Auslagen Untersuchung (Telefonkontrolle) Fr. 10'363.90 amtliche Verteidigung (inkl. Auslagen und MwSt) Fr. 23'158.90 Total Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten. Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Gerichtsgebühr um einen Drittel.

**E. 12**

Die Kosten des Vorverfahrens (Gebühr Vorverfahren, Auslagen Polizei und Auslagen Untersuchung) und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

**E. 13**

(Mitteilungen.)

**E. 14**

(Rechtsmittel.)" 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

- 30 - Es wird erkannt:

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