

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB220422-O/U/nm-cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Stiefel, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Bertschi
und Ersatzoberrichter lic. iur. Kessler sowie Gerichtsschreiberin
MLaw Boese

Urteil vom 3. April 2023

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **gewerbs- und bandenmässigen Diebstahl etc. und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Strafgericht, vom
7. April 2022 (DG210032)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 12. Oktober 2021 (Urk. 44) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 67 S. 27)

1. Der Beschuldigte, A._____, ist schuldig
 - des gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 139 Ziff. 2 und Ziff. 3 Abs. 2 StGB;
 - der mehrfachen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB;
 - des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB;
 - des Verweisungsbruchs im Sinne von Art. 291 StGB.
2. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. Mai 2020 (Geschäfts-Nr. DG200002-K) ausgefallten Strafe von 19 Monaten wird widerrufen.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der widerrufenen Strafe bestraft mit 45 Monaten Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe, wovon bis und mit heute 732 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug bereits erstanden sind (218 Tage erstandene Haft im Verfahren DG200002-K, 197 Tage erstandene Haft im Verfahren DG210032-I, 317 Tage vorzeitigen Strafvollzug).
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB in Verbindung mit Art. 66b Abs. 1 StGB für die Dauer von 20 Jahren des Landes verwiesen.
5. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet.

6. Die folgenden sichergestellten bzw. mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 25. Juni 2021 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich, Asservate-Triage, zur Vernichtung überlassen:

- 2 Taschenlampen (A014'370'979)
- 1 Feinwaage (A014'370'991)
- 1 Diamantentestgerät (A014'371'007)
- 1 Holzbox mit Chemikalienfläschchen zum Metalltestern (A014'371'018)
- 1 Taschenlampe und 1 Fahrradpumpe (A014'371'074)
- 2 Metallspiralen für Fensteröffnung (A014'371'110)
- 1 Taschenlampe schwarz (A014'371'143)

7. Die folgenden sichergestellten bzw. mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2021 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich, Asservate-Triage, zur gutschneidenden Verwendung bzw. zur allfälligen Rückgabe an die Geschädigten auf Verlangen überlassen:

- 1 Calvin Klein Sack weiss (A014'369'154)
- Damenhandtasche Louis Vuitton braun/beige/rot mit Kette goldfarben (A014'369'201)
- Damenhandtasche Louis Vuitton braun/beige mit Bändel (A014'369'256)
- Damenhandtasche Louis Vuitton dunkelbraun/beige mit Bändel (A014'369'267)
- Damenhandtasche Louis Vuitton dunkelbraun/beige mit Henkel (A014'369'325)
- Damenhandtasche Louis Vuitton grün mit Bändel (A014'369'369)
- Stoffsack weiss Guess rote Schrift (A014'369'392)
- Portemonnaie Calvin Klein schwarz mit Reissverschluss (A014'369'438)
- Portemonnaie Louis Vuitton braun/beige mit Carremuster (A014'369'461)
- Portemonnaie Gucci dunkelbraun mit rotem Strich (A014'369'494)
- Damenhandtasche Guess schwarz mit Bändel weiss/schwarz (A014'369'518)

- Stoffsack weiss mit Calvin Klein schwarzer Schrift (A014'369'541)
- Damen Shopping Bag schwarz Calvin Klein (A014'369'609)
- Shoppingbag Calvin Klein braun mit CK Muster (A014'369'621)
- Damenhandtasche gross Calvin Klein schwarz Leder mit Metalletikette (A014'369'632)
- Stoffsack Calvin Klein schwarz mit weisser Schrift (A014'369'654)
- Damenrucksack Calvin Klein Braun mit CK Muster (A014'369'665)
- Stoffsack Louis Vuitton gelb (A014'369'676)
- Damenreisetasche Louis Vuitton braun/beige kariert mit Portemonnaie Louis Vuitton braun/beige kariert mit Quittung (A014'369'687)
- Stoffsack weiss Calvin Klein mit schwarzer Schrift (A014'369'698)
- Damenhängetasche Louis Vuitton weiss/grau kariert mit braunem Bündel (A014'369'712)
- Stoffsack Guess weiss mit roter Schrift (A014'369'723)
- Damenhandtasche Guess rosa mit silberfarbenem Emblem «Guess» (A014 '369'734)
- Damenhandtasche Guess schwarz mit grosser Schnalle und Henkel (A014'369'745)
- Damenhandtasche Guess schwarz mit Dreieckemblem «Guess» (A014'369'756)
- Doppelhandtasche Guess schwarz (A014'369'767)
- Damentoilettentasche Louis Vuitton mit VL braun (A014'369'789)
- Portemonnaie mit Lederkarte und Visitenkarte (A014'369'790)
- Toilettentasche Bally (A014'369'803)
- Herrenturnschuhe Schwarz (A014'369'814)
- Sportschuhe Boss schwarz (A014'369'836)
- Sportschuhe Puma schwarz/grau (A014'369'847)
- Sportschuhe Adizero weiss/schwarz/gelb (A014'369'870)
- Einkaufstasche Plastik blau/gelb/schwarz (A014'369'881)
- Damenhandtasche schwarz U.S . Polo Assn. mit Stoffhülle (A014'369'905)
- Lange Winterherrenjacke Walbusch, schwarz (A014'369'927)
- Winterparkjacke Burberry mit Fellkragen olivegrün mit Lederhandschuhen in Jackentasche (A014'369'938)
- Herrenjacke Hermes grau, H833300HD (A014'369'949)
- Herrenmantel Moncler dunkelblau mit Fellkragen (A014'369'950)

