

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB220641-O/U/nm

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Oberrichter lic. iur. Castrovilli
und Ersatzoberrichter lic. iur. Kessler sowie Gerichtsschreiber MLaw
Andres

Urteil vom 2. Juni 2023

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt M.A. HSG in Law X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **unrechtmässiger Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung
oder der Sozialhilfe und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht
Strafsachen, vom 25. Oktober 2022 (GG220056)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 25. Mai 2022 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 10).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen der Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a Abs. 1 StGB.
2. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 3. September 2018 ausgefallten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu je Fr. 90.– wird widerrufen.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der widerrufenen Strafe bestraft mit einer Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 40.– als Gesamtstrafe sowie als Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. Dezember 2021 ausgefallten bedingten Geldstrafe von 140 Tagessätzen zu je Fr. 30.–.
4. Die Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 40.– (entsprechend Fr. 1'600.–) wird vollzogen.
5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. e StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	1'800.00;	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	1'100.00	Gebühr für das Vorverfahren;
Fr.	8'632.50	Kosten amtliche Verteidigung (inkl. MWST und Barauslagen)
<hr/>		
Fr.	11'532.50	Total

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Wird auf eine Begründung dieses Entscheids verzichtet, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

7. Die Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

Berufungsanträge:

- a) Der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 39 S. 2)

" 1. Es sei die Dispositivziffer 5 des Urteils vom 25. Oktober 2022 aufzuheben und von einer Landesverweisung gegen A. _____ sei abzusehen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen."

- b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(Urk. 33, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Mit Urteil vom 25. Oktober 2022 sprach das Einzelgericht in Strafsachen am Bezirksgericht Winterthur den Beschuldigten des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe schuldig. Dafür wurde er unter Einbezug einer widerrufenen Geldstrafe aus dem Jahr 2018 und als Zusatzstrafe zu einer weiteren Geldstrafe aus dem Jahr 2021 mit einer unbedingt vollziehbaren Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 40.– bestraft. Ausserdem wurde eine 5-jährige Landesverweisung gegen ihn angeordnet (Urk. 28).

2.1. Gegen das mündlich eröffnete Urteil der Vorinstanz liess der Beschuldigte noch vor Schranken Berufung anmelden (Prot. I S. 26), was er mit Eingabe vom 3. November 2022 auch schriftlich bestätigte (Urk. 24). Am 5. Dezember 2022 versandte die Vorinstanz den begründeten Entscheid an die Parteien (Urk. 26) und übermittelte die Anmeldung der Berufung zusammen mit den Akten dem Obergericht (Urk. 27). Nach Erhalt der Urteilsbegründung reichte die Verteidigung am 22. Dezember 2022 fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 30).

2.2. Mit Präsidialverfügung vom 3. Januar 2023 wurde der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland Frist angesetzt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder einen Nichteintretensantrag zu stellen (Urk. 31). Mit Eingabe vom 5. Januar 2023 verzichtete die Staatsanwaltschaft auf eine Anschlussberufung und erklärte, sich am Berufungsverfahren nicht aktiv zu beteiligen (Urk. 33).

2.3. In der Folge wurden die Parteien auf den 2. Juni 2023 zur Berufungsverhandlung vorgeladen, wobei der Staatsanwaltschaft die Teilnahme freigestellt wurde (Urk. 35). Am 31. Mai 2023 reichte die Verteidigung neue Unterlagen ins Recht (Urk. 37; Urk. 38/1-5). Zur Verhandlung erschien der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers (Prot. II S. 3 ff.).

II. Prozessuales

Gemäss Berufungserklärung hat der Beschuldigte seine Appellation ausdrücklich auf die seiner Auffassung nach zu Unrecht angeordnete Landesverweisung beschränkt (Urk. 30). Davon abgesehen wurde der Entscheid der Vorinstanz von keiner Partei angefochten. Demzufolge bildet einzig die betreffende Dispositivziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens. In allen übrigen Punkten ist der erstinstanzliche Entscheid demgegenüber in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist (vgl. BSK StPO II-EUGSTER, Art. 402 N 2).

