



Kass.-Nr. AC040064/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie die Sekretärin Daniela Brüscheiler

Zirkulationsbeschluss vom 23. September 2004

in Sachen

X.

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt _____

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

8001 Zürich,

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Staatsanwältin Dr.iur. Ursula Frauenfelder Nohl

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und Widerruf**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. März 2004 (SB040085/U/gk)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. X. (nachfolgend Beschwerdeführer) wurde von der II. Strafkammer des Obergerichts (Vorinstanz) mit Urteil vom 30. März 2004 zweitinstanzlich der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen und mit 13 Monaten Gefängnis bestraft, wovon 272 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden seien, teilweise als Zusatzstrafe zu der mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 10. Mai 2003 ausgefallenen Freiheitsstrafe von drei Monaten. Des Weiteren wurde der Beschwerdeführer für die Dauer von 4 Jahren des Landes verwiesen und die Vorinstanz ordnete den Vollzug von Haupt- und Nebenstrafe an (OG act. 53 S. 17 bzw. KG act. 2 S. 17).

2. Gegen diesen Entscheid liess der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde anmelden (OG act. 56 bzw. KG act. 6) und begründen (KG act. 1). Er beantragt die Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz (KG act. 1 S. 2).

3. Die Staatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin) verzichtete auf Beschwerdeantwort (KG act. 9), die Vorinstanz auf Vernehmlassung (KG act. 10).

4. Der Beschwerdeführer hat keine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben (vgl. OG act. 60 bzw. KG act. 4).

II.

1. Die Kritik des Beschwerdeführers richtet sich gegen die von der Vorinstanz ausgesprochene Landesverweisung für die Dauer von 4 Jahren. Der Beschwerdeführer rügt diesbezüglich eine Verletzung seines Gehörsanspruches sowie eine einseitige und damit willkürliche Beweiswürdigung, was einer Verletzung gesetzlicher Prozessformen im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO gleich-

komme (KG act. 1 S. 4 f.). Eine Verletzung materieller Gesetzesvorschriften im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 6 StPO erblickt der Beschwerdeführer sodann darin, dass die Vorinstanz es unterlassen habe, die aus Art. 8 EMRK fliessenden Rechte des Beschwerdeführers in ihren Entscheid miteinzubeziehen bzw. eine entsprechende Interessenabwägung vorzunehmen (KG act. 1 S. 5 f.).

2. Die Vorinstanz verwies bei ihren Erwägungen zur Landesverweisung zunächst auf die entsprechenden Ausführungen der Erstinstanz (KG act. 2 S. 13). Nach Erwähnung der rechtlichen Grundlagen hielt die Vorinstanz sodann fest, der aus Senegal stammende Beschwerdeführer sei 1997 in die Schweiz gekommen und habe hier eine Schweizerin geheiratet. Aus dieser Ehe sei ein Kind hervorgegangen. Der Beschwerdeführer verfüge über die Niederlassungsbewilligung C. Er lebe seit September 2002 von seiner Ehefrau getrennt. Diese verweigere ihm den Kontakt zu seinem Kind. Er sei arbeitslos und habe vor seiner Verhaftung bei einem Kollegen gewohnt. Zu diesem wolle er nach der Entlassung aus der Haft zurückkehren. Seine Verwandten würden in Senegal leben, wohin er sich auch jedes Jahr für zwei Monate begeben habe und wo seine Familie einen kleineren Landwirtschaftsbetrieb bzw. eine Plantage betreibe. Der Beschwerdeführer habe an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung selbst angegeben, er bereite seine Rückreise nach Senegal vor. Er verfüge lediglich über schwache Beziehungen zur Schweiz, zumal ihm der Kontakt zu seinem Kind von der Ehefrau verweigert werde und auch selbst nach seinen Angaben völlig ungewiss sei, ob seine Ehefrau die eheliche Beziehung wieder aufzunehmen bereit sei. Es fehle jedenfalls an klaren Hinweisen dafür, dass die Ehefrau bereit wäre, ihn nach der Entlassung aus dem Vollzug wieder bei sich aufzunehmen, zumal sie ihn während der Verbüßung der längeren Gefängnisstrafe kein einziges Mal im Gefängnis besucht habe. Dagegen habe der Beschwerdeführer gute Beziehungen zu seinem Heimatland. Vor Erstinstanz habe er noch angegeben, nach der Haftentlassung nach Senegal ausreisen zu wollen, im Wissen darum, dass seine Frau sich mit Scheidungsgedanken befasst habe. Der Beschwerdeführer weise seit seinem Aufenthalt in der Schweiz 1997 bereits zwei Vorstrafen wegen Betäubungsmitteln auf und die im derzeitigen Verfahren zu beurteilenden Verfehlungen würden erheblich wiegen (KG act. 2 S. 14 f.).

3. a) Der Beschwerdeführer bemängelt zunächst, aus seinen Ausführungen in der Berufungsverhandlung ergebe sich, dass die Weigerung seiner Ehefrau, ihm den Kontakt zum gemeinsamen Kind zu erlauben, auf die Zeit vor seiner Verhaftung zurückgehe und auf seine damalige Lebensweise in der Welt der Drogen zurückzuführen gewesen sei. Da er ihre Argumentation verstanden habe, habe er sich ihrer Haltung unterzogen. Aus den Aussagen des Beschwerdeführers gehe aber auch hervor, dass seine Ehefrau inzwischen an dieser Weigerung nicht mehr festhalte, sondern selbst an einer positiven Lösung für das Kind interessiert sei, wobei die Frage, ob die Ehe weitergeführt werden könne, offen bleibe. Auf all diese Ausführungen des Beschwerdeführers wie auch dessen Rechtsvertreters, welche durch die Akten in keiner Weise widerlegt würden, sei die Vorinstanz mit keinem Wort eingegangen. Sie habe weder behauptet noch begründet, dass bzw. weshalb die unwiderlegte Darstellung des Beschwerdeführers in der Berufungsverhandlung unglaublich sei. Vielmehr habe die Vorinstanz für die Annahme, die Ehefrau verweigere dem Beschwerdeführer den Kontakt zum Kind, einzig auf die Aussagen des Beschwerdeführers vor erster Instanz abgestellt. Jene Aussagen hätten sich aber auf die familiäre Situation vor der Verhaftung und nicht auf die gegenwärtige oder künftige bezogen. Das Vorgehen der Vorinstanz stelle eine Verletzung des Gehörsanspruches des Beschwerdeführers dar und beruhe auf einer einseitigen und damit willkürlichen Beweiswürdigung (KG act. 1 S. 3ff.).

b) Im zweiten Teil der Beschwerde kritisiert der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe sich mit keinem Wort zu Art. 8 EMRK geäußert, obwohl sie verpflichtet sei, bei der Rechtsanwendung die Grundrechte mitzuberücksichtigen und ausser Zweifel stehe, dass Art. 8 EMRK auf das Verhältnis Vater-Kind anwendbar sei. Die Vorinstanz habe verkannt, dass die familiäre Bindung des Vaters zu seinem Kind ungeachtet dessen bestehe, ob ihm der Kontakt von der Mutter erlaubt werde oder nicht. Auch im Falle einer Scheidung habe ein Vater einen Anspruch auf Anordnung eines Besuchsrechts. Ausnahmen im Interesse des Kindeswohles würden hier nicht zur Diskussion stehen. Es könne dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden, dass er damals nicht gerichtlich gegen seine Ehefrau vorgegangen sei, um seine Rechte als Vater durchzusetzen, sondern sich dem Willen der Ehefrau unterzogen und auf den Kontakt zum Kind verzichtet habe. Ein

Familienleben bzw. eine Vater-Kind-Beziehung im Ausland zu leben, sei unter den konkreten Umständen weder im Hinblick auf die Ehefrau noch auf das Kind denkbar und zumutbar. Die Anordnung der unbedingten Landesverweisung habe deshalb zur Folge, dass es dem Beschwerdeführer gänzlich verunmöglicht werde, eine Beziehung zu seinem Kind zu leben. Die Vorinstanz habe es unterlassen, beim Entscheid über die Landesverweisung die sich aus Art. 8 EMRK ergebenden Rechte des Beschwerdeführers miteinzubeziehen. Sie hätte die gewichtigen Interessen des Beschwerdeführers an einer intakten Beziehung zu seinem Kind gegen die Sicherheitsbedürfnisse der Schweiz abwägen müssen, was sie jedoch unterlassen habe (KG act. 1 S. 5 f.).

4. a) Vorab ist festzuhalten, dass gegen das Urteil der Vorinstanz wegen Verletzung von materiellem Bundesrecht eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden kann. Soweit gegen einen obergerichtlichen Entscheid eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde geführt werden kann, sind Rügen, mit welchen eine Verletzung von materiellem Bundesrecht geltend gemacht wird, nicht zulässig (§ 430b Abs. 1 StPO). Wird hingegen gerügt, die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit der Anwendung von eidgenössischem Recht willkürliche tatsächliche Annahmen getroffen, ist auf die Vorbringen im kantonalen Kassationsverfahren einzutreten, soweit sie den gesetzlichen Anforderungen an eine hinreichende Beschwerdebegründung (vgl. § 430 Abs. 2 StPO) entsprechen.

