

# ZH\_OBERGERICHT SB180102 vom 1. April 2019

ZH Obergericht, 2019-04-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB180102](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180102)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB180102 du 1 avril 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT SB180102 del 1 aprile 2019

## Erwägungen

### E. 1

Verfahrensgang

#### E. 1.1

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist praxisgemäss auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

#### E. 1.2

Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihre Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Anklagebehörde unterliegt mit ihren Anträgen zur Höhe des Strafmasses sowie zum Vollzug und

- 27 - obsiegt mit ihrem Antrag auf Landesverweisung. Der Beschuldigte hat keine Anschlussberufung erhoben. Auch sonst hat er – abgesehen von dem Antrag, auf die Berufung der Staatsanwaltschaft sei nicht einzutreten bzw. die Berufung der Staatsanwaltschaft sei abzuweisen – keine Anträge gestellt (vgl. Urk. 61 und Urk. 99). Gemäss Zürcher StPO-Kommentar äussert sich weder Gesetz noch Botschaft zur Frage, ob ein Rechtsmittelgegner auch dann als unterliegend zu betrachten ist, wenn das Rechtsmittel gutgeheissen wird, er sich aber eines Antrags enthalten hat. Die zürcherischen Rechtsmittelinstanzen würden in solchen Fällen ein Unterliegen verneinen, was zur Folge habe, dass die Partei, die sich eines Antrages enthalten habe, weder kostenpflichtig werde noch Anspruch auf Entschädigung habe. Das Bundesgericht habe sich in seinem Entscheid dieser Auffassung angeschlossen und eine Kostenaufgabe an die Privatklägerschaft verneint, welche im Rechtsmittelverfahren keine Anträge gestellt habe (BGE 6B\_93/2012 E. 5.3 mit Hinweisen; GRIESSER in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER [Hrsg.], StPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 428 N 2). Auch der BSK StPO hält fest, eine Partei, die kein Rechtsmittel eingelegt hat, und die – zu einer allfälligen Stellungnahme eingeladen – keine Anträge stellt, könne weder obsiegen noch unterliegen. Entsprechend könne sie auch nicht kostenpflichtig werden (DOMEISEN in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], BSK StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 428 N 6). Dementsprechend sind die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen. 2. Entschädigung Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_, reichte am 28. März 2019 seine Honorarnote betreffend Aufwendungen im Berufungsverfahren ein (Urk. 95). Die geltend gemachten Aufwendungen und Auslagen sind ausgewiesen und erweisen sich als angemessen. Zusätzlich ist dem Verteidiger der Aufwand für die Berufungsverhandlung sowie ein Zuschlag für das Studium des Urteils und eine Nachbesprechung zu entschädigen. Der amtliche Verteidiger ist somit für das vorliegende Berufungsverfahren pauschal mit Fr. 4'000.– (inkl. Barauslagen und MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

- 28 - Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 23. November 2017 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne dessen Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a. 2. -4. (...) 5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: CHF 4'500.- ; die weiteren Kosten betragen: CHF 2'100.- Gebühr Anklagebehörde CHF 3'265.- Auslagen Untersuchung CHF 2'920.45 amtliche Verteidigung R A B.\_\_\_\_\_ und RA C.\_\_\_\_\_ CHF 8'166.40 amtliche Verteidigung RA X.\_\_\_\_\_ Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten. 6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. 7. Der amtliche Verteidiger RA X.\_\_\_\_\_ wird mit CHF 8'166.40 (inkl. MwSt.) entschädigt. Diese Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen, vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. 8. In Bezug auf die Kosten der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten durch RA B.\_\_\_\_\_ und RA C.\_\_\_\_\_ bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 9. (Mitteilungen)

### **E. 1.2.1**

Objektive Tatschwere

#### **E. 1.2.1.1**

Zur objektiven Tatschwere erwog die Vorinstanz zusammengefasst, der Beschuldigte habe eine nicht unerhebliche Menge von insgesamt 92.8 Gramm reinem Kokain verkauft und damit den durch das Bundesgericht definierten Grenzwert von 18 Gramm für den mengenmässig schweren Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG um ein Vielfaches überschritten. Zusätzlich falle ins Gewicht, dass der Beschuldigte mehrere Geschäfte getätigt respektive – teilweise aus dem Ausland – vermittelt habe und zum Zwecke des Drogenverkaufs nicht nur seine zwei Untermieter eingespannt sondern auch seine Wohnung zur Verfügung ge-

