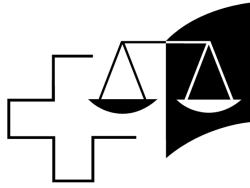


Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



**6B\_1213/2021**

**Urteil vom 7. November 2022**

**Strafrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Präsidentin,  
Bundesrichter Denys,  
Bundesrichterin Koch,  
Gerichtsschreiber Briw.

Verfahrensbeteiligte  
A.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Gregor Münch,  
Beschwerdeführer,

*gegen*

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Güterstrasse 33, Postfach, 8010 Zürich,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Landesverweisung; rechtliches Gehör, Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens etc.,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 5.  
Juli 2021 (SB210181-O/U/jv).

**Sachverhalt:**

**A.**  
Die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland erhob gegen den italienischen Staatsangehörigen  
A.\_\_\_\_\_, Jahrgang 1970, ohne festen Wohnsitz in der Schweiz, mit Anklageschrift vom 1. Juli  
2020 in 27 Fällen Anklage wegen Diebstahls etc.

Das Bezirksgericht Zürich erkannte A.\_\_\_\_\_ am 14. Dezember 2020 schuldig  
- des mehrfachen (teilweise versuchten) Diebstahls  
- des mehrfachen geringfügigen Diebstahls  
- des mehrfachen (teilweise versuchten) Hausfriedensbruchs  
- der mehrfachen Sachbeschädigung  
- der mehrfachen geringfügigen Sachbeschädigung.

Es bestrafte ihn mit 24 Monaten Freiheitsstrafe unbedingt (wovon 285 Tage erstanden waren) und mit  
Fr. 1'000.-- Busse. Von der Anordnung einer Landesverweisung sah es ab.

**B.**

Die Staatsanwaltschaft beantragte mit Berufung, A. \_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. d StGB für die Dauer von 10 Jahren des Landes zu verweisen. A. \_\_\_\_\_ beantragte, die Berufung abzuweisen.

Das Obergericht des Kantons Zürich verwies A. \_\_\_\_\_ mit Urteil vom 5. Juli 2021 im Sinne von Art. 66a StGB für 7 Jahre des Landes.

### C.

A. \_\_\_\_\_ beantragt beim Bundesgericht mit Beschwerde in Strafsachen, das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und von einer Landesverweisung abzusehen, eventualiter die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, ihm die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren sowie, soweit erforderlich, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

### Erwägungen:

#### 1.

Der Beschwerde in Strafsachen gegen eine Landesverweisung im Sinne von Art. 66a StGB kommt in analoger Anwendung von Art. 103 Abs. 2 lit. b BGG von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (Urteil 6B\_34/2019 vom 5. September 2019 E. 1.1 mit Hinweisen). Damit ist das Gesuch gegenstandslos geworden.

#### 2.

In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, "inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt" (Art. 42 Abs. 2 BGG). Eine qualifizierte Begründungspflicht obliegt, soweit die Verletzung von Grundrechten einschliesslich Willkür behauptet wird (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 148 IV 39 E. 2.3.5). Auch Landesverweisungen überprüft das Bundesgericht nur, soweit die Begründungsanforderungen erfüllt sind (Urteile 6B\_759/2021 vom 16. Dezember 2021 E. 4.2.1; 6B\_1453/2020 vom 8. Dezember 2021 E. 4; 6B\_1102/2020 vom 20. Mai 2021 E. 2).

