

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180093-O/U/hb

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. Bertschi, Präsidentin, Ersatzoberrichterin
lic. iur. Haus Stebler und Ersatzoberrichterin lic. iur. Klausner sowie
die Gerichtsschreiberin MLaw Höchli

Urteil vom 28. September 2018

in Sachen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat, vertreten durch stv. Leitenden Staatsanwalt
lic. iur. Regenass,
Anklägerin und Erstberufungsklägerin

gegen

A. _____,
Beschuldigter und Zweitberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **mehrfaches Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz und
Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom
8. November 2017 (DG170184)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 10. Juli 2017 (Urk. 17) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des mehrfachen Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG).
2. Vom Vorwurf der Übertretung im Sinne von Art. 19a BetmG wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 15 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 2 Tage durch Haft erstanden sind.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.
5. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 16. Dezember 2014 ausgefallten Strafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird widerrufen. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
6. Von der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung wird abgesehen.
7. Das sichergestellte und bei der Stadtpolizei Zürich unter der BM Lager-Nummer S02723-2016 lagernde Heroin, 122.6 Gramm (Asservat Nr. A009'804'277) wird eingezogen und vernichtet.
8. Das sichergestellte und bei der Stadtpolizei Zürich unter der BM Lager-Nummer S02724-2016 lagernde Minigrip Marihuana, 5.7 Gramm (Asservat Nr. A009'804'299) wird eingezogen und vernichtet.

9. Die sichergestellte und im Forensischen Institut Zürich unter der Referenznummer K161108-101 / 68101031 lagernde DNA-Spur – Wattetupfer (Asservat Nr. A009'812'742) wird vernichtet.
10. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:
- Fr. 3'600.00; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 1'100.00 Gebühr Strafuntersuchung
- Fr. 300.00 Auslagen (Gutachten)
- Fr. 10'773.10 amtliche Verteidigung RA X. _____
- Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
11. 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.

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 51 S. 1 f., 12; Urk. 52 S. 1, sinngemäss)
1. Der Beschuldigte sei von sämtlichen Anklagevorwürfen, mithin vollumfänglich freizusprechen.
 2. Dem Beschuldigten sei eine Genugtuung von Fr. 800.– zuzüglich Schadenzins zu 5 % ab dem 9. November 2016 zuzusprechen.
 3. Die Verfahrenskosten seien inkl. der Kosten der amtlichen Verteidigung definitiv auf die Staatskasse zu nehmen.

Eventualanträge:

1. Das erstinstanzliche Urteil sei mit Ausnahme der Anordnungen betreffend die Anrechnung der erstandenen Haft zu bestätigen. Insbesondere sei in Abweisung der Berufung der Staatsanwaltschaft von einer obligatorischen Landesverweisung des Beschuldigten abzusehen.
2. Die 3 vom Beschuldigten erstandenen Hafttage seien an die Freiheitsstrafe von 15 Monaten anzurechnen.
3. Unter Kostenfolgen zulasten der Staatskasse.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:
(Urk. 50 S. 1)

Der Beschuldigte sei für die Dauer von fünf Jahren des Landes zu verweisen.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Untersuchungs- und erstinstanzliches Verfahren

1.1. Der Beschuldigte wurde am 8. November 2016 an der VBZ-Haltestelle B._____ im Rahmen der Fahndungstätigkeit der Betäubungsmittelfahndung der Stadtpolizei Zürich erkannt und einer Kontrolle unterzogen. Dabei wurde festgestellt, dass der Beschuldigte 122,6 Gramm einer Substanz auf sich trug, die sich später als 25,5 Gramm reines Heroin herausstellte. Im Rahmen der ersten Befragung gab der Beschuldigte an, er habe - im Auftrag eines gewissen C._____ - das

Heroin von einem jungen Mann bekommen und dieses einem drogenabhängigen Mann übergeben sollen. Er räumte zudem ein, wenige Tage zuvor schon einmal eine ähnliche Portion transportiert zu haben (Urk. 1 und 2). Der Beschuldigte wurde anschliessend verhaftet und am 10. November 2016 wieder aus der Haft entlassen (Urk. 9/1 und 9/5).

1.2. Nach durchgeführter Untersuchung erhob die Staatsanwaltschaft Zürich - Limmatt am 10. Juli 2017 Anklage wegen mehrfachen Verbrechens gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und d in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG sowie wegen Übertretung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19a BetmG (Urk. 17). Zum erstinstanzlichen Verfahrensgang kann auf die Ausführungen im Urteil der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 38 = Urk. 40 S. 2, Art. 82 Abs. 4 StPO, welcher Artikel fortan bei Verweisen auf das vorinstanzliche Urteil nicht mehr erwähnt wird).

