

ZH_OBERGERICHT SB180114 vom 19. Juni 2018

ZH Obergericht, 2018-06-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180114

FR: ZH_OBERGERICHT SB180114 du 19 juin 2018

IT: ZH_OBERGERICHT SB180114 del 19 giugno 2018

Erwägungen

E. 1

Gegen das eingangs im Dispositiv erwähnte Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 12. Dezember 2017, das gleichentags mündlich eröffnet und den Parteien im Dispositiv übergeben worden war (Prot. I S. 24 ff.; Urk. 45), meldete die Verteidigung des Beschuldigten mit Eingabe vom 19. Dezember 2017 rechtzeitig die Berufung an (Urk. 47).

E. 1.1

Das Gericht verfügt gemäss Art. 69 StGB ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (Abs. 1) und kann anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Abs. 2). Überdies verfügt das Gericht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ausgehändigt werden (Art. 70 Abs. 1 StGB). Ausserdem können von der beschuldigten Person gestützt auf Art. 263 Abs. 1 lit. b StPO und Art. 268 StPO Vermögenswerte zur Deckung der Verfahrens- und Vollzugskosten beschlagnahmt werden.

E. 1.2

Ist die Beschlagnahme eines Gegenstandes oder Vermögenwertes nicht vorher aufgehoben worden, so ist über seine Rückgabe an die berechtigte Person, seine Verwendung zur Kostendeckung oder über seine Einziehung im Endentscheid zu befinden (Art. 267 Abs. 3 StPO).

E. 1.3

Der neu zu beurteilende qualifizierte Tatbestand von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sieht einen Strafraum von einem bis 20 Jahren Freiheitsstrafe vor, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann (Art. 40 StGB). Die mehrfache Tatbegehung stellt einen Strafschärfungsgrund (Art. 49 Abs. 1 StGB) und die Tatbestandsvariante des Anstaltentreffens gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG einen fakultativen Strafmilderungsgrund dar (Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG). Diese Umstände führen jedoch in concreto mangels aussergewöhnlicher Umstände nicht zu einer Erweiterung des ordentlichen Strafraums. Es bleibt daher bei einem Strafraum von einem bis 20 Jahren Freiheitsstrafe, wobei mit der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe verbunden werden kann.

E. 1.4

Bezüglich der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz erwog die Vorinstanz zur Tatschwere, die Grenze zum schweren Fall sei vorliegend gerade erst erreicht, weil 18 Gramm des gelagerten Kokains zum Verkauf bestimmt gewesen seien (Urk. 52 S. 13). Dies überzeugt nicht und ist widersprüchlich, geht die Vorinstanz doch selbst davon aus, der Beschuldigte habe sich der qualifizierten Widerhandlung schuldig gemacht, indem er mehr als 90 Gramm reines Kokain bei sich zuhause lagerte, und die Vorinstanz selbst erkannte, dass auf die Angaben des Beschuldigten zu seinem Konsum nicht abgestellt werden könne. Selbst wenn die Vorinstanz zugunsten des Beschuldigten (aber entgegen der Sachverhaltserstellung) davon ausgeht, jedenfalls 18 Gramm reines Kokain sei für den Verkauf bestimmt gewesen, verbleiben immer noch mehr als 70 Gramm reines Kokain, das der Beschuldigte bei sich lagerte. Damit ist die Grenze für den mengenmässig schweren Fall um ein Mehrfaches überschritten

- 24 - worden, wobei es sich beim Tatbestand des Lagerns / Aufbewahrens / Besitzens um ein vollendetes Delikt gemäss Art. 19 Abs. 1 BetmG handelt. Bei Kokain handelt es sich zudem um eine "harte" Droge, welche dazu geeignet ist, die Gesundheit Dritter massiv zu gefährden. Auch wenn die Menge nicht allein entscheidend für die Beurteilung der Tatschwere ist, so ist sie für die Festlegung des objektiven Tatverschuldens dennoch von Relevanz. Der Reinheitsgrad von mindestens 94 % bezüglich des grössten Teils des gelagerten Kokaingemischs (98.4 Gramm) und derjenige von 74 % (eine Portion à 0.29 Gramm) bzw. 66 % (eine Portion à 4.0 Gramm) bezüglich der beiden kleineren Portionen lassen den Schluss zu, dass der Beschuldigte hochwertiges, ausgesprochen reines Kokain lagern, respektive handeln, wollte. Dass der Beschuldigte diesbezüglich ein Kenner der Materie ist, wurde bei der Sachverhaltserstellung dargetan, so dass bezüglich des Verschuldens davon auszugehen ist, dass er ganz genau wusste, dass es sich um äusserst hochwertiges Kokain handelte. Das ist in objektiver Hinsicht verschuldenserschwerend zu berücksichtigen. Welche Stellung der Beschuldigte in der Drogenhandelshierarchie einnahm, kann nur gemutmasst werden, da solches nicht nachgewiesen wurde. Jedenfalls lässt sich ohne weiteres aufgrund des erstellten Sachverhaltes darauf schliessen, dass der Beschuldigte nicht der Endabnehmer, sondern ein Zwischenhändler war. Ob er das hochwertige Kokain ungestreckt weiterverkaufen wollte und damit bereits in der mittleren Händlerhierarchie anzusiedeln wäre oder wie die Vorinstanz annimmt, dies für eine leicht erhöhte Stellung spricht (Urk. 52 S. 13), wurde nicht ermittelt und erscheint rein spekulativ. Jedenfalls kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie das Verschulden im Rahmen des qualifizierten Falles als leicht bezeichnet (Urk. 52 S. 13). Beträchtlich verschuldenserschwerend ist namentlich zu würdigen, dass der Beschuldigte (nebst Erwerb und Lagerung von hochprozentigem besonders reinen Kokain) dieses auch selbst verkaufen wollte, wodurch er einen wesentlichen und aktiven Beitrag an die Inverkehrsetzung dieser Betäubungsmittel leistete, der über das blosses Lagern weit hinausgeht, selbst wenn man - mit der Vorinstanz - von lediglich 18 Gramm Reinsubstanz ausgeht, die der Beschuldigte zum Verkauf vorgesehen hatte. Innerhalb des grossen Strafrahmens des qualifizierten Falles kann man wohl mit der Vorinstanz das Verschulden, das an sich bereits beträcht-

- 25 - lich ist, dennoch als leicht, jedenfalls im untersten Drittel des Strafrahmens liegend, bezeichnen. In subjektiver Hinsicht ist dem Beschuldigten entgegen zu halten, dass die Delinquenz einfach zu vermeiden gewesen wäre, da er - ungebunden wie er war - einer legalen Arbeitstätigkeit hätte nachgehen und mit dem Einkommen seinen Lebensunterhalt

hätte bestreiten können. Mithin sind ausser finanziellen und damit egoistischen Motiven keine anderen ersichtlich, so dass das objektive Tatverschulden jedenfalls nicht relativiert wird. Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen die hypothetische Einsatzstrafe auf 12 Monate festsetzt (Urk. 52 S. 14), erscheint das unangemessen wohlwollend, selbst wenn man dem Beschuldigten infolge seines Eigenkonsums ganz leicht verschuldensmindernde Umstände anrechnet. Auch wenn man vergleichsweise die Strafzumessungsbelle aus dem BetmG-Kommentar konsultiert, ergäbe sich gestützt auf die Drogenmenge eine Einsatzstrafe in der Grössenordnung von 20 Monaten (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, OFK-BetmG, N 45 zu Art. 19). Der Vorinstanz ist darin zu folgen, dass die einzelne Verkaufshandlung von 8.5 Gramm reinem Kokain an E._____, welche aufgrund der Verhaftung des Beschuldigten nicht erfolgreich endete, nicht schwer wiegt, obwohl sich das Verschulden trotz des Anstaltentreffens praktisch nicht relativiert, da der Beschuldigte von sich aus alles unternommen hatte, um den Verkauf zu vollenden und ihn lediglich die Verhaftung, und damit äussere Umstände und nicht sein eigenes Verhalten, davon abhielt. In Anbetracht des deutlich mildereren Strafrahmens von Art. 19 Abs. 1 BetmG erscheint eine Erhöhung der hypothetischen Einsatzstrafe - bereits asperiert - um drei Monate als angemessen (Urk. 52 S. 14).

E. 1.4.1

Bezüglich der persönlichen Verhältnisse kann vorab auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 52 S. 14). Der Beschuldigte sagte im vorliegenden Verfahren offensichtlich nur widerwillig zu seinen persönlichen Verhältnissen aus und machte nur zögerliche oder rudimentäre Angaben auch zu Fragen betreffend seine Einkommens- und Vermögenssituation und bezüglich allfälliger Schulden resp. finanzieller Unterstützung durch Staat oder Private (Urk. D2/4/1 S. 5; Urk. D2/4/6 S. 10 f.; Urk. D2/4/9 S. 5 f.) und will sich zum Beispiel auch nicht

- 26 - daran erinnern können, seit wann er mit Frau G._____ liiert ist, bei welcher er in D._____ wohnte (Urk. D2/4/9 S. 5).

E. 1.4.2

Aus dem Strafverfahren DG150255 ist zu den persönlichen Verhältnissen das Folgende ersichtlich, wobei anzufügen ist, dass der Beschuldigte dort noch deutlich mehr Angaben zu seiner Person machte und diese anlässlich der Berufungsverhandlung weitgehend bestätigte (Prot. II S. 18 ff.). Der Beschuldigte wurde am tt. Januar 1971 in ... [Ortschaft 1] in Italien geboren und besuchte neun Jahre die Grundschule in ... [Ortschaft 2], Italien. Er machte ca. drei Jahre eine Anlehre als Bodenleger in Italien, verfügt aber über keinen Abschluss und jobbte auf verschiedenen Baustellen. Er kam im Jahre 1993 in die Schweiz und arbeitete als Glaser als Saisonier bei einer Firma in Zug. Ende 1993 ging er wieder zurück nach Italien, wo er als Bodenleger arbeitete. Ungefähr drei bis vier Jahre später reiste er erneut in die Schweiz, wo er seine erste Frau heiratete. Er lebte dann von seinem Ersparten und dem Einkommen seiner Ehefrau, die als Barmaid ebenfalls arbeitete. Ab ca. 2003 / 2004 hatte er eine Anstellung als Hilfsmonteur bei der Firma B._____ in C._____. Zwei Mal wurde ihm dort gekündigt, weil die Firma zu wenig Arbeit hatte, jedoch wurde er dort ca. 2011 zu 100 % angestellt. Bereits ein halbes Jahr später sei er aber wegen zu wenig Arbeit nur noch zu 50 % angestellt gewesen. Von der ersten Frau wurde der Beschuldigte ca. zwischen 2001 und 2004 geschieden. Die zweite Ehe schloss er 2006 in Bulgarien, wobei auch diese 2012 wieder geschieden wurde. Der Beschuldigte, der mittlerweile über

die Niederlassungsbewilligung C verfügt, ist Vater zweier Kinder. Eines wohnt in Italien und ist bereits volljährig und das zweite Kind, H. _____, wohnt mit seiner Mutter in Bulgarien. 2013 hatte der Beschuldigte angegeben, aus einem Privatkredit heraus noch Schulden in der Höhe von ca. Fr. 43'000.– bis Fr. 44'000.– gehabt zu haben, was sich mit den betriebenen offenen Forderungen von damals Fr. 39'000.– deckt (Urk. 39A/10/4 S. 2 f. und S. 5; Urk. 39A/10/8 S. 2 und Urk. 39A/10/13 S. 3 f.). Gemäss seinen Angaben in der Berufungsverhandlung hat er noch ca. Fr. 30'000.– Schulden (Prot. II S. 23). Der Beschuldigte gab im damaligen Verfahren zudem an, dass er nach der Entlassung aus der damaligen Untersuchungshaft keine andere Arbeitsstelle gefunden habe als wieder bei B. _____, bei welchem er aber wegen zu wenig Arbeit nur 50 % habe arbeiten - 27 - können (Urk. 39A/10/13 S. 1 f.), was sich bis zur Hauptverhandlung vom 12. Januar 2016 nicht mehr geändert habe (Urk. 39A [DG150255] Prot. I S. 6). Heute ist der Beschuldigte arbeitslos und auf Arbeitssuche (Prot. II S. 20 f.)

E. 1.4.3

Damit ergeben sich aus den persönlichen Verhältnissen keine strafzumessungsrelevanten Faktoren.

E. 1.5

Der Beschuldigte delinquierte gleich nach Abschluss des Verfahrens DG150255 im Januar 2016 wieder einschlägig. Eine Straferhöhung von drei Monaten erweist sich hierfür als angemessen. Für das Teilgeständnis ist dem Beschuldigten eine Strafminderung von zwei Monaten zu gewähren. Insgesamt verbleibt für die neu zu beurteilenden Delikte aufgrund der tatfremden Komponenten eine Erhöhung der Tatschwere.

E. 1.6

Angesichts des insgesamt zwar beträchtlichen, aber letztlich noch im untersten Drittel des Strafrahmens des qualifizierten Delikts anzusetzenden Verschuldens des Beschuldigten wäre somit eine hypothetische Freiheitsstrafe von zwei Jahren angemessen, wenn diese Delikte für sich allein zu beurteilen wären. Aspektiert zur Sanktion für das schwerste Delikt (vgl. oben E. V.1.2) ist die hypothetische Einsatzstrafe mindestens um 16 Monate anzuheben, was eine hypothetische Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens 40 Monaten ergibt.

E. 1.7

Von dieser hypothetischen Gesamtfreiheitsstrafe ist als letzter Schritt die widerrufenen Strafe von 24 Monaten abzuziehen. Demzufolge ist der Beschuldigte mit 16 Monaten Freiheitsstrafe (abzüglich 177 Tage erstandene Haft) als Zusatz zur widerrufenen Strafe gemäss Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. Januar 2016 zu bestrafen, was auch mit dem Prinzip des Verschlechterungsverbot nach Art. 391 Abs. 2 StPO vereinbar ist.

E. 1.8

Die von der Vorinstanz ausgefallte Busse von Fr. 500.– für die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG wurde vom Beschuldigten nicht substantiiert bestritten. Infolge des Verschlechterungsverbot und da keine Gründe für eine Reduktion ersichtlich sind, hat es bei dieser Über-

- 28 - tretungsbusse zu bleiben, ebenso wie der für den Fall des Nichtbezahlens praxisgemäss angeordneten Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen (Urk. 52 S. 15).

E. 1.9

Gestützt auf Art. 51 StGB rechnet das Gericht die Untersuchungshaft, die der Täter während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden hat, auf die Strafe an. Als Untersuchungshaft gilt jede in einem Strafverfahren verhängte Haft, Untersuchungs-, Sicherheits- und Auslieferungshaft (Art. 110 Abs. 7 StGB). Der Anrechnung der vom Beschuldigten bereits verbüsst 177 Tage Haft, wie es die Vorinstanz bereits tat (Urk. 52 S. 15), steht nichts entgegen. 2. Vollzug Zufolge des Antrags auf Freispruch bezüglich des Hauptanklagevorwurfs hat sich die Verteidigung zu dieser Dispositivziffer nicht substantiiert geäußert bzw. erhob für den Fall eines Schuldspruchs und unter der Prämisse der Ausfällung einer Geldstrafe keine Einwände gegen den unbedingten Vollzug (Urk. 72 S. 13). Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten mit zutreffender Begründung unter dem Hinweis auf das Fehlen von besonders günstigen Umständen im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB den bedingten Strafvollzug gemäss Art. 42 StGB verweigert (Urk. 52 S. 15 f.). Auf ihre diesbezüglichen Erwägungen kann vollumfänglich verwiesen werden. Angesichts der eigentlichen Schlechtprognose, die dem Beschuldigten aufgrund seines bisherigen Verhaltens gestellt werden muss, ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen und die Freiheitsstrafe zu vollziehen. VII. Landesverweisung 1. Die Staatsanwaltschaft beantragt mittels Verzicht auf Anschlussberufung sinngemäss die Bestätigung der Landesverweisung für die Dauer von 10 Jahren (Urk. 57). Dagegen ficht die Verteidigung die Anordnung der Landesverweisung infolge Freispruchs an und verlangt für den Eventualfall eines Schuldspruchs den Verzicht auf eine solche Anordnung (Urk. 54 S. 1 und Urk. 72 S. 13 f.). Konkret begründet die Verteidigung diesen Eventualantrag damit, dass sich der Beschul-

- 29 - digte als italienischer Staatsbürger auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit der Europäischen Union (EU) berufen könne, welches eine Landesverweisung nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zulasse. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verlange diesbezüglich eine konkrete und qualifiziert nachzuweisende Gefährdung der Sicherheit durch die betroffene Person, d.h. das Vorliegen einer konkret nachgewiesenen Rückfallgefahr, wofür seines Erachtens ein Gutachten nötig sei. Dies sei vorliegend jedoch nicht der Fall. Ausgehend von einer Verurteilung allein wegen des beabsichtigten Verkaufs der 8.5 Gramm Kokain stellt sich die Verteidigung weiter auf den Standpunkt, dass das private Interesse des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz und auf sein Reisefreiheitsrecht das öffentliche Interesse an seiner Fernhaltung überwiege. Der Beschuldigte sei seit 20 Jahren in der Schweiz und habe hier auch Angehörige (Urk. 72 S. 13 f.). 2. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen der Landesverweisung und deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem knapp aber korrekt dargestellt (Urk. 52 S. 18), worauf vorab verwiesen werden kann.

E. 2

Nach Zustellung des begründeten Urteils der Vorinstanz an die Parteien am 20. März 2017 (Urk. 51/1-2; Urk. 52) reichte die Verteidigung des Beschuldigten innert der gesetzlichen Frist nach Art. 399 Abs. 3 StPO bei der hiesigen Berufungsinstanz die Berufungserklärung vom 23. März 2018 (Urk. 54) ein. Die

- 6 - Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat verzichtete mittels Eingabe vom 10. April 2018 innert angesetzter Frist auf eine Anschlussberufung und beantragte gleichzeitig die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 57). Weiter stellte sie das Gesuch um Dispensation von der Berufungsverhandlung, was ihr bewilligt wurde (Urk. 57).

E. 2.1

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob bzw. inwieweit eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor der zweiten Instanz gestellten Anträge gutgeheissen werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_1025/2014 vom 9. Februar 2015 E. 2.4.1 mit Hinweisen; bestätigt in 6B_10/2015 vom 24. März 2015 E. 4.2.1).

E. 2.2

Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen vollumfänglich, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind.

E. 2.3

Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten beantragte für das Berufungsverfahren eine Entschädigung von Fr. 3'552.95, inklusive Mehrwertsteuer und Barauslagen (Urk. 63A/2 und 74). Der geltend gemachte Aufwand steht im Einklang mit den Ansätzen der Anwaltsgebührenverordnung und erweist sich grundsätzlich als angemessen. In Berücksichtigung der Dauer der Berufungsverhandlung, des Anfahrtsweges und der voraussichtlichen

- 37 - Dauer der Nachbesprechung ist der amtliche Verteidiger mit Fr. 4'200.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Es wird beschlossen:

E. 3

Nach erfolgter Vorladung zur heutigen Berufungsverhandlung (Urk. 60) wurde mit Präsidialverfügung vom 23. Mai 2018 gestützt auf Art. 389 Abs. 2 StPO von Amtes wegen die Einvernahme des Zeugen B._____ anlässlich der Berufungsverhandlung angeordnet. Gleichzeitig wurde die Staatsanwaltschaft ersucht, die Buchhaltungsunterlagen der Firma B._____, Lüftungs- Klimaanlagen Montagen aller Art, C._____ [Ortschaft], samt Belegen für die Jahre 2013 bis und mit 2016 umgehend zu beschlagnahmen, resp. beschlagnahmen zu lassen, und der hiesigen Kammer vorgängig der Berufungsverhandlung einzureichen (Urk. 62). Diesem Ersuchen gab die Staatsanwaltschaft nicht statt (Urk. 66 - 68). Daraufhin wurde B._____ mit Präsidialverfügung vom 30. Mai 2018 aufgefordert, die Buchhaltungsunterlagen der Firma B._____, Lüftungs- Klimaanlagen Montagen aller Art, C._____, samt Belegen für die Jahre 2013 bis und mit 2016 umgehend herauszugeben, resp. spätestens zur Zeugeneinvernahme mitzubringen (Urk. 64). Der Zeuge kam dieser Aufforderung nicht nach (Prot. II S. 8 f.).

E. 3.1

Zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten, den Umständen seiner Einreise in die Schweiz und seinem Bezug zur Schweiz kann auf die vorstehenden Ausführungen unter Ziffer VI. 1.4.1. - 1.4.2. verwiesen werden. Der Beschuldigte verbrachte demzufolge die prägenden Jahre seiner Kindheit und Jugend in Italien. Er ist vertraut mit der Kultur des Landes und verfügt auch noch über persönliche Kontakte (Prot. II S. 19). Ausserdem beherrscht er seine Muttersprache Italienisch besser als die deutsche Sprache. Der Beschuldigte arbeitete in Italien als Bodenleger und in der Schweiz als Hilfsmonteur, was ihm beides grundsätzlich auch in Italien möglich sein dürfte, da er diesbezüglich alle Voraussetzungen mitbringt. Der Beschuldigte geht und ging schon seit Jahren auch in der Schweiz keiner geregelten Arbeit nach und es hat sich nicht schlüssig ergeben, womit er

seinen Lebensunterhalt und seinen behaupteten Drogenkonsum finanziert. Entgegen seinen wiederkehrenden Beteuerungen gelang es dem Beschuldigten bis heute nicht, irgendeiner anderen regelmässigen und bezahlten Arbeit nachzugehen. Insgesamt ergibt sich, dass der Beschuldigte in der Schweiz eher schwach integriert ist, und es kann davon ausgegangen werden, dass er

- 31 - sich in seinem Heimatstaat Italien ohne weiteres zurechtfinden und keine schlechteren Lebensbedingungen vorfinden wird als er sie heute in der Schweiz hat.

E. 3.2

Die Landesverweisung stellt somit vorliegend keinen Härtefall im Sinne des Gesetzes dar. Im übrigen ist festzuhalten, dass selbst bei der Annahme eines Härtefalls aufgrund der wiederholten unablässigen Delinquenz und der offenkundigen sehr grossen Rückfallgefahr das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung durch Aussprechen der Landesverweisung höher zu gewichten ist als das private Interesse des Beschuldigten am Verbleib in einem Land, in dem er weder geboren noch aufgewachsen und auch sonst nicht verwurzelt und ausserdem ungenügend integriert ist.

E. 3.2.1

Für das vorliegende Verfahren ist die detaillierte Kenntnis des Beschuldigten im Umgang mit Kokain vorauszusetzen. Aus dem früheren Strafverfahren und den damals vom Beschuldigten selber eingestandenen Tathandlungen ergibt sich, dass der Beschuldigte offensichtlich versiert in Kokaindealer-Kreisen verkehrte und demzufolge genauestens über Preis und Qualität von Kokaingemischen und die Abwicklung eines erfolgreichen Kokaingeschäfts Bescheid wusste und weiss. So erfolgte die Verurteilung des Beschuldigten mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 12. Januar 2016 aufgrund seines Geständnisses im abgekürzten Verfahren (Urk. 39A/22; Urk. 39A/2/8 S. 4; Urk. 39A/2/14 S. 29; Urk. 39A/2/15 S. 3; Urk. 39A/2/16 S. 5). In jenem Verfahren gab der Beschuldigte

- 13 - zu, die in der Anklageschrift vom 10. September 2015 detailliert und im einzelnen aufgeführten mehrfachen Kaufs- und Verkaufshandlungen von Kokain zwischen Februar und Oktober 2013 zwecks Finanzierung seines Lebensunterhaltes und seines Eigenkonsums vorgenommen zu haben, wobei er sowohl aufcodierte geführte telefonische Bestellungen von verschiedenen Lieferanten jeweils ein Kokaingemisch von mehreren Hundert Gramm gegen Bezahlung übernahm, als auch kleinere Mengen von weniger als Hundert Gramm Kokaingemisch an mindestens drei namentlich ermittelte Kunden in mehreren Malen und in kleineren Portionen weiterverkaufte (Urk. 39A/13 S. 2 und 3). Ferner erklärte er im dortigen Verfahren, dass er nach Reklamationen von Kunden über die schlechte Qualität der von F. _____ übernommenen 45 Fingerlingen mit insgesamt 315 bis 360 Gramm Kokaingemisch erstmals ein Gramm ausgekocht habe, das heisse er habe das Kokain in einem Löffel mit Ammoniak aufgelöst und aufgekocht. Auf dieses eine Gramm sei noch ca. 0.3 Gramm Kokain rausgekommen. Er habe zuhause eine Digitalwaage, mit welcher er das genau habe messen können. Weil er das schlechte Kokain nicht habe verkaufen können, habe er die ganze Menge ausgekocht, wobei noch knapp 100 Gramm Reinsubstanz verblieben sei, die er selbst geraucht habe (Urk. 39A/2/14 S. 28). Im übrigen waren im dortigen Verfahren bei ihm auch Utensilien zum Wägen und Verpacken von Kokain sichergestellt worden, darunter auch die vom Beschuldigten erwähnte Digitalwaage (Urk. 39A/7/2-3; Urk. 39A/1/4 S. 6). Schliesslich fällt im Vergleich zum vorliegenden Vorwurf

auf, dass der Beschuldigte auch im damaligen Verfahren aus dem Jahre 2013 mehrere Mobiltelefone und verschiedene Nummern verwendete. Diesbezüglich gab der Beschuldigte damals nach Vorhalt der überwachten Telefongespräche zu, sich zwecks Absprache mit den Lieferanten und Kunden einer verklausulierten Sprache und Codewörtern bedient zu haben (Urk. 39A/2/8 S. 6 f.; Urk. 39A/2/9 S. 5 und dort. Beilage act. 4; Urk. 39A/2/15 S. 10).

E. 3.2.2

Bezüglich der sichergestellten Mobiltelefone ist darauf hinzuweisen, dass die Verwendung von mehreren Telefonen und verschiedenen Nummern, namentlich auch von solchen, die auf fiktive Personen registriert sind, bei Drogenhändlern absolut normal ist, wie bereits die Vorinstanz erwog. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass bereits im Strafverfahren aus dem Jahre 2013 acht Mobiltelefone

- 14 - ne bezüglich den Beschuldigten beschlagnahmt wurden, wobei vier Geräte und sechs Rufnummern nachweislich für Gespräche mit Drogenhandel verwendet wurden (Urk. 39A/1/4 S. 6 f.; vgl. oben), wird das Indiz, welches sich aus der Sicherstellung der vier Mobiltelefongeräte und der zwei SIM-Karten, die auf fiktive Personen registriert wurden, deutlich verstärkt.

E. 3.2.3

Erwiesen ist sodann, dass es sich bei E._____ um eine sogar mehrfach einschlägig vorbestrafte Person handelt, über welche gemäss Polizeirapport seit 2006 bis und mit 2017 fünf Vorakten betreffend Betäubungsmittelhandel, -besitz und -konsum vorliegen (Urk. D2/3 S. 5). Mithin erweisen sich auch die Aussagen des Beschuldigten und von E._____ bezüglich ihres Kontaktes zueinander als nicht glaubhaft. Es kann nicht auf die Aussagen von E._____ betreffend den Zweck des Treffens abgestellt werden, da er sich selbst widerspricht: Von der Polizei darauf angesprochen, was er mit dem Beschuldigten zu besprechen gehabt habe, antwortet er nur, es sei etwas heikles gewesen, das er zweimal habe verschieben müssen und worauf er nicht näher eingehen wolle (Urk. D2/4/5 S. 2), obwohl er dies ohne weiteres hätte offenbaren können, wenn es denn tatsächlich um Probleme mit seiner Ehefrau gegangen wäre, wie er später angab (Urk. D2/4/7 S. 5). Mit der Aussage über ein solch privates Thema setzt er sich jedoch selbst in Widerspruch zu seiner anderen eigenen Aussage, wonach er keine enge Beziehung zum Beschuldigten habe, ihn nur ein paar Mal gesehen habe (Urk. D2/4/7 S. 3). Im übrigen ist sein ganzes Aussageverhalten mit der Vorinstanz als vage und ausweichend, insgesamt als unglaubhaft zu bezeichnen. Angesichts des offensichtlich verklausuliert vereinbarten Treffens zwischen dem Beschuldigten und E._____ ("sorry, die Sache geht langsam, nach so langer Zeit"; "Entschuldige, besser morgen Vormittag. Gruss"; Urk. D2/4/7 S. 6) verbleibt kein unüberwindbarer Zweifel, dass der Beschuldigte E._____ zwecks Übergabe des mit sich geführten Kokaingemischs von 19.8 Gramm treffen wollte, weshalb das Treffen effektiv heikel war, weshalb es wie in der Branche üblich verklausuliert vereinbart worden war.

E. 3.2.4

Die Vorinstanz legte überzeugend dar, dass der vom Beschuldigten geltend gemachte Eigenkonsum von Kokain zwischen 15 bis 20 Gramm pro Woche

- 15 - gestützt auf die Haaranalyse des IRM, das Ergänzungsgutachten vom 3. April 2017 (Urk. D2/5/4 und D2/5/7) und dem Fehlen von Entzugerscheinungen während der Haft sowie dem Fehlen gesundheitlicher Einschränkungen ausgeschlossen werden kann (Urk. 52 S.7 f.). Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen. Zu ergänzen bleibt einzig, dass der Beschuldigte anlässlich der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht sowohl im vorliegenden Verfahren als auch im Strafverfahren aus dem Jahre 2013 angab, er nehme seit der Entlassung aus der Haft gar keine Betäubungsmittel mehr, er habe aufgehört und habe keine Probleme damit (Prot. I S. 11 und Urk. 39A [DG150255] Prot. S. 8 vom 12. Januar 2016). Dieses gleichartige, fast wörtliche Aussageverhalten erscheint angesichts des vom Beschuldigten seit August 2016 eingestandenen Kokainkonsums als schönfärberisch und unglaubhaft. Im Strafverfahren DG150255 gestand der Beschuldigte denn auch schliesslich einen Eigenkonsum von monatlich durchschnittlich ca. 50 bis 60 Gramm ein, der bereits mehrere Jahre gedauert habe (Urk. 39A/2/16 S. 2). Im vorliegenden Verfahren will der Beschuldigte nach zwischenzeitlicher Totalabstinenz und anschliessendem gleich starkem Konsum dennoch keinerlei Entzugerscheinungen nach der Verhaftung gehabt haben. Das erscheint als völlig unglaubhaft und lässt daher den Schluss zu, dass der geltend gemachte Eigenkonsum nicht derart stark war, wie der Beschuldigte angab. Hinzu kommt, dass er gemäss seinen Aussagen anlässlich der Berufungsverhandlung seit der eingestanden Übernahme von 157 Gramm Kokaingemisch im August bzw. September 2016 bis zu seiner Verhaftung Mitte November lediglich ca. 35 Gramm konsumierte (Prot. II S. 27; sichergestellt wurden ca. 122 Gramm). Selbst wenn man zu seinen Gunsten von einem Konsum dieser 35 Gramm ab Oktober 2016 ausgehen würde, ergäbe das weniger als 1 Gramm pro Tag ($35/45 = 0.8$). Seine Angaben zum Ausmass seines Eigenkonsums sind somit als reine Schutzbehauptungen zu werten, um den Vorwurf des Drogenhandels zu entkräften.

E. 3.2.5

Zudem spricht ein weiteres starkes Indiz (nebst der Haaranalyse und den fehlenden Entzugerscheinungen) gegen den behaupteten starken Eigenkonsum und für einen beträchtlichen Kokainhandel: Der Beschuldigte machte zum einen widersprüchliche Angaben hinsichtlich seines Konsumverhaltens. Während er gegenüber der Polizei noch angab, ca. 10 bis 15 Gramm pro Tag zu konsumieren

- 16 - (Urk. D2/4/1 S. 2), reduzierte er diese Mengenangabe anlässlich seiner staatsanwaltschaftlichen Einvernahme und vor Vorinstanz auf 15 bis 20 Gramm pro Woche (Urk. D2/4/6 S. 3; Prot. I S. 16). Zum anderen hätte er den behaupteten Eigenkonsum zusätzlich zu seinem Existenzminimum mit legalen Mitteln unmöglich finanzieren können. Denn stellt man auf die erste Aussage des Beschuldigten ab, so müsste er bei einem unterdurchschnittlichen Strassenpreis von Fr. 60.– pro Gramm (Urk. D2/3 S. 8) eine Summe von mindestens Fr. 18'000.– bis maximal Fr. 27'000.– pro Monat allein für seinen Eigenkonsum zur Verfügung gehabt haben. Geht man davon aus, dass er 15 bis 20 Gramm pro Woche konsumierte, hätte er monatlich Fr. 3'600.– bis maximal Fr. 5'400.– allein zur Finanzierung seines Eigenkonsums benötigt. Dass er diese Mittel jeweils nach Deckung seiner Lebenserhaltungskosten zur Verfügung hatte, kann jedoch bezüglich legalen Mitteln ausgeschlossen werden. So gab der Beschuldigte doch vor Vorinstanz dazu selber an, lediglich durchschnittlich Fr. 2'600.– resp. Fr. 2'950.– brutto bzw. ca. Fr. 2'100.– resp. Fr. 2'400.– netto pro Monat als Lüftungsmonteur bei der Firma von B._____ verdient zu haben (Prot. I S. 8 f. und S. 13 sowie Urk. 44 [Sammelbeilage; Lohnabrechnungen]). Zwar

überzeugen diese Angaben des Beschuldigten trotz der von ihm eingereichten Lohnabrechnungen (Urk. 44 = Urk. 68/2/6) nicht vollends, lassen sich diese doch mit dem Auszug aus dem individuellen Konto des Beschuldigten bei der SVA Zürich vom 4. Juli 2017, wonach auf diesem letztmals für das Beitragsjahr 2012 BVG-Beiträge verbucht wurden (Urk. 68/2/5; Urk. 28/5), nicht in Einklang bringen. Da sie sich aber angesichts der Aussagen des Zeugen B._____ (Prot. II S. 9 ff.) nicht ohne weiteres widerlegen lassen, ist zugunsten des Beschuldigten von einem entsprechenden Verdienst auszugehen. Es erweist sich somit als absurd, dass der Beschuldigte mit einem derart niedrigen Verdienst den behaupteten Konsum und seine Lebenshaltungskosten finanziert haben soll.

E. 3.2.6

Abschliessend ist mit der Vorinstanz der Sachverhalt wie angeklagt erstellt und der rechtlichen Würdigung zugrunde zu legen, wobei ebenfalls anklagegemäss davon auszugehen ist, dass die 19.8 Gramm Kokaingemisch, die der Beschuldigte bei der Verhaftung auf sich trug, zum Verkauf an E._____ bestimmt waren.

- 17 - IX. Rechtliche Würdigung 1. Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG

E. 3.3

Der Beschuldigte ist Bürger von Italien mit Niederlassungsbewilligung C und kann sich, da Italien ein Mitgliedstaat der EU ist, auf das FZA (SR 0.142.112.681) berufen. Dieses berechtigt ihn grundsätzlich zum Aufenthalt und zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz (Art. 1 lit. a und Art. 4 FZA, Art. 12 ff. Anh. I FZA). Gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen diese Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Weitere Präzisierungen finden sich vor allem in der Richtlinie 64/221/EWG. Ob eine Beschränkung des freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruchs zulässig ist, bestimmt sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 5 Anhang I FZA, welche im Grundsatz derjenigen des EuGH folgt (BGE 136 II 5 E. 3.4), wesentlich nach einer Prognose künftigen Wohlverhaltens. Verlangt ist eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass die ausländische Person künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird, wobei u.a. Drogenhandel als schwerwiegende Rechtsgutverletzung gilt (Urteile des Bundesgerichts 2C_831/2016 E. 3.2.1; 2C.406/2014 E. 2.3 und 4.2; 139 II 121 E. 6.3; 2C_238/2012 E. 2.3; 2A.749/2004 E. 4.1; 130 II 176 E. 3.4.1; 129 II 215 E. 7.4). Das Ergebnis des Verfahrens hängt damit von der Klärung der Frage des Verhältnisses von Art. 66a StGB und dem FZA ab, zumal eine Koordination mittels völkerrechtskonformer Handhabung des Landesverweisungsrechts ausser Be-

- 32 - tracht fällt. Zwar wäre es grundsätzlich denkbar, die Härtefallprüfung so auszugestalten, dass die vom FZA geforderte Betonung der von der straffälligen Person ausgehenden künftigen Gefährdung für Beschuldigte, die gemäss FZA in der Schweiz leben und arbeiten dürfen, Berücksichtigung finden könnte. Dies würde jedoch der Grundidee von Art. 66a StGB zuwider laufen. Die Bestimmung postuliert beim Vorliegen einer Katalogtat die Erforderlichkeit einer Landesverweisung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit für alle Ausländer ohne weiteres und lässt nur eine beschränkte Prüfung der Verhältnismässigkeit unter Berücksichtigung tatsächlicher enger Bindungen zur Schweiz zu.

E. 3.3.1

Das Verhältnis von Art. 66a StGB und dem FZA wurde von der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts noch nicht geklärt. Ob die Erwägungen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts zum Vorrang des FZA in BGE 142 II 35 mehr als ein obiter dictum darstellen, ist umstritten (Burri/Priuli, Landesverweisung und Freizügigkeitsabkommen, AJP 2017 S. 886, S. 891 mit Hinweisen; vgl. auch Robert Baumann, Die Tragweite der Schubert-Praxis, AJP 2010 S. 1009, S. 1010 ff.).

E. 3.3.2

Gemäss der mit BGE 99 Ib 39 begründeten Schubert-Praxis geht das Völkerrecht Bundesgesetzen im Konfliktfall vor, seien diese jünger oder älter. Hat sich aber die Bundesversammlung mit den völkerrechtswidrigen Auswirkungen eines Bundesgesetzes auseinandergesetzt, ist dieses für das Bundesgericht aufgrund von Art. 190 BV verbindlich. Es hat das Bundesgesetz anzuwenden. Die Schubert-Praxis wurde vom Bundesgericht bis heute nicht aufgegeben. Sie wurde in der Doktrin unterschiedlich aufgenommen. Während sie bei einem Teil der Lehre auf Kritik stiess, erfuhr sie von anderer Seite im Grundsatz Zustimmung. Zugunsten der Schubert-Praxis wurde einerseits argumentiert, das Völkerrecht schreibe zwar vor, dass die Staaten die sie bindenden völkerrechtlichen Verträge nicht verletzen dürften, dies aber unter Inkaufnahme der entsprechenden Konsequenzen tun könnten oder zur Weiterentwicklung der völkerrechtlichen Beziehungen unter Umständen gar tun müssten. Andererseits wurde die «Schubert-Praxis» als Ausfluss des Gewaltenteilungsgrundsatzes im Sinne einer Political-Question-Doktrin befürwortet, wonach das Bundesgericht seine Kognition bei Fragen von

