

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB220488-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. Wasser-Keller, Präsidentin, die Ersatzoberrichter lic. iur. Vesely und lic. iur. Kessler sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Schwarzenbach-Oswald

Urteil vom 28. April 2023

in Sachen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

vertreten durch Sonderstaatsanwalt Dr. Jäger,
Anklägerin und Erstberufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Zweitberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____,

betreffend **gewerbsmässigen Diebstahl etc. und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom
29. Juni 2022 (DG220068)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 8. April 2022 (Urk. 42) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des gewerbsmässigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 2 StGB,
 - der mehrfachen Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 und Abs. 3 StGB sowie
 - des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bezüglich des vorliegenden Verfahrens bis und mit heute 167 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 6. Juli 2021 bedingt ausgefallten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird widerrufen. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
5. Von der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung wird in Anwendung von Art. 66a Abs. 2 StGB abgesehen.
6. Der Beschuldigte wird gemäss seiner Anerkennung verpflichtet, der Privatklägerin 1 (B. _____) Schadenersatz von Fr. 5'300.– zu bezahlen.
7. Der Beschuldigte wird gemäss seiner Anerkennung verpflichtet, dem Privatkläger 2 (C. _____) Schadenersatz von Fr. 700.– zu bezahlen.
8. Die folgenden, bei der Kantonspolizei Zürich unter der Geschäfts-Nr. 80494628 lagernden Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbe-

hörde nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zur Vernichtung überlassen:

- DNA-Spur Wattetupfer (Asservat-Nr. A015'137'470)
 - DNA-Spur-Wattetupfer (Asservat-Nr. A015'148'375)
 - DNA-Spur-Wattetupfer (Asservat-Nr. A015'148'386)
 - PET-Flasche Granini Fruchtcocktail (Asservat-Nr. A015'137'469)
 - PET-Flasche Granini Orange (Asservat-Nr. A015'137'458)
9. Der bei der Kantonspolizei Zürich unter der Geschäfts-Nr. 80517562 lagern-
de DNA-Spur-Wattetupfer (Asservat-Nr. A015'147'010) wird eingezogen und
der Lagerbehörde nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zur Vernich-
tung überlassen.
10. Der bei der Kantonspolizei Zürich unter der Geschäfts-Nr. 80789588 lagern-
de DNA-Spur-Wattetupfer (Asservat-Nr. A015'262'609) wird eingezogen und
der Lagerbehörde nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zur Vernich-
tung überlassen.
11. Die folgenden, bei der Kantonspolizei Zürich unter der Geschäfts-
Nr. 80965486 lagernden Gegenstände werden eingezogen und der Lager-
behörde nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zur Vernichtung überlas-
sen:
- DNA-Spur Wattetupfer (Asservat-Nr. A015'339'238)
 - DNA-Spur Wattetupfer (Asservat-Nr. A015'339'216)
 - Schraubenzieher (Asservat-Nr. A015'339'227)

12. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 4'500.-; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'100.- Gebühr für das Vorverfahren
Fr. 3'150.- Auslagen Polizei (Gutachten)
Fr. 15'540.60 amtliche Verteidigung (inkl. Barauslagen und Mwst.)
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
13. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

Berufungsanträge:

a) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft See/Oberland:

(Urk. 109 S. 1)

1. Es sei eine Landesverweisung im Sinne von Art. 66a StGB für zehn Jahre anzuordnen.
2. Es sei die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem anzuordnen.
3. In den übrigen Punkten sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 29. Juni 2022 zu bestätigen.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 110 S. 1)

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 29. Juni 2022 betr. Ziff. 2 des Dispositivs aufzuheben und es sei eine Freiheitsstrafe von 12 Monaten auszusprechen unter Anrechnung der Untersuchungshaft und der weiteren Haft;

2. Es sei die Berufung der Staatsanwaltschaft abzuweisen. Eventualiter sei eine kürzere Landesverweisdauer von drei bis maximal fünf Jahren anzuordnen und von einer Eintragung im Schengener System sei abzusehen;
3. Es sei dem Beschuldigten eine Genugtuung inkl. Zinsen nach richterlichem Ermessen für die Überhaft zuzusprechen, im Zusammenhang auch mit dem Verfahren in D. _____;
4. Es sei Ziff. 13 des Dispositivs aufzuheben und dem Beschuldigten die Kosten des Verfahrens nur zur Hälfte aufzuerlegen und im Übrigen auf die Staatskasse zu nehmen. Die Kosten für die amtliche / notwendige Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen; eine allfällige Rückforderungen i.S.v. Art. 135 StPO sei auf maximal 50 % zu beschränken;
5. Es sei die amtliche evt. auch die notwendige Verteidigung auch weiterhin zu gewähren;
6. Es seien die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Anklägerin.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

Mit Urteil der 2. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 29. Juni 2022 wurde der Beschuldigte des gewerbsmässigen Diebstahls i.S.v. Art. 139 Ziff. 2 StGB, der mehrfachen Sachbeschädigung i.S.v. Art. 144 Abs. 1 und Abs. 3 StGB sowie des mehrfachen Hausfriedensbruchs i.S.v. Art. 186 StGB schuldig gesprochen. Der Beschuldigte wurde mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten bestraft, wovon 167 Tage durch Haft erstanden waren. Sodann widerrief die Vorinstanz den bedingten Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 6. Juli 2021 bedingt ausgefallten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.–. Von der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung sah die Vorinstanz ab. Der Beschuldigte wurde weiter gemäss seinen Anerkennungen verpflichtet, den Privatklägern 1 und 2 Schadenersatz in Höhe von Fr. 5'300.– bzw. Fr. 700.– zu bezahlen. Die Vorinstanz befand sodann über diverse Gegenstände und auferlegte dem Beschuldigten die Kosten des Verfahrens, mit Ausnahme der amtlichen Verteidigerkosten, welche sie mit einem Rückforderungsvorbehalt einstweilen auf die Gerichtskasse nahm (Urk. 85 S. 45).

Gegen das vorinstanzliche Urteil meldeten die Staatsanwaltschaft mit Schreiben vom 1. Juli 2022 und der Beschuldigte mit Schreiben vom 5. Juli 2022 jeweils fristgerecht Berufung an (Urk. 78 und 79). Die Berufungserklärungen erfolgten fristgerecht am 20. September bzw. 26. September 2022 (Urk. 88 und 89, vgl. Urk. 84/1+2).

Zur heutigen Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte persönlich in Begleitung seiner amtlichen Verteidigerin sowie Sonderstaatsanwalt Dr. Jäger als Vertreter der Anklagebehörde (Prot. II S. 5).

II. Prozessuales

1. Umfang der Berufung

Nach Art. 399 Abs. 4 StPO kann die Berufung auf einzelne Urteilspunkte eingeschränkt werden. Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Dabei ist es naheliegend, dass weitere nicht angefochtene Punkte in die Überprüfung des Urteils einzubeziehen sind, wenn eine enge Konnexität mit den angefochtenen Punkten besteht. Beispielsweise kann eine Berufung nicht darauf beschränkt werden, nur die Strafzumessung oder nur (isoliert) die Frage des Vollzugs anzufechten, da ein enger Zusammenhang zwischen dem Strafmass und dem Strafvollzug besteht (BGE 144 IV 385 E. 1.1).

Der Beschuldigte ficht mit seiner Berufungserklärung die Sanktion (Dispositivziffer 2), deren Vollzug (Dispositivziffer 3) und die Kostenverteilung (Dispositivziffer 13) an (Urk. 89 S. 2). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte die Verteidigung aus, die Berufung bezüglich des Vollzugs zurückzuziehen (Prot. II S. 8; Urk. 110 S. 6 und S. 15).

Die Staatsanwaltschaft ficht das vorinstanzliche Absehen von der Anordnung einer Landesverweisung an (Dispositivziffer 5) und beantragt die Anordnung der Landesverweisung und deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem (Urk. 88 S. 6).

Unangefochten und damit in Rechtskraft erwachsen sind die übrigen Punkte des vorinstanzlichen Urteils, namentlich der Schuldpunkt (Dispositivziffer 1), die Regelung der Zivilforderungen (Dispositivziffern 6 und 7), die Anordnungen der Vernichtung diverser Gegenstände (Dispositivziffern 8 bis 11) und die Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 12). Dies ist vorab mittels Beschluss festzustellen. Der Vollzug der Strafe (Dispositivziffer 3) und der Widerruf des bedingten Vollzugs der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 6. Juli 2021 bedingt ausgefallten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– (Dispositivziffer 4) werden zwar

nicht (mehr) angefochten, weisen aber einen engen Konnex zur angefochtenen Freiheitsstrafe und damit der Strafzumessung auf, weshalb die Dispositivziffern 3 und 4 als mitangefochten gelten.

2. Widerruf

Die Vorinstanz widerrief den bedingten Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 6. Juli 2021 bedingt ausgefallten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– und erklärte die Geldstrafe für vollziehbar (Urk. 85 S. 45). Aus dem aktuellen Strafregisterauszug (Urk. 108) und dem entsprechenden Urteil (Urk. 99) ergibt sich, dass das Tribunal de police Genève vom 3. April 2023 den Beschuldigten der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AIG schuldig sprach und den aufgeschobenen Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 6. Juli 2021 bedingt ausgefallten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– inzwischen ebenfalls widerrief. Das Tribunal de police de Genève verurteilte den Beschuldigten unter Einbezug der widerrufenen Strafe zu einer unbedingten Geldstrafe von 132 Tagessätzen zu Fr. 100.–. Dieses Urteil und damit der Widerruf ist in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 103 und Urk. 108). Damit fällt ein (erneuter) Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 6. Juli 2021 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– ausser Betracht. Auf den entsprechenden Antrag ist nicht einzutreten.

3. Beweisanträge

3.1. Antrag der Verteidigung

Die Verteidigung beantragt mit der Berufungserklärung, es seien die Untersuchungsakten einschliesslich die beigezogenen medizinischen Akten im Verfahren in D._____ beizuziehen, eventualiter sei die Anordnung eines psychiatrischen Gutachtens zur verminderten Schuldfähigkeit, Behandlungsbedürftigkeit, Massnahmefähigkeit und den Erfolgsaussichten bzw. der Rückfallgefahr bei der Universitätsklinik Zürich PUK, Prof. E._____, anzuordnen (Urk. 89 S. 3). Der Beschuldigte habe sich kurz vor den Taten eine schwere Kopfverletzung zugezogen,

bei welchen er mehrere Liter Blut verloren habe. Ferner habe er zum Tatzeitpunkt an einer schweren Drogensucht und auch an einem Alkoholproblem gelitten. Er habe die Taten nur ausgeführt, weil er Geld für Drogen gebraucht habe. Dies sei ein gewichtiges Indiz für ein erhebliches Suchtproblem. Gleichzeitig leide der Beschuldigte an Depressionen, Angstzuständen und Panik-Attacken aufgrund einer Blutfehde in Albanien sowie des fünfzehnjährigen Gefängnisaufenthalts (Urk. 89 S. 5 ff.; vgl. auch Urk. 110 S. 9 f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung hielt die Verteidigung nicht mehr am Beweisantrag einer psychiatrischen Begutachtung fest (Urk. 110 S. 6).

3.2. Rechtliches

Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO, Art. 107 StPO) räumt dem Betroffenen das persönlichkeitsbezogene Mitwirkungsrecht ein, erhebliche Beweise beizubringen, mit solchen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken. Dem Mitwirkungsrecht entspricht die Pflicht der Behörden, die Argumente und Verfahrensanträge der Parteien entgegenzunehmen und zu prüfen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Untersuchungsgrundsatzes im Sinne von Art. 6 StPO liegt nicht vor, wenn eine Behörde auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil sie aufgrund der bereits abgenommenen Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener (antizipierter) Beweiswürdigung annehmen kann, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde. Beim Verzicht auf weitere Beweisabnahmen muss die Strafbehörde das vorläufige Beweisergebnis hypothetisch um die Fakten des Beweisantrags ergänzen und würdigen. Die Ablehnung des Beweisantrags ist zulässig, wenn die zu beweisende Tatsache nach dieser Würdigung als unerheblich, offenkundig der Strafbehörde bekannt oder bereits als rechtsgenügend erwiesen anzusehen ist. Lehnt die Strafbehörde den Beweisantrag ab, hat sie nicht nur darzulegen, weshalb sie aufgrund der bereits abgenommenen Beweise eine bestimmte Überzeugung gewonnen hat, sondern auch, weshalb die beantragte Beweismassnahme aus ihrer Sicht nichts an ihrer Überzeugung zu ändern vermag (anstelle vieler: Urteil des Bundesgerichts 6B_789/2019 vom 12. August 2020 E.

2.3., m.H.; BGE 147 IV 534 E. 2.5.1, m.H.; 146 III 73 E. 5.2.2; 144 II 427 E. 3.1.3; Urteil des Bundesgerichts 6B_1397/2022 vom 8. Februar 2023 E. 2.2.2 und 2.4).

War der Täter zur Zeit der Tat nicht fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so ist er nicht strafbar (Art. 19 Abs. 1 StGB). War der Täter zur Zeit der Tat nur teilweise fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so mildert das Gericht die Strafe (Art. 19 Abs. 2 StGB). Gemäss Art. 20 StGB ordnet die Untersuchungsbehörde oder das Gericht die Begutachtung durch einen Sachverständigen an, soweit ernsthafter Anlass besteht, an der Schuldfähigkeit des Täters gemäss Art. 19 StGB zu zweifeln.

Nach der Rechtsprechung ist ein Gutachten nicht nur anzuordnen, wenn das Gericht tatsächlich an der Schuldfähigkeit des Täters zweifelt, sondern auch dann, wenn es nach den Umständen des Falles ernsthafte Zweifel haben sollte. Bei der Prüfung dieser Zweifel ist zu berücksichtigen, dass für die Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit nicht jede geringfügige Herabsetzung der Fähigkeit, sich zu beherrschen, genügt. Der Betroffene muss vielmehr, zumal der Begriff des normalen Menschen nicht eng zu fassen ist, in hohem Masse in den Bereich des Abnormen fallen. Seine Geistesverfassung muss mithin nach Art und Grad stark vom Durchschnitt nicht bloss der "Rechts-", sondern auch der "Verbrechensgenossen" abweichen. Die Notwendigkeit, einen Sachverständigen beizuziehen, ist daher erst gegeben, wenn Anzeichen vorliegen, die geeignet sind, Zweifel hinsichtlich der vollen Schuldfähigkeit zu erwecken, wie etwa ein Widerspruch zwischen Tat und Täterpersönlichkeit oder ein völlig unübliches Verhalten. Zeigt das Verhalten des Täters vor, während und nach der Tat, dass ein Realitätsbezug erhalten war, dass er sich an wechselnde Erfordernisse der Situation anpassen, auf eine Gelegenheit zur Tat warten oder diese gar herbeiführen konnte, so hat eine schwere Beeinträchtigung nicht vorgelegen (BGE 133 IV 145 E. 3.3; 132 IV 29 E. 5.1; 116 IV 273 E. 4a; Urteile des Bundesgerichts 6B_310/2021 vom 5. Oktober 2022 E. 3.3.1; 6B_800/2016 vom 25. Oktober 2017 E. 8.3.2, nicht publ. in BGE 143 IV 397; je mit Hinweisen).

3.3. Taten

Der Beschuldigte war in der Untersuchung, vor Vorinstanz und anlässlich der Berufungsverhandlung im Wesentlichen geständig. Unter Verweis auf die zutreffende Beweiswürdigung der Vorinstanz (Urk. 88 S. 12 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO) sind die Anklagevorwürfe wie folgt erstellt, was auch von der Verteidigung mit der Berufung nicht in Frage gestellt wird:

Der Beschuldigte brach am 20. Juni 2021 in der Bäckerei F._____ in Zürich ein. Nachdem er erfolglos versucht hatte, die Türe aufzubrechen, schlug er ein Fenster ein und verursachte einen Sachschaden in Höhe von Fr. 2'500.–. In der Folge erbeutete er Fr. 750.– Bargeld aus der Kasse und Getränke im Gesamtwert von ca. Fr. 88.– (Dossier 2).

Der Beschuldigte ist am 22. Juni 2021 im Restaurant G._____ in H._____/ZH eingebrochen. Er wuchtete ein Fenster auf, wobei er einen Sachschaden in Höhe von Fr. 2'100.– verursachte. In der Folge erbeutete er Deliktsgut im Wert von Fr. 638.– (Dossier 3).

Weiter ist erstellt, dass sich der Beschuldigte am 31. Juli 2021 über ein Bewässerungsrohr und über einen Pflanzenbereich Zutritt zu einer Wohnung an der I._____-strasse 1 in J._____/ZH verschaffte. Durch das Abbrechen des Bewässerungsrohrs, durch die Zerstörung von Pflanzen und durch das Aufbrechen der Fenstertüre verursachte er einen Sachschaden von ca. Fr. 4'000.–. Aufgrund des ausgelösten Alarmes ergriff er die Flucht und konnte keine Beute mitnehmen (Dossier 4).

Und schliesslich kletterte der Beschuldigte am 27. August 2021 über ein Wasserrohr auf den Balkon einer Wohnung im 2. Obergeschoss an der K._____-strasse 2 in J._____/ZH [recte: H._____/ZH]. Er riss Aussenfühler heraus und drückte Aussenrohre auseinander, zerbrach die Balkontüren und hinterliess mit den Eindruckspuren am Türrahmen insgesamt einen Sachschaden in Höhe von Fr. 3'500.–. In der Folge erbeutete er Gegenstände im Wert von Fr. 3'000.–, welche er verkaufte.

3.4. Würdigung

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass weder der Gesundheitsdienst des Gefängnisses Zürich noch der Justizvollzug Anhaltspunkte für Suchterkrankungen oder psychische Beeinträchtigungen irgendwelcher Art festhielten (vgl. Urk. 85 S. 7). Erwähnt wird lediglich eine Gewichtsabnahme, welche allerdings gemäss den beiden Berichten resp. den darin festgehaltenen eigenen Aussagen des Beschuldigten auf eine Unzufriedenheit mit dem Essen in den Gefängnissen zurückzuführen sei. Als Beeinträchtigung des Gesundheitszustands werden lediglich Herzgeräusche (Systolikum) genannt (Urk. 73/1). Der Justizvollzug führte zum Gesundheitszustand aus, dass nicht abschliessend beantwortet werden könne, ob eine Unverträglichkeit bei Mahlzeiten bestehe, da der Beschuldigte gesagt habe, dass er einige Saucen nicht gern habe und nach eigener Aussagen keine Wurstwaren und kein verarbeitetes Hackfleisch esse (Urk. 73/2 S. 2). Weitere gesundheitliche Auffälligkeiten wurden nicht festgehalten und der Beschuldigte macht auch nicht geltend, dass solche bestanden hätten. Ebenso wenig ergeben sich aus dem Führungsbericht vom 9. April 2023 (Urk. 100) oder dem Arztbericht aus L. _____ vom 29. August 2021 (Urk. 112/1) Hinweise auf Suchterkrankungen oder psychische Beeinträchtigungen des Beschuldigten.

Auch aus den Taten selbst ergeben sich keine Indizien für eine Verminderung der Schuldfähigkeit. Es ist für Einbrecher nicht unüblich, Türen aufzustemmen und Fenster einzuschlagen, um in Wohnungen oder Restaurants nach Beute zu suchen. Wenn der Beschuldigte gar in der Lage war, in eine Wohnung im zweiten Stock zu klettern (Dossier 4), so zeugt dies von einer aussergewöhnlich hohen körperlichen Fitness und einer Hartnäckigkeit, welche mit der von der Verteidigung behaupteten Depression (Urk. 57 S. 3) nicht vereinbar ist. Eine Depression zeichnet sich in der Regel durch eine gedrückte Stimmung und Hemmung von Antrieb und Denken aus. Für das Erklettern mehrerer Stockwerke wird indes ein hoher Antrieb gefordert. Soweit die Verteidigung diesen hohen Antrieb auf einen aktuellen Kokainkonsum des Beschuldigten zurückführt (Urk. 89 S. 7; Urk. 110 S. 10), würde dies gegen die Annahme sprechen, dass der Beschuldigte zur Finanzierung seines Konsums die entsprechenden Delikte beging. Hätte er sich inner-

halb des Rauschzustandes bereits um die Finanzierung der nächsten Kokaindosis gekümmert und dafür einen Einbruch begangen, bei welchem er Werkzeug benutzte und in leere Objekte einbrach, so hätte er damit eine äusserst hohe Fähigkeit zur Planung und Ausführung im Rauschzustand aufgewiesen. Dies würde ebenfalls ein Indiz gegen eine verminderte Schuldfähigkeit bilden.

Die Verteidigung wendet weiter ein, der Beschuldigte habe gewagte Manöver vorgenommen und sich beim Fassadenklettern die Schulter gebrochen, indem er vom dritten in das zweite Stockwerk gefallen sei. Es spreche gegen ein professionelles und geplantes Vorgehen und vielmehr für ein impulsives und unüberlegtes Verhalten eines Süchtigen, der dringend auf seinen Stoff angewiesen sei und dabei sogar sein Leben riskiere (Urk. 89 S. 7; Urk. 110 S. 8). Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Beschuldigte nicht darauf angewiesen war, in höheren Stockwerken einzubrechen, um Beute zu erlangen. Er hätte sich auch näher gelegene und leichter zugängliche Einbruchsobjekte bzw. Wohnungen aussuchen können. Es leuchtet nicht ein, weshalb sich eine drogensüchtige Person, die dringend auf Stoff angewiesen ist, auf kompliziertere bzw. schwierigere Einbruchsobjekte einlässt. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte für seine Taten einen längeren Anfahrtsweg auf sich nahm, die Objekte jeweils von den Mietern verlassen waren und er für die Taten Werkzeuge benutzte. Letztere Umstände lassen auf eine Planung und auf ein Auskundschaften schliessen und nicht auf ein impulsives und unüberlegtes Vorgehen. Darauf wird im Rahmen der Strafzumessung zurückzukommen sein.

Und schliesslich hat der Beschuldigte in der Schweiz keinen Wohnsitz und kein Aufenthaltsrecht. Er sagte selbst aus, sich in der Schweiz "auf der Durchreise" befunden zu haben (Urk. D1/26/1 F/A 27). Diese Behauptung erscheint jedoch unglaubhaft, zumal der Beschuldigte keine Gründe anführte, weshalb ihm die Weiterreise nicht möglich gewesen wäre. Er schlief nach eigenen Angaben mit Kollegen im Auto, als ihn die Polizei erwischte (Urk D1/26/1 F/A 50). Es wäre ihm offenkundig möglich gewesen, mit dem Auto nach Deutschland zu reisen. Aus diesen Umständen erhellt, dass der Beschuldigte als Kriminaltourist in die Schweiz reiste, um hier Einbruchdiebstähle zu begehen. Auch dieser Umstand weist auf

eine längerfristige Planung der Taten für einen gewissen Zeitraum hin. Wäre es ihm um die unmittelbare Befriedigung seiner angeblichen Sucht gegangen, wäre er direkt nach dem ersten Delikt bzw. nach der Finanzierung seines Konsums weiter gereist.

Soweit die Verteidigung eine angebliche Kopfverletzung als Indiz für eine eingeschränkte Schuldfähigkeit des Beschuldigten geltend macht (Urk. 89 S. 4), ist darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte ausführte, am 29. August 2021 in L._____ im Spital wegen der Kopfverletzung behandelt worden zu sein (Urk. D1/26/8 F/A 55). Die im vorliegenden Verfahren beurteilten Taten erfolgten jedoch vor diesem Datum, und zwar am 20. Juni, 22. Juni, 31. Juli und 27. August 2021. Mithin konnte der Beschuldigte zu diesen Zeitpunkten unter keiner eingeschränkten Schuldfähigkeit zufolge der Kopfverletzung gestanden sein, weil diese Verletzung gar noch nicht erlitten worden war.

3.5. Fazit

Zusammenfassend spricht die Art und Ausführung der Delikte gegen die Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit im Tatzeitpunkt. Die von der Verteidigung angeführte Kopfverletzung erlitt der Beschuldigte erst nach den Taten, weshalb eine allfällige psychische Auswirkung der Verletzung für die Frage der Schuldfähigkeit im Tatzeitpunkt unerheblich ist. Weiter stellten weder der Gesundheitsdienst noch das Gefängnis Zürich eine Suchterkrankung oder eine andere psychische Erkrankung beim Beschuldigten fest. Mithin bestehen ausser den eigenen Beteuerungen des Beschuldigten bzw. seiner Verteidigung keine Indizien, welche auch nur für eine teilweise Verminderung seiner Schuldfähigkeit im Tatzeitpunkt sprechen. Entsprechend besteht kein Anlass, medizinische Akten aus dem Verfahren in D._____ beizuziehen, weil die Kopfverletzung nach den Taten erlitten wurde und es ist auch kein Gutachten zur Abklärung der Schuldfähigkeit in Auftrag zu geben. Es besteht mithin kein Anlass für Beweisergänzungen.

III. Strafzumessung

1. Standpunkt der Vorinstanz und der Parteien

Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 167 Tage durch Haft erstanden waren (Urk. 85 S. 45).

Der Beschuldigte beantragt eine Bestrafung mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 12 Monaten (Urk. 89 S. 2; Urk. 110 S. 1). Die Staatsanwaltschaft beantragt die Bestätigung des Strafpunkts (Urk. 88 S. 2; Urk. 109 S. 1). Mangels Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft gilt das Verschlechterungsverbot (vgl. Art. 391 Abs. 2 StPO), womit eine strengere Bestrafung heute nicht in Frage kommt.

2. Strafrahmen

Die Vorinstanz hat die theoretischen Grundsätze der richterlichen Strafzumessung korrekt wiedergegeben und den anwendbaren Strafrahmen korrekt abgesteckt (Urk. 85 S. 19 ff.). Auf ihre diesbezüglichen Ausführungen kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden, zumal sie von der Verteidigung nicht in Frage gestellt werden. Erneut ist festzuhalten, dass die Verurteilung wegen gewerbsmässigen Diebstahls die abstrakt höchste Strafandrohung mit Freiheitsstrafe bis zehn Jahre darstellt und der untere Strafrahmen 90 Tagessätze Geldstrafe beträgt (Art. 139 Ziff. 2 StGB). Ausserordentliche Umstände, welche eine Überschreitung des ordentlichen Strafrahmens erfordern würden, liegen nicht vor.

Die Verteidigung macht eine verminderte Schuldfähigkeit geltend (vgl. Urk. 89 S. 8; Urk. 110 S. 7, S. 9 und S. 11 f.). Dies würde einen Strafmilderungsgrund darstellen (Art. 19 Abs. 2 StGB) und zur Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens führen. Wie oben dargelegt besteht jedoch kein Anlass, an der vollen Schuldfähigkeit des Beschuldigten im Tatzeitpunkt zu zweifeln. Mangels vermindelter Schuldfähigkeit bleibt es daher beim unteren Strafrahmen von 90 Tagessätzen.

3. Einsatzstrafe: gewerbsmässiger Diebstahl

In objektiver Hinsicht ist beim gewerbsmässigen Diebstahl zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte innert kurzer Zeit (20. Juni bis 27. August 2021) vier Mal stahl bzw. zu stehlen versuchte. Drei Mal erbeutete er Deliktsgut im Wert von ca. Fr. 4'500.–, das vierte Mal brach er den Versuch aufgrund der Alarmanlage ab, wobei dieser Umstand strafmindernd zu berücksichtigen ist. Er stahl zwei Mal in Restaurants, wo in der Kasse eine grössere Geldsumme zu erwarten war, und zwei Mal in Wohnungen, wobei es ihm nur einmal gelang, Wertgegenstände mitzunehmen. Weder in den Restaurants noch in den Wohnungen befanden sich Personen, was darauf zurückzuführen ist, dass der Beschuldigte die Taten zu Zeiten beging, in welchen er davon ausgehen konnte, nicht entdeckt zu werden. Der Wert der Beute ist relativ gering, wobei aber mit der Vorinstanz festzuhalten ist, dass der Deliktsbetrag eher zufällig ist (vgl. Urk. 85 S. 23). Der Beschuldigte hat in der Schweiz keinen festen Wohnsitz und kann auch keinen legitimen Grund angeben, weshalb er sich hier aufhält. Nach eigenen Angaben war er "auf der Durchreise" (Urk. D1/26/1 F/A 27). Er ist daher als Kriminaltourist einzustufen, der sich einzig zum Zweck von Diebstählen in der Schweiz aufhielt.

In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Dies ist dem Delikt eigen und führt ebenso wenig zu einer Verschuldenserhöhung wie der Umstand, dass der Beschuldigte aus Geldgier bzw. zur Finanzierung seines Lebensunterhalts stahl. Wenn er das Geld dabei auch für Drogen oder Alkohol ausgab, führt dies nicht automatisch zur Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit. So führte der Beschuldigte bei der Staatsanwaltschaft aus, er habe einfach so viel [Drogen] konsumiert, wie er Geld dafür gehabt habe (Urk. D1/26/1 F/A 45). Dasselbe führte er in Bezug auf Alkohol aus, wenn er aussagt, dass er "manchmal" Alkohol trinke (Urk. D1/26/2 F/A 13). Wie dargelegt bestehen keine Anhaltspunkte für ein suchtbedingtes Handeln bzw. eine eingeschränkte Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit, zumal sich der Beschuldigte zur Begehung der Taten extra in die Schweiz begeben hatte und sich hier mit dem Ziel aufhielt, Einbrüche zu begehen. Dabei war er körperlich fit und kletterte auf den Balkon im zweiten Stock. Mit der Vorinstanz sprechen sämtliche Umstände

dagegen, dass der Beschuldigte in wesentlichem Ausmass von Kokain oder Alkohol abhängig gewesen wäre bzw. eine Sucht vorlag, welche seine Einsichts- und Steuerungsfähigkeit beeinträchtigte. Dasselbe gilt für die Behauptung, er leide an einer Depression. Diese würde in einem unvereinbaren Widerspruch zu den vom Beschuldigten begangenen Delikten stehen. Zwar mag den Beschuldigten seine erstandene Gefängnisstrafe und die Zukunftsaussichten betrüben, doch bestehen bzw. bestanden im Tatzeitpunkt keine Anzeichen für eine nennenswerte psychische Erkrankung.

Die subjektive Tatkomponente führt daher zu keiner Veränderung des objektiven Tatverschuldens. Mit der Vorinstanz ist das Tatverschulden als noch leicht zu qualifizieren, was einer Einsatzstrafe von 12 Monaten Freiheitsstrafe entspricht.

4. Asperation

Infolge des starken sachlichen und zeitlichen Gesamtzusammenhangs zwischen dem gewerbsmässigen Diebstahl einerseits und den Hausfriedensbrüchen und den Sachbeschädigungen andererseits ist eine Gesamtfreiheitsstrafe auszusprechen bzw. die hypothetische Freiheitsstrafe zu erhöhen, auch wenn sowohl der Tatbestand des Hausfriedensbruchs (Art. 186 StGB) als auch derjenige der Sachbeschädigung (Art. 144 Abs. 1 StGB) alternativ Freiheits- oder Geldstrafen vorsehen. Das Bundesgericht hat ein entsprechendes Vorgehen für zulässig erachtet (Urteil des Bundesgerichts 6B_157/2014 vom 26. Januar 2015 E. 3.1 und 6B_523/2018 vom 23. August 2018 E. 1.3.2.).

Beim Hausfriedensbruch handelt es sich um ein Begleitdelikt zum (Einbruch-)Diebstahl, welches gegenüber dem Wegnahmedelikt in den Hintergrund tritt. Immerhin ist in Anbetracht des gewaltsamen Eindringens mittels Werkzeugen in Wohnhäuser und Restaurants das Sicherheitsgefühl der Mieter bzw. Betreiber stark beeinträchtigt worden, was objektiv verschuldenserhöhend zu berücksichtigen ist. Angesichts der an den Tag gelegten kriminellen Energie beim Eindringen in die Restaurants und das Hochklettern an einer Fassade in den zweiten Stock wiegt das Verschulden nicht mehr leicht. Der Beschuldigte beging auch hier die Tat vorsätzlich und aus finanziellen Motiven, wobei er als Kriminaltourist für die

Delikte aus Spanien anreiste und sich hier zwei Monate aufhielt. Aufgrund des Verschuldens und in Anwendung des Asperationsprinzips ist daher die hypothetische Strafe um 3 Monate zu erhöhen.

In Bezug auf die Sachbeschädigung ist zu berücksichtigen, dass der verursachte Sachschaden einem Gesamtbetrag in Höhe von Fr. 12'100.– entspricht. Der Beschuldigte ging mit roher Gewalt vor und offenbarte einen fehlenden Respekt vor fremdem Eigentum. Auch hier liegt kein leichtes Verschulden mehr vor. Subjektiv wird das Tatverschulden nicht relativiert, weshalb eine weitere Erhöhung der hypothetischen Einsatzstrafe um 3 Monate (asperiert) angezeigt ist.

5. Zwischenfazit

Ohne Berücksichtigung der Täterkomponente oder weiterer Strafzumessungsgründe resultiert eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten.

6. Täterkomponenten

6.1. Persönliche Verhältnisse und Vorstrafen

Was die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten betrifft, ist vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz unter Ziffer 4.5.1 des angefochtenen Urteils zu verweisen (Urk. 85 S. 28 f.). Anlässlich seiner Befragung im Rahmen der Berufungsverhandlung ergänzte der Beschuldigte zudem, dass sein Vater verstorben sei und seine Mutter in Albanien lebe. Zwei seiner Schwestern würden in Griechenland und eine Schwester vermutlich bei der Mutter in Albanien leben. Sein Bruder wohne in Deutschland. Er selber sei letztmals 2021 für 3 Monate in Albanien gewesen. Nach England sei er gegangen, da er gedacht habe, in Europa ein besseres Leben zu haben. Er habe dort illegal gearbeitet. Nach 6 Jahren, im Jahr 2004, sei er wegen "Totschlags" verurteilt worden. Die Gefängnisstrafe habe bis 2019 gedauert, wobei er die letzten 4 Jahre und 3 Monate in Albanien abgesessen habe. Weiter führte er aus, dass er eine Partnerin in Spanien habe, am 3. Dezember 2020 aber wegen der Einreisesperre aus Spanien ausgewiesen worden sei (Prot. II S. 11 ff.).

Der Beschuldigte weist folgende Vorstrafen auf:

Er wurde in der Schweiz mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland, Uster, vom 6. Juli 2021 wegen rechtswidriger Einreise und rechtswidrigen Aufenthalts mit einer bedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie mit einer Busse in Höhe von Fr. 300.– bestraft (Urk. 108), was strafferhöhend zu berücksichtigen ist. Der aufgeschobene Vollzug dieser Geldstrafe wurde mit Urteil des Tribunal de police Genève vom 3. April 2023 widerrufen und der Beschuldigte wurde wegen rechtswidriger Einreise schuldig gesprochen. Das Tribunal de police de Genève verurteilte den Beschuldigten unter Einbezug der widerrufenen Strafe zu einer unbedingten Geldstrafe von 132 Tagessätzen zu Fr. 100.– (Urk. 99 und Urk. 108). Diese Geldstrafe ist nicht gleichartig zu der heute ausgefallenen Freiheitsstrafe, weshalb keine Gesamtstrafenbildung bzw. teilweise retrospektive Konkurrenz vorzunehmen ist. Da die Verurteilung durch das Tribunal de police de Genève nach den vorliegend zu beurteilenden Taten erfolgte, handelt es sich nicht um eine Vorstrafe im technischen Sinn, weshalb sie nicht strafferhöhend berücksichtigt werden kann. Allerdings ist die Tatbegehung während der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 6. Juli 2021 angesetzten laufenden Probezeit strafferhöhend zu berücksichtigen.

In England wurde der Beschuldigte seit 1998 zweimal wegen Diebstahls, zweimal wegen Besitzes eines Messers in der Öffentlichkeit und im Jahr 2005 - im Alter von 22 Jahren - wegen Mordes zu einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe verurteilt (Urk. 33/6). Er wurde nach 15 Jahren erstandener Freiheitsstrafe im Jahre 2019 aus dem Strafvollzug entlassen.

In Schweden wurde der Beschuldigte im Jahr 2020 wegen Diebstahls zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen à 50 SEK verurteilt (Urk. 27/5).

In Griechenland wurde der Beschuldigte im Jahr 2020 wegen "versuchter rechtswidriger Ausreise vom Land" zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 3 Monaten verurteilt (Urk. 33/5, vgl. Urk. 27/3). Gemäss dem Beschuldigten sei er zu einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten verurteilt worden, wobei er nicht ins Gefängnis ge-

musst habe. Er habe eine Einreisesperre von 3 Jahren erhalten und dürfe für 5 Jahre nicht in den Schengenraum einreisen (Urk. D1/26/8 F/A 74).

In Spanien wurde der Beschuldigte im Jahr 2021 wegen Fahrens ohne Führerausweis zu 22 Tagen gemeinnütziger Arbeit verurteilt (Urk. 34/4).

Der Beschuldigte gab sodann an, er sei bereits aus vier verschiedenen Ländern ausgewiesen worden und habe bis 2024 ein Verbot für den Schengenraum. Er habe eine temporäre Bewilligung für drei Jahre in Spanien bekommen (Urk. 26/2 F/A 19, ebenso 26/8 F/A 85).

Das Vorleben des Beschuldigten und seine persönlichen Verhältnisse sind von seinen zahlreichen Vorstrafen geprägt. Diese scheinen ihn jedoch wenig beeindruckt zu haben. Nicht einmal die Verhängung einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe, welche er 15 Jahre lang verbüsste, hielten ihn von neuerlicher Delinquenz innert kürzester Zeit ab. Auch die Landesverweisungen anderer Länder und das Verbot mehrerer Länder für den Schengenraum scheint ihn in keiner Weise zu beeindrucken. So führte er aus: "Ich bin immer wieder ein- und ausgereist. Ich war nicht immer hier (gemeint: in der Schweiz). Ich war immer in Bewegung in Europa." (Urk. 26/8 F/A 20).

Die ausländischen Vorstrafen des Beschuldigten und die Vorstrafe der Staatsanwaltschaft See/Oberland, insbesondere die einschlägigen Diebstahlsdelikte, sind deutlich straf erhöhend mit 8 Monaten Freiheitsstrafe zu berücksichtigen.

6.2. Geständnis

Ein Geständnis kann bei der Beurteilung des Nachtatverhaltens zugunsten des Täters berücksichtigt werden, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt oder der Täter zur Tataufdeckung über seinen eigenen Tatanteil hinaus beiträgt (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Hat ein Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert oder ist die beschuldigte Person nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils geständig geworden, ist eine Strafminderung nicht angebracht (Urteile des Bundesgerichts 6B_312/2016 vom 23. Juni 2016 E. 1.3.2; 6B_759/2014

vom 24. November 2014 E. 3.2; 6B_582/2013 vom 20. Februar 2014 E. 3.4; je mit Hinweisen).

Vorliegend zeigte sich der Beschuldigte bereits in der ersten Einvernahme vom 14. Januar 2022 und damit von Anfang an geständig, die ihm in der heutigen Anklage vorgeworfenen Delikte begangen zu haben (Urk. 26/1 F/A 39-42). Auch wenn der Verdacht gegen ihn aufgrund nachgewiesener DNA-Spuren bestand, so erleichterte er die Untersuchung von Beginn an. Dieses ausgesprochen positive Nachtatverhalten wird indessen insofern getrübt, als dass der Beschuldigte keinerlei Reue oder Einsicht zeigt. Noch in der Schlusseinvernahme vom 30. März 2022 hielt er fest, er könne nichts tun ausser mit Drogen handeln, Einbrüche machen, jemanden umbringen. "Wenn Sie mich freilassen, passiert morgen wieder dasselbe, dann werde ich wieder verhaftet" (Urk. 26/8 F/A 85). Er weigerte sich auch, weitere Täter zur Tataufdeckung über seinen eigenen Tatanteil hinaus bekannt zu geben, namentlich Personen, welche ihn mit dem Auto in der Schweiz herumgefahren hätten. Unter diesen Umständen ist das Geständnis nur leicht strafmindernd im Umfang von zwei Monaten zu berücksichtigen.

7. Gesamtwürdigung

In Würdigung sämtlicher Tat- und Täterkomponenten ist der Beschuldigte mit 24 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen, unter Anrechnung der im Kanton Zürich erstandenen Haft von 470 Tagen. Die im Kanton D._____ erstandene Haft wurde im dortigen Strafverfahren angerechnet.

8. Vollzug

Der Beschuldigte ist mehrfach vorbestraft und hat bereits eine lebenslängliche Freiheitsstrafe insofern verbüsst, als er nach 15 Jahren aus dem Strafvollzug entlassen wurde. Dies hielt ihn jedoch nicht von der Begehung weiterer Straftaten im Folgejahr ab. Nach der Verurteilung zu einer bedingten Geldstrafe gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 6. Juli 2021 brach er noch im selben Monat, am 31. Juli 2021, in die Wohnung im Mehrfamilienhaus an der I._____-strasse 1 in J._____ ein. Sodann erklärte der Beschuldigte ausdrücklich,

im Falle einer Freilassung weiter zu delinquieren, namentlich mit Drogen zu handeln, Einbrüche zu begehen oder Personen zu töten. Mit der Vorinstanz muss dem Beschuldigten eine negative Bewährungsprognose gestellt werden, wobei darauf hinzuweisen ist, dass der unbedingte Vollzug vom Beschuldigten ohnehin nicht mehr angefochten ist. Die Freiheitsstrafe ist daher zu vollziehen.

IV. Landesverweisung

1. Katalogtat

Betreffend die allgemeinen Voraussetzungen der obligatorischen Landesverweisung und dem Vorliegen einer Katalogtat kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 85 S. 34 ff.). Der Beschuldigte beging einen gewerbsmässigen Diebstahl in Verbindung mit Hausfriedensbrüchen i.S.v. Art. 139 Ziff. 2 StGB bzw. Art. 186 StGB. Es liegt damit eine Katalogtat vor, welche gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. c und d StGB eine obligatorische Landesverweisung für 5-15 Jahre aus der Schweiz zur Folge hat, soweit nicht ausnahmsweise die Härtefallklausel greift (Art. 66a Abs. 2 StGB).

Entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes "verweist" das Gericht den Ausländer "unabhängig" von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz. Eine Mindeststrafe sieht das Gesetz nicht vor (BGE 144 IV 168 E. 1.4.1 S. 171). Die Landesverweisung muss bei sämtlichen Täterschafts- und Teilnahmeformen sowie bei der versuchten Begehung (BGE 144 IV 168 E. 1.4.1 S. 1.7.1) ausgesprochen werden, wobei irrelevant bleibt, ob der Ausländer zu einer unbedingten Strafe verurteilt oder der Vollzug der Strafe bedingt oder teilbedingt aufgeschoben wird (Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer] vom 26. Juni 2013, BBl 2013 5975, S. 6020 f.). Die Struktur des Gesetzes folgt der üblichen Gesetzestechnik von Tatbestand und Rechtsfolge und stuft diese analog einer Strafandrohung mit 5-15 Jahren ab (wobei das Einreiseverbot im Wiederholungsfall gemäss Art. 121 Abs. 5 BV auf 20 Jahre anzusetzen ist). Die Rechtsfolge ist somit aufgrund des Verschuldens und der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu bestimmen. Nach dem Verhältnis-

mässigkeitsprinzip führen Bagatelldelikte nicht zur Landesverweisung (Botschaft, a.a.O., S. 6015). Eigentliche "Kriminaltouristen" sind ohnehin auszuweisen (Urteil des Bundesgerichts 6B_770/2018 vom 24. September 2018 E. 1.1).

Mit dieser Abstufung räumt das Gesetz dem Gericht ein auf die Dauer der Ausweisung beschränktes Rechtsfolgeermessen ein. Zudem kann das Gericht "ausnahmsweise" von der obligatorischen 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. Das "Absehen" von der Landesverweisung bildet mithin den Ausnahmefall. Doch hat das Gericht diesen Sachverhalt zu prüfen. Das Gesetz erfordert zweifellos einerseits eine restriktive Auslegung und Anwendung der "Härtefallklausel" und trägt andererseits der Tatsache Rechnung, dass das StGB, in dessen Allgemeinem Teil Art. 66a StGB eingeordnet ist, ein Schuldstrafrecht kodifiziert (BGE 123 IV 1 E. 2 S. 4).

Je stärker der Eingriff bei einem in der Schweiz geborenen oder aufgewachsenen Ausländer ist, desto gewichtiger muss sich das öffentliche Interesse an seiner Ausweisung nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsprinzips erweisen (Urteil des Bundesgerichts 6B_371/2018 vom 21. August 2018 E. 2.5).

2. Standpunkt der Vorinstanz und der Parteien

Die Vorinstanz sah von einer Landesverweisung ab. Sie erwog zusammengefasst, der Beschuldigte habe durch seine glaubhaften Aussagen und Belege glaubhaft gemacht, dass er bei einer Rückkehr nach Albanien mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit einer Gefahr für Leib und Leben ausgesetzt wäre. Es drohe ihm eine Blutrache in Albanien für den von ihm begangenen Mord in England. Aufgrund des völkerrechtlichen Non-Refoulement-Verbots liege ein persönlicher Härtefall vor. Es bestünden zwar gewichtige öffentliche Interessen an der Ausweisung von Kriminaltouristen, diese öffentlichen Interessen vermöchten jedoch die privaten Interessen des Beschuldigten, welcher bei einer Rückkehr nach Albanien mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben ausgesetzt wäre, nicht zu überwiegen (Urk. 85 S. 40).

Die Staatsanwaltschaft hat gegen die Nichtanordnung der Landesverweisung Berufung erhoben. Sie hält im Wesentlichen fest, es liege kein schwerer persönlicher Härtefall vor. Die Härtefallklausel sei restriktiv anzuwenden. Der Beschuldigte verfüge über keinerlei Bindungen zur Schweiz, er habe sich lediglich zum Zwecke der Verübung der Einbruchdiebstähle hier aufgehalten und selber ausgeführt, dass er nach seiner Entlassung die Schweiz verlassen werde. Seine wiederholte schwere Delinquenz in seinen Aufenthaltsländern bis zuletzt in der Schweiz weise auf eine Missachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung hin. Er spreche Albanisch und verfüge für einen Aufenthalt in der Schweiz nicht über genügende Sprachkompetenzen und sei in der Schweiz nie einer geregelten Arbeit nachgegangen. Sodann habe er keinerlei familiäre Bindungen zur Schweiz, wohingegen ihm Land und Gesellschaft seiner Heimat Albanien vertraut seien. Der Gesundheitszustand des Beschuldigten sei unauffällig. Sodann spreche er die Sprache seiner Mutter und seiner Heimat. Aufgrund seiner Herkunft wäre auch eine soziale Eingliederung in Albanien wieder möglich und zumutbar. Sodann habe der Beschuldigte die angeblich ihm drohende Gefahr durch den von ihm begangenen Mord selbst verursacht. Die Gefahr drohe ihm nicht vom albanischen Staat. Sodann bestehe die Gefahr einer Blutfehde für den Beschuldigten in seiner Heimat jedenfalls in der Hauptstadt nicht und habe sich bei seinem letzten Besuch von drei Monaten auch nicht verwirklicht (Prot. II S. 18). Durch einen Aufenthalt in der Schweiz könne der Beschuldigte nicht vor einer privaten Blutfehde geschützt werden, sobald sein Aufenthaltsort bekannt werde. Weiter sei es gerichtsnotorisch, dass Albaner sehr gut vernetzt seien und Bindungen zur Heimat und Familie pflegten. Nach seiner Haftentlassung und Ausschaffung nach Albanien liege es am Beschuldigten, sich einer privaten Blutfehde zu entziehen. Ein relevanter Härtefall wäre erst gegeben, wenn der Eingriff in den Anspruch auf Privat- und Familienleben eine gewisse Tragweite einnehmen würde. Der Beschuldigte habe aber weder eine Ehefrau noch minderjährige Kinder in der Schweiz. Ein persönlicher Härtefall sei somit zu verneinen. Weiter würden die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung überwiegen. Der Beschuldigte habe mit den begangenen Einbruchdelikten die öffentliche Sicherheit und Ordnung in ganz besonderem bzw. hohem Mass gefährdet. Bei schweren Straftaten wie Einbruchdiebstahl müsse

zum Schutz der Öffentlichkeit selbst ein geringes Restrisiko weiterer Beeinträchtigungen wesentlicher Rechtsgüter nicht in Kauf genommen werden. Das Restrisiko, dass der Beschuldigte wieder Einbruchdiebstähle begehen würde, wenn man ihn in der Schweiz freilassen würde, sei nicht ein Restrisiko, sondern hoch. Das hohe Risiko für die öffentliche Ordnung und Sicherheit könne beim Beschuldigten, einem unverbesserlichen Kriminaltouristen, nicht eingegangen werden (Urk. 88; Urk. 109 S. 10 ff.).

Die Verteidigung bringt demgegenüber vor, die Vorinstanz habe ihren Entscheid sorgfältig begründet. Der Beschuldigte habe seit seiner Freilassung in Spanien und auch in Griechenland überlebt, wo auch sein Bruder lebe, und arbeite schon seit mehreren Jahren in Deutschland, obwohl er gleichermassen betroffen sei von der Blutfehde und deshalb nach Deutschland geflüchtet sei. Sollten Zweifel daran vorliegen, ob in Ländern wie Deutschland, Spanien und der Schweiz die Sicherheit eines Verfolgten besser gewährleistet seien als in Albanien, müsse eine Expertise des SEM zur Sicherheitslage in Albanien im Vergleich zur Sicherheitslage in den genannten Ländern eingeholt werden. Der Beschuldigte beabsichtige sodann auch nicht, länger als nötig in der Schweiz zu bleiben, sondern möchte so rasch als möglich zu seinem Bruder nach Deutschland reisen, der auch für seinen Unterhalt inkl. Ticket nach Deutschland aufkommen werde und ihm in Deutschland mit seinem Asylantrag helfen werde. Der Beschuldigte werde auch dort die Möglichkeit haben, sich zu integrieren und wieder einem geregelten Alltag nachzugehen. Weiter liege kein Grund zur Annahme vor, dass der Beschuldigte wieder rückfällig und straffällig werde. Seine Taten hätten sich nicht gegen Personen, sondern ausschliesslich gegen Sachen gerichtet, sodass von einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nicht gesprochen werden könne. Wenn seine Existenz wieder gesichert sei und da Aussicht bestehe, dass er zu seinem Bruder reisen könne und dort auch einen Asylantrag stellen könne, gebe es für ihn auch keinen Grund mehr, zu Drogen zu greifen und kriminell zu werden. Im Übrigen laufe der Eintrag im Schengener Informationssystem im Jahre 2024 ab, so dass er auch andere Drittländer wie Spanien wieder frei bereisen und dort einen Asylantrag stellen könne (Urk. 95). Bis zur Löschung dieses Eintrags habe der Beschuldigte kein Aufenthaltsrecht in einem Drittland und könnte deshalb nur nach Albanien

ausgewiesen werden, wo ihm der Tod drohe. Sodann würden die 4 Einbrüche ohne Gewalteinwirkung gegen eine Person nicht sehr schwer wiegen und die verzeichneten Vorstrafen seien ohne Bedeutung angesichts seiner schwierigen Blutfehdesituation und des bestehenden Eintrags im Schengener Abkommen. Der Beschuldigte sei auch kein Kriminaltourist gewesen, sondern habe in einer Lebenskrise gesteckt und habe Drogen genommen. Eine Landesverweisung erweise sich als unverhältnismässig (Urk. 110 S. 14 f.).

3. Landesverweisung bei Personen ohne Aufenthaltsrecht

Ganz grundsätzlich ist vorab darauf hinzuweisen, dass Personen ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz keinen Anspruch darauf haben können, dass gegen sie keine Landesverweisung ausgesprochen wird. Andernfalls würden sie aus dem Delikt einen Vorteil bzw. ein Bleiberecht ableiten können, während nicht delinquierende Ausländer auf dem ordentlichen Weg aus der Schweiz ausgeschafft werden.

Die nachfolgenden Erwägungen zeigen aber auch, dass im konkreten Fall kein Härtefall vorliegt oder andere Hindernisse einer Landesverweisung entgegenstehen, zumal der Beschuldigte bereits früher mehrfach wegen seiner Delinquenz von anderen Ländern in sein Heimatland ausgeschafft wurde.

4. Persönliche Verhältnisse des Beschuldigten

Der Beschuldigte führte zu seiner Person Folgendes aus (Urk. 26/8 F/A 89; Prot. II S. 9 ff.): Er wurde in Albanien geboren und wuchs bei seinen Eltern auf. Er hat drei Schwestern und einen jüngeren Bruder. Seine Geschwister leben im Ausland, der Bruder in Deutschland, zwei Schwestern in Griechenland und eine Schwester in Albanien. Seine Mutter lebt in Albanien, sein Vater ist 2015 gestorben.

Er besuchte während 8 Jahren in Albanien die Grundschule. Er plante, die Hochschule zu besuchen, doch aufgrund des Krieges sei er 1997 "in den Westen gegangen". Im Jahre 1998 reiste er nach Italien, wo er viele Familienangehörige habe. Nach 5-6 Monaten reiste er nach England, wo er 2004 wegen Mordes zu einer

lebenslänglichen Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Nach seiner Entlassung im Jahr 2019 reiste er zu seiner Schwester nach Griechenland, wo er 3 Monate geblieben sei. Er gab an, er habe seine Papiere verbrannt, weshalb er sich nicht mehr frei habe bewegen können.

Er wurde von Griechenland nach Albanien zurückgeschickt bzw. ausgeschafft. Von da reiste er via Serbien nach Schweden und in weitere europäische Länder. Er wurde immer wieder von der Polizei verhaftet. Es wurden ihm Ausreisefristen angesetzt und er wurde zwei weitere Male nach Albanien ausgeschafft. Er habe Albanien aber immer wieder verlassen. Das letzte Mal habe er 2021 jemanden aus seiner Familie in Albanien besucht und sei drei Monate dort gewesen.

5. Würdigung

Der Beschuldigte ist albanischer Staatsangehöriger. Er verfügt in der Schweiz weder über eine Aufenthaltsberechtigung noch über soziale, berufliche oder familiäre Bindungen. Er hat nach eigenen Angaben keine Beziehungen zur Schweiz (Urk. 26/8 F/A 96) und plante nie, sich längere Zeit in der Schweiz aufzuhalten. Er ist ein Kriminaltourist, der sich für einen kurzen Zeitraum und einzig zur Begehung von Einbrüchen in der Schweiz aufgehalten hat. So führte auch der Beschuldigte aus, dass er sich nach seiner Haftentlassung ins Ausland bzw. nach Albanien und anschliessend nach Frankreich begeben würde (Urk. 100; Prot. II S. 14). Insofern trifft eine Landesverweisung den Beschuldigten nur mässig, während sie für jemanden, der in der Schweiz lebt, arbeitet, seit mehreren Jahren integriert ist und hier gegebenenfalls eine Familie gegründet hat, eine sehr schwere Sanktion darstellt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_770/2018 des Bundesgerichts vom 24. September 2018 E. 1.1.). Wie dargelegt hielt das Bundesgericht fest, dass eigentliche Kriminaltouristen "ohnehin auszuweisen" seien (Urteil des Bundesgerichts 6B_627/2018 vom 22. März 2019, E. 1.3.4.)

Das von der Vorinstanz angeführte Non-Refoulement-Verbot betrifft sodann Personen, die in ihrem Heimatland wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen der politischen Anschauung in Lebensgefahr sind (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 AsylG, vgl. BGE

135 II 110 E. 2.2.2). Keiner dieser Aspekte trifft auf den Beschuldigten zu. Der Beschuldigte ist kein Flüchtling. Er beging den Mord in England nach seiner Ausreise aus Albanien. Gemäss Art. 3 Abs. 4 AsylG kommt ihm keine Flüchtlingseigenschaft zu, wenn er den Grund einer Flucht nach seiner Ausreise setzte. Er macht auch nicht geltend, sich hier um eine Anerkennung einer Flüchtlingseigenschaft bemüht zu haben.

Mit der Landesverweisung wird der Beschuldigte sodann in erster Linie des Landes verwiesen, d.h. aus dem Gebiet der Schweiz verwiesen. Er hatte hier noch nie ein Aufenthaltsrecht und das Absehen von einer Landesverweisung würde auch kein solches begründen, zumal er nach eigenen Angaben von anderen Ländern bis zum Jahr 2024 ohnehin aus dem gesamten Schengenraum weggewiesen wurde. Der Beschuldigte wird die Schweiz selbst dann verlassen müssen, wenn heute keine Landesverweisung ausgefällt würde, da die Schweiz zum Schengenraum gehört.

Der Beschuldigte will die Schweiz denn auch verlassen. Er will in Deutschland leben (Urk. 95 S. 3) bzw. neuerdings in Albanien und dann in Frankreich (Urk. 100; Prot. II S. 14 und S. 17). Wie aus der Argumentation der Verteidigung hervorgeht, ist sein Anliegen einzig, dass er nicht im Schengener Informationssystem eingetragen wird bzw. eingetragen bleibt, damit er überall in Europa arbeiten kann, was aber kein Grund sein kann, deswegen von der Landesverweisung abzusehen. Vom Staat Albanien droht ihm sodann keine Gefahr und der Beschuldigte macht dies auch nicht geltend. Vielmehr drohe ihm von Privaten eine Blutrache, d.h. ein Rachemord. Es ist jedoch ohne Weiteres davon auszugehen, dass auch in Albanien Tötungsdelikte verboten sind und dass entsprechende Delikte bestraft werden. Die Staatsanwaltschaft wies weiter zu Recht darauf hin, dass die vom Beschuldigten geltend gemachte Lebensgefahr nicht auf einen Aufenthalt im Staatsgebiet von Albanien zurückzuführen ist, sondern darauf, ob ihm schlecht gesinnte Personen Kenntnis von seinem Aufenthaltsort haben. Gegebenenfalls droht dem Beschuldigten die gleiche Gefahr in der Schweiz wie in Albanien. Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte sodann aus, dass er in Albanien

arbeiten könnte und es sein Ziel sei, in der [...] in Albanien zu wohnen, um trotz der Blutfehde gefahrlos in Albanien leben zu können (Prot. II S. 17).

Hinzu kommt, dass der Beschuldigte in der Vergangenheit bzw. nach seiner verbüssten Freiheitsstrafe wie erwähnt bereits mehrfach und erfolgreich von anderen Ländern nach Albanien ausgeschafft wurde (Urk. 26/8 F/A 89), wo die Mutter des Beschuldigten lebt und wo er nach eigenen Angaben über Ländereien verfügt und ein Haus besitzt. Er führte aus: "Wenn ich nur schon Tomaten anpflanzen würde, würde ich mit dem vielen Land Millionär werden." (Urk. 26/8 F/A 85). Mithin wurde das Non-Refoulement-Verbot schon in drei früheren Fällen von anderen Ländern ebenfalls verneint. Weiter ist der Albanisch sprechende Beschuldigte mit der Kultur seiner Heimat vertraut.

6. Fazit

Zusammenfassend liegt kein Härtefall vor, welcher es dem Beschuldigten unzumutbar machen würde, die Schweiz zu verlassen und in sein Heimatland Albanien zurückzukehren. Der Beschuldigte hatte zu keinem Zeitpunkt ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz und er gedenkt auch nicht, sich in Zukunft in der Schweiz aufzuhalten. Er wurde in der Vergangenheit von anderen Ländern mehrfach erfolgreich nach Albanien ausgeschafft. Vom Staat Albanien selbst droht ihm keine Gefahr und die behauptete Blutfehde ist nicht auf das Staatsgebiet von Albanien beschränkt.

Der Beschuldigte hat sodann erklärtermassen kein Interesse an einem Verbleib in der Schweiz i.S.v. Art. 66a Abs. 2 StGB, weil er nach Albanien und von dort weiter nach Frankreich ausreisen will (vgl. Urk. 100; Prot. II S. 14 und S. 17). Selbst wenn ein Härtefall gegeben wäre, würde das öffentliche Interesse der Schweiz an der Landesverweisung das nicht vorhandene Interesse des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz überwiegen, da bei seinem Verbleib im Land vor dem Hintergrund des anhaltenden und uneinsichtigen deliktischen Vorlebens eine grosse und nahe Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in der Schweiz drohte.

Der Beschuldigte ist daher des Landes zu verweisen.

Unabhängig von der Höhe der Strafe beträgt die Dauer der obligatorischen Landesverweisung 5-15 Jahre (Art. 66a Abs. 1 StGB). Die Rechtsfolge einer Landesverweisung ist aufgrund des Verschuldens und der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu bestimmen, wobei die Dauer verhältnismässig sein muss. Dabei ist namentlich einer aus einer langen Anwesenheit in der Schweiz folgenden Härte Rechnung zu tragen (Urteil des Bundesgerichts 6B_445/2021 vom 6. September 2021 E. 2). In Bezug auf die Dauer ist einerseits zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte vier Mal eingebrochen und sein Verschulden als noch leicht bis nicht mehr leicht zu qualifizieren ist, was grundsätzlich für eine kürzere Dauer spricht. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass er zahlreiche und gravierende Vorstrafen aufweist und selbst kund tat, er könne nichts tun ausser mit Drogen zu handeln, Einbrüche zu machen und jemanden umzubringen. Im Falle einer Freilassung würde "morgen" wieder dasselbe passieren und er würde verhaftet werden (Urk. 26/8 F/A 85). Sodann missachtete er bereits einmal die Einreisesperre für die Schweiz vom 9. Juli 2021, welche ihm bis zum 8. Juli 2023 auferlegt worden war und erklärte, er habe die Schweiz in Richtung Spanien verlassen und sei danach wieder in die Schweiz gekommen (Urk. 26/1 F/A 15 ff.). Angesichts seiner wiederholten Delinquenz wiegt die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit schwer. In Anbetracht seiner sehr kurzen Anwesenheit in der Schweiz hat die Landesverweisung sodann für ihn keine Härte zur Folge. Entsprechend rechtfertigt sich, die Dauer der Landesverweisung auf 10 Jahre festzusetzen.

7. Eintrag im Schengener Informationssystem

7.1. Rechtliches

Eine Person, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU oder der EFTA besitzt (Drittstaatsangehörige), kann im Schengener Informationssystem zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben werden, wenn die "Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Falles" eine solche Massnahme rechtfertigen (Art. 3 Bst. d und Art. 21 der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Ein-

richtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation [SIS-II-Verordnung, Abl. L 381/4 vom 28.12.2006]). Voraussetzung der Ausschreibung im Schengener Informationssystem ist eine nationale Ausschreibung, die gestützt auf eine Entscheidung der zuständigen nationalen Instanzen ergeht (Art. 24 Ziff. 1 SIS-II-Verordnung). 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), oder wenn gegen sie der begründete Verdacht besteht, dass sie schwere Straftaten begangen hat, oder wenn konkrete Hinweise bestehen, dass sie solche Taten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats plant (Art. 24 Ziff. 2 Bst. b SIS-II-Verordnung).

Art. 24 Ziff. 2 lit. a SIS-II-Verordnung setzt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung weder eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr voraus noch einen Schuldspruch wegen einer Straftat, die mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr bedroht ist. Die Voraussetzung von Art. 24 Ziff. 2 lit. a SIS-II-Verordnung ist vielmehr erfüllt, wenn der entsprechende Straftatbestand eine Freiheitsstrafe im Höchstmass von einem Jahr oder mehr vorsieht. Indes ist im Sinne einer kumulativen Voraussetzung stets zu prüfen, ob von der betroffenen Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht. Damit wird dem in Art. 21 SIS-II-Verordnung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen. An die Annahme einer solchen Gefahr sind jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Nicht verlangt wird, dass das "individuelle Verhalten der betroffenen Person eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt" (oben E. 4.5 und 4.7.2). Dass bei der Legalprognose eine konkrete Rückfallgefahr verneint und die Strafe bedingt ausgesprochen wurde, steht einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS daher nicht entgegen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_739/2020 vom 14. Oktober 2020 E. 2.2). Ebenso wenig setzt Art. 24 Ziff. 2 SIS-II-Verordnung die Verurteilung zu einer "schweren" Straftat vo-

raus, sondern es genügen eine oder mehrere Straftaten, die einzeln betrachtet oder in ihrer Gesamtheit von einer "gewissen" Schwere sind, unter Ausschluss von blossen Bagatelldelikten. Entscheidend ist zudem nicht das Strafmass, sondern in erster Linie die Art und Häufigkeit der Straftaten, die konkreten Tatumstände sowie das übrige Verhalten der betroffenen Person (BGE 147 IV 340 E. 4.8.).

7.2. Würdigung

Der Beschuldigte ist albanischer Staatsangehöriger und damit nicht EU-Bürger. Er gab an, bereits über einen Eintrag im Schengener Informationssystem zu verfügen, wonach er bis zum Jahr 2024 aus dem Schengenraum eine "Einreisesperre" habe bzw. weggewiesen sei (Urk. 26/8 F/A 85). Er verfügt über keine Aufenthaltsberechtigung in Spanien, obwohl er dort bei seiner Freundin gewohnt habe (Urk. 26/8 F/A 79 und 97). Auch für Deutschland wird keine Aufenthaltsberechtigung behauptet.

Angesichts der begangenen Taten und der mehrfach erwähnten Ankündigung des Beschuldigten, bei einer Freilassung neuerliche Taten zu begehen, ist die öffentliche Sicherheit gefährdet. Es ist daher eine Ausschreibung der Landesverweisung im SIS vorzunehmen, wie sie bereits von anderen Ländern früher veranlasst wurde.

V. Genugtuung

Die Verteidigung beantragt eine Genugtuung nach richterlichem Ermessen für die Überhaft gemäss Art. 431 Abs. 2 StPO, da der Beschuldigte in D. _____ 4 Monate in Haft gewesen sei und für den Fall, dass das Obergericht von einer tieferen Freiheitsstrafe ausgehe als die Vorinstanz (Urk. 110 S. 1 und S. 15 ff.).

Im vorliegenden Verfahren entsteht keine Überhaft, da der Beschuldigte, welcher mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu bestrafen ist, noch nicht 24 Monate in Untersuchungs- und Sicherheitshaft bzw. vorzeitigem Strafvollzug ist. Die bereits erstandene Haft wird ihm sodann an die Freiheitsstrafe angerechnet.

Was das Verfahren in D._____ betrifft, wo er mit Urteil des Tribunal de police Genève vom 3. April 2023 wegen rechtswidriger Einreise schuldig gesprochen und unter Einbezug der widerrufenen Strafe zu einer unbedingten Geldstrafe von 132 Tagessätzen zu Fr. 100.– bestraft wurde, ist darauf hinzuweisen, dass ihm die 4 Monate Untersuchungshaft zusammen mit den 2 Tagen Untersuchungshaft aus dem Verfahren der widerrufenen Strafe, also insgesamt 132 Tage, an die Geldstrafe angerechnet wurden (Urk. 99 und Urk. 108). Auch hier besteht kein Anspruch auf Genugtuung im Sinne von Art. 431 StPO.

Das Genugtuungsbegehren wegen Überhaft ist deshalb abzuweisen.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Verfahrensausgang ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe zu bestätigen (Ziff. 13; Art. 426 Abs. 1 StPO).
2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

Im Berufungsverfahren unterliegt der appellierende Beschuldigte mit seinen Anträgen vollständig. Daher sind ihm die Kosten dieses Verfahrens – inklusive Kosten der amtlichen Verteidigung – aufzuerlegen (Art. 428 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt einer Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Die amtliche Verteidigung macht für das vorliegende Berufungsverfahren bis zur Berufungsverhandlung Aufwände und Auslagen in der Höhe von insgesamt Fr. 12'817.27 (inkl. MwSt.) geltend (Urk. 111). Nach der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es zulässig, für das Anwaltshonorar Pauschalen vorzusehen (BGE 143 IV 453 E. 2.5.1). Unter Berücksichtigung der Bedeutung des Falles, des Umstands, dass vorliegend lediglich über die Strafzumessung und die Landesverweisung sowie die damit verbundene Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem SIS zu befinden war, sowie im Hinblick auf den benötigten Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Falles erscheint

eine Entschädigung der amtlichen Verteidigung mit einer Pauschale von Fr. 10'000.– (inkl. MwSt.) als angemessen und ist entsprechend festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Auf den Antrag betreffend Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 6. Juli 2021 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird nicht eingetreten.
2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 29. Juni 2022 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 6 und 7 (Zivilforderungen), 8 bis 11 (Vernichtung von Gegenständen) und 12 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.
4. Rechtsmittel:

Gegen Ziff. 1 dieses Entscheids 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.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 470 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.

2. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
3. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen.
4. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet.
5. Das Genugtuungsbegehren wegen Überhaft wird abgewiesen.

6. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 13) wird bestätigt.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 10'000.– amtliche Verteidigung
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen 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.
9. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberland
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - die Justizvollzugsanstalt Pöschwies durch den zuführenden Polizeibeamten
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Privatklägerschaftsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberland
 - die Privatklägerschaftund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich

- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- Tribunal de police Genève (Proz.-Nr. P/17198/21 - 5)
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.

10. 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, 28. April 2023

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichterin lic. iur. Wasser-Keller

lic. iur. Schwarzenbach-Oswald