

# ZH\_OBERGERICHT SB210319 vom 15. März 2022

ZH Obergericht, 2022-03-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB210319](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210319)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB210319 du 15 mars 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT SB210319 del 15 marzo 2022

## Erwägungen

### E. 2

Busse

#### E. 2.1

Die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über die bedingten und teilbedingten Strafen (Art. 42 und 43 StGB) sind bei Übertretungen nicht anwendbar (Art. 105 Abs. 1 StGB). Die Busse ist deshalb zu bezahlen.

#### E. 2.2

Das Gericht hat im Urteil für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten auszusprechen (Art. 106 Abs. 2 StGB). Praxisgemäss ist im vorliegenden Fall die Freiheitsstrafe auf 2 Tage festzusetzen. IV. Landesverweisung 1. Die Bestimmungen zur Landesverweisung (Art. 66a-d StGB) sind per 1. Oktober 2016 in Kraft getreten (AS 2016 2329; BBl 2013 5975). In Art. 66a Abs. 1 StGB werden die sogenannten Katalogtaten für eine obligatorische Landesverweisung aufgezählt. Gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB verweist das Gericht einen Ausländer, der wegen qualifiziertem Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 2 und 3 StGB verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für fünf bis fünfzehn Jahre aus der Schweiz. Nur ausnahmsweise kann das Gericht 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 (sog. Härtefallklausel, Art. 66a Abs. 2 StGB). Ein schwerer persönlicher Härtefall ist dann anzunehmen, wenn die Summe aller mit

- 19 - 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 (BUSSLINGER/ÜBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, in: plädoyer 5/16 S. 101). Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind alle potentiell härtefallbegründenden Aspekte zu bewerten. Dazu gehören namentlich die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration und die Resozialisierungschancen. Relevant sind dabei die persönliche Situation des Beschuldigten in der Schweiz und die Bedingungen im Heimatstaat. Bei Dritten auftretende härtefallbegründende Aspekte sind nur zu berücksichtigen, wenn sie sich zumindest indirekt auch auf den Beschuldigten auswirken (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1286/2017 vom 11. April 2018, E.1.2; BUSSLINGER/ÜBERSAX, a.a.O., S. 101; FIOLOKA/VETTERLI, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB, in: plädoyer 5/16 S. 85).

Ein Härtefall ist jedoch nicht leichthin anzunehmen, da der Strafrichter bei Katalogtaten gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB nur ausnahmsweise von der Landesverweisung absehen darf (BUSSLINGER/ÜBERSAX, a.a.O., S. 97). In der Lehre und der Judikatur wird zudem die Ansicht vertreten, die in Art. 31 Abs. 1 VZAE zur Beurteilung der Erteilung ausländerrechtlicher Härtefallbewilligungen festgehaltenen Kriterien seien für die Beurteilung der Härtefallklausel nach Art. 66a Abs. 2 StGB analog anzuwenden, ohne diese unbesehen zu übernehmen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_209/2018 vom 23. November 2018, E. 3.3.2. f., BERGER, Umsetzungsgesetzgebung zur Ausschaffungsinitiative, in: Jusletter vom

## **E. 7**

August 2017, N 74 ff., Obergerichtsurteil vom 6. Dezember 2017, SB170246, E. 3.2). Steht aufgrund einer Prüfung dieser Kriterien fest, dass die Landesverweisung zu einer schweren persönlichen Härte führen würde, sind sodann die privaten Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz den öffentlichen Interessen an der Landesverweisung, deren Gewicht wesentlich von der Art und Schwere der begangenen Delikte und der Legalprognose abhängt, gegenüberzustellen. Überwiegen die öffentlichen Interessen, muss die Landesverweisung ausgesprochen werden (BUSSLINGER/ÜBERSAX, a.a.O., S. 102 ff.).

- 20 - 2. Die Vorinstanz verwies den Beschuldigten mit ihrem Urteil vom 11. November 2020 für 6 Jahre des Landes und begründete dies damit, dass der Beschuldigte mit dem gewerbsmässigen Diebstahl eine Katalogtat begangen habe und kein Härtefall vorliege (Urk. 100 S. 26 ff.). Die Verteidigung des Beschuldigten beantragte heute, wie auch bereits vor Vorinstanz, das Absehen von einer Landesverweisung, weil bei diesem bei richtiger Betrachtung von einem Härtefall auszugehen sei; auch widerspreche eine Landesverweisung dem FZA (Urk. 114 S. 4 ff.). 3.1. Zu Recht verneint keine der Parteien das Vorliegen einer Katalogtat (Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB). Grundsätzlich ist somit eine Landesverweisung auszusprechen, wenn nicht ausnahmsweise wegen Vorliegens eines persönlichen Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB davon abzusehen ist. 3.2. Wie bereits im Rahmen der Täterkomponente ausgeführt, ist der Beschuldigte in der Slowakei geboren und dort aufgewachsen, bis er im Alter von 10 Jahren zusammen mit seiner Schwester im Rahmen des Familiennachzugs zur Mutter in die Schweiz kam. In der Schweiz besuchte er die öffentliche Schule ab der dritten Klasse und beendete in der Sek B die obligatorische Schulzeit. Der Beschuldigte hat somit etwas mehr als die Hälfte seines Lebens und einen sehr grossen Teil der Schulzeit in der Schweiz verbracht. Er kann Slowakisch sprechen und schreiben, wie er im Rahmen der Strafuntersuchung zögerlich zugestanden hat (vgl. Prot. I S. 20 f., Urk. 44/51 S.11, Urk. 30/16 F/A 42, Urk. 30/17 F/A 25), was von der Mutter des Beschuldigten mit Bezug auf die mündlichen Sprachkenntnisse bestätigt wurde (vgl. Urk. 31 F/A 8). Die Kernfamilie des Beschuldigten, seine Mutter und seine Schwester, leben in der Schweiz; zum Vater besteht offenbar seit langer Zeit kein Kontakt (Urk. 31 F/A 9, Prot. I S. 19). Weiter lebt ein Onkel des Beschuldigten in der Schweiz. Ein weiterer Onkel sowie die Grosseltern mütterlicherseits leben in der Slowakei. Gemäss Aussagen des Beschuldigten leben die Grosseltern väterlicherseits ebenfalls in der Slowakei, und er hat 2019 für ca. ein halbes Jahr bei ihnen gelebt (Prot. I S. 28; vgl. auch Urk. 31 F/A 16). Der Beschuldigte hat in den vergangenen Jahren abgesehen von diesem Aufenthalt die Verwandten in der Slowakei regelmässig besucht (vgl. Urk. 31

- 21 - F/A 17). Auch wenn der Beschuldigte sehr betonte, es bestehe sozusagen kein Kontakt mehr in die Slowakei (Prot. I S. 18 f. und S. 26 f.; Prot. II S. 6), entspricht dies offensichtlich nicht den Tatsachen. Weiter ist mit Bezug auf seine Mutter und Schwester festzuhalten, dass sie sicher die engsten Bezugspersonen des Beschuldigten sind, es aber durchaus möglich ist, diesen Kontakt weiter zu pflegen, auch wenn sich der Beschuldigte in der Slowakei aufhalten sollte. Im Übrigen hat auch die Vorinstanz bereits festgehalten, dass der Beschuldigte hier in der Schweiz nicht durchgehend bei der Mutter gelebt, sondern – weil er sich mit ihr zerstritten hatte – eine Weile bei seinem Onkel gewohnt hat. Zudem handelt es sich beim Beschuldigten um einen jungen Erwachsenen, dem es durchaus zuzumuten ist, selber Verantwortung für sein eigenes Leben zu übernehmen. Er ist kein Kind mehr, das angewiesen ist auf Pflege und Betreuung durch Verwandte. Mit Bezug auf die Arbeits- und Ausbildungssituation ist auch an dieser Stelle festzuhalten, dass der Beschuldigte nach der obligatorischen Schulzeit bis jetzt keinen Tritt im Berufsleben fassen konnte. Er absolvierte zwar verschiedene Schnupperlehren, konnte dann aber keine Lehrstelle finden, die ihm gepasst hätte. Schliesslich arbeitete er teilzeitlich in der Reinigungsfirma seiner Mutter und im Fensterbau. Seit der letzten Haftentlassung konnte er im Rahmen eines Arbeitsintegrationsprojektes arbeiten und hat nun per August 2022 einen Lehrvertrag als Fachmann Betriebsunterhalt EFZ abschliessen können. Diese neuste Entwicklung ist zwar positiv, aber es scheint doch fraglich, dass der eingeschlagene gute Weg realisierbar sein wird. So wird der Beschuldigte zunächst einmal – auch bei einem teilbedingten Vollzug – eine Freiheitsstrafe zu verbüssen haben, welche den rechtzeitigen Lehrantritt in Frage stellt. Weiter ist zweifelhaft, dass der Beschuldigte die Anforderungen, welche die angestrebte Berufslehre an ihn stellen wird, zu prästieren vermag, da er schon seit längerer Zeit nicht mehr in der Schule war und ihm der Schulstoff entsprechend nicht mehr präsent sein dürfte, wobei die in der psychologischen Leistungsdiagnostik erwähnte schwere Lernbeeinträchtigung sowie leichte Intelligenzminderung (vgl. Urk. 112/2) noch erschwerend wirken dürften. Die Arbeits- und Ausbildungssituation ist entsprechend auch in der Schweiz alles andere als gesichert. Der Beschuldigte wird sich also sowohl bei einem Verbleib in der Schweiz als auch bei einer Rückkehr in die Slowakei beruf-

- 22 - lich erst einmal integrieren müssen, was dem Beschuldigten in beiden Ländern grosse Anstrengungen abverlangen wird. Der Beschuldigte hat hier in der Schweiz psychologische Hilfe angenommen und offenbar in der Entwicklung seiner Persönlichkeit gute Fortschritte gemacht. Diese Fortschritte sollten nicht nur bei einem Verbleib in der Schweiz zum Tragen kommen, sondern auch bei einer Rückkehr in die Slowakei. Sollte der Beschuldigte weitere psychologische Betreuung benötigen, könnte dies in beiden Ländern gewährleistet werden. Bei der Slowakei handelt es sich nicht um ein Entwicklungsland, sondern um einen Mitgliedsstaat der Europäischen Union, womit ein gewisser Standard in der medizinischen Versorgung gewährleistet sein dürfte. Mit Bezug auf die Integration in der Schweiz ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der Beschuldigte hier gemäss eigenen Angaben über keinen Freundeskreis verfügt, da er den Kontakt zu den Kollegen abgebrochen habe (Prot. I S. 23 f.). Er hat hier somit weder ein intaktes soziales noch berufliches Umfeld. Er lebt von der Sozialhilfe und der Unterstützung der Mutter. Aufgrund der relevanten Kriterien ist beim Beschuldigten nicht von einem schweren persönlichen Härtefall auszugehen. Natürlich bedeutet eine Landesverweisung immer eine gewisse Härte, was aber in der Natur der Sache liegt. Der Eingriff in seine Daseinsbedingungen ist aber nicht dermassen unzumutbar, dass ein schwerer persönlicher Härtefall zu bejahen ist.

So kann er den Kontakt zu seiner Kernfamilie auch über Distanz pflegen, hat mit den Verwandten in der Slowakei doch einen gewissen sozialen Empfangsraum, ist der slowakischen Sprache mächtig und kennt die Kultur seines Ursprungslandes. Was die berufliche und soziale Integration betrifft, wird er durch die Verweisung in die Slowakei nicht aus intakten Strukturen hinausgerissen, sondern es ist ihm zumutbar, die nötigen Anstrengungen zu unternehmen, um sich in der Slowakei zu integrieren, so wie er dies in der Schweiz auch tun müsste. Ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB ist aufgrund des Gesagten zu verneinen. Damit erübrigt sich die Interessenabwägung zwischen privatem Interesse des Straftäters am Verbleib in der Schweiz und dem öffentlichen Interesse der Schweiz an seiner Ausweisung.

- 23 - 3.3. Selbst wenn ein schwerer persönlicher Härtefall angenommen worden wäre, würde die Interessenabwägung zu Ungunsten des Beschuldigten ausfallen. So hat er ein gewerbsmässiges Vermögensdelikt begangen, wobei der Deliktsbetrag von Fr. 190'000.– nicht unerheblich ist und dies über einen längeren Zeitraum hinweg. Dieses Verhalten stört die öffentliche Ordnung erheblich und überwiegt das private Interesse des Beschuldigten an einem weiteren Verbleib in der Schweiz klar. 4.1. Die Verteidigung beruft sich, wie bereits vor Vorinstanz, auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA) der Schweizerischen Eidgenossenschaft mit der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, insbesondere auf Art. 5 Abs. 3 FZA. Es müsse deshalb geprüft werden, ob eine Landesverweisung mit dem FZA kompatibel sei. Eine Landesverweisung sei vorliegend nicht gerechtfertigt, da eine solche gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I des FZA nur bei einer gewissen Schwere der Straftat und Gefährdung der öffentlichen Ordnung in Betracht komme (Urk. 87 S. 8 ff., Urk. 114 S. 6 f.). 4.2. Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass das FZA auf den vorliegenden Fall grundsätzlich anwendbar ist, da der Beschuldigte Staatsbürger der Slowakischen Republik ist, welche seit dem 1. Mai 2004 Mitglied der Europäischen Union ist (Urk. 100 S. 28). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil BGer 6B\_1152/2017 vom 28. November 2018, E.2.5.2) gewährt das FZA kein umfassendes Aufenthaltsrecht, sondern es geht primär um die Regelung des Rechts auf Freizügigkeit von Arbeitnehmenden und von Selbständigerwerbenden sowie deren Familienangehörigen; ferner regelt Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA das Aufenthaltsrecht von Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben. Gemäss dieser Bestimmung 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 und sie überdies krankenversichert ist. Weiter steht das Aufenthaltsrecht unter dem Vorbehalt eines rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA. Das FZA berechtigt somit lediglich zu einem doppelt bedingten Aufenthalt in der Schweiz:

- 24 - Einerseits muss die Person über einen rechtmässigen Aufenthalt im Sinne des FZA verfügen, andererseits muss sie sich rechtskonform verhalten. Ein schuldig gesprochener Straftäter hat sich evidentermassen nicht rechtskonform verhalten, da jede Straftat die soziale Ordnung im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA stört (Urteil BGer 6B\_1152/2017 vom 28. November 2018, E.2.5.2 mit Verweis auf BGE 139 II 121 E. 5.3; BGE 145 IV 364 E. 3.4.4). 4.3. Der Beschuldigte ist in der Schweiz bislang nicht in einem Umfang erwerbstätig, dass er seinen Lebensunterhalt selbständig bestreiten könnte, und lebt entsprechend – neben der Unterstützung durch die Mutter – von Sozialhilfeleistun-

gen. Dies würde sich auch nach Lehrantritt nicht ändern, da der Lehrlingslohn nicht ausreicht, um die Lebenshaltungskosten zu bestreiten. Der Beschuldigte wird in wenigen Tagen 21 Jahre alt, womit seine Aufenthaltsberechtigung unter dem Titel Familienangehörige im Sinne von Art. 3 Anhang I FZA wegfallen dürfte. Mit der Vorinstanz ist deshalb davon auszugehen, dass der Beschuldigte sich bereits aufgrund des Fehlens der ersten Voraussetzung nicht auf das FZA berufen kann. 4.4. Mit Bezug auf das zweite Kriterium des rechtskonformen Verhaltens wird gemäss Bundesgericht bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA eine "spezifische Prüfung" unter dem Blickwinkel der dem Schutz der öffentlichen Ordnung innewohnenden Interessen verlangt (BGE145 IV 364 E.3.5.2 mit Verweisen auf die Rechtsprechung). Danach setzen Entfernung- oder Fernhaltungsmassnahmen eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den betreffenden Ausländer voraus. Auch vergangenes Verhalten kann eine solche Gefährdung der öffentlichen Ordnung erfüllen. Es kommt weiter auch auf die Prognose des künftigen Wohlverhaltens an. Im vorliegenden Fall bestehen, wie bereits ausgeführt, begründete Bedenken, dass sich der Beschuldigte in Zukunft wohlverhalten wird. Er hat zwar in den vergangenen Monaten eine positive zu wertende Entwicklung gezeigt, es bestehen aber Zweifel, dass diese tatsächlich andauert. So scheint der Druck des vorliegenden Verfahrens und die drohende Landesverweisung einen grossen Einfluss auf den "Sinneswandel" des Beschuldigten gehabt zu haben. So hat er sich längere Zeit nicht ernsthaft um ei-

