

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SA170003-O/U/cwo

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. B. Gut und Ober-
richterin lic. iur. R. Affolter sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Boller

Urteil vom 21. September 2017

in Sachen

A. _____,

Beschuldigte und Berufungsklägerin

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Stv. Leitende Staatsanwältin lic. iur. S. Steinhauser,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung,
vom 18. April 2017 (DG170023)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 1. März 2017 (Urk. 21) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 32 S. 2 f.)

Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit 33 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 134 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 23 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (10 Monate, abzüglich 134 Tage, die durch Haft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Die Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen.
5. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem angeordnet.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 12. Dezember 2016 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ... aufbewahrten 3.437 Kilogramm Kokaingemisch (2.281 Kilogramm Reinsubstanz) inkl. Reisekoffer (Asservate-Nr. A009'900'485 und A009'899'245) werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 12. Dezember 2016 beschlagnahmte Barschaft von € 800.– (entsprechend Fr. 845.60) wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

8. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf:

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

Fr. 2'100.– Gebühr für die Strafuntersuchung

Fr. 300.– Auslagen Vorverfahren (Gutachten FOR)

Fr. 4'721.80 amtl. Verteidigungskosten (inkl. MwSt)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden der Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.

10. (Mitteilungen)

11. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

a) des Verteidigers des Beschuldigten

(Urk. 45 S. 2)

1. Es sei Dispositivziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach ersatzlos aufzuheben;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zu lasten des Staates.

b) der Anklagebehörde

(Urk. 38)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

1. Verfahrensgang

1.1 Mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 18. April 2017 wurde die Beschuldigte im abgekürzten Verfahren der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen und mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 33 Monaten, wovon 23 Monate unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufgeschoben wurden, bestraft. Weiter wurde die Beschuldigte im Sinne von Art. 66a StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen und eine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) angeordnet. Schliesslich wurde über beschlagnahmtes Gut entschieden (Urk. 32 S. 2 ff.).

1.2 Gegen diesen summarisch begründeten Entscheid erklärte die Verteidigung mit Eingabe vom 27. April 2017 fristgerecht Berufung (Urk. 29). Mit Präsidialverfügung vom 24. Mai 2017 wurde der Staatsanwaltschaft eine Kopie der Berufungserklärung der Beschuldigten zugestellt sowie Frist angesetzt, Anschlussberufung zu erklären oder ein Nichteintreten auf die Berufung der Beschuldigten zu beantragen (Urk. 36). Mit Eingabe vom 31. Mai 2017 beantragte die Staatsanwaltschaft die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 38).

1.3 Nachdem sich die Parteien – vor dem Hintergrund, dass nur Dispositivziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils angefochten worden sei (Urk. 40-42) – mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden erklärt haben, wurde mit Präsidialverfügung vom 12. Juni 2017 die schriftliche Durchführung des Berufungsverfahrens angeordnet und der Beschuldigten Frist angesetzt, um schriftlich im Doppel die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen sowie gegebenenfalls letztmals Beweisanträge zu stellen (Urk. 43), welcher Aufforderung die Verteidigung mit Eingabe vom 20. Juni 2017 nachgekommen ist (Urk. 45). Nach Zustellung der Berufungsbegründung an die Staatsanwaltschaft verzichtete diese mit Eingabe vom 23. Juni 2017 auf eine Stellungnahme

(Urk. 48, 52). Mit Präsidialverfügung vom 25. Juli 2017 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zur Frage einer möglichen Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz Stellung zu nehmen (Urk. 56), woraufhin die Staatsanwaltschaft am 27. Juli 2017 und der amtliche Verteidiger am 7. August 2017 ihre Stellungnahmen erstatteten (Urk. 58, 60).

2. Gegenstand der Berufung

Mit der Berufung gegen ein Urteil im abgekürzten Verfahren kann eine Partei nur geltend machen, sie habe der Anklageschrift nicht zugestimmt oder das Urteil entspreche der Anklageschrift nicht (Art. 362 Abs. 5 StPO). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, nachdem die Verteidigung die Aufhebung von Dispositivziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils beantragt, mit der Begründung, die dort angeordnete Ausschreibung der Landesverweisung im SIS sei im Urteilsvorschlag der Staatsanwaltschaft nicht vorgesehen gewesen. Es liege damit eine materielle Veränderung, namentlich eine Verschlechterung, des Urteilsvorschlags in der Anklageschrift vor. Die Ausschreibung im SIS sei auch weder im Vorverfahren noch anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung thematisiert worden. Die Beschuldigte habe dieser nicht zugestimmt und ihr sei diesbezüglich nie das rechtliche Gehör gewährt worden (Urk. 15 S. 3).

3. Materielles

3.1 Die Vorinstanz ordnete in Dispositivziffer 5 ihres Urteils die Ausschreibung der in Dispositivziffer 4 verhängten 10-jährigen Landesverweisung im SIS an (Urk. 32 S. 3). Dies, obwohl im Urteilsvorschlag der Staatsanwaltschaft eine Ausschreibung der Landesverweisung nicht vorgesehen war (Urk. 21 S. 3 ff.). Dem Protokoll der Vorinstanz ist nicht zu entnehmen, dass die Ausschreibung der Landesverweisung Gegenstand der Hauptverhandlung vom 18. April 2017 gewesen wäre oder die Beschuldigte einer Änderung des Urteilsvorschlags zugestimmt hätte (Prot. I S. 4 ff.). Auch das summarisch begründete vorinstanzliche Urteil erwähnt die Ausschreibung der Landesverweisung mit keinem Wort (Urk. 32 S. 2).

3.2 Gemäss Art. 20 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems und das SIRENE-Büro (N-SIS-VO) können Drittstaatenangehörige nur zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschlossen werden, wenn der entsprechende Entscheid einer Verwaltungs- oder einer Justizbehörde vorliegt. Die Ausschreibung der Landesverweisung wird vom urteilenden Gericht angeordnet. Die Verteidigung weist in ihrer Berufungsbegründung zutreffend darauf hin, dass die Ausschreibung einer Landesverweisung im SIS weit mehr als blossen Mitteilungscharakter hat (Urk. 45 S. 4). Nichtfreizügigkeitsberechtigte Drittstaatenangehörige sind durch die Ausschreibung im SIS nicht nur verpflichtet, die Schweiz zu verlassen, sondern werden aus dem gesamten Schengenraum verwiesen. Die Erläuterungen des Bundesamts für Justiz zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung halten entsprechend fest, dass die Ausschreibung im SIS zwar einen gewissen Vollzugscharakter habe, durch die Ausschreibung aber auch der ursprüngliche Inhalt der Sanktion massiv verändert werde. Aus diesem Grund wurde die Kompetenz, über die Ausschreibung einer Landesverweisung zu entscheiden, dem Strafgericht übertragen, welches auch die Landesverweisung anordnet (Erläuterungen des Bundesamts für Justiz zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung vom 20. Dezember 2016, Ziff. 1.6, S. 11).

3.3. Die Abänderung des Urteilsvorschlags durch die Vorinstanz ohne Zustimmung der Beschuldigten erweist sich vor diesem Hintergrund als unzulässig. Wäre die Vorinstanz der Auffassung gewesen, dass der Urteilsvorschlag ohne Ausschreibung der Landesverweisung nicht hätte genehmigt werden können, hätten die Akten zur Durchführung eines ordentlichen Vorverfahrens an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen werden müssen. Aus welchen Gründen die Ausschreibung der Landesverweisung Eingang in das vorinstanzliche Urteil fand, bleibt letztlich aber unklar, nachdem der summarischen Urteilsbegründung nichts diesbezügliches zu entnehmen ist und auf eine freigestellte Vernehmlassung im Berufungsverfahren verzichtet wurde (Urk. 54).

3.4.1. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach einer Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz. Eine solche erweist sich vorliegend aber aus ver-

schiedenen Gründen als wenig sinnvoll. So ist einerseits zu berücksichtigen, dass die vorliegende Berufung nur zu Gunsten der Beschuldigten ergriffen wurde, weshalb das in Art. 391 Abs. 2 StPO statuierte Verschlechterungsverbot gilt und zwar auch im Falle einer Rückweisung (LIEBER in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm. Art. 391 N 8). Wollte die Vorinstanz an der Ausschreibung der Landesverweisung festhalten, erklärte sich die Beschuldigte damit aber weiterhin nicht einverstanden, müsste das Verfahren zur Durchführung eines ordentlichen Vorverfahrens an die Anklagebehörde zurückgewiesen werden. Dieses würde aber mit grosser Wahrscheinlichkeit zur Ausfällung einer schwereren Sanktion führen als jener im Urteil vom 18. April 2017 und folglich mit einer Verletzung von Art. 391 Abs. 2 StPO einhergehen.

3.4.2. Andererseits stellt sich ohnehin die Frage, ob die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS vorliegend überhaupt rechtlich zulässig ist. Art. 20 N-SIS-VO trat im vorstehend wiedergegebenen und heute geltenden Wortlaut erst am 1. März 2017 in Kraft und damit nach der Tatbegehung der Beschuldigten am 6. Dezember 2016. Die am 6. Dezember 2016 geltende Fassung von Art. 20 aN-SIS-VO lautete wie folgt: "Drittstaatenangehörige können zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben werden, wenn ein Einreiseverbot einer Verwaltungs- und Justizbehörde vorliegt." Eine Ausschreibung im SIS konnte also bereits vor dem 1. März 2017 angeordnet werden, allerdings bezog sich die gesetzliche Bestimmung lediglich auf (migrationsrechtliche) Einreiseverbote und eine Kompetenz zur Anordnung der Ausschreibung durch das Strafgericht bestand nicht. Aufgrund des geschilderten materiellen Charakters der SIS-Ausschreibung kommt das Rückwirkungsverbot von Art. 2 StGB zur Anwendung. Die Anordnung der Ausschreibung im SIS durch das Strafgericht erscheint vor diesem Hintergrund ebenfalls unzulässig.

3.4.3. Die Staatsanwaltschaft beantragt im Berufungsverfahren zwar die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und mithin implizit eine Ausschreibung der Landesverweisung im SIS (Urk. 38). In der Stellungnahme zu einer allfälligen Rückweisung des Verfahrens wird dann aber ausgeführt, dass die Vorinstanz im Falle einer Rückweisung den Urteilsvorschlag gemäss Anklageschrift – und damit

ohne die Ausschreibung der Landesverweisung – zum Urteil zu erheben habe (Urk. 58 S. 2). Damit erklärt sich die Staatsanwaltschaft zumindest implizit damit einverstanden, dass von einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS abgesehen wird.

3.5. Von einer Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz ist vor diesem Hintergrund abzusehen und Dispositivziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils ist aufzuheben beziehungsweise es ist festzuhalten, dass von einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS abgesehen wird. Im übrigen ist die Rechtskraft des vorinstanzlichen Urteils festzustellen.

4. Kosten und Entschädigung

4.1 Die Beschuldigte obsiegt mit ihren Anträgen vollumfänglich. Die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, sind daher auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

4.2 Der amtliche Verteidiger hat mit Eingabe vom 22. August 2017 seine Honorarnote eingereicht (Urk. 65). Die geltend gemachten Aufwendungen sind ausgewiesen, weshalb er mit Fr. 1'744.50 aus der Gerichtskasse zu entschädigen ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 18. April 2017 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit 33 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 134 Tage durch Haft erstanden sind.

3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 23 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (10 Monate, abzüglich 134 Tage, die durch Haft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
 4. Die Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen.
 5. [...]
 6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 12. Dezember 2016 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ... aufbewahrten 3.437 Kilogramm Kokaingemisch (2.281 Kilogramm Reinsubstanz) inkl. Reisekoffer (Asservate-Nr. A009'900'485 und A009'899'245) werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten.
 7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 12. Dezember 2016 beschlagnahmte Barschaft von € 800.– (entsprechend Fr. 845.60) wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
 8. Die Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 2'100.– Gebühr für die Strafuntersuchung
Fr. 300.– Auslagen Vorverfahren (Gutachten FOR)
Fr. 4'721.80 amtl. Verteidigungskosten (inkl. MwSt)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden der Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.
 10. (Mitteilungen)
 11. (Rechtsmittel)"
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil

Es wird erkannt:

1. Eine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird nicht angeordnet.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'744.50 amtliche Verteidigung
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürichund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"
 - die Kantonspolizei Zürich, TEU AssTri, Postfach 8021 Zürich, in Bezug auf Dispositiv Ziffer 6 des vorinstanzlichen Urteils.
5. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung

des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 21. September 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. A. Boller