

ZH_OBERGERICHT SB230425 vom 12. Juli 2024

ZH Obergericht, 2024-07-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB230425

FR: ZH_OBERGERICHT SB230425 du 12 juillet 2024

IT: ZH_OBERGERICHT SB230425 del 12 luglio 2024

Erwägungen

E. 1

Am 8. Juni 2023 meldeten die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (Urk. 35) sowie am 12. Juni 2023 der Beschuldigte B._____ (Urk. 37) jeweils fristgerecht Berufung gegen das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Winterthur (nachfolgend: Vorinstanz) vom 31. Mai 2023 an, welches den Parteien gleichentags mündlich sowie schriftlich im Dispositiv eröffnet worden war (vgl. Prot. I S. 28 ff.; Urk. 33). Nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 39 = Urk. 43) am 3. bzw. 4. August 2023 (Urk. 40/1-2) reichten die Staatsanwaltschaft am 23. August 2023 (Urk. 46) sowie der Beschuldigte am 24. August 2023 (Urk. 47) dem Obergericht jeweils fristgerecht ihre Berufungserklärungen ein.

E. 1.1

Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung auf- schiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht er- fassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (vgl. Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023, N 1 f. zu Art. 402 StPO, m.w.H.). Mit der Berufungserklärung ist deshalb verbindlich anzugeben, auf welche Teile des angefochtenen Urteils sich die Berufung gegebenenfalls beschränkt (Art. 399 Abs. 3 lit. a sowie Abs. 4 StPO). Gemäss Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO sind mit der Berufungserklärung zudem reformatorische Anträge in der Sache selbst zu stel- len, d.h. vom Berufungskläger ist anzugeben, wie das Urteil nach seiner Ansicht richtigerweise lauten soll (BGE 149 IV 284, E. 2.2; BGE 143 IV 408, E. 6.1; BGer. 7B_539/2023 vom 3. November 2023, E. 3.1.2). Die gestellten Rechtsbe- gehren sind dabei stets nach Treu und Glauben auszulegen, insbesondere im Lichte der dazu gegebenen Begründung (BGE 147 V 369, E. 4.3.1; BGer. 6B_881/2021 vom 27. Juni 2022, E. 1.2; BGer. 7B_293/2022 vom 6. Ja- nuar 2024, E. 2.2.1 f.).

E. 1.2

Die Staatsanwaltschaft beschränkte ihre Berufung auf die Strafzumessung (Dispositivziffer 3 und 4) sowie das Absehen von der Landesverweisung (Dispo- sitivziffer 5). Sie verlangt eine härtere Bestrafung des Beschuldigten sowie die Ausfällung einer obligatorischen Landesverweisung von 7 Jahren (Urk. 46 S. 2 und S. 8 f.).

- 8 -

E. 1.3

Auch der Beschuldigte liess mit seiner Berufungserklärung das vorinstanzli- che Urteil nur teilweise anfechten, namentlich den Schuldspruch betreffend (einfache) Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Dispositivziffer 1, 2. Lemma), den Widerruf (Dispositivziffer 2), die Strafzumessung (Dispositiv- ziffer 3 und 4) sowie die Verwendung

der beschlagnahmten Barschaft (Dispositivziffer 7). Er verlangt einen teilweisen Freispruch, das Absehen von einem Widerruf der Vorstrafe, eine mildere Bestrafung sowie eine daran angepasste Verwendung der beschlagnahmten Barschaft (Urk. 47 S. 2 f.).

E. 1.4

Unangefochten blieben somit die Dispositivziffer 1 teilweise (Schuldsprüche mit Ausnahme desjenigen wegen (einfacher) Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz) sowie die Dispositivziffern 6 (Ersatzforderung), 8 (diverse Einziehungen beschlagnahmter Gegenstände) sowie 9 und 10 (Kostendispositiv) vollumfänglich. All diese Dispositivziffern des vorinstanzlichen Urteils sind in Rechtskraft erwachsen, was vorweg mittels Beschluss festzustellen ist. In den übrigen Punkten ist das angefochtene Urteil im Berufungsverfahren zu überprüfen. 2. Auf die Argumente der Parteien ist im Rahmen der nachstehenden Erwägungen einzugehen. Dabei muss sich das Gericht nicht ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen; vielmehr kann es sich auf die für die Entscheidungsfindung wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (vgl. statt vieler: BGE 141 IV 249, E. 1.3.1, mit Hinweisen). Ferner kann das Gericht zur Begründung im Folgenden auf Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verweisen, soweit es diese als zutreffend erachtet (Art. 82 Abs. 4 StPO; vgl. hierzu BGer. 6B_570/2019 vom 23. September 2019, E. 4.2, m.w.H., sowie Nydegger, Der Verweis auf die Entscheidungsbegründung der Vorinstanz gemäss Art. 82 Abs. 4 StPO, recht 2021, S. 15 ff.). Dies, zumal das strafrechtliche Berufungsverfahren keine Wiederholung des erstinstanzlichen Erkenntnisverfahrens darstellt und das Berufungsgericht auch keine Erstinstanz ist; vielmehr knüpft das Berufungsverfahren an das erstinstanzliche Verfahren an und baut darauf auf (vgl. dazu BGer. 7B_15/2021 vom 19. September 2023, E. 4.2.2;

- 9 - BGer. 7B_11/2021 vom 15. August 2023, E. 5.2; BGer. 6B_931/2021 vom 15. August 2022, E. 3.2; BGer. 7B_293/2022 vom 6. Januar 2024, E. 2.2.1). III. Schuldpunkt 1. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten – in teilweise abweichender rechtlicher Würdigung des vom Beschuldigten eingestandenen Anklagesachverhalts – zusätzlich zur qualifizierten Widerhandlung auch einer (einfachen) Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz bezüglich des sog. "Drogencannabis" schuldig, nachdem sie den Parteien hierzu vorgängig im Sinne von Art. 344 StPO das rechtliche Gehör gewährt hatte (vgl. Prot. I S. 26 f.; Urk. 43 S. 4 ff.). 2. Die Verteidigung brachte im Berufungsverfahren zusammengefasst dagegen vor, das Gericht könne nicht aus einer Handlungseinheit eine Tatmehrheit machen. Es sei die Staatsanwaltschaft, die mit der Anklageschrift den Prozessgegenstand definiere. Entscheidend sei, dass diese mit ihrem Vorwurf eine Handlungseinheit bezüglich des Kaufs von Kokain und Cannabis sowie des Verkaufs der beiden Substanzen behaupte. Die Anklageschrift werfe dem Beschuldigten im gleichen Satz sowohl den Kauf von Kokain als auch denjenigen von Drogencannabis vor; in einem weiteren Satz fasse sie auch die Verkäufe von Kokain und Drogencannabis zu einem einheitlichen Handeln zusammen. Entsprechend habe die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift das ganze Verhalten einheitlich als "Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz" gewürdigt (Urk. 58 S. 8; Prot. II S. 22 f.).

E. 2

Mit Präsidialverfügung vom 30. August 2023 wurde den Parteien in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO sowie Art. 401 StPO eine Kopie der jeweiligen

Berufungserklärung der Gegenpartei zugestellt und Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Zugleich wurde der Beschuldigte aufgefordert, auf die Berufungsverhandlung aktuelle Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen einzureichen (Urk. 48). Anschlussberufungen wurden nicht erklärt.

E. 2.1

Die Staatsanwaltschaft brachte im Berufungsverfahren zusammengefasst dagegen vor, beim Beschuldigten bestehe in Anwendung der massgeblichen Kriterien kein schwerer persönlicher Härtefall. Zudem stelle sein Verhalten und das verbleibende Rückfallrisiko eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dar, die das persönliche Interesse des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz auch überwiege (Urk. 46 S. 4 ff.; Urk. 57 S. 6 ff.).

E. 2.2

Die Verteidigung führte im Berufungsverfahren hingegen aus, die Vorinstanz habe zu Recht beim Beschuldigten nicht nur einen Härtefall bejaht, sondern auch seine privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz gegenüber dem öffentlichen Interesse der Schweiz an einer allfälligen Fernhaltung höher gewichtet. Ausserdem habe sie festgehalten, dass das FZA im vorliegenden Fall der Aussprechung einer Landesverweisung entgegenstehe (Urk. 58 S. 13 ff.).

E. 2.3

Allein aufgrund der Tatkomponenten ergibt sich somit einstweilen eine Gesamtstrafe von 29 Monaten Freiheitsstrafe. Es bleibt die Täterkomponente zu berücksichtigen.