- 6 - stellt und die Geschäfte teilweise über seine Rufnummer angebahnt habe. Insgesamt habe der Beschuldigte über einen Tatzeitraum von rund einem Jahr delinquent, was von einem langanhaltenden bzw. zumindest wiederholt erneuertem Vorsatz zeuge. Aufgrund der gesamten Umstände sei schliesslich davon auszugehen, dass der Beschuldigte im Drogenhandel in der oberen Hälfte des unteren Drittels der Organisationsstruktur einzuordnen sei. In Anbetracht der Deliktumstände sei das Verschulden des Beschuldigten in objektiver Hinsicht als nicht mehr leicht und damit im unteren Drittel einzustufen (Urk. 52 S. 36 f.).

#### **E. 1.2.1.2**

Die Anklagebehörde beanstandete die vorinstanzlichen Erwägungen zur objektiven Tatschwere wie folgt (Urk. 98 S. 2): Unter Berücksichtigung der nachgewiesenen Menge an gehandeltem Kokain, welche die Grenze zum schweren Fall um ein Mehrfaches überschritten habe, der langen Dauer der deliktischen Handlungen und dem Umstand, dass der Beschuldigte sich Hilfspersonen bedient habe und nicht mehr auf der untersten Stufe im Drogenhandel tätig gewesen sei, sei von einem mittleren Tatverschulden auszugehen.

#### **E. 1.2.1.3**

Gestützt auf den durch die Vorinstanz erstellten Sachverhalt hat der Beschuldigte im Zeitraum von Februar 2016 bis Februar 2017 bei mehreren Tathandlungen netto insgesamt

92.8 Gramm reines Kokain verkauft, wobei insgesamt ein Deliktsbetrag von rund Fr. 10'000.– resultierte. Angesichts der verkauften Menge hat er den Grenzwert für die Annahme eines schweren Falles um mehr als das Fünffache überschritten. Was die Art und Weise des deliktischen Vorgehens anbelangt, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte die jeweiligen Verkäufe über seine Mobilfunknummer anbahnte und zwar auch dann, wenn er selbst sich im Ausland befand. War dies der Fall, so organisierte der Beschuldigte die Übergabe des Kokains in der von ihm gemieteten Wohnung an der D.\_\_\_\_-strasse ..., ... Zürich, und spannte zum Zwecke des Drogenverkaufs seine Untermieter E.\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_ ein, welche das Kokain zum vereinbarten Zeitpunkt an den Käufer übergaben, den abgemachten Kaufpreis kassierten und für die Weiterleitung des Geldes an den Beschuldigten sorgten. Insofern zeigt sich im deliktischen Verhalten des Beschuldigten eine nicht zu bagatellisierende kriminelle Energie, da er stets die Zügel in der Hand hielt, die Verkäufe plante und

- 7 - durchführte respektive durchführen liess. Insofern die Vorinstanz aus der Mehrzahl an Tatbegehungen auf einen "wiederholt erneuerten Vorsatz" schliesst, so ist dies in der Sache zwar zutreffend, beschlägt jedoch nicht das objektive, sondern das subjektive Tatverschulden, auf welches nachstehend einzugehen sein wird. Insgesamt betrachtet ist die vorinstanzliche Einschätzung, wonach das Verschulden des Beschuldigten in objektiver Hinsicht als nicht mehr leicht und damit im unteren Drittel einzustufen sei, zutreffend und kann daher übernommen werden.

## **E. 1.2.2**

Subjektive Tatschwere

### **E. 1.2.2.1**

Zur subjektiven Tatschwere erwog die Vorinstanz, der Beschuldigte habe betreffend die potentielle Gesundheitsschädigung weiterer Personen mit Eventualvorsatz gehandelt. Das Vorgehen des Beschuldigten sei dreist und egoistisch gewesen, was sich insbesondere darin zeige, dass er sich auch nicht durch seinen Aufenthalt in Santo Domingo von der Durchführung bzw. Organisation der Kokainverkäufe an G.\_\_\_\_ habe abhalten lassen. Bei seinem Handeln sei der Beschuldigte wohl überwiegend finanziell motiviert gewesen, zumal er selber keine Betäubungsmittel konsumiert habe. Eine finanzielle Zwangslage sei ebenfalls nicht ersichtlich, weil der Beschuldigte im Tatzeitraum zumindest teilweise als Kellner gearbeitet und nach eigenen Angaben durch diese Tätigkeit ein monatliches Einkommen von rund Fr. 4'500.– erzielt habe (Urk. 52 S. 37 f.).