III. Landesverweisung

1.1. Die Vorinstanz hat sich im Rahmen der Beurteilung der Landesverweisung korrekt zu den in Art. 66a Abs. 1 StGB enthaltenen Grundbedingungen des Ausländerstatus des Täters und der Verwirklichung einer Katalogtat geäußert und das Vorhandensein dieser Voraussetzungen beim Beschuldigten zu Recht bejaht (Urk. 28 S. 20). Es ist mithin unzweifelhaft, dass mit dem Straftatbestand des unrechtmässigen Bezugs von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe im Sinne von Art. 148a Abs. 1 StGB ein Delikt begangen wurde, welches nach Art. 66a Abs. 1 lit. e StGB grundsätzlich obligatorisch zu einer Landesverweisung führt. Was die Verteidigung im Berufungsverfahren hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation der Tat des Beschuldigten vorbringt (möglicher leichter Fall im Sinne von Art. 148a Abs. 2 StGB, der nicht unter den Deliktskatalog von Art. 66a Abs. 1 StGB fällt; Urk. 39 Rz 2), ist in Anbetracht des rechtskräftigen Schuldspruchs der Vorinstanz im Berufungsverfahren nicht zu hören.

1.2. Umstritten ist demgegenüber die Beurteilung der Härtefallklausel im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB, deren Anwendung von der Vorinstanz mangels eines schweren persönlichen Härtefalls verneint worden ist (Urk. 28 S. 20 f.), während sich der Beschuldigte in seinen privaten Interessen besonders beeinträchtigt sieht, ohne dass diese durch entsprechend gewichtige öffentliche Interessen des

Gemeinwesens aufgewogen würden (Urk. 19 Rz 21 ff.; Urk. 30 Rz 1 ff.; Urk. 39 Rz 3 ff.).

2.1. Wie bereits von der Vorinstanz zu Recht erwogen, ist die sog. Härtefallklausel restriktiv anzuwenden und kommt nur ausnahmsweise zum Zug (BGE 146 IV 105 E. 3.4.2; 144 IV 332 E. 3.1.2). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur Prüfung des Härtefalls der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) heranziehen. Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der persönlichen und wirtschaftlichen Integration, einschliesslich familiärer Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen (Urteile des Bundesgerichts 6B_552/2021 vom 9. November 2022 E. 2.3.4; 6B_1178/2019 vom 10. März 2021 E. 3.2.4). Dabei ist anhand der vorstehenden Integrationskriterien eine Einzelfallprüfung vorzunehmen (Urteil des Bundesgerichts Nr. 6B_1024/2019 vom 29. Januar 2020 E. 1.3.2 m.w.H.). Insofern dient die Härtefallklausel im Sinne von Art. 66a StGB der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. BGE 145 IV 364 E. 3.2; 144 IV 332 E. 3.1.2 m.w.H.).

2.2. Der heute 39-jährige Beschuldigte ist in Kuba geboren und aufgewachsen. Dort besuchte er die Schulen und liess sich zum Touristenführer ausbilden. Daneben durchlief er ein Studium des mittleren Kadets in der Landwirtschaft und schloss eine Tanzausbildung ab. In der Folge arbeitete er in seinem Heimatland während 14 Jahren als touristischer Animator. Auf Kuba lebt auch nach wie vor sein ältester Sohn, der am 11. April 2004 zur Welt gekommen ist. In die Schweiz siedelte der Beschuldigte im September 2013 über, nachdem er eine Schweizerin kennengelernt hatte und diese heiratete. Mit ihr hat er einen gemeinsamen Sohn, der am 11. März 2016 geboren wurde. Die Ehe wurde im August 2021 geschieden. Nach seiner Ankunft in der Schweiz war der Beschuldigte auf verschiedenen Berufen (im Gartenbau, als Monteur von Festzelten oder in der Reinigung) tätig. Zudem absolvierte er einen Deutschkurs auf Sprachniveau B2. Heute verfügt der Beschuldigte über eine Aufenthaltsbewilligung B und lebt zusammen mit seiner

neuen Partnerin in B._____. Derzeit arbeitet er temporär als Dachdecker, wobei sich sein Einsatzort seit Februar 2023 bei der Firma C._____ in D._____ befindet. Damit erzielt er monatliche Nettoeinkünfte von Fr. 5'400.– inkl. Anteil

