

ZH_OBERGERICHT SB180393 vom 8. Januar 2019

ZH Obergericht, 2019-01-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180393

FR: ZH_OBERGERICHT SB180393 du 8 janvier 2019

IT: ZH_OBERGERICHT SB180393 del 8 gennaio 2019

Erwägungen

E. 2

Am 12. September 2018 (Datum des Poststempels) reichte die Staatsanwaltschaft der erkennenden Kammer rechtzeitig die schriftliche Berufungserklärung ein (Urk. 30; Urk. 28/2; Art. 399 Abs. 3 i.V.m. Art. 90 StPO). Innert Frist liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 2. Oktober 2018 Anschlussberufung erheben (Urk. 30; Urk. 33).

- 6 -

E. 2.1

Der Beschuldigte hat sich der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gemacht und ist Staatsbürger von Italien (Urk. 29 S. 1 f.). Die Voraussetzungen für eine Landesverweisung sind damit grundsätzlich unbestritten erfüllt. Die Vorinstanz kam jedoch zum Schluss, dass im Hinblick auf den langen Aufenthalt und dem damit einhergehenden Verlust der Beziehung zu seinem Heimatland sowie wegen der familiären Situation, insbesondere dem engen persönlichen Kontakt zu seinem 10-jährigen Sohn und zu seinen erwachsenen Kindern, von einem schweren persönlichen Härtefall auszugehen sei. Das private Interesse des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz überwiege zudem insgesamt gegenüber dem öffentlichen Interesse gerade noch, weil davon auszugehen sei, dass das Urteil im vorliegenden Verfahren eine genügende Warnwirkung auf den Beschuldigten haben und er sich daher in Zukunft nichts mehr zu Schulden kommen lassen werde (Urk. 29 E. VI.4.6 f.).

- 8 -

E. 2.2

Die Anklägerin bringt dagegen im Berufungsverfahren vor, dass der Beschuldigte trotz seiner langen Anwesenheitsdauer in der Schweiz hier nicht integriert sei. Er spreche kaum Deutsch, gehöre keinem Verein oder einer sonstigen Organisation an. Seine jetzige Frau stamme aus Nicaragua, besitze das Schweizer Bürgerrecht nicht und verfüge bloss über eine Aufenthaltsbewilligung B. Es sei dem Beschuldigten, seiner Ehefrau und dem gemeinsamen Sohn zuzumuten, in Italien zu leben, und es sei den erwachsenen Kindern des Beschuldigten zuzumuten, ihren Vater in Italien zu besuchen. Italien sei ein demokratisches, freies, fortschrittliches und moderndes Land, in dem der Lebensstandard hoch sei. Der Beschuldigte müsse sich dort nicht um eine Arbeit bemühen; seine Rente werde ihm auch nach Italien ausbezahlt. Ein persönlicher Härtefall liege nicht vor. Der Beschuldigte sei bereits zum zweiten Mal verurteilt worden, wobei es sich bei der ersten Verurteilung nicht bloss um eine Übertretung, sondern ein Vergehen gehandelt habe. Die Strafe habe ihn nicht gross beeindruckt. Er stelle nach wie vor eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit dar. Er habe Geldknappheit, Schulden und habe auch schon selbst Drogen konsumiert. Die Versuchung sei gross, auf illegalem Weg Geld zu verdienen.

Schliesslich stellte die Anklägerin die Behauptung des Beschuldigten, seine Ehe sei intakt, er sei in der Kinderbetreuung aktiv und habe keinen intensiven Kontakt zu seinen Geschwistern in Italien, in Frage (Urk. 38; Prot. II S. 24 ff.). 3.1.1 Der bald 63-jährige Beschuldigte wuchs in Italien auf. 1972 kam er 16-jährig in die Schweiz und lebt seit inzwischen gut 46 Jahren hier. Er verfügt über die Niederlassungsbewilligung C. Er arbeitete hier 28 Jahre als Bauarbeiter auf diversen Baustellen bis er im Jahr 2000 wegen eines berufsbedingten Rückenschadens arbeitsunfähig wurde. Seither bezieht er eine Invalidenrente. Er spricht mit Italienisch eine Landessprache und versteht (wie auch seine Reaktionen anlässlich der Berufungsverhandlung zeigten) Deutsch, kann es aber nur mit Schwierigkeiten selber sprechen. Er war in erster Ehe mit einer Schweizerin verheiratet. Die 1982 geschlossene Ehe wurde 2015 nach sieben Jahren Trennung geschieden. Aus dieser Ehe stammen zwei erwachsene Töchter, die beide das Schweizer Bürgerrecht besitzen. Sie sind 32 und 42 Jahre alt und leben in ... [Ortschaft]. Eine der Töchter hat ihrerseits ein einjähriges Kind. Der Beschuldigte hütet seine

- 9 - Enkelin zweimal pro Woche, während seine Tochter als Lehrerin arbeitet. Seit drei Jahren ist er sodann in zweiter Ehe mit B._____, einer nicaraguanischen Staatsangehörigen, verheiratet. Die Beziehung besteht bereits seit 11 Jahren und war der Auslöser für die Trennung von seiner ersten Ehefrau. B._____ ist 42 Jahre alt, spricht Spanisch und mit dem Beschuldigten Italienisch, verfügt über die Niederlassungsbewilligung B, die von ihrer Ehe mit dem Beschuldigten abhängt, und arbeitet als Hausangestellte. Mit ihr hat der Beschuldigte einen inzwischen 11-jährigen Sohn, C._____. Der Beschuldigte und seine Ehefrau verfügen seit einigen Jahren über eine je eigene Wohnung im gleichen Haus, gemäss dem Beschuldigten aus Platzgründen. Der gemeinsame Sohn wohnt beim Beschuldigten. Die Ehefrau teilt sich ihre Wohnung mit ihrer 18-jährigen Tochter aus einer anderen Beziehung. Der Beschuldigte betreut C._____ tagsüber, kocht für ihn, und teilweise auch abends. Nebst der Betreuung seines Sohnes und seiner Enkelin, kümmert der Beschuldigte sich um seinen Schrebergarten, wo er sich vor allem im Sommer aufhält und auch soziale Kontakte pflegt. Unter seinen Freunden habe es auch Schweizer. Er betreibe keine Geldspiele mehr und konsumiere seit Beginn des vorliegenden Verfahrens keine Drogen mehr. Seine Invalidenrente beläuft sich aktuell auf zwischen Fr. 2'600.- und Fr. 2'800.-. Von seiner Tochter erhält er zusätzlich noch eine Entschädigung für die Betreuung seiner Enkelin. Seine Ehefrau erzielt ein Einkommen von ca. Fr. 3'500.- oder Fr. 3'800.-. Die Lebenshaltungskosten tragen der Beschuldigte und seine Ehefrau gemeinsam. Der Mietzins für beide Wohnungen beträgt Fr. 3'000.- monatlich. Seine Krankenkasse kostet um die Fr. 500.-. Er besitzt kein Vermögen, hat jedoch Spiel- bzw. Wettschulden bei einer Privatperson in der Höhe von ca. Fr. 30'000.-, die er in monatlichen Raten von ungefähr Fr. 50.- abträgt. In Italien (Provinz Marken) leben noch zwei Brüder und zwei Schwestern des Beschuldigten. Mit ihnen telefoniert er ab und zu, wobei er mit einem der Brüder den Kontakt aufgrund von Meinungsverschiedenheiten etwas verloren hat. Andere Personen kennt er in Italien nicht. In seinem Heimatland war er vor zwei Jahren das letzte Mal für zwei Wochen und traf damals auch seine Geschwister (Urk. 2/1 S. 9; Urk. 2/2 S. 9 ff.; Urk. 2/4 S. 11; Urk. 2/4 S. 11, 15 ff.; Urk. 2/7 S. 17; Urk. 2/8 S. 2; Prot. I S. 7 ff., 16 ff.; Prot. II S. 6 ff.).

- 10 - 3.1.2 Soweit die Anklägerin diese auf den Angaben des Beschuldigten beruhende Darstellung der Lebensumstände in Frage stellt, ist ihr folgendes entgegenzuhalten: Die Annahme, dass ein von einer Landesverweisung bedrohter Beschuldigter versucht sein

könnte, die für den diesbezüglichen Entscheid massgeblichen persönlichen Verhältnisse geschönt darzustellen, ist an sich naheliegend. Der Einwand der Anklägerin ist insoweit verständlich. Allerdings ist auch zu bedenken, dass der Beschuldigte im Vorverfahren Grund gehabt haben kann, seine Beziehungen, Wohnverhältnisse und seine Einkommenssituation mit Blick auf den im Raum stehenden Vorwurf des Drogenhandels zu verschleiern. Jedenfalls ist bis heute ungeklärt, woher der Beschuldigte die bei ihm sichergestellten Drogen hatte und wie der von ihm betriebene Drogenhandel im Einzelnen ablief. Namentlich seine vagen Aussagen zum Verwendungszweck von bei ihm sichergestelltem Geld (Reisen nach Italien resp. nach Mailand; Urk. 2/2 S. 10) können in diesem Zusammenhang gesehen werden. Zudem können persönliche Verhältnisse sich auch tatsächlich verändern. Die Angaben des Beschuldigten im Gerichtsverfahren beider Instanzen können denn auch nicht als offensichtlich unglaubhaft bewertet werden. Ein Abweichen von den Angaben des Beschuldigten zu seinen Lebensumständen, wie er sie vor Vorinstanz und im Berufungsverfahren getätigt hat, würde unter diesen Umständen voraussetzen, dass sachdienliche Beweise vorliegen, was in casu nicht der Fall ist.

E. 3

Die Berufungsverhandlung fand heute in Anwesenheit von Vertretern der Anklägerin sowie des Beschuldigten und seiner amtlichen Verteidigerin statt (Prot. II S. 4 ff.). II. 1. Auf die Anschlussberufung des Beschuldigten, der die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragt (Urk. 33), ist mangels Beschwer nicht einzutreten. 2. Die Berufung der Staatsanwaltschaft ist auf die Anordnung der Landesverweisung beschränkt (Dispositiv-Ziffer 5; Urk. 29). Nicht angefochten und in Rechtskraft erwachsen ist der vorinstanzliche Entscheid damit hinsichtlich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 2 bis 4 (Sanktion), 6 und 7 (Verwendung beschlagnahmter Gegenstände und Vermögenswerte) sowie 8 bis 11 (Kostendispositiv), was vorab festzustellen ist. III. 1.1 Gemäss Art. 66a lit. o StGB verweist das Gericht einen Ausländer, der wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 BetrMG verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für fünf bis fünfzehn Jahre aus der Schweiz. Ein Verzicht auf eine Landesverweisung ist nur ausnahmsweise möglich, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Art. 66a Abs. 2 StGB). Ein schwerer persönlicher Härtefall ist dann anzunehmen, wenn die Summe aller mit der Landesverweisung verbundenen Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt (Busslinger/Übersax, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, plädoyer 5/16 S. 101). Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind alle potentiell härtefallbegründenden Aspekte zu bewerten. Dazu gehören namentlich die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbil-

- 7 - dungssituation, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration und die Resozialisierungschancen. Relevant sind dabei die persönliche Situation des Beschuldigten in der Schweiz und die Bedingungen im Heimatstaat. Bei Dritten auftretende härtefallbegründende Aspekte sind nur zu berücksichtigen, wenn sie sich zumindest indirekt auch auf den Beschuldigten auswirken (BGE 6B_1286/2017 E. Busslinger/Übersax, a.a.O., S. 101; Fiolka/Vetterli, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB, plädoyer 5/16 S. 85). Ein Härtefall ist jedoch nicht leichthin anzunehmen, da der Strafrichter bei Katalogdaten

gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB nur ausnahmsweise von der Landesverweisung absehen darf (Busslinger/Übersax, a.a.O., S. 97). Steht fest, dass die Landesverweisung zu einer schweren persönlichen Härte führen würde, sind sodann die privaten Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz den öffentlichen Interessen an der Landesverweisung, deren Gewicht wesentlich von der Art und Schwere der begangenen Delikte und der Legalprognose abhängt, gegenüberzustellen. Überwiegen die öffentlichen Interessen, muss die Landesverweisung ausgesprochen werden (Busslinger/Übersax, a.a.O S. 102 ff.). Die Vorinstanz nimmt in diesem Zusammenhang zutreffend an, dass die Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung zwar einerseits nicht zwingend verhältnismässig sein muss, andererseits aber auch nicht (krass) unverhältnismässig sein darf (Urk. 29 E. VI.2.3).

E. 3.2

Zusammengefasst hat der Beschuldigte den grössten Teil seines Lebens in der Schweiz verbracht. Sein Lebensmittelpunkt liegt seit Langem hier. Er ist zwar nicht in ein berufliches Umfeld oder einen Verein eingebunden. Er hat hier aber seine Freunde und seinen Schrebergarten, wo er namentlich im Sommer auch Kontakte pflegt. Vor allem aber war er jahrelang mit einer Schweizerin verheiratet und hat mit ihr zwei inzwischen erwachsene Töchter, die ebenfalls Schweizerinnen sind, und zudem eine Enkelin, die er regelmässig betreut. Seine Bindung zur Schweiz ist daher nicht nur aufgrund seiner eigenen langen Aufenthaltsdauer im Land, sondern auch aus familiären Gründen eng. Er ist mit den hiesigen Lebensverhältnissen längst vertraut. Daran ändert nichts, dass er kaum Deutsch spricht. Die Kenntnis einer weiteren Landessprache erlaubt ihm die Teilnahme am privaten und öffentlichen Leben in der Schweiz. Ein Neuanfang in Italien wäre für den

- 11 - inzwischen bereits 63-jährigen Beschuldigten sodann zweifellos schwierig. Zwar kommuniziert der Beschuldigte seit jeher in der Sprache seines Heimatlandes und verfügt mit vier in Italien lebenden Geschwistern dort auch über ein familiäres Netz. Ferner ist er durch eine IV-Rente und später durch eine AHV-Rente, die ihm nach den Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens (Art. 8 lit. d FZA) bzw. von Art. 7 VO 883/2004 auch in Italien zustehen, finanziell abgesichert. Allerdings haben sich die Gesellschaft und die Lebensumstände in Italien seit den 70er-Jahren, als der Beschuldigte das Land verliess, grundlegend verändert. Der Beschuldigte hat in Italien keine Freunde und die familiäre Bindung zu seinen Geschwistern scheint nicht besonders eng zu sein. Eine soziale Integration über den Beruf fällt angesichts des Alters und des Gesundheitszustandes des Beschuldigten ausser Betracht. Seine jetzige Frau stammt aus Nicaragua. Selbst wenn sie ihm zusammen mit dem gemeinsamen 11-jährigen Sohn nach Italien folgen würde, könnte er folglich nicht auf ein ihrerseits bestehendes Beziehungsnetz in Italien zählen. Und sein Alter würde auch eine soziale Integration über die Eltern von Schulkameraden seines 11-jährigen Sohnes erschweren. Insgesamt greift der Verlust des Aufenthaltsrechts in der Schweiz derart tief in die Lebensgestaltung des Beschuldigten ein, dass ein schwerer persönlicher Härtefall (gerade noch) zu bejahen ist. 4.1 Der Beschuldigte handelte u.a. mit der harten Droge Kokain, und es wurden in seiner Wohnung 127.2 Gramm Kokain mit einem Reinheitsgrad von 92% und 93% sichergestellt. Das von seinem Verhalten ausgehende Gefährdungspotential war vor diesem Hintergrund erheblich. Einen bestimmenden Einfluss auf den Drogenhandel insgesamt hatte er aber als (mutmasslich) autonomer Einzelhändler nicht. Dennoch ist festzuhalten, dass sich das Bundesgericht bei Straftaten von Ausländern gegen das Betäubungsmittelgesetz hinsichtlich der Ausweisung

zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit grundsätzlich rigoros zeigt und auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und der EuGH, welcher die schweizerische Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem FZA beeinflusst, Drogenhandel als schwerwiegende Rechtsgutverletzung sehen (BGE 6B_371/2018 E. 3.3; BGE 2C_831/2016 E. 3.2.1; BGE 2C.406/2014 E. 2.3 und 4.2; BGE 139 I 16 E. 2.2.2; BGE 139 II 121 E.

- 12 - 6.3; BGE 2C_238/2012 E. 2.3; BGE 2A.749/2004 E. 4.1; BGE 130 II 176 E. 3.4.1; BGE 129 II 215 E. 7.4; BGE 122 II 433 E. 2c). Ein anderes als ein finanzielles Motiv für die Tat des Beschuldigten ist nicht ersichtlich. Eine massgebliche Verbesserung seiner finanziellen Situation ist inzwischen nicht eingetreten. Seine Legalprognose ist vor diesem Hintergrund nicht uneingeschränkt positiv zu bewerten, zumal ihn auch die in der Schweiz jahrelang intensiv geführte Debatte über die Ausweisung krimineller Ausländer offenkundig nicht von deliktischem Tun abhalten. Allerdings konsumiert er heute keine Drogen mehr und hat das Spielen/Wetten aufgegeben. Er ist in zwei Familien eingebunden, in denen er heute Verantwortung in der Kinderbetreuung übernimmt. Dazu kommt, dass der Beschuldigte soweit bekannt gut 60 Jahre gelebt hat, ohne ernsthaft mit dem Gesetz in Konflikt zu kommen; seine einzige und zudem geringfügige Vorstrafe (15 Tagessätze Geldstrafe wegen Vergehens gegen das Waffengesetz und Drogenkonsum) datiert aus dem Jahr 2013. Im vorliegenden Verfahren werden ihm erstmals die gravierenden Konsequenzen vor Augen geführt, die deliktisches Verhalten in der Schweiz, die er als seine Heimat sieht, für ihn persönlich als Ausländer haben können. Er schämt sich für sein Verhalten, wie er mehrfach betonte (Urk. 2/2 S. 12; Prot. I S. 12, 29; vgl. auch Prot. II S. 26). Es ist daher ungeachtet der Umstände, die die Legalprognose auf den ersten Blick trüben, davon auszugehen, dass das vorliegende Verfahren den Beschuldigten so zu beeindrucken vermag, dass er sich inskünftig von strafbarem Verhalten distanzieret. 4.2 Bei dieser Ausgangslage überwiegt das persönliche Interesse des seit über 46 Jahren in der Schweiz lebenden, hier über seine erste Familie integrierten Beschuldigten das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung gerade noch. Der Beschuldigte hat sich allerdings bewusst zu sein, dass im Falle erneuter Delinquenz die Interessenabwägung zu seinen Lasten ausfallen kann.

E. 5

Auf die Ausfällung einer Landesverweisung ist zu verzichten.

- 13 - IV.

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