### **E. 1.2.2.2**

Die Anklagebehörde brachte zur subjektiven Tatschwere – mit der Vorinstanz – vor, es stünden einzig finanzielle Motive im Vordergrund. Der Beschuldigte habe ohne grossen Aufwand zu Geld kommen wollen, wofür ihm jedes Mittel recht gewesen sei. Der Beschuldigte habe sich nicht in einer finanziellen Notlage befunden. Die Anklagebehörde geht indes davon aus, die subjektive Tatkomponente führe zu einer weiteren Erhöhung der Schwere des Verschuldens, so dass eine Einsatzstrafe von 30 Monaten angemessen erscheine (Urk. 98 S. 3).

### **E. 1.2.2.3**

Was die Vorinstanz zur subjektiven Tatschwere vorbringt, ist vollständig und überzeugt. Die betreffenden Erwägungen bedürfen weder einer Korrektur noch einer Ergänzung und

können daher vollumfänglich übernommen werden

- 8 - (Art. 82 Abs. 4 StPO). Damit ist in subjektiver Hinsicht ebenfalls von einem nicht mehr leichten Verschulden auszugehen.

### **E. 1.2.3**

Angesichts des insgesamt betrachtet nicht mehr leichten Tatverschuldens, erweist sich die durch die Vorinstanz festgesetzte hypothetische Einsatzstrafe von 24 Monaten als dem Tatverschulden durchaus angemessen. Sie steht im Einklang sowohl mit ähnlich gelagerten Fällen als auch mit der sogenannten "Tabelle Hansjakob" (vgl. THOMAS HANSJAKOB, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen - eine Umfrage der KSBS, in: ZStrR 1997 S. 233 ff.; siehe auch FINGERHUT/ SCHLEGEL/JUCKER, Kommentar BetmG, 3. Aufl. 2016, StGB Art. 47 N 38), welche gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwar für die Gerichte nicht bindend ist (Urteil 6B\_375/2014 vom 28. August 2014 E. 2.3 mit Hinweisen), als Orientierungshilfe aber durchaus herangezogen werden kann. Es wird deutlich, dass die Vorinstanz keinesfalls in unzulässiger Art und Weise ihr Ermessen überschritten respektive missbraucht hat. In Bestätigung der vorinstanzlichen Erwägungen ist daher nach Berücksichtigung der Tatkomponente eine hypothetische Einsatzstrafe von 24 Monaten angemessen.

### **E. 1.3**

Täterkomponente

#### **E. 1.3.1**

Die Vorinstanz hat den Werdegang des Beschuldigten und seine persönlichen Verhältnisse vollständig und richtig wiedergegeben. Darauf kann vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 52 S. 38; Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu seinen aktuellen Verhältnissen befragt, gab der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung zu Protokoll, er arbeite nach wie vor im H.\_\_\_\_\_ Café. Zusätzlich arbeite er noch bei der Firma I.\_\_\_\_\_. Im H.\_\_\_\_\_ Café sei er auf Stundenlohnbasis angestellt und erhalte Fr. 25.– pro Stunde. Bei I.\_\_\_\_\_ verdiene er Fr. 1'800.– pro Monat. Er habe weder Schulden noch Vermögen. Er habe auch keine Betreibungen mehr. Er wohne neu an der J.\_\_\_\_\_ -strasse ... in ... Zürich, wo er ein Zimmer gemietet habe. Sein sechsjähriger Sohn sei seit Dezember 2018 ebenfalls in der Schweiz und wohne bei seiner Mutter in K.\_\_\_\_\_ (Urk. 97 S. 2 ff.). Aus dem Werdegang des Beschuldigten und seinen persönlichen Verhältnissen lässt sich nichts ableiten, was für die Strafzumessung von Belang wäre.

- 9 -

#### **E. 1.3.2**

Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt, weist der Beschuldigte keine Vorstrafen auf (Urk. 56, Urk. 68 und Urk. 82), was sich indes nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf die Strafzumessung neutral auswirkt (BGE 136 IV 1 E. 2.6).

