

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB210256-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. B. Gut, Präsident, lic. iur. S. Volken und
lic. iur. C. Maira sowie der Gerichtsschreiber MLaw S. Solms

Urteil vom 23. März 2022

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. G. Krayenbühl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **versuchter Diebstahl etc.**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich,

10. Abteilung - Einzelgericht, vom 24. März 2021 (GG200291)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 17. November 2020 (Urk. D1/38) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 59 S. 22 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des versuchten Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie
 - des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wovon bis und mit heute 53 Tage durch Haft (inkl. polizeilich bewachter Spitalaufenthalt) erstanden sind.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. d StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
5. Die Anordnung der Landesverweisung wird im Schengener Informationssystem nicht ausgeschrieben.
6. Die Privatklägerin wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.
7. Die mit Verfügungen der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. bzw. 30. Oktober 2020 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich, Asservate Triage, lagernden Gegenstände:
 - 1 Trainerhose (defekt), grau und 1 Jacke schwarz (Asservat Nr. A014'145'541),
 - 1 Rucksack, schwarz (Asservat Nr. A014'169'778),
 - 1 Paar Handschuhe, Stoff plastifiziert, schwarz (Asservat Nr. A014'169'790),
 - 1 Flaschenöffner, rot (Asservat Nr. A014'169'803),
 - 2 OB (Asservat Nr. A014'169'814),

werden nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils dem Beschuldigten auf erstes Verlangen hin zurückgegeben und nach unbenutztem Ablauf einer dreimonatigen Frist ab Rechtskraft der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

8. Die folgenden sichergestellten und im Forensischen Institut Zürich unter der Referenznummer K200901-003 / 78602923 lagernden Gegenstände werden nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils vernichtet:
 - Daktyloskopische Spur - Folie (Asservat-Nr. A014'145'814),
 - Daktyloskopische Spur - Folie (Asservat-Nr. A014'145'825),
 - Daktyloskopische Spur - Folie (Asservat-Nr. A014'145'836).

9. Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten aus der Gerichtskasse mit Fr. 8'967.40 (inkl. Auslagen und MwSt.) entschädigt.

10. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
 - Fr. 1'500.00; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 2'100.00 Gebühr für das Vorverfahren
 - Fr. 80.00 Auslagen Polizei
 - Fr. 8'967.40 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

11. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Im Übrigen werden die Kosten auf die Gerichtskasse genommen.

12. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von einem Drittel.

13. (Rechtsmittel)

14. (Mitteilungen)"

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 4)

a) der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 76 S. 2)

- " 1. Dispositivziffer 4 des erstinstanzlichen Urteils sei aufzuheben, und es sei von einer Landesverweisung abzusehen.
2. Die Dispositivziffer 5 sei nach Wegfall der Landesverweisung ersatzlos zu streichen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse."

b) der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 65; schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 24. März 2021 wurde der Beschuldigte anlagegemäss des versuchten Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB und des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB schuldig gesprochen sowie mit einer bedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.-- bestraft, wobei die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt wurde. Sodann wurde eine Landesverweisung ausgesprochen (Urk. 59 S. 22). Gegen diesen Entscheid liess der Beschuldigte durch seinen amtlichen Verteidiger mit Eingabe vom 29. März 2021 innert gesetzlicher Frist Berufung anmelden (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 53). Die Berufungserklärung der Verteidigung ging ebenfalls innert gesetzlicher Frist bei der Berufungsinstanz ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 58/2; Urk. 61 f.). Die Verteidigung hat ihre Berufung explizit auf die Landesverweisung beschränkt (Urk. 61

S. 2). Die Anklagebehörde hat mit Eingabe vom 21. Mai 2021 innert Frist mitgeteilt, dass auf Anschlussberufung verzichtet (vgl. Art. 400 Abs. 2 f. und Art. 401 StPO) und die Bestätigung des angefochtenen Entscheids beantragt wird (Urk. 63 ff.).