Eine Sachverhaltsfeststellung gilt als "offensichtlich unrichtig" im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG i.V.m. Art. 9 BV, wenn sie sich als schlechterdings unhaltbar und damit als willkürlich erweist (BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 88 E. 1.3.1). Das ist der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 III 264 E. 2.3). Das Bundesgericht ist kein Sachgericht (BGE 145 IV 137 E. 2.8) und keine Appellationsinstanz, vor welcher die Tatsachen erneut frei diskutiert werden könnten (BGE 146 IV 297 E. 1.2; Urteile 6B\_295/2022 vom 15. September 2022 E. 1.1). Es hat nicht in den Akten nach der Begründetheit von nur schwer einzuordnenden Beschwerdevorbringen zu forschen (Urteile 6B\_960/2021 vom 26. Januar 2022 E. 2.1; 6B\_377/2020 vom 21. Juli 2021 E. 3.5.3). Auf appellatorische Kritik tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 147 IV 73 E. 4.1.2; 146 IV 114 E. 2.1, 88 E. 1.3.1).

Nach konstanter Rechtsprechung wird über Tatsachen, die unerheblich, offenkundig, der Strafbehörde bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen sind, nicht Beweis geführt (Art. 139 Abs. 2 StPO). Die Strafbehörden können ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) auf die Abnahme weiterer Beweise verzichten, wenn sie in vorweggenommener (antizipierter) Beweiswürdigung annehmen können, ihre Überzeugung werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (BGE 147 IV 534 E. 2.5.1; 146 III 73 E. 5.2.2; 141 I 60 E. 3.3).

#### 3.

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) wegen Beizugs von Verfahrensakten, die ihm nie angezeigt worden seien und zu denen er, soweit erinnerlich, vorinstanzlich nicht befragt worden sei (Beschwerde Ziff. 28 ff.). Implizit gehe die Vorinstanz offenbar weiter davon aus, dass es sich bei den Auskünften der Institution und der Beiständin vom Oktober 2020 um blosse Gefälligkeiten gehandelt habe. Diese antizipierte Beweiswürdigung mute willkürlich an. Die angeblichen Widersprüche hätten zur Abnahme weiterer Beweise führen oder es hätte eine in-dubio-Betrachtung (Art. 10 Abs. 2 StPO) greifen müssen.

Er bezieht sich in der ersten Rüge auf die vorinstanzliche Erwägung, der Sohn sei 2014 geboren und er (der Beschwerdeführer) solle nach dem Bericht des Kinderhauses vom 23. Dezember 2015 nach der Geburt regelmässig Kontakt zu ihm gehabt haben; bei der persönlichen Befragung anlässlich der strafrechtlichen Berufungsverhandlung vom 27. Januar 2017 habe der Beschwerdeführer allerdings angegeben, seinen Sohn während der bis dahin 655 Tage in Haft verbrachten Zeit einmal gesehen zu haben (Urteil S. 11).

Wie der Beschwerdeführer darlegt, stellt die Vorinstanz in den monierten Erwägungen auf aktenkundige Tatsachen und seine Aussagen im Berufungsverfahren von 2017 ab. Dass diese Feststellungen willkürlich wären, legt er nicht dar (oben E. 2). Bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 66a Abs. 2 StGB sind die entscheidenderheblichen Tatsachen, Verhältnisse und Umstände umfassend zu berücksichtigen; das Sachgericht darf selbst vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB begangene Straftaten und entsprechend auch deren Umstände berücksichtigen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.1; 144 IV 332 E. 3.3.2). Das gilt umso mehr für die in seinem Strafurteil festgestellten Tatsachen. Inwiefern dazu hätte Beweis geführt werden müssen bzw. die Vorinstanz eine "offenbar implizite" antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen hätte, erschliesst sich nicht. Auf die appellatorischen Vorbringen ist nicht einzutreten.

Die Vorinstanz stellt den Sachverhalt nicht "offensichtlich unrichtig" fest (Art. 97 Abs. 1 BGG). Diesen legt das Bundesgericht deshalb seinem Urteil von Gesetzes wegen zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG).