#### **E. 1.3.3**

Die Vorinstanz hat sich des Weiteren zutreffend mit dem Nachtatverhalten des Beschuldigten auseinandergesetzt und richtigerweise festgehalten, dass er weder ein Geständnis ablegte, noch Reue oder Einsicht für sich reklamieren kann. Auf die vorinstanzlichen Erwägungen in diesem Zusammenhang kann ohne weiteres verwiesen werden (Urk. 52 S. 39; Art. 82 Abs. 4 StPO).

#### **E. 1.3.4**

Weitere, für die Strafzumessung massgebliche Faktoren wurden im Berufungsverfahren weder geltend gemacht noch sind solche ersichtlich.

#### **E. 1.4**

Fazit

##### **E. 1.4.1**

Nachdem die Auseinandersetzung mit der Täterkomponente keinerlei strafzumessungsrelevante Faktoren hervorbrachte, hat es bei der aufgrund der Tat schwere festgesetzten Sanktion von 24 Monaten Freiheitsstrafe sein Bewenden. Damit ist die durch die Vorinstanz ausgefallte Strafe zu bestätigen.

##### **E. 1.4.2**

Der Anrechnung von 157 Tagen, die der Beschuldigte bereits durch Untersuchungshaft respektive vorzeitigen Strafvollzug erstanden hat, steht nichts entgegen (vgl. Art. 51 StGB).

#### **E. 2**

Vollzug

##### **E. 2.1**

Das Gericht schiebt den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren oder einer Geldstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter bzw. die Täterin von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB).

##### **E. 2.2**

Wie zuvor dargetan wird der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten bestraft, was in objektiver Hinsicht grundsätzlich sowohl den bedingten, als auch den teilbedingten Strafvollzug zulassen würde. Nachdem der Be-

- 10 - schuldigte bis anhin in strafrechtlicher Hinsicht unbescholten ist, ist ihm nach ständiger Praxis der bedingte Strafvollzug zu gewähren. Auch wenn aufgrund des Umstandes, dass der Beschuldigte sich lediglich rund vier Jahre in der Schweiz aufgehalten hat, bevor er begonnen hat, zu delinquieren, sowie angesichts der Tatumstände, insbesondere der Dauer des Drogenhandels und des Umstands, dass der Beschuldigte diesem nur deshalb nachging, um seinen Lebensstandard zu verbessern, gewisse Bedenken bezüglich des künftigen Wohlverhaltens des Beschuldigten bestehen, kann ihm keine eigentliche Schlechtprognose im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB gestellt werden. Sodann ist zudem zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte während 157 Tagen inhaftiert war. Es darf davon ausgegangen werden, dass ihn dieser Umstand beeindruckt hat. Aufgrund dieser Erwägungen ist damit die Freiheitsstrafe bedingt auszufallen.

##### **E. 2.3**

Ebenfalls praxisgemäss ist bei einem Ersttäter, bei welchem wie im vorliegenden Fall keine besonderen Umstände zu berücksichtigen sind, die Probezeit auf das Minimum von zwei Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB) festzusetzen.

##### **E. 2.4**

In Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides ist nach dem Gesagten der Vollzug der Freiheitsstrafe aufzuschieben und die Probezeit ist auf zwei Jahre festzusetzen. III. Landesverweisung 1. Die Vorinstanz kommt stark zusammengefasst zum Schluss, der Beschuldigte werde vorliegend wegen eines Deliktes verurteilt, welches eine Katalogtat i.S.v. Art. 66a Abs. 1 StGB darstelle und welches in der Regel zur Landesverweisung des Täters führe. Der Beschuldigte stamme ursprünglich aus der Dominikanischen Republik und besitze die spanische Staatsbürgerschaft. Bevor er in die Schweiz gekommen sei, habe er in Spanien gelebt. Seit seiner Ankunft in der Schweiz sei er regelmässig einer Erwerbstätigkeit nachgegangen, weshalb auf ihn als spanischen Staatsbürger zumindest Art. 6 Ziff. 2 Anhang I FZA anwendbar sei. Angesichts dieses Umstandes sei zunächst die Frage des Vorrangs für den Fall zu klären, dass sich Völkerrecht und die widersprechenden inländerrecht-