13. Monatslohn. Der Beschuldigte weist keinerlei Vermögen auf, hingegen belaufen sich seine Schulden aktuell auf rund Fr. 7'000.–. Für sein minderjähriges Kind aus der geschiedenen Ehe leistet er Unterhaltsbeiträge von Fr. 834.– pro Monat; ebenso überweist er für seinen auf Kuba lebenden volljährigen Sohn sowie für seine ebenfalls dort ansässigen Eltern sporadisch Geld (zum Ganzen: Urk. 28 S. 14 f.; Urk. 38/1; Urk. 38/3; Prot. II S. 5 ff.).

2.3. Aus den vorstehenden Angaben zur Lebensgeschichte und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten erhellt, dass dieser erst mit 30 Jahren in die Schweiz eingereist ist, wobei er abgesehen von einem Deutschkurs weder die hiesigen Schulen durchlaufen, noch eine berufliche Ausbildung hierzulande absolviert hat. Damit gilt er klarerweise nicht als in der Schweiz geborener und aufgewachsener Ausländer, der seine prägenden Kinder- und Jugendjahre hier verbracht hat. Bei ihm liegen also keine Umstände vor, die nach Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB bei der Prüfung eines Härtefalls besonders in Gewicht fallen. Zwar spricht und versteht er mittlerweile relativ gut Deutsch (Prot. II S. 4). Allerdings scheint er abgesehen von seiner heutigen Lebenspartnerin und seinem Kind aus der geschiedenen Ehe keine nennenswerten sozialen Kontakte in der Schweiz zu pflegen (vgl. Prot. I S. 12). Demnach vermag der Beschuldigte keine Anhaltspunkte darzulegen, welche auf besonders intensive und über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen gesellschaftlicher oder beruflicher Natur hindeuten, wie dies für die Annahme eines schweren persönlichen Härtefalls erforderlich wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_1024/2022 vom 16. Februar 2023 E. 3.1.3 m.w.H.). Darüber hinaus betont das Bundesgericht, dass keineswegs schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer eine Verwurzelung in der Schweiz angenommen werden kann (BGE 146 IV 105 E. 3.4.4d). Gerade im Falle des Beschuldigten muss aber nach dem Gesagten von einer unterdurchschnittlichen sozialen Einbettung ausgegangen werden, was insbesondere mit Blick auf seine nunmehr schon knapp 10-jährige Anwesenheitsdauer durchaus auch anders sein könnte.