#### 4.

**4.1.** Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 66a Abs. 2 StGB und Art. 5 Abs. 2 BV vor. Er sei kein Kriminaltourist, sondern ein gut integrierter Ausländer, der in der Schweiz geboren sei. Nach der Vorinstanz zähle er nicht zu den typischen Ausländern der zweiten Generation. Sie lasse ausser Acht, dass er seinen Wohnort nicht aus freien Stücken ins grenznahe Ausland verlegt habe, sondern weil ihm die Niederlassungsbewilligung rechtskräftig widerrufen worden sei. Es stelle sich aufgrund des Widerrufs nicht die Frage, ob er noch in der Schweiz wohnen oder arbeiten dürfe, sondern einzig, ob er die Schweiz im Rahmen des Touristenvisums noch betreten dürfe (ohne Landesverweisung) oder nicht (mit Landesverweisung). Einzig in diesem Kontext sei zu prüfen, ob die "gänzliche" Verweisung aus der Schweiz einen persönlichen Härtefall darstelle (Beschwerde Ziff. 19). Die persönliche "Härte" begründe sich darin, dass er seinen Sohn in der Schweiz nicht besuchen könnte. Er habe bis Februar 2015 mit einer Schweizerin zusammengelebt und sich dann von ihr getrennt. Die Mutter sei für den Sohn selten verfügbar, verlässlich oder verbindlich. Er habe seinen Sohn nach der Haftentlassung 2018 regelmässig besucht und während des erneuten Justizvollzugs den Kontakt aufrechterhalten. Nach Aussage der Beiständin sei er die wichtigste Bezugsperson. Er habe gestützt auf die Art. 3 und Art. 10 Abs. 2 der Kinderrechtskonvention ein Recht auf regelmässigen Kontakt. Entwicklungspsychologisch befinde sich der Sohn in einem sensiblen Alter. Es sei ohne Weiteres von einer gefestigten Vater-Kind-Beziehung auszugehen, auch wenn er nicht mit einem "normtypischen" Vater vergleichbar sei (Beschwerde Ziff. 32). Er verfüge über gewichtige Interessen am Aufenthalt. Er habe beinahe sein ganzes Leben in der Schweiz verbracht und trotz Sucht und Verbüssung von Freiheitsstrafen immer wieder gearbeitet. Ihm dürften kurze Aufenthalte nicht verwehrt werden. Sein Sohn habe wegen Entwicklungsverzögerungen als Kind von Suchteltern ohnehin einen schweren Start ins Leben gehabt.

**4.2.** Die Vorinstanz führt aus, der Beschwerdeführer habe in der Schweiz keinen Wohnsitz und verfüge über keinen Aufenthaltstitel. Er habe grenznah in Deutschland gelebt und gearbeitet und mangels Einreisepasse die Schweiz besuchen dürfen. Er sei ledig. Er habe Kontakte zu seinem Sohn gepflegt, mit dem er ebenso wenig zusammen gelebt habe wie mit dessen Mutter. Zwar treffe zu, dass er in der Schweiz aufgewachsen sei und ihm Italien mittlerweile fremd sei. Seiner Situation sei Rechnung zu tragen, auch wenn er kein typischer "Secondo" sei, sondern als Kriminaltourist zu betrachten sei. Auf Art. 8 EMRK könne er sich weder bezüglich des Schutzes der Kernfamilie noch anderer geschützter Beziehungen berufen. Eine Landesverweisung verändere kaum etwas an seiner Lebenssituation.

Die Beiständin als Bezugsperson der sozialpädagogischen Familie habe den Beschwerdeführer im Oktober 2020 als wichtige Bezugsperson beschrieben. Dem stehe der Untersuchungsbericht der Psychiatrischen Klinik U. \_\_\_\_\_ vom 17. Juli 2020 betreffend die Therapie- und Massnahmenplanung des Sohnes gegenüber, dem sich nicht entnehmen lasse, dass er als Vater eine aktive Rolle spiele. Einzig von Besuchen im Jahre 2019 sei die Rede. Tatsache sei, dass der Sohn bei

Pflegefamilien und in Institutionen aufwachsen. Es könne nicht von einem gefestigten Vater-Kind-Verhältnis gesprochen werden. Er habe keinen im Sinne von Art. 8 EMRK geschützten Familienkern in der Schweiz. Auch nach der Haftentlassung sei mit einem Zusammenleben mit dem Sohn nicht zu rechnen.

