

ZH_OBERGERICHT SB180292 vom 6. März 2019

ZH Obergericht, 2019-03-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180292

FR: ZH_OBERGERICHT SB180292 du 6 mars 2019

IT: ZH_OBERGERICHT SB180292 del 6 marzo 2019

Erwägungen

E. 1

Prozessgeschichte

E. 1.1

Das vorstehend wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich,

E. 1.2

In der Folge wurde am 17. August 2018 auf den 8. November 2018 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 52). Am 19. September 2018 wurden die Verfahrensakten des Migrationsamtes des Kantons Zürich über den Beschuldigten beigezogen (Urk. 54 bis 56).

E. 1.3

Zur Berufungsverhandlung vom 8. November 2018 erschienen der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers (Prot. II S. 3). Vorfragen waren keine zu entscheiden und - abgesehen von der Befragung des Beschuldigten (Urk. 60) - auch keine Beweise abzunehmen (Prot. II S. 5). Nach Durchführung der Parteiverhandlung erklärten sich die Parteien mit einer informellen Sistierung des Verfahrens einverstanden, da in Kürze präjudizielle bundesgerichtliche Entscheide zum vorliegend entscheidenden Thema zu erwarten waren. Entsprechend waren die Parteien auch mit der schriftlichen Fortsetzung des Verfahrens einverstanden und verzichteten auf eine mündliche Urteilseröffnung und -erläuterung (Prot. II S. 5; Urk. 63).

E. 1.4

In der Folge publizierte das Bundesgericht seine Urteile 6B_235/2018 vom 1. November 2018 und 6B_1152/2017 vom 28. November 2018. Vor diesem Hintergrund wurde dem Beschuldigten am 6. Dezember 2018 Frist angesetzt, um abschliessend zur Frage der Landesverweisung Stellung zu nehmen (Urk. 64). Die entsprechende Eingabe des Verteidigers ging am 28. Dezember 2018 hier ein (Urk. 66) und wurde am 3. Januar 2018 der Staatsanwaltschaft zur ihrerseitigen Stellungnahme zugestellt (Urk. 69). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine Äusserung (Urk. 71).

E. 1.5

Am 16. Januar 2019 lief die Aufenthaltsbewilligung des Beschuldigten ab. Ein Gesuch um Verlängerung war nicht eingereicht worden (Urk. 55 pag. 218; Urk. 72). Dieser Umstand wurde den Parteien mit Präsidialverfügung vom 29. Januar 2019 zur Stellungnahme unterbreitet (Urk. 73). Während die Staatsanwaltschaft auf eine Vernehmlassung verzichtete (Urk. 75), legte der Verteidiger

- 6 - mit Eingabe vom 7. Februar 2019 dar, es habe der Beschuldigte in den letzten Wochen bei seinem kranken Vater in Portugal weilen müssen, weshalb es ihm nicht möglich gewesen sei, die Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung zu beantragen. Das habe er indessen zwischenzeitlich nachgeholt. Zum Beleg reichte der Verteidiger eine Bestätigung der Stadt ... vom 7. Februar 2019 ein, wonach der Ausländerausweis des Beschuldigten beim Migrationsamt des Kantons Zürich für die Verlängerung pendent sei (Urk. 76; Urk. 78/1). Am 26. Februar 2019 reichte der Verteidiger zudem einen vom 14. Februar 2019 datierten Einsatzvertrag nach, wonach der Beschuldigte ab 18. Februar 2019 von der B._____ AG mit Einsatzort "C._____, D._____" in E._____ unbefristet und mit einem wöchentlichen Pensum von 42 Stunden als Reinigungsmitarbeiter angestellt worden ist (Urk. 79; Urk. 81).

E. 1.6

Am 6. März 2019 wurde das Urteil gefällt und den Parteien schriftlich eröffnet (Prot. II S. 9 ff.).

E. 2

Umfang der Berufung

E. 2.1

Der Beschuldigte ficht mit seiner Berufung einzig die von der Vorinstanz in Anwendung von Art. 66a lit. o StGB für die Dauer von 5 Jahren angeordnete Landesverweisung an und beantragt, auf eine solche zu verzichten (Urk. 44, Urk. 61 S. 2; Urk. 66 S. 2).

E. 2.2

Die Berufung betrifft mithin ausschliesslich Dispositivziffer 6 des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 44, Prot. I S. 4). Entsprechend sind die übrigen Punkte (Dispositivziffern 1-5 und 7-10) in Rechtskraft erwachsen (Art. 399 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 402 und Art. 437 StPO). Das ist vorab vorzumerken.

