

ZH_OBERGERICHT SB180300 vom 8. März 2019

ZH Obergericht, 2019-03-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180300

FR: ZH_OBERGERICHT SB180300 du 8 mars 2019

IT: ZH_OBERGERICHT SB180300 del 8 marzo 2019

Erwägungen

E. 18

April 2018 des Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie des mehrfachen Vergehens im Sinne von

- 5 - Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG schuldig. Er wurde zu 21 Monaten Freiheitsstrafe mit bedingtem Strafvollzug und vier Jahren Probezeit verurteilt. Von der Anordnung einer Landesverweisung sah das Gericht entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft ab. Es entschied sodann über das Schicksal beschlagnahmter Bargeldbezüge und Sachen und auferlegte dem Beschuldigten die Kosten. c) Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl meldete gegen dieses Urteil rechtzeitig die Berufung an (Urk. 43; Art. 399 Abs. 1 StPO) und reichte in der Folge auch fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 48; Art. 399 Abs. 3 StPO, vgl. Urk. 46/1). Sie beantragt die Anordnung einer Landesverweisung von zehn Jahren Dauer (Urk. 48 S. 2; Urk. 58 S. 1 f.). Der Beschuldigte erklärte keine Anschlussberufung. Ebenso wenig wurden Beweisanträge gestellt. Im Berufungsverfahren kam es zu einer Verzögerung von drei Monaten, weil nach einem Verteidigerwechsel neu vorgeladen werden musste (Urk. 54/1). Nach der heutigen Berufungsverhandlung erweist sich der Prozess als spruchreif. II. Das vorinstanzliche Urteil wurde nur hinsichtlich der Frage einer Landesverweisung des Beschuldigten angefochten. Im übrigen ist es in Rechtskraft erwachsen (Art. 402 StPO), was vorab in einem Beschluss festzustellen ist. III. 1. Wird ein Ausländer wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Abs. 2 BetmG) schuldig gesprochen, so verweist ihn das Gericht unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre des Landes (Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB). Es kann ausnahmsweise von dieser Massnahme absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und zudem das öffentliche Interesse an der Landesverweisung gegenüber dem privaten Interesse des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegt. Bei der Handhabung dieser Ausnahmeklausel ist der besonderen Situ-

- 6 - ation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB). Im Rahmen der Prüfung eines schweren persönlichen Härtefalls gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB hat das Gericht die öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abzuwägen. Die Beurteilung kann kriteriengeleitet nach der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE; SR 142.201) erfolgen. Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, einschliesslich familiäre Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen. Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholter Delinquenz Rechnung zu tragen. Das Gericht darf auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB

begangene Straftaten berücksichtigen (Urteile BGer 6B_651/2018 vom 17. Oktober 2018 E. 8.3.3 und 6B_659/2018 vom 20. September 2018 E. 3.3.3; je mit Hinweisen). Die Härtefallklausel ist restriktiv ("in modo restrittivo") anzuwenden (Urteile BGer 6B_907/2018 vom 23. November 2018 E. 2.3 mit Hinweis und 6B_873/2018 vom 15. Februar 2019 E. 3.1). 2. a) A._____ wurde 1993 in B._____ (Serbien) geboren und ist serbischer Staatsbürger. In der Schweiz verfügt er über die Niederlassungsbewilligung C. Er hat einen jüngeren Halbbruder. 2001 kam der Beschuldigte zusammen mit seinen Eltern in die Schweiz. Hier leben auch sein Onkel, seine Tante sowie mehrere Cousins und Cousinen und er hat einen grossen Kollegenkreis. In Serbien hat er noch Grosseltern. Er verbringt dort ein- bis zweimal pro Jahr Ferien. Ausserdem wohnt die Familie seiner Ehefrau in Serbien. Der Beschuldigte gab zwar an, nur wenig Serbisch zu sprechen bzw. diese Sprache nicht so gut zu beherrschen wie das Deutsche. Er erklärte aber auch, sein Vater habe Wert darauf gelegt, dass er das Serbische perfekt zu sprechen lerne. Seine aus der Haft geführte Korrespondenz zeigt, dass er diese Sprache auch schriftlich beherrscht. Nach seiner Übersiedlung in die Schweiz besuchte der Beschuldigte die 2. bis 6. Klasse der Primarschule und die Realschule. Eine Lehre als Detailhandelsassistent brach er nach einem halben Jahr ab, weil er sich mit dem Chef nicht gut verstand und sich überfordert fühlte. Seither arbeitete er an verschiedenen Stellen, so von Oktober

