

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180378-O/U/ad

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Ersatzoberrichterin lic. iur. Mathieu und Ersatzoberrichter lic. iur. Castrovilli sowie Gerichtschreiberin lic. iur. Leuthard

Urteil vom 6. März 2020

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Raub etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom
9. Mai 2018 (DG170092)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 28. November 2017 (Urk. 33) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 StGB
 - des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 15 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 228 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen.
5. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem angeordnet.
6. Die am 8. Mai 2017 polizeilich sichergestellten Gegenstände (1 Mobiltelefon Samsung, rot, IMEI 1, Asservat Nr. A010'362'397; 1 Micro-SIM-Karte Lebara, Nr. 2, Asservat Nr. A010'362'4005) werden eingezogen und der Bezirksgerichtskasse zur Vernichtung überlassen.
7. Die Zivilansprüche der Privatklägerinnen werden auf den Zivilweg verwiesen.

8. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf:

- Fr. 2'500.-; die weiteren Auslagen betragen:
- Fr. 2'500.- Gebühr für die Strafuntersuchung
- Fr. 424.50 Auslagen Vorverfahren (Gutachten)
- Fr. 4'680.-Telefonkontrolle
- Fr. - amtl. Verteidigungskosten (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 85 S. 2)

1. Es sei festzustellen, dass das Urteil der I. Abteilung des Kollegialgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 9. Mai 2018 (Geschäfts-Nr. DG170092) bezüglich Dispositivziffer 1 (Schuldprüche betreffend des Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 StGB und des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19. Abs. 1 lit. c und d BetmG), Dispositivziffer 2 (Freiheitsstrafe von 15 Monaten und Anrechnung der erstandenen Haftdauer von 228 Tagen), Dispositivziffer 3 (Bedingt ausgefallte Freiheitsstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren), Dispositivziffer 6 (Einziehung und Vernichtung des von der Polizei am 8. Mai 2017 beschlagnahmten Mobiltelefons "Samsung" und einer Micro-SIM-Karte Lebara), Dispositivziffer 7 (Verweis der Privatklägerinnen auf den Weg des Zivilprozesses), Dispositivziffer 8 und 9 (Kostenfestlegung und Kostenauflegung) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Es sei gegen den Beschuldigten eine Landesverweisung von 5 Jahren anzuordnen.
 3. Es sei von einer Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem abzusehen.
 4. Die Kosten des Berufungsverfahrens inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung zuzüglich Mehrwertsteuer seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.
- b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(schriftlich, Urk. 70)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

1. Prozessverlauf

1.1. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 9. Mai 2018 wurde der Beschuldigte des Raubes im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 StGB sowie des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG schuldig gesprochen und mit 15 Monaten Freiheitsstrafe bestraft, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe aufgeschoben wurde. Sodann verwies die Vorinstanz den Beschuldigten im Sinne von Art. 66a StGB für 10 Jahre des Landes und sie ordnete die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem an (Urk. 64).

1.2. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte am 22. Mai 2018 rechtzeitig Berufung an (Urk. 56) und reichte am 13. September 2018 (Datum Poststempel) innert Frist die Berufungserklärung ein (Urk. 67, vgl. Urk. 59). Die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (nachfolgend Staatsanwaltschaft) teilte mit Eingabe

vom 28. September 2018 mit, dass sie die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantrage sowie um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung ersuche (Urk. 70). Die Privatklägerinnen liessen sich nicht vernehmen. Das Dispensationsgesuch der Staatsanwaltschaft wurde im Einverständnis mit dem Beschuldigten am 16. Januar 2019 bewilligt (Urk. 70). Nachdem der Beschuldigte zur Berufungsverhandlung vom 12. April 2019 nicht erschienen war, wurde diese verschoben (Prot. II S. 3 f.) und der Beschuldigte mittels Publikation im Amtsblatt neu vorgeladen (Urk. 81). Die Berufungsverhandlung fand in der Folge am 6. März 2020 in Anwesenheit der amtlichen Verteidigerin, Rechtsanwältin lic. iur. X._____, und in unentschuldigter Abwesenheit des Beschuldigten statt (Prot. II S. 6 ff.). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Berufungserklärung

2.1. In der Berufungserklärung ist anzugeben, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils verlangt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO). Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung.

2.2. Mit der Berufungserklärung vom 13. September 2018 beschränkte der Beschuldigte die Berufung auf die Anordnung einer Landesverweisung von 10 Jahren sowie die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (Urk. 67).