Selbst bei Annahme eines schweren persönlichen Härtefalls würden die öffentlichen Interessen in seinem Fall eines seit Jahren einschlägig delinquierenden und offensichtlich unbelehrbaren Einbrechers die privaten Interessen an einem Verbleib in der Schweiz offensichtlich stark überwiegen. Dem Argument, dass sich die Sicherheitsinteressen erheblich relativieren, weil er nur noch im Rahmen des visumsfreien Aufenthalts in die Schweiz einreisen könne, sei nicht zu folgen, habe er doch einen grossen Teil seiner Einbrüche in der Zeit begangen, als er bereits in Deutschland gelebt habe.

Die Dauer der Landesverweisung müsse verhältnismässig sein. Sein Verschulden sei erheblich, doch handle es sich nicht um schwere Kriminalität gegen höchste Rechtsgüter, sodass sieben Jahre angemessen seien.

## 5.

**5.1.** Das Gericht verweist den Ausländer, der zu einer Katalogtat verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre des Landes. Von der Verweisung kann gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB "ausnahmsweise" abgesehen werden, wenn sie (1.) einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und (2.) die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist (3.) der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind.

Die Härtefallklausel des Art. 66a Abs. 2 StGB ist restriktiv anzuwenden (BGE 144 IV 332 E. 3.3.1; Urteile 6B\_1314/2019 vom 9. März 2020 E. 2.3.2; 6B\_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.3.4 f.). Sie dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 146 IV 105 E. 3.4.2). Art. 66a StGB ist EMRK-konform auszulegen, wobei die Kriterien der EMRK regelmässig bereits bei der Härtefallbeurteilung zu prüfen sind (Urteil 6B\_907/2018 vom 23. November 2018 E. 2.4.2). Eine Konventionsverletzung setzt voraus, dass ein Recht gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK besteht und in dieses durch eine staatliche Behörde in relevanter Weise eingegriffen wurde; ist ein Eingriff zu bejahen und nicht gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK gerechtfertigt, liegt eine Verletzung vor. Der Anspruch aus Art. 8 EMRK gilt nicht absolut (BGE 142 II 35 E. 6.1; Urteil 6B\_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.4).

Nach dem Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sind im Rahmen von Art. 8 EMRK insbesondere Art sowie Schwere der Straftat, die Dauer des Aufenthalts im Aufnahmestaat, die seit der Tat verstrichene Zeit sowie das Verhalten des Betroffenen in dieser Zeit und der Umfang der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen im Aufnahme- sowie im Heimatstaat zu berücksichtigen (Urteil des EGMR *M.M. gegen Schweiz* vom 8. Dezember 2020, Nr. 59006/18, §§ 48, 49; Urteile 6B\_255/2021 vom 3. Oktober 2022 E. 1.3.5; 6B\_513/2021 vom 31. März 2022 E. 1.2.4).

**5.2.** Der besonderen Situation von in der Schweiz geborenen oder aufgewachsenen ausländischen Personen wird Rechnung getragen, indem eine längere Aufenthaltsdauer, zusammen mit einer guten Integration in aller Regel als starkes Indiz für das Vorliegen von genügend starken privaten Interessen und damit für die Bejahung eines Härtefalls zu werten ist. Es lässt sich nicht gleichsam schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer eine Verwurzelung in der Schweiz annehmen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.4; Urteile 6B\_1314/2019 vom 9. März 2020 E. 2.3.5; 6B\_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.5).

Der Beschwerdeführer beging einen grossen Teil der Anlassdelikte in der Zeit, in welcher er bereits in Deutschland lebte (Urteil S. 13). Die Vorinstanz betrachtet ihn nicht als typischen "Secondo", sondern als Kriminaltouristen (Urteil S. 10). Eigentliche "Kriminaltouristen" sind ohnehin auszuweisen (Urteile 6B\_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.3.4; 6B\_770/2018 vom 24. September 2018 E. 1.1). Die Voraussetzungen einer "besonderen Situation", der gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB in relevanter Weise Rechnung zu tragen wäre, kann die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht verneinen. Es ist schlicht nicht begründbar, inwiefern der Beschwerdeführer sich als "ein gut integrierter Ausländer"

bezeichnen könnte (zu den massgebenden Integrationskriterien Art. 4 und Art. 58a f. des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration [AIG; SR 142.20] sowie Art. 77a ff. der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE; SR 142.201]; vgl. **BGE 148 II 1**; Urteile **6B\_1123/2020** vom 2. März 2021 E. 3.3.2; **6B\_689/2019** vom 25. Oktober 2019 E. 1.7.2). Von einer relevanten sozialen, kulturellen und familiären Integration kann nicht die Rede sein.

**5.3.** Unter dem Titel der Achtung des Privatlebens im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK genügen selbst eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration nicht; erforderlich sind besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur (BGE 144 II E. 6.1; Urteil **6B\_1314/2019** vom 9. März 2020 E. 2.3.6). Solche Beziehungen stellt die Vorinstanz nicht fest.

**5.4.** Der Beschwerdeführer kann sich als Vater eines in der Schweiz wohnhaften minderjährigen Sohnes mit Schweizer Staatsangehörigkeit auf den Anspruch auf Achtung des Familienlebens berufen (Urteil 2C\_16/2018 vom 31. Januar 2019 E. 3.2, betr. Widerrufsverfahren des Beschwerdeführers). Der familienrechtliche Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK ist berührt, wenn eine Ausweisung eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigen würde, ohne dass es dieser ohne weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen. Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern (**BGE 145 I 227** E. 5.3; **144 II 1** E. 6.1; Urteil **6B\_1314/2019** vom 9. März 2020 E. 2.3.7). Dem Beschwerdeführer wurde die Niederlassungsbewilligung C entzogen. Er besitzt auch sonst kein gefestigtes Anwesenheitsrecht (vgl. **BGE 144 II 1** E. 6.1). Er ist ledig, unterhält keine Partnerschaft und hat weder mit dem Kind noch mit dessen Mutter zusammengelebt. Auch andere familiäre Verhältnisse, die in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fallen können, bestehen nicht (vgl. **BGE 144 II 1** E. 6.1), insbesondere auch keine "de facto"-Beziehungen (Urteil **6B\_255/2021** vom 3. Oktober 2022 E. 1.3.4).

**5.5.** Nur wenn die intakte familiäre Beziehung tatsächlich gelebt wird, kann Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV verletzt sein, wenn die Anwesenheit und damit das Familienleben vereitelt wird (Urteil 2C\_449/2019 vom 12. September 2019 E. 4.1). Dem Schutz des Anspruchs auf Familienleben genügt es nach den Umständen, dass der Kontakt zum Kind im Rahmen von Kurzaufenthalten, Ferienbesuchen oder über die modernen Kommunikationsmittel vom Ausland her wahrgenommen werden kann. Ein weitergehender Anspruch kann nur in Betracht fallen, wenn eine in affektiver und in wirtschaftlicher Hinsicht besonders enge Beziehung zum Kind besteht (Urteil 2C\_449/2019 vom 12. September 2019 E. 4.2 mit Hinweisen).

Nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz kann nicht von einem gefestigten Vater-Kind-Verhältnis gesprochen werden. Auch nach der Haftentlassung ist nicht mit einem Zusammenleben mit seinem Sohn zu rechnen.

**5.6.** Der Beschwerdeführer begründet die "Härte" damit, bei einer Landesverweisung könnte er die Schweiz nicht mehr im Rahmen des Touristenvisums betreten, um seinen Sohn zu besuchen (oben 4.1). Härtefallbegründende Aspekte bei Dritten werden indirekt berücksichtigt (**BGE 145 IV 161** E. 3.3; Urteile **6B\_1314/2019** vom 9. März 2020 E. 2.3.9; **6B\_1044/2019** vom 17. Februar 2020 E. 2.5.4).

Wie erwähnt, kann vorliegend nicht von einem gefestigten Vater-Kind-Verhältnis gesprochen werden (dem erstinstanzlichen Urteil S. 24 ist zu entnehmen, dass er einen weiteren, in Spanien lebenden Sohn hat, mit dem er keinen Kontakt pflegt). Nach den vorinstanzlichen Feststellungen lässt sich eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung nicht annehmen. Wie das Bundesgericht bereits im Widerrufsverfahren betreffend Niederlassungsbewilligung festhielt, fallen die zahllosen Delikte des Beschwerdeführers in einer Gesamtbetrachtung deshalb stärker ins Gewicht als das Interesse des Sohnes, seinen Vater in der Nähe seiner Pflegefamilie zu wissen. Weil das öffentliche Interesse an der Fernhaltung überwog, brauchte nicht abgeklärt zu werden, ob das Zusammenleben mit einem delinquenten Elternteil für die Entwicklung des Kindes allenfalls auch Probleme aufwerfen könnte (Urteil 2C\_16/2018 vom 31. Januar 2019 E. 4.3.3).

Aufgrund der vorinstanzlichen Feststellungen verfügt der Beschwerdeführer nicht über hinreichend starke persönliche oder familiäre Bindungen, die unter dem Titel des "Privatlebens" oder des

"Familienlebens" nachhaltig betroffen würden (BGE 139 I 16 E. 5.2.2; 144 II 1 E. 6.1, 6.6). Ginge es um eine Bewilligung einzig zur Erleichterung des Besuchsrechts (BGE 146 IV 267 E. 3.3.1; 142 III 481 E. 2.8; Urteil 2C\_652/2020 vom 20. Januar 2021 E. 7.4.2), so wäre bereits nach der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung mit noch grösserer Zurückhaltung auf eine Pflicht zu schliessen, dem nicht sorge- oder obhutsberechtigten Beschwerdeführer eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen (BGE 142 II 35 E. 6.2), was mit Urteil 2C\_16/2018 vom 31. Januar 2019 denn auch abgelehnt wurde. Kurzbesuche sind aber grundsätzlich bewilligungsfähig (Urteil 6B\_680/2018 vom 19. September 2018 E. 1.5; 2C\_338/2018 vom 23. August 2018 E. 2.4 mit Hinweis).

**5.7.** Der Beschwerdeführer beruft sich auf die Art. 3 und Art. 10 Abs. 2 der Kinderrechtskonvention.

Gemäss Art. 3 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107) ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist. Das Kindeswohl geniesst Verfassungsrang (Art. 11 Abs. 1 BV) und gilt in der Schweiz als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinne; damit werden die mit der KRK garantierten Rechte verankert (BGE 146 IV 267 E. 3.3.1; 141 III 328 E. 5.4). Der Beschwerdeführer ist nicht sorgeberechtigt. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass die elterliche Sorge dem Wohl des Kindes dient (Art. 296 Abs. 1 ZGB) und es sich dabei um ein *Pflichtrecht* handelt; der Elternteil muss mithin überhaupt in der Lage sein, im Interesse des Kindes zu wirken (Urteil 6B\_1314/2019 vom 9. März 2020 E. 2.3.8 mit Hinweisen). Das Kindesinteresse ist bei allen Entscheiden, so auch bei der ausländerrechtlichen Ausweisung und der strafrechtlichen Landesverweisung, vorrangig zu berücksichtigen; es bildet in der Interessenabwägung ein wesentliches Element unter anderen. Der KRK kommt kein absoluter Vorrang gegenüber anderen privaten wie öffentlichen Belangen zu (BGE 146 IV 267 E. 3.3.1). Eine Trennung ist durch Entscheide der zuständigen Behörden auf einer der KRK entsprechenden gesetzlichen Grundlage nach der KRK zulässig (Urteil 6B\_1275/2020 vom 4. März 2021 E. 1.4.3).

Das öffentliche Interesse an der Ausweisung kann das Interesse der Kinder überwiegen, mit dem betroffenen Elternteil hier aufwachsen zu können. Wie vorangehend erwähnt (E. 5.6), hat das Bundesgericht bereits im Widerrufsverfahren entschieden, dass die zahllosen Delikte des Beschwerdeführers in einer Gesamtbetrachtung stärker ins Gewicht fallen als das Interesse des Sohnes, seinen Vater in der Nähe seiner Pflegefamilie zu wissen (Urteile 2C\_16/2018 vom 31. Januar 2019 E. 4.3.3). Auch die Vorinstanz beurteilt den Beschwerdeführer als einen seit Jahren einschlägig delinquierenden und offensichtlich unbelehrbaren Einbrecher (oben E. 4.2). Angesichts der zu den Anlassdelikten führenden erneuten Delinquenz ist keine Einsicht und keine positive Entwicklung auszumachen. Die Berufung auf das Kindeswohl vermag somit nicht durchzudringen. Art. 10 Abs. 2 KRK garantiert zwar das Recht auf persönlichen Umgang. Die Garantien bestehen aber nur zum Zwecke der Familienzusammenführung. Ein- oder Ausreisensprüche aus anderen Gründen garantiert Art. 10 Abs. 2 KRK nicht (STEFANIE SCHMAHL, Kinderrechtskonvention, 2. Aufl. 2017, N. 8 zu Art. 10 KRK).

**5.8.** Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, indem sie den "schweren persönlichen Härtefall" verneint, und eventualiter auch ein stark überwiegendes öffentliches Interesse an der Verweisung annimmt.

Es bestehen zahlreiche Vorstrafen. Zwischen 1991 und 2009 erwirkte der Beschwerdeführer hauptsächlich wegen Diebstahls und Betäubungsmitteldelikten Freiheitsstrafen von knapp neun Jahren. Nach Verwarnungen in den Jahren 1996, 2000 und 2002 widerrief das Migrationsamt des Kantons Zürich am 17. Februar 2010 ein erstes Mal die Niederlassungsbewilligung, die aufgehoben wurde, um den Erfolg einer stationären Massnahme abzuwarten. In der Folge wurde er am 9. Dezember 2010, am 30. November 2012 und am 10. Juli 2013 u.a. zu teils langen Freiheitsstrafen verurteilt. Am 30. März 2015 widerrief das Migrationsamt die Niederlassungsbewilligung erneut. Während des laufenden Widerrufsverfahrens wurde er vom Obergericht des Kantons Zürich am 27. Januar 2017 zu 36 Monaten Freiheitsstrafe sowie Busse verurteilt (vgl. Urteil 2C\_16/2018 vom 31. Januar 2019 Sachverhalt). In diesem Urteil führte das Bundesgericht aus, angesichts der Unverfrorenheit des Beschwerdeführers müsse auf eine beträchtliche kriminelle Energie geschlossen werden. Besonders drastisch zeigten sich diese Unverfrorenheit sowie seine Gleichgültigkeit gegenüber der hiesigen Rechtsordnung darin, dass er auch nach dem erstmaligen Widerruf der Niederlassungsbewilligung weiterdelinquierte und nicht einmal die Eröffnung eines zweiten Widerrufsverfahrens ihn davon abgehalten habe, weitere Straftaten zu begehen; dass er seit dem Urteil des Obergerichts Zürich (vom 27. Januar 2017) nicht mehr verurteilt worden sei, ändere an

diesem Gesamtbild nichts, habe er diese Zeit doch im Strafvollzug verbracht (Urteil 2C\_16/2018 vom 31. Januar 2019 E. 4.2). Diese Einschätzung traf zu. Im vorliegenden Anlassverfahren wurde er am 14. Dezember 2020 erneut wegen einschlägiger Straftaten mit 24 Monaten Freiheitsstrafe und Busse bestraft (oben Sachverhalt A).

