

# ZH\_OBERGERICHT SB190578 vom 1. September 2020

ZH Obergericht, 2020-09-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB190578](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190578)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB190578 du 1 septembre 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT SB190578 del 1 settembre 2020

## Erwägungen

### E. 1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 48 S. 5).

### E. 2

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. September 2019 wurde der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ des mehrfachen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB, des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB, des mehrfachen geringfügigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage im Sinne von Art. 147 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172ter StGB, der mehrfachen, teilweise geringfügigen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB, teilweise in Verbindung mit Art. 172ter StGB, sowie der Täulichkeit im Sinne von Art. 126 StGB schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten, unter Anrechnung von 199 Tagen Haft, sowie einer Busse von Fr. 800.– bestraft. Die Freiheitsstrafe wurde für vollziehbar erklärt. Der Beschuldigte wurde zudem für sieben Jahre des Landes verwiesen. Die beschlagnahmten Gegenstände und Spurenläger wurden teilweise eingezogen und der Stadtpolizei Zürich zur Vernichtung überlassen bzw. teilweise dem Beschuldigten herausgegeben. Betreffend die Schadenersatzforderung von B.\_\_\_\_\_ wurde vor gemerkt, dass der Beschuldigte diese im Betrag von Fr. 60.– anerkannte. Im Mehrbetrag wurde das Schadenersatzbegehren von B.\_\_\_\_\_ auf den Zivilweg verwiesen. Das Genugtuungsbegehren von B.\_\_\_\_\_ wurde abgewiesen. Das Schadenersatzbegehren der C.\_\_\_\_\_ AG wurde auf den Zivilweg verwiesen. Die Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, wurden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung wurden unter Nachforderungsvorbehalt auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 48 S. 37 ff.).

### E. 3

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 25. September 2019 die Berufung an (Urk. 36). Mit Eingabe vom 12. Dezember 2019 reichte der

- 6 - Beschuldigte die Berufungserklärung ein und beantragte den Verzicht auf die Landesverweisung (Urk. 49). In der Folge wurde den Privatkägern und der Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 20. Dezember 2019 Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie Anschlussberufung erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung beantragen (Urk. 51). Innert Frist teilte die Staatsanwaltschaft mit, sie erhebe keine Anschlussberufung und beantrage die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 53). Die Privatkäger liessen sich nicht vernehmen. Mit seinen Berufungsanträgen ficht der Beschuldigte Dispositiv Ziffer 5 (Landesverweisung) des vorinstanzlichen Urteils an. Nicht angefochten

sind Dispositiv Ziffern 1 (Schuld sprüche), 2 (Strafe), 3 (Vollzug), 4 (Ersatzfreiheitsstrafe bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse), 6 (Einziehung und Vernichtung von Gegenständen und Spurenlägern), 7 (Herausgabe von Gegenständen an den Beschuldigten), 8 (Schadenersatzforderung von B. \_\_\_\_\_), 9 (Genugtuungsbegehren von B. \_\_\_\_\_), 10 (Schadenersatzbegehren der C. \_\_\_\_\_ AG) und 11 bis 13 (Kostendispositiv) des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 23. September 2019 und damit in Rechtskraft erwachsen. Davon ist vorab Vormerk zu nehmen (Art. 404 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 402 StPO). Beweisanträge für das Berufungsverfahren wurden keine gestellt. II. Landesverweisung 1. Art. 66a Abs. 1 lit. d StGB sieht für Ausländer, die wegen Diebstahls (Art. 139 StGB) in Verbindung mit Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) verurteilt wurden, unabhängig von der Höhe der Strafe die obligatorische Landesverweisung für 5 - 15 Jahre aus der Schweiz vor. Gemäss Art. 66a Abs. 2 Satz 1 StGB kann das Gericht 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 Satz 2 StGB). Die obligatorische Landesverweisung wegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1

