

ZH_OBERGERICHT SB220221 vom 26. September 2022

ZH Obergericht, 2022-09-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB220221

FR: ZH_OBERGERICHT SB220221 du 26 septembre 2022

IT: ZH_OBERGERICHT SB220221 del 26 settembre 2022

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Die Vorinstanz hat die Grundlagen für die Anordnung einer Landesverweisung etwas gar knapp abgehandelt (Urk. 56 S. 24 E. VII.1.), weshalb dazu ergänzend noch folgendes festzuhalten ist:

E. 1.2

In seinem Urteil vom 4. Dezember 2019 (6B_690/2019) hat das Bundesgericht seine Rechtsprechung zur Härtefallregelung bei der Landesverweisung präzisiert und zusammengefasst festgehalten, ob bei einer Person ein Härtefall vorliegt, weil sie "in der Schweiz geboren oder aufgewachsen" ist, bestimmen sich weder anhand von starren Altersvorgaben, noch führe eine bestimmte Anwesenheitsdauer automatisch zur Annahme eines Härtefalls. Die Härtefallprüfung sei vielmehr im Einzelfall anhand der gängigen Integrationskriterien durchzuführen. Im Einzelnen:

E. 1.3

[...] Die obligatorische Landesverweisung wegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB greift grundsätzlich unabhängig von der konkreten Tat schwere (BGE 144 IV 332 E. 3.1.3 S. 339). Sie muss zudem unabhängig davon ausgesprochen werden, ob es beim Versuch geblieben ist und ob die Strafe bedingt, unbedingt oder teilbedingt ausfällt (BGE 144 IV 168 E. 1.4.1 S. 171; Urteil 6B_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.2.1; vgl. zum Ganzen Urteil 6B_690/2019 vom 4. Dezember 2019, E. 3.4.1.).

E. 1.4

Von der Anordnung der Landesverweisung kann nur "ausnahmsweise" unter den kumulativen Voraussetzungen abgesehen werden, dass sie (1.) einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und (2.) die öffentlichen Interessen an - 15 - 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; sog. Härtefallklausel). Die Härtefallklausel dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 144 IV 332 E. 3.1.2 S. 338; Urteile 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 3.2, zur Publikation vorgesehen; 6B_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.2.2; je mit Hinweisen). Sie ist restriktiv anzuwenden (BGE 144 IV 332 E. 3.3.1 S. 340). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur kriteriengeleiteten Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden

persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) heranziehen (BGE 144 IV 322 E. 3.3.2 S. 340 f.; Urteil 6B_689/2019 vom 25. Oktober 2019 E. 1.7; vgl. zum Ganzen Urteil 6B_690/2019 vom 4. Dezember 2019, E. 3.4.2.).

E. 1.5

Sinn und Zweck der Altersvorgaben im Migrationsrecht ist es, sicherzustellen, dass ein Kind mindestens die Hälfte der obligatorischen Schulzeit in der Schweiz verbringt, was der Integration und der Förderung der sprachlichen Fähigkeiten zuträglich sei (vgl. Art. 42 Abs. 4 des Ausländer- und Integrationsgesetzes vom 16. Dezember 2005 [AIG; SR 142.20]; siehe auch Art. 43 Abs. 6 und Art. 47 Abs. 1 AIG sowie Art. 73 Abs. 1 VZAE; MARC SPESCHA, in: SPESCHA et al. [Hrsg.], Migrationsrecht Kommentar, 5. Aufl. 2019, N. 18 zu Art. 42 und N. 1 zu Art. 47 AIG mit Hinweisen). Diese Überlegungen sind grundsätzlich auch im Rahmen der Härtefallprüfung nach Art. 66a Abs. 2 StGB von Relevanz, spielt der Grad der Integration doch auch in diesem Zusammenhang eine entscheidende Rolle. Wie das Bundesgericht bereits mehrfach festgehalten hat, kann bei einer Härtefallprüfung allerdings nicht schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer eine Verwurzelung in der Schweiz angenommen werden. Spielt sich das gesellschaftliche Leben einer ausländischen Person primär mit Angehörigen des eigenen Landes ab, spricht dies eher gegen die Annahme einer hinreichenden Integration (Urteil 6B_689/2019 vom 25. Oktober 2019 E. 1.7.2 mit Hinweisen). Im Gegensatz zum Migrationsrecht sieht Art. 66a Abs. 2 StGB denn auch keine Al-

- 16 - tersgrenze vor. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber entsprechende Vorgaben in den Wortlaut der Gesetzesbestimmung aufgenommen hätte, wenn dies seinem Willen entsprochen hätte. Die Anwendung von starren Altersvorgaben sowie die automatische Annahme eines Härtefalls ab einer bestimmten Anwesenheitsdauer findet somit keine Stütze im Gesetz. Die Härtefallprüfung ist vielmehr in jedem Fall anhand der gängigen Integrationskriterien (vgl. BGE 144 IV 322 E. 3.3.2 S. 340 f.) vorzunehmen. Der besonderen Situation von in der Schweiz geborenen oder aufgewachsenen ausländischen Personen wird dabei Rechnung getragen, indem eine längere Aufenthaltsdauer, zusammen mit einer guten Integration - beispielsweise aufgrund eines Schulbesuchs in der Schweiz - in aller Regel als starkes Indiz für das Vorliegen von genügend starken privaten Interessen und damit für die Bejahung eines Härtefalls zu werten ist (1. kumulative Voraussetzung; vgl. E. 3.4.2). Bei der allenfalls anschliessend vorzunehmenden Interessenabwägung (2. kumulative Voraussetzung) ist der betroffenen Person mit zunehmender Anwesenheitsdauer ein gewichtigeres privates Interesse an einem Verbleib in der Schweiz zuzubilligen. Hingegen kann davon ausgegangen werden, dass die in der Schweiz verbrachte Zeit umso weniger prägend war, je kürzer der Aufenthalt und die in der Schweiz absolvierte Schulzeit waren, weshalb auch das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz weniger stark zu gewichten ist (vgl. zum Ganzen Urteil 6B_690/2019 vom 4. Dezember 2019, E. 3.4.4.). 2. Würdigung Der Beschuldigte hat sich als Ausländer mit dem versuchten Einbruchdiebstahl einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a StGB (Art. 66a Abs. 1 lit. d StGB) schuldig gemacht hat, weshalb grundsätzlich obligatorisch eine Landesverweisung im Sinne von Art. 66a StGB anzuordnen ist. Davon kann nur abgesehen werden, wenn die Landesverweisung für den Beschuldigten einen schweren persönlichen Härtefall darstellen würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der

Schweiz nicht überwiegen. Noch einmal sei betont, dass die Härtefallklausel eine restriktiv anzuwendende Ausnahmeklausel ist. Was die persönlichen Verhältnisse des Be-

- 17 - schuldigten betrifft, kann zunächst auf das bereits Ausgeführte verwiesen werden. Daraus bzw. aufgrund der Akten (Urk. 5/1 S. 4 f. F/A 28 ff., Urk. 5/3 S. 7 ff. F/A 28 ff., Prot. I S. 8 ff.) ergibt sich, dass er Beschuldigte den Grossteil seines Lebens nicht in der Schweiz verbrachte, insbesondere nicht seine Kindheit und Jugend. Er kam erst im Jahr 2002, also in seinem 25. Lebensjahr in die Schweiz. Er lebte zwar die letzten zwanzig Jahre in der Schweiz, scheint hier aber gleichwohl nicht besonders verwurzelt. Er ist geschieden und kinderlos und hat zwei Schwestern, die auch in der Schweiz leben. Ebenso muss von einer unterdurchschnittlich sozialen und beruflichen Integration ausgegangen werden, war der Beschuldigte doch immer wieder auf staatliche Fürsorge angewiesen, nicht nur in finanzieller Hinsicht. Er würde in I. _____ wohl ein ähnliches Leben führen wie in der Schweiz, seine dortigen Integrationschancen erscheinen jedenfalls nicht wesentlich schlechter als die hiesigen. Die mit einer Verschiebung des Lebensmittelpunktes nach I. _____ einhergehenden Inkommoditäten halten sich beim Beschuldigten vergleichsweise insofern in Grenzen, als er den grösseren Teil seines Lebens dort verbracht hat und die dortige Sprache kennt. Im Übrigen sind sie als vom Gesetzgeber gewollt hinzunehmen. Zudem gab der Beschuldigte anlässlich der Hafteinvernahme vom 9. April 2021 auf die Frage, wie er sich zu einem Landesverweis äussere, an, er würde in I. _____ besser leben als hier, er würde [dort] keine Drogen nehmen (Urk. 5/1 S. 5 F/A 36). Offenbar hält er sich zudem aktuell auch in I. _____ auf. Von einem schweren persönlichen Härtefall kann deshalb nicht ausgegangen werden, womit sich eine Interessenabwägung erübrigt und die Landesverweisung anzuordnen ist. Die von der Vorinstanz angeordnete Dauer der Landesverweisung von fünf Jahren ist angemessen und zu übernehmen. Diese Landesverweisung ist im Schengener Informationssystem auszuschreiben, diesbezüglich kann auf die vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (Urk. 56 S. 25 E. VII.3.f.). VI. DNA-Profil Was die beantragte Löschung des DNA-Profiles des Beschuldigten anbelangt, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 56 S. 26 f. E. X.). Eine sofortige Löschung kann nicht angeordnet werden.

- 18 - VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Erstinstanzliches Verfahren Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung ist zu bestätigen. Was die erstinstanzliche Kostenverteilung betrifft, so auferlegte die Vorinstanz dem Beschuldigten unter Hinweis auf den erfolgten Freispruch betreffend den Vorwurf der Sachbeschädigung die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, zu zwei Dritteln und nahm ein Drittel auf die Gerichtskasse. Das ist nicht zu beanstanden. Weiter nahm sie die Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse, vorbehaltlich einer Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Auch das ist soweit richtig. Die Vorinstanz hat jedoch übersehen, dass konsequenterweise im Umfang des erfolgten Freispruchs, d.h. im Umfang eines Drittels, auch die Kosten der amtlichen Verteidigung sofort definitiv auf die Gerichtskassen zu nehmen gewesen wären, was zu korrigieren ist. 2. Berufungsverfahren

E. 2

Umfang der Berufung Unangefochten blieben die Dispositiv-Ziffern 2 und 8 des vorinstanzlichen Entscheids, in welchem Umfang dieser in Rechtskraft erwuchs, was mit Beschluss festzuhalten ist (Urk. 70). Im übrigen Umfang steht der vorinstanzliche Entscheid zur Disposition. Es gilt das Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO).

E. 2.1

Die Gebühr für das Berufungsverfahren ist praxisgemäss auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten sind einstweilen und unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht auf die Gerichtskasse zu nehmen.

E. 2.2

Die amtliche Verteidigung des Beschuldigten macht ein Honorar von insgesamt Fr. 3'219.55 geltend, was ausgewiesen und angemessen ist (vgl. Urk. 72). Zusätzlich zu entschädigen ist der Aufwand für die Berufungsverhandlung und eine Nachbesprechung, weshalb die amtliche Verteidigung mit insgesamt Fr. 3'700.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen ist.

- 19 - Es wird beschlossen:

E. 3

Prozessuales

E. 3.1

Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz ist zutreffend (Urk. 56 S. 14-17 E. III.), darauf kann ebenfalls verwiesen werden. Mit der Vorinstanz ist insbesondere davon auszugehen, dass weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe vorliegen und die Suchtmittelabhängigkeit des Beschuldigten zu einer im Tatzeitraum verminderten Schuldfähigkeit führte, was strafmindernd zu berücksichtigen ist (vgl. a.a.O., S. 16 E. III.2.5. und S. 17 E.III.3.4. bzw. dazu vorne unter E. I.3.2. bzw. sogleich nachfolgend unter E. III.2.).

- 9 -

E. 3.2

Die Verteidigung stellte den Eventualantrag, es sei von einer Bestrafung des Beschuldigten wegen tätiger Reue im Sinne von Art. 23 Abs. 1 StGB und Art. 52 StGB Umgang zu nehmen, subeventualiter wegen untauglichem Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 2 (Urk. 70 S. 10, Urk. 40 S. 3).

E. 3.3

Tätige Reue gemäss Art. 23 Abs. 1 StGB sieht lediglich eine Strafmilderung und keine Strafbefreiung vor. Zudem ist das Ablassen von einem erfolglos versuchten Einbruchdiebstahl keine tätige Reue, sondern eben ein profaner Versuch im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB. Darüber hinaus fehlt es auch nicht an einem staatlichen Strafbedürfnis, bloss weil ein Einbruchdiebstahl nicht gelungen ist. Würde man hier Täter von Strafe befreien, wäre dies geradezu ein Aufruf an Diebe, es an möglichst vielen Orten zumindest einmal zu versuchen, da ihr Tun im Falle eines Misserfolgs ja straflos bleibe. Bei solch in der Praxis verbreiteten Eigentumsdelikten besteht im Gegenteil aus generalpräventiven Gründen ein sehr hohes Strafbedürfnis des Staates.

E. 3.4

Schliesslich begründet auch die Verteidigung nicht, aus welchen Gründen ein untauglicher Versuch gemäss Art. 22 Abs. 2 StGB vorliege. Mit mehr Gewalt hätten der Beschuldigte

und sein Begleiter die Türe mit Sicherheit aufdrücken können. Zudem war das Geschäft auch nicht leer, was die Täter durch das Schaufenster unschwer erkennen konnten. Weshalb es ihnen nicht möglich gewesen sein soll, sich nach dem Eindringen Waren anzueignen, bleibt beim Standpunkt der Verteidigung schleierhaft. III. Strafe 1. Strafrahmen, Strafart und allgemeine Strafzumessungsregeln Die Vorinstanz hat den Strafrahmen, die Strafart und die allgemeinen Strafzumessungsregeln zutreffend dargelegt (Urk. 56 S. 18-20 VI.1-3.), darauf kann verwiesen werden. Zur Strafart hat sie richtig festgehalten, dass aufgrund der fünf teilweise einschlägigen Vorstrafen (Urk. 62) die Ausfällung einer Geldstrafe nicht mehr in Frage kommt.

- 10 - 2. Konkrete Strafzumessung

E. 4

Vollzug Die Freiheitsstrafe ist zu vollziehen, diesbezüglich kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (Urk. 56 S. 23 E. V.).

- 12 - IV. Therapeutische Massnahme 1. Grundlagen

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