

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB170488-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. iur. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. S. Volken und  
lic. iur. Ch. Prinz sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. T. Walthert

## Urteil vom 18. April 2018

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Fürsprecher X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. D. Kloiber

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

**Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung,  
vom 28. September 2017 (DG170181)**

**Anklage:**

Die Anklage der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 5. Juli 2017 (Urk. 15) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 33 S. S. 18 ff.)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 14 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 92 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
5. Von einer Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird abgesehen.
6. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 5. Juli 2017 beschlagnahmten Gegenstände (aufbewahrt bei der Kantonspolizei Zürich, TEU AssTri, sowie bei der Bezirksgerichtskasse):
  - 1 Portemonnaie LV (Asservat-Nr. A010'259'424)
  - 1 Portemonnaie schwarz/rot (Asservat-Nr. A010'259'491)
  - 1 Telefon Samsung GT-S6790N (Asservat-Nr. A010'259'537)
  - 1 Telefon Samsung SM-J120FN (Asservat-Nr. A010'259'548)
  - div. Notizen (Asservat-Nr. A010'259'559)
  - 1 Telefon wiko (Asservat-Nr. A010'259'560)
  - 1 Telefon Nokia (Asservat-Nr. A010'259'582)
  - 1 Telefon Microsoft (Asservat-Nr. A010'259'593)

- 1 Telefon Nokia (Asservat-Nr. A010'259'617)
- 1 Telefon Nokia mit Ladegerät (Asservat-Nr. A010'259'628)
- div. Notizen und Notizbücher (Asservat-Nr. A010'259'651)
- 1 Geldkassette (Asservat-Nr. A010'259'662)
- 1 SIM-Karte (Asservat-Nr. A010'259'673)
- div. Notizen (Asservat-Nr. A010'259'742)
- 1 iPhone (Asservat-Nr. A010'259'775)
- 1 Telefon Samsung (Asservat-Nr. A010'259'800)
- 1 Telefon Nokia (Asservat-Nr. A010'259'822)
- 1 ZVV 9 Uhr Pass (Asservat-Nr. A010'259'023)
- div. Kondome, Feuerzeug, Quittungen, Tabletten (Asservat-Nr. A010'259'078)

werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft zurückgegeben. Holt der Beschuldigte die genannten Gegenstände nicht innert 3 Monaten seit Eintritt der Rechtskraft ab, sind diese der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung oder Vernichtung zu überlassen.

7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 5. Juli 2017 beschlagnahmten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (aufbewahrt bei der Kantonspolizei Zürich, TEU AssTri, BM-Lagernummer B01009-2017) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
8. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 5. Juli 2017 beschlagnahmten Ausweisschriften des Beschuldigten (aufbewahrt im Archiv der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl):
  - 1 Dominikanischer Reisepass
  - 1 Dominikanische Registrierungskarte
  - 1 Spanischer Ausländerausweis
  - 1 Dominikanischer Führerausweis

werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben.

9. Von der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 5. Juli 2017 beschlagnahmten Barschaft von insgesamt Fr. 4'171.50 (Barkaution 5473 in der Höhe von Fr. 3'990.– und Barkaution 6310 in der Höhe von Fr. 181.50) wird ein Teilbetrag in der Höhe von Fr. 301.50 eingezogen und zur teilweisen Verfahrens Kostendeckung verwendet. Der restliche Betrag in der Höhe von Fr. 3'870.– wird dem Beschuldigten herausgegeben.

10. Fürsprecher lic. iur. X. \_\_\_\_\_ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger aus der Gerichtskasse wie folgt entschädigt:

Leistungen mit 8.0 % MwSt.:

Honorar	Fr.	5'946.60
Barauslagen	Fr.	252.70
		<hr/>
Zwischentotal	Fr.	6'199.30
MwSt.	Fr.	495.95
		<hr/>
Entschädigung total, inkl. MwSt.	Fr.	6'695.25
		<hr/>

11. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4'000.-; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	2'100.- Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	1'890.- Auslagen Untersuchung
Fr.	6'695.25 Entschädigung amtliche Verteidigung.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

12. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
13. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
14. (Mitteilung)
15. (Rechtsmittel)"

### **Berufungsanträge:**

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 46 S. 1)

1. Es sei festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in den Dispositivziffern 1, 3 und 5 bis 15 in Rechtskraft erwachsen ist.

2. In Aufhebung von Ziffer 2 des angefochtenen Urteil sei der Appellant mit 13 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen, wovon bis und mit heute 96 Tage durch Haft erstanden sind.
  3. In Aufhebung von Ziffer 4 des angefochtenen Urteils sei von einer Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB abzusehen.
  4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge.
- b) Der Staatsanwaltschaft:  
(schriftlich, Urk. 41)
- Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

### **Erwägungen:**

#### **I. Prozessuales**

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 28. September 2017 wurde der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ anklagegemäss des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen und mit 14 Monaten Freiheitsstrafe bestraft, wobei ihm der bedingte Strafvollzug gewährt wurde (Urk. 35 S. 18). Gegen diesen Entscheid liess der Beschuldigte durch seinen amtlichen Verteidiger mit Eingabe vom 6. Oktober 2017 innert gesetzlicher Frist Berufung anmelden (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 31). Die Berufungserklärung der Verteidigung ging ebenfalls innert gesetzlicher Frist bei der Berufungsinstanz ein (Art. 399 Abs. 3 StPO; Urk. 37). Die Anklagebehörde hat mit Eingabe vom 16. Januar 2018 innert Frist mitgeteilt, dass auf Anschlussberufung verzichtet wird (Urk. 41; Art. 400 Abs. 2 f. und Art. 401 StPO). Beweisergänzungsanträge wurden im Berufungsverfahren nicht gestellt (Art. 389 Abs. 3 StPO; Urk. 37 und 41). Die Verteidigung hat die Berufung in ihrer Berufungserklärung ausdrücklich auf den

Sanktionspunkt beschränkt (Urk. 37 S. 2; Art. 399 Abs. 4 StPO). Die Anklagebehörde beantragt die Bestätigung des angefochtenen Entscheides (Urk. 41).

2. Demnach sind im Berufungsverfahren nicht angefochten
  - der vorinstanzliche Schuldspruch (Urteilsdispositiv-Ziff. 1.)
  - die vorinstanzliche Regelung betreffend in der Untersuchung beschlagnahmte Gegenstände, Betäubungsmittel, Ausweisschriften und Barschaft (Urteilsdispositiv-Ziff. 6., 7., 8. und 9.) sowie
  - die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Urteilsdispositiv-Ziff. 10., 11., 12. und 13.).

Vom Eintritt der Rechtskraft dieser Anordnungen ist vorab Vormerk zu nehmen (Art. 404 StPO).

3. Zur heutigen Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte in Begleitung seines Verteidigers (Prot. II S. 3). Dem von der Verteidigung gestellten Beweisantrag, es seien die Akten des Migrationsamtes beizuziehen (Prot. II S. 4 f.), ist, wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird, nicht nach zu gehen. Vorfragen waren keine zu entscheiden und – abgesehen von der Einvernahme des Beschuldigten (Urk. 45) – deshalb auch keine Beweise abzunehmen (Prot. II S. 4 f.). Das Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 5 ff.).

4. Soweit für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO, auch ohne dass dies jeweils explizit Erwähnung findet. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; BGE 139 IV 179 E. 2.2; BGE 138 IV 81 E. 2.2, je mit Hinweisen). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

## II. Sanktion

1. Die Anklagebehörde beantragte im Hauptverfahren eine Bestrafung des Beschuldigten mit 15 Monaten Freiheitsstrafe (Urk. 35 S. 2). Die Verteidigung beantragt im Berufungs- wie bereits im Hauptverfahren ein Strafmass von 13 Monaten (Urk. 35 S. 3; Urk. 37 S. 2; Urk. 46 S. 1). Die Vorinstanz hat eine Freiheitsstrafe von 14 Monaten ausgesprochen (Urk. 35 S. 18).
2. Die Vorinstanz hat vorab den anwendbaren Strafraumen korrekt bemessen und die theoretischen Grundsätze der richterlichen Strafzumessung angeführt, worauf zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird (Urk. 35 S. 5-7).
3. Zur Tatkomponente und dort zur subjektiven Tatschwere hat die Vorinstanz erwogen, der Beschuldigte habe durch die Übernahme und Lagerung von 66.8 Gramm Kokaingemisch, enthaltend 44 Gramm reines Kokain, den Schwellenwert eines schweren Falls von 18 Gramm klar überschritten. Die Tätigkeiten des Beschuldigten seien in der Hierarchiestufe im unteren Bereich anzusiedeln. Er habe das Kokain zuerst nur aufbewahren wollen und sich erst später zum Verkauf entschieden, wobei er bereits beim ersten Verkaufsversuch verhaftet worden sei. Die objektive Tatschwere wiege insgesamt noch leicht (Urk. 35 S. 7 f.).

Dies kann als grundsätzlich zutreffend übernommen werden, ist jedoch durchaus wohlwollend: Nachdem der Beschuldigte sich zum portionen-weisen Verkauf der Drogen entschieden hatte, hatte er die Stellung eines selbständigen Händlers und figurierte nicht am unteren Ende einer Organisations-Hierarchie. Entgegen der Verteidigung ist eben gerade nicht einzig das Aufbewahren der Drogen zu sanktionieren (Urk. 27 S. 2): Der Beschuldigte ist geständig, sich zum Verkauf entschieden zu haben und hat diesen Plan bei seiner Verhaftung auch bereits in die Tat umzusetzen versucht.

Zur subjektiven Tatschwere erwog die Vorinstanz, der Beschuldigte habe nicht aus einer finanziellen Notlage heraus gehandelt. Er habe gemäss eigenen Angaben keine Schulden aufgewiesen und sei selbst auch nicht drogenabhängig gewesen. Er habe aus rein finanziellen und damit egoistischen Gründen delinquent

und dies gewollt und in vollem Bewusstsein um das Gefährdungspotenzial des Kokains (Urk. 35 S. 8).

Auch dies ist zutreffend mit der Ergänzung, dass der Beschuldigte tatzeitaktuell in seiner Schuldfähigkeit in keiner Weise eingeschränkt war (Art. 19 StGB).

Nach der Beurteilung der Tatkomponente hat die Vorinstanz eine hypothetische Einsatzstrafe von 16 Monaten Freiheitsstrafe angesetzt (Urk. 35 S. 8), was sich im Übrigen mit den Ausführungen der Verteidigung deckt (Urk. 27 S. 2; Urk. 46 S. 2).

4. Zur Täterkomponente hat die Vorinstanz den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten angeführt (Urk. 35 S. 9 mit Verweis auf S. 13). An der Berufungsverhandlung wurde aktualisiert, dass er sich seit der Verhandlung vor Vorinstanz immer in der Schweiz aufgehalten habe. Bis dieses ganze Verfahren durch sei, könne der Beschuldigte nicht arbeiten, da seine Aufenthaltsbestätigung nicht mehr erneuert worden sei. Er sei heute in der Schweiz mit einer europäischen Aufenthaltsbewilligung (Urk. 45 S. 5, 7 und 9). Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten wiegen in der Tat ebenso strafzumessungsneutral wie seine Vorstrafenlosigkeit (Urk. 36). Eine gesteigerte Strafempfindlichkeit weist er nicht auf. Zurecht hat die Vorinstanz zum Nachtatverhalten das deponierte Geständnis und die geäußerte Einsicht und Reue strafmindernd berücksichtigt, jedoch gegenüber der Argumentation der Verteidigung in reduziertem Mass, da der Beschuldigte aufgrund des sichergestellten Kokains gar keine plausible Möglichkeit hatte, sich als unschuldig darzustellen.

5. Nach der Beurteilung der Täterkomponente hat die Vorinstanz diese betreffend die nach der Beurteilung der Tatkomponente bemessene hypothetische Einsatzstrafe als reduzierend taxiert und eine Freiheitsstrafe von 14 Monaten bemessen (Urk. 35 S. 9).

6. An der Berufungsverhandlung kritisiert die Verteidigung die vorinstanzliche Strafzumessung dahingehend, als die Vorinstanz zwar ausführe, eine Anrechnung des Geständnisses des Beschuldigten im maximalen Umfang von einem

Drittel stehe nicht zur Diskussion. Sie habe es aber unterlassen zu begründen, weshalb nicht wenigstens ein Fünftel, d.h. 20% in Abzug zu bringen wären. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung gehe bei einem Geständnis von einer Strafminderung im Umfang von einem Fünftel bis einem Drittel aus. Im konkreten Fall bedeute die von der Verteidigung beantragte Reduktion von 16 auf 13 Monate nur gerade 18,75%. Mindestens in diesem Umfang sei die Strafe zu senken (Urk. 46 S. 2).

7. Entgegen der Verteidigung ist das angefochtene Strafmass angemessen und zu bestätigen. Eine marginale Strafreduktion, wie sie seitens der Verteidigung geltend gemacht wird, würde ohnehin einzig bedeuten, dass Ermessen der Rechtsmittelinstanz an die Stelle des absolut vertretbar ausgeübten Ermessens der Vorinstanz zu setzen. Dazu besteht vorliegend keinerlei Anlass. Es ist insbesondere festzuhalten, dass die Strafzumessung keine rechnerisch exakte Wissenschaft darstellt und die bundesgerichtlich festgelegte Strafminderung für ein Geständnis im Umfang von einem Fünftel bis zu einem Drittel lediglich als ungefähre Grössenordnungen anzusehen sind und keine pauschale Geltung beanspruchen. So führte denn das Bundesgericht bei der Begründung, warum ein Geständnis zu einer Strafreduktion von einem Fünftel bis zu einem Drittel führen soll, auch aus, dass eine solche Reduktion bei kooperativem Verhalten des Beschuldigten bei der Aufklärung der Straftaten und bei Einsicht und Reue angemessen erscheint (BGE 122 IV 202 E. 2.d)cc). Eine entsprechende Strafminderung ist einzelfallbezogen vorzunehmen, wobei dem richterlichen Ermessen grosser Spielraum verbleibt, welcher nicht in mathematisch präzisen Ausführungen darzulegen ist. Wenn die Vorinstanz ausführt, es könne zwar von einem umfassenden Geständnis gesprochen werden, doch hätten aufgrund der sichergestellten Drogenmenge klar belastende Faktoren vorgelegen, welche ein Bestreiten letztlich unglaubhaft gemacht hätten, und das Geständnis letztlich mit weniger als einem Fünftel berücksichtigt (Urk. 35 S. 9 E. 2.2.3. und 3.1.), so ist dies nicht zu beanstanden und liegt im nachvollziehbar begründeten Ermessen der Vorinstanz.

8. An die auszufällende Freiheitsstrafe ist die erstandene Haft anzurechnen (Art. 51 StGB).

Aus den Haftakten ergibt sich die Verhaftung des Beschuldigten am 30. März 2017 (Urk. 12/1) und die Zuführung an "die angegebene Amtsstelle" am 30. Juni 2017, 17.40 Uhr (Urk. 12/10 letzte Seite). Die Verteidigung hat bereits an der Hauptverhandlung geltend gemacht, der Beschuldigte habe dem Migrationsamt erst am 3. Juli 2017 zugeführt werden können, weshalb die anrechenbare Haftzeit bis zu diesem Datum gedauert habe (Urk. 27 S. 2 f.). Die Vorinstanz hat sich mit diesem Einwand nicht auseinander gesetzt (Urk. 35 S. 9 f.).

Gemäss Art. 51 StGB anzurechnen ist – primär – *Untersuchungshaft* (vgl. Art. 110 Abs. 7 StGB). Gemäss klarer Formulierung in der staatsanwaltschaftlichen Verfügung vom 30. Juni 2017 (Urk. 12/10) wurde der Beschuldigte aus der Haft entlassen. Die Entlassung erfolgte, da die Staatsanwaltschaft nach Abschluss der Schlusseinvernahme keinen Haftgrund gemäss Art. 221 StPO mehr als gegeben betrachtete (vgl. Urk. 2/8). Nach dem 30. Juni 2017 befand sich der Beschuldigte somit nicht mehr in Untersuchungshaft gemäss Art. 220 Abs. 1 StGB. Es lag auch keine Sicherheitshaft gemäss Art. 220 Abs. 2 StPO und kein Polizeiverhaft gemäss Art. 217 StPO vor. Er hätte dann grundsätzlich dem Migrationsamt zugeführt werden sollen (Urk. 12/11), was jedoch, wie die Verteidigung im Hauptverfahren nachvollziehbar dargelegt hat (Urk. 27 S. 2 f.), angesichts des Umstandes, dass die Befragung erst um 15.35 Uhr des Freitags, 30. Juni 2017, beendet wurde (Urk. 2/8 S. 7), die Haftentlassung dem Migrationsamt nach 17 Uhr mitgeteilt wurde und das Migrationsamt nach 16 Uhr keine Korrespondenz mehr entgegen nahm (Urk. 2/10 S. 4), nicht mehr gleichentags ausgeführt werden konnte. Der Beschuldigte wurde um 17.40 Uhr zwar "der angegebenen Amtsstelle zugeführt" (Urk. 2/10 S. 7), wobei es sich aber offensichtlich nicht um das Migrationsamt gehandelt haben konnte. Denn dieses verlangte am darauf folgenden Montag, 3. Juli 2017, von der Staatsanwaltschaft (erneut) die Rücklieferung des Beschuldigten (Urk. 12/12). Der Beschuldigte befand sich somit über das Wochenende vom 1. und 2. Juni 2017 wohl wie zuvor im Polizeigefängnis Zürich, weil er dem Migrationsamt (noch) nicht zugeführt werden konnte.

Angesichts des praxisgemäss sehr weit gefassten Begriffs der anrechenbaren Haft (vgl. Trechsel/Thommen, Praxiskommentar StGB, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen

2018, Art. 51 N 2 ff.) rechtfertigt es sich ohne Weiteres, diese zusätzlich in Haft verbrachten Tage anzurechnen, unabhängig der Frage, unter welchem Titel sie formell einzuordnen sind.

An die heute auszufällende Freiheitsstrafe sind mir der Verteidigung (Urk. 46 S. 2) deshalb 96 Tage Haft anzurechnen.

9. Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten – korrekt – den bedingten Strafvollzug gewährt unter Ansetzung der gesetzlich minimalen Probezeit (Urk. 35 S. 10; Art. 44 Abs. 1 StGB). Dies ist schon aus prozessualen Gründen zu bestätigen (Verbot der *reformatio in peius*, Art. 391 Abs. 2 StPO).

10.1. Die Vorinstanz hat die gesetzliche Grundlage zur Landesverweisung sowie die einschlägigen theoretischen Grundsätze angeführt (Urk. 35 S. 11-13) und erkannt, dass die vorliegend zu beurteilende Straftat des Beschuldigten unter den Tatbestand von Art. 66a Abs. 1 StGB fällt (lit. o), was die Verteidigung – völlig zurecht – weder im Haupt- noch im Berufungsverfahren bestreitet (Urk. 27 S. 3 f.; Urk. 46 S. 3 ff.).

10.2. Im Gegensatz zum Hauptverfahren macht die Verteidigung heute wiederum zurecht nicht mehr geltend, es liege ein Härtefall vor. Die Vorinstanz hat schliesslich überzeugend erwogen, weshalb vorliegend schon eigentlich exemplarisch kein Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt:

Der Beschuldigte ist weder in der Schweiz geboren noch hier aufgewachsen. Er kam erst im Jahr 2002 im Alter von ca. 44 Jahren in die Schweiz. Bereits im Jahr 2005 wurde ihm als Folge einer tätlichen Auseinandersetzung seine B-Bewilligung entzogen. Der Beschuldigte hat somit heute und seit 13 Jahren gar keine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz, was er rundweg zugibt (Prot. I S. 12). Deshalb arbeite er auch nicht in der Schweiz. Der Beschuldigte ist mit einer Ausländerin mit Aufenthalts-Bewilligung B verheiratet; zwei der gemeinsamen Kinder leben in der Dominikanischen Republik und zwei in der Schweiz. Lediglich das jüngere der hier lebenden Kinder ist noch unmündig, jedoch auch schon 15 Jahre alt. Im Juni 2017 gab der Beschuldigte an, die Tochter beginne demnächst eine Lehre

(Urk. 13/3 S. 4). Die Behauptung der Verteidigung, die Anwesenheit des Beschuldigten sei zur Betreuung dieser Tochter notwendig, ist schlicht aktendwidrig: Gemäss eigenen Angaben lebt der Beschuldigte abwechselnd in Santo Domingo, in der Schweiz und in Spanien, wo er über eine Aufenthaltsgenehmigung verfügt und arbeitet. In den letzten Jahren habe er vorwiegend in Spanien gearbeitet und danach das Geld in die Schweiz gebracht. Der Beschuldigte hielt sich somit nicht einmal mehrheitlich in der Schweiz auf, was aufgrund seiner fehlenden Aufenthaltsbewilligung nichts anderes als normal ist. In die Schweiz komme er "als Tourist" (Urk. 13/3 S. 3). Sein Lebensmittelpunkt befindet sich nicht in der Schweiz und er ist hier auch nicht integriert (Urk. 35 S. 13 f.).

Mit der Vorinstanz liegt beim Beschuldigten in concreto in keiner Weise ein Härtefall vor. Die Vorinstanz hat ferner richtig erwogen, dass auch kein Anspruch auf Anwesenheit des Beschuldigten aus Art. 8 EMRK konstruiert werden kann und dass keine Vollzugshindernisse im Sinne von Art. 66d StGB einer Landesverweisung und Ausschaffung des Beschuldigten entgegenstehen.

10.4. Im Berufungsverfahren stützt sich die Verteidigung nun jedoch auf die Argumentation, dass sich der Beschuldigte auf das Freizügigkeitsabkommen zwischen der EU und der Schweiz berufen könne, welches mit seiner völkerrechtlichen Verpflichtung für die Schweiz dem Art. 66a StGB vorgehe. Der Beschuldigte habe eine enge Beziehung zu seiner Schwester B.\_\_\_\_\_, habe seit seiner Ausreise aus der Schweiz bis Anfang 2017 zusammen mit ihr in Madrid gewohnt, weshalb er sich aufgrund Art. 10 der Verordnung der EWG-Nr. 1612/68 auf das FZA berufen könne. In Abs. 2 dieses Art. 10 werde bestimmt, dass die Mitgliedstaaten der EWG (heute EU) den Zugang von Familienangehörigen eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates begünstigen, mit denen er im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft gelebt habe. Diese Bestimmung gelte seit Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens auch für die Schweiz. Das Aufenthaltsrecht des Beschuldigten könne deshalb nur eingeschränkt werden, wenn es eine hinreichende Wahrscheinlichkeit gebe, dass er auch künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören würde. Die günstige Prognose hinsichtlich des künftigen Wohlverhaltens sei aber auch von der Staatsanwaltschaft nicht in Frage gestellt

worden (Urk. 46 S. 3 ff.). Es würde aber auch Art. 8 EMRK einer Landesverweisung entgegenstehen, denn die Tochter des Beschuldigten, C.\_\_\_\_\_, sei Schweizer Bürgerin und habe bisher die gesamte Schulzeit hier absolviert. Sie werde im Herbst dieses Jahres 15 Jahre alt und ihre weitere Entwicklung wäre bei einem Wechsel ins Ausland höchst problematisch. Gerade wegen ihrer Behinderung sei es ihr nicht zuzumuten, nach Spanien oder in die Dominikanische Republik auszuwandern. Es gehe hierbei vielmehr auch um den Anspruch der Tochter, welche Schweizer Bürgerin sei. Der Beschuldigte wolle keinen Wohnsitz in der Schweiz begründen, dies würde ihm vom Migrationsamt wohl auch verweigert werden. Er wolle aber die Möglichkeit haben, seine Familie hier zu besuchen (Urk. 46 S. 6; Prot. II S. 5).

10.5. Dass vorliegend kein Anspruch auf Anwesenheit des Beschuldigten aus Art. 8 EMRK konstruiert werden kann, dazu hat sich bereits die Vorinstanz zutreffend geäußert (Urk. 35 S. 13 f. E. 3.3.), worauf verwiesen werden kann. Die Verteidigung hat denn auch nicht dargelegt, inwiefern die vorinstanzlichen Erwägungen falsch sein sollten bzw. sich aufgrund der heutigen Ausführungen eine andere Würdigung aufdrängen sollte.

Entgegen der Ansicht der Verteidigung kann sich der Beschuldigte weder direkt noch indirekt (über die erwähnte Verordnung) auf das Freizügigkeitsabkommen (SR 0.142.112.681) berufen. Ob der Beschuldigte wie behauptet in den nächsten Wochen die Spanische Staatsbürgerschaft erhalten soll (Urk. 46 S. 3), wurde in keinster Weise näher dargelegt bzw. belegt und spielt aber ohnehin vorliegend keine Rolle, da er im Zeitpunkt des heutigen Urteils nicht Staatsbürger von Spanien und somit nicht Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft ist. Und nur für solche gilt das Freizügigkeitsabkommen (Präambel und Art. 1 FZG).

Zur von der Verteidigung vorgebrachten Verordnung EWG-Nr. 1612/68 vom 15. Oktober 1968 (siehe URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex:31968R1612>) ist festzuhalten, dass diese schon seit 2011 nicht mehr in Kraft ist ("No longer in force, Date of end of validity: 15/06/2011") und durch die Verordnung (EU) Nr. 492/2011 vom 5. April 2011 (siehe URL:

lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex:32011R0492) ersetzt wurde. Art. 10 der Verordnung von 1968 wurde restlos gestrichen und findet sich in dieser oder ähnlicher Fassung in der geltenden Verordnung von 2011 nicht mehr (vgl. auch Anhang II der Verordnung Nr. 492/2011). Der Beschuldigte kann sich somit mangels Gültigkeit nicht auf Art. 10 Abs. 2 der Verordnung EWG-Nr. 1612/68 berufen.

10.5. Die von der Vorinstanz angeordnete (im übrigen gesetzlich minimale) Landesverweisung von 5 Jahren (Art. 66a Abs. 1 StGB; vgl. Urk. 35 S. 15) ist deshalb ohne Weiteres zu bestätigen.

11. Wiederum mit Verweis auf den prozessualen Grundsatz der reformatio in peius ist das vorinstanzliche Absehen von einer Ausschreibung der auszufällenden Landesverweisung im Schengener Informationssystem zu bestätigen (Art. 391 Abs. 2 StPO). Begründet hat die Vorinstanz diese Anordnung allerdings nicht (Urk. 35).

12. Dem Beweisantrag des Beschuldigten auf Beizug der Migrationsakten, da darin die gesamte Verfahrensdauer ersichtlich sei (Prot. II S. 4 f.), ist nicht nach zu gehen, da nicht ersichtlich ist, inwiefern die Akten des Migrationsamtes etwas Sachdienliches zu den vorstehenden Erwägungen hinzu fügen könnten. Die migrationsrechtliche Verfahrensgeschichte des Beschuldigten spielt für die vorliegenden Fragen der Höhe der Strafe, der Anrechenbarkeit der erstandenen Haft und der Landesverweisung keine Rolle.

### **III. Kosten**

1. Die Gerichtgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

2. Im Berufungsverfahren unterliegt der Beschuldigte mit seinen Anträgen vollumfänglich. Damit sind ihm auch die Kosten dieses Verfahrens, exklusive die Kosten der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen (Art. 428 StPO). Die Kosten der

amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt einer Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 28. September 2017 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.

2. ...

3. ...

4. ...

5. ...

6. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 5. Juli 2017 beschlagnahmten Gegenstände (aufbewahrt bei der Kantonspolizei Zürich, TEU AssTri, sowie bei der Bezirksgerichtskasse):

- 1 Portemonnaie LV (Asservat-Nr. A010'259'424)
- 1 Portemonnaie schwarz/rot (Asservat-Nr. A010'259'491)
- 1 Telefon Samsung GT-S6790N (Asservat-Nr. A010'259'537)
- 1 Telefon Samsung SM-J120FN (Asservat-Nr. A010'259'548)
- div. Notizen (Asservat-Nr. A010'259'559)
- 1 Telefon wiko (Asservat-Nr. A010'259'560)
- 1 Telefon Nokia (Asservat-Nr. A010'259'582)
- 1 Telefon Microsoft (Asservat-Nr. A010'259'593)
- 1 Telefon Nokia (Asservat-Nr. A010'259'617)
- 1 Telefon Nokia mit Ladegerät (Asservat-Nr. A010'259'628)
- div. Notizen und Notizbücher (Asservat-Nr. A010'259'651)
- 1 Geldkassette (Asservat-Nr. A010'259'662)
- 1 SIM-Karte (Asservat-Nr. A010'259'673)

- div. Notizen (Asservat-Nr. A010'259'742)
- 1 iPhone (Asservat-Nr. A010'259'775)
- 1 Telefon Samsung (Asservat-Nr. A010'259'800)
- 1 Telefon Nokia (Asservat-Nr. A010'259'822)
- 1 ZVV 9 Uhr Pass (Asservat-Nr. A010'259'023)
- div. Kondome, Feuerzeug, Quittungen, Tabletten (Asservat-Nr. A010'259'078)

werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft zurückgegeben. Holt der Beschuldigte die genannten Gegenstände nicht innert 3 Monaten seit Eintritt der Rechtskraft ab, sind diese der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung oder Vernichtung zu überlassen.

7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 5. Juli 2017 beschlagnahmten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (aufbewahrt bei der Kantonspolizei Zürich, TEU AssTri, BM-Lagernummer B01009-2017) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
8. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 5. Juli 2017 beschlagnahmten Ausweisschriften des Beschuldigten (aufbewahrt im Archiv der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl):
  - 1 Dominikanischer Reisepass
  - 1 Dominikanische Registrierungskarte
  - 1 Spanischer Ausländerausweis
  - 1 Dominikanischer Führerausweis

werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben.

9. Von der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 5. Juli 2017 beschlagnahmten Barschaft von insgesamt Fr. 4'171.50 (Barkaution 5473 in der Höhe von Fr. 3'990.– und Barkaution 6310 in der Höhe von Fr. 181.50) wird ein Teilbetrag in der Höhe von Fr. 301.50 eingezogen und zur teilweisen Verfahrenskostendeckung verwendet. Der restliche Betrag in der Höhe von Fr. 3'870.– wird dem Beschuldigten herausgegeben.
10. Fürsprecher lic. iur. X. \_\_\_\_\_ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger aus der Gerichtskasse wie folgt entschädigt:

Leistungen mit 8.0 % MwSt.:

Honorar	Fr.	5'946.60
Barauslagen	Fr.	252.70
<hr/>		
Zwischentotal	Fr.	6'199.30
MwSt.	Fr.	495.95
<hr/>		
Entschädigung total, inkl. MwSt.	Fr.	6'695.25
<hr/>		

11. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 4'000.-; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 2'100.- Gebühr für das Vorverfahren
- Fr. 1'890.- Auslagen Untersuchung
- Fr. 6'695.25 Entschädigung amtliche Verteidigung.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

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

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

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ wird bestraft mit 14 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 96 Tage durch Haft erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
3. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.

4. Von der Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem wird abgesehen.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 2'757.65 amtliche Verteidigung
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
  - das Migrationsamt des Kantons Zürichsowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihlund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
  - die Vorinstanz (mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen an die Behörden, inkl. DNA-Formular an die KOST Zürich)
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich
  - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
8. 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, 18. April 2018

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. iur. F. Bollinger

lic. iur. T. Walthert

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.