- 7 - StGB greift grundsätzlich unabhängig von der konkreten Tatschwere (BGE 144 IV 332 E. 3.1.3). 2. Für einen Verzicht auf die Landesverweisung gestützt auf Art. 66a Abs. 2 StGB müssen die in dieser Bestimmung erwähnten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Erforderlich ist einerseits, dass die Landesverweisung für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, und andererseits, dass die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (BGE 144 IV 332 E. 3.3). Das Gericht hat die öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abzuwägen. Dies kann kriteriengeleitet nach der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) erfolgen, wobei dieser Artikel nicht abschliessend ist. Da die Landesverweisung strafrechtlicher Natur ist, sind auch strafrechtliche Elemente wie die Aussichten auf soziale Wiedereingliederung des Täters in die Interessenabwägung miteinzuziehen (BGE 144 IV 332 E. 3.3.2). Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der persönlichen und wirtschaftlichen Integration, einschliesslich familiäre Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen. Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholter Delinquenz Rechnung zu tragen. Dabei dürfen auch vor Inkrafttreten der Landesverweisung begangene Straftaten berücksichtigt werden (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.2.2 mit weiteren Hinweisen). Obwohl Art. 66a Abs. 2 StGB als "Kann-Vorschrift" formuliert wurde, bedeutet das nicht, dass das Gericht frei entscheiden kann, ob es die Bestimmung zur Anwendung bringt oder nicht. Das Gericht muss von seinem Ermessen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grundsätze Gebrauch machen. Sind die Voraussetzungen von Art. 66a Abs. 2 StGB erfüllt, muss es daher nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit von einer Landesverweisung absehen (BGE 144 IV 332 E. 3.3).

### **E. 3.1**

Von einem schweren persönlichen Härtefall ist bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV und Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus-

- 8 - zugehen. Zum geschützten Familienkreis gemäss Art. 8 EMRK gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. Andere familiäre Verhältnisse fallen in den Schutzbereich, 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 Bindungen, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person. Bei hinreichender Intensität sind auch Beziehungen zwischen nahen Verwandten wie Geschwistern oder Tanten und Nichten von Bedeutung, doch muss in diesem Fall ein über die üblichen familiären Beziehungen bzw. emotionalen Bindungen hinausgehendes, besonderes Abhängigkeitsverhältnis bestehen. Das geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt ist, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.3.1 und E. 6.3.2 mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B\_191/2020 vom 17. Juni 2020 E. 1.6.1 und E. 1.6.2.; BGE 144 I 266 E. 3.3; BGE 144 II 1 E. 6.1).

### **E. 3.2**

Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens gilt nicht absolut. Bei der Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK sind folgende Elemente zu beachten: (1) die Art und Schwere der begangenen Straftat und ob sie als Jugendlicher oder Erwachsener verübt wurde; (2) die Aufenthaltsdauer des Betroffenen im Land; (3) die seit der Tatbegehung vergangene Zeit und das Verhalten des Ausländers während dieser; (4) die sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zum Aufnahmestaat und zum Herkunftsland; (5) der Gesundheitszustand sowie (6) die mit der aufenthaltsbeendenden Massnahme verbundene Dauer der Fernhaltung. Keines dieser Elemente ist für sich allein ausschlaggebend. Erforderlich ist vielmehr eine Würdigung der gesamten Umstände im Einzelfall. Art. 66a StGB ist EMRK-konform auszulegen. Die Interessenabwägung im Rahmen der Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB hat sich an der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu orientieren (Urteil des Bundes-

- 9 - gerichts 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.3.3 und E. 6.3.4 mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B\_191/2020 vom 17. Juni 2020 E. 1.6.3; BGE 139 I 31 E. 2.3.3; BGE 145 IV 161 E. 3.4).

### **E. 4**

Die Vorinstanz verneinte für den Beschuldigten einen persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB und fügte an, dass auch die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung die privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz überwiegen würden. Der Beschuldigte verfüge zwar über persönliche und familiäre Bindungen in der Schweiz, die bei einer Landesverweisung nachhaltig betroffen würden. Dennoch erscheine es dem Beschuldigten so wohl möglich als auch zumutbar, sein Leben in einem anderen europäischen Land weiterzuführen. Die Schwierigkeiten, welche der Beschuldigte bei einem Vollzug der Wegweisung zu gewärtigen hätte, würden keinen

persönlichen Härtefall begründen (Urk. 48 S. 30 f.). 5.1 Der Beschuldigte hat sich unter anderem des Diebstahls in Verbindung mit Hausfriedensbruch schuldig gemacht und ist Ausländer. Die Voraussetzungen für eine obligatorische Landesverweisung sind damit grundsätzlich erfüllt, was von der Verteidigung auch nicht in Abrede gestellt wird. Im Folgenden ist somit zu prüfen, ob ein persönlicher Härtefall vorliegt. 5.2 In den beigezogenen sowie den vorliegenden Akten finden sich folgende für die Beurteilung eines Härtefalles relevanten Angaben: Geschäfts-Nr. DG120338 (Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, Urteil vom 20. November 2012): Der Beschuldigte ist Staatsangehöriger von Spanien. Er ist am 11. Juli 1985 als Sohn einer österreichischen und eines spanischen Staatsangehörigen in der Schweiz geboren und aufgewachsen. Im Alter von zwei Jahren liess sich seine Eltern scheiden und er wuchs bis zu seinem 13. Altersjahr bei seiner Mutter auf. Mit ca. 13 Jahren zog er zum Vater in den Kanton Glarus, wo er die Sekundarschule abschloss und anschliessend eine Lehre als Koch begann, die er nach ca. einem Jahr abbrach. Dann ist der Beschuldigte zwei Jahre zuhause gewesen und hat seinem Vater auf dem Hof geholfen und bei den Sportbahnen D.\_\_\_\_\_ gearbeitet. Danach arbeitete er als Hilfsarbeiter auf dem Bau. Im Al-

- 10 - ter von 22 Jahren ging er für zwei Jahre nach E.\_\_\_\_\_. Dort hat er nichts gearbeitet und vom RAV gelebt. In E.\_\_\_\_\_ hat er einen Intensivkurs in italienischer Sprache absolviert und spricht gut Italienisch. Anschliessend ist er nach Glarus zurückgegangen. Seit 2007 hat er nicht mehr gearbeitet und Sozialgelder bezogen. Zudem ist er von Zeit zu Zeit im Gefängnis und in Therapie gewesen (HD 22/5 S. 11 f.; HD 5/8 S. 21). Bei seinem Vater hat jedes Jahr ein Ferienaufenthalt von zwei Wochen in Spanien (...) stattgefunden, wo die Familienangehörigen des Vaters gelebt hätten (HD 22/5 S. 34). Der Beschuldigte spricht kaum Spanisch (HD 22/5 S. 42). Ab 2008 kam es zu einer Verschlimmerung des Substanzkonsums, ersten stationären Entzügen und Gefängnisaufenthalten (HD 22/5 S. 54). Trotz des jahrelangen multiplen Substanzkonsums (Heroin, Cannabis, Kokain, Alkohol, Benzodiazepine) war der Beschuldigte nicht massiv in seinem sozialen oder kognitiven Funktionsniveau eingeschränkt (HD 22/5 S. 55). Geschäfts-Nr. GG170161 (Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, Urteil vom 14. November 2017): Nach dem Abbruch der Kochlehre hat der Beschuldigte bis 2011 normal gearbeitet. Seither war er in Therapien, im Gefängnis und hat vom Sozialamt gelebt. Er hat drei Schwestern. Diese leben alle in der Schweiz und er hat auch noch Kontakt zu diesen. Zu seinem Heimatland hat er keinen grossen Kontakt. Seine Eltern haben sich scheiden lassen, als er zwei Jahre alt war. Er ist dann bei der Mutter aufgewachsen. Daher kann er auch so gut wie kein Spanisch. Zu Österreich, dem Heimatland seiner Mutter, hat er keine Kontakte. Er war noch nie dort (Urk. 1/7 S. 7). Er spricht nur Deutsch und Englisch (Prot. S. 10). Seine Mutter wohnt in Zürich. Zu ihr hat er einmal pro Woche Kontakt. Sein Vater lebt im Kanton Glarus; er sieht ihn an Weihnachten. Zu seiner ältesten Schwester hat er einen guten Kontakt (Prot. S. 15). Bis 2013 wohnte er bei seiner Mutter. Danach ist er zu seinem Vater in den Kanton Glarus gezogen (Prot. S. 16). Kontakte zu Spanien hat er nie unterhalten. Er kennt dort niemanden. Spanien besuchte er zweimal; einmal als Kleinkind und einmal im Jahr 1999 (Urk. 42 S. 7). Eine Landesverweisung wurde von der Anklägerin beantragt und im Untersuchungsverfahren thematisiert. Im Urteil wurde von der Anordnung einer Landesverweisung abgesehen.

- 11 - Unt.Nr. 2017/10031559 (Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 24. September 2018): Der Beschuldigte war vom 28. Februar 1999 bis 5. September 2001 und

vom 31. Mai 2003 bis 18. Juli 2011 am F.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_ wohnhaft bzw. gemeldet (Vater) (D1 14/6 S. 2). Ab und zu hat er Kontakt zur grossen Schwester, zur Freundin, ein paar Kollegen und zur Mutter; die anderen hat er schon lange nicht mehr gesehen. Bis ca. 2009 hat er gearbeitet. Anschlies- send lebte er vom Sozialamt (D1 14/8 S. 2 f.). Eine Landesverweisung wurde im Untersuchungsverfahren thematisiert. Im Strafbefehl wurde von der Anordnung einer Landesverweisung abgesehen. Im vorliegenden Strafverfahren führte der Beschuldigte aus, er sei in der Schweiz geboren und aufgewachsen, sei ohne Beruf, ledig und habe keine Kinder. Seit dem 5. Juli 2016 seien er und seine Freundin ein Paar. Sie seien verlobt und woll- ten demnächst heiraten. Seine Freundin wohne in Deutschland bei ihrer Mutter. Seine Grosseltern in Spanien habe er zweimal gesehen; einmal als Baby und einmal mit 16 Jahren. Die Grosseltern seien verstorben. Er habe weder Kollegen noch Verwandte in Spanien und spreche die Sprache nicht. In der Schweiz habe er Freunde und Verwandte (Urk. 1/4/2 S. 2; Urk. 1/4/3 S. 2; Urk. 1/4/4 S. 11; Prot. I S. 10 und 16). Seine Mutter wohne in Zürich, sein Vater und seine jüngere Schwester im Kanton Glarus, seine ältere Schwester in der Ostschweiz. Er habe Kontakt zu seiner Familie. Er habe sie gerade an Weihnachten (2019) gesehen. Sie hätten Telefonkontakt und würden sich sehen (Prot. I S. 12 f.). Der Beschul- digte nehme täglich Diaphin als Heroinersatz zu sich. Harte Drogen bzw. Drogen konsumiere er seit Jahren keine mehr. Seit mehreren Jahren habe er kein Sucht- verhalten mehr (Prot. I S. 15; Urk. 1/4/2 S. 2 und 10). Er sei 42 Monate in Re- gendorf gewesen und im Oktober 2015 entlassen worden. Seither habe er sich gebessert und keine Körperverletzungs- und Raubdelikte mehr begangen (Prot. I S. 10). Seit seiner Entlassung aus Regendorf 2015 habe er in der Velowerkstatt, einem Arbeitsprogramm des Sozialamtes, gearbeitet. Wenn er den ganzen Monat in der Velowerkstatt gearbeitet habe, habe er statt Fr. 900.– Fr. 1'200.–, also Fr. 300.– mehr erhalten. Auch habe er noch gemeinnützige Arbeit im Bereich Computer Recycling gemacht (Prot. I S. 11). Vom 20. Oktober 2018 bis 25. Janu- ar 2019 sei er wegen einer Darmverschlussoperation krankgeschrieben gewesen

- 12 - (Prot. S. 13). Von 2012 bis 2015 seien seine Taten Beschaffungskriminalität ge- wesen. Dieses Mal sei es einfach eine doofe Idee gewesen (Urk. 1/4/3 S. 2). Er habe kein Drogenproblem. Er habe einfach sein Geld nicht im Griff (Urk. 1/4/4 S. 12 f.). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte ergänzend aus, seit seiner Entlassung aus dem Gefängnis am 5. Mai 2020 wohne er meistens bei seiner Mutter, manchmal auch bei Kollegen. Er sei auf Woh- nungs- und Jobsuche und werde vom Sozialamt mit Fr. 840.– pro Monat unter- stützt. Auch die Krankenkasse werde ihm bezahlt (Prot. II S. 7 f.). Seine Partnerin sei im Gefängnis gewesen und befinde sich nun in einer Massnahme in der Klinik Frankental in Zürich (Prot. II S. 9). Nebst dem Kontakt mit ihr und seiner Mutter habe er insbesondere telefonischen Kontakt mit seinem Vater und seinen Ge- schwistern. Seinen Vater habe er an Weihnachten das letzte Mal gesehen (Prot. II S. 10). Die Freunde, die er habe, seien auch im Gefängnis gewesen oder hätten Drogenprobleme gehabt. Mit denen gehe er mal Essen, in den Ausgang, an den See oder Fussball spielen. Dies seien nicht die Freunde von früher, mit denen er Delikte begangen habe. Mehrheitlich sei er aber mit seiner Partnerin zusammen (Prot. II S. 18 f.). 5.3 Es ist darauf hinzuweisen, dass die Landesverweisung eine strafrechtliche si- chernde Massnahme mit migrationsrechtlicher Wirkung ist, die neben der eigentli- chen Strafe ausgefällt werden kann. Strafen und Massnahmen sind für den Be- schuldigten einschneidend und hart. Eine zu vollziehende Freiheitsstrafe hat unter anderem zur Folge, dass der Verurteilte seine Arbeitstätigkeit nicht weiter ausüben kann, dass er von seiner Familie, Lebenspartner und

Kindern getrennt wird. Gleiches gilt für die Landesverweisung. Auch diese ist 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 hat er namentlich Verurteilte im Blick, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind oder sich seit Jahrzehnten in der

- 13 - Schweiz 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. Allein 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 grosse Schwierigkeiten, sich im Heimatstaat privat und beruflich wieder zurechtzufinden. 5.4 Vorliegend ergibt sich, dass der Beschuldigte in der Schweiz geboren und auch aufgewachsen ist. Damit verbrachte er die lebensprägenden Jahre, nämlich seine Kindheit, Jugend und Erwachsenenalter, in der Schweiz. Dass der Gesetzgeber erwähnt, dass der besonderen Situation von in der Schweiz geborenen und aufgewachsenen Ausländern Rechnung zu tragen ist, hängt damit zusammen, dass aufgrund der längeren Aufenthaltsdauer in der Schweiz üblicherweise auch eine bessere Verwurzelung und damit eine bessere Integration erfolgen kann. Hingegen geht es nicht an, anzunehmen, dass bei jeder in der Schweiz geborenen und aufgewachsenen Person automatisch ein Härtefall vorliegt. Es ist jeder einzelne Fall anhand der gängigen Integrationskriterien zu würdigen. Der Beschuldigte hat Kontakt zu seiner Familie. Dieser scheint jedoch nicht besonders intensiv zu sein. Bei seiner Mutter wohnt er zwar teilweise, dies aber nur, weil er noch keine eigene Unterkunft gefunden hat. Seinen Vater hat er seit Weihnachten 2019 nicht mehr gesehen. Mit seiner Freundin wohnte er vor seiner letzten Verhaftung nicht zusammen, sondern diese wohnt in Deutschland bzw. zur Zeit in einer Klinik in Zürich. Kinder hat er keine. Es besteht somit weder zur Freundin noch zu seiner Familie ein über die üblichen familiären Beziehungen bzw. emotionalen Bindungen hinausgehendes besonderes Abhängigkeitsverhältnis in der

- 14 - Schweiz. Das geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens ist vorliegend durch eine Landesverweisung nicht betroffen. Dem Beschuldigten ist es ohne Weiteres möglich und zumutbar, sein Familienleben ausserhalb der Schweiz zu pflegen. Das Gleiche gilt in Bezug auf die vom Beschuldigten erwähnten Kollegen. Er schildert weder deren Anzahl noch die Kontakte zu ihnen. Auch heute ergaben sich nur wenige, nicht weiterführende Details. Gestützt darauf ist von einer unterdurchschnittlichen sozialen Einbettung und Integration in der Schweiz auszugehen. Kontakte zu seinem Heimatland Spanien hatte der