2.3. Nachdem die Urteilsdispositivziffern 1 (Schuldspruch), 2 (Strafe), 3 (Vollzug), 6 (Einziehung), 7 (Zivilansprüche), 8 und 9 (Kosten) nicht angefochten sind, ist festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Landesverweisung

3.1. Die Vorinstanz hat eine Landesverweisung für die Dauer von 10 Jahren ausgesprochen (Urk. 64 S. 21). Es wird vom Beschuldigten zu Recht nicht in Frage gestellt, dass die Voraussetzungen für eine (obligatorische) Landesverweisung gegeben sind. So verweist das Gericht den Ausländer, der wegen Raubes verur-

teilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 bis 15 Jahre aus der Schweiz (Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB). Wie die Vorinstanz sodann zutreffend festhält, liegt kein Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vor. Ein solcher wird vom Beschuldigten zu Recht auch nicht geltend gemacht. Der Beschuldigte weist anerkanntermassen keinen nennenswerten Bezug zur Schweiz auf. Seine gesamte Familie lebt in Albanien, wohin er auch zurückkehren möchte (Urk. 3/3 S. 9 f.). Auch ging er in der Schweiz keiner Erwerbstätigkeit, sondern einzig seinen kriminellen Handlungen nach.

3.2. Der Beschuldigte beanstandet jedoch die von der Vorinstanz ausgesprochene Dauer der Landesverweisung von 10 Jahren sowie die Ausschreibung im Schengener Informationssystem (Urk. 67 S. 3; Urk. 85). Er macht geltend, dass insbesondere zu berücksichtigen sei, dass er als Künstler tätig sei und sich bei einem internationalen Durchbruch auch in die Schweiz bzw. nach Europa begeben können müsste. Es sei offensichtlich, dass er nicht mehr delinquieren werde. Deshalb wäre es gegen die Interessen der Schweiz bzw. von Europa, wenn er für eine noch längere Dauer als Künstler nicht in die Schweiz und auch nicht in Europa einreisen könnte (Urk. 51 S. 14; Urk. 85 S. 4 ff.).

3.3. Art. 66a StGB sieht als Dauer der obligatorischen Landesverweisung einen Rahmen von 5 bis 15 Jahren vor. Die Bemessung der Dauer im Einzelfall liegt im Ermessen des Gerichts, welches sich dabei insbesondere am Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu orientieren hat (BBI 2013 S. 5975 ff., S. 6021). Dabei sind insbesondere die privaten Interessen des zu einer Landesverweisung Verurteilten mit dem je nach Art der begangenen Rechtsgutverletzung unterschiedlich starken öffentlichen Entfernungs- und Fernhalteinteresse miteinander in Einklang zu bringen. Sodann ist die Dauer auch nach dem Verschulden des Täters zu bemessen (BSK StGB I-Zurbrügg/Hruschka, Art. 66a N 28 f.). Im Entscheid BGE 123 IV 107 hat das Bundesgericht unter dem früheren Recht eine gewisse Korrelation zwischen der Höhe der ausgesprochenen Strafe und der Dauer der Landesverweisung statuiert, sofern nicht besondere Gründe vorlägen. Es gibt keinen Anlass, unter neuem Recht von dieser bundesgerichtlichen Auffassung abzuweichen.

3.4. Der Beschuldigte wurde von der Vorinstanz – in Übereinstimmung mit dem Strafantrag des Staatsanwalts (Urk. 49 S. 1) – zu einer Strafe von 15 Monaten verurteilt, wobei der Vollzug der Strafe aufgeschoben wurde (Urk. 64 S. 21). Der Beschuldigte ist ferner Ersttäter und im Schweizerischen Strafregister nicht verzeichnet (Urk. 66). In Anbetracht dieser Umstände und der Strafhöhe resp. des noch leichten Verschuldens des Beschuldigten ist es angebracht, die Dauer der Landesverweisung im unteren, jedoch nicht untersten Bereich der möglichen Dauer anzusiedeln. Sodann ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte seine Taten glaubhaft bereut (Urk. 3/4 S. 16 f., S. 20; Urk. 3/8 S. 5, S. 16; Urk. 19/10.2). Jedoch ist er einzig zum Zweck in die Schweiz eingereist, kriminellen Handlungen nachzugehen (Urk. 3/1 S. 1 ff.; Urk. 3/8 S. 4). Ein schützenswertes Interesse des Beschuldigten an einer Einreise in die Schweiz ist sodann nicht erkennbar. Seine gesamte Familie lebt in Albanien (Urk. 3/3 S. 10; Urk. 3/8 S. 4) und er plant sein weiteres Leben in Albanien (Urk. 3/8 S. 4; Urk. 51 S. 12). Der von ihm geltend gemachte internationale Durchbruch als Künstler (Urk. 51 S. 14; Urk. 85 S. 5) ist nicht absehbar.

