

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB210536-O/U/mc-as

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Stiefel, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Bertschi und Ersatzoberrichterin lic. iur. Tschudi sowie Gerichtsschreiber MLaw Pandya

Urteil vom 1. April 2022

in Sachen

1. **A.**_____,
2. **B.**_____,

Berufungskläger und Beschuldigte

- 1 amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____,
2 amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin MLaw X2._____,

gegen

Staatsanwaltschaft See/Oberland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfaches Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Strafgericht, vom
29. April 2021 (DG200016)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 11. November 2020 (Urk. 28) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil und Beschluss der Vorinstanz:

(Urk. 56 S. 30 ff.)

1. Der Beschuldigte 1, A._____, ist schuldig
 - des mehrfachen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG;
 - des Führens eines nicht betriebssicheren Fahrzeuges im Sinne von Art. 93 Abs. 2 lit. a SVG.
2. Der Beschuldigte 2, B._____, ist schuldig des mehrfachen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, teilweise in Gehilfenschaft im Sinne von Art. 25 StGB.
3. Der Beschuldigte 1 wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 57 Tage durch Haft erstanden sind) sowie mit einer Busse von Fr. 300.–.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe des Beschuldigten 1 wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Bezahlt der Beschuldigte 1 die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.
6. Der Beschuldigte 2 wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 90 Tage durch Haft erstanden sind.
7. Der Vollzug der Freiheitsstrafe des Beschuldigten 2 wird im Umfang von 24 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Rest-

umfang von 12 Monaten (abzüglich 90 Tage, die durch Haft erstanden sind), wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

8. Der Beschuldigte 1 wird im Sinne von Art. 66a StGB für die Dauer von 5 Jahren des Landes verwiesen.
9. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet.
10. Das beim Beschuldigten 1 sichergestellte und bei der Kantonspolizei Zürich gelagerte Mobiltelefon iPhone 6 mit roter Schutzhülle (Asservat-Nr. A013'145'692) wird dem Beschuldigten 1 nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgegeben.

Sollte innerhalb von 90 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids die Herausgabe nicht verlangt werden, so bleibt der Gegenstand der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

11. Das beim Beschuldigten 2 sichergestellte und bei der Kantonspolizei Zürich gelagerte Mobiltelefon iPhone 7 (Asservat-Nr. A013'316'400) wird nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen an den Beschuldigten 2 herausgegeben.

Sollte innerhalb von 90 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids die Herausgabe nicht verlangt werden, so bleibt der Gegenstand der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

12. Das beim Beschuldigten 1 sichergestellte und bei der Kantonspolizei gelagerte Vorhängeschloss (Asservat-Nr. A013'145'943) wird der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
13. Die bei der Kantonspolizei Zürich unter den BM-Lagernummern B03138-2019 und B03693-2019 (Referenz-Nr. K191024-052) gelagerten Betäubungsmittel (Heroin- und Kokaingemische) und Betäubungsmittelutensilien (Verpackungsmaterial und Alufolie) werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur Vernichtung überlassen:

14. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 8. Oktober 2020 vom Beschuldigten 2 beschlagnahmte Barschaft von € 230.– (entsprechend Fr. 246.17) werden eingezogen und zur teilweisen Deckung der dem Beschuldigten 2 aufzuerlegenden Verfahrenskosten verwendet.
15. Die beim Forensischen Institut Zürich (FOR) unter der Geschäfts-Nr. 76611126 (Referenz-Nr. K191024-052) gelagerten Spuren und Spurenläger werden dem FOR zur Vernichtung überlassen.
16. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.–.
17. Die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 4'150.–Auslagen Untersuchung (Gutachten)
 - Fr. 200.– Kosten Telefonkontrolle
 - Fr. 2'000.–Gebühr gemäss § 4 Abs. 1 lit. d GebV StrV
18. Die Entscheidgebühr und die weiteren Kosten werden den Beschuldigten 1 und 2 (unter Berücksichtigung von Dispositivziffer 14) je zur Hälfte auferlegt.
19. Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten 1 mit Fr. 10'250.– (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten 1 werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung beim Beschuldigten 1 gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

20. Rechtsanwältin MLaw X2. _____ wird für ihre Bemühungen als amtliche Verteidigerin des Beschuldigten 2 mit insgesamt Fr. 15'334.30 [recte: Fr. 15'354.30] (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) entschädigt.

Es wird vorgemerkt, dass bereits eine Akontozahlung in der Höhe von Fr. 5'534.30 [recte: Fr. 5'554.30] (act. D1/18/11) ausbezahlt wurde. Dementsprechend ist Rechtsanwältin MLaw X2. _____ mit zusätzlich Fr. 9'800.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten 2 werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung beim Beschuldigten 2 gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten 1:

(Urk. 60 S. 6; Urk. 71)

1. Der Berufungskläger sei im Sinne des erstinstanzlichen Urteils (Ziffer eins und drei) schuldig zu sprechen.
2. Der bedingte Vollzug (Ziffer vier) sei zu bestätigen
3. Es sei unter Aufhebung der Dispositivziffern 8. und 9. des erstinstanzlichen Urteils von einer Landesverweisung abzusehen.

b) Der Vertreter der Staatsanwaltschaft See/Oberland:

(Urk. 64)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Verfahrensgegenstand

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Uster, Strafgericht, vom 29. April 2021 wurde der Beschuldigte A._____ wegen mehrfachen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von dessen Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d in Verbindung mit dessen Art. 19 Abs. 2 lit. a und wegen Führens eines nicht betriebssicheren Fahrzeuges im Sinne von Art. 93 Abs. 2 lit. a SVG schuldig gesprochen. Weiter wurde der Beschuldigte B._____ wegen mehrfachen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von dessen Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d in Verbindung mit dessen Art. 19 Abs. 2 lit. a, teilweise in Gehilfenschaft im Sinne von Art. 25 StGB, schuldig gesprochen. Der Beschuldigte A._____ wurde mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 57 Tage durch Haft erstanden waren, sowie mit einer Busse von Fr. 300.– bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit wurde auf 2 Jahre festgesetzt. Der Beschuldigte B._____ wurde mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 90 Tage durch Haft erstanden waren, bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 24 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Restumfang von 12 Monaten, abzüglich 90 Tage Haft, wurde die Freiheitsstrafe vollzogen. Ferner wurde der Beschuldigte A._____ im Sinne von Art. 66a StGB für die Dauer von 5 Jahren des Landes verwiesen und es wurde die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet. Zudem wurde über die sichergestellten Mobiltelefone und ein beim Beschuldigten A._____ sichergestelltes Vorhängeschloss entschieden. Sodann wurde die Einziehung und Vernichtung der sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien angeordnet. Die beim Beschuldigten B._____ beschlagnahmte Barschaft von € 230.– (entsprechend Fr. 246.17) wurden eingezogen und zur teilweisen Deckung der ihm aufzuerlegenden Verfahrenskosten verwendet. Für die beim Forensischen Institut Zürich gelagerten Spuren und Spurenräger wurde deren Vernichtung angeordnet. Gegen dieses Urteil liessen beide Beschuldigten fristgerecht Berufung anmelden (Urk. 51 und Urk. 52).

2. Das begründete Urteil wurde beiden Beschuldigten bzw. deren Verteidigern am 14. Oktober 2021 zugestellt (Urk. 55). Die Verteidigung des Beschuldigten B._____ erklärte mit Eingabe vom 26. Oktober 2021 innert Frist zur Einreichung der Berufungserklärung den Rückzug der Berufung (Urk. 57). Davon ist Vormerk zu nehmen. Der Beschuldigte A._____ liess beantragen (Urk. 60 S. 6), er sei im Sinne des erstinstanzlichen Urteils (Dispositivziffer 3) schuldig zu sprechen und der bedingte Vollzug (Dispositivziffer 4) sei zu bestätigen. In Aufhebung der Dispositivziffern 8 und 9 sei von einer Landesverweisung abzusehen. Die Staatsanwaltschaft See/Oberland verzichtete auf eine Anschlussberufung und beantragt die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 64). Mit Präsidialverfügung vom 20. Januar 2022 wurde ihr Gesuch um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung bewilligt (Urk. 64 S. 2).

3. Das erstinstanzliche Urteil ist demzufolge hinsichtlich Dispositivziffern 1 und 2 (Schuldsprüche), 3 (Freiheitsstrafe und Busse Beschuldigter 1), 4 (bedingter Vollzug Beschuldigter 1), 5 (Ersatzfreiheitsstrafe Busse), 6 (Freiheitsstrafe Beschuldigter 2), 7 (teilbedingter Vollzug Beschuldigter 2), 10 bis 12 (Sicherstellungen), 13 (Einziehung und Vernichtung Betäubungsmittel sowie Utensilien), 14 (Einziehung Barschaft Beschuldigter 2), 15 (Vernichtung Spuren), 16 bis 18 (Kostendispositiv) sowie 19 und 20 (Entschädigung amtliche Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen, was mittels Beschluss festzustellen ist.

4. Der Beschuldigte A._____ (nachfolgend Beschuldigter) liess beantragen, es sei seine Ehefrau zum Familienleben zu befragen. Zudem sei hinsichtlich der beiden Kinder der Eheleute ein kinderpsychologisches Gutachten zu erstellen, wie sich die Abwesenheit des Kindsvaters auswirken würde (Urk. 60 S. 6). Auf diese Beweisanträge ist im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen zurückzukommen.

II. Landesverweisung

1. Gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB verweist das Gericht einen Ausländer, der wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 BetmG verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 bis 15 Jahre aus der Schweiz. Die Landesver-

weisung greift grundsätzlich unabhängig von der konkreten Tatschwere (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 144 IV 168 E. 1.4.1. und BGer-Urteil 6B_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.2.1.). Es kann nach Art. 66a Abs. 2 StGB ausnahmsweise von der Landesverweisung abgesehen werden, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und 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. Erst wenn ein schwerer persönlicher Härtefall festgestellt wird, ist in einem nächsten Schritt das private Interesse des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz dem öffentlichen Interesse an der Landesverweisung gegenüberzustellen (BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 5/16, S. 102; siehe auch BGer-Urteil 6B_659/2018 vom 20. September 2018 E. 3.3.).

2. Die Staatsanwaltschaft beantragte vor erster Instanz, dass der Beschuldigte für fünf Jahre des Landes zu verweisen sei (Urk. 46 S. 2). Für einen Härtefall spreche ihrer Ansicht nach, dass der Beschuldigte mit einer Schweizerin verheiratet sei und mit ihr zwei Kinder habe. Demgegenüber lebe er erst seit 4½ Jahren hier, sei nach wie vor in seiner Heimat verwurzelt, habe seine Verwandten dort, spreche besser Albanisch als Deutsch und seine Frau vermöge selber für den Lebensunterhalt der Familie zu sorgen. Ein Härtefall sei wohl kaum mehr gegeben, so dass ein Landesverweis auszusprechen sei. Da aber, wie erwähnt, auch gewisse Elemente eines Härtefalles vorlägen, sei die Dauer der Landesverweisung auf 5 Jahre zu beschränken (Urk. 46 S. 7). Die Vorinstanz folgte dieser Ansicht. Sie erwog, dass beim Beschuldigten keine Verwurzelung und berufliche Integration in der Schweiz erkennbar seien. Er habe beruflich bislang nur bedingt Fuss fassen können, sei auf Stellensuche und beziehe Arbeitslosentaggelder. Dass die Familie nicht von Fürsorgegeldern abhängig sei, sei insbesondere der Arbeitstätigkeit seiner Ehefrau in einem 100%-Pensum zu verdanken. Seine Deutschkenntnisse seien noch nicht besonders ausgeprägt. Das Beziehungsnetz

des Beschuldigten in der Schweiz scheinbar sodann bescheiden zu sein. Gemäss eigenen Aussagen habe er vor allem Kontakt mit hier lebenden Landsleuten. Die Ehefrau des Beschuldigten habe ihre Wurzeln ebenfalls im gemeinsamen Herkunftsland. Die Kinder befänden sich sodann noch im anpassungsfähigen Alter, bei dem der Umzug in ein anderes Land durchaus als zumutbar erscheine. Wahrscheinlicher erscheine aber die Option, dass die Ehefrau mit den Kindern, die alle die Schweizer Staatsangehörigkeit besässen und hier geboren worden seien, während der Dauer der Landesverweisung des Beschuldigten in der Schweiz verbleiben würden. Der emotionale Aspekt, der durch die Trennung des Beschuldigten als Vater vom Rest der Familie herbeigeführt würde, bestünde bei allen straffälligen Elternteilen, denen eine Landesverweisung drohe. Eine drohende, vorübergehende (räumliche) Trennung des Elternteils vom Rest der Familie könne alleine nicht dazu führen, dass in solchen Fällen regelmässig von einer Landesverweisung abgesehen würde. In der Folge verwies die Vorinstanz den Beschuldigten für 5 Jahre des Landes (zum Ganzen Urk. 56 S. 25 f.).

3. Die Verteidigung macht geltend, dass die ausgesprochene Landesverweisung den nunmehr zweifachen Familienvater sehr bzw. äusserst hart treffe. Allerdings seien auch die beiden minderjährigen Kinder und die Ehefrau sehr hart getroffen (Urk. 60 S. 2). Bis zur Berufungsverhandlung müsse der Beschuldigte noch weiter integrative Entwicklungsfortschritte beweisen. In einer zukünftigen Rechtsprechung müsse auch verstärkt dem Aspekt der "funktionierenden Strukturen" und damit dem Ausschluss der Rückfallgefahr viel mehr an Gewicht beigegeben werden (Urk. 60 S. 2). Der Beschuldigte zeige seit seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft ein mehr als nur vorbildliches Verhalten, sodass ein Rückfall mit nahezu hundertprozentiger Gewissheit ausgeschlossen werden könne. Die Vorinstanz habe zu Recht erwogen, dass die Landesverweisung dazu führen werde, dass die Ehefrau mit den beiden Kindern hierzulande verbleiben werde. Im Übrigen sei es mittlerweile nicht mehr so, dass lediglich die Ehefrau erwerbstätig sei (Urk. 60 S. 3). In diesem Zusammenhang reichte die Verteidigung einen Einsatzvertrag und Lohnabrechnungen der Personalberatung "C._____" ins Recht (Urk. 61). Aus diesen Beilagen ist ersichtlich, dass der Beschuldigte in den Monaten Mai bis September 2021 Lohn in unterschiedlicher Höhe erhielt, wobei sein

Stundenlohn offenbar Fr. 28.05 beträgt. Weiter wendet die Verteidigung ein, dass grundsätzlich ein Härtefall gegeben ist, falls die Landesverweisung für das Kindeswohl traumatisierend wirke. In allen zivilrechtlichen Verfahren werde so viel Wert auf das Kindeswohl gelegt und würden kinderpsychologische Gutachten eingeholt, auch wenn es um viel weniger gehe wie die Trennung vom Kindsvater über eine Dauer von fünf Jahren. Deshalb sei der Antrag zu stellen, dass ein kinderpsychologisches Gutachten einzuholen sei mit der Frage, wie sich die Abwesenheit des Kindsvaters während den entwicklungsprägenden Jahren auf die Kinder auswirke. Auch sei entsprechend die Ehefrau zum Familienleben zu befragen, insbesondere zur Wirkung einer Landesverweisung auf die beiden Kinder (Urk. 60 S. 3). Zu berücksichtigen sei ferner, dass die Ehefrau ihren eigenen Vater hier in der Schweiz bei einem Gewaltdelikt verloren habe. Es seien letztendlich wohl ganz einfache psychologische Überlegungen, welche von der Vorinstanz unberücksichtigt geblieben seien. Einen Automatismus bei einem Betäubungsmittelverbrechen zur Anwendung kommen zu lassen, verstosse ganz klar gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip, weil jeweils stets eine individualisierte Prüfung vorgenommen werden müsse (Urk. 60 S. 4). Die frühe Heirat – die Ehefrau sei gerade einmal 17-jährig gewesen – stehe in einem sehr engen Zusammenhang mit dem Verlust ihres Vaters. Es gelte, die beiden minderjährigen Kinder des Beschuldigten nicht zu "Quasiwaisen" zu machen, um bei den Kindern das Schicksal zu wiederholen, welches auch der Mutter wiederfahren sei (Urk. 60 S. 5 f.).

4. Ob ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt, beurteilt sich anhand Kriterien wie bspw. die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration und die Resozialisierungschancen. Bei sämtlichen Aspekten ist der Fokus einerseits auf die Situation in der Schweiz und andererseits auf die Situation im Heimatland zu legen. Ein schwerer persönlicher Härtefall ist dann anzunehmen, wenn die Summe aller Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt. Ob ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt, ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu eruieren. Dabei sind sämtliche härtefallbegründenden Aspekte zu berücksichtigen.

sichtigen und zu bewerten (BUSSLINGER/UEBERSAX, a.a.O., S. 101 f.). Es ist hervorzuheben, dass die Härtefallbegründenden Aspekte grundsätzlich den Betroffenen selbst treffen müssen. Bei Dritten auftretend sind sie nur zu berücksichtigen, wenn sie sich zumindest indirekt auch auf den Betroffenen auswirken (BGer-Urteil 6B_1286/2017 vom 11. April 2018 E. 1.2. und E. 1.3.1.). Aus dem Umstand, dass sich die ausländische Person strafrechtlich nichts zuschulden hat kommen lassen und ihr Unterhalt ohne Sozialhilfe gewährleistet erscheint, kann für sich allein noch nicht auf eine erfolgreiche Integration geschlossen werden. Spielt sich das gesellschaftliche Leben einer ausländischen Person primär mit Angehörigen des eigenen Landes ab, spricht dies eher gegen die Annahme einer gelungenen Integration (BGer-Urteil 6B_793/2019 vom 12. September 2019 E. 2.3.2. mit Verweis auf BGer-Urteil 2C_221/2019 vom 25. Juli 2019 E. 2.2. f.). Ein Beschuldigter muss nachweisen, dass seine sozialen und beruflichen Bande zur Schweiz speziell intensiv sind, was deutlich über den Rahmen einer gewöhnlichen Integration hinausgeht (BGer-Urteil 6B_598/2019 vom 5. Juli 2019 E. 4.3.2.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann bei einer Härtefallprüfung nicht schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer eine Verwurzelung in der Schweiz angenommen werden. Die Anwendung von starren Altersvorgaben sowie die automatische Annahme eines Härtefalls ab einer bestimmten Anwesenheitsdauer findet keine Stütze im Gesetz (BGE 146 IV 105 E. 3.4.4., m.w.H.). Bereits bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren oder mehr ("Zweijahresregel") bedarf es ausserordentlicher Umstände, damit das private Interesse des Betroffenen an einem Verbleib in der Schweiz das öffentliche Interesse an einer Ausweisung überwiegt. Dies gilt grundsätzlich selbst bei bestehender Ehe mit einer Schweizerin und gemeinsamen Kindern ("Reneja-Praxis", BGE 135 II 377 E. 4.4.; BGer-Urteil 2C_1062/2018 vom 27. Mai 2019 E. 2. ff.). Mit der am 1. Oktober 2016 in Kraft gesetzten Gesetzgebung zur strafrechtlichen Landesverweisung wurde diese frühere ausländerrechtliche Ausschaffungspraxis verschärft (BGE 145 IV 55 E. 4.3.).

5. Ein Härtefall lässt sich bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK gewährleistete Privat- und Familienleben annehmen. Unter dem Titel der Achtung des Pri-

vatlebens 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.; BGer-Urteile 6B_186/2020 vom 6. Mai 2020 E. 2.3.2.; 6B_1314/2019 vom 9. März 2020 E. 2.3.6.; 6B_1044/2019 vom 17. Februar 2020 E. 2.5.2.). Das durch Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme 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. Intakte familiäre Beziehungen zu in der Schweiz niedergelassenen Familienmitgliedern sind grundsätzlich als erhebliches privates Interesse an einem weiteren Verbleib in der Schweiz zu gewichten (BGer-Urteil 6B_1299/2019 vom 28. Januar 2020 E. 3.4.3.; 2C_253/2015 vom 9. September 2015 E. 3.3.3.). Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. Andere familiäre Verhältnisse fallen in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Hinweise für solche Beziehungen sind das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bindungen, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person (BGer-Urteil 6B_177/2020 vom 2. Juli 2020 E. 2.4.3. mit Hinweisen). Eine normale familiäre emotionale Beziehung reicht nicht aus, um einen Aufenthaltsanspruch zu begründen (BGE 144 II 1 E. 6.6.). Minderjährige Kinder teilen schon aus familienrechtlichen Gründen regelmässig das ausländerrechtliche Schicksal der Eltern und haben das Land gegebenenfalls mit diesen zu verlassen; für Kinder im anpassungsfähigen Alter ist der Umzug in das Heimatland zumutbar (BGE 143 I 21 E. 5.4.; BGer-Urteil 6B_1299/2019 vom 28. Januar 2020 E. 3.4.5.; 2C_234/2019 vom 14. Oktober 2019 E. 4.3.2.). Ist bspw. die Ehefrau Schweizerin, sodass es den Kindern freisteht, in der Schweiz zu verbleiben, kann der Kontakt zum Betroffenen durch Kommunikationsmittel oder Besuche aufrecht erhalten werden (BGer-Urteil 6B_1299/2019 vom 28. Januar 2020 E.

3.4.5. f., m.w.H.). Allerdings ist dem Kindeswohl bei jeder Entscheidung Rechnung zu tragen (BGE 143 I 21 E. 5.5.1.; BGer-Urteil 2C_221/2019 vom 25. Juli 2019 E. 3.4.), insbesondere wenn eine enge Eltern-Kind-Beziehung wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Heimatstaat praktisch nicht aufrecht erhalten werden könnte (BGE 143 I 21 E. 5.2.). Dieser Umstand lässt eine ausländerrechtliche Wegweisung jedoch nicht bereits als unverhältnismässig erscheinen (BGE 143 I 21 E. 6.3.6.). Das gilt umso mehr bei der als strafrechtliche Massnahme ausgestalteten Landesverweisung (dazu BGer-Urteil 6B_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.3.2.).

6. Der Beschuldigte selbst gab gegenüber der Staatsanwaltschaft an, dass er in Deutschland geboren sei. Seine Eltern seien dort im Asylverfahren gewesen. Als er drei Monate alt gewesen sei, seien sie zurück nach Nordmazedonien, D._____, gegangen. Dort habe er gelebt, bis er sich mit seiner Frau verlobt habe. Seit fünf Jahren sei er jetzt in der Schweiz. In D._____ habe er die Grund- und Mittelschule besucht, dann habe er sich verlobt. Er habe keine Berufsausbildung gemacht. Er habe in D._____ als Kellner gearbeitet. Mit seinen Eltern habe er sich gut verstanden. Er habe einen Bruder und eine Schwester. Der Bruder lebe in D._____, die Schwester in E._____ [Ort in Deutschland]. Zur Zeit lebe sein Bruder mit einem Visum auch in Deutschland. Militärdienst habe er nie geleistet (zum Ganzen Urk. D1/5/5 S. 8). Seine Eltern lebten noch in Nordmazedonien. Ausserdem habe er dort einen Onkel. In der Schweiz seien seine Frau und seine Kinder. Sonst habe er keine Beziehungen zur Schweiz. Er habe einen Fehler gemacht. Er wolle hier in der Schweiz künftig nur noch regulär arbeiten und sich hier um seine Familie kümmern (Urk. 1/5/5 S. 8). Ohne seine Kinder könne er sich nicht vorstellen, künftig in Nordmazedonien zu leben. Seine Frau würde aber mit den Kindern hierbleiben (Urk. D1/5/5 S. 9). Im Rahmen der erstinstanzlichen Hauptverhandlung erklärte der Beschuldigte, er sei weiterhin arbeitslos, suche aber einen Job als Lagerist. Er erhalte Arbeitslosenunterstützung von ca. Fr. 2'500.– bis Fr. 2'600.–. Seine Frau arbeite im Altersheim. Sie verdiene Fr. 4'000.– netto pro Monat. In seiner Freizeit spiele er mit seinen Kindern. Der ältere Sohn gehe in den Kindergarten. Die Mutter seiner Ehefrau arbeite nicht und könne zu den Kindern schauen, wenn beide voll arbeiten würden. Er habe ausser

der Familie niemanden hier. Er habe Freunde, welche aus Mazedonien hergekommen seien. Schweizer Freunde habe er keine (Prot. I S. 6 f.). Er sei wegen seiner Ehefrau in die Schweiz gekommen. Seine Mutter, sein Vater, seine Schwester und sein Bruder lebten noch in Nordmazedonien. Sein Vater arbeite als Ticketkontrolleur. Seine Mutter sei zu Hause. Sein Bruder arbeite im Restaurant und seine Schwester arbeite im Spital. Er könnte bei seinen Eltern wohnen, aber es sei sehr eng und habe nicht viel Platz dort. Wenn er aber die Schweiz verlassen müsste, würde er zu seinen Eltern nach Nordmazedonien gehen. Seine Ehefrau und die Kinder würden in der Schweiz bleiben (Prot. I S. 9). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte der Beschuldigte, er arbeite bis 17:10 Uhr. Dann komme er nach Hause, esse und spiele mit den Kindern. Das Wochenende verbringe er mit seiner Frau. Er habe eine intensive Beziehung zum jüngeren der beiden Söhne. Die Kinder spielten zudem nur mit ihm (Prot. II S. 8 f.).

7. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte mittlerweile über eine Personalvermittlung Einsätze als Lagerist in F._____ [Ortschaft] hatte (siehe Urk. 61). Das Einkommen variierte in den Sommermonaten 2021 stark, wobei der Durchschnitt bei rund Fr. 1'500.– monatlich lag. Offenbar handelt es sich um Einsätze auf Abruf (Urk. 71). Diese neuen Umstände seit dem vorinstanzlichen Urteil führen nicht dazu, dass von einer eigentlichen beruflichen Verwurzelung gesprochen werden kann. Der Beschuldigte verfügt über die B-Aufenthaltsbewilligung und befindet sich seit zwischenzeitlich bald 7 Jahren in der Schweiz. Dabei handelt es sich zwar um eine längere Zeitdauer, jedoch ist seine soziale Verbindung zur Schweiz nicht stark ausgeprägt. Offenbar pflegt er vereinzelt Freundschaften mit Personen aus seinem Heimatland, unterhält aber keine weitergehenden Beziehungen hier, die ihn wesentlich an die Schweiz binden würden. Seinen Angaben ist zu entnehmen, dass er sich privat hauptsächlich dem Familienleben widmet. Dementsprechend eng wird die Verbundenheit zu seiner Frau und seinen Kindern sein, welche Schweizer sind. Seine Sprachkenntnisse sind beschränkt, wobei diesbezüglich eine Steigerung erfolgt ist, zumal er anlässlich der Berufungsverhandlung frei Deutsch sprach (siehe insb. Prot. II S. 11). Es ist eine positive Tendenz beim Beschuldigten erkennbar, doch kann noch nicht von einer fortgeschrittenen Integration gesprochen werden. Seine sozialen und

beruflichen Bande zur Schweiz weisen nicht die Intensität auf, wie sie von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für die Bejahung eines schweren persönlichen Härtefalls gefordert wird. Gleichzeitig verfügt er in Nordmazedonien bereits über ein soziales Netz, zumal seine Eltern dort leben. Auch sprachlich wird er sich gut zurecht finden können. Folglich ist ihm die ihm die Integration im Heimatland ohne weiteres möglich.

8.1. Wie bereits aufgezeigt, haben die härtefallbegründenden Aspekte primär den Betroffenen selbst zu treffen. Bei Dritten auftretend sind sie dann zu berücksichtigen, wenn sie mindestens indirekt auch eine Auswirkung auf den Betroffenen selbst haben. Ausser Frage steht, dass durch die Landesverweisung des Beschuldigten dessen Recht auf Privat- und Familienleben gemäss Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK berührt wird. Nur schon aufgrund des familiären Zusammenlebens ist anzunehmen, dass ihm eine wesentliche Erziehungsrolle für die beiden Kinder zukommt und diesen eine zentrale Bezugsperson fehlen würde, sollte er die Schweiz verlassen müssen. Aufgrund ihres jungen Alters von zwei resp. fünf Jahren (Prot. II S. 8), wäre diesen allerdings nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zuzumuten, ihm nach Nordmazedonien zu folgen. Laut seinen und denjenigen Angaben seiner Verteidigung ist jedoch davon auszugehen, dass die Ehefrau wegen ihres Berufes in der Schweiz bleiben wird und die Kinder bei ihr wohnen werden. Damit wird effektiv die familiäre Lebensgemeinschaft im Alltag aufgelöst. Dies ergibt sich bereits aus den Befragungen des Beschuldigten, weshalb es nicht erforderlich ist, seine Ehefrau zum Familienleben und der Wirkung der Landesverweisung zu befragen. Der entsprechende Beweisantrag ist folglich abzuweisen. D._____ ist von Zürich innerhalb von zwei Stunden mit dem Flugzeug zu erreichen, weshalb immerhin regelmässige Besuche möglich und seiner Familie zuzumuten wären. Auch technische Kommunikationsmittel würden es dem Beschuldigten und seinen Kindern erlauben, alltäglichen Kontakt miteinander zu pflegen. Der weitere Beweisantrag der Verteidigung um Anordnung eines kinderpsychologischen Gutachtens erweist sich ebenfalls als nicht notwendig. Der Beschuldigte würde in seiner Erziehungsrolle zwar eingeschränkt, nicht jedoch seiner Vaterrolle beraubt. Er bliebe den Kindern als Bezugsperson im Leben erhalten, wie die vorstehenden Erwägungen aufzeigen. Bezüglich der Betreuung gilt es

weiter festzuhalten, dass der Beschuldigte selbst angab, dass für den Fall, dass beide Elternteile berufstätig wären, die Mutter der Ehefrau die Kinder betreuen würde. Wenn mithin seine Ehefrau in der Schweiz bleiben und weiterhin einer Vollzeitstelle nachgehen würde, wäre auch im Falle einer Landesverweisung die Betreuung der Kinder durch ein nahes Familienmitglied gewährleistet. Schliesslich gilt es hervorzuheben, dass in finanzieller Hinsicht die Ehefrau des Beschuldigten bereits längere Zeit allein für den Familienunterhalt aufkam.