- 33 - vorwiegend politischem Charakter zurückzunehmen habe (Schindler/Tschumi, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, 2014, Art. 5 N. 80 mit Hinweisen; vgl. auch Robert Baumann, Die Tragweite der Schubert-Praxis, AJP 2010 S. 1009, S. 1016; Astrid Epiney, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, in: Jusletter 14. März 2016, S. 14). Der Lehre, welche der Schubert-Praxis zustimmt, ist zu folgen.

E. 3.3.3

Die Gesetzgebung zur Landesverweisung ist das Ergebnis heftiger politischer Auseinandersetzungen im Rahmen des Abstimmungskampfes über die Ausschaffungsinitiative und des darauf folgenden Gesetzgebungsprozesses, die sich von Beginn an wesentlich um die Einbettung von Normen über die Ausschaffung krimineller Ausländer in das verfassungsrechtliche Gesamtgefüge einschliesslich des Verhältnisses zu bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen drehten. Der Bundesrat wies schon in seiner Botschaft zur Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)" vom 24. Juni 2009 darauf hin, dass das Volksbegehren – welches allerdings noch keine Härtefallklausel enthielt – insbesondere mit dem FZA nicht vereinbar sei (BBl 2009 5112). Nachdem Volk und Stände die Initiative angenommen hatten, monierte der Bundesrat dies in der Botschaft zur Umsetzung der Initiative erneut (BBl 2013 6059). Im Parlament blieb sowohl ein Vorbehalt zugunsten internationaler Verpflichtungen betreffend Personenfreizügigkeit als auch ein solcher zugunsten innerstaatlichen Rechtschancenlos. Die Härtefallklausel sollte stattdessen dem in der

Bundesverfassung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip zum Durchbruch verhelfen bzw. grösste Verletzungen rechtsstaatlicher Prinzipien oder des Völkerrechts und stossende Entscheide in Ausnahmefällen verhindern (vgl. Protokoll der Ratsdebatten). Dass auch mit der Härtefallklausel die Verpflichtungen gemäss FZA nicht in jedem Fall würden eingehalten werden können, war dabei stets ein offenes Geheimnis. Mit den nun geltenden Bestimmungen über die Landesverweisung nahm der Gesetzgeber (Volk und Stände/Bundesversammlung) somit einen allfällig resultierenden Konflikt mit dem FZA bzw. die Verletzung der daraus resultierenden Ansprüchen von EU-Ausländern im Einzelfall bewusst in Kauf. Der Schubert-Praxis folgend gehen sie dem FZA daher vor.

- 34 -

E. 3.3.4

In BGE 142 II 35 stellte das Bundesgericht unter Hinweis auf BGE 133 V 367 in Aussicht, dass es dem FZA im Fall eines durch die Ausführungsgesetzgebung zu Art. 121a BV bewirkten tatsächlichen Normenkonflikts Vorrang vor innerstaatlichen Regelungen geben werde. Es argumentiert, dass das FZA durch Annahme in einer Volksabstimmung demokratisch legitimiert sei, dieses den unter das Abkommen fallenden Personen gerichtlichen Rechtsschutz garantiere, was toter Buchstabe bliebe, wenn die Gerichte abweichendes nationales Recht anwenden müssten, und schliesslich, dass die Vertragsstaaten der EU einerseits verpflichtet seien, dem Abkommen den Vorrang gegenüber ihrem jeweiligen innerstaatlichen Recht zu geben. Beim FZA gehe es über die Realisierung der teilweise übernommenen Grundfreiheiten um eine Angleichung der Rechtsordnung, welche für die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits direkt anwendbar sei und für welche kraft Unionsrecht der Vorrang der Rechtsordnung ebenfalls Geltung habe (BGE 142 II 35 E. 3.2). Das ist alles richtig. Ausserdem haben die Bilateralen Abkommen für die Schweiz eine grosse wirtschaftliche Bedeutung. Das hebt das FZA aber (auch wertungsmässig) nicht auf die Ebene zwingenden Völkerrechts, dessen unbedingte Geltung sich auch aus der Bundesverfassung ergibt (Art. 139 Abs. 3 BV; Art. 193 Abs. 4 BV; Art. 194 Abs. 2 BV), und der Menschenrechtsgarantien der EMRK, denen als zentrale Grundwerte der Rechtsordnung auch gegen den Willen des Gesetzgebers zum Durchbruch verholfen werden muss.

E. 3.3.5

Der Schubert-Praxis folgend bleibt es im konkreten Fall folglich bei der Anwendung von Art. 66a StGB und an der Anordnung einer Landesverweisung gegenüber dem Beschuldigten.

E. 4

Eine Dauer der Landesverweisung von 8 Jahren erweist sich in Relation zur Schwere des erfüllten Straftatbestandes und der ausgefallenen Strafe sowie unter Berücksichtigung des von jeglichen Strafen und Strafverfahrens unbeeindruckten Weiterdelinquierens des Beschuldigten als verhältnismässig und angemessen.

E. 5

Auch hinsichtlich der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 52 S. 19). Nachdem es sich bei Italien, dem Heimatstaat des Beschuldigten, um ein Mitgliedsstaat des Schengen-

- 35 - Übereinkommens handelt, ist von einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS abzusehen. VIII. Beschlagnahmen

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