Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.355/2002 /kra

Urteil vom 8. Januar 2003
Kassationshof

Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Schubarth, Wiprächtiger
Gerichtsschreiber Borner.

P._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Jürg Federspiel, Lindenstrasse 37, Postfach 356, 8034 Zürich,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Landesverweisung (bandenmässiger Diebstahl),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 11. Juni 2002.

Sachverhalt:
A.
Das Bezirksgericht Dielsdorf verurteilte P._____ am 6. Dezember 2001 wegen gewerbs- und bandenmässigen Diebstahls, mehrfacher Sachbeschädigung, mehrfachen Hausfriedensbruchs und versuchter Begünstigung zu 28 Monaten Zuchthaus und 7 Jahren Landesverweisung; den Vollzug der Nebenstrafe schob es nicht auf.

Auf Berufung des Verurteilten sprach ihn das Obergericht des Kantons Zürich am 11. Juni 2002 von der Anschuldigung der versuchten Begünstigung frei; es verurteilte ihn zu 24 Monaten Zuchthaus sowie 5 Jahren Landesverweisung und bestätigte im Übrigen den erstinstanzlichen Entscheid.
B.
P._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Obergericht und die Bezirksanwaltschaft II für den Kanton Zürich haben auf eine Stellungnahme verzichtet (act. 5 und 9).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Gemäss Art. 55 Abs. 1 StGB kann der Richter den Ausländer, der zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt wird, für 3 bis 15 Jahre aus dem Gebiete der Schweiz verweisen. Bei Rückfall kann Verweisung auf Lebenszeit ausgesprochen werden.
Die Landesverweisung ist Nebenstrafe und Sicherungsmassnahme zugleich. Sie hat überwiegend den Charakter einer sichernden Massnahme. Wegen ihres Charakters als Nebenstrafe ist sie in Anwendung von Art. 63 StGB anzuordnen, d.h. nach dem Verschulden des Täters unter Berücksichtigung der Beweggründe, des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse des Schuldigen. Es ist im Einzelfall dem Straf- und dem Sicherungszweck Rechnung zu tragen. Dabei verfügt die Vorinstanz über einen Ermessensspielraum. Das Bundesgericht greift nur ein, wenn sie ihr Ermessen überschritten und einen unhaltbar harten oder milden Entscheid gefällt hat (BGE 123 IV 107 E. 1).

Art. 8 Ziff. 1 EMRK - und seit dem 1. Januar 2000 auch ausdrücklich Art. 13 Abs. 1 BV - gewährleistet das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Darauf kann sich der Ausländer berufen, der eine familiäre Beziehung oder nahe Verwandte mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht in der Schweiz hat; wird ihm selber die Anwesenheit in der Schweiz untersagt, kann dies Art. 8 EMRK verletzen (BGE 126 II 425 E. 2; BGE 122 II 1 E. 1e). Ein Eingriff ist aber zulässig, insoweit er gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutze der Gesundheit und Moral sowie der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist. Die Konvention verlangt also eine Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen, wobei die öffentlichen in dem Sinn überwiegen müssen, dass sich der Eingriff als notwendig erweist. Nebst den persönlichen und familiären Verhältnissen ist insbesondere der Art und Schwere des strafbaren Verhaltens Rechnung zu tragen, der Dauer des Aufenthalts im Gaststaat, wie lange das
Verbrechen zurückliegt und wie sich der Betroffene in der Zwischenzeit verhalten hat. Von Bedeutung können auch die Umstände des Eheschlusses sein, die Nationalität der Ehepartner, ob diese Kinder haben und wie alt diese sind. Sodann ist bei der Interessenabwägung zu fragen, ob der Ehefrau zugemutet werden kann, dem Beschwerdeführer ins Ausland zu folgen. Die Frage der Zumutbarkeit bewertet sich nicht nach den persönlichen Wünschen der Betroffenen, sondern ist unter Berücksichtigung ihrer persönlichen Verhältnisse und aller Umstände objektiv zu beurteilen (Urteil des EGMR i.S. Boultif c. Schweiz vom 2. August 2001, Ziff. 46-48; BGE 122 II 1 E. 2; 115 Ib 1 E. 3).
1.1 Die Vorinstanz führt zur Begründung der Landesverweisung aus, der Beschwerdeführer sei zu einer längeren Freiheitsstrafe zu verurteilen. Sein Verschulden wiege schwer. Als Einbrecher, der die Diebstähle in der Art eines Berufes verübt und zudem als Mitglied einer Bande gewirkt habe, stelle er eine erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit dar. Er sei hierzulande nicht eben stark verwurzelt, wenn auch seine Ehefrau und eine Schwester in der Schweiz lebten. Seine übrige Familie wohne im Kosovo. Zudem spreche er nur wenig Deutsch.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände und der bislang erwirkten Vorstrafen sowie im Verhältnis zu den Hauptstrafen erweise sich die Nebenstrafe von fünf Jahren Landesverweisung als angemessen.
1.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Anordnung einer Landesverweisung von einer Dauer von 5 Jahren erscheine angesichts der Taten unangemessen hoch. Er habe zwar banden- und gewerbsmässig gehandelt, doch sei er beispielsweise kein Schlafzimmerräuber gewesen, sondern sei nachts in menschenleere Geschäftslokalitäten eingebrochen. Seine kriminelle Energie sei in diesem Sinne deutlich limitiert gewesen. Sollte er, was aktenwidrig sei, tatsächlich nur wenig Deutsch sprechen, so sei zu berücksichtigen, dass er immerhin fliessend und korrekt Italienisch und damit eine unserer Landessprachen spreche. Er befinde sich seit 1995 in der Schweiz; eine Schwester lebe ebenfalls hier. Er sei aber bereits seit 1997 mit seiner in der Schweiz niedergelassenen Ehefrau verheiratet. Mit ihr lebe er schon jahrelang in einer intakten Ehe. Mit diesem Umstand setze sich die Vorinstanz überhaupt nicht auseinander. Sie habe es aber auch nicht für nötig erachtet, im Hinblick auf Art. 8 EMRK sowie Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 BV im Rahmen einer Interessenabwägung wenigstens zu fragen, ob der Ehefrau zugemutet werden könne, dem Beschwerdeführer ins Ausland zu folgen.
1.3 Die vorinstanzliche Begründung ist in der Tat sehr kurz ausgefallen (E. 1.2). Selbst wenn man auf die Strafzumessungserwägungen zurückgreift, wird nicht deutlich, wie die Vorinstanz die Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen vorgenommen hat. Insbesondere fehlt eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Ehefrau des Beschwerdeführers zugemutet werden kann, ihm ins Ausland zu folgen. Wegen dieses Mangels und anderer Mängel im Zusammenhang mit der Beurteilung des bedingten Vollzugs der Landesverweisung (E. 2.2) ist der angefochtene Entscheid aufzuheben.
2.
Gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB kann der Richter den Vollzug der Landesverweisung aufschieben, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten. Ob die Landesverweisung bedingt aufgeschoben oder vollzogen werden soll, hängt einzig von der Prognose über das zukünftige Verhalten des Verurteilten in der Schweiz ab; nicht von Bedeutung ist dabei die Frage, ob die Aussichten der Wiedereingliederung in der Schweiz oder im Heimatland besser sind. Ob der Vollzug geeignet sei, den Angeklagten von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, muss auf Grund einer Gesamtwürdigung entschieden werden. In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatum-