- 7 - bis Dezember 2011 bei der Reinigungsfirma C._____ GmbH, welche der Ehefrau seines Onkels gehört, von Juni bis Dezember 2012 bei der D._____ GmbH und eine Zeit lang auch bei einem Autoverleih am Flughafen. Dazwischen war er wiederholt arbeitslos. Von Juni 2015 bis Juni 2017 war der Beschuldigte mit einem Pensum von 40 % als Detailhandelsangestellter bei E._____ tätig. Dazu gab er an, dass er gleich zu Beginn eine Weiterbildung verlangt habe, worauf der Chef nicht eingegangen sei. Nachdem es zufolge mehrerer Unfälle zu längeren Absenzen gekommen sei, habe man sich für eine Kündigung in gegenseitigem Einverständnis entschieden. Ab dem 1. März 2018 konnte er Arbeitseinsätze bei der F._____ GmbH leisten, dies aber nur auf Abruf und mit einem Pensum von höchstens 20 %. Im übrigen bezog der Beschuldigte Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Teilweise wurde er auch von seinem Vater unterstützt. Seine Ehefrau verdiente als Reinigungsangestellte ca. Fr. 3'500.– hinzu. Gemäss den Angaben des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung ist er seit dem 1. März 2019 zu 100% arbeitstätig und bezieht kein Arbeitslosentaggeld mehr (näheres hierzu vgl. nachfolgend E. 3). Der Beschuldigte heiratete im August 2016 in Serbien. Seine Ehefrau stammt ebenfalls von dort und zog im März 2017 nach Zürich. Das Paar hat bislang keine gemeinsamen Kinder. Seine Ehefrau hat eine sechsjährige Tochter, welche erst vor ca. einem Monat in die Schweiz nachgezogen ist und seither zusammen mit ihrer Mutter und dem Beschuldigten lebt. Der Beschuldigte hat kein Vermögen, aber noch ca. Fr. 20'000.– Bankschulden. Den Bankkredit muss er in monatlichen Raten von Fr. 630.– abzahlen. Die zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verhandlung vorhandenen Privatschulden in Höhe von ca. Fr. 7'000.– hat er inzwischen getilgt. Für die Wohnungsmiete fallen monatliche Kosten von ca. Fr. 1'614.– an, wozu der Vater des Beschuldigten als Untermieter Fr. 550.– beiträgt. Die Krankenversicherung kostet monatlich Fr. 281.10 für den Beschuldigten und Fr. 314.30 für dessen Ehefrau. Als Ziel für die Zukunft gab der Beschuldigte vor Vorinstanz an, Taxifahrer werden zu wollen. Aktuell will er zusammen mit seiner Ehefrau eine Reinigungsfirma gründen (Urk. 12/1 S. 2/3, Urk. 12/3 S. 16-20, Urk. 18/27-33, Urk. 34/2, Urk. 34/4-7, Urk. 34/10-13, Urk. 36/2-3, Urk. 36/5, Urk. 38 S. 1-11, Prot. II S. 6 ff.).

