

# ZH\_OBERGERICHT SB220432 vom 14. Februar 2023

ZH Obergericht, 2023-02-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB220432](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB220432)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB220432 du 14 février 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT SB220432 del 14 febbraio 2023

## Erwägungen

### E. 1

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene mündlich eröffnete Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Juni 2022 meldete der Beschuldigte mit Schreiben vom 16. Juni 2022 innert Frist Berufung an (Urk. 41). Das begründete Urteil wurde den Parteien am 17. August 2022 zugestellt (Urk. 44/1-2). Mit Eingabe vom 6. September 2022 reichte der Beschuldigte innert Frist die Berufungserklärung ein (Urk. 47). Mit Präsidialverfügung vom 8. September 2022 wurde der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis die Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung beantragt werde (Urk. 48). Unter dem 15. September 2022 stellte die Staatsanwaltschaft den Antrag auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und ersuchte um Dispensation von der Berufungsverhandlung, was am 4. Oktober 2022 bewilligt wurde (Urk. 50).

#### E. 1.1

Die Vorinstanz hat den Beschuldigten mit Urteil vom 8. Juni 2022 für 5 Jahre des Landes verwiesen (Urk. 45 S. 35, Dispositivziffer 5). Sie gelangte zum Schluss, dieser habe sich mit der Verurteilung wegen eines Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und lit. d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG einer Katalogtat gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB schuldig gemacht, was eine obligatorische Landesverweisung von 5-15 Jahre nachsichziehe. Von einem schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB, welcher einer Landesverweisung entgegenstehen würde, sei nicht auszugehen (Urk. 45 S. 24 ff.).

- 7 -

#### E. 1.2

Die Verteidigung beantragt, es sei von einer Landesverweisung abzusehen. Sie bejaht das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalles für den Beschuldigten und sieht diesen in seinen privaten Interessen besonders beeinträchtigt, ohne dass diese durch entsprechend gewichtige öffentliche Interessen aufgewogen würden. Sie wendet insbesondere ein, dass durch einen Landesverweis das Recht auf Familienleben verletzt würde und dass die lange Aufenthaltsdauer sowie der Umstand, dass der Beschuldigte aufgrund eines Arbeitsunfalls in Portugal finanziell vor dem Nichts stehen würde, für einen schweren persönlichen Härtefall sprächen (Urk. 35 S. 5 ff. und Urk. 65).

#### E. 1.3

Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen für die Anordnung und Dauer einer Landesverweisung zutreffend ausgeführt, worauf vorab zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden kann (Urk. 45 S. 19 ff.). Sie hat sich zutreffend zum

Ausländerstatus des Beschuldigten als portugiesischen Staatsangehörigen und zur Verwirklichung einer Katalogtat geäussert und das Vorhandensein dieser beiden Voraussetzungen beim Beschuldigten zu Recht bejaht (Urk. 45 S. 24).

#### **E. 1.4**

Gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB kann das Gericht ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Beschuldigten einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz gegenüber den öffentlichen Interessen an der Landesverweisung überwiegen. Die Vorinstanz hat die Kriterien für die Prüfung der sogenannten Härtefallklausel ausführlich und zutreffend dargelegt (Urk. 45 S. 19 ff.). Darauf kann verwiesen werden. Rekapitulierend und zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Härtefallklausel nur ausnahmsweise zum Zuge kommt und restriktiv anzuwenden ist (BGE 144 IV 332 E. 3.3.1; Urteile des Bundesgerichts 6B\_75/2020 vom 19. Januar 2021 E. 2.2; 6B\_1474/2019 vom 23. März 2020 E. 1.2). Dabei ist anhand der gängigen Integrationskriterien eine Einzelfallprüfung vorzunehmen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1024/2019 vom 29. Januar 2020 E. 1.3.2 m.w.H.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über

- 8 - 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. Da die Landesverweisung strafrechtlicher Natur ist, ist ebenso der Rückfallgefahr und einer allfälligen wiederholten Delinquenz Rechnung zu tragen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_166/2021 vom 8. September 2021 E. 3.3.2 m.w.H.). Insofern dient die Härtefallklausel im Sinne von Art. 66a StGB der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (BGE 145 IV 364 E. 3.2; BGE 144 IV 332 E. 3.1.2 m.w.H.). 2. Härtefallprüfung

#### **E. 2**

Mit Eingabe vom 17. Januar 2023 zeigte Rechtsanwältin lic. iur. X2.\_\_\_\_\_ an, dass sie den Beschuldigten neu verteidige (Urk. 53), worauf der amtliche Verteidiger mit Präsidialverfügung vom 20. Januar 2023 entlassen und mit Beschluss vom 30. Januar 2023 für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren mit Fr. 2'020.65 aus der Gerichtskasse entschädigt wurde (Urk. 56 und Urk. 59).