ständen das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Es ist unzulässig, unter den nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu berücksichtigenden Umständen einzelnen eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen (BGE 123 IV 107 E. 4a).
2.1 Die Vorinstanz führt aus, der Beschwerdeführer sei 1995 als Asylbewerber in die Schweiz eingereist, habe seit Ende jenes Jahres bereits viermal verurteilt werden müssen und habe drei Freiheitsstrafen verbüsst. Dennoch habe er unbekümmert und stets massiver weiter delinquiert und damit dargelegt, dass er sich durch keinen staatlichen Eingriff von der Begehung strafbarer Handlungen abhalten lasse. Die Prognose für künftiges Wohlverhalten in der Schweiz sei sehr ungünstig. Seine Bindungen hierzulande, abgesehen von jenen zu den Mittätern und zu anderen Landsleuten, seien im Übrigen offensichtlich nicht von derart grosser Bedeutung, dass sich ein Vollzug der Nebenstrafe als unangemessen beurteile. Ebenso stehe fest, dass ihm auch seine Ehefrau bis anhin offensichtlich nie den notwendigen Halt habe bieten und ihn von der Delinquenz abhalten können; es sei nicht einzusehen, weshalb sich dies nun ändern solle.
2.2 Diese Beurteilung ist zum Teil einseitig und trägt nicht allen wesentlichen Elementen Rechnung. Es trifft zwar zu, dass der Beschwerdeführer - bevor er die hier zu beurteilenden Straftaten beging - innerhalb relativ kurzer Zeit viermal bestraft werden musste und deshalb Freiheitsstrafen von 25 und 30 Tagen sowie von drei Monaten verbüsste. Wie die Vorinstanz aber selbst festhält, handelte es sich dabei nicht um sehr gravierende Sanktionen. Von Bedeutung ist aber auch, dass der Beschwerdeführer nun erstmals eine längere Freiheitsstrafe verbüsst hat. Ob diese Strafverbüssung beim Beschwerdeführer einen bleibenden Eindruck mit entsprechender Warnwirkung hinterlassen hat, dazu schweigt sich die Vorinstanz aus. Ebenso wenig äussert sie sich zur Frage, ob das Geständnis des Beschwerdeführers prognoserelevant sei. Nachdem sie im Rahmen der Strafzumessung ausgeführt hatte, entgegen der erstinstanzlichen Auffassung könne sein Geständnis durchaus leicht strafmindernd berücksichtigt werden, hätte sie zumindest darlegen müssen, weshalb dem Geständnis im Hinblick auf die Prognose nichts Positives abzugewinnen sei. Schliesslich hätte die Vorinstanz auch prüfen müssen, ob nicht im Hinblick auf die vom Beschwerdeführer geltend gemachte
intensive eheliche Beziehung eine bedingt aufgeschobene Landesverweisung den nötigen Druck zu erzeugen vermöchte, den Beschwerdeführer von weiteren Straftaten abzuhalten.
3.
Nach dem bisher Gesagten hat die Vorinstanz wesentliche Gesichtspunkte nicht berücksichtigt bzw. gewichtet, weshalb der angefochtene Entscheid aufzuheben ist. Bei der Neubeurteilung des Falles wird die Vorinstanz von der dannzumaligen Situation auszugehen haben. Deshalb erübrigt sich im jetzigen Zeitpunkt eine Erörterung mit Sachverhalten, die sich bis zum neuen Urteilszeitpunkt verändern können.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos. Sein Rechtsvertreter hat eine angemessene Parteientschädigung zugut; auf die Erhebung von Kosten ist zu verzichten (Art. 278 Abs. 2 und 3 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, der Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Juni 2002 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 2'000.– entschädigt.
4.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 8. Januar 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: