

ZH_OBERGERICHT SB210064 vom 26. August 2021

ZH Obergericht, 2021-08-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210064

FR: ZH_OBERGERICHT SB210064 du 26 août 2021

IT: ZH_OBERGERICHT SB210064 del 26 agosto 2021

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 61 S. 4 f.).

E. 1.2

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 5. November 2020, wurde der Beschuldigte gemäss dem eingangs wiedergegebenen Urteilsdispositiv schuldig gesprochen und bestraft. Das Urteilsdispositiv wurde den Parteien noch gleichentags mündlich eröffnet und begründet sowie im Dispositiv übergeben (Prot. I S. 37). Mit Eingabe vom 11. November 2020 meldete die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl Berufung an (Urk. 43). Das begründete Urteil (Urk. 58) wurde dem Beschuldigten am 29. Januar 2021 und der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl am 28. Januar 2021 zugestellt (Urk. 60). Mit Eingabe vom 2. Februar 2021 reichte die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl rechtzeitig die Berufung ein (Urk. 66).

E. 1.3

Mit Präsidialverfügung vom 24. Februar 2021 wurde dem Beschuldigten die Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung beantragt werde (Urk. 69). Mit Eingabe vom 22. März 2021 liess der Beschuldigte Anschlussberufung erheben (Urk. 71).

E. 1.4

Am 26. August 2021 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, sowie Staatsanwalt lic. iur. G. Faccoli erschienen sind (Prot. II S. 4). Das Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 7 ff.).

- 7 -

E. 2

Berufungsumfang

E. 2.1

In der Berufungserklärung vom 2. Februar 2021 beantragte die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils sowie zusätzlich eine Landesverweisung von 5 Jahren und damit die Aufhebung von Ziffer 8 des vorinstanzlichen

Entscheid (Urk. 66).

E. 2.2

Der Beschuldigte erklärte mit Eingabe vom 22. März 2021 Anschlussberufung und beantragte die Abweisung der Berufung sowie die Aufhebung von Ziffer

E. 2.3

Es bleibt somit festzustellen, dass die Dispositiv Ziffern 1 (Schuldsprüche), 2 (Freispruch), 3 (Sanktion), 4 (Vollzug), 5 (Ersatzfreiheitsstrafe), 6 (Massnahme),

E. 2.4

Somit steht – unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbots – einzig noch die Frage der Landesverweisung zur Disposition (Art. 391 Abs. 2 StPO). II. Landesverweisung 1. Die Staatsanwaltschaft hat eine Landesverweisung von 5 Jahren beantragt. Dies, weil der Beschuldigte Katalogtaten begangen habe und das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung dasjenige des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz überwiege (Urk. 36 S. 6 f.). Heute erwog sie ergänzend, dass angesichts des Kurzberichts des G. _____ ein drogenfreier Neuanfang im Ausland möglich erscheine, womit eine Integration in Spanien nicht untragbar sei. Die Anordnung einer Landesverweisung sei nach erfolgreichem Abschluss der stationären Massnahme somit auch nicht krass unverhältnismässig (Urk. 88 S. 4).

- 8 - 2. Die Verteidigung geht demgegenüber von einem Härtefall aus. Beim hier aufgewachsenen Beschuldigten handle es sich um einen "Schweizer ohne Pass", welcher zum Herkunftsland seiner Eltern praktisch keinen Bezug mehr habe. Zudem leide dieser an COPD, womit dieser mit Bezug auf die Corona-Pandemie zur Gruppe der besonders gefährdeten Personen zähle. Eine Abschiebung würde somit auch gegen Art. 3 EMRK, das Folterverbot, sowie EMRK 8 verstossen. Zudem würde auch die Abwägung des öffentlichen und des persönlichen Interesses des Beschuldigten die Ausweisung nicht erfordern (Urk. 37 S. 13 ff., Urk. 89 S. 5 ff.). 3. Die Vorinstanz geht beim Beschuldigten von einem schweren persönlichen Härtefall aus, da er in der Schweiz aufgewachsen sei und für ihn ein Neustart in einem ihm völlig fremden Land eine nicht hinzunehmende Härte bedeuten würde. Zwar bestünde durchaus ein öffentliches Sicherheitsinteresse an der Landesverweisung. Dieses vermöge aber einmal mehr sein persönliches Interesse ganz knapp nicht zu überwiegen, weshalb die Vorinstanz von einer Landesverweisung abgesehen hat (Urk. 61 S. 35). 4. Die Vorinstanz hat zutreffend ausgeführt, dass der Beschuldigte wegen Katalogtaten gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB verurteilt wird und deshalb zwingend eine Landesverweisung auszusprechen ist. Als ebenso zutreffend erweisen sich die rechtlichen Erwägungen zu den Voraussetzungen des Härtefalls (Urk. 61 S. 30 f.). Ob beim Beschuldigten ein solcher vorliegt, ist nachfolgend zu überprüfen. 5. Von der Landesverweisung kann nur "ausnahmsweise" abgesehen werden, wenn sie kumulativ (1) einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und (2) 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; sog. Härtefallklausel). Die Härtefallklausel dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 146 IV 105, E. 3.4.2; 144 IV 332, E. 3.1.2 und E. 3.3.1). Sie ist restriktiv anzuwenden (BGE 144 IV 332, E. 3.3.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur kriteriengeleiteten Prüfung des

