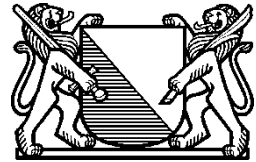


Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB220178-O/U/nm-as

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Wenker, Präsident, Ersatzoberrichter lic. iur. Kessler und Ersatzoberrichter lic. iur. Hoffmann sowie Gerichtsschreiberin MLaw Meier

Urteil vom 16. September 2022

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil, vom 10. September 2021 (DG210010)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 30. März 2021 (Urk. 24) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 45 S. 35 ff.)

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des Verbrechens gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (BetmG) im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a, lit. c, lit. d und lit. g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, sowie
 - der mehrfachen Übertretung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (BetmG) im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind) sowie mit einer Busse von Fr. 200.–.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen.
5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
6. Die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird angeordnet.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 30. März 2021 beschlagnahmte Barschaft in der Höhe von Fr. 2'600.– (Asservat-Nr. A013'849'326 und Asservat-Nr. A013'850'072) wird eingezogen und zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

8. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 30. März 2021 beschlagnahmten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien werden eingezogen und vernichtet:
 - Latexhandschuhe (BM Lager-Nr. B01386-2020, Asservat-Nr. A013'849'804)
 - BM-Waage (BM Lager-Nr. B01386-2020, Asservat-Nr. A013'849'815)
 - Kokainportionen in Papier (BM Lager-Nr. B01386-2020, Asservat-Nr. A013'849'837)
 - 2 Sturmhauben (Asservat-Nr. A013'849'893).
9. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 30. März 2021 einzig als Beweismittel beschlagnahmten Gegenstände werden nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen an den Beschuldigten herausgegeben:
 - SIM-Karten, Telefonverträge (Asservat-Nr. A013'849'359)
 - Mobiltelefon Samsung (Asservat-Nr. A013'849'484)
 - Verpackung Mobiltelefon mit SIM-Träger (Asservat-Nr. A013'849'575)
 - Kaufvertrag, Bankbelege, Passwortliste (Asservat-Nr. A013'849'633)
 - SIM-Kartenhalter (Asservat-Nr. A013'849'644)
 - Mobiltelefon Nokia (Asservat-Nr. A013'849'688)
 - Mobiltelefon Samsung (Asservat-Nr. A013'849'724)
 - Mobiltelefon Alcatel (Asservat-Nr. A013'849'757)
 - Mobiltelefon Nokia (Asservat-Nr. A013'849'768)
 - Notizbuch mit Tel. Nr. (Asservat-Nr. A013'849'779)
 - Bankkarten (Western Union, Concorida) (Asservat-Nr. A013'849'780)
 - SIM-Kartenhalter (Asservat-Nr. A013'849'791)
 - Notizbuch (Asservat-Nr. A013'849'859)
 - Bitcoinbelege (Asservat-Nr. A013'849'906)
 - Mobiltelefon Samsung (Asservat-Nr. A013'850'027)
 - Mobiltelefon Samsung (Asservat-Nr. A013'850'049)

- Bonbon (Asservat-Nr. A013'850'107)

Dem Beschuldigten wird eine Frist von 3 Monaten ab Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids angesetzt, um die herauszugebenden Gegenstände selbst (oder durch eine bevollmächtigte Person) unter Vorlage dieses Entscheids und eines amtlichen Ausweises, nach telefonischer Voranmeldung, bei der Lagerbehörde (Kantonspolizei Zürich, TEU AssTri, Zeughausstr. 11, Postfach, 8021 Zürich, Tel. 044 247 24 50, Polis-Geschäfts-Nr. 77999838) abzuholen.

Werden die herauszugebenden Gegenstände nicht innert Frist abgeholt, werden sie vernichtet. Die Lagerbehörde wird angewiesen, diese Anordnung zu vollziehen und zu dokumentieren.

10. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	4'200.00	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	4'000.00	Auslagen Vorverfahren
Fr.	1'814.15	Haaranalyse und Gutachten betr. Identifikation und Gehaltsbestimmung Betäubungsmitteln
Fr.	960.00	Datensicherung und Mobiltelefonauswertung
Fr.	10'734.55	Akontozahlung amtliche Verteidigung (inkl. Barauslagen und 7.7 % MwSt.)
Fr.	5'035.30	übrige Kosten amtliche Verteidigung (inkl. Barauslagen und 7.7 % MwSt., Saldo nach Abzug Vorauszahlung)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

11. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 55 S. 1 f.)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 10. September 2021 sei betreffend Ziff. 5, 6, 10 und 11 aufzuheben.
2. Von der Anordnung einer Landesverweisung i.S.v. Art. 66a StGB sei abzusehen.
3. Von der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) sei abzusehen.
4. Die Kosten seien ausgangsgemäss aufzuerlegen, wobei die Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Staatskasse zu nehmen seien.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft See/Oberland:

