

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170250-O/U/cwo

Mitwirkend: Die Obergerichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. Ch. Prinz und
lic. iur. B. Gut sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Maurer

Urteil vom 22. August 2017

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw X._____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Stv. Leitende Staatsanwältin lic. iur. S. Steinhauser,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

Angriff und Widerruf

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 4. Mai 2017
(DG170031)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 6. April 2017 ist diesem Urteil angeheftet (Urk. 18).

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 38 S. 19 ff.)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des Angriffs im Sinne von Art. 134 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 8 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 80 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.
4. Der für die mit Strafbefehl des Kantons Schaffhausen vom 6. Januar 2015 ausgesprochene Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 80.– gewährte bedingte Vollzug wird widerrufen. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB für 5 Jahre des Landes (Hoheitsgebiet der Schweiz) verwiesen.
6. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	3'600.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	1'100.00	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	135.75	Auslagen IRM
Fr.	140.00	Auslagen FOR
Fr.	4'927.75	amtliche Verteidigung
<u>Fr.</u>	<u>9'903.50</u>	Total

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

7. Die Kosten der Untersuchung (Gebühr für das Vorverfahren, Auslagen IRM und Auslagen FOR) und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidi-

gung, werden dem Beschuldigten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

- 8. (Mitteilungen)
- 9. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:
(Prot. II S. 5)

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 49 S. 2)

- 1. Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils vom 4. Mai 2017 des Bezirksgerichts Winterthur sei aufzuheben und von einer Landesverweisung sei abzu-
sehen;
- 2. die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens (inkl. jene der amtlichen
Verteidigung) seien auf die Staatskasse zu nehmen.

- b) Der Vertreterin der Staatsanwaltschaft:
(Urk. 45 und Urk. 53 sinngemäss)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

- 1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Ver-
meidens von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der
Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 38 S. 4).
- 2. Mit eingangs im Dispositiv wiedergegebenem Urteil des Bezirksgerichtes
Winterthur vom 4. Mai 2017 wurde der Beschuldigte des Angriffs im Sinne von
Art. 134 StGB schuldig gesprochen, mit einer Freiheitsstrafe von acht Monaten
bestraft (wovon bis zum Urteilszeitpunkt 80 Tage durch Haft erstanden waren),

der Vollzug der Freiheitsstrafe aufgeschoben und die Probezeit auf vier Jahre festgesetzt. Ferner wurde der bedingte Vollzug für eine Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 80.– widerrufen. Schliesslich wurde der Beschuldigte im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB für fünf Jahre des Landes verwiesen (Urk. 38 S. 19 f.).

3. Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte vor Schranken der Vorinstanz Berufung anmelden (Prot. I S. 30). Das begründete Urteil wurde dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger am 8. Juni 2017 zugestellt (Urk. 35), worauf dieser mit Eingabe vom 15. Juni 2017 fristgerecht die Berufungserklärung beim hiesigen Gericht einreichte (Urk. 40). Mit Präsidialverfügung vom 27. Juni 2017 wurde der Staatsanwaltschaft ein Doppel der Berufungserklärung des Beschuldigten zugestellt und Frist angesetzt, Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Zudem wurde der Anklagebehörde Frist angesetzt, zum Antrag des Beschuldigten auf Durchführung des schriftlichen Berufungsverfahrens Stellung zu nehmen (Urk. 43). Nachdem die Anklagebehörde sich mit Eingabe vom 29. Juni 2017 – nicht abschlägig – vernehmen liess (Urk. 45), wurde mit Präsidialverfügung vom 3. Juli 2017 die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens angeordnet sowie dem Beschuldigten Frist angesetzt, die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen sowie letztmals Beweisangebote zu stellen (Urk. 47). Am 6. Juli 2017 erstattete der Beschuldigte die Berufungsbegründung (Urk. 49), worauf diese mit Präsidialverfügung vom 7. Juli 2017 der Staatsanwaltschaft sowie der Vorinstanz zugestellt wurde. Zudem wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, die Berufungsantwort einzureichen sowie letztmals Beweisangebote zu stellen. Die Vorinstanz erhielt Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung (Urk. 51). Die Anklagebehörde erklärte mit Zuschrift vom 10. Juli 2017, auf die Einreichung einer Berufungsantwort sowie das Stellen von Beweisangeboten zu verzichten (Urk. 53) und auch die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 55). Das Verfahren erweist sich daher als spruchreif.