- Herrenjacke Walbusch sehr dunkles Blau mit kariertem Futter (A014'369'972)
- Sportjacke Adidas Juventus blau mit drei weissen Streifen (A014'370'015)
- Adidas und Juventus dunkelblau mit drei weissen Streifen (Sporthose) (A014'370'037)
- Herrenarmbanduhr Metal.ch (A014'370'059)
- Adidas schwarz mit drei weissen Streifen (Herrenhose) (A014'370'071)
- Herrenpullover Boss grau (A014'370'106)
- T-Shirt Boss weiss Polo (A014'370'117)
- Baseballkappe Hermes Bordeaux (A014'370'128)
- Herrenarmbanduhr ohne Armband schwarz/goldfarben Marke Invicta (A014'370'140)
- Herrenarmbanduhr BMW silberfarben/blau (A014'370'162)
- Herrenarmbanduhr Audi silberfarben, weisses Zifferblatt, braunes Armband (A014'370'195)
- Herrenarmbanduhr Camel silberfarben, blaues Zifferblatt, braunes Armband (A014'370'220)
- Herrenarmbanduhr Audi rotes Zifferblatt, schwarzes Armband (A014'370'231)
- Herrenarmbanduhr Straton, schwarzes Zifferblatt und schwarzes Armband (A014'370'264)
- Perlenkette defekt (A014'370'275)
- Armband silberfarben mit Steinen (A014'370'286)
- Fingerring silberfarben mit Steineinsatz (A014'370'300)
- Damenfingerring silberfarben mit eingefasstem Stein (A014'370'322)
- Einkaufstasche Plastik gelb/schwarz/grau (A014'370'344)
- Einkaufstasche Plastik Budosport (A014'370'355)
- Damenschminktaste braun/beige Louis Vuitton (A014'370'377)
- Damenshoppingbag Louis Vuitton weiss/braun mit Bändel (A014'370'402)
- Damenumhängetasche Louis Vuitton weiss/braun mit Bändel (A014'370'424)
- Aktentasche braun MCM (A014'370'457)
- 1 Paar Adidas Sportschuhe Predator rot/weiss/schwarz (A014'370'515)
- 1 Maestrokarte lautend auf B._____ (A014'370'651)
- 1 Paar Lederhandschuhe (A014'370'811)

- 1 Stoffsäcklein Tyrberg/kern mit div. Edelsteinen/Diamanten (A014'370'833)
 - 1 Stoffsäcklein schwarz mit div. Schmuck goldfarben (A014'370'855)
 - 1 Herrenarmbanduhr Hermes (A014'370'877)
 - 1 Damenarmbanduhr Longines (A014'370'899)
 - 1 Notizzettel Schützengarten (A014'370'902)
 - 1 Portemonnaie (A014'370'946)
 - 1 Brosche goldfarben mit Anhänger (A014'370'957)
 - 1 Fingerring silberfarben mit rotem Stein (A014'370'968)
 - 1 Lederetui mit Metallteil an der Seite (A014'370'980)
 - 1 Zahnbürste rot (A014'371'029)
 - 1 Zahnbürste blau (A014'371'030)
 - 1 Lidsack mit div. Schmuckstücken (A014'371'041)
 - 1 Rucksack schwarz mit div. Notizen (A014'371'052)
 - 1 leerer Sack von Hugo Boss (A014'371'063)
 - 1 Gartenhandschuhe orange/schwarz (A014'371'085)
 - 1 Portemonnaie schwarz leer Rokker (A014'371'109)
 - 1 Tiefkühlbeutel mit Hardgeld in div. Währungen (A014'371'132)
 - 1 leere Uhrverpackung (A014'371'165)
 - 1 Reisetasche schwarz Sandvist (A014'371'176)
 - 1 Paar Handschuhe (A014'371'187)
 - 1 Briefcouvert und Notizzettel (A014'371'201)
 - 1 Paar Kopfhörer schwarz (A014'371'223)
 - 1 Wäschekorb braun/weiss mit Indianeremblem (A014'371'245)
 - 1 USB-Stick mit Videoaufnahme Carparkplatz (A014'371'290)
8. Die folgenden sichergestellten Spuren werden eingezogen und der Kantonspolizei Thurgau, Kriminaltechnischer Dienst, Zürcherstr. 325, 8501 Frauenfeld, zur Vernichtung überlassen:
- Schuhabdruckspur – Folie (A000'888'448)
 - Schuhabdruckspur – Folie (A000'888'459)
 - Schuhabdruckspur – Folie (A000'888'460)
 - DNA-Spur – Wattetupfer (A000'888'471)
 - DNA-Spur – Wattetupfer (A000'888'482)

- DNA-Spur – Wattetupfer (A000'888'493)
 - Schuhabdruckspur – Folie (A000'888'517)
 - Vergleichs-WSA (A000'900'174)
9. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2021 beschlagnahmten Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgeben:
- Sportschuhe Puma weiss (A014'369'825)
 - Jogginghose Fila dunkelblau (A014'370'004)
 - Sportjacke weiss Fila mit blau/roten Streifen (A014'370'048)
- Sollte innerhalb von 90 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids die Herausgabe nicht verlangt werden, so bleiben diese der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
10. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2021 beschlagnahmten Bargelder werden zur Deckung der Verfahrenskosten und hernach zur teilweisen Deckung der Kosten der amtlichen Verteidigung verwendet.
11. Die beim Forensischen Institut Zürich (FOR) unter den folgenden Geschäfts-Nrn. gelagerten Spuren und Spurenträger sind nach Eintritt der Rechtskraft zu vernichten:
- 79058018 bzw. K201108-002
 - 78975425 bzw. K201028-022
 - 78999594 bzw. K201030-001
 - 79042323 bzw. K201105-025
 - 79054925 bzw. K201106-078
 - 79055199 bzw. K201107-001
 - 79086274 bzw. K201112-007
12. Es wird vorgemerkt, dass der Beschuldigte die Schadenersatzforderung des Privatklägers 1, C._____, im Betrag von Fr. 3'000.– anerkannt hat.
- Im Mehrbetrag wird der Privatkläger 1 mit seinem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

13. Die Privatklägerin 2, D._____, wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
14. Das Genugtuungsbegehren des Privatklägers 1 wird abgewiesen.
15. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
16. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'500.–Gebühr gemäss § 4 Abs. 1 lit. d GebV StrV
17. Die Entscheidgebühr und die weiteren Kosten werden dem Beschuldigten auferlegt.
18. Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten mit insgesamt Fr. 20'336.40 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.

Es wird vorgemerkt, dass bereits eine Akontozahlung in der Höhe von Fr. 11'036.40 (HD/16/11) ausbezahlt wurde. Dementsprechend ist Rechtsanwalt Dr. iur. X._____ mit zusätzlich Fr. 9'300.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

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

Berufungsanträge:

a) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 92 S. 1 f.)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 7. April 2022 gegen den Beschuldigten sei in Dispositivziffer 5 aufzuheben.

2. In Abänderung von Dispositivziffer 5 des Urteils sei von einer Anordnung der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem abzusehen.
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 % MwSt.) zu Lasten des Staates.
- b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:
(Urk. 73, schriftlich)
- Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I.

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene, mündlich eröffnete Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 7. April 2022 liess der Beschuldigte fristgerecht Berufung anmelden (Urk. 63; Prot. I S. 27). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 27. Juli 2022 liess er seine Berufungserklärung – ebenfalls innert Frist – am 16. August 2022 einreichen (Urk. 69). Die Staatsanwaltschaft beantragte innert der mit Präsidialverfügung vom 29. August 2022 (Urk. 70) angesetzten Frist die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 73). Die Privatkläger liessen sich nicht vernehmen (Urk. 71/2; Urk. 71/4-5). Mit Präsidialverfügung vom 29. September 2022 wurde der Beschuldigte per 4. Oktober 2022 bedingt aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen und dem Migrationsamt des Kantons Zürich zugeführt (Urk. 80; Urk. 84). Die amtliche Verteidigung und die Staatsanwaltschaft erklärten sich auf entsprechende Anfrage mit der Durchführung des schriftlichen Verfahrens einverstanden, wobei die Staatsanwaltschaft ankündigte, auf