(Urk. 50, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 45 S. 4). Mit Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 10. September 2021 wurde der Beschuldigte gemäss dem eingangs wiedergegebenen Urteilsdispositiv wegen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a, lit. c, lit. d und lit. g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten sowie einer Busse von Fr. 200.– bestraft. Weiter wurde der Beschuldigte für die Dauer von 5 Jahren des Landes verwiesen unter Anordnung der Ausschreibung im Schengener Informationssystem. Das Urteilsdispositiv wurde den Parteien am 15. September 2021 schriftlich zugestellt (Urk. 38). Der Beschuldigte meldete mit Schreiben vom 20. September 2021 innert Frist Berufung an (Urk. 39). Das begründete Urteil wurde den Parteien am 28. Februar 2022 zugestellt (Urk. 43). Mit Eingabe vom 17. März 2022 reichte der Beschuldigte innert Frist die Berufungserklärung ein (Urk. 47). Mit Präsidialverfügung vom 22. März 2022 wurde der Staatsanwaltschaft See/Oberland die Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung beantragt werde (Urk. 48). Mit Eingabe vom 25. März 2022 erklärte die Staatsanwaltschaft Verzicht auf Anschlussberufung, stellte den Antrag auf Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und ersuchte um Dispensation von der Berufungsverhandlung, was im Einverständnis des Beschuldigten genehmigt wurde (Urk. 50). Am 16. September 2022 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers erschienen ist (Prot. II S. 3).

II. Prozessuales

Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend

gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Mit der Berufungserklärung vom 17. März 2022 verlangt der Beschuldigte die Aufhebung der Dispositivziffern 5, 6, 10 und 11 des angefochtenen Urteils und beantragt, es sei von der Anordnung einer Landesverweisung abzusehen und entsprechend sei die ihm auferlegte Gerichtsgebühr zu reduzieren (Urk. 47). Die Dispositiv Ziffern 1 (Schuldsprüche), 2 (Sanktion), 3 (Vollzug), 4 (Ersatzfreiheitsstrafe) und 7-9 (Verfügungen über sichergestellte/beschlagnahmte Gegenstände) sind demnach nicht angefochten und in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschlusses festzustellen ist.

III. Landesverweisung

1. Die Vorinstanz hat eine Landesverweisung im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB für die Dauer von 5 Jahren ausgesprochen und deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem angeordnet (Urk. 44 S. 27 ff.). Die Verteidigung beantragt, es sei auf die Anordnung einer Landesverweisung zu verzichten (Urk. 47, Urk. 36 S. 7, Prot. I S. 23 f., Urk. 55). Die Staatsanwaltschaft beantragt die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 50).

2.1. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Voraussetzungen hinsichtlich der Anordnung und Dauer einer Landesverweisung sowie der Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS) zutreffend ausgeführt, worauf vorab zur Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen ist (Urk. 44 S. 27 ff.).

2.2. Der Beschuldigte ist B._____ [Staat in Westafrika] Staatsbürger und wurde wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG und somit zu einer Katalogtat gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB verurteilt. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung sind damit erfüllt. Es ist daher zu prüfen, ob wie geltend gemacht ein Härtefall vorliegt.

3.1. Das Gericht kann gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren per-

sönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber dem privaten Interesse des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Es ist dabei der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB). Bei der Prüfung des Härtefalls ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt und in einem zweiten Schritt ist im Rahmen einer Interessenabwägung eine Gegenüberstellung der öffentlichen und privaten Interessen vorzunehmen (MARCEL BRUN/ALBERTO FABBRI: Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz [zitiert: BRUN/FABBRI], recht 2017, S. 231 ff. und S. 244 m.w.H.). Bei der Beurteilung des schweren persönlichen Härtefalls sind unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Migrationsrechts, insbesondere Aspekte wie die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, der Grad der Integration, die Reintegrationsschancen im Heimatland und die Resozialisierungschancen zu berücksichtigen, wobei abschliessend eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen ist (Urteil des Bundesgerichts 6B_1286/2017 vom 11. April 2018 E. 1.2; BRUN/FABBRI, a.a.O., S. 245 f. m.w.H.). Die Härtefallklausel dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 146 IV 105 E. 3.4.2; 145 IV 364 E. 3.2 mit Hinweisen; 144 IV 332 E. 3.1.2). Sie ist restriktiv anzuwenden (BGE 146 IV 105 E. 3.4.2; 144 IV 332 E. 3.3.1 mit Hinweis). Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholter Delinquenz Rechnung zu tragen (vgl. Urteil des BGer 6B_708/2020 vom 11. März 2021 E. 5.3). Das Gericht darf auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB begangene Straftaten berücksichtigen (vgl. BGE 144 IV 332 E. 3.3.2; Urteil des BGer 6B_587/2020 vom 12. Oktober 2020 E. 2.1.1; je mit Hinweisen).

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 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 manifestieren-

de Gefährlichkeit des Täters für die öffentliche Sicherheit und auf die Legalprognose abgestellt wird (Urteile des BGer 6B_81/2021 E. 8.3 vom 10. Mai 2021; 6B_1194/2020 vom 8. Februar 2021 E. 1.1; 6B_587/2020 vom 12. Oktober 2020 E. 2.1.1; je mit Hinweisen).

3.2. Die Verteidigung macht geltend, es liege ein Härtefall im erwähnten Sinne vor. Der Beschuldigte liess wie teilweise bereits vor Vorinstanz vorbringen, dass er seit 20 Jahren in der Schweiz lebe und bis auf kurze Zeiten der Arbeitslosigkeit während dieser Zeit gearbeitet habe. Anlässlich der Berufungsverhandlung liess er anführen, er habe sich nach Kräften bemüht, den Kontakt zu seinem Sohn wiederherzustellen, und sich bei der zuständigen Einwohnerkontrolle sowie der KESB nach der Adresse seines Sohnes erkundigt. Leider habe er keine Antwort bekommen. Dass er seinen Sohn seit mehreren Monaten nicht gesehen habe, liege alleine daran, dass seine Exfrau sich ohne jegliches Einverständnis oder Orientierung des Beschuldigten mit seinem Sohn nach Deutschland davon gemacht habe. Eine entsprechende Anzeige des Beschuldigten habe zu einem Strafverfahren gegen die Exfrau und zu deren Verurteilung wegen Entziehens von Minderjährigen im Sinne von Art. 220 StGB geführt. Davon habe sich die Exfrau des Beschuldigten indessen nicht beeindrucken lassen. Sie habe diesem weiterhin standhaft jeglichen Kontakt zu seinem Sohn verweigert, wie der eingereichte Nachrichtenverlauf zeige. Vor dem Hintergrund, dass die Exfrau des Beschuldigten jeglichen Kontakt zwischen ihm und seinem Sohn verunmögliche und ihn so seiner Rechte als Vater beraube, gehe es nicht an, die Beziehung zwischen dem Beschuldigten und den Söhnen als "nicht eng" zu bezeichnen. Insbesondere der unerlaubte Wegzug und die aktive Unterbindung des Kontakts durch die Exfrau hätten zu einer Entfremdung geführt. Würde der Beschuldigte für mehrere Jahre des Landes verwiesen, würde die Beziehung zu seinem Sohn total in die Brüche gehen und gäbe es keine Chance mehr, die durch die Kindsmutter verursachten schwierigen Umstände zu korrigieren. Wohl könnte ein Kontakt über elektronische Medien gestartet werden. Das funktioniere aber jetzt schon nicht, wo der Beschuldigte in der Schweiz und sein Sohn in Deutschland lebe. Für den Beschuldigten sei deshalb ein Verbleib in der Schweiz unerlässlich (Prot. I S. 23, Urk. 55 S. 3 ff.). Der Beschuldigte persönlich gab an, er würde in B._____ kein wirkliches

Leben mehr haben, wenn er die Schweiz verlassen müsse. Sein Sohn und sein Stiefsohn, der wie ein leiblicher Sohn für ihn sei, seien sein "Ein und Alles". Er wisse nicht, wie sein Leben wäre, wenn er aus der Schweiz müsse. Auf Ergänzungsfragen der Staatsanwaltschaft anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 9. September 2021 gab der Beschuldigte an, seine Söhne letztmals ungefähr im April gesehen zu haben. Auf den Vorhalt, gemäss Mitteilung der KESB seien die Ex-Frau des Beschuldigten und die beiden Kinder nach unbekannt weggezogen und es bestehe die Vermutung, sie seien nach Deutschland gezogen, führte der Beschuldigte aus, er habe kein Ahnung davon und höre dies nun zum ersten Mal (Prot. I S. 11-12). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte er, seinen Sohn seit Januar 2021 nicht mehr gesehen zu haben. Er habe keinen direkten Kontakt zu ihm und zu seinem Stiefsohn, hingegen zu seiner Exfrau. Nachdem er diese angezeigt habe und ein Strafbefehl ergangen sei, habe er ihre Telefonnummer erhalten. Sie habe ihm eine SMS geschrieben und seither hätten sie wieder telefonischen Kontakt, letztmals am Samstag. 2021 habe er seinem Sohn ein Telefon kaufen wollen. Danach habe er keinen Kontakt mehr gehabt. Einmal habe er seine Exfrau gefragt, ob sein Sohn ein Telefon haben könne, da er schon 12 sei. Es sei ein bisschen kompliziert, da sie ein schwieriger Mensch sei. Zuletzt habe er für seinen Sohn im Dezember 2020 Unterhalt gezahlt. Danach nicht mehr, da der Kontakt abgebrochen worden sei und er keine Adresse gehabt habe (Prot. I S. 11, Prot. II S. 8 f.).

3.3. Die Vorinstanz hat sich einlässlich und differenziert mit den persönlichen Verhältnissen und den gesamten Umständen des Beschuldigten auseinandergesetzt und das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls verneint. Es kann vorab auf diese zutreffenden und sorgfältigen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 44 S. 28 f.). Nachfolgend werden die wichtigsten Kriterien nochmals beleuchtet. Der Beschuldigte hat seine Kinder- und Jugendjahre in B._____ verbracht, dort den Beruf als Automechaniker erlernt und in B._____ auf diesem Beruf gearbeitet und später im Bereich Kauf/Verkauf. Der Beschuldigte verbrachte demnach seine prägenden Jahre in B._____. Er verliess sein Heimatland erst im Alter von 30 Jahren. Dies schwächt das Argument der doch schon langen Aufenthaltsdauer ab. Es kann nicht gleichsam schematisch aber einer gewissen Aufent-

haltsdauer eine Verwurzelung der ausländischen Person in der Schweiz angenommen werden (vgl. Urteile des BGer 6B_2/2019 vom 27. September 2019, E.8.3.; 6B_841/2019 vom 15. Oktober 2019, E. 2.5.1., 6B_131/2019 vom 27. September 2019, E. 2.5.5., 6B_143/2109 E. 3.2.2). Wenn der Beschuldigte zu seinen Verlassen von B._____ anführt, es habe dort nicht funktioniert (Prot. I S. 8) bzw. er sei für das gute Leben in die Schweiz gekommen (Prot. II S. 6), so ist anzumerken, dass dies nicht gerade aufschlussreich ist und jedenfalls nicht den Schluss zulässt, dass er nicht nach B._____ zurück und sich dort wieder niederlassen kann. Es ist an dieser Stelle anzumerken, dass auf das Asylgesuch des Beschuldigten vom 31. Dezember 2002 nicht eingetreten und er aus der Schweiz weggewiesen worden war. Er konnte einzig aufgrund der Heirat mit einer in der Schweiz lebenden Österreicherin in der Schweiz verbleiben (Urk. 18/S 1-53). Der Beschuldigte ist am 30. Dezember 2002 in die Schweiz gekommen. Er war hier zweimal verheiratet, die zweite Ehe sei 2014 geschieden worden. Der Beschuldigte hat einen leiblichen Sohn im Alter von 12 Jahren und einen Stiefsohn. Der Beschuldigte konnte an der Berufungsverhandlung teilweise verständlich auf Deutsch antworten, griff jedoch zum Teil auch auf die Dolmetscherin zurück (Prot. II S. 4, S. 6, S. 9). Dies deutet zumindest darauf hin, dass er sich im Alltag auf Deutsch nicht schlecht verständigen kann. Angesichts der Bedeutung und Tragweite, die das vorliegende Verfahren für ihn hat, erscheint es sodann nachvollziehbar, dass er mehrheitlich die Unterstützung eines Dolmetschers bzw. einer Dolmetscherin in Anspruch nahm. Dennoch ist nicht ausser Acht zu lassen, dass der Beschuldigte trotz seiner doch langen Aufenthaltsdauer (rund 20 Jahre) nach wie vor nicht über derart gefestigte Deutschkenntnisse verfügt, um sich ungehindert und ohne Dolmetscher verständigen zu können, was auch auf eine mangelnde Integration und ein geringes soziales Umfeld hierzulande hinweist. Gemäss seinen eigenen Angaben verhält es sich weiter so, dass sich seine sozialen Kontakte auf die Beziehungen zu seinen beiden Söhnen (dazu weiter unten) beschränken und er noch wenig Zeit – allerdings hauptsächlich während der Arbeitszeit – mit Arbeitskollegen verbringe (Prot. I S. 9, Prot. II S. 9). Einen nennenswerten Bekannten- oder Freundeskreis (mit Afrikanern oder Schweizern) konnte er nicht aufweisen. Hier in der Schweiz hat der Beschuldigte ausser sei-

nem Sohn keine Verwandten. Seine Eltern und Geschwister leben in B._____, was er als "home" bezeichnete. Mit ihnen pflegt er Kontakt, einerseits telefonisch und andererseits gehe er meistens in den Ferien zum Ende Jahres zu ihnen (Prot. I S. 10, Prot. II S. 10 f.). Es lässt sich mit der Vorinstanz festhalten, dass der Beschuldigte hier in der Schweiz keine besonders intensiven, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur pflegt. Das soziale Leben des Beschuldigten beschränkte sich soweit ersichtlich und vorgebracht auf seinen Sohn (und seinen Stiefsohn) sowie seine Erwerbstätigkeit. Weiter ist dem Fazit der Vorinstanz zuzustimmen, dass auch wenn der Beschuldigte seit rund 20 Jahren nicht mehr in B._____ lebt, er die prägenden Jahre seiner Kindheit und Jugend dort verbracht hat, sich in der Regel einmal im Jahr dort zu Ferienzwecken aufhält und mit der Sprache und Kultur vertraut ist. Nach dem Gesagten erscheint es für den Beschuldigten zwar schwierig, aber nicht unmöglich oder unzumutbar, sich in seiner früheren Heimat wieder zurechtzufinden. Bei einer Rückkehr in sein Heimatland stehen ihm mit seinen Angehörigen auch Bezugspersonen zur Seite, mit denen er stets den Kontakt hielt und die ihn bei seinem Wiedereinleben in B._____ unterstützen können. Er wird sich beruflich in einer seiner auch in der Schweiz gesammelten Berufserfahrung entsprechenden Arbeit betätigen können und es wird ihm somit kaum Schwierigkeiten bereiten, sich wieder in die Gesellschaft in B._____ einzugliedern.

Weiter ist es sodann zwar zutreffend, dass der Beschuldigte in der Schweiz gearbeitet hat. Es sind jedoch immer wieder Lücken von Arbeitslosigkeit ersichtlich (vgl. etwa Urk. 18/113+114). Es handelte sich denn auch nach 20 Jahren weitgehend um Temporär-Stellen auf Stundenlohnbasis. Erst jetzt hat er gemäss seinen Angaben eine Festanstellung in Aussicht, wobei er zunächst die Probezeit zu bestehen hat (Prot. II S. 11). Gemäss eingereichtem Zwischenzeugnis der Personalberatungsfirma C._____ wurde der Beschuldigte als sehr vertrauenswürdig und verantwortungsbewusst beschrieben und es wurde unter anderem festgehalten, dass man mit seinen Leistungen sehr zufrieden sei (Urk. 56/1). Im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Hauptverhandlung war er über C._____ bei einer ...-firma in D._____ im Einsatz. Dort war er gemäss Angaben seiner Verteidigung nicht mehr zufrieden und suchte nach einer Stelle mit besserem Verdienst. Ab

dem 10. Mai 2022 war er über ein Stellenvermittlungsbüro bei der E._____ Schweiz AG als Lagermitarbeiter tätig und seit 18. Juli 2022 (vermittelt durch C._____) arbeitete er bei der F._____ AG in G._____, wo sein Bruttolohn Fr. 30.– pro Stunde beträgt (Urk. 55 S. 3, Urk. 56/2-3). Wenngleich der Beschuldigte nun eine Festanstellung in Aussicht zu haben scheint, kann insgesamt nicht von einer besonders guten Integration des Beschuldigten im schweizerischen Arbeitsmarkt gesprochen werden, zumal er bis dato nie über eine längerfristige, feste Arbeitsstelle verfügte. Es ist ihm nicht gelungen, dauerhaft im Schweizer Arbeitsmarkt Fuss zu fassen. Allerdings ist ihm zugutezuhalten, dass er fast durchgehend arbeitstätig war. Ebenfalls gegen eine speziell intensive Integration spricht der hohe Schuldenberg von zwischenzeitlich Fr. 30'000.– (vgl. Urk. 6/2 S. 12, Urk. 18/156). Es ist allerdings festzuhalten, dass der Beschuldigte an anderer Stelle von Fr. 15'000.– sprach. Vor Vorinstanz gab er an, er habe diese Schulden in Afrika (Prot. I S 9, Urk. 6/5 Antwort 106). Zu Beginn in der Untersuchung führte er allerdings aus, sich hier Fr. 25'000.– geliehen zu haben, die er in Afrika ausgegeben habe (Urk. 6/1 S. 7). Was es mit diesen hohen Schulden auf sich habe, wollte der Beschuldigte nicht erläutern. Dies sei privat (Urk. 6/2 Fragen 114 ff.). An der Berufungsverhandlung verneinte er die Frage nach Schulden (Prot. II S. 10). Diese Angaben zeigen nebenbei bemerkt auf, dass der Beschuldigte offensichtlich weiterhin durchaus intensive Kontakte in B._____ pflegt, wenn er dort die Fr. 25'000.– ausgegeben hat. Überhaupt sind aber seine Angaben zu seinen finanziellen Verhältnissen nicht nur wegen der erwähnten Widersprüche hinsichtlich der Schulden wenig kohärent. Während er angab, für sein Kind mangels finanzieller Verhältnisse keine Alimente zahlen zu müssen und er freiwillig Fr. 100.– bis Fr. 300.– zahle (vgl. Prot. I S. 10 f., Urk. 6/2 S. 12), erklärte er vor Vorinstanz am 9. September 2021 und auch an der Berufungsverhandlung zuletzt im Dezember 2020 Alimente gezahlt zu haben (Prot. I S. 13, Prot. II S. 9). Vor allem aber hat er zu Beginn der Untersuchung am 4. Juni 2020 noch ausgesagt, er unterstütze seine Geschwister in B._____ mit ca. Fr. 1'300.– pro Monat (Urk. 6/1 S. 8). Diese Angaben lassen sich nicht in Übereinstimmung bringen. Es lässt sich jedenfalls festhalten, dass der Beschuldigte hier in der Schweiz weder sozial noch beruflich integriert ist, zumindest im Zeitpunkt der Untersuchung Schulden auf-

wies und seine finanzielle Verhältnisse unklar bleiben. Ebenfalls gegen eine besonders gute Integration spricht, dass der nicht süchtige Beschuldigte während Jahren Kokain verkauft hat und diese Tätigkeit nur aufgrund der erfolgten Verhaftung beendete. Es handelte sich somit auch nicht um einen einmaligen Ausrutscher.

3.4. Näher zu prüfen ist jedoch seine familiäre Situation, soweit es die eigentliche Kernfamilie (Ehefrau, Kind) angeht. Das durch Art. 13 f. BV bzw. Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltemassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen (BGE 144 I 266 E. 3.3; 144 II 1 E. 6.1; je mit Hinweisen). Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern (vgl. BGE 145 I 227 E. 5.3; 144 II 1 E. 6.1; Urteile des BGer 6B_1428/2020 vom 19. April 2021 E. 2.4.3; 6B_587/2020 vom 12. Oktober 2020 E. 2.1.2 mit Hinweisen). Art. 8 EMRK hindert die Konventionsstaaten nicht daran, die Anwesenheit auf ihrem Staatsgebiet zu regeln und den Aufenthalt ausländischer Personen unter Beachtung überwiegender Interessen des Familien- und Privatlebens gegebenenfalls auch wieder zu beenden. Berührt die Landesverweisung Gewährleistungen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, sind die Voraussetzungen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK, insbesondere die Verhältnismässigkeit der Massnahme, zu prüfen (BGE 146 IV 105 E. 4.2; Urteil des EGMR in Sachen I.M. gegen die Schweiz vom 9. April 2019, Nr. 23887/16, Ziff. 68). Art. 66a StGB ist EMRK-konform auszulegen. Die Interessenabwägung im Rahmen der Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB hat sich daher an der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu orientieren (vgl. BGE 145 IV 161 E. 3.4; Urteile des BGer 6B_587/2020 vom 12. Oktober 2020 E. 2.1.2; 6B_396/2020 vom 11. August 2020 E. 2.4.4 mit Hinweisen). Der Beschuldigte ist geschieden. Er hat einen mittlerweile 12-jährigen Sohn. Der Beschuldigte macht geltend, bei einer Landesverweisung die familiäre Beziehung zu seinen Kindern – er betrachte auch den "Stiefsohn" wie ein eigenes Kind – nicht mehr pflegen zu können. Vorab er-

staunt es, dass der Beschuldigte sein Kind im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Verhandlung bereits seit bald einem halben Jahr nicht mehr gesehen hatte. Auch dass er von dem Umzug des Sohnes nach Deutschland keine Kenntnis hatte, lässt auf keine tatsächlich gelebte familiäre Beziehung schliessen. Daran ändert auch nichts, dass seine Exfrau ihm offenbar rechtswidrig den Kontakt zu seinem Sohn verweigert (vgl. Prot. II S. 8, Urk. 55 S. 4 ff.). Nachdem demnach sein Sohn nicht mehr in der Schweiz lebt, ist Art. 8 Ziff. EMRK bei Aussprechen einer Landesverweisung nicht mehr tangiert.

Der Beschuldigte ist geschieden und führt mit dem Sohn ohnehin keinen gemeinsamen Haushalt. Weiter kann er ihn finanziell kaum unterstützen. Offenbar stellte er die freiwillig geleisteten Unterhaltszahlungen im Dezember 2020 ein, da er keine Adresse seiner Exfrau hatte (Prot. II S. 9). Bei einer Landesverweisung würde der persönliche Kontakt zwischen dem Beschuldigten und seine Sohn klarerweise eingeschränkt und hätte eine räumliche Trennung zur Folge. Eine räumliche Trennung trat bereits ein, als seine Exfrau mit seinem Sohn und Stiefsohn nach Deutschland zog. Dass er an seinem Sohn und auch an seinem Stiefsohn hängt, wurde von ihm glaubhaft dargelegt. Sodann ist die wohl mittlerweile erfolgte Entfremdung nicht auf sein Verhalten zurückzuführen, sondern seiner Exfrau zuzuschreiben. Allerdings fällt es auf, dass der Beschuldigte erst nach über einem Jahr nach dem letzten Kontakt zu seinem Sohn Erkundigungen einholte und ein Strafverfahren einleitete (vgl. Urk. 56/5-6j), was gewisse Fragen in Bezug auf die Ernsthaftigkeit seiner Bemühungen aufwirft. Dass eine solche räumliche Trennung für ihn eine gewisse Härte darstellen dürfte, ist nachvollziehbar, vom Gesetzgeber mit der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative aber in Kauf genommen (Urteil des Bundesgerichts 6B_131/2019 vom 27. September 2019, E. 2.5.5.). Durch die Anordnung einer Landesverweisung wird es dem Beschuldigten aber nicht verunmöglicht, den Kontakt zu seinem Sohn (und zu seinem Stiefsohn) halten zu können, zumal neben (Ferien-)Besuchen auch weiterer Kontakt mittels modernen Kommunikationsmitteln möglich ist. Dass es von der Schweiz aus einfacher für den Beschuldigten wäre, den Kontakt zu seinem Sohn zu pflegen, wie die Verteidigung vorbringt, mag grundsätzlich zutreffen. Nachdem seit über ein- einhalb Jahren überhaupt kein Kontakt mehr zwischen dem Beschuldigten und

seinem Sohn besteht und mithin nicht von einer tatsächlich gelebten Beziehung gesprochen werden kann, stellt dies für sich allein keinen Grund dar, einen schweren persönlichen Härtefall anzunehmen. Eine Anordnung der Landesverweisung hat demnach weder eine Verletzung von Art. 8 EMRK zur Folge noch ist aufgrund der Auswirkungen auf seine familiären Beziehungen ein schwerer persönlicher Härtefall zu bejahen. Weitere familiäre Beziehungen in der Schweiz hat der Beschuldigte nicht.

3.5. Im Rahmen einer gesamtheitlichen Betrachtung aller Umstände zeigt sich, dass die Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz für ihn mit Unannehmlichkeiten verbunden ist und mit einer weiteren Distanzierung des persönlichen Kontakts zu seinem Sohn einhergeht. Dies stellt zweifelsohne in gewissem Sinn 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 aber bei den vorliegend zu beurteilenden Verhältnissen nicht ausgegangen werden, nachdem wie aufgezeigt eine gefestigte, erfolgreiche Integration des Beschuldigten in der Schweiz verneint werden muss und eine Rückkehr in sein Heimatland B. _____ nicht unzumutbar erscheint. Sodann ist es nicht unzumutbar, den Kontakt zu seinem Sohn per Video- und Audiotelefonie und mit Besuchen in seiner Heimat zu pflegen. Da kein 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, denn die Härtefallklausel kommt nach dem klaren Wortlaut von Art. 66a Abs. 2 StGB nur in Ausnahmefällen unter den kumulativen Voraussetzungen zur Anwendung (vorstehend, Erw. VI.1.5.).

Selbst wenn man von einem schweren persönlichen Härtefall ausginge, würde auch die in einem zweiten Schritt vorzunehmende Interessenabwägung zuungunsten des Beschuldigten ausfallen. Zwar wiegt das Verschulden des Beschuldigten hinsichtlich der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz noch leicht. Es ist aber zu sehen, dass es um ein noch leichtes Verschulden im Rah-