2.4. In wirtschaftlicher Hinsicht ist dem Beschuldigten sodann zwar zum einen zugutezuhalten, dass er seit seiner Ankunft in der Schweiz regelmässig einer Erwerbstätigkeit nachgeht und dass er dabei schon auf diversen Berufen gearbeitet hat (vgl. Prot. I S. 13). Hervorzuheben ist zum anderen, dass er seit November 2021 gegenüber der Arbeitslosenbehörde die Schuld, die er mit seinem eingeklagten deliktischen Verhalten verursacht hat, mit monatlichen Raten zu Fr. 250.– tilgt (vgl. Urk. 5/7 Rz 3 f.; Urk. 19 Rz 18; Urk. 20/4; Urk. 38/2; Urk. 40; Prot. II S. 8), was für eine gewisse Zahlungsmoral spricht. Gleichzeitig ergibt sich aus den Akten allerdings, dass ab dem Jahr 2017 auch längere Phasen zu verzeichnen sind, in denen er arbeitslos war (vgl. dazu den Auszug aus dem individuellen Konto des Beschuldigten bei der SVA Zürich, welcher der sub Urk. 2 einakturierten Strafanzeige der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich beigelegt ist und auf dem die Perioden des Bezugs von Arbeitslosenentschädigung aufgeführt sind). Zudem musste der Beschuldigte seit seiner Immigration in die Schweiz bereits zweimal vorübergehend von der Sozialhilfe unterstützt werden (Prot. II S. 11). Und auch zuletzt konnte der Beschuldigte keine Festanstellung vorweisen, sondern befand sich zum Zeitpunkt des Gerichtstermins bei der Vorinstanz gerade in der Probezeit als Dachdecker bei der Firma E. _____ in F. _____ (vgl. Prot. I S. 14) und arbeitet er heute – wie erwähnt (vorne E. III.2.2.) – als solcher temporär bei einem anderen Unternehmen (Firma C. _____ in D. _____), ohne dass er jedoch eine Festanstellung zu erlangen vermochte (Prot. II S. 10). Mithin verlief die wirtschaftliche Integration des Beschuldigten bislang keineswegs geradlinig, sondern war zeitweise davon geprägt, dass er zur Bestreitung des Lebensunterhalts auf finanzielle Hilfe der öffentlichen Hand angewiesen war. Nach dem Gesagten kann somit nicht gesagt werden, dass es dem Beschuldigten bisher gelungen wäre, seine berufliche Situation zu stabilisieren, oder dass er auch langfristig in der Lage wäre, aus eigener Kraft für seine Lebenshaltungskosten aufzukommen.

2.5. Da die Landesverweisung strafrechtlicher Natur ist, ist bei der Beurteilung des Härtefalls des Weiteren auch der Rückfallgefahr und einer allfälligen wiederholten Straffälligkeit Rechnung zu tragen (vgl. Urteil Bundesgericht 6B_166/2021 vom 8. September 2021 E. 3.3.2 m.w.H.). Die Anlasstat selber wiegt verschuldensmässig zwar nicht allzu schwer, verheimlichte doch der Beschuldigte wäh-

rend 4 Monate den von ihm erzielten Nebenverdienst gegenüber der Arbeitslosenbehörde, wodurch ihm zusammengerechnet knapp Fr. 9'000.– zu Unrecht ausbezahlt wurden. Mit seinem Verhalten hat der Beschuldigte aber nicht nur das schweizerische Sozialversicherungssystem zwecks eigenem Profit rücksichtslos ausgenutzt, sondern hat dadurch letztlich auch in Kauf genommen, dass das erforderliche Vertrauen der Bürger in die staatliche Arbeitslosenversicherung unterminiert werden könnte, was sich zum Schaden aller potenziell Anspruchsberechtigten auswirken würde. Zu berücksichtigen ist überdies, dass im Rahmen der Härtefallprüfung jeweils die gesamte Delinquenz des Verurteilten bis zum Urteilszeitpunkt ausschlaggebend ist (Urteil des Bundesgerichts 6B_1044/2019 vom 17. Februar 2020 E. 2.4.1 m.w.H.). In diesem Zusammenhang darf mithin nicht unbeachtet bleiben, dass der Beschuldigte neben der Katalogtat, für die er von der Vorinstanz schuldig gesprochen wurde, bereits mehrfach strafrechtlich negativ in Erscheinung getreten ist. So wurde er bereits am 3. September 2018 von der Staatsanwaltschaft See/Oberland wegen diverser Strassenverkehrsdelikte zu einer bedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 90.– und zu einer Busse von Fr. 700.– verurteilt (Beizugsakten STASO: Urk. 9), was den Beschuldigten freilich nicht davon abhielt, während laufender Probezeit das vorliegend eingeklagte Delikt zu verüben. Zudem wurde er im April 2021 erneut straffällig, indem er mehrere Straftaten aus dem Bereich häuslicher Gewalt zum Nachteil seiner damaligen Lebenspartnerin beging, für die er gemäss Urteil des Einzelgerichts in Strafsachen am Bezirksgericht Winterthur vom 14. Dezember 2021 mit einer Geldstrafe von insgesamt 140 Tagessätzen zu Fr. 30.– und mit einer Busse von Fr. 1'000.– bestraft wurde (Urk. 6/3). Auch diese mehrfache Delinquenz lässt die mangelnde Integration des Beschuldigten deutlich hervortreten.