- 6 -

#### **E. 2.1**

Aufenthaltsdauer

##### **E. 2.1.1**

Der Beschuldigte wurde am tt. Juni 1974 in B.\_\_\_\_\_, Portugal, geboren (Urk. 9/2 S. 5). Er ist in C.\_\_\_\_\_ aufgewachsen und hat in Portugal bis zu seinem 14. Lebensjahr die Schule besucht (Urk. 4/6 S. 6; Urk. 33 S. 2). Ab dem Jahr 1995, mithin ab seinem 21. Altersjahr, verbrachte der Beschuldigte jeweils einige Monate pro Jahr als Saisonnier in der Schweiz, bei welchen Gelegenheiten er in D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ in der Gastronomie als Küchenhilfe tätig war (Urk. 4/6 S. 6; Urk. 9/2 S. 2; Urk. 32/5 und Urk. 33 S. 2). In den

Jahren 2000 bis 2003 lebte der Beschuldigte erneut vollständig in Portugal (Urk. 33 S. 1 f.), wobei er anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte, dass dies aufgrund eines Arbeitsunfalls gewesen und er anschliessend 2004 wieder in die Schweiz eingereist sei (Urk. 65 S. 2; Prot. II S. 8). Aus den Akten ergibt sich indessen, dass der Beschuldigte am 18. Mai 2005 in die Schweiz einreiste und um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersuchte (Urk. 9/2 S. 2). Seit dem 18. April 2012 besitzt der Beschuldigte eine kontrollbefristete Niederlassungsbewilligung C (Urk. 9/2 S. 70; Urk. 30 S. 1).

### **E. 2.1.2**

Der heute knapp 49-jährige Beschuldigte ist somit weder in der Schweiz geboren noch aufgewachsen, weshalb grundsätzlich keine Umstände vorliegen,

- 9 - welche gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB von vornherein besonders ins Gewicht fallen würden. Er hat nunmehr seit knapp 18 Jahren seinen definitiven Aufenthalt in der Schweiz, womit er etwas weniger als die Hälfte seines Lebens in der Schweiz verbrachte. Entgegen der Verteidigung (Urk. 65 S. 11) fallen die saisonalbedingten Aufenthalte des Beschuldigten im Rahmen der Prüfung der Aufenthaltsdauer nicht massgeblich ins Gewicht, zumal er hernach für mehrere Jahre in sein Heimatland zurückkehrte und eine saisonale Tätigkeit damals nicht zu einer andauernden Integration in der Schweiz geführt hatte.

### **E. 2.1.3**

Darüber hinaus hat das Bundesgericht mehrfach festgehalten, dass eine lange Aufenthaltsdauer allein nicht automatisch zur Annahme eines Härtefalls führen darf und bei der strafrechtlichen Härtefallprüfung auch nicht schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer eine Verwurzelung in der Schweiz angenommen werden kann. Die im Rahmen der Landesverweisung vorzunehmende Härtefallprüfung ist daher in jedem Fall anhand der gängigen Integrationskriterien vorzunehmen, wobei die lange Aufenthaltsdauer des Beschuldigten von 18 Jahren entsprechend zu berücksichtigen ist (BGE 146 IV 105).

## **E. 2.2**

Soziale Integration

### **E. 2.2.1**

Der Beschuldigte leitet seine soziale Integration vornehmlich aus dem Verhältnis zu seiner hier lebenden Ehefrau und den gemeinsamen erwachsenen Söhnen ab (Urk. 33 S. 12 f.). Darauf wird nachfolgend noch genauer einzugehen sein (vgl. nachstehend Erw. III. 2.4.). Seine Verteidigung brachte vor Vorinstanz zudem vor, der Beschuldigte sei in der Schweiz gut integriert und sein Kollegen- und Bekanntenkreis befände sich in der Schweiz (Urk. 35 S. 6).

### **E. 2.2.2**

Anhaltspunkte für eine besonders intensive, über die normale Integration hinausgehende private Beziehung gesellschaftlicher Natur, wie dies als Härtefall begründende Tatsache erforderlich wären (BGE 144 II 1), liegen keine vor und wurden auch anlässlich der Berufungsverhandlung keine geltend gemacht. Der Beschuldigte berichtete vor Vorinstanz lediglich von einem Freund in G.\_\_\_\_\_, welcher einen Autolift besitze und mit welchem man Autos reparieren könne, sowie einer Vereinsmitgliedschaft im Fussball Club H.\_\_\_\_\_

in I.\_\_\_\_\_, wohlge-

- 10 - merkt einem portugiesisch geprägten Fussballverein (Prot. I S. 12). Auch im Rahmen der Berufungsverhandlung konnte der Beschuldigte nicht dartun, dass er über gefestigte ausserfamiliäre und über die portugiesische Gemeinschaft hin- ausgehende Kontakte verfügt. Daran ändern auch die eingereichten Schreiben von Bekannten nichts (Urk. 66/2-6). Von einem nachhaltigen ausserfamiliären Be- ziehungsnetz in der Schweiz kann somit nicht gesprochen werden.

### **E. 2.2.3**

Schliesslich lassen die Deutschkenntnisse des Beschuldigten nach einem rund 18-jährigen Aufenthalt in der Schweiz zu wünschen übrig. Der Beschuldigte besuchte einzig im Jahr 2010 einen achtwöchigen Deutschkurs Niveau A1 (Urk. 32/6; Urk. 33 S. 3). Im Übrigen spricht er ein sogenanntes "Baustellen- deutsch", kann sich wohl im Alltag in deutscher Sprache einigermaßen verstän- digen, benötigte hingegen im Rahmen der Untersuchung, wie auch für die Ge- richtsverhandlung einen Dolmetscher. Auch wenn der Beschuldigte ein funktionel- ler Analphabet sein und Texte kaum verstehen sollte (Urk. 65 S. 11) – was der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung indessen nicht in dieser Aus- prägung bestätigte (Prot. II S. 13) – so ist dennoch festzuhalten, dass seine Deutschkenntnisse auch vor diesem Hintergrund höchstens mittelmässig sind und nicht für eine überdurchschnittliche Integration sprechen. Im Übrigen gab der Be- schuldigte selber an, er habe sich nicht einbürgern lassen können, weil sein Deutsch zu schlecht gewesen sei (Urk. 33 S. 3 f. und S. 20; Prot. I S. 7). Auch dies spricht gegen das Vorliegen einer überdurchschnittlichen sozialen Integrati- on.

### **E. 2.2.4**

Darüber hinaus verfügt der Beschuldigte nach wie vor über eine nennens- werte Bindung zu seinem Heimatland. Einerseits spricht er die Sprache und scheint vertraut mit der portugiesischen Kultur, andererseits leben seine Eltern und Geschwister nach wie vor allesamt in der Nähe von C.\_\_\_\_ in Portugal (Urk. 33 S. 4). Der Beschuldigte pflegte und pflegt regelmässige Kontakte zu seiner Familie. Eigenen Angaben zufolge telefoniert er jeden Samstag mit ihnen (Urk. 4/6 S. 10). Zudem besuchte er seine Verwandten vor der Pandemie regel- mässig mindestens einmal im Jahr, wobei er jeweils im Haus seines Vaters woh- nen konnte (Urk. 4/6 S. 10; Urk. 33 S. 18 f.). Nach der Entlassung aus der Unter-  
- 11 - suchungshaft reiste der Beschuldigte sofort für vier Tage in sein Heimatland, um seine Mutter zu besuchen (Urk. 4/6 S. 10).

## **E. 2.3**

Berufliche und wirtschaftliche Integration

### **E. 2.3.1**

Der Beschuldigte verfügt weder in Portugal noch in der Schweiz über eine abgeschlossene Berufsbildung. In Portugal arbeitete er nach der Schulzeit als Kanalisationsarbeiter, bevor er bei einer portugiesischen Elektrizitätsgesellschaft tätig gewesen war (Urk. 33 S. 2). Während seiner Saisonierstätigkeit in der Schweiz arbeitete er ausschliesslich in der Gastronomie als Küchenhilfe (Urk. 4/6 S. 6; Urk. 9/2 S. 2; Urk. 32/5 und Urk. 33 S. 2). Seit dem 1. August 2005 geht der Beschuldigte in der Schweiz einer geregelten Erwerbstätigkeit im Strassen- und Tiefbau nach (vgl. Urk. 9/2 S. 40 und S. 68; Urk. 33 S. 4). Am 18. April 2018 ver- letzte sich der Beschuldigte bei einem Arbeitsunfall auf der Baustelle schwerwie-

gend an der Hand, wobei er während rund eines Jahres Unfalltaggelder von der SUVA bezog und nicht arbeitsfähig war (Urk. 32/9 f.; Urk. 33 S. 7). Ab dem 29. März 2022 arbeitete er wieder auf dem Bau (Urk. 32/1; Urk. 33 S. 8; Urk. 36/1), seit dem 1. Juli 2022 bei der J. \_\_\_\_\_ AG (Urk. 65 S. 5). Zurzeit ist der Beschuldigte jedoch erneut nicht arbeitsfähig, nachdem er sich im September 2022 beim Anheben einer Steinplatte verletzte (Urk. 65 S. 5; Prot. II S. 10). Im Lichte von Art. 58a Abs. 1 lit. d AIG, wonach als Integrationskriterium insbesondere die tatsächliche Teilnahme am Wirtschaftsleben bzw. der Erwerb zu beachten ist (vgl. SPESCHA, in: OF-Komm. Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 58a AIG N 7), hat der Beschuldigte in dieser Hinsicht als tadellos intergiert zu gelten.

### **E. 2.3.2**

Der Umstand, dass der Beschuldigte und seine Familie in der Zeit vom 1. Juni 2015 bis zum 31. Juli 2015 vom Sozialamt der Gemeinde K. \_\_\_\_\_ unterstützt wurden (Urk. 9/2 S. 82) und die Familie nach wie vor in einer Notwohnung der Gemeinde K. \_\_\_\_\_ wohnt (Urk. 32/13), vermag die wirtschaftliche Integration des Beschuldigten nicht spürbar zu tangieren. Hingegen weist er aktuell Schulden in der Höhe von Fr. 25'000.– aus (Urk. 33 S. 10), welche es abzahlen gilt und welche seiner wirtschaftlichen Integration negativ entgegenstehen. Der Beschuldigte gab selber an, seine finanziellen Probleme hätten bereits im Jahr 2010 angefangen (Urk. 4/3 S. 3).

- 12 -

### **E. 2.3.3**

Da der Beschuldigte in Portugal sowohl die Schule besuchte als auch nach der obligatorischen Schulzeit erwerbstätig war, ist ihm die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in seinem Heimatland gerade im Bereich des Tiefbaus durchaus möglich. Selbst wenn die Wirtschaftslage in Portugal schwieriger ist, als jene in der Schweiz, vermag dies allein praxismässig eine Landesverweisung noch nicht zu hindern (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1214/2019 vom 9. März 2020 E. 2.3.11).

## **E. 2.4**

Gesundheitliche Situation

### **E. 2.4.1**

Der Beschuldigte brachte anlässlich der Berufungsverhandlung vor, mehrere Arbeitsunfälle gehabt zu haben. So sei er vor einigen Jahren auf dem Bau in ein Loch gestürzt und auf einem Metallstab gelandet (Urk. 65 S. 4; Prot. II S. 14). Sodann habe er sich, wie erwähnt, 2018 an der Hand verletzt und 2022 eine Verletzung beim Anheben einer Steinplatte zugezogen (vgl. Erw. 2.3.1; Urk. 65 S. 4 f.; Prot. II S. 10, 13).

### **E. 2.4.2**

Diese Unfälle führten jeweils zu einer zeitweisen Arbeitsunfähigkeit, wobei der Beschuldigte aufgrund des jüngsten Unfalls noch eine Physiotherapie besucht (Prot. II S. 12). Der Beschuldigte hat jedoch nie geltend gemacht, dass er aufgrund der Unfälle längerfristig im Beruf oder in der Freizeit eingeschränkt war. Bis anhin konnte er seine Arbeitstätigkeit jedes Mal uneingeschränkt wiederaufnehmen. Ob er nach dem aktuellen Unfall wieder eine Arbeitstätigkeit aufnehmen können, ist noch unklar. Die Behandlung seiner Beschwerden in Form von Physiotherapie und die gesundheitliche Versorgung im Allgemeinen wäre jedoch auch in Portugal in hinreichender Weise

sichergestellt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_1327/2021 vom 3. März 2022 E. 2.3.6). Die gesundheitliche Situation des Beschuldigten spricht daher nicht gegen eine Landesverweisung.