men des schweren Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG geht, welcher einen Strafraum von mindestens 1 Jahr Freiheitsstrafe bis zu 20 Jahren vorsieht. Der Beschuldigte hat direkt Kokain an Abnehmer verkauft und zwar in einem Umfang der den Tatbestand der Menge, die die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann, bei Weitem übersteigt. Der Beschuldigte hat während Jahren rund 180 Gramm reines Kokain verkauft. Der Beschuldigte ist ausserdem nicht kokainsüchtig und hat einzig aus finanziellen Gründen gehandelt. Einzig die Verhaftung des Beschuldigten führte dazu, dass er mit diesem Handel aufhörte. Bei Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz hat sich das Bundesgericht hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit stets streng gezeigt; diese Strenge bekräftigte der Gesetzgeber mit Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB. "Drogenhandel" führt von Verfassung wegen in der Regel zur Landesverweisung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die obligatorische Landesverweisung wegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB grundsätzlich unabhängig von der konkreten Tatschwere greift. Zudem muss sie unabhängig davon ausgesprochen werden, ob die Strafe bedingt, unbedingt oder teilbedingt ausgefällt wird (vgl. Urteil des BGer 6B_1424/2019 vom 15. September 2020 m. H.). Ihm als in der Schweiz lebender Ausländer mit Kind muss auch bekannt und bewusst gewesen sein, dass Drogenhändler in ihr Heimatland abgeschoben werden. Es ist für den Beschuldigten sodann nicht unzumutbar, den Kontakt zu seinem Sohn per Video- und Audiotelefonie und mit Besuchen in seiner Heimat zu pflegen. Damit kann seinem privaten Interesse an der Aufrechterhaltung der familiären Beziehung zu seinem Sohn Rechnung getragen werden. Auch wenn dem Beschuldigten eine gute Legalprognose gestellt wurde und er sich seit längerem Wohl verhalten hat, ist es vor diesem Hintergrund nicht möglich, eine Rückfallgefahr auszuschliessen. Vielmehr bestehen diesbezüglich noch Bedenken und ist eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit durch weitere Taten des Beschuldigten nach wie vor – wenn auch in geringem Ausmass – gegeben. Zusammenfassend fiele auch die Interessenabwägung zu Ungunsten des Beschuldigten aus, weshalb das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung des Beschuldigten dessen Interesse, sein Familienleben weiterhin in der Schweiz

ausleben zu können, überwiegt. Aufgrund des Gesagten ist der Beschuldigte in Anwendung von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB des Landes zu verweisen.

4. Unter Berücksichtigung des Verschuldens des Beschuldigten, welches insgesamt als noch leicht zu qualifizieren ist, und im Verhältnis zur angeordneten Freiheitsstrafe von 24 Monaten erweist sich eine Landesverweisung für die Mindestdauer von 5 Jahren als angemessen. Der Beschuldigte ist im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für 5 Jahre des Landes zu verweisen.

5. B._____ ist kein Mitgliedstaat des Schengen-Übereinkommens. Nachdem es sich vorliegend bei der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG um ein Delikt handelt, das mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr zu bestrafen ist, ist die vorinstanzlich angeordnete Ausschreibung im SIS zu bestätigen (vgl. Urk. 44 S. 32 f.).

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Der Beschuldigte liess vor Vorinstanz den Antrag stellen, die Kosten seien ausgangsgemäss auferlegen und die Kosten der amtlichen Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen (Urk. 36 S. 2). Mit der Berufungserklärung verlangt die Verteidigung eine Reduktion der vorinstanzlichen Gerichtgebühr, da von der Anordnung einer Landesverweisung abzusehen sei (Urk. 47 S. 2). Der Beschuldigte wurde durch das Bezirksgericht Hinwil vollumfänglich schuldig gesprochen (Urk. 44 S. 35). Dieser Schuldspruch ist in Rechtskraft erwachsen. Die Kosten der Untersuchung und des vorinstanzlichen Gerichtsverfahrens sind daher vollumfänglich dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Entgegen der Ansicht der Verteidigung besteht kein Anlass auf eine Reduktion der von der Vorinstanz angemessen festgesetzten Gerichtsgebühr. Dies schon nur deshalb, da veranlasst durch das strafbare Verhalten des Beschuldigten von Gesetzes wegen über die Landesverweisung zu entscheiden war. Nachdem der Antrag des Beschuldigten auf Absehen von der Anordnung einer Landesverweisung zudem wie erwogen abzuweisen ist, erweist sich der Antrag auf eine Kostenreduktion ohnehin als obsolet. Es ist daher von einer Reduktion der vorinstanzlichen Gerichtsge-

bühr abzusehen und es sind dem Beschuldigten die Kosten der Untersuchung und des vorinstanzlichen Gerichtsverfahrens vollumfänglich aufzuerlegen.

2. 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).

3. Der amtliche Verteidiger ist gemäss seiner eingereichten Honorarnote (Urk. 57) mit Fr. 4'764.55 (inkl. MWST) zu entschädigen, wobei diese Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Eine Rückforderung vom Beschuldigten ist gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO gesetzlich vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 10. September 2021 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldsprüche), 2 (Sanktion), 3 (Vollzug), 4 (Ersatzfreiheitsstrafe) und 7-9 (Verfügungen über sicher-gestellte/beschlagnahmte Gegenstände) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
2. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet.
3. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 10 und Ziff. 11) wird bestätigt.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'764.55 amtliche Verteidigung.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberland
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
- sowie in vollständiger Ausfertigung an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft See/Oberland
 - das Bundesamt für Polizei
- und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.
7. Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung

des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 16. September 2022

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Wenker

MLaw Meier