3.5. Insgesamt erscheint es bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände angemessen, den Beschuldigten im Sinne von Art. 66a StGB für 6 Jahre des Landes zu verweisen.

4. Ausschreibung im Schengener Informationssystem

4.1. Gemäss Art. 20 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems und das SIRENE-Büro (N-SIS-VO) können Drittstaatenangehörige – d.h. Personen, die keinem Mitgliedstaat des Übereinkommens angehören – zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS) ausgeschrieben werden, wenn der entsprechende Entscheid einer Verwaltungs- oder einer Justizbehörde vorliegt. Die Ausschreibung der Landesverweisung wird vom urteilenden Gericht angeordnet und soll erfolgen, wenn die ausgesprochene Landesverweisung auf einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder die nationale Sicherheit beruht (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung).

4.2. Die Anordnung der Ausschreibung im SIS hat mehr als blossen Mitteilungscharakter. Nichtfreizügigkeitsberechtigte Drittstaatenangehörige sind durch die Ausschreibung nicht nur verpflichtet, die Schweiz zu verlassen, sondern werden aus dem gesamten Schengenraum verwiesen (vgl. Art. 6 Abs. 1 sowie Art. 14 Abs. 1 der Verordnung [EU] Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenze durch Personen [Schengener Grenzkodex, SGK, Abl. L 77/1 vom 23. März 2016]). Die Erläuterungen des Bundesamts für Justiz zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung halten entsprechend fest, dass die Ausschreibung im SIS zwar einen gewissen Vollzugscharakter habe, durch die Ausschreibung aber auch der ursprüngliche Inhalt der Sanktion massiv verändert werde. Aus diesem Grund wurde die Kompetenz, über die Ausschreibung einer Landesverweisung zu entscheiden, dem Strafgericht übertragen, welches auch die Landesverweisung anordnet (Erläuterungen des Bundesamts für Justiz zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung vom 20. Dezember 2016, Ziff. 1.6, S. 11).

4.3. Die Ausschreibung erfolgt, wenn die nationale Entscheidung mit der Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die nationale Sicherheit begründet wird, die die Anwesenheit der betreffenden Person in einem Mitgliedstaat darstellt. Das ist insbesondere der Fall, wenn die betreffende Person in einem Mitgliedstaat wegen einer Straftat verurteilt wurde, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist (Art. 24 Ziff. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung). Das Schengener Durchführungsabkommen ist in diesem Punkt unklar formuliert. Es kann indessen nicht die richtige Auslegung des Abkommens sein, dass eine Höchststrafe von mindestens einem Jahr bereits genügen soll. Dies würde dazu führen, dass praktisch alle Straftatbestände erfasst wären. Aus Art. 24 SIS-II-Verordnung ergibt sich, dass die SIS-Ausschreibung nur bei schweren Straftaten erfolgen soll. Sodann sind die Mindeststrafen für einzelne Delikte in den Mitgliedstaaten nicht einheitlich. So kennt zum Beispiel das deutsche Strafrecht viel häufiger eine Mindeststrafe von einem Jahr als das Schweizerische. Der abstrakte Strafrahmen erscheint daher als wenig taugliches Abgrenzungskriterium. Es rechtfertigt sich deshalb, nicht nur auf die Mindeststrafe für das infrage stehende

Delikt abzustellen, sondern auf die Höhe der konkret ausgefallten Freiheitsstrafe (OG ZH SB170246 vom 6. Dezember 2017, E. III.3).

4.4. Der Beschuldigte ist Staatsangehöriger von Albanien und verfügt über keine Aufenthaltsbewilligung eines Mitgliedstaates der EU oder EFTA. Er wurde von der Vorinstanz zu einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten verurteilt und wird mit heutigem Urteil für 6 Jahre des Landes verwiesen. Auch wenn in unserer Strafordnung für den Raub keine Mindeststrafe von einem Jahr gilt, liegt die aufgrund des Verschuldens des Beschuldigten festzulegende Strafe bei 15 Monaten. Zwar ist nicht von einer grossen kriminellen Energie beim Beschuldigten auszugehen und ist die Tat ziemlich spontan erfolgt. Jedoch bedrohte der Beschuldigte die Geschädigte mit einer echt aussehenden Spielzeugpistole, die er dauernd auf sie richtete und dabei auch noch eine fiktive Ladebewegung vornahm, um die Waffe als echt wirken zu lassen. Die Geschädigte wurde durch den Vorfall nachhaltig in ihrer psychischen Integrität beeinträchtigt (Urk. 48). Die Vorinstanz weist sodann zurecht drauf hin, dass in unseren Nachbarländern ein Raub im Regelfall mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bestraft wird (vgl. Urk. 64 S. 18 und BSK StGB II-Niggli/Riedo, Art. 140 N 1 ff.). Das Interesse der Öffentlichkeit, solche einschneidenden Vorfälle zu verhindern, ist gross. Insgesamt muss die vom Beschuldigten begangene Tat als schwer im Sinne von Art. 21 und 24 der SIS-II-Verordnung qualifiziert werden und muss von einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit im Sinne von Art. 24 der SIS-II-Verordnung ausgegangen werden.

4.5. Zu den persönlichen Interessen des Beschuldigten ist Folgendes anzubringen: Der Beschuldigte hielt sich bis zu seiner Verhaftung nur kurze Zeit in der Schweiz auf. So reiste er Anfangs März 2017 in die Schweiz ein und er wurde bereits am 8. Mai 2017 verhaftet. Er hat keine familiären Verbindungen zur Schweiz und reiste einzig zum Zweck in die Schweiz ein, kriminellen Handlungen nachzugehen (Urk. 3/1 S. 1 ff.; Urk. 3/8 S. 4). Der Beschuldigte hat seine Ausbildung in Albanien absolviert, und er war mit Ausnahme eines kurzen Aufenthalts in Griechenland vor seiner Einreise in die Schweiz noch nie ausserhalb von Albanien (Urk. 3/8 S. 4). Seine gesamte Familie lebt in Albanien (Urk. 3/3 S. 10; Urk. 3/8 S. 4), und er plant sein weiteres Leben in Albanien (Urk. 3/8 S. 4; Urk. 51 S. 12).

Der Beschuldigte verfügt damit auch über keine familiären und/oder beruflichen Beziehungen in einem Mitgliedsstaat. Der von ihm geltend gemachte internationale Durchbruch als Künstler (Urk. 51 S. 14; Urk. 85 S. 5) ist sodann, wie bereits ausgeführt, nicht absehbar. Eine Ausschreibung im Schengener Informationssystem trifft den Beschuldigten somit nicht derart, dass von einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsberechtigung auszugehen ist.

4.6. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die öffentlichen Interessen an einer Ausschreibung im Schengener Informationssystem die privaten Interessen des Beschuldigten an einer Einreise im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates überwiegen. Dementsprechend ist die Ausschreibung im Schengener Informationssystem anzuordnen.

5. Kostenfolgen

5.1. Der Beschuldigte unterliegt mit seinem Antrag auf Verzicht einer Ausschreibung im Schengener Informationssystem. Jedoch obsiegt er fast vollständig bezüglich Reduktion der Dauer der Landesverweisung. Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Angesichts der schlechten finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten ist ihm sein Kostenanteil aber zu erlassen (vgl. Art. 425 StPO).

5.2. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Betrag von pauschal Fr. 4'100.– inklusive Mehrwertsteuer (vgl. Urk. 84 zuzüglich 30 Minuten Aufwand für die Berufungsverhandlung vom 6. März 2020) sind aus demselben Grund definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 9. Mai 2018 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 2 (Strafe), 3 (Vollzug),

6 (Einziehung), 7 (Zivilansprüche) sowie 8 und 9 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 6 Jahre des Landes verwiesen.
2. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem angeordnet.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'100.– amtliche Verteidigung
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt, sein Kostenanteil aber erlassen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
5. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - das Migrationsamt des Kantons Zürichsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

- die Vorinstanz [mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen an die (Lager-)Behörde, inkl. DNA-Formular an die KOST Zürich, exkl. Formular A].

6. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 6. März 2020

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Leuthard