2.6.1. Hinsichtlich der Reintegrationsmöglichkeiten in seinem Herkunftsland ist ferner darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte bis zu seinem 30. Altersjahr auf Kuba gelebt hat und deshalb – selbst wenn er während längerer Zeit nicht mehr dorthin zurückgekehrt ist – mit der heimatlichen Sprache und Kultur zweifellos nach wie vor bestens vertraut ist. Zudem lebt auf Kuba seine ganze Familie (insbesondere Eltern und Geschwister; vgl. Urk. 4 S. 6 f.; Prot. I S. 12), womit er bei einer Rückkehr an sein vertrautes familiäres Umfeld anknüpfen kann. Ebenso ist

dort sein vor kurzem volljährig gewordenes erstes Kind wohnhaft, mit dem er nach dem Kontaktunterbruch in den vergangenen letzten Jahren die Vater-Sohn-Beziehung wiederaufnehmen kann (Prot. I S. 11 f.). Kommt hinzu, dass seine derzeitige Partnerin ebenfalls Kubanerin ist (Prot. II S. 10, S. 13) und sich – wenn sie sich dafür entscheiden sollte, ihn im Falle einer Landesverweisung zu begleiten – dort ebenfalls zurechtfinden würde. Zwar würde sich auf der anderen Seite die berufliche Situation des Beschuldigten bei einer Rückkehr nach Kuba sicherlich nicht einfach gestalten, doch ist diesbezüglich zum einen zu bemerken, dass er dort schon früher während 14 Jahren berufstätig war, und zum anderen spielt der Umstand, dass das allgemeine wirtschaftliche Umfeld in anderen Ländern anspruchsvoller ist als in der Schweiz gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ohnehin keine entscheidende Rolle (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_923/2022 vom 5. Oktober 2022 E. 5.4.4). Bei dieser Sachlage erweist sich eine Rückkehr des Beschuldigten in sein Heimatland mithin ohne weiteres als zumutbar. Dasselbe gilt im Übrigen sinngemäss auch, soweit nicht eine Repatriierung, sondern angesichts dessen, dass keine Ausschreibung im Schengener Informationssystem zu erfolgen hat (s. dazu sogleich E. III.2.6.2.), die Umsiedlung in ein anderes Land zur Beurteilung stehen sollte.

2.6.2. An diesem Ergebnis vermögen im Übrigen auch die vom Beschuldigten neu ins Feld geführten politische Betätigung, die sich gegen das kommunistische Regime in Kuba richtet, nichts zu ändern. So kam der Beschuldigte entgegen der Ausführungen seines Verteidigers nicht etwa in die Schweiz, weil er in seinem Heimatland politisch verfolgt wurde (Urk. 39 Rz 6), sondern vielmehr, weil er eine Schweizerin (heutige Ex-Frau) kenngelernt hatte und zu ihr in die Schweiz gezogen war (Prot. II S. 6, S. 12). Seine angeblichen Dissidentenaktivitäten brachte er bemerkenswerterweise denn auch erst an der Berufungsverhandlung erstmals vor, wobei auch die als Beweismittel eingereichten Fotos, die dessen Teilnahme an entsprechenden Kundgebungen belegen sollen (Urk. 38/5), eigenen Aussagen zufolge erst vor 1 Jahr entstanden sind (Prot. II S. 12). Dass der Beschuldigte in der Schweiz als Flüchtling registriert bzw. anerkannt wäre, ergibt sich jedenfalls nirgends aus den Akten und wurde auch von ihm selber nicht geltend gemacht. Zudem wird das Argument der Verteidigung, wonach dem Beschuldigten aufgrund

seiner politischen Betätigung im Falle einer Einreise in Kuba eine Inhaftierung drohe (Urk. 39 Rz 6), vom Beschuldigten selber, der lediglich davon spricht, dass ihn die Regierung gar nicht einreisen lassen würde, weil er gegen das Regime opponiere (Prot. II S. 12), nicht bestätigt. Diesbezüglich ist denn auch ergänzend zu bemerken, dass die Vorinstanz keine Ausschreibung im Schengener Informationssystem angeordnet hat, womit eine Wegweisung des Beschuldigten von vornherein ausschliesslich für das Hoheitsgebiet der Schweiz Geltung erlangen würde (Urteil des Bundesgerichts 6B_509/2019 vom 29. August 2019 E. 3.3). Insofern ist die Ausreise des Beschuldigten also auch in andere Staaten als Kuba möglich. Es lässt sich folglich nicht sagen, dass bei einer Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz zwingende völkerrechtliche Bestimmungen verletzt würden, indem ihm Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung drohen würde (vgl. dazu Urteile des Bundesgerichts 6B_15/2019 vom 15. Mai 2019 E. 2.7; 6B_880/2017 vom 4. Juli 2018 E. 3.4.3; 6B_507/2017 vom 8. September 2017 E. 2.3 m.w.H.). Definitive Vollzugshindernisse, die nach Massgabe von Art. 66d StGB der rechtlichen Durchführbarkeit der Landesverweisung im Weg stünden, sind bei dieser Sachlage deshalb nicht ersichtlich. Entsprechend kann die sich vor dem Hintergrund, dass der Beschuldigte die von ihm behaupteten regimekritischen Aktivitäten erst in jüngster Zeit – namentlich nach der Begehung des Anlassdelikts – aufgenommen zu haben scheint, stellende Frage, ob nachträglich selber geschaffene Vollzugshindernisse bei der Härtefallprüfung überhaupt Berücksichtigung finden können, vorliegend offenbleiben.

2.7.1. Nachdem die massgebenden Integrationskriterien wie vorstehend erwo-gen allesamt zu Ungunsten des Beschuldigten ausfallen, vermag schliesslich allein der Umstand, dass dieser hierzulande einen minderjährigen Sohn hat, ebenfalls keinen Härtefall zu begründen. So stellt ein Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV und Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens in der Regel zwar einen schweren persönlichen Härtefall dar (Urteil des Bundesgerichts 6B_513/2021 vom 31. März 2022 E. 1.2.3 m.w.H.). Der familienrechtliche Schutzbereich ist allerdings nur dann berührt, wenn die Ausweisung des Ausländers eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz ge-

festigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigen würde, ohne dass es dieser ohne weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen (BGE 144 I 266 E. 3.3 m.w.H.). Zum geschützten Familienkreis gehört dabei in erster Linie die Kernfamilie, mithin die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern, während andere familiäre oder persönliche Beziehungen nur ausnahmsweise darunter fallen, wobei als Hinweise dafür das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bindungen, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person gelten (Urteil des Bundesgerichts 6B_149/2021 vom 3. Februar 2022 E. 2.3.3 m.w.H.). Sind minderjährige Kinder involviert, ist bei der Härtefallprüfung als wesentliches Element in jedem Fall auch den Kindesinteressen und dem Kindeswohl Rechnung zu tragen (Urteil des Bundesgerichts 6B_1044/2019 vom 17. Februar 2020 E. 2.5.4 m.w.H.). Dabei berücksichtigt die Rechtsprechung insbesondere, ob die Kindseltern noch zusammenleben und ein gemeinsames Sorge- und Obhutsrecht ausüben oder ob der von der Landesverweisung betroffene Elternteil nicht sorge- oder obhutsberechtigt ist und seine Kontakte zu den Kindern daher nur im Rahmen eines Besuchsrechts pflegt (Urteil des Bundesgerichts 6B_855/2020 vom 25. Oktober 2021 E. 3.3.2 m.w.H.).