II. Umfang der Berufung

In seiner Berufungserklärung vom 30. September 2016 beschränkte der Beschuldigte die Berufung auf die Anordnung der Landesverweisung – Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Urteils – (Urk. 40 S. 2; so auch bereits in der Berufungsanmeldung [Prot. I S. 30]). Dementsprechend ist das vorinstanzliche Urteil in den übrigen Dispositiv-Ziffern nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschlusses festzustellen ist (Art. 404 Abs. 1 StPO).

III. Landesverweisung

1. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten mit einer fünfjährigen Landesverweisung im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB belegt. Sie erwog (zusammengefasst), da der Beschuldigte eine Katalogtat nach Art. 66a Abs. 1 lit. b StGB begangen habe, sei er grundsätzlich obligatorisch des Landes zu verweisen. Von einer Landesverweisung könne indes abgesehen werden, 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 würden (Urk. 38 S. 13). In der Folge prüfte die Vorinstanz, ob beim Beschuldigten ein Härtefall vorliegt und kam zum Schluss, dass nicht erkennbar sei, inwieweit eine Landesverweisung beim Beschuldigten zu einer besonderen persönlichen Härte führen sollte (a.a.O. S. 13 ff.). Sodann untersuchte die Vorinstanz, ob ein gewichtiges öffentliches Interesse an einer Landesverweisung des Beschuldigten bestehe, bejahte das Vorliegen eines solchen, weshalb sie folgerte, es sei nicht erkennbar, inwieweit die persönlichen Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung zu überwiegen vermögen würden (a.a.O. S. 16 f.). Schliesslich setzte sich die Vorinstanz mit der Argumentation der Verteidigung auseinander, wonach einzig aufgrund des Freizügigkeitsabkommens zu entscheiden sei, ob beim Beschuldigten eine Landesverweisung zulässig sei. Sie erwog hierzu, der Beschuldigte habe mit seinem Verhalten die öffentliche Ordnung in der Schweiz gestört. Da trotz Gewährung des bedingten Strafvollzuges nicht geschlossen werden könne, dass vom Beschuldigten ohne Weiteres inskünftig keine Störung der öffentlichen Ordnung

mehr zu erwarten sei, ändere das FZA nichts daran, dass der Beschuldigte des Landes zu verweisen sei (a.a.O. S. 17 f.).

2. Der Beschuldigte macht im Berufungsverfahren – zusammengefasst – geltend, unter dem Freizügigkeitsabkommen sei die pauschale, gesetzlich vorgesehene Landesverweisung nicht zulässig. Das Abkommen erlaube eine Einschränkung der Personenfreizügigkeit, und damit eine Landesverweisung, nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit (Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA). Um diese Voraussetzungen irgendwie erfüllen zu können, vermische die Vorinstanz die aktuelle Straftat mit den älteren Vorstrafen. Die einzig einschlägige Vorstrafe/Gewalttat liege nunmehr sieben Jahre zurück; zwei Jahre später sei er lediglich verurteilt worden, weil er einen Schlagring auf sich getragen und gegen weiteres Nebenstrafrecht verstossen habe. Die Verstösse gegen die Probezeit würden sich, da die Strafbefehle jeweils rund zwei Jahre nach dem jeweiligen Vorfall erlassen worden seien und ihn noch später erreicht hätten, zumindest als erklärbar erweisen. Letztlich handle es sich aber um Vorfälle, die bei (nicht bzw. durchschnittlich gefährlichen) Jugendlichen durchaus vorkommen könnten, ohne dass von einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gesprochen werde. Fünf bzw. sieben Jahre später habe er nun die vorliegende Tat begangen. Eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre, liege nicht vor. Letztlich wage auch die Vorinstanz eine gute Prognose. Damit sei erstellt, dass es am Erfordernis einer tatsächlichen Gefahr für die öffentliche Ordnung im Sinne der bisherigen Rechtsprechung fehle. Aus dem Kontext bzw. dem konkreten Tatbestand der bisherigen Straftaten lasse sich auch keine hinreichend schwere Gefährdung herleiten. Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Urteils verstosse gegen das Völkerrecht und sei deshalb aufzuheben (Urk. 49).

3.1 Einerseits sieht das Strafgesetzbuch in Art. 66a ff. nun vor, dass Ausländer obligatorisch (d.h. grundsätzlich automatisch bei Verurteilung zu einer bestimmten Katalogtat) oder fakultativ (Kann-Bestimmung) der Schweiz verwiesen werden können. Andererseits garantiert das Freizügigkeitsabkommen (FZA) den Staatsangehörigen der Vertragsparteien (sowie ihren Familienangehörigen) ver-

schiedene Einreise-, Aufenthalts- und Verbleiberechte nach Massgabe seines Anhanges I, wobei sich gemäss BGE 129 II 249 E. 4 alle Staatsangehörigen der EU- und EFTA-Mitgliedstaaten auf das FZA berufen können. Demzufolge kann sich der Beschuldigte als deutscher Staatsangehöriger auf das FZA berufen.

3.2 Da sich der Beschuldigte auf das FZA berufen kann, ist das Verhältnis zwischen der Landesverweisung nach StGB und dem FZA zu untersuchen. Gemäss Art. 5 Abs. 4 BV haben Bund und Kantone das Völkerrecht zu beachten. Art. 190 BV hält zudem fest, dass Bundesgesetze und das Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Der Bundesverfassung lässt sich somit nichts zur Vorrangfrage im Falle eines echten Normkonflikts (die Bestimmungen lassen sich durch Auslegung nicht in Einklang bringen) zwischen Völkerrecht und widersprechendem Gesetzesrecht entnehmen. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung (z.B. BGE 138 II 524 E. 5.1) geht grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor. Von dieser Vorrangregel wich das Bundesgericht in früheren Fällen ausnahmsweise ab (sog. Schubert-Rechtsprechung), wenn der Gesetzgeber bewusst gegen das Völkerrecht verstossen wollte und die damit verbundenen Folgen besprochen und in Kauf genommen hatte. Diese Ausnahme gilt jedoch nicht (Gegenausnahme), wenn es sich um völkerrechtliche Bestimmungen handelt, die dem Schutz der Menschenrechte oder der Gewährleistung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU/EFTA dienen (BGE 142 II 35 E. 3.2 f.). Allerdings ist umstritten, ob es sich bei der entsprechenden Erwägung zum Vorrang des FZA in BGE 142 II 35 um ein blosses 'obiter dictum' oder um einen verbindlichen Ausdruck der bundesgerichtlichen Rechtsauffassung handelt, zumal sich erst die sozialversicherungsrechtliche (in BGE 133 V 367 E. 11.4 ff.) und die II. öffentlichrechtliche Abteilung in diesem Sinne geäussert haben (zum Ganzen: BURRI/PRIULI, a.a.O., S. 890 f.). Die wohl herrschende Lehre (NAY in: Jusletter 18. April 2016, Vorrang Völkerrecht: kein obiter dictum, kein Meinungs Austausch; EPINEY, Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016, S. 19; DIESELBE in: Jusletter 14. März 2016, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht. Zum Urteil des Bundesgerichtes 2C_716/2014 vom 26. November 2015, N 13 ff.; a.A. HALLER in: Vorrang des Völkerrechts: Kein Alleingang einer

Abteilung des Bundesgerichts, gesehen auf: <http://www.unser-recht.ch/2016/02/21/vorrang-des-voelkerrechts-kein-alleingang-einer-bundesgerichtsabteilung/> [eingesehen am 26. Juli 2017]) geht indes davon aus, dass das Bundesgericht bzw. dessen strafrechtliche Abteilung an dieser Rechtsprechung festhalten wird. Daher ist auch vorliegend vom Vorrang des FZA gegenüber den Art. 66a ff. StGB auszugehen.

3.3 Gemäss Art. 5 Anhang I FZA sind Massnahmen, welche die Freizügigkeitsrechte einschränken, nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zulässig, wobei gemäss Art. 3 RL 64/221/EWG in jedem Fall eine Einzelfallprüfung vorzunehmen ist und Wegweisungsautomatismen ausgeschlossen sind (BURRI/PRIULI in: AJP 2017, Landesverweisung und Freizügigkeitsabkommen, S. 889). Sind diese Voraussetzungen eines zulässigen Eingriffs in die Freizügigkeitsrechte somit nicht erfüllt, erweist sich eine Landesverweisung gemäss StGB (einem Bundesgesetz) gegenüber Angehörigen der EU und EFTA – mit der Verteidigung – als überhaupt ausgeschlossen, ohne dass ein Härtefall zu prüfen wäre (BUSSLINGER/UEBERSAX in: plädoyer 5/16, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, S. 100; BURRI/PRIULI, a.a.O., S. 893 und S. 899; MÜNCH/DE WECK in: Anwaltsrevue 2016, Die neue Landesverweisung in Art. 66a ff. StGB, S. 166).

4. Somit sind – entgegen der Prüfungsreihenfolge der Vorinstanz – vorab die Voraussetzungen von Art. 5 Anhang I FZA zu prüfen:

4.1 Gemäss dieser Bestimmung dürfen auf Grund dieses Abkommens eingeräumte Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Das Bundesgericht hielt hierzu in seinem Entscheid 2C_108/2016 vom 7. September 2016 E. 2.3 fest:

"Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA setzt für die Beschränkung des Aufenthaltsrechts eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung voraus, welche ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (BGE 139 II 121 E. 5.3 S. 126; 136 II 5 E. 4.2 S. 20; 130 II 176 E. 3.4.1 S. 182; Urteil 2C_403/2014 vom 2. Juli 2015 E. 2.3). Ohne weiteres vermögen

strafrechtliche Verurteilungen die Einschränkung von Rechten, welche das Freizügigkeitsabkommen einräumt, demnach nicht zu rechtfertigen (Art. 5 Abs. 2 FZA i.V.m. Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABl. P 56 vom 4. April 1964 S. 850). Jedoch können die einer strafrechtlichen Verurteilung zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt; in diesem Sinne kann auch vergangenes Verhalten den Tatbestand einer solchen Gefährdung der öffentlichen Ordnung erfüllen (BGE 139 II 121 E. 5.3 S. 126; 136 II 5 E. 4.2 S. 20; 130 II 176 E. 3.4.2 S. 184; Urteil des EuGH vom 27. Oktober 1977 C-30/77 *Bouchereau*, Slg. 1977, 1999 Rn. 27-30). Im Rahmen von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA kommt es folglich wesentlich auf die Prognose des künftigen Wohlverhaltens an, wobei eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird, verlangt ist (BGE 139 II 121 E. 5.3 S. 126; 136 II 5 E. 4.2 S. 20; 130 II 176 E. 4.2 f. S. 185 f.). Ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko kann für eine aufenthaltsbeendende Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA demnach genügen, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter wie z.B. die körperliche Unversehrtheit beschlägt (vgl. Urteil 2C_236/2013 vom 19. August 2013 E. 6.4, mit Hinweisen). Mit dem Erfordernis der gegenwärtigen Gefährdung ist nicht gemeint, dass weitere Straftaten mit Gewissheit zu erwarten sind oder umgekehrt solche mit Sicherheit auszuschliessen sein müssen (BGE 130 II 176 E. 4.3.1 S. 186 mit Hinweisen). Die Behörde, welche über die Beendigung des Aufenthalts entscheidet, hat eine spezifische Gesamtwürdigung der Umstände unter dem Blickwinkel der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorzunehmen; diese stimmt nicht zwingend mit der strafrechtlichen Würdigung des Verhaltens überein (vgl. das Urteil 2C_406/2014 vom 2. Juli 2015 E. 2.3; BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 183 f.)."

Eine Schmälerung der vom FZA eingeräumten Rechte ist somit bloss zulässig, wenn sie durch ein persönliches Verhalten der betroffenen Person gerechtfertigt werden kann. Das rechtsbeschränkende Verhalten muss überdies widerrechtlich sein und ausserdem eine gegenwärtige und hinreichend schwere, das Grundinteresse der Gesellschaft berührende Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellen. Daher genügt nach der Rechtsprechung des EuGH eine strafrechtliche Verurtei-

lung für die Verweigerung der Freizügigkeitsrechte bzw. einer Wegweisung zum Beispiel nur, wenn die Straftat und das Verschulden des Täters auf eine anhaltende schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung schliessen lassen (SPESCHA in: OFK-Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, N 1 zu Art. 5 Anh. I FZA).