- 8 - b) Im Strafregister ist der Beschuldigte mit zwei Verurteilungen verzeichnet. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat sprach gegen ihn am 30. Juni 2017 wegen Lenkens eines Motorrades ohne Führerausweis und Verletzung der Verkehrsregeln eine bedingt vollziehbare Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 70.– sowie eine Busse von Fr. 600.– aus. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See / Oberland vom 10. Oktober 2017 folgten wegen fahrlässiger grober Verletzung der Verkehrsregeln (Geschwindigkeitsüberschreitung um 37 km/h auf einer Autobahn) eine Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 60.–, bedingt vollziehbar mit 4 Jahren Probezeit, und Fr. 300.– Busse. Ausserdem wurde die früher ausgefallte Geldstrafe zum Vollzug gebracht (Urk. 24/4-6, Urk. 50). 3. Für die Anwendung der Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB im vorliegenden Fall sprechen die lange Aufenthaltsdauer des Beschuldigten in der Schweiz (Urk. 12/3 S. 18) und die Tatsache, dass er fast die ganze Schulzeit hier verbracht hat (Urk. 38 S. 2; vgl. auch Urk. 59 S. 11). Auch leben die Eltern, der Halbbruder und weitere Verwandte des Beschuldigten in der Schweiz, während er in Serbien nur noch Grosseltern hat (Urk. 38, S. 10/15; vgl. auch Urk. 59 S. 21). In beruflicher Hinsicht kann hingegen nicht von einer gelungenen Integration des Beschuldigten gesprochen werden. Er brach die Berufsausbildung nach kurzer Zeit ab (Urk. 38 S. 2/3; Prot. II S. 9) und arbeitete seither nur zeitweise und auch dann häufig nur mit einem Teilzeitpensum (Urk. 34/2, Urk. 34/13; Prot. II S. 9 ff.). Dazwischen war er immer wieder arbeitslos. Zwar konnte der Beschuldigte anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung einen Arbeitsvertrag vorlegen, womit er nachweisen will, dass sich seine berufliche Situation im Vergleich zum Zeitpunkt der vorinstanzlichen Urteilsfällung stark gebessert habe (Urk. 59 S. 15). Gemäss Ausführungen der Verteidigung sei damit belegt, dass der Beschuldigte seit dem 1. März 2019 eine unbefristete Vollzeit-Arbeitsstelle habe. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Arbeitsvertrag weist in vielerlei Hinsicht Unklarheiten auf: So wird zum einen unter dem Titel Arbeitszeiten lediglich vermerkt was folgt: "Abhängig von jeweiligen Aufträgen; 100%". Dies lässt den Schluss zu, dass der Beschuldigte nur dann 100% arbeiten wird bzw. kann, wenn die Auftragslage dies zulässt. Dafür spricht auch der Umstand, dass der Beschuldigte offensichtlich auf

- 9 - Stundenlohnbasis angestellt wurde. Er hat keinen fixen Monatslohn. Hinzu kommt, dass sich sein "Salär" aus einem Stundenansatz von Fr. 23.– inkl. 13. Lohn, Feiertaggeld und Ferien von 8.33% zusammensetzt. Sozialversicherungsbeiträge sind überhaupt nicht geregelt. Nicht ganz nachvollziehbar erweist sich ferner der Umstand, dass der Beschuldigte im Falle einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit – trotz der behaupteten 100%-Anstellung – lediglich 50% Krankentaggeld erhalten wird. Berücksichtigt man schliesslich noch die Tatsache, dass der Beschuldigte offensichtlich noch eine dreimonatige Probezeit hat, kann nach wie vor nicht von gefestigten, veränderten Verhältnissen in beruflicher Hinsicht ausgegangen werden. Der Beschuldigte hält sich regelmässig ferienhalber in Serbien auf, beherrscht die dortige Sprache und ist mit einer Serbin verheiratet, deren Familie zudem noch in Serbien lebt und deren Tochter erst seit einem Monat in die Schweiz nachgezogen ist. Es kann demnach davon ausgegangen werden, dass er sich dort ohne weiteres zurechtfinden kann. Er hat auch keine eigenen Kinder, die mit der Landesverweisung aus ihrem gewohnten Umfeld herausgerissen würden. Das gleiche gilt für die sechsjährige Tochter der Ehefrau, zumal sich diese erst seit einem Monat hier aufhält. Zutreffen mag die vorinstanzliche Erwägung, dass es dem Beschuldigten wegen der notorisch schlechten wirtschaftlichen Lage in Serbien nicht leicht fallen wird, dort Arbeit zu finden (Urk. 47 S. 22). Dies kann aber kein gewichtiger Grund

sein, von einer an sich gebotenen Landesverweisung abzusehen, ansonsten eine solche Massnahme gegenüber den Bürgern sehr vieler Staaten kaum mehr möglich wäre. Bei einer gesamthaften Würdigung aller Umstände ergibt sich, dass die Wegweisung aus der Schweiz für den Beschuldigten eine nicht unerhebliche Härte bedeutet. Von einem schweren Härtefall, in dem die Landesverweisung als ganz klar unverhältnismässig und geradezu stossend zu bezeichnen wäre, kann aber nicht die Rede sein. Daran ändert auch die Berücksichtigung des von der Verteidigung (Urk. 59 S. 10, 16) erwähnten Bundesgerichtsentscheidens 6B_209/2018 vom 23. November 2018 nichts, ist doch der diesem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt nicht mit dem vorliegenden vergleichbar. Darin ging es

- 10 - vielmehr um einen hier geborenen und aufgewachsenen, bis auf eine kurze Phase immer arbeitstätigen, finanziell stets selbstständigen Vater zweier Kinder im Alter von vier und sieben Jahren. 4. Im übrigen könnte auch beim Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls von der Landesverweisung nur abgesehen werden, wenn zudem das öffentliche Interesse, den Beschuldigten zumindest für eine gewisse Zeit von der Schweiz fernzuhalten, gegenüber dessen privatem Interesse, im Lande zu verbleiben, nicht überwiegt (Art. 66a Abs. 2 StGB). Wie gross das öffentliche Interesse an der Landesverweisung ist, hängt von der Art der begangenen Straftaten und vom Ausmass der Rückfallgefahr ab. Je schwerer die Delikte sind, desto geringer muss das Rückfallrisiko sein, um eine Wegweisung des Täters aus der Schweiz zu rechtfertigen. Bei Drogendelikten, denen rein finanzielle Tatmotive zugrunde liegen, muss zum Schutz der Öffentlichkeit selbst ein geringes Restrisiko weiterer vergleichbarer Taten nicht in Kauf genommen werden (Urteile des Bundesgerichts 2C_1001/2017 vom 18. Oktober 2018, Erw. 4.3 und 2C_519/2014 vom 15. Januar 2015, Erw. 3.3). Bei solchen Straftaten hat sich das Bundesgericht hinsichtlich der Ausweisung ausländischer Täter zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit stets rigoros gezeigt. Diese Strenge hat der Gesetzgeber mit dem Erlass von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB bekräftigt (BGer 6B_659/2018 vom

E. 20

September 2018, Erw. 3.4 a.E.). Das Bundesgericht hat zudem stets die restriktive Anwendung der Härtefallklausel betont (BGer 6B_873/2018 vom 15. Februar 2019, Erw. 3.1). Der Beschuldigte wurde von der Vorinstanz wegen Kokainhandels zu 21 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt. Die verkaufte bzw. zum Verkauf bestimmte Drogenmenge war zwar im Rahmen des qualifizierten Tatbestandes von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG noch gering. Die Delinquenz des Beschuldigten erstreckte sich indessen über eine Zeitspanne von mehr als einem halben Jahr. Er ging dabei raffiniert vor, indem er mit den Drogenkäufern über eine App namens "G._____" kommunizierte, welche die ausgetauschten Nachrichten automatisch löscht und deren Rückverfolgung verunmöglicht (Urk. 38 S. 12/13). Der Beschuldigte hat zwar keine einschlägigen, sondern nur zwei geringfügige Vorstrafen wegen Stras-

- 11 - senverkehrsdelikten (Urk. 50). In den Drogenhandel stieg er indessen ein, weil er Schulden hatte und ihm das zur Bezahlung der laufenden Rechnungen nötige Geld fehlte (a.a.O., S. 13). In Anbetracht seiner seit Jahren unstabilen beruflichen Situation, welche sich entgegen der Verteidigung nicht wesentlich – geschweige denn stark – gebessert hat, liegt die Möglichkeit nahe, dass er auch in Zukunft wieder in finanzielle Schwierigkeiten geraten könnte. Obwohl er heute erstmals wegen Betäubungsmitteldelikten verurteilt wird, ist bei ihm diesbezüglich von einer nicht unerheblichen Rückfallgefahr auszugehen. Dass

die Vorinstanz ihm – unter Ansetzung einer vierjährigen Probezeit – den bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe gewährt hat, vermag daran nichts zu ändern (vgl. hierzu BGE 144 IV 168 E. 1.4.1), denn für den Strafaufschub bedarf es keiner günstigen Prognose, sondern reicht das Fehlen einer ausgeprägten Schlechtprognose. Mit Blick auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung erscheint vorliegend die Anordnung einer Landesverweisung auch in Beachtung der Kriterien gemäss Art. 31 Abs. 1 VZAE als angezeigt. Sodann ist der Reintegration des Beschuldigten in seinem Heimatland sicher hilfreich, dass er jährlich nach Serbien in die Ferien reiste und dort auch seine Ehefrau heiratete. Sowohl deren Eltern als auch die Grosseltern des Beschuldigten leben in Serbien. Schliesslich beherrscht er die serbische Sprache. Der Tatsache, dass diese Massnahme für den seit vielen Jahren in der Schweiz lebenden Beschuldigten einschneidende Wirkungen hat, ist mit der Beschränkung der Verweisungsdauer auf sieben Jahren Rechnung zu tragen.

5. Landesverweisungen gegenüber Ausländern aus Staaten, die nicht zum Schengen-Raum gehören, werden im Schengen-Informationssystem ausgeschrieben, wenn davon auszugehen ist, dass die Anwesenheit der betreffenden Person im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Drittstaatsangehörige wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-VO, vgl. Art. 96 Abs. 2 lit. a SDÜ), es sei denn, ein anderer Schengen-Vertragsstaat hätte dieser Person aus humanitären oder anderen gewichtigen Gründen eine Aufenthaltsbewilligung erteilt oder zugesichert (Art. 25 SDÜ; vgl. zum Ganzen BVGer. C-4656/2012, Erw. 5). Das Schengener Durchführungsabkommen ist in diesem Punkt unklar formuliert. Auch

- 12 - ein Blick auf den englischen, französischen oder italienischen Text des Abkommens [im Internet abrufbar unter [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:42000A0922\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:42000A0922(02))] verschafft keine Klarheit, ob eine Höchststrafe von mindestens einem Jahr oder eine Mindeststrafe von einem Jahr gemeint ist. Ersteres kann indessen nicht die richtige Auslegung des Abkommens sein, denn so würden von der Ausschreibung im Schengen-Informationssystem nicht nur schwere Straftaten erfasst, sondern auch eine Vielzahl eher geringfügiger Delikte. Mit der Ausweitung einer ausländerrechtlichen Fernhaltungsmassnahme auf den gesamten Schengenraum wird deren Sanktionswirkung sehr stark erhöht. Dies rechtfertigt sich in der Regel nur bei gravierenden Taten, die – soweit nicht Strafmilderungsgründe gegeben sind – mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe geahndet werden müssen. Dies ist bei qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Abs. 2 BetmG) der Fall. Die vorliegend anzuordnende Landesverweisung ist daher im Schengen-Informationssystem auszu-schreiben.

IV. Ausgangsgemäss sind die Kosten des zweitinstanzlichen Gerichtsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung, die bis zum 13. November 2018 bestand (vgl. Urk. 55), gehen unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht des Beschuldigten (Art. 135 Abs. 4 StPO) einstweilen zu Lasten der Gerichtskasse. Da der Beschuldigte im Berufungsverfahren unterliegt, steht ihm für die erbetene Verteidigung keine Prozessentschädigung zu (Art. 429 StPO e contrario). Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.