Bei im Aufnahmestaat geborenen und aufgewachsenen Ausländern verlangt der EGMR sehr solide Argumente für die Begründung der Landesverweisung, sodass die Wegweisung nur bei schweren, die öffentliche Sicherheit oder Ordnung tangierenden Straftaten zulässig ist (Urteil 6B\_513/2021 vom 31. März 2022 E. 1.2.4 mit Hinweisen). Bei wiederholter Delinquenz anerkennt der EGMR das öffentliche Interesse an der Beendigung der Anwesenheit des Ausländers, selbst wenn das Wohl der Kinder besonders zu berücksichtigen ist. Die Beendigung des Aufenthalts betrifft vorab den Beschwerdeführer selbst. Seine hartnäckige Delinquenz überwiegt die übrigen Kriterien (vgl. Urteil 2C\_338/2018 vom 23. August 2018 E. 2.3 mit Hinweisen).

**5.9.** Die Vorinstanz prüft die Landesverweisung unter dem Titel des Freizügigkeitsabkommens (FZA) und kommt zum Ergebnis, das FZA stehe der Landesverweisung nicht im Wege. Die Ausschreibung im Schengener Informationssystem komme vorliegend nicht in Frage (Urteil S. 13 ff.). Der Beschwerdeführer stellt diese Beurteilung nicht in Frage, sodass darauf nicht einzutreten ist. Indes kann angemerkt werden, dass das Bundesgericht im Widerrufsverfahren bereits zum Ergebnis kam, der Widerruf der Niederlassungsbewilligung sei verhältnismässig und angesichts der schweren und gegenwärtigen Gefährdung der öffentlichen Ordnung auch mit dem FZA kompatibel (Urteil 2C\_16/2018 vom 31. Januar 2019 E. 4.4; vgl. auch Urteil 6B\_1152/2017 vom 28. November 2018 E. 2.6).

## **6.**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) ist wegen manifester Aussichtslosigkeit abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 BGG; BGE 142 III 138 E. 5.1; 129 I 129 E. 2.3.1). Bei konträren kantonalen Entscheiden erscheint eine Beschwerdeführung regelmässig zwar vertretbar (Urteile 6B\_720/2019 vom 22. August 2019 E. 2; 6B\_499/2018 vom 15. August 2018 E. 3; vgl. auch Urteil 2C\_955/2019 vom 29. Januar 2020 E. 4.1). Das Bundesgericht hat aber im Widerrufsverfahren (Urteil 2C\_16/2018 vom 31. Januar 2019 E. 5), in dem es mit der heute vorliegenden Thematik unter verwaltungsrechtlichen Gesichtspunkten befasst war, die unentgeltliche Rechtspflege bereits mangels ernsthafter Erfolgchancen abgewiesen. Umso mehr musste dem Beschwerdeführer die Aussichtslosigkeit der weitgehend identischen Vorbringen angesichts seiner zwischenzeitlich fortdauernden Delinquenz von vornherein bewusst sein. Er vermag gegen die Anordnung der (per se obligatorischen) Landesverweisung nichts Substanzielles vorzubringen. Praxismässig werden indessen der unterliegenden Person bei Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege mit nachgewiesener Bedürftigkeit (vgl. Beschwerde Ziff. 43 ff.) die Gerichtskosten herabgesetzt (Art. 65 Abs. 2 i.V.m. Art. 66 Abs. 1 BGG).

## **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

### **2.**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

### **3.**

Die Gerichtskosten von Fr. 1'200.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

### **4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 7. November 2022

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jacquemoud-Rossari

Der Gerichtsschreiber: Briw