Beschuldigte lediglich durch seine Grosseltern, welche er als Teenager während den Sommerferien wohl doch einige Male besuchte. Was die sprachlichen Fähigkeiten des Beschuldigten anbelangt, führte er im vorliegenden Verfahren aus, er spreche nur Deutsch. Demgegenüber machte er in den früheren Strafverfahren geltend, er spreche neben Deutsch auch Englisch, gut Italienisch und ein wenig Spanisch. Spanisch ist die Muttersprache seines Vaters. Seine fehlenden Spanischkenntnisse erklärte der Beschuldigte damit, dass sich seine Eltern scheiden liessen, als er zwei Jahre alt war. Nach der Scheidung wohnte der Beschuldigte bei seiner Mutter, mit welcher er Deutsch sprach. Zudem führte er anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung aus, dass er mit seinem Vater bzw. sein Vater mit ihm immer Deutsch gesprochen habe, dies auch als er mit etwa 13 Jahren zum Vater zog und bei ihm zwei Jahre die Sekundarschule besuchte, und als er nach dem Abbruch der Lehre wiederum zwei Jahre bei seinem Vater war und ihm auf dem Hof half (Prot. II S. 16 f.). Auf beruflicher Ebene hat der Beschuldigte eine Lehre begonnen, diese jedoch abgebrochen. Weitere Versuche, eine Lehre zu absolvieren, scheinen nicht stattgefunden zu haben. Stattdessen muss entgegen den divergierenden Angaben des Beschuldigten in den diversen Strafverfahren davon ausgegangen werden, dass er sich bis 2007 mit Arbeit auf dem Hof des Vaters, mit Temporärstellen bei den Sportbahnen D.\_\_\_\_\_ und Hilfsarbeiten auf dem Bau durchschlug. Danach ging er für zwei Jahre in den Tessin, wo er nicht arbeitete und vom RAV lebte. Auch seither und bis heute ging der Beschuldigte keiner Erwerbstätigkeit nach, sondern war im Gefängnis, in Massnahmen (Therapien), leistete gemeinnützige Arbeit und lebte vom Sozialamt, bei welchem er Arbeitsprogramme absolvierte. Insgesamt muss leider festgestellt werden, dass sich der mittlerweile 35-jährige Beschuldigte in beruflicher Hinsicht überhaupt nicht integrierte. Eine Verwurzelung in der Schweiz durch regelmässige Erwerbstätigkeit erfolgte nicht. Der Beschuldigte macht nicht geltend, der Landesverweisung stünden gesundheitliche Gründe entgegen. Er nimmt jedoch täglich Diaphin (Heroinersatz) zu sich. Dies steht einer Landesverweisung nicht entgegen. Einerseits führt die Einnahme von Diaphin nicht zum Erreichen der sehr hohen Schwerechwelle für Gesundheitsprobleme gemäss Art. 3 EMRK. Andererseits ist Diaphin bzw. Methadon in den westlichen Ländern Europas problemlos erhältlich (vgl. Praxis 109 (2020) Nr. 61, E. 6.3). Mangels genügend gewichtiger persönlicher Interessen liegt somit – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 70 S. 2 f.) – kein Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vor. Es könnte daher auf eine Interessenabwägung verzichtet werden. Der Vollständigkeit halber wird eine solche dennoch vorgenommen.

## **E. 6**

Würde beim Beschuldigten ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegen, müsste eine Interessenabwägung nach Massgabe der öffentlichen Interessen an der Landesverweisung stattfinden. Nach der gesetzlichen Systematik ist die obligatorische Landesverweisung anzuordnen, wenn die Katalogtaten einen Schweregrad erreichen, so dass die Landesverweisung zur Wahrung der inneren Sicherheit notwendig erscheint. Diese Beurteilung lässt sich strafrechtlich nur in der Weise vornehmen, dass massgebend auf die verschuldensmässige Natur und Schwere der Tatbegehung, die sich darin manifestierende Gefährlichkeit des Täters für die öffentliche Sicherheit und auf die Legalprognose abgestellt wird. Wie bereits erwähnt dürfen auch früher begangene Straftaten und auch vor Inkrafttreten der Landesverweisung begangene Straftaten berücksichtigt werden. Der Beschuldigte weist fünf Vorstrafen auf (Urk. 67). Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich

vom 20. November 2012 wurde er wegen mehrfachen, teilweise versuchten Raubes, Nötigung, geringfügigen Diebstahls, vorsätzlichen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand, Entwendung zum Gebrauch, Fahren ohne Führerausweis und mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zu einer unbedingten