E. 3

Am 12. Januar 2024 wurden die Parteien auf den 12. Juli 2024 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 50). Am 4. März 2024 bzw. 7. Juni 2024 reichte der Beschuldigte aufforderungsgemäss Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen ein (Urk. 51 ff.).

- 7 -

E. 3.1

Unbestritten ist vorab, dass der Beschuldigte Ausländer ist und sich einer sog. Katalogtat gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB schuldig gemacht hat, womit er grundsätzlich für 5 bis 15 Jahre obligatorisch des Landes zu verweisen ist. Strittig ist dagegen, ob beim Beschuldigten (überhaupt) ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt, ob gegebenenfalls die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Beschuldigten nicht überwiegen (vgl. Art. 66a Abs. 2 StGB) sowie ob ein Aufenthaltsrecht des Beschuldigten gestützt auf völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz wie dem FZA oder der EMRK einer Landesverweisung allenfalls entgegensteht.

3.2.1 Das Gericht verweist den Ausländer, der wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 BetrMG verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 bis 15 Jahre aus der Schweiz (Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB). Die obligatorische Landes-

- 19 - verweisung wegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB greift grundsätzlich unabhängig von der konkreten Tatschwere (BGE 146 IV 105, E. 3.4.1; BGE 144 IV 332, E. 3.1.3). Sie muss zudem unabhängig davon ausgesprochen werden, ob es beim Versuch geblieben ist und ob die Strafe bedingt, unbedingt oder teilbedingt ausfällt

(BGE 146 IV 105, E. 3.4.1; BGE 144 IV 168, E. 1.4.1). 3.2.2 Von der Landesverweisung kann nur "ausnahmsweise" unter den kumulativen Voraussetzungen abgesehen werden, dass 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 der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB; sog. Härtefallklausel). Die Härtefallklausel dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 146 IV 105, E. 3.4.2; BGE 145 IV 364, E. 3.2; BGE 144 IV 332, E. 3.1.2; je mit Hinweisen). Sie ist restriktiv anzuwenden (BGE 144 IV 332, E. 3.3.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur kriteriengeleiteten Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) heranziehen. Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, einschliesslich familiärer Bindungen des Ausländers in der Schweiz und in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen. Das Gericht hat dabei auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB am 1. Oktober 2016 begangene Straftaten zu berücksichtigen, selbst wenn diese bereits aus dem Strafregister entfernt wurden (BGE 146 IV 105, E. 3.4.2; BGE 144 IV 332, E. 3.3.2; BGer. 6B_1358/2021 vom 21. Juni 2023, E. 3.4 i.f.; BGer. 6B_449/2023 vom 21. Februar 2024, E. 2.1.4.; je m.w.H.). 3.2.3 Die Sachfrage entscheidet sich mithin in einer Interessenabwägung nach Massgabe der "öffentlichen Interessen an der Landesverweisung". Nach der gesetzlichen Systematik ist die obligatorische Landesverweisung anzuordnen, wenn

- 20 - die Katalogtaten einen Schweregrad erreichen, sodass die Landesverweisung zur Wahrung der inneren Sicherheit notwendig erscheint. Diese Beurteilung lässt sich strafrechtlich nur in der Weise vornehmen, dass massgebend auf die verschuldensmässige Natur und Schwere der Tatbegehung, die sich darin manifestierende Gefährlichkeit des Täters für die öffentliche Sicherheit und auf die Legalprognose abgestellt wird (BGer. 6B_587/2020 vom 12. Oktober 2020, E. 2.1.1, mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat sich bei Straftaten gegen das BetMG hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit stets besonders streng gezeigt; diese Strenge bekräftigte der Gesetzgeber mit Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB. "Drogenhandel" führt von Verfassungen wegen in der Regel zur Landesverweisung (Art. 121 Abs. 3 lit. a BV; BGer. 6B_994/2020 vom 11. Januar 2021, E. 2.1.1, mit Hinweisen, sowie BGer. 6B_1024/2022 vom 16. Februar 2023, E. 3.2.1). 3.2.4 Ob eine Landesverweisung anzuordnen ist, bestimmt sich zunächst nach dem Schweizer Recht. Ist nach dem massgebenden Recht eine Landesverweisung anzuordnen, stellt sich gegebenenfalls die weitere Frage, ob ein völkerrechtlicher Vertrag wie das Freizügigkeitsabkommen einen Hinderungsgrund für die Landesverweisung bildet (BGer. 6B_134/2021 vom 20. Juni 2022, E. 5.3.6; BGer. 6B_149/2021 vom 3. Februar 2022, E. 2.7.1; BGer. 6B_780/2020 vom 2. Juni 2021, E. 1.3.4; je mit Hinweisen). Ziel des FZA zu Gunsten der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz ist die Einräumung des Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbständiger sowie das Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien (Grundbestimmungen, Art. 1 lit. a), Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen (Art. 1 lit. b), Einräumung eines Rechts auf Einreise und Aufenthalt für Personen, die keine