Die Frage, welche Aspekte bei der Landesverweisung wesentlich sind, beurteilt sich ausschliesslich nach Massgabe der Art. 55 StGB und wird demnach vom Bundesgericht auf eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde überprüft. Ebenso äussert sich das Bundesgericht zu den Kriterien für die Anordnung einer Landesverweisung im Lichte des Anspruchs auf Achtung des Privat- und Familienlebens, wie auch zu der Frage, welche Anforderungen an die Begründung des Entscheides über eine Landesverweisung zu stellen sind (Pra 2003 Nr. 216; BGE 123 IV 107 ff.). Entsprechend hielt der Kassationshof in seinem Urteil vom 27. Juli 2004 (6P.44/2004 - 6S.133/2004) fest, soweit gerügt werde, Art. 8 EMRK sei durch die Anordnung der unbedingten Landesverweisung gemäss Art. 55 StGB verletzt, könne auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht eingetreten werden.

Denn Vorbringen, welche eine mittelbare Verletzung der EMRK bzw. eine konventionswidrige Anwendung von Bundesrecht zum Gegenstand hätten, seien im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nicht zu hören, sondern könnten nur mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde vorgetragen werden.

Im Übrigen ist zu bemerken, dass der Kassationshof des Bundesgerichts gestützt auf Art. 277 BStP die Sache an die kantonale Gerichtsbehörde zurückweist, wenn deren Entscheidung an derartigen Mängeln leidet, dass die Gesetzesanwendung nicht überprüft werden kann; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der kantonale Sachrichter im Rahmen der Anwendung von materiellem Bundesrecht wesentliche Aspekte nicht berücksichtigt hat.

b) Richtig ist, dass die Vorinstanz die Angaben des Beschwerdeführers anlässlich der Berufungsverhandlung, seine Ehefrau habe ihm zu verstehen gegeben, an einer positiven gemeinsamen Lösung für das Kind interessiert zu sein, wie auch diejenigen des Rechtsvertreters, die Ehefrau sei unter der Voraussetzung, dass der Beschwerdeführer nicht mehr delinquierte bzw. nicht mehr im Drogenmilieu tätig sei sowie selber auch nicht konsumiere, für eine Aufrechterhaltung bzw. Wiederherstellung des Kontaktes zwischen dem Kind und dem Beschwerdeführer, in ihren Erwägungen zum Entscheid über die Landesverweisung nicht erwähnt. Wenn die Vorinstanz aber festhielt, der Beschwerdeführer verfüge lediglich über schwache Beziehungen zur Schweiz, zumal ihm der Kontakt zu seinem Kind von seiner Ehefrau verweigert werde und auch selbst nach seinen Angaben völlig ungewiss sei, ob seine Ehefrau die eheliche Beziehung wieder aufzunehmen bereit sei (KG act. 2 S. 14), zeigt dies, dass die Vorinstanz den gegenwärtigen Stand der Dinge, soweit dies den persönlichen Kontakt zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Kind anbelangt, beschreibt bzw. als wesentlich erachtet. Das Obergericht bringt damit zum einen nicht zum Ausdruck, es sei unwahrscheinlich oder unglaubhaft, dass grundsätzlich künftig wieder ein Kontakt zu Stande kommen könnte. Zum anderen wird weder vom Beschwerdeführer geltend gemacht noch geht aus den Akten hervor, dass im Zeitpunkt der Berufungsverhandlung ein persönlicher Kontakt zwischen ihm und dem Kind stattfinden würde

bzw. stattgefunden hätte. Es kann deshalb nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe eine willkürliche tatsächliche Annahme getroffen.

Eine andere Frage ist, ob die Vorinstanz die vom Beschwerdeführer und seinem Rechtsvertreter dargelegte künftig mögliche Kontaktaufnahme bzw. -wiederaufnahme bei der Abwägung von privaten und öffentlichen Interessen hätte berücksichtigen müssen bzw. ob sie diesbezüglich ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist. Diese Themen, einschliesslich des Vorwurfes, die Vorinstanz habe sich nicht zu Art. 8 EMRK geäussert, beschlagen nach dem unter vorstehender Ziff. 4.a) Gesagten jedoch Bundesrecht, weshalb auf die entsprechenden Rügen im kantonalen Beschwerdeverfahren nicht eingetreten werden kann.

5. Zusammenfassend ergibt sich damit, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschwerdeführer aufzuerlegen, jedoch - wie dies bereits die Vorinstanz getan hat (KG act. 2 S. 17) - in Anbetracht der Situation des Beschwerdeführers (vgl. BG Prot. S. 4-9; BG act. 8 S. 5-7; BG act. 12/1-2; OG Prot. S. 6-15) einstweilen abzuschreiben (§ 190a StPO).

Über die Höhe der Entschädigung des amtlichen Verteidigers wird unter Berücksichtigung der Honorarnote mittels Präsidialverfügung zu entscheiden sein.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 205.-- Schreibgebühren,
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch einstweilen abgeschrieben.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht _____, 2. Abteilung (Proz. Nr. DG030366), das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste), die Bundesanwaltschaft (3003 Bern) sowie das Migrationsamt des Kantons Zürich, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Die juristische Sekretärin: