

ZH_OBERGERICHT SB210181 vom 5. Juli 2021

ZH Obergericht, 2021-07-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210181

FR: ZH_OBERGERICHT SB210181 du 5 juillet 2021

IT: ZH_OBERGERICHT SB210181 del 5 luglio 2021

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 65 S. 6).

E. 1.2

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 14. Dezember 2020, wurde der Beschuldigte gemäss dem eingangs wiedergegebenen Urteilsdispositiv schuldig gesprochen und bestraft. Das Urteilsdispositiv wurde den Parteien noch gleichentags eröffnet (Prot. I S. 37). Mit Eingabe vom 17. Dezember 2020 meldete die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland Berufung an (Urk. 58). Der Beschuldigte tat dies mit Eingabe vom 22. Dezember 2020 (Urk. 59). Das begründete Urteil (Urk. 62) wurde dem Beschuldigten am 5. März 2021 und der Staatsanwaltschaft am 9. März 2021 zugestellt (Urk. 64). Mit Eingabe vom 21. März 2021 reichte die Staatsanwaltschaft rechtzeitig die Berufung ein (Urk. 67). Dies tat ihr der Beschuldigte mit Eingabe vom 25. März 2021 gleich (Urk. 69).

E. 1.3

Mit Präsidialverfügung vom 26. März 2021 wurden den Parteien die gegenseitigen Berufungserklärungen zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob jeweils Anschlussberufung erhoben oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung beantragt werde (Urk. 71). Die Parteien liessen sich nicht vernehmen.

E. 1.4

Am 5. Juli 2021 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, sowie Staatsanwalt lic. iur. Raphael Michel erschienen sind (Prot. II S. 6). Vorfragen waren keine zu entscheiden und – abgesehen von der Einnahme des Beschuldigten (Urk. 87) – auch keine Beweise abzunehmen (vgl. Prot. II S. 7 f.). Jedoch liess der Beschuldigte seine Zweitberufung zurückziehen (Prot. II S. 7), wovon vorab mittels Beschlusses Vormerk zu nehmen ist. Das Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 11 ff.).

- 7 -

E. 2

Die Verteidigung geht demgegenüber von einem Härtefall aus. Der Beschuldigte sei hierzulande aufgewachsen und habe auch bis zu seiner Auswanderung nach Deutschland im

Jahre 2019 hier gelebt. Sein im Jahre 2014 geborener Sohn lebe in der Schweiz, und da er für diesen die wichtigste Bezugsperson sei, habe er ein gewichtiges Interesse am Verbleib in der Schweiz, damit er seinen Sohn besuchen könne. Der Beschuldigte unternehme im Rahmen seiner Möglichkeiten alles, um seinem Sohn ein guter und verantwortungsvoller Vater zu sein, während die Kindsmutter ihre Verantwortung nicht wahrnehme, resp. nicht wahrnehmen könne. Auch überwiege sein persönliches Interesse dasjenige des Staates, da seinem Sohn Besuche im Ausland nicht möglich seien (Urk. 53 S. 7, Urk. 89 S. 3 ff.).

E. 2.1

In der Berufungserklärung vom 23. März 2021 beantragte die Staatsanwaltschaft die Anordnung einer Landesverweisung und damit die Aufhebung von Ziffer 5 des vorinstanzlichen Entscheides (Urk. 67).

E. 2.2

Dementsprechend ist das vorinstanzliche Urteil in den Dispositiv-Ziffern 1 (Schuldspruch), 2 (Sanktion), 3 (Vollzug), 4 (Ersatzfreiheitsstrafe), 6. - 12. (Zivilforderungen), 13.-17. (Einziehungen, Beschlagnahmungen) sowie 18. - 21. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschlusses festzustellen ist (Art. 404 Abs. 1 StPO). Ebenso wenig angefochten wurde der dem Urteil vorangehende Beschluss betreffend die Einstellung des Verfahrens hinsichtlich der Dossiers 1, 2, 9, 12, 23 und 25.

E. 2.3

In Bezug auf die Frage der Landesverweisung (Dispositiv-Ziffer 5) steht das vorinstanzliche Urteil zwecks Überprüfung zur Disposition. II. Landesverweisung 1. Die Staatsanwaltschaft hat eine Landesverweisung von 10 Jahren beantragt. Dies, weil der Beschuldigte Katalogtaten begangen habe, kein Härtefall vorliege und selbst bei Annahme eines solchen das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung das Interesse des Beschuldigten überwiege. Auch das FZA stehe der Landesverweisung nicht entgegen (Urk. 52 S. 7 f., Urk. 88 S. 2 ff.). In Bezug auf die Härtefallklausel führte der Staatsanwalt an der Berufungsverhandlung zusammengefasst aus, es handle sich beim Beschuldigten um einen Serien- einbrecher, von dem auch künftig weitere Straftaten zu erwarten seien. Seine Fernhaltung vom Staatsgebiet der Schweiz sei von grosser Bedeutung für die öffentliche Sicherheit und den Schutz der Gesellschaft vor Straftaten (Urk. 88 S. 4). Es liege zudem keine enge Vater-Kind-Beziehung zum Sohn K. _____ vor, lebe dieser doch bei einer Pflegefamilie und der Kontakt zum Beschuldigten bestehe nur aus einzelnen Besuchen. Dank moderner Kommunikationsmittel sowie gele-

- 8 - gentlicher begleiteten Besuche ausserhalb der Schweiz könne der persönliche Kontakt problemlos aufrecht erhalten werden (Urk. 88 S. 4 f.).

E. 3

Die Vorinstanz geht von einem persönlichen Härtefall aus, da der Beschuldigte in der Schweiz aufgewachsen sei, zu seiner italienischen Heimat keinen Bezug habe und eine Landesverweisung die Ausübung des Besuchsrechts verunmöglichen würde. Sodann überwiege sein Interesse dasjenige der Öffentlichkeit, weshalb von einer Landesverweisung abzusehen sei (Urk. 65 S. 28).

E. 4

Die Vorinstanz hat zutreffend ausgeführt, dass der Beschuldigte wegen Katalogtaten gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB verurteilt wird und deshalb zwingend eine Landesverweisung auszusprechen ist. Als ebenso zutreffend erweisen sich die rechtlichen Erwägungen zu den Voraussetzungen des Härtefalls (Urk. 65 S. 28). In materieller Hinsicht ist der Vorinstanz jedoch nicht zu folgen.

E. 5

Der Beschuldigte hat in der Schweiz keinen Wohnsitz. Er verfügt über keinen Aufenthaltstitel. Er lebte vor seiner Verhaftung im grenznahen J.____/D. Da keine Einreiseperrre bestand, durfte er die Schweiz besuchen. Er pflegte Kontakte zu seinem hierzulande lebenden Sohn, mit welchem er ebenso wenig zusammenlebte wie mit der Kindsmutter.

- 9 -

E. 6

Zwar trifft es zu, dass der Beschuldigte hierorts aufgewachsen ist, als Ausländer der zweiten Generation gilt und für ihn eine Rückkehr nach Italien mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre, da ihm seine Heimat mittlerweile fremd ist. Für die Beurteilung der Frage, ob ein Härtefall vorliegt, sind diese Gründe jedoch ohne Belang. Abgesehen davon, dass Italien auch einen bedeutenden grenznahen deutschsprachigen Landesteil hat, in welchem auch für eine hierzulande sozialisierte Person eine Integration in den Arbeitsmarkt und das soziale Leben ohne weiteres möglich ist, hat die Landesverweisung nicht zwingend die Rückkehr in die Heimat der Eltern zur Folge. Der ausgewiesenen Person bleibt einzig der weitere Verbleib in der Schweiz versagt. Im Übrigen sind ausgewiesene Personen in der Wahl ihres zukünftigen Aufenthaltsorts im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen frei. Dem Beschuldigten als Unionsbürger steht dabei eine Vielzahl von Möglichkeiten offen. Unter anderem auch der Aufenthalt im deutschen Grenzgebiet, wo sich die Lebensumstände kaum von den hiesigen unterscheiden. Nachdem der Beschuldigte vor seiner Inhaftierung im Ausland gelebt und gearbeitet hat, ist nicht einzusehen, inwiefern die Landesverweisung diesbezüglich eine persönliche Härte nach sich ziehen könnte. Bei dieser Konstellation fällt der Beschuldigte nicht unter die Kategorie des typischen "secondos". Abgesehen davon liegt ohnehin nicht bei jeder in der Schweiz aufgewachsenen Person ein Härtefall vor. Zwar durfte bereits unter der Bestimmung von Art. 55 StGB bei einem in der Schweiz verwurzelten Ausländer mit kaum mehr Beziehungen zum Ausland, der durch eine Landesverweisung "deshalb hart getroffen würde", diese nur mit Zurückhaltung ausgesprochen werden. Dies gilt besonders für "secondos", die oftmals nur noch formell Ausländer sind (Bertossa, a.a.O., N. 11 zu Art. 66a StGB), was am Ausländerstatus nichts ändert, in der Verhältnismässigkeitsprüfung aber wesentlich ins Gewicht fallen kann (vgl. Urteil 2C_826/2018 vom 30. Januar 2019 E. 8.2.3). Diese, Ausländer der zweiten Generation begünstigende, Praxis, ist mit Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB Gesetz geworden: "Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind." (Urteil 6B_627/2018 vom 22.03.2019 E. 1.5). Strafgerichte haben gemäss dieser gesetzlichen Anweisung der "besonderen Situation" von Ausländern Rechnung zu tragen (BGE 144 IV 332