- 9 - Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) heranziehen. Da die Landesverweisung strafrechtlicher Natur ist, sind auch strafrechtliche Elemente wie die Aussichten auf soziale Wiedereingliederung des Täters in die Interessenabwägung miteinzubeziehen (BGE 144 IV 332, E. 3.3.2, mit Hinweisen). Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, einschliesslich familiäre Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Re- sozialisierungschancen. Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholten Delinquenz Rechnung zu tragen. Dabei darf das Gericht auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB begangene Straftaten berücksichtigen (BGer 6B_1070/2018 vom 14. August 2019, E. 6.2.2, mit Hinweisen). Ausgehend von diesen Grundsätzen ist somit festzuhalten, dass nicht jede in der Schweiz geborene und aufgewachsene Personen per se als Härtefall gilt. Zwar durfte bereits unter der Bestimmung von Art. 55 StGB bei einem in der Schweiz verwurzelten Ausländer mit kaum mehr Beziehungen zum Ausland, der durch eine Landesverweisung "deshalb hart getroffen würde", diese nur mit Zurückhaltung ausgesprochen werden (oben E. 1.3.2). Dies gilt besonders für "secondos", die oftmals nur noch formell Ausländer sind (Bertossa, a.a.O., N. 11 zu Art. 66a StGB), was am Ausländerstatus nichts ändert, in der Verhältnismässigkeitsprüfung aber wesentlich ins Gewicht fallen kann (vgl. Urteil 2C_826/2018 vom 30. Januar 2019 E. 8.2.3). Diese, Ausländer der zweiten Generation begünstigende, Praxis, ist mit Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB Gesetz geworden: "Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind." (Urteil (Bundesgericht) 6B_627/2018 vom 22.03.2019 E. 1.5). Strafgerichte haben gemäss dieser gesetzlichen Anweisung der "besonderen Situation" von Ausländern Rechnung zu tragen (BGE 144 IV 332 E. 3.3.3 S. 341 f.; Urteile 6B_724/2018 vom 30. Oktober 2018 E. 2.3.3 und 6B_861/2018 vom 24. Oktober 2018 E. 2.3). Auf der anderen Seite hält die bundesgerichtliche Rechtsprechung auch fest, dass es keinen generellen Ausschluss von Fernhaltmassnahmen bei Ausländern der zweiten Generation gibt (BSK

- 10 - StGB I Art. 66a N 123 mit Verweisen). Denn wie das Gesetz festhält, ist jeweils der besonderen Situation Rechnung zu tragen. Das heisst, es sind in jedem Falle die konkreten Umstände zu überprüfen und berücksichtigen. Falls bei hier geborenen Ausländern, welche lediglich noch formell Ausländer sind, die Landesverweisung faktisch die Ausweisung in die Fremde zur Folge hätte, ist auf eine Ausweisung zu verzichten. Abzustellen ist somit nicht auf das formelle Kriterium des Geburts- und Lebensortes, sondern auf die Intensität der Beziehungen zur Schweiz und zur Heimat, wobei sich der Heimatbegriff in diesem Zusammenhang nicht auf den Geburtsort der Eltern beschränkt, sondern das gesamte Territorium des jeweiligen Staates umfasst. Die Überprüfung der Integrationschancen darf sich somit nicht auf den Geburts- oder sonstigen familiären Bezugspunkt eines Beschuldigten beschränken. Vielmehr ist zu überprüfen, ob auch andernorts die Möglichkeit besteht legal Fuss zu fassen. Zu denken ist beispielsweise an einen italienischen, ausschliesslich deutsch sprechenden secondo dessen Eltern aus einem an Massenarbeitslosigkeit leidendem kalabresischen Bergdorf stammen. Die Aussichten auf eine erfolgreiche Integration dürften dort regelmässig sehr klein sein. Demgegenüber wird sich dieselbe Person im deutschsprachigen Südtirol, wo sich die Lebens- und Arbeitsverhältnisse kaum von den hiesigen unterscheiden, in der Regel ohne weiteres

integrieren können. Eine solche umfassende Überprüfung der Möglichkeiten zur Wohnsitznahme ist in jedem Falle vorzunehmen, insbesondere auch bei Personen mit mehreren Staatsangehörigkeiten oder Aufenthaltstiteln in Drittländern. Zur letzteren Personengruppe zählen generell Unionsbürger. Bei diesen beschränkt sich die Überprüfung der Resozialisierungschancen nicht nur auf das Herkunftsland sondern muss auf die gesamte Europäische Union und dort insbesondere auf das grenznahe Ausland ausgeweitet werden. Da beim Beschuldigten in nächster Zeit jedoch nicht mit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu rechnen ist, muss sich die Überprüfung der Resozialisierungsmöglichkeiten vorliegend jedoch auf Spanien beschränken. 6. Der Beschuldigte ist spanischer Staatsangehöriger und hat sich unter anderem des Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gemacht, womit er gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB grundsätzlich für mindestens fünf Jahre des Landes zu verweisen ist.

- 11 -

E. 3

des vorinstanzlichen Urteils und stattdessen die Ausfällung einer mildereren Strafe (Urk. 71). Mit Eingabe vom 5. August 2021 liess der Beschuldigte seinen Antrag auf Ausfällung einer mildereren Sanktion zurückziehen (Urk. 79 S. 3). Davon ist mit entsprechendem Beschluss Vormerk zu nehmen.

E. 7

Von einem schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB ist bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV und Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens auszugehen (BGer. 6B_1440/2019 vom 25. Februar 2020, E. 5.3; 6B_1044/2019 vom 17. Februar 2020, E. 2.4.3; 6B_1299/2019 vom 28. Januar 2020, E. 3.3; je mit Hinweis). Das durch Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen (BGE 144 I 266, E. 3.3, E. 4.2 und E. 5.1; 144 II 1, E. 6.1; BGer. 6B_1070/2018 vom 14. August 2019, E. 6.3.2). Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern (BGE 145 I 227, E. 5.3; 144 II 1, E. 6.1; BGer. 6B_1474/2019 vom 23. März 2020, E. 1.4). Das Verhältnis zu volljährigen Kindern fällt nur dann unter das geschützte Familienleben, wenn ein über die üblichen familiären Beziehungen bzw. emotionalen Bindungen hinausgehendes, besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht; namentlich infolge von Betreuungs- oder Pflegebedürfnissen bei körperlichen oder geistigen Behinderungen und schwerwiegenden Krankheiten (BGE 145 I 227, E. 5.3; 144 II 1, E. 6.1; BGer. 2C_385/2018 vom 29. November 2018, E. 3.2; je mit Hinweisen). Der Anspruch auf Schutz des Privatlebens kann auch ohne Familienbezug tangiert sein, wenn ein Ausländer ausgewiesen werden soll. Aus diesem Anspruch ergibt sich ein Recht auf Verbleib im Land aber nur unter besonderen Umständen. Eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration genügen hierzu nicht; erforderlich sind besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur (BGE 144 II 1, E. 6.1; BGer. 6B_1314/2019 vom 9. März 2020, E. 2.3.6; 6B_1044/2019 vom 17.

Februar 2020, E. 2.5.2). 8.1. Zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann vorab auf die Darstellung im angefochtenen Entscheid der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 61 S. 32 f.). Demnach wuchs der heute 52-jährige Beschuldigte in der Schweiz

- 12 - auf. Im Alter von 10 Jahren wurde er fremdplatziert. Er war bis zum Alter von 18 Jahren in verschiedenen Heimen untergebracht (Urk. 87 S. 2). Einen Schulabschluss hat er wegen zahlreicher Absenzen nicht. Hingegen schloss er erfolgreich eine Anlehre als F._____ ab. Bis 1998 hat er regelmässig gearbeitet, danach aber nebst der Wohnung auch die Arbeitsstelle verloren. In der Folge hat er Gelegenheitsarbeiten ausgeführt, hauptsächlich im Drogenhandel und gelegentlich in der Prostitution, was er bereits im Alter von 13/14 Jahren getan hatte. Ab 2017 fand er in sozialen Institutionen Unterschlupf. Er ist seit Aufgabe seiner Erwerbstätigkeit fürsorgeabhängig. Neu gab er an, nun für 50% bei der IV angemeldet zu sein (Urk. 87 S. 5). Seit seinem 15. Lebensjahr konsumiert er sporadisch, seit seinem 22. Lebensjahr regelmässig Drogen, insbesondere Kokain. Nach einer Phase der Spielsucht ist er in Zürich mit einem Casinoverbot belegt worden. Zusätzlich belasten ihn in gesundheitlicher Hinsicht Rücken- und Bandscheibenprobleme. Auch leidet der Beschuldigte an der Lungenkrankheit COPD (Urk. 26/6 S. 2). Er ist nach wie vor ledig, hat aber, mit Unterbrüchen, Beziehungen zu Frauen – meist aus der Drogenszene – unterhalten und besucht seit seinem 28. Lebensjahr regelmässig Prostituierte als "Stammfreier". Sein Vater ist 1987, seine Mutter 2015 verstorben (Beizugsakten Prot. S. 123). Zu seiner in geordneten Verhältnissen lebenden Schwester und deren Familie hat der Beschuldigte regelmässige, 14-tägliche Kontakte, welche er als sehr gut beschreibt. Dies wird von seiner Schwester so bestätigt. In einem Brief, welcher auch von ihrem Ehemann und den beiden Kindern unterzeichnet ist, beschreibt sie eindrücklich die Entwicklung des Beschuldigten und betont, wie wichtig für diesen die sehr guten Kontakte zu ihrer Familie seien (Urk. 26/5). In einem weiteren, aktuellen Schreiben vom 2. August 2021 bestätigt die Schwester diese Angaben und berichtet, wie der Beschuldigte von der Haft und der Therapie profitiert habe und seit Jahren erstmals wieder "clean" sei und mit klarem Geist bei ihrer Familie ein- und ausgehe (Urk. 81). Per 6. April 2021 ist der Beschuldigte aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen worden und hält sich seither in der Sozialtherapeutischen Einrichtung "G._____" in H._____ auf (Urk. 77, Urk. 89 S. 5).

- 13 - Der Beschuldigte hat offenbar eine enge Beziehung zur Familie seiner Schwester. Weitere soziale Kontakte pflegt er gemäss eigenen Angaben zu drei Freunden (Urk. 87 S. 5). Jedoch ist er ledig, unterhält keine Partnerschaft und lebt nicht mit seinen Angehörigen zusammen. 8.2. Der Schutz von Art. 8 EMRK greift somit nicht. Geschützter Familienkreis ist die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. Andere familiäre Verhältnisse fallen nur in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Hinweise für solche Beziehungen sind das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bindungen, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person (BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 12 mit Hinweisen; Urteil 2C_786/2018 vom 27. Mai 2019 E. 3.2.2). Bei hinreichender Intensität sind auch Beziehungen zwischen nahen Verwandten wie Geschwistern oder Tanten und Nichten von Bedeutung, doch muss in diesem Fall zwischen der über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügenden Person und dem um die Bewilligung nachsuchenden Ausländer ein über die üblichen familiären Beziehungen bzw. emotionalen Bindungen hinausgehendes, besonderes Abhängigkeitsverhältnis bestehen (BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 12 f.

mit Hinweisen; Urteil 2C_786/2018 vom 27. Mai 2019 E. 3.2.3; Urteil (Bundesgericht) 6B_1070/2018 vom 14.08.2019 E. 6.3.2). Ein solches besonderes Verhältnis liegt nicht vor. Er lebt alleine und zählt nicht zur Kernfamilie seiner Schwester. Die regelmässigen Besuche liegen im Bereich des unter erwachsenen Geschwistern Üblichen. Offensichtlich hatten diese Kontakte auch keine stabilisierende Wirkung auf den Beschuldigten. Aus diesen Ausführungen erhellt, dass der Beschuldigte in der Schweiz keinen geschützten Familienkreis im Sinne der EMRK hat. Die Landesverweisung hätte somit einzig zur Folge, dass diese Kontakte nicht physisch in der Schweiz ausgeübt werden könnten. Kontakte in elektronischer Form und Besuche im Ausland sind uneingeschränkt möglich. 8.3. Zwar ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Beschuldigte in Spanien ohne weiteres den Weg in ein bürgerliches Leben finden wird, gering. Vielmehr ist zu

- 14 - erwarten, dass er dort ein Leben am Rande der Gesellschaft führen und weiterhin auf die Unterstützung Dritter angewiesen sein wird. Dies ist aber auch hier in der Schweiz der Fall, weshalb in dieser Hinsicht die Ausweisung keine wesentliche Verschlechterung der Gesamtsituation nach sich ziehen würde. Er lebt schon seit über 20 Jahren ohne festen Wohnsitz gefangen in seiner Drogensucht. Ebenso lange ist er fürsorgeabhängig und tritt regelmässig deliktisch in Erscheinung. Nachdem zahllose Versuche unternommen wurden, ihn aus dieser Situation zu befreien, ist – mit dem Gutachter (Urk. 6/3 S. 38) – nicht zu erwarten, dass sich seine Situation nachhaltig verbessert. Darüber darf auch seine derzeitige stabile Phase nicht hinwegtäuschen. Eine solche stellt sich nach einem längeren Aufenthalt in Haft unter intensiver Betreuung regelmässig ein, so auch beim Beschuldigten in der Vergangenheit. Bereits in den Jahren 2013 bis 2015 wohnte er in der Institution "G. _____" in H. _____. Dort hält er sich derzeit erneut auf. Bei früheren Gelegenheiten wurde ihm anfänglich jeweils ein vielversprechender Verlauf attestiert. Bald trat er jedoch wieder kriminell in Erscheinung und fiel in alte Muster, dominiert durch Drogensucht und Dealertätigkeit. Gründe, welche nun zu einer grundlegend anderen Beurteilung führen als bei den bisher insgesamt drei gescheiterten Therapieversuchen, sind eben so wenig erkennbar wie Ansätze zu einer grundsätzlichen und nachhaltigen Kehrtwende. 8.4. Nicht berechtigt ist die von der Schwester geäusserte Befürchtung, wonach der Beschuldigte in Spanien "untergehen" würde (Urk. 26/5 S. 2). So kennt Spanien, wie die meisten europäischen Länder auch, seit Mitte 2020 eine staatliche Grundversicherung (I. _____) und weitere Formen der staatlichen Existenzsicherung. Namentlich bietet Spanien auch administrative und finanzielle Formen der Rückkehrhilfe an (Ministerio de inclusion, seguridad social y migraciones:

https://ciudadaniaexterior.inclusion.gob.es/es/pdf/GUIA_DEL_RETORNO.pdf). Der Beschuldigte wird somit in Spanien weder sich selbst überlassen noch wird er völlig mittellos dastehen. 8.5. Gleiches gilt im Übrigen auch hinsichtlich der medizinischen Versorgung. Der Beschuldigte leidet an Schmerzen am Bewegungsapparat und an der Lungenerkrankung COPD. Zudem nimmt er regelmässig Psychopharmaka ein. Die je-

- 15 - weiligen Therapien beschränken sich auf die Einnahme von Medikamenten, wobei bei der Lungenerkrankung keiner regelmässigen Behandlung bedarf. Einzig bei Bedarf stehen ihm die notwendigen Medikamente zur Verfügung (Urk. 33, Prot. I S. 9, vgl. auch Urk. 87 S. 7 und 8). Der Bericht des Stadtsitals Triemli vom 11. Januar 2019 diagnostiziert die Lungenerkrankung als COPD GOLD 2, Gruppe B (Urk. 26/6). Dazu befragt berichtete der Beschuldigte jedoch nicht von konkreten Beschwerden (Beizugsakten Urk. 115 S. 18). In der medizinischen Fachliteratur werden als typische Symptome der Krankheit in diesem

Stadium langsames Laufen im Vergleich zu Personen gleichen Alters zu Folge Luftnot oder Pausieren beim Laufen mit selbst gewählter Geschwindigkeit beschrieben (Universität Zürich, Institut für Epidemiologie, Biostatik und Prävention/Schweizerische Gesellschaft für Pneumologie: COPD Pocket Guide,

[https://www.ebpi.uzh.ch/dam/jcr:d7345223-146c-44ce-8813-](https://www.ebpi.uzh.ch/dam/jcr:d7345223-146c-44ce-8813-73041c98d259/EBPI_COPD_PocketGuide.pdf)

73041c98d259/EBPI_COPD_PocketGuide.pdf, S. 5). Diese Krankheit schränkt den Beschuldigten in seinem Alltag zwar leicht ein, indessen ist nicht einzusehen inwiefern diese einer Ausreise nach Spanien entgegenstehen könnte. Abgesehen davon steht auch in Spanien die entsprechende fachärztliche Versorgung zur Verfügung. Deren Situation präsentiert sich sogar besser als die hiesige (Europäischer Dachverband von Patientenorganisation im Bereich Allergien und Atemwegserkrankungen (EFA):

Mindeststandards für die Versorgung von COPD-Patienten in Europa, S. 33,

[https://www.efanet.org/images/2014/10/EFA-Buch-](https://www.efanet.org/images/2014/10/EFA-Buch-Mindeststandards-f%C3%BCr-die-Versorgung-von-COPD-Patienten-in-Europa_GERMAN.pdf)

Mindeststandards-f%C3%BCr-die-Versorgung-von-COPD-Patienten-in-

Europa_GERMAN.pdf). Damit ist auch gesagt, dass selbst im Falle der Verschlechterung seiner Krankheit in Spanien eine der Schweiz mindestens ebenbürtige wenn nicht bessere medizinische Versorgung zur Verfügung steht. Auch die Versorgung mit den verschriebenen Medikamenten ist in Spanien sichergestellt, handelt es sich doch dabei ausnahmslos um international gebräuchliche Produkte (Urk. 38 S. 2, Urk. 87 S. 7 und 8).

8.6. Wohl bezeichnet sich der Beschuldigte derzeit als abstinent (Urk. 87 S. 7). Selbst bei einem erneuten Rückfall in die Drogensucht wäre aber in Spanien die notwendige Hilfe und Infrastruktur vorhanden in Form von umfassenden Angeboten an Therapiemöglichkeiten. Gemäss europäischem Drogenbericht 2020 absol-

- 16 - vieren in Spanien rund 60'000 Personen ein Drogensubstitutionsprogramm

(https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/11364/20191724_TDAT

19001DEN_PDF.pdf). 8.7. Nichts destotrotz ist zu beachten, dass der Beschuldigte bereits in der Schweiz geboren ist und seither, das heisst, seit 52 Jahren in der Schweiz lebt. Im Gegensatz dazu ist ihm Spanien, wo er sich als Kind gelegentlich zu Ferienzwecken aufhielt, fremd. Spanisch sprach er lediglich mit seinem Vater (Urk. 87 S. 3), der bereits in den Jugendjahren des Beschuldigten verstarb. Diesen besonderen Verhältnissen ist Rechnung zu tragen, indem noch knapp von einem schweren persönlichen Härtefall auszugehen ist.

E. 9

Demzufolge ist zu prüfen, ob das private Interesse des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz das öffentliche Interesse an der Entfernungs- und Fernhaltungsmassnahme überwiegt. Das öffentliche Interesse an der Landesverweisung ist vor allem hinsichtlich der Schwere der Straftat und der bestehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu bestimmen (BSK-StGB Zurbrugg/Hruschka, Art. 66a N 127). Den privaten Interessen des Beschuldigten steht dessen nicht unerhebliche Delinquenz über Jahrzehnte gegenüber. Aus dieser fand der Beschuldigte zuletzt auch nach der Verurteilung vom 11. Februar 2019 durch das Bezirksgericht Zürich nicht heraus. Bereits wenige Monate später delinquierte er erneut und einschlägig. Zwar macht der Beschuldigte geltend, er habe sich in den letzten Monaten positiv gewandelt und beabsichtige, künftig von harten Drogen abstinent zu leben (Urk. 89 S. 3 ff.). Jedoch ist festzuhalten, dass er während seines Aufenthalts in der sozialtherapeutischen Einrichtung "G._____" das starke Halluzinogen DMT beschaffte und einen Teil an einen Bewohner abgab, worauf er das DMT mit dem

erwähnten und einem weiteren Insassen konsumierte (Urk. 83 S. 4, Urk. 87 S. 8). Besonders verwerflich daran ist, dass der Beschuldigte besagte Substanz an Personen abgab, die sich in der Rehabilitation befanden und an sich zu arbeiten hatten, um ihr Leben wieder in bessere Bahnen zu lenken. Angesichts der diversen Verurteilungen wegen Drogendelikten in der Vergangenheit, der vorstehend unter Ziffer 8.3 dargelegten grossen Zweifel an einer günstigen Prognose und der jüngsten Vorfälle im "G._____" ist mit einer - 17 - ernsthaften Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu rechnen, welche die privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz überwiegen. Von der Anordnung einer Landesverweisung kann entgegen der Ansicht der Vorinstanz daher nicht abgesehen werden.

E. 10

Da es sich beim Beschuldigten wie erwähnt um einen Unionsbürger handelt ist auch eine Überprüfung mit Blick auf die Einhaltung des Freizügigkeitsabkommens der Schweiz mit der Europäischen Union (FZA) vorzunehmen. Auf die Härtefallprüfung bei Angehörigen eines EU-Staates hat das Bundesgericht festgehalten, dass bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA eine "spezifische Prüfung" unter dem Blickwinkel der dem Schutz der öffentlichen Ordnung innewohnenden Interessen verlangt wird (BGE 130 II 176, E. 3.4.1). Entfernung- oder Fernhaltungsmassnahmen setzen eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den betreffenden Ausländer voraus (BGE 130 II 176, E. 3.4.1 und E. 4.2). Eine strafrechtliche Verurteilung darf nur insofern zum Anlass für eine derartige Massnahme genommen werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA steht Massnahmen entgegen, die (allein) aus generalpräventiven Gründen verfügt würden (BGer. 2C_828/2016 vom 17. Juli 2017, E. 3.1, mit Hinweisen). Auch vergangenes Verhalten kann den Tatbestand einer solchen Gefährdung der öffentlichen Ordnung erfüllen. Es kommt weiter auf die Prognose des künftigen Wohlverhaltens an, wobei eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird, verlangt ist. Ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko kann für eine aufenthaltsbeendende Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genügen, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter wie z.B. die körperliche Unversehrtheit beschlägt (BGer. 2C_828/2016 vom 17. Juli 2017, E. 3.2). Die Prognose über das Wohlverhalten und die Resozialisierung gibt in der fremdenpolizeilichen Abwägung, in der das allgemeine Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Vordergrund steht, nicht den Ausschlag (BGE 130 II 176, E. 4.2; BGE 125 II 105, E. 2c). Mit dem Erfordernis der gegenwärtigen

- 18 - Gefährdung ist nicht gemeint, dass weitere Straftaten mit Gewissheit zu erwarten sind oder umgekehrt solche mit Sicherheit auszuschliessen sein müssten (BGer. 2C_108/2016 vom 7. September 2016, E. 2.3). Allerdings sind Begrenzungen der Freizügigkeit im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA einschränkend ausulegen; es kann etwa nicht lediglich auf den Ordre public verwiesen werden, ungeachtet einer Störung der sozialen Ordnung, wie sie jede Straftat darstellt. Betäubungsmittelhandel stellt in der Regel eine schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA dar (BGE 139 II 121, E. 5.3, sowie BGer. 2C_828/2016 vom 17. Juli 2017, E. 3.2, und 6B_126/2016 vom 18. Januar 2017, E. 2.2, nicht publ. in: BGE 143 IV 97; vgl. zum Ganzen: BGE 145 IV 364, E. 3.5.2

sowie E. 3.9, m.w.H.). Hinsichtlich der Vereinbarkeit der Landesverweisung mit dem Freizügigkeitsabkommen (FZA) zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, zu welcher auch Spanien gehört, ist auszuführen, dass sich der Beschuldigte eines qualifizierten Betäubungsmitteldelikts schuldig gemacht hat, was praxisgemäss bereits für sich alleine eine schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA darstellt und die Schweiz zur Anordnung von Entfernungsmassnahmen berechtigt. Warum dies im vorliegenden Fall anders sein sollte, ist nicht ersichtlich. Weitere, auch erhebliche Straftaten des Beschuldigten können damit nicht ausgeschlossen werden. Anders als bei der Prüfung des bedingten Strafvollzugs im Sinne von Art. 42 StGB besteht in diesem Zusammenhang keine Vermutung einer günstigen Prognose, welche dem Beschuldigten zu widerlegen wäre. Das FZA steht somit der Landesverweisung nicht entgegen.

E. 11

Die nachfolgenden mit Verfügungen der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 7. November 2019 und 2. April 2020 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und der zuständigen Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen: – 17.3 Gramm Kokain (A013'167'221 / BM-Lager-Nr. B03232-2019), – 55 Portionen Kokain zu 25.6 Gramm (A013'167'301 / BM-Lager-Nr. B03233-2019), – 36.2 Gramm Kokain (A013'167'403 / BM-Lager-Nr. B03233-2019), – 1.83 Gramm Kokain (A013'167'414 / BM-Lager-Nr. B03233-2019), – 16.1 Gramm Kokain (A013'167'425 / BM-Lager-Nr. B03233-2019), – 5.3 Gramm Heroin (A013'167'436 / BM-Lager-Nr. B03233-2019), – Waage und Minigrip (A013'167'469 BM-Lager-Nr. B03233-2019), – 2 Gramm Haschisch (A013'167'470 / BM-Lager-Nr. B03233-2019), – 1 Waage (A013'167'594 / BM-Lager-Nr. B03233-2019), – div. Minigrip (A013'167'618 / BM-Lager-Nr. B03233-2019), – div. Minigrip (A013'167'629 / BM-Lager-Nr. B03233-2019), – 1 Rolle Knistersack (A013'167'641 / BM-Lager-Nr. B03233-2019), – div. Minigrip (A013'167'674 / BM-Lager-Nr. B03233-2019), – Notizbüchlein / Schuldenabrechnung (A013'167'696), – SIM-Kartenhalter Lebara (A013'167'732), – 1 Dose Aluminium "Brand No. 2" (A013'332'257), – 1 Laserpointer mit Verpackung (A013'332'279), – 2 Klappmesser (A013'332'315), – 2 Blister mit Medikamente, Valium, Severe-Long, Diapin und unbekannt (A013'332'360), – 2 Blister mit Tabletten, Temesta und unbekannt (A013'332'508), – leere Minigrip, Notizzettel (A013'332'575), – 1 Kapsel klein leer (A013'332'600), – 2 Ampullen leer (A013'332'622), – Potenzmittel Kamagra Oral Jelly (A013'332'702), – Pfeife schwarz (A013'332'735), – Fahrzeugschlüssel Volkswagengruppe (A013'332'750), – Potenzmittel Kamagra Oral Jelly (A013'332'852), – 1 Miniwaage (Audi-Schlüssel) (A013'332'885), – 7 Blister Seresta (A013'332'932), – Div. Blister mit brauner Substanz (A013'334'139), – Stahlwolle (A013'334'231), – Beige-braunes Pulver in Knistersack (Streckmittel) (A013'390'573), – getrocknetes Pflanzenmaterial in Vakuumbutel (Cannabis) (A013'391'009), – Hanfpfeife (A013'391'054), – beige braunes Pulver in Minigrip (Heroin) (A013'391'305), – 4 Haschpfeifen (A013'391'350), – beige-braunes Pulver in 23 Minigrip (Heroin) (A013'391'883), – beige-braunes Pulver in Minigrip (Paracetamol / Coffein) (A013'391'930), – braunes Pulver in einer Metallkapsel (Cocain) (A013'391'974), – weisse Masse in Cellophanpapier (A013'391'996),

- 22 - – gelblich-weisse Pulverspuren in Minigrip (Heroin / Cocain) (A013'392'035), – gelblich-weisse Pulverspuren in Glasviale (Cocain) (A013'392'740), – gepresstes Harz in Minigrip (Hasch) (A013'392'795), – Spritze mit Blutanhaftungen (A013'392'853), – Uhr

der Marke Rolex (A013'333'841).

E. 12

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 2. April 2020 beschlagnahmte Bar- schaft von Fr. 330.– wird nach Rechtskraft dieses Urteils an B._____, geb. tt.06.1976, von C._____, wohnhaft D._____-weg ..., E._____, herausgegeben.

E. 13

Die unter der Polis-Geschäftsnummer ... sichergestellte Datenauslese / Datensicherung ab dem Mobiltelefon Samsung Galaxy A40 (Ass-Nr. A013'500'748) wird nach Eintritt der Rechts- kraft dieses Urteils gelöscht.

E. 14

Rechtsanwalt MLaw X._____ wird für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten mit Fr. 25'000.– (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.

E. 15

Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 4'000.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 2'500.– Gebühr für das Vorverfahren Fr. 2'490.– Auslagen (Gutachten) Fr. 550.– Auslagen Polizei Fr. 25'000.– amtliche Verteidigung

E. 16

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.

E. 17

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

E. 18

[Mitteilungen]

E. 19

[Rechtsmittel]" 3. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt:

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