Erwerbstätigkeit ausüben (Art. 1 lit. c) und die Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer (Art. 1 lit. d). Diese Personen, die sich "rechtmässig" im Rahmen der Anhänge I, II und III [in der Schweiz] aufhalten, werden nicht diskriminiert (Art. 2; vgl. BGE 144 II 1, E. 4.5 ff. S. 8 ff.). Das Einreiserecht wird gemäss den in Anhang I festgelegten

- 21 - Bestimmungen eingeräumt (Art. 3; vgl. BGE 143 IV 97, E. 1.2.1). Das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit wird (unter Vorbehalt) gewährt (Art. 4). Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben, wird das Aufenthaltsrecht unter spezifischen Voraussetzungen eingeräumt (Art. 2 Abs. 2 und Art. 24 Anhang I FZA). Das FZA berechtigt mithin lediglich zu einem doppelt bedingten Aufenthalt in der Schweiz, nämlich einerseits nach Massgabe der spezifischen Vertragsvereinbarungen als Voraussetzung eines rechtmässigen Aufenthalts und andererseits nach Massgabe des rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA. Nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen die im Abkommen eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Die Landesverweisung nach Art. 66a ff. StGB ist als Institut des Strafrechts und nach der Intention des Verfassungs- und des Gesetzgebers primär als sichernde strafrechtliche Massnahme zu verstehen (vgl. Art. 121 Abs. 2 und Abs. 5 BV; BGer. 6B_244/2021 vom 17. April 2023, E. 6.3.6; BGer. 6B_134/2021 vom 20. Juni 2022, E. 5.3.6; je mit Hinweisen). Ob die öffentliche Ordnung und Sicherheit (weiterhin) gefährdet ist, folgt aus einer Prognose des künftigen Wohlverhaltens. Es ist nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzieren: Je schwerer die Gefährdung, desto niedriger die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr. Ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko kann für eine aufenthaltsbeendende Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genügen, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter wie beispielsweise die körperliche Unversehrtheit beschlägt (BGE 145 IV 364, E. 3.5.2; BGer. 6B_244/2021 vom 17. April 2023, E. 6.3.6; BGer. 6B_134/2021 vom 20. Juni 2022, E. 5.3.6; je mit Hinweisen). Mit dem Erfordernis der gegenwärtigen Gefährdung ist nicht gemeint, dass weitere Straftaten mit Gewissheit zu erwarten sind oder umgekehrt solche mit Sicherheit auszuschliessen sein müssten (BGer. 2C_108/2016 vom 7. September 2016, E. 2.3). Allerdings sind Begrenzungen der Freizügigkeit im Sinne von Art. 5 An-

- 22 - hang I FZA einschränkend auszulegen; es kann etwa nicht lediglich auf den "ordre public" verwiesen werden, ungeachtet einer Störung der sozialen Ordnung, wie sie jede Straftat darstellt (BGE 139 II 121, E. 5.3). Art. 5 Anhang I FZA steht Massnahmen entgegen, die (allein) aus generalpräventiven Gründen verfügt werden (BGer. 2C_406/2014 vom 2. Juli 2015, E. 2.3). Bei strafrechtlichen Verurteilungen verlangt der EuGH eine spezifische Prüfung unter dem Blickwinkel der dem Schutz der öffentlichen Ordnung innewohnenden Interessen; eine frühere strafrechtliche Verurteilung darf nur insoweit berücksichtigt werden, als die zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt (BGE 130 II 176, E. 3.4.1; vgl. zum Ganzen insbesondere auch: BGE 145 IV 55, E. 3.2 f. und E. 4.4; BGer. 6B_892/2022 vom 8. Juni 2023, E. 1.6.1.; BGer. 6B_149/2021 vom 3. Februar 2022, E. 2.7.1). 3.2.5 Art. 8 EMRK verschafft praxisgemäss keinen Anspruch auf Einreise oder Aufenthalt oder auf einen Aufenthaltstitel. Der EGMR anerkennt das Recht der Staaten, die Einwanderung und den Aufenthalt von Nicht-Staatsangehörigen auf ihrem