- 11 - lichen Gesetzesbestimmungen durch Auslegung nicht in Einklang bringen liessen. Grundsätzlich würden nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vorgehen (BGE 138 II 524 E. 5.1). Zwar sei das Bundesgericht von dieser Regel bereits in früheren Ausnahmefällen, in denen der Gesetzgeber bewusst gegen das Völkerrecht habe verstossen wollen und die entsprechenden Folgen besprochen und in Kauf genommen habe, abgewichen (sog. Schubert-Praxis). Nach dem neuesten Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. August 2017 (vgl. SB170250 S. 7 f.) solle dies jedoch unter Verweis auf BGE 142 II 35 E. 3.2 nicht bei völkerrechtlichen Bestimmungen gelten, die dem Schutz der Menschenrechte oder der Gewährleistung der Personnenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU/EFTA dienen. Das FZA gehe deshalb den Art. 66a ff. StGB vor. Gemäss Art. 5 Anhang I FZA dürften aufgrund dieses Abkommens eingeräumte Rechte nur durch Massnahmen eingeschränkt werden, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt seien. Dabei werde nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung "eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung" vorausgesetzt, "welche ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt." (BGer 2C\_108/2016 vom 7. September 2016 E. 2.3 m.w.H.). Strafrechtliche Verurteilungen allein vermöchten eine Einschränkung von Freiheitsrechten zwar nicht zu rechtfertigen. Die ihnen zugrundeliegenden Umstände könnten jedoch ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstelle. Somit komme es im Wesentlichen auf die Prognose betreffend das zukünftige Wohlerhalten des Täters an. Verlangt werde eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören werde. Demnach könne ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko für eine aufenthaltsbeendende Massnahme nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genügen, sofern das Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter beschlage. Die Behörde, welche über die Beendigung des Aufenthalts entscheide, habe eine spezifische Gesamtwürdigung aller Umstände unter dem Blickwinkel der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorzunehmen (BGer 2C\_108/2016 vom

## **E. 7**

September 2016 E. 2.3 m.w.H.). Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sei zu

- 12 - konstatieren, dass vorliegend die Voraussetzungen von Art. 5 Anhang I FZA für die Anordnung einer Landesverweisung nicht erfüllt seien, da es an einer gegenwärtigen und hinreichend schweren, das Grundinteresse der Gesellschaft berührenden Gefahr für die

öffentliche Ordnung fehle. Dies insbesondere auch angesichts der Rechtsprechung des EUGH, wonach die Beschränkung der Freizügigkeitsrechte nur mit grosser Zurückhaltung anzuordnen sei. Es sei demnach von der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung abzugehen (Urk. 52 S. 47 ff.). 2. Die Anklagebehörde beanstandet die vorinstanzlichen Erwägungen wie folgt: Selbst wenn man von der Anwendbarkeit des FZA ausgehe und eine Abwägung zwischen zwei sich allenfalls widersprechenden Bestimmungen – einerseits die aus unserer Verfassung sowie die daraus resultierenden Gesetze, andererseits die staatsvertraglichen Verpflichtungen – vorzunehmen sei, könne man zu keinem anderen Schluss kommen, als dass die Landesverweisung trotz FZA gerechtfertigt sei. Art. 5 Abs. 1 Anhang I zum FZA spreche davon, dass die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt seien, eingeschränkt werden dürften. Der Beschuldigte werde wegen qualifizierten Handels mit harten Drogen schuldig gesprochen und zu einer Freiheitsstrafe im Bereich von zwei bis zweieinhalb Jahren verurteilt. Selbst vor der Wiedereinführung der Landesverweisung wäre der Beschuldigte vom zuständigen Migrationsamt nach einer solchen Verurteilung aus der Schweiz weggewiesen worden. Das Bundesgericht spreche in BGE 6B\_235/2018 davon, aus den Materialien gehe klar hervor, dass der Gesetzgeber bei straffälligen Ausländern eine Verschärfung gegenüber dem bisherigen Zustand beabsichtigt habe. Wenn man den Beschuldigten also schon vor der Wiedereinführung der Landesverweisung aus dem Gebiet der Schweiz aufgrund ausländerrechtlicher Bestimmungen weggewiesen hätte, dann erscheine es umso mehr gerechtfertigt, ihn nach Verschärfung der Gesetzeslage zum Verlassen der Schweiz zu zwingen. Der Beschuldigte sei noch keine fünf Jahre in der Schweiz gewesen, als er schon in den qualifizierten Handel mit Kokain eingestiegen sei. Dadurch habe er die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit der hiesigen Wohnbevölkerung massiv gefährdet. Sodann

- 13 - bestehe – bei einem weiteren Verbleib in der Schweiz – die Gefahr, dass er wieder in den Drogenhandel einsteige. Zwar habe der Beschuldigte einen Job, er lebe aber nicht in derart gefestigten sozialen Verhältnissen, welche ihn abhalten würden, wieder in den Drogenhandel einzusteigen. Seine Bezugsquellen habe der Beschuldigte sodann nie offengelegt; es sei davon auszugehen, dass er jederzeit wieder in den Kokainhandel einsteigen könnte. Hier sei dem Willen des Schweizerischen Gesetzgebers absolut Vorrang zu geben, und die staatsvertraglichen Regelungen seien so auszulegen, dass sie diesem Willen entsprechen würden. Dementsprechend sei eine Landesverweisung auszusprechen. Es sei in jedem Fall einzeln abzuklären, wie hoch die Gefährdung einzuschätzen sei und in welcher Relation sie zur Integration des Ausländers stehe. Die Landesverweisung sei – im vorliegenden Fall – ohne weiteres mit den staatsvertraglichen Regelungen des FZA kompatibel (Urk. 98 S. 5 ff.). 3. Gesetzliche Grundlage 3.1. In Art. 66a StGB ist die obligatorische Landesverweisung normiert, wonach das Gericht den Ausländer, der wegen einer der unter Abs. 1 lit. a-o genannten strafbaren Handlungen verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz verweist (Art. 66a Abs. 1 StGB). Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, 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 (Art. 66a Abs. 2 StGB). 3.2. Der Gesetzgeber hat mit seiner Formulierung klar zum Ausdruck

gebracht, dass bei Vorliegen einer Anlasstat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB in der Regel eine Landesverweisung zu verhängen ist. Ein ausnahmsweises Absehen davon ist – mit Ausnahme von Art. 66a Abs. 3 StGB (entschuldbare Notwehr oder entschuldbarer Notstand) – nur dann zulässig, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen vorliegen: Ein schwerer persönlicher Härtefall und kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Landesverweisung. Erst wenn feststeht, dass die

- 14 - Landesverweisung einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, ist in einem zweiten Schritt das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz dem öffentlichen Interesse an einem Verlassen der Schweiz gegenüberzustellen. Resultiert daraus ein überwiegendes öffentliches Interesse, muss die Landesverweisung verhängt werden. Ein schwerer persönlicher Härtefall ist dann anzunehmen, wenn die Summe aller mit der Landesverweisung verbundenen Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind alle potentiell härtefallbegründenden Aspekte zu bewerten. Relevant sind dabei die persönliche Situation des Beschuldigten in der Schweiz und die Bedingungen im Heimatstaat. Der Härtefall muss sodann persönlich sein. Das schliesst selbstverständlich nicht aus, dass auch die drohenden Nachteile für die Familie und namentlich die Kinder der von einer Landesverweisung bedrohten Person zu berücksichtigen sind. Zum anderen muss eine Interessenabwägung ergeben, dass das Interesse der beschuldigten Person an einem Verbleib in der Schweiz das Interesse an der Fernhaltung der betreffenden Person überwiegt. Für das öffentliche Interesse relevant sind die Schwere des Delikts und das Verschulden, d.h. die ausgesprochene Strafe sowie die vom Täter ausgehende Gefahr, mithin im Wesentlichen die Legalprognose. Für das persönliche Interesse ist neben dem Umstand, wie lange die Person in der Schweiz lebte, insbesondere auch ihre berufliche und familiäre Bindung relevant. Je gravierender das Delikt (mithin die ausgesprochene Strafe) desto höher muss das persönliche Interesse an einem Verbleib sein, damit die Härtefallklausel zu einem ausnahmsweisen Verzicht auf die Landesverweisung führt (vgl. dazu BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, plädoyer 5/16 S. 96 ff., S. 97 f., S. 101 f.; FIOLKA/VETTERLI, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB, plädoyer 5/16, S. 85 ff.; NICCOLO' RASELLI, Obligatorische Landesverweisung und Härtefallklausel, in: Sicherheit & Recht 3/2017, S. 141 ff.; STEFAN HEIMGARTNER in: OFK-StGB/JStG, 20. Aufl. 2018; sowie die oben zitierten Urteile des Bundesgerichts). 3.3. Im Entscheid 6B\_659/2018 vom 20. September 2018 hielt das Bundesgericht sodann fest, dass "die Beurteilung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a

- 15 - Abs. 2 StGB kriteriengeleitet nach der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAV; SR 142.201) vorgenommen werden" könne (a.a.O. E. 3.3.3). 3.4. Im Rahmen der Härtefallbeurteilung ist schliesslich auch die Vereinbarkeit mit den Grund- und Menschenrechten und dabei insbesondere mit Art. 8 EMRK zu beachten. Die EMRK verschafft keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen besonderen Aufenthaltstitel. Sie 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. Das entsprechende, in Art. 8 EMRK bzw. Art. 13

BV geschützte Recht ist indes berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesendheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen. Der Anspruch gilt im Übrigen nicht absolut: Liegt eine aufenthaltsbeendende oder -verweigernde Massnahme im Schutz- und Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK, erweist sich diese als zulässig, falls sie gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK entspricht und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft "notwendig" erscheint. Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. In den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fallen aber auch andere familiäre Verhältnisse, 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 Bande, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person (Urteil des Bundesgerichts 6B\_659/2018 vom 20. September 2018 unter Verweis auf BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 12 und BGE 142 II 35 E. 6.1; Urteil des Bundesgerichts 6B\_612/2018 vom 22. August 2018 E. 2.2).

- 16 - 4. Subsumtion 4.1. Der die spanische Staatsbürgerschaft innehabende Beschuldigte ist des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig. Damit liegt zweifelsfrei eine Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB vor, weshalb im Grundsatz eine obligatorische Landesverweisung auszusprechen ist. 4.2. Wie vorstehend ausgeführt, kann dann von einer 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 (Art. 66a Abs. 2 StGB). 4.3. Aus den Akten ergibt sich zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten zusammengefasst was folgt (Urk. 3/4 S. 7 ff.; Prot. I. S. 6 ff.; Urk. 97 S. 2 ff.; Urk. 99 S. 2 f.): Der Beschuldigte wurde am tt. September 1988 in der Dominikanischen Republik geboren und besuchte dort gemäss eigenen Angaben die Schule bis zum Gymnasium. Danach habe er eine technische Informatiklehre gemacht und anschliessend ein Studium betreffend Administration im Tourismus absolviert, wobei er diese Ausbildung mit einem Lizenziat abgeschlossen habe. In der Folge sei er nach Spanien gegangen, wo er fortan gelebt habe. Während dieser Zeit habe er in verschiedenen Gastronomiebetrieben als Kellner gearbeitet. In dieser Zeit habe er auch Anstellungen bei L.\_\_\_\_\_ und anderen Kleidergeschäften gehabt. Im Jahr 2013 sei er nach Zürich gekommen. Zunächst habe er im Restaurant des Kaufhauses M.\_\_\_\_\_ gearbeitet. Nachdem dieses geschlossen worden sei, habe er Anstellungen in verschiedenen Diskotheken gehabt. Zwischenzeitlich sei sein Sohn in Spanien geboren worden. Die Kindsmutter habe immer in Spanien gelebt, wo sie auch jetzt noch wohne. Sein Sohn habe bis Ende letzten Jahres zusammen mit der Mutter bzw. Grossmutter des Beschuldigten in der Dominikanischen Republik gelebt. Er selbst habe weiter in der Schweiz gearbeitet und einen Deutschkurs in der Schule N.\_\_\_\_\_ besucht. Die Ferien habe er immer in Santa Domingo verbracht. Hier in der Schweiz habe er stets gearbeitet und seine Freizeit zusammen mit seinen Kollegen verbracht. Im Jahre 2015 sei er

- 17 - von Dezember bis Ende März 2016 in Santa Domingo gewesen. Dann habe er sich bis Ende Dezember 2016 wieder in der Schweiz aufgehalten. Am

#### **E. 10**

(Rechtsmittel)

#### **E. 11**

(Rechtsmittel)" 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

- 29 - Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 157 Tage durch Haft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind. 2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. 3. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen. 4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 2'500.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 4'000.00 amtliche Verteidigung 5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen. 6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (übergeben) – das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl – das Bundesamt für Polizei und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – das Migrationsamt des Kantons Zürich

- 30 - – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A – die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials". 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 Beschwerde Voraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 1. April 2019 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: Oberrichter lic. iur. M. Burger MLaw A. Donatsch Zur Beachtung: Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht: Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe. Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB), - wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht, - wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.

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