jegliche Stellungnahmen in diesem Verfahren zu verzichten (Urk. 85; Urk. 86). In der Folge wurde die Durchführung des schriftlichen Verfahrens angeordnet und dem Beschuldigten eine Frist von 30 Tagen zur Berufungsbegründung angesetzt (Urk. 88). Innert erstreckter Frist liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 13. Januar 2023 seine Berufungsbegründung einreichen (Urk. 92). Diese wurde mit Präsidialverfügung vom 16. Januar 2023 der Staatsanwaltschaft, den Privatklägern und der Vorinstanz zugestellt (Urk. 92). Die Vorinstanz teilte in der Folge den Verzicht auf Vernehmlassung mit (Urk. 95), und die übrigen Parteien liessen sich nicht mehr vernehmen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Der Beschuldigte ficht mit seiner Berufung lediglich Dispositivziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils an und beantragt den Verzicht auf die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS; Urk. 69; Urk. 92). Demnach sind die Dispositivziffern 1 (Schuldprüche), 2 (Widerruf), 3 (Sanktion), 4 (Anordnung Landesverweisung), 6-11 (Entscheid über sichergestellte und beschlagnahmte Gegenstände/Spuren), 12-14 (Zivilansprüche) und 15-18 (Kostendispositiv) nicht angefochten. Insoweit ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen (Art. 402 StPO), was vorab mit Beschluss festzustellen ist.

II.

1. Im Berufungsverfahren ist einzig noch zu prüfen, ob die gegen den Beschuldigten angeordnete Landesverweisung im SIS auszuschreiben ist.

1.2. Die Vorinstanz erwog dazu, der Beschuldigte sei kosovarischer Staatsangehöriger und Kosovo sei kein Mitgliedstaat des Schengen-Übereinkommens. Demzufolge gelte er als Drittstaatsangehöriger im Sinne von Art. 3 lit. d SIS-II-Verordnung. Sodann verfüge der Beschuldigte – auch gemäss eigener Aussagen anlässlich der Hauptverhandlung – in keinem anderen Mitgliedstaat über ein Aufenthaltsrecht. Er sei zu einer Freiheitsstrafe von 45 Monaten zu verurteilen für eine Straftat, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten bedroht sei. Damit seien die persönlichen wie sachlichen Voraussetzungen für eine Aus-

schreibung im SIS gegeben. Die gemäss Anklage begangenen Delikte während laufender Probezeit sowie die kurz aufeinanderfolgende Delinquenz des Beschuldigten würden nach aktueller Einschätzung auf eine von ihm ausgehende Gefahr für die Sicherheit und Ordnung im Sinne der SIS-II-Verordnung schliessen lassen. Des Weiteren habe der Beschuldigte anlässlich der Hauptverhandlung ausgeführt, vorerst nicht in die Schweiz oder nach Europa zurückkehren zu wollen, zumal er nicht über die notwendigen Papiere verfüge. Er beabsichtige vielleicht irgendwann mit seiner noch zu gründenden Familie nach Europa zu reisen. Angesichts dieser Aussagen könne dem amtlichen Verteidiger nicht beigespflichtet werden, dass eine Ausschreibung im SIS vor dem Hintergrund eines möglichen Aufenthalts des Beschuldigten im Schengen-Raum unverhältnismässig sei, zumal auch keine entsprechende Absicht vom Beschuldigten kundgetan worden sei. Darüber hinaus erweise sich die Ausschreibung auch unter Berücksichtigung der automatischen Löschung der Ausschreibung bzw. der künftig allfällig vorzunehmenden Prüfung einer Verlängerung der Ausschreibung als verhältnismässig (Urk. 67 S. 20 f.).

1.3. Der Beschuldigte liess zur Begründung seiner Berufung anführen, eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gemäss Art. 24 Abs. 2 lit. a SIS-II-Verordnung sei durch die Anwesenheit eines Drittstaatsangehörigen gegeben, wenn er in einem Mitgliedstaat wegen einer Straftat verurteilt worden sei, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht sei. Gemäss neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei dabei aber auch unabhängig von der abstrakten Strafandrohung jeweils zu prüfen, ob auf Grundlage einer individuellen Bewertung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips von der betroffenen Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehe. Bei genauer Prüfung des vorliegenden Falls müsse die Ausschreibung hingegen aus verschiedenen Gründen als unverhältnismässig qualifiziert werden (Urk. 92 S. 2 ff.). Auf diese Gründe wird nachfolgend im Einzelnen eingegangen.