2. Gemäss den Anträgen der Parteien sind im Berufungsverfahren nicht angefochten

- die vorinstanzlichen Schuldsprüche (Urteilsdispositiv-Ziff. 1)
- die vorinstanzliche Sanktion (Urteilsdispositiv-Ziff. 2-3)
- die vorinstanzliche Verweisung des Schadenersatzbegehrens der Privatklägerin auf den Weg des Zivilprozesses (Urteilsdispositiv-Ziff. 6)
- die vorinstanzliche Regelung betreffend beschlagnahmte bzw. sichergestellte Gegenstände (Urteilsdispositiv-Ziff. 7-8)
- die vorinstanzliche Festsetzung der Entschädigung des amtlichen Verteidigers (Urteilsdispositiv-Ziff. 9)
- die vorinstanzliche Kostenfestsetzung und -auflage (Urteilsdispositiv-Ziff. 10-12)

Der Eintritt der Rechtskraft dieser Anordnungen ist vorab mittels Beschluss festzuhalten (Art. 404 StPO).

3. Nachdem die Verteidigung im Vorfeld der Berufungsverhandlung mitgeteilt hatte, dass sie keinen Kontakt zum Beschuldigten habe, wurde ihr Gelegenheit gegeben, ihr Plädoyer bis spätestens zum Beginn der Verhandlung schriftlich einzureichen (Urk. 73), wovon sie Gebrauch machte (Urk. 74 ff.). Der Beschuldigte blieb der Berufungsverhandlung unentschuldigt fern (Prot. II S. 3).

II. Landesverweisung

1. Die Vorinstanz hat die gesetzlichen Grundlagen zutreffend wiedergegeben. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 59 S. 14 f.).
2. Die Vorderrichterin hat zutreffend erwogen – was von der Verteidigung auch nicht in Abrede gestellt worden war (Urk. 49 S. 7) –, dass der Beschuldigte eine Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. d StGB begangen hat (Urk. 59 S. 14 f.; vgl. ferner BGE 145 IV 404 E. 1.5.).
3. Die Verteidigung machte im Haupt- und im Berufungsverfahren zusammengefasst geltend, von einer Landesverweisung sei abzusehen, da eine Rückkehr nach Somalia für den Beschuldigten objektiv und dauerhaft unzumutbar sei. Der Beschuldigte habe in Somalia keine Lebensgrundlage, da er weder über einen Schulabschluss noch über Berufserfahrung verfüge. Sein gesundheitlicher Zustand sei schlecht. Namentlich sei es nicht möglich, in der Hauptstadt von Somalia seine Leberwerte zu überprüfen. Seit 2014 lebe er nicht mehr in Somalia. Er befinde sich seit längerer Zeit hier und sei in einer Beziehung. In Anbetracht dieser Umstände sei es nicht verhältnismässig, den Beschuldigten bloss wegen eines Einschleichenstahls des Landes zu verweisen. Es bestehe kein öffentliches Interesse an einer Landesverweisung, da der Beschuldigte in die Illegalität getrieben würde, wenn er zufolge der Landesverweisung seinen Aufenthaltstitel verlieren würde (zum Ganzen: Urk. 49 S. 7 ff.; Urk. 76 S. 3 ff.).
4. Die Vorinstanz hat das Vorliegen eines Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB zu Recht verneint. Ihr Schluss basiert auf einer korrekten Darstellung und Würdigung der persönlichen, familiären, sozialen und beruflichen Situation des Beschuldigten, wobei sie sich auch mit mehreren Einwänden der Verteidigung zutreffend auseinandergesetzt hat. Da sich die relevanten Umstände seit dem Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils nicht verändert haben, kann vollumfänglich auf die Erwägungen der Vorderrichterin (Urk. 53 S. 15 f.) verwiesen werden. Es ist nochmals zu betonen, dass der heute 31-jährige Beschuldigte im Alter von 23 Jahren Somalia verliess und im Alter von 24 Jahren in die Schweiz kam, womit er die prägenden Kinder- und Jugendjahre nicht in der Schweiz verbrachte.

Sein Asylgesuch wurde abgewiesen; er verfügt über den Ausweis F. Der Beschuldigte hat während seines mehrjährigen Aufenthalts in der Schweiz gerade einmal einen Tag lang bei B._____ gearbeitet. Der Beschuldigte kommt nicht für sich selbst auf, sondern wird vom Sozialamt unterstützt. Auf Deutsch verständigen kann er sich nicht. Er ist ledig und hat keine Verwandten in der Schweiz, jedoch leben drei Geschwister von ihm in Somalia (zum Ganzen: Urk. D1/9 S. 2; Urk. D1/12 S. 3; Urk. D1/20 S. 4; Prot. I S. 8 ff.; Urk. 49 S. 4 f.). Vor diesem Hintergrund muss – mit der Vorinstanz – der Grad der Integration des Beschuldigten in der Schweiz als äusserst gering bezeichnet werden. Dies wird bestätigt durch den Umstand, dass der Beschuldigte der Berufungsverhandlung unentschuldig ferngeblieben und mittlerweile (mutmasslich) untergetaucht ist. Der Beschuldigte ist offensichtlich in Somalia verwurzelt. In Ergänzung der vorinstanzlichen Erwägungen ist festzuhalten, dass die Ausführungen der Verteidigung zur politischen Situation in Somalia und zur behaupteten Notwendigkeit der Prüfung der Leberwerte des Beschuldigten (aufgrund von [angeblich chronischer] Hepatitis B; Urk. 49 S. 5 mit Hinweis auf Urk. D1/35/4) die Zulässigkeit der Landesverweisung auch deshalb nicht in Frage zu stellen vermögen, weil derjenige, der sich (mit Erfolg) darauf berufen will, dass das Non-Refoulement-Prinzip oder eine andere zwingende Norm der Landesverweisung entgegensteht, eine individuell-konkrete Gefährdung namhaft zu machen bzw. zu substantiieren hat (Urteil des Bundesgerichts 6B_1024/2019 vom 29. Januar 2020 E. 1.3.6.; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 6B_105/2021 vom 29. November 2021 E. 3.4.2.; 6B_1077/2020 vom 2. Juni 2021 E. 1.5.6.; spezifisch betr. gesundheitliche Probleme Urteil des Bundesgerichts 6B_1111/2019 vom 25. November 2019 E. 4.3.). Dieser Mitwirkungspflicht bzw. Obliegenheit ist der Beschuldigte – der selbst keine gesundheitlichen Probleme erwähnt hat und, wie erwähnt, (mutmasslich) untergetaucht ist, was gegen dringenden medizinischen Behandlungsbedarf spricht – nicht nachgekommen. Dass in Somalia der Lebensstandard tiefer bzw. die medizinische Versorgung schlechter ist als in der Schweiz, bewirkt beim Beschuldigten keinen schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB, womit sich eine Interessenabwägung erübrigt. Ob der Vollzug der Wegweisung nach Somalia erfolgen kann, wird von der zuständigen Behörde zu prüfen sein (vgl. Urteil des Bun-

desgerichts 6B_1024/2019 vom 29. Januar 2020 E. 1.3.5. f.), wobei – lediglich der Vollständigkeit halber – darauf hinzuweisen ist, dass der Vollzug von Wegweisungen nach Somalia nicht per se ausgeschlossen ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-2652/2020 vom 16. November 2021 E. 8.3.2., mit Hinweisen).

5. Betreffend die angeordnete – gesetzlich minimale – fünfjährige Dauer der Landesverweisung (Art. 66a Abs. 1 StGB) gilt das Verschlechterungsverbot (vgl. Art. 391 Abs. 2 StPO).

6. Die Vorinstanz hat mit unzutreffender Begründung die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS ausdrücklich nicht angeordnet (Urk. 59 S. 17). Gemäss aktueller bundesgerichtlicher Praxis setzt Art. 24 Ziff. 2 lit. a SIS-II-Verordnung weder eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr noch einen Schuldspruch wegen einer Straftat, die mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr bedroht ist, voraus. Die Voraussetzung von Art. 24 Ziff. 2 lit. a SIS-II-Verordnung ist vielmehr erfüllt, wenn – was vorliegend der Fall ist – der entsprechende Straftatbestand eine Freiheitsstrafe im Höchstmass von einem Jahr oder mehr vorsieht (Urteil des Bundesgerichts 6B_19/2021 vom 27. September 2021 E. 5.1. mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 6B_1178/2019 vom 10. März 2021 [mittlerweile in der amtlichen Sammlung publiziert als BGE 147 IV 340] E. 4.4. ff.). Da der Verzicht auf Ausschreibung der Landesverweisung im SIS im Berufungsverfahren jedoch schon aus prozessualen Gründen nicht geändert werden kann (Art. 391 Abs. 2 StPO; BGE 146 IV 172 E. 3.3.), ist eine Prüfung der weiteren Voraussetzungen obsolet.

7. Nach dem Gesagten ist der Beschuldigte im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. d StGB für 5 Jahre des Landes zu verweisen, wobei keine Ausschreibung im SIS zu erfolgen hat.

III. Kosten

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist praxisgemäss auf Fr. 2'500.-- festzusetzen.

2. Rechtsanwalt X._____ beantragt, für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten im Berufungsverfahren mit Fr. 1'486.85 (inkl. MwSt. und Auslagen) entschädigt zu werden. Der in der Honorarnote geltend gemachte Aufwand ist ausgewiesen und angemessen. Entsprechend ist Rechtsanwalt X._____ für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger im Berufungsverfahren mit Fr. 1'486.85 (inkl. MwSt. und Auslagen) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

3. Im Berufungsverfahren unterliegt der einzig appellierende Beschuldigte vollumfänglich. Daher sind ihm die Kosten dieses Verfahrens, exklusive Kosten seiner amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen (vgl. Art. 428 StPO). Die Kosten seiner amtlichen Verteidigung sind unter Vorbehalt einer Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht, vom 24. März 2021 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig
 - des versuchten Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB sowie
 - des Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 10.–, wovon bis und mit heute 53 Tage durch Haft (inkl. polizeilich bewachter Spitalaufenthalt) erstanden sind.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
- 4.-5. (...)
6. Die Privatklägerin wird mit ihrem Schadenersatzbegehren auf den Weg des Zivilprozesses verwiesen.

7. Die mit Verfügungen der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. bzw. 30. Oktober 2020 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich, Asservate Triage, lagernden Gegenstände:

- 1 Trainerhose (defekt), grau und 1 Jacke schwarz (Asservat Nr. A014'145'541),
- 1 Rucksack, schwarz (Asservat Nr. A014'169'778),
- 1 Paar Handschuhe, Stoff plastifiziert, schwarz (Asservat Nr. A014'169'790),
- 1 Flaschenöffner, rot (Asservat Nr. A014'169'803),
- 2 OB (Asservat Nr. A014'169'814),

werden nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils dem Beschuldigten auf erstes Verlangen hin zurückgegeben und nach unbenutztem Ablauf einer dreimonatigen Frist ab Rechtskraft der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

8. Die folgenden sichergestellten und im Forensischen Institut Zürich unter der Referenznummer K200901-003 / 78602923 lagernden Gegenstände werden nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils vernichtet:

- Daktyloskopische Spur - Folie (Asservat-Nr. A014'145'814),
- Daktyloskopische Spur - Folie (Asservat-Nr. A014'145'825),
- Daktyloskopische Spur - Folie (Asservat-Nr. A014'145'836).

9. Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten aus der Gerichtskasse mit Fr. 8'967.40 (inkl. Auslagen und MwSt.) entschädigt.

10. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

- Fr. 1'500.00; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 2'100.00 Gebühr für das Vorverfahren
- Fr. 80.00 Auslagen Polizei
- Fr. 8'967.40 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

11. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Im Übrigen werden die Kosten auf die Gerichtskasse genommen.

12. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von einem Drittel.
 13. (Rechtsmittel)
 14. (Mitteilungen)"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. d StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
2. Es wird keine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem SIS angeordnet.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'486.85 amtliche Verteidigung
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung (im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten) (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (versandt)
 - das Migrationsamt des Kantons Zürichsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung (im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten)

- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

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

- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Vorinstanz mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen an die weiteren Behörden, inkl. Formular A

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, 23. März 2022

Der Präsident:

lic. iur. B. Gut

Der Gerichtsschreiber:

MLaw S. Solms