8.2. Im Ergebnis erfährt die Beziehungsgestaltung zwischen den kleinen Kindern und ihrem Vater für eine Dauer von fünf Jahren eine nicht unerhebliche Einschränkung. Sie ist jedoch nicht von einer Intensität, welche im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für einen schweren persönlichen Härtefall genügt.

9. Da kein persönlicher Härtefall vorliegt, erübrigen sich grundsätzlich weitere Erwägungen. Doch selbst bei einem Härtefall wäre nicht von einer Landesverweisung abzusehen. Der Beschuldigte handelte jeweils mit sehr grossen Betäubungsmittelmengen einer Reinsubstanz von 422.5 Gramm Heroin und 48 Gramm Kokain (siehe Urk. 56 S. 13 und Urk. D1/28). Angesichts der von dieser grossen Menge ausgehenden Gefahr für die Gesundheit einer grossen Anzahl von Menschen besteht deshalb ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz, welches sein privates Interesse am Verbleib überwiegt. Auch die Vorstrafenlosigkeit (Urk. 58) und das unbescholtene Verhalten seit seiner Haftentlassung ändern daran nichts.

10. Da kein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt, ist der Beschuldigte des Landes zu verweisen. Die von der Vorinstanz vorgesehene Dauer von 5 Jahren erscheint als angemessen, wäre aufgrund des Verschlechterungsverbots im Sinne von Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO jedoch ohnehin zu bestätigen.

III. Ausschreibung der Landesverweisung

Die Vorinstanz hat die Grundlagen zur Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) zutreffend erläutert, weshalb auf ihre Er-

wägungen verwiesen werden kann (Urk. 56 S. 27 f.). Auch anlässlich der Berufungsverhandlung machte der Beschuldigte kein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedstaat des Schengen-Übereinkommens geltend. Demzufolge ist die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) anzuordnen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung vollumfänglich. Folglich sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten ist.

2. Die amtliche Verteidigung machte für das Berufungsverfahren einen Aufwand von Fr. 4'304.40 geltend (Urk. 70). Dies erweist sich angesichts des Aktenumfangs und des Verfahrensablaufs als angemessen. Dementsprechend ist die Verteidigung für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren mit rund Fr. 4'300.– zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Vom Rückzug der Berufung des Beschuldigten **B.**_____ wird Vormerk genommen.
2. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Strafgericht, vom 29. April 2021 bezüglich der Dispositivziffern 1 und 2 (Schuldsprüche), 3 (Freiheitsstrafe und Busse Beschuldiger 1), 4 (bedingter Vollzug Beschuldiger 1), 5 (Ersatzfreiheitsstrafe Busse), 6 (Freiheitsstrafe Beschuldiger 2), 7 (teilbedingter Vollzug Beschuldiger 2), 10 bis 12 (Sicherstellungen), 13 (Einziehung und Vernichtung Betäubungsmittel sowie Utensilien), 14 (Einziehung Barschaft Beschuldiger 2), 15 (Vernichtung Spuren), 16 bis 18 (Kostendispositiv) sowie 19 und 20 (Entschädigung amtliche Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.
4. Gegen Ziffer 1 dieses Entscheids 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.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte **A.**_____ wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
2. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 1'500.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 4'300.– amtliche Verteidigung

4. 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.

5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung des Beschuldigten 1 im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten 1 (übergeben)
- die amtliche Verteidigung des Beschuldigten 2 im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten 2
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland
- das Migrationsamt des Kantons Zürich

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung des Beschuldigten 1 im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten 1
- die amtliche Verteidigung des Beschuldigten 2 im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten 2
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, Richterliche Fahrverbote, 8090 Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.

6. 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, 1. April 2022

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Stiefel

MLaw Pandya