4.2 Der Beschuldigte wurde 1990 in B._____ [Stadt in Deutschland] geboren. Von 1996 bis 2003 besuchte er die Schulen in Bis 2007 weilte er in einem Jugendheim in Deutschland, anschliessend absolvierte er in C._____ [Stadt in Deutschland] die Berufsfachschule bis zur mittleren Reife, worauf er ein Jahr Metallfachkunde lernte. Es folgte die Rückkehr ins Jugendheim, wo er ein halbes Jahr Schreiner lernte. Schliesslich zog er mit seiner Familie in die Schweiz, nach D._____. Hier machte der Beschuldigte eine einjährige Vorlehre als Zimmermann und begann dann eine reguläre Lehre. Diese brach er indes nach dem Ende des zweiten Lehrjahres ab, da seine schulischen Leistungen nachgelassen hatten. Es folgten Tätigkeiten als Hilfsarbeiter (Dachdecker) und verschiedene Temporärjobs als Maurer. Seit 2012 hatte er in der Schweiz keine Arbeitsbewilligung mehr. Er habe "keinen Job mehr gemacht und sei umhergereist" (vgl. Prot. I S. 15 ff. und Urk. 38 S. 9). Nach der Abmeldung im Mai 2010 von D._____ lebte der Beschuldigte abwechselnd in Deutschland und in der Schweiz, bei seiner Grossmutter in B._____, bei Freunden in der Nähe von E._____, in F._____ und G._____ [Städte in Deutschland], bei seinen Eltern oder seiner damaligen Freundin. Anfangs 2017 kehrte er in die Schweiz zurück. Gelebt habe er in jener Zeit von Geld, das er von seinen Eltern und seiner Grossmutter erhalten habe (Prot. I S. 18 ff. und Urk. 38 S. 9).

4.3 Vorliegend wurde der Beschuldigte wegen Angriffs mit einer bedingten Freiheitsstrafe von acht Monaten bestraft. Er beteiligte sich gegen ein versprochenes Entgelt von Fr. 200.– (welches er schliesslich nicht erhielt; Prot. I S. 10) im Februar 2017 im Rahmen einer "Erteilung einer Lektion" an einem Angriff, welcher von sechs Personen gegenüber einer Einzelperson verübt wurde. Zunächst hielt er sich eher im Hintergrund und hielt den Geschädigten "bloss" fest, danach beteiligte er sich ebenfalls aktiv am Angriff, packte den Geschädigten, drückte ihn

an eine Scheibe und verpasste ihm mehrere Ohrfeigen (Urk. 18 S. 2 f.; Urk. 38 S. 7 f.).

4.4 Ferner weist der Beschuldigte zwei Vorstrafen auf:

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen wurde er am 7. März 2011 wegen einfacher Körperverletzung mit einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 80.– und einer Busse von Fr. 400.– belegt. Am 3. Oktober 2010 kam es vor einem Jugendkeller zu einer Auseinandersetzung zwischen verschiedenen Personen. Nach Beendigung dieses Streites begab sich der Beschuldigte, welcher sich an der vorangehenden Auseinandersetzung nicht beteiligt hatte, zum Geschädigten und schlug ihm die Faust ins Gesicht (Strafbefehl vom 7. März 2011 in Beizugsakten ST.2010.2594).

Mit Strafbefehl derselben Amtsstelle vom 6. Januar 2015 wurde der Beschuldigte – gemäss Strafregisterauszug (Urk. 42) – wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes sowie Vergehens gegen das Waffengesetz mit einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 80.– sowie einer Busse von Fr. 4'000.– bestraft. Der Beschuldigte war im März 2013 im Besitz eines Schlagrings. Ferner konsumierte er im Jahr 2012 Marihuana und war in dessen Besitz (Strafbefehl vom 6. Januar 2015 in Beizugsakten ST.2012.790).

4.5 Mit der Vorinstanz (Urk. 38 S. 16) ist aufgrund der aktuell zu beurteilenden Tat des Beschuldigten sowie der Vorstrafe aus dem Jahr 2011 zu erkennen, dass der Beschuldigte offenbar nur wenig Respekt vor der körperlichen Integrität anderer Personen zeigt, sondern grundlos zuschlägt. Der Argumentation der Verteidigung, die Vorinstanz vermische die aktuelle Straftat mit den älteren Vorstrafen (Urk. 49 S. 4), kann diesbezüglich nicht gefolgt werden. In BGE 130 II 176 wurde nämlich unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH eine gegenwärtige Gefährdung für die öffentliche Ordnung aus dem früheren Verhalten abgeleitet. Das Bundesgericht erwog, es sei möglich, dass schon allein das vergangene Verhalten den Tatbestand einer fortbestehenden Gefährdung der öffentlichen Ordnung erfülle (E. 4.3.1). Die Vorstrafen können somit zur Beurteilung der hinreichenden Rückfallgefahr miteinbezogen werden.