Territorium zu regeln (BGE 144 I 266, E. 3.2). Soweit ein Anspruch aus Art. 8 EMRK in Betracht fällt, ist die Rechtsprechung des EGMR zu beachten. Die Staaten sind nach dieser Rechtsprechung berechtigt, Delinquenten auszuweisen; berührt die Ausweisung indes Gewährleistungen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, ist der Eingriff nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu rechtfertigen (Urteil in Sachen I.M. c. Suisse vom 9. April 2019, Req. 23887/16, Ziff. 68). Nach diesem Urteil haben sich die nationalen Instanzen von den im Urteil Üner c. Niederlande vom 18. Oktober 2006 (Req. 46410/99) resümierten Kriterien leiten zu lassen (vgl. auch Urteil des EGMR in Sachen M.M. c. Suisse vom 8. Dezember 2020, Req. 59006/18, Ziff. 42 ff.). 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 1, E. 6.1). Es ist auch nicht schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer eine Verwurzelung in der Schweiz anzunehmen (BGE 146 IV 105,

- 23 - E. 3.4.4; zum Ganzen: BGE 146 IV 105, E. 4.2; BGer. 6B_138/2022 vom 4. November 2022, E. 3.1, mit Hinweisen).

E. 3.2

Mit Strafbefehl vom 29. Juni 2020 wurde der Beschuldigte von der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland wegen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand etc. (Fahren unter Einfluss von Cannabis) mit einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 90.–, bei einer Probezeit von 3 Jahren, sowie mit einer Busse von Fr. 700.– bestraft (vgl. Urk. 11/5). Diese Vorstrafe des Beschuldigten, insbesondere aber die erneute, mehrfache Delinquenz des Beschuldigten während lau-

- 16 - fender Probezeit ist insgesamt im Umfang von 2 Monaten leicht strafferhöhend zu berücksichtigen. Weitere Vorstrafen sind im Strafregister nicht (mehr) vermerkt (Urk. 55). Die gelöschte Vorstrafe des Beschuldigten betreffend Raub etc. (vgl. Urk. 12/2/6 ff.) kann dem Beschuldigten lediglich im Rahmen der Landesverweisung entgegengehalten werden (dazu nachstehend), ist aber bei der Strafzumessung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zu berücksichtigen.

E. 3.3

Der heute 32-jährige Beschuldigte ist irischer Staatsbürger und verfügt hierzulande über die Niederlassungsbewilligung C. Er kam im Alter von knapp 5 Jahren mit seiner Mutter in die Schweiz und lebt seither hier. Er ist somit im Sinne von Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB "in der Schweiz aufgewachsen", weshalb seiner persönlichen Situation besonders Rechnung zu tragen ist. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend aufzeigte (Urk. 43 S. 24 f.), ist beim Beschuldigten grundsätzlich von einer gelungenen persönlichen wie insbesondere auch wirtschaftlichen Integration in der Schweiz auszugehen. Daran hat sich auch im Berufungsverfahren nichts geändert. Der Beschuldigte ist nach wie vor ledig und hat keine Kinder. Seit einiger Zeit hat er eine feste Freundin (Schweizerin), mit der er jedoch nicht zusammenlebt. Dazu führte er anlässlich der Berufungsverhandlung aus, sie würden faktisch zusammenwohnen, sich aber nicht gegenseitig finanziell an den jeweiligen Wohnungen beteiligen (Prot. II S. 8 und 10). Über die Dauer der Beziehung besteht Unklarheit. So sagte der Beschuldigte noch in der Untersuchung aus, keine feste Beziehung zu haben (vgl. Urk. 2/1 S. 3), was sich dann – während der Untersuchungshaft – angeblich zu einer "Partnerschaft" entwickelte (Urk. 2/3 S. 9) und dann vor Vorinstanz zu einer