## **E. 2.5**

Familiäre Verhältnisse

### **E. 2.5.1**

Der Beschuldigte lässt eine Verletzung von Art. 8 EMRK rügen. Es wird ins Feld geführt, seine Familie befinde sich in der Schweiz. Er lebe gemeinsam mit seiner Frau und seinen beiden Söhnen in einer Wohnung. Es würde ein starker

- 13 - Zusammenhalt bestehen und man unterstütze sich gegenseitig (Urk. 35 S. 7). Seine beiden Söhne seien noch in Ausbildung und seine Frau habe eine gute Arbeit und wolle in der Schweiz bleiben (Urk. 33 S. 19). Es bestehe eine krankheitsbedingte Abhängigkeit der Ehefrau bei der Bewältigung des Alltags. Sie leide nebst ihrer Krebserkrankung an Skoliose. Eine Ausreise nach Portugal wäre angesichts ihres Gesundheitszustandes kaum möglich (Urk. 65 S. 12; Prot. II S. 14 f.).

### **E. 2.5.2**

Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass ein schwerer persönlicher Härtefall unter anderem bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in das von Art. 13 BV und Art. 8 EMRK gewährleistete Recht auf Privat- und Familienleben anzunehmen ist (Urk. 45 S. 21). Hingegen ist hervorzuheben, dass zum durch Art. 8 EMRK geschützten Familienkreis in erster Linie die Kernfamilie, das heisst die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern gehört. Das Verhältnis zu volljährigen Kindern fällt nur dann unter das geschützte Familienleben, wenn ein über die üblichen familiären Beziehungen bzw. emotionalen Bindungen hinausgehendes besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht; namentlich infolge von Betreuungs- oder Pflegebedürfnissen bei körperlicher oder geistiger Behinderung und schwerwiegenden Krankheiten (Urteil des Bundesgerichts 6B\_186/2020 vom 6. Mai 2020 E. 2.3.2 m.H.).

### **E. 2.5.3**

Der Beschuldigte ist seit dem tt. Februar 1995 mit L.\_\_\_\_\_ verheiratet (Urk. 9/2 S. 3). Er ist Vater zweier Söhne, M.\_\_\_\_\_, geboren am tt. Juni 1997, und N.\_\_\_\_\_, geboren am tt. Juni 1999. Die beiden Söhne wurden in Portugal geboren, leben jedoch seit jeher in der Schweiz, M.\_\_\_\_\_ verfügt seit dem 29. Mai 2018 über die Schweizerische Staatsbürgerschaft (Urk. 30). Die beiden Söhne sind nunmehr knapp 26 und 24 Jahre alt und haben beide eine kaufmännische Lehre absolviert und abgeschlossen. Während M.\_\_\_\_\_ eine weitere Lehre als Informatiker angetreten hat, möchte N.\_\_\_\_\_ studieren und absolviert derzeit die Berufsmittelschule (Urk. 4/6 S. 9; Urk. 33 S. 5). Die Ehefrau des Beschuldigten erkrankte im Jahr 2016 an Gebärmutterkrebs und musste sich deshalb einer Operation und Chemotherapie unterziehen (Urk. 4/6 S. 9). Seit dem Jahr 2020 arbeitet sie wieder als Haushaltshilfe in einem 50% Pensum und erzielt ein monatli-

- 14 - ches Nettoeinkommen von rund Fr. 2'800.– (Urk. 33 S. 6 f.; Urk. 36/2; Urk. 65 S. 5; Prot. II S. 10). Der Beschuldigte liess geltend machen, sowohl die Söhne als auch seine Ehefrau seien auf seine (finanzielle) Unterstützung angewiesen. Wenn er nicht mehr dasei, sehe es schlecht aus. Insbesondere seine Ehefrau könne nicht mehr arbeiten und sei weiterhin eingeschränkt, so dass er sie bei der Bewältigung ihres Alltages unterstützen

müsse (Urk. 4/6 S. 6 und S. 9).

#### **E. 2.5.4**

Die beiden Söhne sind längstens volljährig und verfügen beide über eine abgeschlossene Erstausbildung, welche es ihnen erlaubt, sich beruflich und wirtschaftlich in der Schweiz zu etablieren. Dass die beiden Söhne noch mit dem Beschuldigten und seiner Frau in der Familienwohnung leben und planen, zu studieren bzw. eine weitere Ausbildung zu absolvieren ist nachvollziehbar, vermag aber kein Abhängigkeitsverhältnis im vorgenannten Sinn zum Beschuldigten zu begründen. Die Söhne haben auch ohne die finanzielle Hilfe ihres Vaters die Möglichkeit, eine weitere Ausbildung zu absolvieren. Eine diesbezügliche finanzielle Unterstützung könnte durch Darlehen oder Stipendien erfolgen. Eine härtefallbegründende Unterstützungspflicht des Beschuldigten liegt jedenfalls mit Bezug auf die beiden Söhne nicht vor. Die Beziehung zu seinen erwachsenen Söhnen fällt daher nicht mehr in den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 EMRK. Hinsichtlich der Ehefrau des Beschuldigten und ihrer geltend gemachten gesundheitlichen Einschränkung bzw. ihres Unterstützungsbedarfs ist zu relativieren, dass härtefallbegründende Tatsachen bei Dritten nur zu berücksichtigen sind, wenn sie sich zumindest indirekt auf den Beschuldigten auswirken. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Einschränkungen, welche die Ehefrau des Beschuldigten im Falle seiner Landesverweisung hinnehmen müsste, träfen diesen selber nicht in einer härtefallbegründenden Art und Weise. Der familiäre Schutzbereich von Art. 8 EMRK ist somit lediglich aufgrund der gelebten Ehe selber tangiert. Auch bei Annahme eines Eingriffs in das Familienleben des Beschuldigten gewährleistet Art. 8 EMRK kein Recht auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Ortes. Der Ehefrau des Beschuldigten, selber portugiesische Staatsangehörige, und den Söhnen würde es freistehen, diesem nach Portugal zu folgen oder in der Schweiz zu verbleiben und den Kontakt zum Beschul-

- 15 - digten durch Kommunikationsmittel oder Besuche aufrechtzuerhalten (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1107/2019 vom 27. Januar 2020 E. 2.6.3). Im Übrigen wäre die Ausreise der Ehefrau nach Portugal und auch die Behandlung ihrer gesundheitlichen Probleme dort möglich, insbesondere vor dem Hintergrund, dass sie zu 50% arbeitstätig ist und vor der Pandemie einmal pro Jahr in ihr Heimatland gereist ist. Die Wegweisung des Beschuldigten wäre daher fraglos mit einer gewissen Härte für seine Ehefrau und seine Söhne verbunden. Eine generelle Unzumutbarkeit, dem Beschuldigten ins Ausland zu folgen, ist vor dem dargelegten Hintergrund aber nicht gegeben, zumal die zu prüfende Landesverweisung für den Beschuldigten ausschliesslich für das Hoheitsgebiet der Schweiz Geltung erlangt.

#### **E. 2.6**

Delinquenz, Legalprognose und Resozialisierung

##### **E. 2.6.1**

Ein Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und lit. d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG stellt eine Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB dar. Nach Ansicht des Gesetzgebers stellen Katalogtaten gemäss Art. 66a StGB vornehmlich schwere Widerhandlungen gegen bestimmte Rechtsgüter und damit grundsätzlich eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar (vgl. Botschaft S. 5997 f.). Gerade mit Blick auf Straftaten gegen das

Betäubungsmittelgesetz hat sich das Bundesgericht hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährung der öffentlichen Sicherheit stets besonders streng gezeigt (Urteile des Bundesgerichts 6B\_34/2019 vom 5. September 2019 E. 2.4.3 f. m.w.H. und 6B\_994/2020 vom 11. Januar 2021 E. 2.1.1). Es besteht ein grundsätzliches öffentliches Interesse, den Handel mit verbotenen Substanzen zu verhindern und eine Gesundheitsgefährdung einer Vielzahl von Menschen einzudämmen.

#### **E. 2.6.2**

Der Beschuldigte hat über einen vergleichsweise langen Zeitraum von rund 78 Wochen von Oktober 2017 bis im April 2019 eine Gesamtmenge von mindestens 390 Gramm Kokaingemisch bzw. 226.2 Gramm reines Kokain vermittelt oder verkauft, mithin eine Menge, die den Grenzwert für die Annahme eines schweren Falles um ein Mehrfaches übersteigt. Das Verschulden des Beschuldigten wiegt gemäss Vorinstanz denn auch (im Rahmen der qualifizierten Handlung gegen das

- 16 - BetmG) nicht mehr leicht (Urk. 45 S. 13). Ausserdem hat er aus finanziellen Gründen gehandelt und nur aufgrund seiner Verhaftung mit diesem Handel aufgehört. Auch wenn sich der Beschuldigte durch seinen Unfall und die Krebserkrankung seiner Frau in einer schwierigen Situation befand, stellt dies keinen Grund dar, in den Drogenhandel einzusteigen und über einen Zeitraum von ein- einhalb Jahren zu betreiben, zumal das hiesige Sozialversicherungssystem funktioniert und bei ernsthaften finanziellen Engpässen Sozialhilfe in Anspruch genommen werden kann.

#### **E. 2.6.3**

Die Vorinstanz gewährte dem Beschuldigten für die ausgefallte Freiheitsstrafe den bedingten Strafvollzug mit der Begründung, es sei ihm zugutezuhalten, dass er einer geregelten Arbeitstätigkeit nachgehe und mit Blick auf den ihm zum Vorwurf gemachten Drogenhandel Einsicht und Reue gezeigt und sich glaubhaft gewillt erklärt habe, inskünftig deliktfrei leben zu wollen. Ausserdem, so die Vorinstanz, habe die erstandene Untersuchungshaft von rund drei Monaten einen nachhaltigen Eindruck beim Beschuldigten hinterlassen (Urk. 45 S. 18). Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen von Straf- und Ausländerrecht ergibt sich im ausländerrechtlichen Bereich für die Legalprognose ein strengerer Beurteilungsmassstab (BGE 137 III 233 E. 5.2.2).

#### **E. 2.6.4**

Noch vor Vorinstanz verfügte der Beschuldigte über eine Vorstrafe wegen fahrlässiger grober Verletzung der Verkehrsregeln, wobei die Vorinstanz zurecht festhielt, dass es sich nicht um eine einschlägige Vorstrafe handelte (Urk. 20/2; Urk. 20/3 und Urk. 45 S. 18). Diese Vorstrafe ist mittlerweile aus dem Strafregister gelöscht (Urk. 46) und daher bei der Strafzumessung unbeachtlich (Art. 369 StGB). Zur Beurteilung des Sozialverhaltens sind gemäss Bundesgericht im Rahmen der Härtefallprüfung jedoch auch gelöschte Straftaten in der Gesamtbeurteilung zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1044/2019 vom 17. Februar 2020 E. 2.6). Diese fällt vorliegend jedoch nicht erheblich ins Gewicht. Beachtlich ist indessen, dass der Beschuldigte stets angab, er habe mit dem Drogenhandel angefangen, weil er finanzielle Probleme gehabt habe und auf die falschen Freunde getroffen sei (Urk. 4/5 S. 2 und Urk. 33 S. 14). Er ist nach wie vor nicht schuldenfrei, vielmehr kommen durch das vorliegende Strafverfah-

- 17 - ren noch weitere umfangreiche finanzielle Verpflichtungen hinzu. Es kann daher nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass er sich angesichts der finanziellen Belastung erneut dazu hinreissen lassen könnte, mit Drogenhandel schnelles Geld zu verdienen, um seine Schulden und Lebenshaltungskosten decken zu können. Das öffentliche Interesse an einer Wegweisung wird demnach durch die wage positive Legalprognose nur in leichtem Masse relativiert.

#### **E. 2.6.5**

Mit Blick auf die Resozialisierungschancen des Beschuldigten in Portugal kann auf die vollständigen und zutreffenden Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 45 S. 29 f.). Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb es dem Beschuldigten in seinem Heimatland nicht möglich sein sollte, auf dem Strassen- oder Tiefbau eine Anstellung zu finden. Auch in Portugal wird eine solche Tätigkeit aufgrund der jahrelangen Berufserfahrung des Beschuldigten in schweizerischen Unternehmen ohne abgeschlossene Ausbildung zu finden sein.

#### **E. 2.7**

Fazit Unter Berücksichtigung aller vorerwähnten Umstände zeigt sich, dass die Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz für ihn mit erheblichen Unannehmlichkeiten und einer gewissen Härte verbunden ist und mit einer Distanzierung des persönlichen Kontakts zu seiner Familie in der Schweiz einhergeht. Dies stellt zweifelsohne eine nicht unerhebliche Härte für ihn dar. Allerdings verlangt das Gesetz für den Verbleib in der Schweiz einen schweren persönlichen Härtefall und zwar insofern, als die Landesverweisung als ganz klar unverhältnismässig und geradezu als stossend erachtet werden müsste. Davon kann bei den zu beurteilenden Verhältnissen nicht die Rede sein, nachdem eine gefestigte, soziale Integration des Beschuldigten in der Schweiz zu verneinen ist und eine Rückkehr in sein Heimatland Portugal nicht unzumutbar erscheint. Das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalles ist demnach in Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen zu verneinen, und es besteht insbesondere auch mit Blick auf Art. 8 EMRK kein schwerer persönlicher Härtefall.

- 18 -

#### **E. 3**

Interessenabwägung Da kein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt, besteht auch keine Veranlassung, eine Abwägung zwischen den privaten Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz und den öffentlichen Interessen an seiner Fernhaltung vorzunehmen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_34/2019 vom 5. September 2019 E. 2.4.3.). Lediglich der Vollständigkeit halber bleibt zu erwähnen, dass sich das Bundesgericht bei der Abwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen äussert streng gezeigt hat, wenn es um eine Landesverweisung wegen Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz geht. "Drogenhandel" führt gemäss Bundesgericht in der Regel zu einer Landesverweisung, weil die öffentlichen Interessen an der Beendigung des Aufenthalts regelmässig überwiegen (Urteile des Bundesgerichts 6B\_34/2019 vom 5. September 2019 E. 2.4.3 f. m.w.H.; 6B\_994/2020 vom 11. Januar 2021, E. 2.1.1).

#### **E. 4**

Vereinbarkeit mit dem FZA

#### **E. 4.1**

Zum Einfluss des Freizügigkeitsabkommens der Schweiz mit der Europäischen Union (FZA) auf die Härtefallprüfung bei Angehörigen eines EU-Staates hat das Bundesgericht festgehalten, dass bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA eine "spezifische Prüfung" unter dem Blickwinkel der dem Schutz der öffentlichen Ordnung innewohnenden Interessen verlangt wird (BGE 130 II 176 E. 3.4.1). Das Bundesgericht verfolgt eine ausserordentlich restriktive Interpretation beim Aufenthaltsrecht bzw. der Ausnahmeklausel nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA. Wesentliches Kriterium für einen Verzicht auf eine Landesverweisung nach FZA ist die Intensität der Gefährdung der öffentlichen Ordnung. Qualifizierter Betäubungsmittelhandel stellt eine schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 des Anhang I des FZA dar (Urteil des Bundesgerichts 6B\_149/2021 vom 3. Februar 2022, E. 2.7.2.). Eine solche schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung kann auch gegeben sein, wenn der bedingte Strafvollzug mangels Vorliegen einer ungünstigen Prognose gewährt wird. Mit dem Erfordernis der gegenwärtigen Gefährdung ist gerade nicht gemeint, dass weitere Straftaten mit Gewissheit zu erwarten wären oder umgekehrt solche mit Sicherheit auszuschliessen sein müssten (BGE 145 IV 364 E. 3.5.2 ff. und E. 4.4).

- 19 -

#### **E. 4.2**

Dass sich der Beschuldigte eines qualifizierten Betäubungsmitteldelikts (Kokainhandel) schuldig gemacht hat, stellt praxisgemäss bereits für sich alleine eine schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dar und berechtigt die Schweiz zur Anordnung von Entfernungsmassnahmen. Dies ist im vorliegenden Fall nicht anders zu beurteilen, nachdem der Beschuldigte über einen längeren Zeitraum von mindestens 1,5 Jahren einen Kokainhandel betrieb, bei welchem er mehr als 200 Gramm reines Kokain in Umlauf brachte und damit eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung und der Gesundheit vieler Menschen darstellte.

#### **E. 5**

Dauer der Landesverweisung Unter Berücksichtigung des Verschuldens des Beschuldigten und im Verhältnis zur angeordneten Freiheitsstrafe von 24 Monaten würde sich auch eine über die Mindestdauer von 5 Jahren hinausgehende Dauer als angemessen erweisen. Nachdem mangels eines Rechtsmittels der Anklagebehörde das Verschlechterungsverbot zu beachten ist (Art. 391 Abs. 2 StPO), hat es indessen sein Bewenden mit der vorinstanzlichen Anordnung.

#### **E. 6**

Fazit Die von der Vorinstanz angeordnete obligatorische Landesverweisung ist zu bestätigen. Der Beschuldigte ist im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für die Dauer von fünf Jahren des Landes zu verweisen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Für das Berufungsverfahren ist eine Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– festzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts) und ausgangsgemäss dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

- 20 - 2. Die amtliche Verteidigung wurde für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren bereits mit Beschluss vom 30. Januar 2023 mit Fr. 2'020.65 entschädigt (Urk. 59). Diese

Kosten sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Rückforderung vom Beschuldigten ist gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO gesetzlich vorbehalten. 3. Der Beschuldigte beantragt für das Berufungsverfahren eine Entschädigung für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte durch seine erbetene Verteidigung (Urk. 65 S. 1). Gemäss Art. 436 Abs. 1 StPO richten sich im Rechtsmittelverfahren Ansprüche auf Entschädigung und Genugtuung nach den Art. 429-434 StPO. Zumal der Beschuldigte mit seiner Berufung unterliegt, ist ihm ausgangsgemäss keine Prozessentschädigung zuzusprechen (Art. 436 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). Es wird beschlossen:

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