- 25 - ne Therapie gekümmert, obwohl er immer wieder davon gesprochen hat (Urk. 30/17 F/A 17 f., Urk. 30/19 F/A 31, Urk. 30/22 F/A 17), und hat sich erst kurz vor der erstinstanzlichen Hauptverhandlung beim Ambulatorium I. \_\_\_\_\_ gemeldet (vgl. Prot. I S. 15-17). Dasselbe gilt für die Lehrstellensuche. Während er bislang sehr unkonkret davon sprach, arbeiten oder eine Lehre absolvieren zu wollen (vgl. zum Beispiel Urk. 30/16 F/A 158 ff., Urk. 30/19 F/A 30 ff., Prot. I S. 27), hat er sich nach dem erstinstanzlichen Urteil offenbar bemüht, eine Lehrstelle zu finden. Ob diese positive Entwicklung anhält, wenn der Druck dieses Strafverfahrens und die damit einhergehende drohende Landesverweisung wegfällt, ist fraglich. Ebenso bestehen, wie bereits ausgeführt, erhebliche Bedenken, dass der Beschuldigte insbesondere die schulischen Leistungen, welche die beabsichtigte Lehre verlangt, zu erbringen vermag. Dies alles trübt die Prognose des künftigen Wohlverhaltens. Anders als bei der Beurteilung betreffend Legalprognose bei der Frage des teilbedingten Vollzugs, ist an dieser Stelle nicht a priori von einer günstigen Prognose auszugehen, die umgestossen werden muss. Ohne diese Prämisse bestehen gewichtige Bedenken, dass sich der Beschuldigte in Zukunft tatsächlich wohlverhalten wird, zumal er auch im Verlaufe der Untersuchung nach jeder Festnahme jeweils beteuert hat, er werde nach einer Entlassung sicher nie mehr ein Velo klauen, faktisch dann aber mehrfach weiter delinquent hat. Der Beschuldigte hat zwar keine Gewalt angewendet, hat auch nicht gegen Leib und Leben delinquent, trotzdem hat er die öffentliche Ordnung in einem erheblichen Ausmass gestört. Von einem Bagatelldelikt, bei dem eine Landesverweisung unverhältnismässig wäre, kann keine Rede sein, was sich auch in der Freiheitsstrafe von 36 Monaten widerspiegelt. Insofern ist der Verweis der Verteidigung auf das Urteil des Bundesgerichts vom 12. Oktober 2020 (6B\_587/2020) müssig, da es bei jedem Fall betreffend mehrfachen, teilweise versuchten Betrugs um eine Strafe von 100 Tagessätzen Geldstrafe ging (Urk. 114 S. 6). 4.5. Insgesamt ist festzuhalten, dass das FZA im vorliegenden Fall einer Landesverweisung nicht entgegensteht. 5. Für die obligatorische Landesverweisung ist eine Mindestdauer von fünf Jahren und – vorbehaltlich Art. 66b Abs. 1 StGB – eine

Maximaldauer von

- 26 - 15 Jahren vorgesehen (Art. 66a Abs. 1 StGB). Bei der konkreten Bemessung der Dauer ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Weiter ist auch das Ausmass des Verschuldens zu berücksichtigen. Mit der Vorinstanz ist unter Berücksichtigung des noch jungen Alters des Beschuldigten und das im Rahmen des gewerbmässigen Diebstahls noch leichte Verschulden die Dauer der Landesverweisung auf 6 Jahre festzusetzen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kostenfestsetzung und Kostenaufgabe zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO). 2. Die Gerichtsgebühren für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor Berufungsgericht gestellten Anträge gutgeheissen wurden (BSK StPO II-Domeisen, 2. Aufl. 2014, Art. 428 N 6). Der Beschuldigte unterliegt im vorliegenden Berufungsverfahren mit seinen Anträgen in den wesentlichen Punkten. Lediglich mit Bezug auf den teilbedingten Vollzug obsiegt er aufgrund der neuerlich positiven Entwicklung. Zudem erreicht er eine leichte Reduktion der Strafe gegenüber der Vorinstanz. Ausgangsgemäss sind dem Beschuldigten deshalb die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, zu drei Vierteln aufzuerlegen und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei eine allfällige Rückerstattungspflicht im Umfang von drei Vierteln vorbehalten bleibt (Art. 135 Abs. 4 StPO). 3. Der geltend gemachte Aufwand der amtlichen Verteidigung erscheint ausgewiesen und angemessen. Mit dem Aufwand für die Berufungsverhandlung ist sie daher mit Fr. 3'700.– (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

- 27 - Es wird beschlossen:

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