2. Ausschreibungen im SIS dürfen gemäss dem in Art. 21 SIS-II-Verordnung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip nur vorgenommen werden, wenn die Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Falles dies rechtfertigen. Voraus-

setzung für die Eingabe einer Ausschreibung zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im SIS ist eine nationale Ausschreibung, die auf einer Entscheidung der zuständigen nationalen Instanz (Verwaltungsbehörde oder Gericht) beruht; diese Entscheidung darf nur auf der Grundlage einer individuellen Bewertung ergehen (Art. 24 Abs. 1 SIS-II-Verordnung). Die Ausschreibung wird eingegeben, wenn die Entscheidung nach Art. 24 Abs. 1 SIS-II-Verordnung auf die Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder die nationale Sicherheit gestützt wird, die die Anwesenheit des betreffenden Drittstaatsangehörigen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats darstellt (Art. 24 Abs. 2 Satz 1 SIS-II-Verordnung). Dies ist insbesondere bei einem Drittstaatsangehörigen der Fall, der in einem Mitgliedstaat wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist (Art. 24 Abs. 2 lit. a SIS-II-Verordnung).

2.1. Der Beschuldigte gehört als kosovarischer Staatsangehöriger einem Drittstaat im Sinne von Art. 3 lit. d SIS-II-Verordnung an. Auch verfügt er unbestrittenmassen nicht über ein Aufenthaltsrecht in einem anderen Schengen-Staat (Urk. 92 S. 3). Art. 24 Abs. 2 lit. a SIS-II-Verordnung setzt weder eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr voraus noch verlangt die Bestimmung einen Schuldspruch wegen einer Straftat, die mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr bedroht ist. Insoweit genügt es, wenn der entsprechende Straftatbestand eine Freiheitsstrafe im Höchstmass von einem Jahr oder mehr vorsieht. Im Sinne einer kumulativen Voraussetzung ist jedoch stets zu prüfen, ob von der betroffenen Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung). Dabei sind an die Annahme einer solchen Gefahr keine allzu hohen Anforderungen zu stellen (BGE 147 IV 340 E. 4.4–4.8 m.w.H.). Der Beschuldigte wurde unter anderem wegen gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 139 Ziff. 2 und Ziff. 3 Abs. 2 StGB verurteilt. Der fragliche Tatbestand fällt in den Anwendungsbereich von Art. 24 Abs. 2 lit. a SIS-II-Verordnung, was auch die Verteidigung anerkennt (Urk. 92 S. 3).

2.2. Die Verteidigung bringt in diesem Zusammenhang indessen vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht ausser Acht gelassen, dass bei der Bildung der Gesamt-

strafe von 45 Monaten der Widerruf der mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. Mai 2020 festgesetzten Freiheitsstrafe von 19 Monaten enthalten sei. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass das Absehen des Bezirksgerichts Winterthur von einer Ausschreibung im SIS im damaligen Urteil in Rechtskraft erwachsen sei, womit dieser Strafteil nicht mehr in die Beurteilung der Ausschreibung im vorliegenden Verfahren einfließen könne. Bei der Ausschreibung handle es sich nicht um eine Sanktion, weshalb diese auch nicht Teil des Widerrufs der Freiheitsstrafe sein könne (Urk. 92 S. 3 f.). Art. 46 Abs. 1 StGB sieht vor, dass bei einem Widerruf einer bedingten Strafe gleicher Art eine Gesamtstrafe zu bilden ist. Der Beschuldigte wurde mit Urteil vom 14. Mai 2020 vom Bezirksgericht Winterthur wegen gewerbsmässigen Diebstahls usw. zu einer bedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe verurteilt und für 8 Jahre des Landes verwiesen. Auf eine Ausschreibung im SIS wurde damals verzichtet. Da das Urteil nicht begründet werden musste, lässt sich nicht mehr eruieren, gestützt worauf der Verzicht auf die SIS-Ausschreibung erfolgte. Die Verurteilung gründete unter anderem auf mehreren Einbruchdiebstählen, die der Beschuldigte zusammen mit demjenigen Mittäter verübt hatte, mit dem er auch die aktuellen Straftaten beging (Beizugsakten Verfahren Nr. DG200002 Urk. 55 S. 7; Urk. 27 S. 2 ff.). Es ist mithin gesetzlich vorgesehen, dass es – sollte das Gericht einen Widerruf für angezeigt halten – beim Vorliegen gleichartiger Strafen zu einem Widerruf der rechtskräftig gewordenen, bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe kommt. Diese Freiheitsstrafe bildet dann unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips Teil der neu zu bildenden Gesamtstrafe. Das ist auch vorliegend die Konsequenz dessen, dass der Beschuldigte innerhalb der laufenden Probezeit erneut delinquierte. Insofern ist – unabhängig des Charakters der SIS-Ausschreibung – nicht ersichtlich, weshalb dies bei der Gesamtbeurteilung nicht berücksichtigt werden sollte.

2.3. Wie bereits erwogen, sind an die von der betroffenen Person ausgehende Annahme einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. So wird nicht verlangt, dass das individuelle Verhalten der betroffenen Person eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung darstellt, die das Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Eine Straftat von besonderer Schwere

ist damit nicht zwingend Voraussetzung für die Annahme einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Es genügt, wenn die betroffene Person wegen einer oder mehrerer die öffentliche Sicherheit oder Ordnung tangierender Straftaten verurteilt wurde, die einzeln betrachtet oder in ihrer Gesamtheit von gewisser Schwere sind. Dabei ist nicht ausschliesslich auf das Strafmass abzustellen. Darin spiegelt sich das strafrechtliche Verschulden, die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung angesichts möglicher Strafminderungs- oder Strafmilderungsgründe jedoch nicht zwingend im vollen Umfang. In erster Linie entscheidend für die Frage, ob eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu bejahen ist, sind daher Art und Häufigkeit der Straftaten, die konkreten Strafumstände sowie das übrige Verhalten der betroffenen Person (BGE 147 IV 370 E. 4.7. m.w.H.). So steht bspw. der Umstand, dass bei der Legalprognose eine konkrete Rückfallgefahr verneint und die Strafe bedingt ausgesprochen wurde, einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS nicht entgegen (vgl. Urteil 6B_739/2020 vom 14. Oktober 2020 E. 2.2).

2.4. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten des gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls, der mehrfachen Sachbeschädigung, des mehrfachen Hausfriedensbruchs und des Verweisungsbruchs schuldig, widerrief eine bedingt ausgefallene Freiheitsstrafe von 19 Monaten und bestrafte ihn unter Einbezug der widerrufenen Strafe mit einer Freiheitsstrafe von 45 Monaten. 732 Tage hatte der Beschuldigte bereits durch Haft erstanden. Sodann wurde der Beschuldigte für 20 Jahre des Landes verwiesen und die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS angeordnet (Urk. 67 S. 27). Der Beschuldigte verübte im Zeitraum vom 26. Oktober 2020 bis zum 11. November 2020, mithin innert relativ kurzer Zeit, gemeinsam mit einem Mittäter diverse Einbruchdiebstähle, wobei Deliktsgut in der Höhe von ca. Fr. 75'000.– erbeutet und ein Schaden von rund Fr. 16'500.– verursacht wurde. Zudem reiste er trotz laufender Landesverweisung erneut in die Schweiz ein (Urk. 67 S. 5; Urk. 44). Nach der bedingten Entlassung aus der Haft durch die hiesige Kammer wurde der Beschuldigte in den Kosovo ausgeschafft (Urk. 85).

2.4.1. Soweit die Verteidigung nun geltend macht, die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sei vor dem Hintergrund zu relativieren, dass die kombinierten Tatbestände im Rahmen eines Einbruchdiebstahls mit relativ tiefen Strafandrohungen untypischerweise im Tatenkatalog der obligatorischen Landesverweisung enthalten seien (Urk. 92 S. 4), ist dem entgegenzuhalten, dass aufgrund der Gewerbs- und Bandenmässigkeit des Handelns des Beschuldigten eine Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten bis zu 10 Jahren im Raum stand, was nicht als relativ tief angesehen werden kann. Zu berücksichtigen ist, dass er innert 16 Tagen 9 Einbruchdiebstähle beging (vgl. Urk. 44 S. 2 ff.), mithin eine relativ hohe Kadenz an den Tag legte. Wie erwähnt, wurde der Beschuldigte vom Bezirksgericht Winterthur mit Urteil vom 14. Mai 2020 bereits wegen gewerbsmässig verübten Einbruchdiebstählen im Zeitraum vom 17. November 2017 bis zum 10. Oktober 2019 verurteilt. Bereits damals verbrachte er 218 Tage in Untersuchungshaft. Am 1. Juli 2020 wurde er ausgeschafft und die dannzumal angeordnete Landesverweisung begann zu laufen (Urk. 68). Nur wenige Monate nach der Urteilseröffnung und während laufender Probezeit delinquierte er erneut, wobei es sich (mit Ausnahme der ausländerrechtlichen Tatbestände) um einschlägige Straftaten handelte. Zudem versties er gegen die bereits laufende Landesverweisung, indem er trotz bestehenden Einreiseverbots wieder einreiste (vgl. Urk. 67 S. 27; Urk. 44 S. 14 f.). Mithin liess er sich weder von der Untersuchungshaft noch vom Strafverfahren oder der bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe und der vollzogenen Landesverweisung beeindrucken. Der Beschuldigte beging die Einbruchdiebstähle zusammen mit demjenigen Mittäter, mit dem er bereits früher straffällig geworden war. Die erbeutete Deliktssumme bewegt sich in einem Bereich, der weder als sonderlich tief noch besonders hoch einzustufen ist. Auch die Sachbeschädigungen führten nicht zu hohen Schadenssummen. Ein hoher Organisations- und Planungsgrad ist mit der Vorinstanz nicht ersichtlich und die Einbrüche fanden in Abwesenheit der jeweiligen Bewohner statt (vgl. auch Urk. 67 S. 9 f.). Letzterer Umstand ist indessen wohl auch dem geringeren Risikopotential geschuldet. Für sich allein gesehen ist ein einzelner Einbruchdiebstahl zwar nicht als schwer einzustufen. Indessen beging der Beschuldigte gleich deren 9 und zwar nur in kurzen Abständen, womit die Straftaten insgesamt eine gewisse

Schwere aufweisen, zumal er sich offensichtlich nicht von seiner bisherigen Verurteilung beeindrucken liess und unbeirrt im gleichen Stil fortfuhr. Dies zeigt sich auch in der (ohne Berücksichtigung des Verweisungsbruchs und des Widerrufs) von der Vorinstanz festgesetzten Freiheitsstrafe von 29 Monaten. Wenngleich es sich dabei nicht um Delikte gegen Leib und Leben handelt, stellen diese keineswegs bloss Bagatelldelikte dar, sondern solche von erheblicher Schwere. Angesichts der angeführten Umstände und unter Berücksichtigung, dass an die Annahme einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind, ist eine solche in der Person des Beschuldigten gegeben.

2.4.2. Was die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten anbelangt, so ergibt sich aus den Akten, dass er 1988 im Kosovo (E. _____) geboren ist und dort bei seinen Eltern aufwuchs. Er besuchte die Grund-, die Haupt- und die Mittelschule und bildete sich als Elektrotechniker aus. Sodann hatte er einen eigenen Laden, wo er Elektroteile verkaufte. Dieser ging indes bankrott. Bis im Jahr 2016 arbeitete er im Lokal seiner Familie. Seit 2016 ist er arbeitslos und lebte von der Unterstützung von Verwandten. Zudem habe er sich verschuldet, um die Spitalkosten für seinen krebserkrankten Vater finanzieren zu können. Seit dem Tod seines Vaters steht er gemäss eigenen Angaben unter grossem Stress und konsumiere Marihuana. Seine Mutter wohnt ebenfalls im Kosovo, ist Hausfrau und bezieht dort eine Rente. Er hat drei Schwestern, die ebenfalls alle noch im Kosovo (F. _____ und G. _____) wohnhaft sind. Zudem hat er viele Freunde im Kosovo. Im Zeitpunkt der Untersuchung wohnte er mit seiner Mutter zusammen. Er ist nicht liiert, war nie verheiratet und hat keine Kinder (Urk. 22/4 S. 2 ff.; Prot. I S. 5 f.; Urk. 92 S. 6 ff.). Im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verhandlung hatte er Schulden bei Familienangehörigen. Bereits in der Untersuchung gab er zu Protokoll, in den Kosovo zurückkehren zu wollen, um dort als Bäcker zu arbeiten und eine Familie zu gründen. Er hoffte, im Haus seiner Eltern bei seiner Mutter leben zu können (Urk. 2/3 S. 34; Prot. I S. 6). In seiner Stellungnahme zu seinem Gesuch um bedingte Entlassung bestätigte er, nach Hause zu wollen, um Arbeit zu suchen, ein Haus zu kaufen und eine Familie zu gründen. Sodann hielt er fest, sein Ersparnis reiche für die kosovarischen Verhältnisse gut zum Leben (Urk. 75). Es trifft zwar zu, dass