"Freundin seit mehreren Jahren" (Prot. I S. 10). Anlässlich der Berufungsverhandlung sagte er diesbezüglich aus, seit 5 Jahren in dieser Partnerschaft zu leben. Er habe vor, mit seiner Freundin zusammenzuziehen, sobald sie ihr Studium beendet habe (Prot. II S. 8 und 11). Des Weiteren leben auch die Mutter, der Stiefvater und die beiden Halbgeschwister des Beschuldigten in der Schweiz. Zu diesen habe er regelmässig Kontakt (Prot. II S. 8 f.). Der Beschuldigte verfügt somit – ungeachtet seiner ausländischen Staatsbürgerschaft – zweifellos über eine enge Bindung zur Schweiz. Umgekehrt erscheint dem Beschuldigten eine Ausschaffung nach Irland (ein EU-Mitgliedsstaat) auch nicht als geradezu unzumutbar, ist er doch noch vergleichsweise jung, ohne gesundheitliche Probleme oder fixe familiäre Verpflichtungen, verfügt über eine hervorragende und gefragte handwerkliche Ausbildung als Malermeister, die er ohne Weiteres auch in Irland einsetzen kann, beherrscht eine

- 24 - lisch) und hat dort eine Tante sowie die Grossmutter als Familienangehörige, auch wenn zu diesen bislang offenbar keine engen Kontakte bestanden. Es ist damit zu erwarten, dass sich der Beschuldigte in Irland innert nützlicher Frist eine neue Existenz aufbauen kann, auch wenn diese allenfalls nicht gleich komfortabel wie in der Schweiz sein wird. Jedenfalls sind seine Resozialisierungschancen in Irland ohne Weiteres als intakt zu bezeichnen. Zudem bestehen angesichts der wiederholten Straffälligkeit des Beschuldigten doch nicht zu vernachlässigende Zweifel an seiner – vordergründig gelungenen – Integration in der Schweiz. Hier ist zunächst das vorliegende, gravierende Anlassdelikt für die Landesverweisung zu erwähnen (qualifizierter Drogenhandel mit einer erheblichen Menge Kokain, zusätzlich aber auch noch mit Cannabis, aus rein finanziellen Motiven). Ins Gewicht fällt aber auch die bereits aus dem Strafregister entfernte Verurteilung vom 15. Dezember 2011 wegen Raubes zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 7 Monaten, deretwegen der Beschuldigte überdies vom Migrationsamt des Kantons Zürich am 25. Januar 2012 auch ausländerrechtlich explizit verwarnet wurde. Der Beschuldigte überfiel damals als 19-Jähriger zusammen mit einem Kollegen anlässlich eines geplanten Drogengeschäfts eines weiteren Kollegen den designierten Käufer, nachdem er diesen in einen Hinterhalt gelockt hatte, und entriss ihm unter Gewaltanwendung seine Bauchtasche mitsamt Portemonnaie (vgl. Urk. 12/2/5 ff.). Abgesehen davon, dass Raub per se ein gravierendes Delikt ist und heute bereits für sich allein genommen ebenfalls Anlass zu einer obligatorischen Landesverweisung bieten würde (vgl. Art. 66a Abs. 1 lit. c StGB), belegt diese Vorstrafe auch, dass der Beschuldigte bereits über 10 Jahre vor dem heutigen Anlassdelikt offenkundig Kontakte zum Drogenmilieu aufwies. Dass der Beschuldigte nunmehr sogar als "selbständiger" Kokainhändler in Erscheinung trat, bedeutet vor diesem Hintergrund eine wesentliche Steigerung seiner früheren Delinquenz. Schliesslich fällt die weitere, vergleichsweise geringfügige Verurteilung des Beschuldigten vom 29. Juni 2020 wegen eines Strassenverkehrsdelikts (Fahren unter Cannabiseinfluss) zwar kaum, aber doch zusätzlich ins Gewicht, zumal sie wiederum im weiteren Sinne im Zusammenhang mit Drogen erfolgte.

- 25 - Weiter ist auf die bereits erwähnte, besonders strenge bundesgerichtliche Praxis bezüglich Anwendung der Härtefallklausel bei qualifizierten Drogendelikten hinzuweisen. Der von der Verteidigung angeführte bundesgerichtliche Entscheid 6B_292/2023 vom 11. September 2023 (Urk. 58 S. 18) ist nicht direkt vergleichbar mit dem vorliegenden Fall. So ist den entsprechenden Erwägungen zu entnehmen, dass es sich beim betreffenden Beschuldigten mit spanischer Staatsangehörigkeit um einen Kleindealer gehandelt habe,

der effektiv nur einen Verkauf von einem Gramm Kokaingemisch direkt an einen Endabnehmer getätigt habe und hierfür zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten verurteilt worden sei (vgl. ebenda E. 1.6.2 ff.). Angesichts der gehandelten Menge an Kokain und der Vorgehensweise kann beim vorliegenden Beschuldigten dagegen keineswegs mehr von einem Kleindealer gesprochen werden. Vielmehr war er ein klassischer Drogendealer, welcher überdies zu einer weitaus höheren Strafe verurteilt wird, mithin ein schwereres Tatverschulden aufwies. Erschwerend kommt beim Beschuldigten hinzu, dass er – im Gegensatz zum soeben erwähnten Spanier – nicht aus einer eigenen Abhängigkeit heraus, sondern offenbar aus rein finanziellen Interessen mit Drogen handelte, verfügte er doch im Tatzeitraum über einen gut bezahlten Job und hatte keine nennenswerten Geldsorgen (vgl. Urk. 2/1 S. 3 f. und S. 8 f.). Insofern ist auch fraglich, inwiefern die vom Beschuldigten gegenüber der Vorinstanz und auch im Berufungsverfahren dargelegte Drogenabstinenz geeignet ist, das Rückfallrisiko des Beschuldigten zu verringern, zumal er gleichzeitig mit zunehmender Verfahrensdauer immer höhere Schulden geltend machte; zuletzt waren es ca. Fr. 25'000.– (vgl. Urk. 2/1 S. 3 f.; Urk. 2/3 S. 10; Urk. 51). Auch seine erfolgreiche berufliche Integration hielt ihn gerade nicht vom Drogenhandel ab. Dem Beschuldigten kann zwar nicht geradezu eine schlechte Legalprognose im Sinne einer "sicher" zu erwartenden Rückfälligkeit gestellt werden, aber es bestehen doch begründete Zweifel daran, dass der Beschuldigte in Zukunft nicht mehr straffällig werden wird. Anders als bei der Frage nach der Gewährung des bedingten Strafvollzugs im Sinne von Art. 42 StGB ist im Zusammenhang mit der Härtefallprüfung eine günstige Prognose des Beschuldigten auch nicht von Gesetzes wegen zu vermuten. Zudem ist wie erwähnt im vorliegenden Kontext die aus dem Strafregister entfernte Vorstrafe zusätzlich belastend

- 26 - zu berücksichtigen. Auch diesbezüglich besteht ein Unterschied zum vorerwähnten Entscheid des Bundesgerichts vom 11. September 2023. So handelte es sich dort bei der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz um den ersten erheblichen Verstoß des betreffenden Beschuldigten gegen die schweizerische Rechtsordnung. Dieser war zuvor lediglich wegen Übertretungstatbeständen strafrechtlich aufgefallen (vgl. BGer. 6B_292/2023 vom 11. September 2023, E. 1.6.4). In Würdigung aller Umstände ist beim Beschuldigten somit zwar knapp von einem schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB auszugehen. Indes überwiegt das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung die privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz.

E. 3.4

Was das von der Vorinstanz zusätzlich ins Feld geführte FZA anbelangt, liegt zunächst ein qualifiziertes Betäubungsmitteldelikt vor, was nach ständiger Praxis ohne Weiteres eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA indiziert. Wie dargelegt, ist beim Beschuldigten zudem von einem nicht zu vernachlässigenden tatsächlichen Rückfallrisiko auszugehen, was nach der eingangs zitierten Rechtsprechung (E. 3.2.4) das Kriterium einer gegenwärtigen (anhaltenden) Gefährdung erfüllt. Eine Landesverweisung des Beschuldigten erfüllt daher auch die Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA.

E. 3.5

Schliesslich sind – entgegen der Verteidigung (Urk. 58 S. 17) – besonders intensive persönliche Beziehungen des Beschuldigten zu in der Schweiz lebenden Personen im

Sinne der Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK, welche allenfalls ein Aufenthaltsrecht des Beschuldigten begründen könnten, vorliegend nicht ersichtlich. Im Übrigen würde selbst bei Bejahung eines schwachen Anspruchs aus Art. 8 EMRK im Rahmen der Interessensabwägung aufgrund der Schwere der Delinquenz des Beschuldigten das öffentliche Interesse an der Landesverweisung gegenüber seinen privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz überwiegen.

E. 3.6

Zusammenfassend steht der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB somit nichts entgegen. Die von der Staats-

- 27 - anwaltschaft im Berufungsverfahren beantragte Dauer der Landesverweisung von

E. 4

Zur Berufungsverhandlung erschienen Sonderstaatsanwalt Dr. iur. A._____ (vgl. Urk. 44) sowie der Beschuldigte persönlich in Begleitung seines amtlichen Verteidigers Fürsprecher X1._____. Die Parteien stellten die eingangs wiedergegebenen Anträge (Prot. II S. 3 f.; Urk. 57 S. 1 und Urk. 58 Abs. 1 f.). Es waren keine Vorfragen und keine Beweisanträge zu behandeln. Das Verfahren ist spruchreif. II. Prozessuales

E. 4.1

Es stellt sich die Frage nach dem Vollzug der ausgefallenen Freiheitsstrafe.

E. 4.2

Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von höchstens 2 Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Vollzugs zutreffend dargelegt (Urk. 43 S. 20 f.). Darauf kann verwiesen werden.

E. 4.3

In objektiver Hinsicht sind die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs aufgrund der auszufällenden Freiheitsstrafe von 24 Monaten gegeben. Mit der Vorinstanz ist sodann festzuhalten, dass beim Beschuldigten keine ungünstige Legalprognose vorliegt, was die Anordnung des vollbedingten

- 17 - Strafvollzugs grundsätzlich auch in subjektiver Hinsicht erlaubt. Auf die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz kann ohne Weiteres vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 43 S. 21). Zu Gunsten des Beschuldigten ist insbesondere zu berücksichtigen, dass er seinen glaubhaften Aussagen zufolge seit seiner Haftentlassung im Dezember 2022 vom Drogenkonsum Umgang genommen hat (vgl. auch Urk. 26/7). Es erscheint hier ausreichend, die Probezeit angesichts der verbleibenden Bedenken auf 3 Jahre festzusetzen.

E. 5

Bezüglich der für die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG auszufällende Busse kann grundsätzlich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 43 S. 19). Wie vorstehend aufgezeigt geht es jedoch in erster Linie um den gelegentlichen Konsum von Cannabis und nicht von Kokain. Die Busse ist deshalb auf Fr. 300.– zu reduzieren und die Ersatzfreiheitsstrafe gemäss Art. 106 Abs.

2 StGB entsprechend auf 3 Tage festzusetzen. Die Busse ist zu bezahlen (Art. 105 Abs. 1 StGB).

E. 6

Der Beschuldigte ist somit zusammenfassend mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu bestrafen, bei einer Probezeit von 3 Jahren, sowie mit einer Busse von Fr. 300.–. Die vom Beschuldigten erstandene Untersuchungshaft von 73 Tagen (vgl. Urk. 43 S. 19 f.) ist an die Freiheitsstrafe anzurechnen (Art. 51 StGB).

E. 7

Jahren erscheint innerhalb des zur Verfügung stehenden Rahmens bereits angesichts des nicht mehr leichten Verschuldens des Beschuldigten jedenfalls nicht als zu lang. Nachdem der Beschuldigte Bürger eines EU-Staates ist, verbietet sich eine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem SIS. VI. Verwendung Barschaft Entsprechend dem Wegfall der von der Vorinstanz noch ausgefallten Geldstrafe ist die Verwendung der beim Beschuldigten beschlagnahmten Barschaft von Fr. 14'000.– (Dispositivziffer 7) dahingehend anzupassen, dass diese zur Deckung der Busse, der Ersatzforderung und im verbleibenden Umfang zur (teilweisen) Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden ist (Art. 267 Abs. 3 StPO). VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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