2.7.2. Vorliegend ist der Beschuldigte von seiner Ehefrau geschieden, wobei der aus der Ehe stammende und heute 6-jährige Sohn im Kanton Schwyz bei der Mutter lebt, welche stets dessen Hauptbetreuungsperson war. Demgegenüber hat der Beschuldigte als Kindsvater in der Vergangenheit lediglich ein Wochenendbesuchsrecht wahrgenommen. Seit Dezember 2022 hat er seinen Sohn überhaupt nicht mehr persönlich gesehen und es wurde inzwischen ein begleitetes Besuchsrecht angeordnet, mit dessen Umsetzung zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung allerdings noch nicht begonnen werden konnte (Prot. II S. 10 ff.; Urk. 38/4; Urk. 40). Obschon die konkreten Umstände, die zur Anordnung des begleiteteten Besuchsrechts geführt haben, nicht bekannt sind, ist zu beachten, dass derartige Einschränkungen des persönlichen Verkehrs zwischen Vater und Kind in der Regel nur dann zum Zuge kommen, wenn sich bei den Eltern eine besondere Problematik zeigt, die das Kindeswohl gefährdet. Im Vergleich zu einem Elternteil, dem

die Obhut über das Kind zukommt oder der sonstwie einen beträchtlichen Anteil an der Kinderbetreuung übernimmt, kann der Beschuldigte deshalb keine besonders enge affektive Beziehung zum Kind vorweisen. Darüber hinaus kann dem Beschuldigten zwar sicherlich attestiert werden, dass er regelmässig Unterhaltzahlungen für seinen Sohn leistet (Urk. 4 S. 6; Prot. I S. 17; Urk. 38/1; Urk. 38/3; Prot. II S. 7), auch wenn wie dargelegt aufgrund der instabilen beruflichen Situation unsicher ist, ob es ihm auch in Zukunft gelingen wird, seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen (s. vorne E. III.2.4.). Nach dem Gesagten ist mithin nicht zu verkennen, dass eine Ausweisung aus der Schweiz durchaus negative Auswirkungen auf die unmittelbare Wahrnehmung des (begleiteten) Besuchsrechts und die Erfüllung der Kinderunterhaltspflicht durch den Beschuldigten hätte, was entsprechend sowohl für den Vater wie auch für dessen Sohn nachteilige Folgen nach sich ziehen würde. Allerdings ist sogleich zu relativieren, dass es unter dem Blickwinkel des Kindeswohls nach den Umständen genügt, den Kontakt zwischen einem von einer Landesverweisung betroffenen Elternteil und dessen Kindern auch im Rahmen von Kurzaufenthalten, Ferienbesuchen oder über moderne Kommunikationsmittel wahrzunehmen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_300/2020 vom 21. August 2020 E. 3.4.5 m.w.H.). Dabei ist angesichts dessen, dass vorliegend keine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem erfolgen wird, vorstellbar, dass sich der Beschuldigte neu im grenznahen Ausland niederlassen könnte, von wo aus über die verschiedenen Kommunikationsmittel nicht nur regelmässige Kontakte möglich wären, sondern wo gegebenenfalls sogar persönliche Besuche stattfinden könnten. Jedenfalls ist der Verteidigung entgegenzuhalten, dass im Gegensatz zur von ihr angeführten Konstellation, die dem bundesgerichtlichen Entscheid 6B_1161/2019 vom 13. Oktober 2020 zugrunde lag (Urk. 30 Rz 3 f.; vgl. auch Urk. 39 Rz 13), im vorliegenden Fall nicht einzusehen ist, weshalb der Sohn nicht unter Begleitung der Kindsmutter oder einer anderen von den Eltern bestimmten Drittperson zu ihm in einen angrenzenden Staat gebracht und von dort jeweils wieder zurück in die Schweiz geführt werden könnte. Auch dies stellt somit keinen Hindernisgrund für die Wegweisung des Beschuldigten dar.

2.7.3. Entgegen der Vorbringen der Verteidigung (Urk. 39 Rz 14 f.) vermag schliesslich auch die Beziehung des Beschuldigten zu seiner Lebenspartnerin keinen Härtefall zu begründen. Bereits die Vorinstanz hielt diesbezüglich zur Recht fest, dass der Beschuldigte noch im April 2021 mit einer anderen Partnerin zusammenlebte. Seine gegenwärtige Partnerschaft, in der er mithin erst seit rund 2 Jahren lebt, stellt nach der Praxis klarerweise noch kein eheähnliches Konkubinat dar, das in Anwendung von Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK die Annahme eines Härtefalls rechtfertigen könnte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_1194/2012 vom 31. Mai 2013 E. 4.4 m.w.H.).

2.8. Zusammenfassend ist mit einer Ausweisung des Beschuldigten aus der Schweiz insbesondere aufgrund der Trennung von seinem hierzulande lebenden 6-jährigen Sohn sicherlich eine gewisse Härte verbunden, doch liegt in Anbetracht der aktuellen Rechtsprechung kein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vor, welcher der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung entgegensteht. Liegt bereits kein Härtefall vor, so erübrigt sich nach der Rechtsprechung jedoch eine konkrete Abwägung der privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz mit den öffentlichen Interessen an der Wegweisung des straffälligen Ausländers (Urteil des Bundesgerichts 6B_34/2019 vom 5. September 2019 E. 2.4.3). Entsprechend erübrigen sich weitere Erörterungen dazu und ist die erstinstanzliche Anordnung der Landesverweisung zu bestätigen.

3. Nachdem die Dauer der Landesverweisung von der Vorinstanz auf das gesetzliche Minimum von 5 Jahren festgesetzt wurde und die Staatsanwaltschaft keine Rechtsmittel eingelegt hat, verbietet sich in Nachachtung des in Art. 391 Abs. 2 StPO verankerten Verschlechterungsverbots diesbezüglich von vornherein jede Verschärfung. Die Regelung im erstinstanzlichen Urteil ist daher auch in diesem Punkt unverändert zu übernehmen.

IV. Kostenfolgen

1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'000.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 GebV OG und § 14 Abs. 1 lit. a GebV OG).
- 2.1. Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Ob bzw. inwieweit eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor der zweiten Instanz gestellten Anträge gutgeheissen werden (Urteil Bundesgericht 6B_1025/2014 vom 9. Februar 2015 E. 2.4.1 m.w.H.).
- 2.2. Vorliegend unterliegt der Beschuldigte mit seinem Berufungsantrag auf Verzicht einer Landesverweisung vollumfänglich. Ausgangsgemäss hat er daher die Kosten des Berufungsprozesses, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, zu tragen.
3. Die amtliche Verteidigung macht für ihre Aufwendungen und Barauslagen im Appellationsverfahren Fr. 4'625.95 geltend (Urk. 41). Das geforderte Honorar steht im Einklang mit den Ansätzen der Anwaltsgebührenverordnung und erweist sich grundsätzlich als angemessen. Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Dauer der Berufungsverhandlung (inkl. Wartezeit und Weg) ist der amtliche Verteidiger mit einem Honorar von Fr. 4'900.– (inkl. MwSt. und Auslagen) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Praxisgemäss sind diese Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei gestützt auf Art. 135 Abs. 4 StPO diesbezüglich die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten vorzubehalten ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 25. Oktober 2022 mit Ausnahme der Dispositivziffer 5 (Landesverweisung) in Rechtskraft erwachsen ist.
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. e StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'900.– amtliche Verteidigung.
3. 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 gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - das Migrationsamt des Kantons Zürichsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz, mit dem Ersuchen um Vornahme der übrigen Mitteilungen nach Rechtskraft, insbesondere auch an die Staatsanwaltschaft See/Oberland in die Unt. Nr. 2018/939 (hinsichtlich des Widerrufs betreffend den Strafbefehl vom 3. September 2018)
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A und B.

5. Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 2. Juni 2023

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Andres