E. 2.4

Das Freizügigkeitsabkommen (Bilaterale Abkommen mit der EU) wurde in der Volksabstimmung vom 21. Mai 2000 mit 67,2% der Ja-Stimmen (gegen 32,8% Nein-Stimmen) angenommen (Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 über die Genehmigung der sektoriellen Abkommen [...]; BBl 2000 3773). Das FZA besteht aus einem 25 Artikel umfassenden Hauptteil und drei ausführlichen Anhängen, welche sowohl die Freizügigkeit zugunsten gewisser Personengruppen gewähren (Art. 1-7 FZA und Anhang I FZA) als auch Systeme der sozialen Sicherheit koordinieren (Art. 8 FZA und Anhang II FZA) sowie die gegenseitige Anerkennung von Diplomen, Zeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen erleichtern (Art. 9 FZA und Anhang III FZA). [Aus 6B_235/2018 vom 1. November 2018:]

E. 3

Sachverhalt, vorinstanzliches Urteil

E. 3.1

Der Beschuldigte, portugiesischer Staatsangehöriger und bis zum 16. Januar 2019 im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung B (vgl. Urk. 55), ist geständig, im Sinne der Anklage

- 7 - - gegen eine Gegenleistung von 2 Gramm Kokain am 19. Oktober 2016 im Auftrag von F._____ zwei Portionen Kokain à 82,7 Gramm (Reinheitsgehalt 87 % bzw. 91 %; d.h. 73,7 Gramm reines Kokain) von der G._____ Bar in Zürich an die H._____ -Gasse ... in Zürich transportiert, - am 31. März 2017 an der Tramhaltestelle I._____ -Strasse einem polizeilichen Scheinkäufer für Fr. 100.– eine Portion Kokain à 0,6 Gramm brutto verkauft, - am 5. April 2017 im ...-Park an der J._____ -Strasse einem polizeilichen Scheinkäufer für Fr. 1'000.– eine Portion Kokain à 6,9 Gramm brutto verkauft, - in der ersten Hälfte des Jahres 2017 bis zum - letztmals - 12. Juni 2017 in vier Geschäften K._____ insgesamt vier Portionen Kokain à ja ca. 0,1 Gramm zum Preis von je Fr. 20.– verkauft, - und über gut zwei Jahre hinweg täglich Marihuana und alle zwei Tage Koka- in konsumiert zu haben. Für diese Taten sprach die Vorinstanz den Beschuldigten des Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, des mehrfachen Vergehens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG sowie der mehrfachen Übertretung im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig und bestrafte ihn - neben der bereits angesprochenen Landesverweisung - mit einer bedingt auf 2 Jahre aufgeschobenen Freiheitsstrafe von 12 Monaten sowie einer Busse von Fr. 300.–.

E. 3.2

Ziel des FZA zu Gunsten der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz ist die Einräumung des Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbständiger sowie das Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien (Grundbestimmungen, Art. 1 lit. a), Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen (Art. 1 lit. b), Einräumung eines Rechts auf Einreise und Aufenthalt für Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben (Art. 1 lit. c) und die Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer (Art. 1 lit. d). Diese Personen, die sich "rechtmässig" im Rahmen der Anhänge I, II und III [in der Schweiz] aufhalten, werden nicht diskriminiert (Art. 2; vgl. BGE 144 II 1 E. 4.5 ff. S. 8 ff.). Das Einreiserecht wird gemäss den in Anhang I festgelegten Bestimmungen eingeräumt (Art. 3; vgl. BGE 143 IV 97 E. 1.2.1 S. 100). Das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit wird (unter Vorbehalt) gewährt (Art. 4). Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben, wird das Aufenthaltsrecht unter spezifischen Voraussetzungen eingeräumt (Art. 2 Ziff. 2 und Art. 24 Anhang I FZA). Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA bestimmt unter dem Randtitel "Öffentliche Ordnung": "Die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte dürfen nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden."

E. 3.3

Die Zielsetzung wie die Bestimmungen in den umfangreichen Anhängen des FZA regeln das Recht auf Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und Selbständigerwerbenden sowie ihrer Familienangehörigen (diesbezüglich regelt Art. 3 Anhang I FZA das Recht von Familienangehörigen, bei einer aufenthaltsberechtigten Person Wohnung zu nehmen; vgl. BGE 144 II 1 E. 3 S. 4 ff.),

- 10 - ferner von Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben. Mit dem Abschluss des FZA hat die Schweiz Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU im Wesentlichen ein weitgehendes und reziprokes Recht auf Erwerbstätigkeit eingeräumt, allerdings unter dem Vorbehalt eines rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA.

Damit wurde der völkerrechtlich unbestrittene Grundsatz in das FZA übernommen, wonach jeder Staat die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern auf seinem Territorium grundsätzlich selber bestimmen und damit auch einschränken kann. Das FZA berechtigt mithin lediglich zu einem doppelt bedingten Aufenthalt in der Schweiz, nämlich einerseits nach Massgabe der spezifischen Vertragsvereinbarungen als Voraussetzung eines rechtmässigen Aufenthalts und andererseits nach Massgabe des rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA. Der schuldig gesprochene Straftäter hatte sich evidentermassen nicht an diese Konformitätsbedingungen gehalten. Das FZA enthält keine strafrechtlichen Bestimmungen und ist kein strafrechtliches Abkommen. Mit dem FZA vereinbarte die Schweiz - pointiert formuliert - keine Freizügigkeit für kriminelle Ausländer. Die Schweiz ist in der Legiferierung des Strafrechts auf ihrem Territorium durch das FZA nicht gebunden. Jedoch hat sie die völkervertragsrechtlich vereinbarten Bestimmungen des FZA zu beachten. Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen (Art. 27 des für die Schweiz am

E. 3.4

In der Volksabstimmung vom 28. November 2010 wurde die "Ausschaffungsinitiative" von 52,3% der Abstimmenden und dem Mehr von 15 5/2 gegen 5 1/2 Stände angenommen. Die Umsetzung des vom Souverän beschlossenen Art. 121 Abs. 3-6 BV wurde damit dem Bundesparlament übertragen. Dieser verfassungsrechtlich mit der Umsetzung von Initiativen beauftragte Gesetzgeber hatte die Aufgabe, den Volkswillen möglichst wortgetreu umzusetzen. Die Mehrheit der Stimmenden wollte, dass mit straffälligen Ausländern streng zu verfahren ist. Wie der Kommissionssprecher des Ständerats als Zweitrat am 10. Dezember 2014 weiter ausführte, beinhaltet auch diese Verfassungsbestimmung einen Interpretationsspielraum, mit welchem sorgsam umzugehen sei; insbesondere habe das Volk damit den rechtsstaatlich fundamentalen Grundsatz der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns nicht ausser Kraft gesetzt (AB SR 2014 1236). Der Kommissionssprecher wies darauf hin, dass der Nationalrat als Erstrat (mit dem der nachmalig deutlich abgelehnten "Durchsetzungs-Initiative" entnommenen Deliktskatalog) zum Teil weit über das hinausging, was für die wortgetreue Umsetzung der Ausschaffungsinitiative notwendig sei (AB SR 2014 1237). Der Kommissionssprecher des Nationalrats hatte am 20. März 2014 zunächst erläutert, dass der Kern des direkten Gegenvorschlags, der die Verhältnismässigkeit wahren und die Massnahmen von der Höhe des Strafmasses abhängig machen und Art. 5 BV respektieren wollte, vom Souverän (mit 52,6% der Abstimmenden und von 20 6/2 und damit allen Ständen) explizit abgelehnt worden war. Insofern

- 11 - sei eine rechtlich korrekte und konfliktfreie Umsetzung durchaus teilweise eine Quadratur des Kreises (AB NR 2014 489). Es ist festzustellen, dass die Umsetzung im Bundesparlament ausführlich und kontrovers debattiert wurde. Gegen die Umsetzung wurde das Referendum indes nicht ergriffen. Die obligatorische und die nicht obligatorische Landesverweisung gemäss Art. 66a ff. StGB wurden mit Änderung des StGB vom 20. März 2015 Gesetz und am 1. Oktober 2016 in Kraft gesetzt (AS 2016 2337; zu den Gesetzgebungsarbeiten bereits Urteil 6B_371/2018 vom 21. August 2018 E. 2.2 und 2.3).

E. 4

Landesverweisung

E. 4.1

Hinsichtlich der Landesverweisung verwarf die Vorinstanz zunächst den vom Beschuldigten vorgebrachten Einwand, ein Landesverweis sei vor dem Hintergrund von Art. 5 Anhang I FZA unzulässig. Sie erwog, der Beschuldigte sei seit mindestens 2,5 Jahren von der Sozialhilfe abhängig, verfüge nicht über ausreichend finanzielle Mittel und könne sich entsprechend gar nicht auf das FZA berufen, da er die Voraussetzung für einen Aufenthalt von Nichterwerbstätigen nicht

- 8 - erfülle (Urk. 43 S. 17/18). Da auch kein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliege, sei die für ein Verbrechen im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG obligatorisch vorgesehene Landesverweisung auszusprechen (Art. 66a lit. o StGB; Urk. 43 S. 18 ff.). In Anbetracht des leichten Tatverschuldens und der mit 12 Monaten am unteren Ende des ordentlichen Strafrahmens liegenden Freiheitsstrafe sei die Dauer der Landesverweisung auf das Minimum von

E. 4.2

Der Beschuldigte lässt berufsweise an seiner Rechtsauffassung festhalten: Er arbeite seit Mai 2018 in verschiedenen temporären Anstellungen sowie seit 18. Februar 2019 in einer Festanstellung wieder und beziehe keine Sozialleistungen mehr. Als Arbeitnehmer habe er deshalb das Recht, sich im Sinne des FZA in der Schweiz aufzuhalten. Gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfe dieses Recht nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit eingeschränkt werden. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht gegeben, nachdem sein Verschulden als leicht zu qualifizieren sei und er eine bedingte Freiheitsstrafe von 12 Monaten auferlegt erhalten habe, was sich am unteren Ende des ordentlichen Strafrahmens bewege. Vom Beschuldigten gehe auch bestimmt keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit aus, nachdem er sich vom Kokainkonsum und der damit verbundenen Kriminalität habe befreien können, mit Arbeit und sozialen Kontakten im Beruf und privat einem geordneten Leben nachgehe sowie einen engen und konfliktfreien Umgang und Kontakt zu seiner langjährigen Freundin pflege (Urk. 61 S. 2 ff.). Die zwischenzeitlich ergangenen bundesgerichtlichen Entscheide hätten kaum viel Neues gebracht. Eine Landesverweisung sei auch nach der neuesten Rechtsprechung vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA nur zulässig, wenn vom Betroffenen neben einer Störung der öffentlichen Ordnung eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung ausgehe, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre. So könne eine Landesverweisung gegen den Beschuldigten zwar mit Art. 66a StGB vereinbar sein, verstosse aber gegen Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA, weil das strafrechtliche Verhalten und die kriminelle Energie des Beschuldigten bei Würdigung der gesamten Umstände zu wenig schwer gewesen seien, um sein Aufenthaltsrecht in der Schweiz gemäss FZA aufzuheben (Urk. 66 S. 1, 2).

- 9 -

E. 4.3

Das Bundesgericht hat sich in den Ende November 2018 zugänglich gemachten Urteilen 6B_235/2018 vom 1. November 2018 (zur Publikation vorgelesen), 6B_907/2018 vom 23. November 2018 sowie 6B_1152/2017 vom 28. November 2018 mit dem FZA und der Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB befasst.

E. 4.3.1

Zum FZA führt es Folgendes aus: [Aus 6B_907/2018 vom 23. November 2018:]

E. 4.3.2

Zu Art. 66a StGB erwog das Bundesgericht: [Aus 6B_235/2018 vom 1. November 2018:]

E. 4.3.3

Die verschiedentlich aufgeworfene Vorrangfrage zwischen dem FZA und Art. 66a StGB liess das Bundesgericht im Urteil 6B_1152/2017 vom 28. November 2018 explizit offen, weil der dortige beschuldigte EU-Bürger weder über eine Arbeits- noch eine Aufenthaltsbewilligung verfügte (a.a.O. E. 2.5 und E. 2.5.3). Entsprechend habe sich dieser nicht "rechtmässig" im Sinne des FZA in der Schweiz aufgehalten und könne das Abkommen Art. 66a StGB nicht entgegen gehalten werden. Daran ändere auch das den Unionsbürgern von der Schweiz völkervertragsrechtlich eingeräumte Einreiserecht nichts, wie es in BGE 143 IV 97 dargelegt werde, denn das Völkerrecht (und damit auch das FZA) sei nicht auf einen systematischen Schutz gegen eine Landesverweisung angelegt (a.a.O. E. 2.6 m.Hw.). Gleich entschied das Bundesgericht im Urteil 6B_907/2018 vom 23. November 2018: Auch in jenem Fall hatte der beschuldigte EU-Bürger kein Aufenthaltsrecht in der Schweiz und versagte das Bundesgericht deshalb dem FZA die Anwendung. Es erübrige sich darum die Prüfung der Voraussetzungen von Art. 5 Anhang I FZA und stehe das FZA einer Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB nicht entgegen. Dass der Beschuldigte für deren Dauer von 5 Jahren mit einer Einreiseverweigerung belegt sei, habe die Konsequenz, dass er das den Unionsbürgern von der Schweiz völkervertragsrechtlich eingeräumte Einreiserecht, wie es in BGE 143 IV 97 dargelegt werde, naturgemäss während dieser Dauer nicht wahrnehmen könne (a.a.O. E. 2.4.3). Im Urteil 6B_235/2018 vom 1. November 2018 war es schliesslich um einen Beschuldigten mit EU-Bürgerrecht gegangen, der über eine Aufenthaltsbewilligung B verfügte und sich deshalb auf das FZA berufen konnte (a.a.O. E. 3.1). Wie bereits vorstehend wiedergegeben, hielt das Bundesgericht dazu einerseits

- 12 - fest, dass sich eine Vertragspartei nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen könne, um die Nichterfüllung eines völkerrechtlichen Vertrages wie das FZA zu rechtfertigen. Dabei sei dieser Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen. Andererseits seien Art. 66a und 66abis StGB nach ausführlicher und kontroverser Diskussion im Bundesparlament vor dem Hintergrund dessen erlassen und in Kraft gesetzt worden, als die Mehrheit der Stimmbevölkerung wollte, dass mit straffälligen Ausländern streng zu verfahren sei. Das Bundesgericht folgerte daraus, dass das Strafgericht zunächst das ihm vertraute Landesrecht anzuwenden und danach zu prüfen habe, ob sich das Ergebnis als mit dem FZA kompatibel erweise (a.a.O. E. 4.1). In Umsetzung dieser Erwägungen verwarf das Bundesgericht sodann die Argumentation des dortigen Beschuldigten, der unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung zur Ausländergesetzgebung geltend gemacht hatte, eine Beschränkung der Freizügigkeitsrechte rechtfertige sich im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung mit grosser Zurückhaltung nur dann, wenn die Straftat und das Verschulden des Täters auf eine anhaltend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung schliessen liessen. Mit dieser Argumentation beziehe sich der Beschuldigte nämlich - so das Bundesgericht - auf die ausländerrechtliche Rechtsprechung, die vor dem Inkrafttreten der strafrechtlich relevanten Ausführungsgesetzgebung zu Art. 121 BV ergangen sei. Die

Landesverweisung sei aber eine eigenständige strafrechtliche Massnahme. In casu sei keine Beendigung des Aufenthaltsrechts und keine Wegweisung im Sinne des Ausländergesetzes er- gangen, weshalb die ausländerrechtliche Rechtsprechung nicht einschlägig sei. Die von Volk und Ständen angenommene Verfassungsinitiative und deren Um- setzung durch das verfassungsrechtlich berufene Organ des Bundesparlaments führe zu einer klaren Verschärfung der Praxis mittels der strafrechtlichen Landes- verweisung (a.a.O. E. 4.2 und 4.3). Im konkreten Fall schützte das Bundesgericht dann die von der dortigen Vorinstanz gestützt auf Art. 66abis StGB gegen den Beschuldigten ausgesproche- ne dreijährige Landesverweisung: Dieser hatte im Laufe einer Auseinander- setzung einem Widersacher aus drei Metern Distanz eine leere Flasche "Smirnoff

- 13 - Ice" (275 ml) an den Kopf geworfen, ihm damit eine stark blutende Rissquetsch- wunde an der rechten Schläfe zugefügt und ihm überdies gedroht, ihn umzu- bringen. Der Beschuldigte wurde dafür mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von

E. 4.4

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ergibt sich zunächst, dass die Argumentation der Vorinstanz zu kurz greift, es könne sich der Beschuldigte nicht auf das FZA berufen, weil er angesichts seiner Arbeitslosigkeit und seinen nicht ausreichenden finanziellen Mitteln die Voraussetzungen für einen Aufenthalt als Nichterwerbstätiger nicht erfülle. Zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils am 18. April 2018 verfügte der Beschuldigte über eine Aufenthaltsbewilligung B (Urk. 55). Ein solcher Verwaltungsakt ist für das Strafgericht verbindlich (Häfelin/ Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Basel 2016, Rz 1740 ff. m.Hw.; vgl. BGE 129 IV 246 E. 2.1 f. und zuletzt Urteil des Bundesgerichts 6B_566/2017 vom 9. November 2017 E. 3.3 m.Hw.). Der Beschuldigte hatte damit im für die Vorinstanz massgeblichen Zeitpunkt ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz und konnte sich entsprechend auf das FZA berufen. Die Vorinstanz hätte deshalb das FZA in ihre Entscheidungsfindung einbeziehen müssen.

- 14 -

E. 4.5

Wie gesehen, ist nun zwischenzeitlich allerdings die Aufenthaltsbewilligung des Beschuldigten am 16. Januar 2019 abgelaufen, und er hat spätestens 14 Tage vor Ablauf der Gültigkeitsdauer kein Gesuch um Verlängerung einge- reicht (Art. 59 Abs. 1 VZAE). Zwar hat er das mittlerweile nachgeholt. Anders als bei einem fristgerechten Gesuch gibt ihm das aber kein Recht auf Aufenthalt wäh- rend des Verfahrens (Urk. 59 Abs. 2 VZAE). Dass ihm ausnahmsweise gleichwohl vorsorglich eine solche Bewilligung erteilt worden wäre, macht der Beschuldigte nicht geltend und ist aufgrund der Akten auch nicht ersichtlich.

E. 4.6

Die Sachlage ist damit gleich wie bei den obstehend zitierten Urteilen des Bundesgerichts 6B_907/2018 vom 23. November 2018 und 6B_1152/2017 vom 28. November 2018. Zwar räumt das FZA die im Abkommen geregelten Rechte grundsätzlich allen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Ge- meinschaft und der Schweiz ein (Urk. 1 Abs. 1 FZA). Das Bundesgericht hielt in den genannten Entscheiden aber fest, dass ein EU-Bürger ohne Arbeits- oder Aufenthaltsbewilligung sich nicht "rechtmässig" im Sinne des FZA in der Schweiz aufhalte, weshalb das FZA auf ihn nicht anwendbar sei (Urteil 6B_907/2018 vom 23. November 2018 E. 2.4.3 und Urteil 6B_1152/2017 E. 2.5.3 und 2.6). Insbe-

sondere könne sich ein Betroffener in einer solchen Situation nicht auf das allen Angehörigen der Vertragsstaaten gemäss Art. 3 FZA und Art. 1 Anhang I FZA eingeräumte (Wieder-) Einreiserecht gegen blosser Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses berufen. Das muss auch gelten für die sich letztlich direkt aus dem jederzeitigen Einreiserecht ergebenden bewilligungsfreien Anwesenheitsrechte. Nachdem die Aufenthaltsbewilligung des Beschuldigten abgelaufen und nicht - auch nicht provisorisch - erneuert worden ist, hält er sich nach dem vorstehend Ausgeführten nicht rechtmässig im Sinne des FZA in der Schweiz auf. Die sich alleine aus seiner EU-Staatsangehörigkeit ergebenden Ansprüche auf Einreise und (kurzfristige) Anwesenheit gemäss FZA genügen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht, die Anwendbarkeit des FZA zu bejahen.

E. 4.7

Es bleibt deshalb landesrechtlich zu prüfen, ob der Beschuldigte gemäss Art. 66a ff. StGB aus der Schweiz zu verweisen ist oder nicht.

- 15 -

E. 4.7.1

Der Beschuldigte wurde - mittlerweile rechtskräftig - eines Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne dessen Art. 19 Abs. 2 lit. a schuldig gesprochen und hat damit eine Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB begangen. Er ist deshalb grundsätzlich obligatorisch für die Dauer von 5-15 Jahren des Landes zu verweisen.

E. 4.7.2

Von einer Landesverweisung kann indessen ausnahmsweise 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 (Art. 66a Abs. 2 StGB).

E. 4.7.3

Die Vorinstanz hat zu diesem Thema Folgendes erwogen (Urk. 43 S. 19 f.): Der 34-jährige Beschuldigte [heute ist er 35-jährig] sei zusammen mit seinem jüngeren Bruder in Porto aufgewachsen und habe dort bis zur sechsten Klasse die Schule besucht. Danach habe ihm eine Tante eine Arbeitsstelle in der Schweiz vermittelt, wohin er mit 17 Jahren eingereist sei. Hier habe er zum ersten Mal gearbeitet. Seit 2015 sei er indessen arbeitslos und werde vom Sozialamt unterstützt. Gleichzeitig arbeite er im ... des Sozialamtes. Anlässlich der Hauptverhandlung habe der Beschuldigte angegeben, in der darauffolgenden Woche bei einer Umzugsfirma probearbeiten zu können, aktuell aber keiner geregelten Arbeit nachzugehen. Ausser Cousins, einer Tante und einem Onkel habe der Beschuldigte keine Verwandten in der Schweiz. Dass er zu diesen ein besonders enges Verhältnis habe, sei von ihm nie geltend gemacht worden. Er habe keine Kinder und - soweit ersichtlich - keine stabile feste Beziehung in der Schweiz. Zwar habe er dazu in der Hauptverhandlung angegeben, seit 11 Jahren eine Partnerin zu haben, es erscheine jedoch fraglich, ob diese Beziehung eine nennenswerte stabile Bindung zur Schweiz darstellen könne, nachdem er in der staatsanwaltschaftlichen Schlusseilvernehmung vom 14. Dezember 2017 noch angegeben habe, keine Partnerin zu haben. Es scheine, dass es sich dabei um eine instabile

- 16 - On/Off-Beziehung handle. Die Familie des Beschuldigten lebe in Portugal. Er spreche schliesslich fliessend portugiesisch. Vor diesem Hintergrund stellte die Vorinstanz fest, dass der Beschuldigte keine festeren privaten oder beruflichen Bindungen zur Schweiz habe darlegen können. Er sei weder beruflich noch sozial in der Schweiz integriert, habe seit Jahren beträchtliche Schulden und sei seit längerer Zeit von der Sozialhilfe abhängig. Trotz seiner langen Anwesenheit in der Schweiz spreche er nur gebrochen Deutsch und besitze keine realistische Aussicht auf ein regelmässiges Erwerbseinkommen. Eine Reintegration des Beschuldigten in seinem Heimatland Portugal sei ihm dagegen ohne Weiteres zuzumuten. Seine gesamte (engere) Familie lebe dort. Der Beschuldigte spreche die Landessprache und könne sich somit auch einwandfrei verständigen. Entsprechend kam die Vorinstanz zum Schluss, dass kein persönlicher Härtefall vorliege. Und selbst wenn ein persönlicher Härtefall vorliegen würde - so ergänzte die Vorinstanz -, bestehe ein das private Interesse des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz überwiegendes, eminentes öffentliches Interesse an der Wegweisung, nachdem er sich trotz Unterstützung durch die Sozialbehörde dem qualifizierten Drogenhandel gewidmet habe.

E. 4.7.4

Die Befragung des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung förderte keine entscheidenden neuen Erkenntnisse zu Tage (Urk. 60 S. 2 ff.): Der Beschuldigte ist umgezogen und hat zusammen mit einer Kollegin eine 2 ½-Zimmerwohnung gemietet, deren Miete er zur Hälfte bezahlt. Seit Mai 2018 leistet er über Personalvermittlungsbüros temporäre Erwerbsarbeit und bezieht seit Juli 2018 keine Sozialhilfe mehr (Urk. 61 S. 2/3; Urk. 62/1-3). Nunmehr hat der Beschuldigte vor Kurzem mit einem dieser Büros einen unbefristeten Arbeitsvertrag abgeschlossen (Urk. 81). Zu seinem Beziehungsstatus machte der Beschuldigte höchst widersprüchliche Angaben, insbesondere blieb unklar, bis wann und wie lange er effektiv mit L. _____ liiert war. Jedenfalls im April 2018 wurde diese Beziehung aber aufgelöst und ging der Beschuldigte eine neue Beziehung mit einer gewissen M. _____ ein. Seit Mai 2018 sei er nun aber mit einer Brasilianerin liiert. Diese verfüge über eine Niederlassungsbewilligung C, beziehe Sozial-

- 17 - hilfe und erhalte von der Fürsorgebehörde eine kleine Einzimmerwohnung zur Verfügung gestellt. Der Beschuldigte bestätigte, dass seine Eltern und sein Bruder ebenso wie mehrere Onkel, Tanten, Cousins und Cousinen in Portugal lebten; auch die Tante, die ihm seinerzeit die Arbeitsstelle in der Schweiz vermittelt habe, sei wieder nach Portugal zurückgekehrt. Verwandte in der Schweiz habe er vier Cousinen und sechs Cousins, mit welchen er sich ungefähr einmal alle ein bis drei Monate treffe. In seiner Freizeit sei er viel zuhause; mit Kollegen von der Arbeit gehe er aber gelegentlich am Freitagabend etwas trinken. Das sei in den letzten vier Wochen dreimal der Fall gewesen. Schliesslich steht der Beschuldigte seit Juli 2018 in einer Strafuntersuchung wegen Führens eines Motorfahrzeugs ohne Berechtigung (Urk. 46). Offenbar wird dem Beschuldigten vorgeworfen, ohne den erforderlichen Führerausweis ein Fahrzeug gelenkt zu haben. Er macht aber geltend, dazu berechtigt gewesen zu sein oder dies wenigstens gemeint zu haben (Prot. II S. 12, 13).

E. 4.7.5

Wie im Übrigen auch der Verteidiger in seiner Eingabe vom 27. Dezember 2018 letztlich einräumt (Urk. 66 S. 2), kann bei dieser Ausgangslage beim Beschuldigten von einem schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB nicht die Rede sein.

Die Härtefallklausel ist restriktiv anzuwenden. Deren Anwendung lässt sich erst bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK gewähr- leistete Privat- und Familienleben rechtfertigen (Urteil des Bundesgerichts 6B_371/2018 vom 21. August 2018 E. 2.5). Das Einzige, was für den Beschuldigten sprechen könnte, ist seine blossе Anwesenheitsdauer in der Schweiz von mittlerweile rund 18 Jahren. Nachdem er seine ersten 17 Lebensjahre in Portugal verbracht hatte, lebt er nun seit etwas mehr als der Hälfte seines Lebens hier. Daneben weist er aber gar keine beson- deren Bindungen zur Schweiz auf, weder in familiärer noch sonst in privater oder beruflicher Hinsicht: Er ist nicht verheiratet, hat keine Kinder, und seine ganze nä- here Familie (insbesondere Eltern und Bruder) lebt in Portugal. Jedenfalls im April 2018 endete sodann auch die letzte längerdauernde Beziehung des Beschuldig- ten zu einer Frau. Aus der aktuellen, seit Mai 2018 bestehenden Beziehung zu ei-

- 18 - ner sozialhilfeabhängigen Brasilianerin kann er nichts für sich ableiten. Zwar ar- beitete der Beschuldigte sodann nach seiner Einreise während längerer Zeit; 2015 wurde er aber arbeitslos und fiel schliesslich der Sozialhilfe anheim. Erst im Mai 2018 fand er über Personalbüros wieder Anstellungen, zunächst temporär und nun - erst - seit einigen Tagen unbefristet. Auch daraus ergibt sich höchstens eine marginale Bindung zur Schweiz. Betreffend seine sonstigen sozialen Ver- hältnisse gilt dasselbe, wenn er die meiste Freizeit zuhause verbringt und nur ge- legentlich mit Kollegen an Freitagen etwas trinken geht. Und schliesslich ist fest- zustellen, dass der Beschuldigte nach wie vor sehr viel besser portugiesisch als deutsch spricht (vgl. Urk. 60 S. 1 und 2). Der obligatorischen Landesverweisung im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB stehen damit weder Art. 66a Abs. 2 StGB noch die Bestimmungen der BV oder EMRK entgegen.

E. 4.8

Gemäss Art. 66a StGB ist eine Landesverweisung für 5 bis 15 Jahre aus- zusprechen. Die Vorinstanz hat eine solche von 5 Jahren festgesetzt. Dies ist verhältnismässig, nachdem der Beschuldigte mit 12 Monaten Freiheitsstrafe nur gerade mit der Mindeststrafe gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG bestraft worden ist. Im Übrigen liesse das strafprozessuale Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO) einer Erhöhung der Dauer der Landesverweisung ohnehin nicht zu.

E. 4.9

Entsprechend ist der Beschuldigte in Anwendung von Art. 66a lit. o StGB für die Dauer von 5 Jahren aus der Schweiz zu verweisen. 5. Kosten- und Entschädigungsfolgen Ausgangsgemäss - der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung - sind die Kos- ten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 StPO). Davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichts- kasse zu nehmen sind (Art. 426 Abs. 2 StPO).

- 19 - Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 18. April 2018 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: 1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig des Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit - Art. 19 Abs. 2 lit. a des Betäubungsmittelgesetzes, des mehrfachen Vergehens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c des Be- - täubungsmittelgesetzes, der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne - von Art. 19a Ziff. 1 BetmG. 2. Das Verfahren betreffend mehrfache Übertretung des Betäubungsmittel-

gesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetrMG wird bezüglich der vor dem 18. April 2015 begangenen Tatvorwürfe eingestellt. 3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 7 Tage durch Haft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 300.–. 4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. 5. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen. 6. (...) 7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. Januar 2018 beschlagnahmten unter der Sachkautionsnummer 32773 la- gernden Gegenstände werden definitiv eingezogen und vernichtet: div. Notizzettel (Asservat Nr. A010'275'260), - 1 Mobiltelefon "Alcatel" weiss (Asservat Nr. A010'275'179), - 1 SIM-Karte "Lycamobile" (Asservat Nr. A010'275'179), - 1 Mobiltelefon "Alcatel" schwarz (Asservat Nr. A010'275'168), - 1 SIM-Karte "Lycamobile" (Asservat Nr. A010'275'168). -

- 20 -

E. 5

Jahren festzusetzen (Urk. 43 S. 21).

E. 6

Juni 1990 in Kraft getretenen Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge [VRK; SR 0.111]). Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen (Art. 31 Ziff. 1 VRK).

E. 8

Die folgenden sichergestellten und bei der Stadtpolizei Zürich unter den Lagernummern S00752-2017, S00753-2017 und S00754-2017 aufbewahrten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien werden definitiv eingezogen und vernichtet: 1 Portion Kokain in Folie (Asservat Nr. A010'275'124), - 1 Portion Kokain in Cellophanfolie (Asservat Nr. A010'275'135), - 1 Feinwaage schwarz (Asservat Nr. A010'275'180), - 1 Esslöffel (Asservat Nr. A010'275'191), - 1 Plastik-Tupperware grün (Asservat Nr. A010'275'215), - Durchsichtige Folie, Teilstück (Asservat Nr. A010'275'226), - Durchsichtige Folie, Teilstück (Asservat Nr. A010'275'237), - 1 Schere hellblau (Asservat Nr. A010'275'259). -

E. 9

Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf: Fr. 3'900.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 1'100.– Gebühr für das Vorverfahren Fr. 420.– Auslagen (Polizei) Fr. 7'855.50 amtliche Verteidigung Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

E. 10

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

E. 11

(Mitteilungen)

E. 12

(Rechtsmittel)" 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

- 21 - Es wird erkannt:

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