der Beschuldigte sich, wie die Verteidigung darlegte (Urk. 92 S. 6), aufgrund der Erkrankung seines Vaters verschuldet habe und bereits längere Zeit arbeitslos war. Der Beschuldigte selbst scheint indessen durchaus Perspektiven im Kosovo zu haben und gewillt zu sein, dort Fuss zu fassen. Seine persönlichen Interessen überwiegen damit die öffentlichen Interessen an Sicherheit und Ordnung nicht. Ob der Beschuldigte hinsichtlich seiner Straffälligkeit tatsächlich einsichtig ist, erscheint hingegen fraglich, war er doch bereits im ersten Strafverfahren gegen ihn während mehrerer Monate in Untersuchungshaft und liess sich dadurch, wie auch durch die damals bereits angeordnete Landesverweisung, nicht beeindrucken. Dass gemäss Vollzugsbericht der JVA Pöschwies bei einem Rückfall keine hochwertigen Rechtsgüter wie Leib und Leben oder die sexuelle Integrität betroffen wären, ist für die Beurteilung einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht zwingend vorausgesetzt. Überdies stünde auch eine bedingte Strafe und mithin eine gute Legalprognose einer Ausschreibung im Schengener Informationssystem nicht entgegen (vgl. Urteil 6B_739/2020 vom 14. Oktober 2020 E. 2.2).

2.5. Auch der Umstand, dass die wirtschaftliche Lage im Kosovo den Beschuldigten angeblich zu einer Arbeitssuche im Schengen-Raum zwingt (Urk. 92 S. 6), kann nicht dazu führen, dass auf eine Ausschreibung im SIS verzichtet wird. Diese Einschränkung seiner Bewegungsfreiheit im Schengen-Raum ist Konsequenz seiner Delinquenz und hat er nach dem Erwogenen in Kauf zu nehmen. Den übrigen Schengen-Staaten steht es im Übrigen frei, die Einreise in ihr Hoheitsgebiet im Einzelfall aus humanitären oder Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen dennoch zu bewilligen (Art. 6 Abs. 5 Bst. c Schengener Grenzkodex; vgl. auch Art. 25 Abs. 1 Bst. a der Verordnung [EG] Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft [ABl. L 243 vom 15. September 2009 S. 1]). Die Souveränität der übrigen Schengen-Staaten wird insofern durch die in der Schweiz ausgesprochene Landesverweisung, welche ausschliesslich für das Hoheitsgebiet der Schweiz gilt, nicht berührt (BGE 146 IV 172 E. 3.2.3; Urteil 6B_509/2019 vom 29. August 2019 E. 3.3). Sodann spricht die Verteidigung

selbst die Möglichkeit an, dass nach Ablauf von 5 Jahren eine Löschung erfolgen könnte (Urk. 92 S. 5).

3. Die gegen den Beschuldigten angeordnete Landesverweisung ist damit im Schengener Informationssystem auszuschreiben.

III.

1. Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Mit diesem Urteil unterliegt der Beschuldigte vollumfänglich. Ihm sind daher die Kosten des Berufungsverfahrens grundsätzlich aufzuerlegen. Gemäss Art. 425 StPO können Forderungen aus Verfahrenskosten von der Strafbehörde jedoch gestundet oder unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der kostenpflichtigen Person herabgesetzt oder erlassen werden. Da der Beschuldigte bereits seit 2016 keiner Arbeit mehr nachging und einige Schulden aufweist, ist von einer angespannten finanziellen Lage auszugehen. Mit seinen 35 Jahren ist er indes noch jung. Dass er künftig in günstigere finanzielle Verhältnisse kommt, ist nicht derart unwahrscheinlich, dass sich eine definitive Abschreibung der Kosten rechtfertigt. Eine solche soll ohnehin nur in Ausnahmefällen erfolgen.

2. Die amtliche Verteidigung ist gemäss der eingereichten Honorarnote (Urk. 96) mit Fr. 2'746.55 (inkl. MWST) zu entschädigen, wobei diese Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Eine Rückforderung vom Beschuldigten ist gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO gesetzlich vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Strafgericht, vom 7. April 2022 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldsprüche), 2 (Widerruf), 3 (Sanktion), 4 (Anordnung Landesverweisung), 6-11 (Entscheidung über sichergestellte und beschlagnahmte Gegenstände bzw. Spuren), 12-14 (Zivilansprüche) und 15-18 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung des Beschuldigten **A._____** (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'746.55 amtliche Verteidigung
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - die Privatklägerschaftund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz (mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen an die Ämter und Behörden)
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich.
5. Rechtsmittel:
Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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, 3. April 2023

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Stiefel

MLaw Boese