- 16 - Freiheitsstrafe von 32 Monaten und einer Busse von Fr. 600.– verurteilt. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. Mai 2014 wurde er wegen versuchten Raubes zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 21 Monaten verurteilt. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 14. März 2017 erfolgte eine Verurteilung wegen Hausfriedensbruchs zu einer Geldstrafe von 10 Tagen (unbedingt). Am 14. November 2017 verurteilte ihn das Bezirksgericht Zürich wegen mehrfachen versuchten Diebstahls, mehrfachen geringfügigen Diebstahls, mehrfacher geringfügiger Sachbeschädigung, mehrfachen Hausfriedensbruchs, Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zu 624 Stunden gemeinnütziger Arbeit, und schliesslich wurde der Beschuldigte mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 24. September 2018 wegen mehrfachen, teilweise versuchten Diebstahls, mehrfachen geringfügigen Diebstahls, mehrfacher Sachbeschädigung, mehrfachen Hausfriedensbruchs, mehrfachen geringfügigen betrügerischem Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage zu fünf Monaten Freiheitsstrafe und 132 Stunden gemeinnütziger Arbeit verurteilt. Im vorliegenden Verfahren wird der Beschuldigte wegen mehrfachen Diebstahls, mehrfachen Hausfriedensbruchs, mehrfachen geringfügigen betrügerischen Missbrauchs einer Datenverarbeitungsanlage, mehrfacher, teilweise geringfügiger Sachbeschädigung sowie der Tötlichkeit schuldig gesprochen und mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 12 Monaten sowie einer Busse von Fr. 800.– bestraft. Angesichts der Höhe der ausgesprochenen Strafen darf das Verschulden des Beschuldigten nicht verharmlost werden. Wohl ist dem Beschuldigten zuzustimmen, dass er seit der Verurteilung vom 15. Mai 2014 keine Raub- und Nötigungsdelikte mehr begangen hat, er keine Verurteilung wegen Körperverletzung aufweist und damit die Schwere der Delinquenz stetig abgenommen hat, wie die Verteidigung zu Recht ausführte (Urk. 70 S. 3). Daraus schliessen zu wollen, seine Straftaten seien nicht mehr so schwerwiegend, geht indessen fehl. Auch wenn zugunsten des Beschuldigten berücksichtigt wird, dass ein Teil der Vorstrafen Beschaffungsdelikte für die damals bestehende Suchtproblematik darstellten, so stellen zumindest die vorliegend beurteilten Straftaten auch gemäss Aussagen des Beschuldigten keine Beschaffungsdelikte mehr dar und handelte er bei den Vermögensdelikten aus rein finanziellen

- 17 - Motiven. Die vom Beschuldigten begangenen Delikte treffen das Sicherheitsgefühl der Geschädigten. Somit stellt der Beschuldigte eine nicht zu unterschätzende Gefahr für die öffentliche Sicherheit dar, auch wenn er in unbewohnte Objekte eindrang. Zudem wurden sämtliche Strafen unbedingt ausgefällt, was bedeutet, dass dem Beschuldigten bereits früher keine gute Prognose gestellt werden konnte bzw. diese auch nicht vermutet wurde. Die Legalprognose fällt daher klar zulasten des Beschuldigten aus. Der Beschuldigte wurde jeweils kurz nach Verbüsung der ausgesprochenen Strafe wieder straffällig bzw. zeigte lediglich dann kein delinquentes Verhalten, solange er sich im Spital, im Strafvollzug bzw. in einer Massnahme mit einem geregelten Tagesablauf befand. Auch die in den letzten beiden Verfahren thematisierten bzw. beantragten Landesverweisungen konnten den Beschuldigten nicht vor weiterer Delinquenz abhalten. Zur Zeit der Begehung der vorliegenden Taten war der Beschuldigte schon über 33 Jahre alt. Es kann somit nicht

mehr von jugendlichem Leichtsinn gesprochen werden. Gemäss dem aktuellen Strafregisterauszug läuft derzeit wiederum ein Strafverfahren wegen Diebstahls gegen den Beschuldigten (Urk. 67, vgl. auch Urk. 69). Es gilt jedoch die Unschuldsvermutung. Heute räumte der Beschuldigte hierzu allerdings ein, in den letzten vier Monaten seit seiner Entlassung aus dem Gefängnis wieder einen Diebstahl begangen zu haben (Prot. II S. 15 f.). Insgesamt spricht die vom Beschuldigten unvermindert ausgehende Gefahr für weitere Straftaten gegen seinen Verbleib in der Schweiz. Die vom Beschuldigten in neuerer Zeit begangenen Delikte stellen für sich allein zwar keine allzu gravierenden Straftaten dar. In ihrer Gesamtheit, Anzahl und Regelmässigkeit der Begangung sowie der Tatsache, dass sie aus rein pekuniären Motiven erfolgten, stellen sie eine schwere Straftat dar, von welcher eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung ausgeht, zumal sich der Beschuldigte immer wieder völlig unbeeindruckt von abgeschlossenen und laufenden Strafverfahren zeigt. Die vom Beschuldigten begangenen Delikte widersprechen dem öffentlichen Sicherheitsinteresse. Somit wäre die Landesverweisung selbst dann angebracht, wenn ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegen würde, da die persönlichen Interessen des Be-

- 18 - schuldigten an einem Verbleib in der Schweiz angesichts der Schwere und Häufigkeit der begangenen Delikte und der eher schwachen familiären und sozialen Beziehungen in der Schweiz sowie die fehlende berufliche Integration das öffentliche Interesse – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 70 S. 3 f.) – nicht überwiegen.

## **E. 7**

Gemäss Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA hat eine Person, welche die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzt und keine Erwerbstätigkeit im Aufenthaltsstaat ausübt, ein Anwesenheitsrecht unter der Voraussetzung, dass sie über ausreichende finanzielle Mittel verfügt, so dass sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist, und sie überdies krankenversichert ist (BGE 142 II 35 E. 5.1). Das Bundesgericht hielt hierzu fest, dass das FZA kein umfassendes Aufenthaltsrecht gewähre (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1152/2017 vom 28. November 2018 E. 2.5.3). Die Zielsetzung des FZA bilde das Recht auf Freizügigkeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und umfasse gemäss Art. 24 Anhang I FZA nicht Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben. Ob jemand schuldhaft oder schuldlos in diese Situation gerät, hat das Bundesgericht nicht erörtert, weshalb davon auszugehen ist, dass dies rechtlich unerheblich ist. Das Bundesgericht verweist im Übrigen auf einen Aufsatz von Tobler/Gless/Petrig in der Zeitschrift "forumpoenale" (forumpoenale, 2/2018 S. 97 ff.). Nach diesen Autoren nennt das FZA die folgenden Kategorien und Bedingungen, um sich darauf zu berufen: – Angestellten, selbständig Erwerbenden und Dienstleistenden gibt ihre blosse Erwerbstätigkeit ein Aufenthaltsrecht (Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 6 ff. Anhang I FZA). – Arbeitssuchende haben ein grundsätzlich sechsmonatiges Aufenthaltsrecht (Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA). – Ein Aufenthaltsrecht besteht auch für Personen, welche bezahlte Dienstleistungen entgegennehmen (Art. 23 Anhang I FZA). – Nicht-Erwerbstätige besitzen dann ein Aufenthaltsrecht, wenn sie über ein ausreichendes Auskommen ("ausreichende finanzielle Mittel [...], so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen müssen") und über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmestaat verfügen (Art. 24 Anhang I FZA). – Schliesslich können aufenthaltsberechtigte Personen gewisse Familienangehörige in den Aufnahmestaat mitnehmen, darunter u.a. Nachkommen ab 21 Jahren, denen Unterhalt gewährt wird. In diesen Fällen

- 19 - wird der ausreichende Unterhalt durch die aufenthaltsberechtigte Person gesichert (Art. 3 Anhang I FZA). Der Beschuldigte ging in der Schweiz seit 2007 mit Ausnahme von Arbeitsprogrammen des Sozialamtes bzw. der Abarbeitung von Strafen durch gemeinnützige Arbeit keiner Erwerbstätigkeit mehr nach. Er besitzt kein Vermögen, sondern ist verschuldet und wird seit Jahren und auch derzeit mit Sozialleistungen unterstützt. Konkrete Anhaltspunkte, dass der Beschuldigte demnächst einer Erwerbstätigkeit nachgehen würde und nicht mehr auf staatliche Hilfe angewiesen wäre, liegen keine vor. Mangels Erwerbstätigkeit und ausreichender finanzieller Mittel kommt Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA nicht zur Anwendung. Auch das FZA steht damit – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 70 S. 5) – einer Landesverweisung im vorliegenden Fall nicht entgegen. Es ist daher eine Landesverweisung auszusprechen.

#### **E. 8**

Betreffend die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) gilt es festzuhalten, dass der Beschuldigte Staatsangehöriger von Spanien ist. Eine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem kommt daher nicht in Frage. Weitere Ausführungen erübrigen sich daher.

#### **E. 9**

Die Vorinstanz sprach eine Landesverweisung für die Dauer von sieben Jahren aus. Die Verteidigung äusserte sich nicht zur Dauer der Landesverweisung. Mit zutreffender Begründung kam die Vorinstanz zum Schluss, dass für die Dauer der Landesverweisung auf die Höhe der ausgesprochenen Strafe sowie der vom Beschuldigten ausgehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzustellen ist. Es kann auf die zutreffenden Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 48 S. 31 f.). Die von der Vorinstanz ausgesprochene Landesverweisung von sieben Jahren erscheint angemessen, weshalb die Dauer der Landesverweisung gemäss dem vorinstanzlichen Urteil zu bestätigen ist. III. Kostenfolgen Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'000.– anzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 lit. b GebV

- 20 - OG). Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens vollumfänglich dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche auf Fr. 3'600.– (inkl. MWST) festzusetzen sind (vgl. Urk. 71). Diese sind unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht (Art. 135 Abs. 4 StPO) einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird beschlossen:

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