4.6 Zur Rückfallgefahr erwog das Bundesgericht in seinem Urteil 2C_406/2014 E. 4.2 f. Folgendes:

"Die Bejahung einer Rückfallgefahr setzt nicht voraus, dass ein Straftäter mit Sicherheit weiter delinquieren wird; ebensowenig kann für die Verneinung einer Rückfallgefahr verlangt werden, dass überhaupt kein Restrisiko einer Straftat besteht. Die Ausweisung wegen einer einzigen strafrechtlichen Verurteilung kann vor Art. 5 Anhang I FZA standhalten, wenn aus dem während der Straftat gezeigten Verhalten des Täters hervorgeht, dass weitere schwere Straftaten zu erwarten sind. Je schwerer die befürchtete Rechtsgutsverletzung wiegt, umso niedriger sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit einer Rückfallgefahr anzusetzen (BGE 139 II 121 E. 5.3 S. 125 f.; 136 II 5 E. 4.2 S. 20; 130 II 176 E. 4.3.1 S. 186; Urteile 2C_903/2010 vom 6. Juni 2011 E. 4.3, nicht publ. in: BGE 137 II 233; 2C_194/2014 vom 25. November 2014 E. 2.2; 2C_1141/2012 vom 1. Mai 2013 E. 2.1). Als schwerwiegende Rechtsgutsverletzungen gelten Beeinträchtigungen der physischen, psychischen und sexuellen Integrität, Drogenhandel, organisierte Kriminalität und namentlich Terrorismus oder Menschenhandel (BGE 139 II 121 E. 6.3 S. 130 f., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung zu Art. 5 Anhang I FZA). Massgeblich für die Beurteilung der Rückfallgefahr ist grundsätzlich der Zeitpunkt der Verfügung der aufenthaltsbeendenden Massnahme, es sei denn, dass zwischen ihrem Erlass und der Überprüfung ihrer Rechtmässigkeit in einem Gerichtsverfahren ein längerer Zeitraum liegt (BGE 137 II 233 E. 5.3 S. 239 f.; Urteil des EuGH vom 29. April 2004 482/01 und 493/01 *Orfanopoulos und Oliveri*, Slg. 2004 I-5257 N. 81)."

Im Rahmen der Erwägungen zur Gewährung des bedingten Vollzuges attestierte die Vorinstanz dem Beschuldigten – zwar bloss im Sinne einer letzten Chance, aber immerhin – eine günstige Legalprognose (Urk. 38 S. 11 f.). Zurecht erwog sie indes, dass daraus nicht automatisch geschlossen werden könne, dass vom Beschuldigten inskünftig keine Störung der öffentlichen Ordnung mehr zu erwarten sei. So bestätigte das Bundesgericht unter Hinweis auf das Rückfallrisiko den Widerruf einer Niederlassungsbewilligung, obwohl eine bedingte Strafe von 20 Monaten ausgefällt worden war (Urteil des Bundesgerichtes 2C_4/2011 vom 15. Dezember 2011). Nichtsdestotrotz spricht der Umstand, dass dem Beschuldigten der bedingte Vollzug gewährt wurde, eher gegen das Vorliegen einer hinreichenden Rückfallgefahr.

Wenn die Verteidigung argumentiert, die einzig einschlägige Vorstrafe liege nunmehr sieben Jahre zurück (Urk. 49 S. 4), so trifft das zwar zu. Diese lange Zeitspanne hinderte den Beschuldigten aber offensichtlich nicht daran, sich im Februar diesen Jahres an einem – notabene geplanten (Prot. I S. 9 ff. insb. S. 11) – Angriff zu beteiligen und auch selber tätlich zu werden (Ohrfeigen, Festhalten des Geschädigten). Von langjähriger Deliktsfreiheit kann daher nicht gesprochen werden, sondern der Beschuldigte wurde im Februar 2017 wiederum straffällig.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte zwei Mal wegen Beeinträchtigungen der physischen Integrität verurteilt werden musste, welche als schwerwiegende Rechtsverletzungen gelten, weshalb die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr – gemäss bereits zitierter bundesgerichtlicher Rechtsprechung – niedriger anzusetzen ist.

Auch die weiteren Umstände (Alter im Zeitpunkt der Tatbegehung, Integrationsgrad in sozialer und beruflicher Hinsicht) sprechen für das Vorliegen einer Rückfallgefahr. Zum Tatzeitpunkt der heute zu beurteilenden Tat war der Beschuldigte bereits knapp 27 Jahre alt. Dennoch liess er sich zur Beteiligung am Angriff vom Februar 2017 hinreissen. Dass der Integrationsgrad – insbesondere in beruflicher Hinsicht – für das Vorliegen einer Rückfallgefahr spricht (seit 2012 und damit seit fünf Jahren keine Anstellungen mehr), muss angesichts der oben dargestellten persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten nicht weiter erläutert werden.

All diese Umstände (Art der Rechtsgutverletzung, Vorstrafen bzw. früheres Verhalten und aktuelle Tat, Alter im Zeitpunkt der Tatbegehung, Integrationsgrad und persönliche Verhältnisse) sprechen für das Vorliegen einer gegenwärtigen und hinreichend schweren Rückfallgefahr.

4.7 Allerdings sind – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH – Beschränkungen der Freizügigkeitsrechte eng auszulegen (BGE 130 II 176 E. 3.4.1); sie lassen sich nur unter qualifizierten Voraussetzungen rechtfertigen.

Vor diesem Hintergrund und bei einer Gesamtwürdigung kann beim Beschuldigten, obwohl gewisse Elemente, wie soeben dargelegt, durchaus für das Vorliegen

einer Rückfallgefahr sprechen, keine gegenwärtige und insbesondere keine hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung festgestellt werden. So wurde er in den letzten knapp 6 ½ Jahren insgesamt "bloss" zu 14 ½ Monaten Freiheitsstrafe (teilweise in der Form der Geldstrafe) verurteilt. Das Verschulden für den von der Vorinstanz zu beurteilenden Angriff von Februar 2017 stufte diese ferner – mit der Verteidigung – als leicht ein, es habe sich um einen "nicht überaus gravierenden Fall" gehandelt (Urk. 38 S. 8). Und auch beim Faustschlag der zur Verurteilung wegen einfacher Körperverletzung führte, kann es sich angesichts der ausgefallenen Sanktion (45 Tagessätze) bei einem Strafraumen von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe nicht um eine massive Tat gehandelt haben. Dass der Beschuldigte sich zu schwerwiegenderen Verletzungen der physischen Integrität (als Faustschläge oder Ohrfeigen mit den entsprechenden Folgen) einer Person hinreissen lassen würde, kann aus seinem bisherigen Verhalten nicht geschlossen werden.

Nichts anderes ergibt sich bei einem Vergleich mit vom Bundes- bzw. Bundesverwaltungsgericht entschiedenen – teilweise ähnlich gelagerten – Fällen:

Bei einem Italiener, der nach seiner Geburt in der Schweiz bei seinen Grosseltern in Italien aufwuchs, im Alter von 18 Jahren in die Schweiz zurückkehrte, 14 Jahre später wegen Kokainhandels zur drei Jahren Zuchthaus und weitere sieben Jahre später wegen mehrerer Einbruchdiebstähle zu zwei Jahren Gefängnis verurteilt wurde, fehlte es angesichts einer günstigen Prognose an der Voraussetzung einer gegenwärtigen Gefährdung (Urteil des Bundesgerichtes 2A.749/2004 vom 28. April 2005). Die Wegweisung eines Italieners, der wegen Gehilfenschaft bei einem Raubüberfall zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren unbedingt verurteilt worden war, erachtete das Bundesverwaltungsgericht wegen geringen Rückfallrisikos als unzulässig (Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes 2C-2980/2009 vom 3. Januar 2010). Als ebenfalls unzulässig beurteilte das Bundesgericht die Wegweisung eines Italieners, der wegen Raubes zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war (Urteil des Bundesgerichtes 2C_412/2009 vom 9. März 2010). Eine hinreichend schwere und aktuelle Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verneinte das Bundesgericht auch im Urteil 2C_486/2011

vom 13. Dezember 2011 im Falle häuslicher Gewalt wegen einfacher Körperverletzung, sexueller Belästigung etc. sowie grober Verkehrsregelverletzung und Aussprechen einer 15-monatigen bedingten Freiheitsstrafe. Demgegenüber bestätigte das Bundesgericht die Wegweisung eines 37-jährigen Italieners, der wegen einer Vielzahl von Delikten (u.a. Erpressungsversuch, Raub, Brandstiftung und Betrug) im Jahr 1988 zu 14 Monaten Gefängnis und im Jahr 2000 zu vier Jahren Zuchthaus verurteilt worden war (BGE 130 II 176; vgl. zum Ganzen: SPESCHA, a.a.O., N 2 f.). Ebenfalls als zulässig erachtete das Bundesgericht die Ausweisung eines Italieners, der im Alter von 24 Jahren in die Schweiz eingereist war, nach sechsjährigem legalem Aufenthalt verhaftet und schliesslich wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer Zuchthausstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt wurde (BGE 129 II 215). In neuerer Zeit erachtete es die Wegweisung eines Österreichers, der zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren wegen gewerbsmässigen Betrugs, mehrfacher Urkundenfälschung, Unterlassung der Buchführung, mehrfacher qualifizierter Veruntreuung und Widerhandlung gegen das Bankengesetz verurteilt worden war, für zulässig (Urteil des Bundesgerichtes 2C_108/2016 vom 7. September 2016). Die Wegweisung eines zu einer 50-monatigen Freiheitsstrafe (wegen u.a. mehrfachen gewerbsmässigen Betrugs sowie mehrfacher Urkundenfälschung) verurteilten 1971 in der Schweiz geborenen und mit einer Schweizerin verheirateten Italieners, der einschlägige Vorstrafen aufwies, erachtete das Bundesgericht ebenso als zulässig (Urteil des Bundesgerichtes 2C_412/2015 vom 18. Juli 2016).

Eine Landesverweisung des Beschuldigten ist mit Art. 5 Anhang I FZA – bei einer Gesamtbetrachtung – nicht vereinbar. Es liegt keine gegenwärtige und hinreichend schwere, das Grundinteresse der Gesellschaft berührende Gefahr für die öffentliche Ordnung vor. Eine anhaltend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung ist – insbesondere angesichts des Umstandes, dass Beschränkungen der Freizügigkeitsrechte gemäss Rechtsprechung des EuGH nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen sind – beim Beschuldigten zu verneinen, zumal dies mit der Beurteilung der Legalprognose der Vorinstanz im Rahmen der Erwägungen betreffend Gewährung des bedingten Strafvollzuges korrespondiert. Demzufolge ist von der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung abzusehen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren fällt ausser Ansatz.
2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Im Berufungsverfahren obsiegt der appellierende Beschuldigte vollumfänglich. Daher sind die Kosten dieses Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen.
3. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt X._____, machte Aufwendungen von sieben Stunden und 35 Minuten geltend (Urk. 59). Die geltend gemachten Bemühungen sind in diesem Umfang ausgewiesen. Zu addieren ist der Aufwand für das Studium des Berufungsurteils sowie die Nachbesprechung des Urteils mit dem Beschuldigten von ca. 1 ½ Stunden. Der amtliche Verteidiger ist damit im Berufungsverfahren mit pauschal Fr. 2'200.– (inkl. MwSt.) zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 4. Mai 2017 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des Angriffs im Sinne von Art. 134 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 8 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 80 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.
4. Der für die mit Strafbefehl des Kantons Schaffhausen vom 6. Januar 2015 ausgesprochene Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 80.– gewährte bedingte Vollzug wird widerrufen. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
5. (...)

6. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr. 3'600.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 1'100.00 Gebühr für das Vorverfahren

Fr. 135.75 Auslagen IRM

Fr. 140.00 Auslagen FOR

Fr. 4'927.75 amtliche Verteidigung

Fr. 9'903.50 Total

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

7. Die Kosten der Untersuchung (Gebühr für das Vorverfahren, Auslagen IRM und Auslagen FOR) und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Auf eine obligatorische Landesverweisung wird verzichtet.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'200.– amtliche Verteidigung.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B
- die KOST Zürich mittels Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"
- die Staatsanwaltschaft des Kantons Schaffhausen (in die Akten ST.2012.790)
- das Staatssekretariat für Migration.

5. 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
I. Strafkammer

Zürich, 22. August 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. S. Maurer