- 10 - E. 3.3.3 S. 341 f.; Urteile 6B_724/2018 vom 30. Oktober 2018 E. 2.3.3 und 6B_861/2018 vom 24. Oktober 2018 E. 2.3). Auf der anderen Seite hält die bun-

desgerichtliche Rechtsprechung auch fest, dass es keinen generellen Ausschluss von Fernhaltungsmassnahmen bei Ausländern der zweiten Generation gibt (BSK StGB I Art. 66a N 123 mit Verweisen). Denn wie das Gesetz festhält, ist der besonderen Situation Rechnung zu tragen. Das heisst, es sind in jedem Falle die konkreten Umstände zu überprüfen und zu berücksichtigen. Falls bei hier geborenen Ausländern, welche lediglich noch formell Ausländer sind und die Landesverweisung faktisch die Ausweisung in die Fremde zur Folge hätte, ist auf eine Ausweisung zu verzichten. Abzustellen ist somit nicht auf das formelle Kriterium des Geburts- und Lebensortes, sondern auf die Intensität der Beziehungen zur Schweiz und zur Heimat. Wobei der Begriff Heimat nicht mit dem Geburtsort der Eltern gleichzusetzen ist, sondern all diejenigen Orte ausserhalb der Schweiz meint, an denen eine Person legal leben darf. Im Falle von Unionsbürgern, also auch Italienern, ist dies die ganze Europäische Union.

E. 7

Im Lichte dieser Grundsätze zählt der Beschuldigte nicht zu den typischen Ausländern der zweiten Generation im Sinne von Migrantenkinder, welche hierzulande aufgewachsen und sozialisiert worden sind und denen die Heimat ihrer Eltern und Drittländer, in denen sie legal leben dürften, fremd sind. Der Beschuldigte lebte vor der Inhaftierung in Deutschland und arbeitete bei seinem ehemaligen Arbeitgeber, welcher im grenznahen Deutschland eine Zweigniederlassung besitzt. Ein Leben ausserhalb der Schweiz wird ihm somit auch nach der Entlassung aus dem Strafvollzug ohne weiteres möglich sein. Bei Lichte betrachtet zählt der Beschuldigte somit nicht zur Kategorie der "secondos", sondern zu den Kriminalltouristen. Die Landesverweisung ändert somit kaum etwas an der Lebenssituation des Beschuldigten persönlich. Von einem Härtefall kann daher nicht einmal im Ansatz die Rede sein.

E. 8

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass ihn mit der Schweiz einiges verbindet. Er ist hierorts aufgewachsen und hat hier Angehörige, insbesondere einen Sohn. Er ist ledig, unterhält keine Partnerschaft und hat nie mit seinem Sohn zusammen gelebt. Somit greift auch der Schutz von Art. 8 EMRK nicht. Ge-

- 11 - schützter Familienkreis ist die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. Andere familiäre Verhältnisse fallen nur in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK, 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 (BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 12 mit Hinweisen; Urteil 2C_786/2018 vom 27. Mai 2019 E. 3.2.2). Bei hinreichender Intensität sind auch Beziehungen zwischen nahen Verwandten wie Geschwistern oder Tanten und Nichten von Bedeutung, doch muss in diesem Fall zwischen der über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügenden Person und dem um die Bewilligung nachsuchenden Ausländer ein über die üblichen familiären Beziehungen bzw. emotionalen Bindungen hinausgehendes, besonderes Abhängigkeitsverhältnis bestehen (BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 12 f. mit Hinweisen; Urteil 2C_786/2018 vom 27. Mai 2019 E. 3.2.3; Urteil 6B_1070/2018 vom 14.08.2019 E. 6.3.2).

E. 9

Der Sohn K._____ ist am tt.mm.2014 in Zürich geboren. Gemäss Bericht des Kinderhauses L._____ vom 23. Dezember 2015 soll der Beschuldigte nach der Geburt regelmässigen Kontakt zu seinem Sohn gehabt haben (Urk. 54/1). Im Rahmen der persönlichen Befragung anlässlich der Berufungsverhandlung vom 27. Januar 2017 im Verfahren SB160333 gab der Beschuldigte allerdings an, seinen Sohn während der bis dahin 655 Tage in Haft verbrachten Zeit einmal gesehen zu haben (Beizugsakten SB160333, Prot. II S. 15, 22). Die Bezugsperson der sozialpädagogischen Pflegefamilie, Frau M._____, beschrieb den Beschuldigten im Oktober 2020 als wichtige Bezugsperson seines Sohnes, welcher seine Rolle aktiv wahrnehme und die einzige und wichtigste Bezugsperson des Familiensystems sei, womit die Familie väterlicherseits gemeint ist. Er übernehme seine väterlichen Pflichten voll und ganz nach seinen Möglichkeiten. Ein Landesverweis des Vaters würde gegen das Kindeswohl sprechen, da diese die Wiederaufnahme der Besuchsregel erschweren würde (Urk. 54/5). Diese Beurteilung findet sich auch in einem schriftlichen Bericht der

- 12 - Beiständin des Sohnes vom 13. Oktober 2020 zu Handen der Verteidigung (Urk. 54/9).

E. 10

Dem steht der Untersuchungsbericht der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich vom 17. Juli 2020 gegenüber, welcher im Zusammenhang mit der Therapie- und Massnahmenplanung des Sohnes erstellt wurde. Diesem lässt sich nicht entnehmen, dass der Beschuldigte als Vater eine aktive Rolle spielt. Einzig von einigen Besuchen im Jahre 2019 ist die Rede (Urk. 54/4).

E. 11

Es bleibt somit die Feststellung, dass sich regelmässige Kontakte des Beschuldigten zu seinem Sohn auf eine relativ kurze Phase im Jahre 2019 beschränkten. Der Grund, dass es nicht zu intensiveren Kontakten kam, mag wohl in den Gefängnisaufenthalten des Beschuldigten liegen, ändert aber nichts daran, dass die Bindung zum Sohn noch nicht sehr lange intensiver ist. Der Beschuldigte legte zwar dar, dass er sich jeweils nach seinen Möglichkeiten um seinen Sohn gekümmert, resp. diesen besucht hat. Tatsache ist jedoch, dass K._____ bei Pflegefamilien und in Institutionen aufwächst. Entgegen den Vorbringen des Beschuldigten hat der Sohn seine primären Bezugspersonen daher in seiner jeweiligen Pflegefamilie. Bis heute kann somit nicht von einer gefestigten Vater-Kind-Beziehung gesprochen werden. Demzufolge hat der Beschuldigte in der Schweiz auch keinen geschützten Familienkern im Sinne der EMRK.

E. 12

Selbst nach der Entlassung des Beschuldigten wäre, auch ohne Landesverweisung, nicht mit der Aufnahme des familiären Zusammenlebens zu rechnen, sondern es käme höchstens zu regelmässigen Besuchen. Die Landesverweisung hätte somit einzig zur Folge, dass diese Kontakte nicht physisch in der Schweiz stattfinden könnten. Kontakte in elektronischer Form und Besuche im Ausland sind uneingeschränkt möglich. Zudem ist nicht einzusehen, weshalb K._____, zumal dieser nunmehr im schulpflichtigen Alter ist, nicht von einer erwachsenen Person – beispielsweise seiner Grossmutter oder Geschwistern des Beschuldigten – zu Besuchen ins grenznahe Ausland begleitet werden könnte.

E. 13

Sieht man den Grad des persönlichen Härtefalls, auf eine Kürzestformel heruntergebrochen, in der Differenz der Summe aller Vorzüge, derer eine Person durch die Landesverweisung verlustig zu gehen droht, und der Situation, welche eine Person nach ihrer Rückkehr, resp. Ausreise, antreffen wird, so fällt diese Differenz vorliegend kaum ins Gewicht, weder familiär, noch beruflich, noch wirtschaftlich, noch sozial. Vielmehr wird der Beschuldigte sein Leben in Deutschland wie gewohnt weiterführen und den Kontakt zu seinem Sohn bei sich oder in elektronischer Form pflegen können.

E. 14

Im Übrigen ist festzuhalten, dass selbst wenn ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB bejaht würde, die öffentlichen Interessen im vorliegenden Fall eines seit Jahren einschlägig delinquierenden und offensichtlich unbelehrbaren Einbrechers die privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz offensichtlich stark überwiegen. Den Vorbringen der Verteidigung, das Sicherheitsinteresse der Öffentlichkeit sei erheblich zu relativieren, da der Beschuldigte keinen Aufenthaltstitel mehr habe und nur noch im Rahmen des visumfreien Aufenthalts in die Schweiz einreisen könne (Urk. 89 S. 5), kann nicht gefolgt werden. So beging der Beschuldigte in der Schweiz doch einen grossen Teil der Einbrüche in der Zeit, in welcher er bereits in Deutschland lebte.

E. 15

Die folgenden, beim Forensischen Institut Zürich (FOR) sichergestellten Gegenstände und Spurenläger werden nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides vernichtet: – die Glasflasche (Asservat-Nr. A12'092'625); – den Kronkorken "Coca Cola" (Asservat-Nr. A12'092'636); – ein Handwerkzeug (Asservat-Nr. A013'604'687); – die DNA-Spuren Wattetupfer (Asservat-Nr. A012'092'761; A012'094'643; A012'092'772; A012'404'396; A012'119'801; A012'409'197; A013'378'853; A013'378'897; A013'604'643; A013'604'665; A013'604'698); – die DNA-Spur Gegenstände (Asservat-Nr. A012'980'799; A013'387'570); – die Mikrosuren Klebbandasservate (Asservat-Nr. A012'092'647; A12'404'410; A012'119'823; A012'092'567; A012'095'942; A012'095'953; A012'095'931; A012'409'233; A012'404'374; A013'604'712); – die Fotografien (Asservat-Nr. A012'092'614; A012'404'385; A012'119'787; A012'409'164; A013'604'632); – Werkzeug-/Schartenspuren (Asservat-Nr. A012'119'801; A012'409'211; A012'409'222; A013'604'654; A013'604'676) – ein Papier (Asservat-Nr. A012'975'370); – eine Baseballmütze (Asservat-Nr. A013'386'011); – eine Herrenjacke (Asservat-Nr. A013'604'961); – eine Herrenhose (Asservat-Nr. A013'604'972); – ein Paar Herrensuhle der Marke "Venice" (Asservat-Nr. A013'604'983); – ein Paar Handsuhle (Asservat-Nr. A013'604'994); – ein Pullover (Asservat-Nr. A013'605'000).

E. 16

Sämtliches weitere beim Forensischen Institut Zürich (FOR) sichergestelltes Spurenmateriel wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides vernichtet.

E. 17

Die folgenden, bei der Kriminaltechnik der Kantonspolizei Aargau sichergestellten Gegenstände und Spurenläger werden nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides vernichtet:

- 19 - – eine Capri-Sun Verpackung (Spur-Nr. 1/12 CBMD); – ein Feuerzeug (Spur-Nr. 3/12 CBMD); – ein aufgerissenes Couvert (Spur-Nr. 4/12 CBMD); – die DNA-Spuren Wattestäbchen (Spur-Nr. 2/12 CBMD; 5/12 CBMD; 6/12 CBMD; 7/12 CBMD; 11/12 CBMD; 12/12 CBMD; 1/1 MVOA); – eine Schuhspur auf Folie (Spur-Nr. 8/12 CBMD; 9/12 CBMD; 10/12 CBMD).

E. 18

Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ wird für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten mit Fr. 20'200.– (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.

E. 19

Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 4'000.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 2'500.– Gebühr Strafuntersuchung Fr. 20'200.– Entschädigung amtliche Verteidigung
Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

E. 20

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.

E. 21

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

E. 22

[Mitteilung]

E. 23

[Rechtsmittel]" 3. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt:

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