1.3. Mit eingangs wiedergegebenem Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 8. November 2017 wurde der Beschuldigte des mehrfachen Verbrechens gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und d in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen. Vom Vorwurf des Betäubungsmittelkonsums (Übertretung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19a BetmG) wurde er hingegen freigesprochen. Er wurde bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten, wovon 2 Tage als durch Haft erstanden angerechnet wurden. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Weiter wurde der bedingte Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 16. Dezember 2014 ausgefallten Strafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– widerrufen und fest gehalten, dass die Geldstrafe zu bezahlen sei. Von der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung wurde abgesehen. Weiter wurden die sichergestellten Betäubungsmittel eingezogen und deren Vernichtung angeordnet (Urk. 40 S. 28 f.).

2. Berufungsverfahren

2.1. Gegen das gleichentags mündlich eröffnete und im Dispositiv übergebene Urteil vom 8. November 2017 (Prot. I S. 11ff. und Urk. 33), meldeten die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 13. November 2017 (Urk. 34) und der amtliche Verteidiger des Beschuldigten mit Schreiben vom 20. November 2017 (Urk. 36) innert Frist je selbständig Berufung an. Das begründete Urteil wurde am 15. Februar 2018 versandt und von den Parteien am 15. und 22. Februar 2018 entgegen genommen (Urk. 38 und 39/1-2).

2.2. Die Staatsanwaltschaft legte die Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO, welche sie auf die Frage der Landesverweisung beschränkte, mit Schreiben vom 20. Februar 2018 fristgerecht ein. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten reichte diese mit Eingabe vom 14. März 2018 fristgerecht ein und erhob auch Berufung gegen den Schuldspruch etc. Beweisanträge wurden keine gestellt (Urk. 41 und 42). Mit Präsidialverfügung vom 16. März 2018 wurde dem Beschuldigten sowie der Staatsanwaltschaft Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung angesetzt (Urk. 43). Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Eingabe vom 20. März 2018 auf Anschlussberufung sowie auf einen Antrag auf Nichteintreten auf die Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil (Urk. 45).

2.3. Am 28. September 2018 fand die Berufungsverhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Staatsanwaltschaft, des Beschuldigten sowie seines Verteidigers statt (Prot. II S. 3 ff.).

3. Umfang der Berufung

Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihrer Berufung lediglich gegen das Absehen von der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung gemäss Ziffer 6 des vorinstanzlichen Urteils. Seitens des Beschuldigten richtet sich die Berufung gegen den Schuldspruch betreffend mehrfaches Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz, mithin gegen Ziffer 1. Deshalb werden auch die Entscheide über die Strafzumessung (Ziffer 3), den Strafvollzug (Ziffer 4), den Widerruf der bedingt ausgesprochenen Geldstrafe gemäss Strafbefehl vom 16. Dezember 2014 (Ziffer 5) sowie die Auferlegung der Kosten der Untersuchung und des erst-

instanzlichen Gerichtsverfahrens in Ziffer 11 des vorinstanzlichen Urteils angefochten (Urk. 42 S. 2 f.; Urk. 51 S. 1 f.). Im Rahmen der Berufungserklärungen wurde das erstinstanzliche Urteil somit mit Ausnahme des Freispruchs vom Vorwurf der Übertretung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19a BetmG (Ziffer 2), den Sicherstellungen der Betäubungsmittel (Ziffern 7 und 8) und der Anordnung der Vernichtung der DNA-Spur (Ziffer 9) sowie der Kostenfestsetzung (Ziffer 10) in allen Punkten angefochten. Vom Eintritt der Rechtskraft der Ziffern 2, 7 bis 9 und 10 ist vorab Vormerk zu nehmen (Art. 404 StPO).

II. Schuldpunkt

1. Vorfragen

1.1. Anfangsverdacht

a) Wie schon vor Vorinstanz vertritt die Verteidigung die Ansicht, der Beschuldigte sei ohne hinreichenden Anfangsverdacht auf eine Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz am Abend des 8. Novembers 2016 einer Kontrolle unterzogen worden (Urk. 30 S. 2; Urk. 51 S. 2 ff.).

b) Vorab ist auf die zutreffenden Ausführungen des erstinstanzlichen Gerichts zur Zulässigkeit einer Anhaltung im allgemeinen und im speziellen im vorliegenden Fall zu verweisen (Urk. 40 S. 5 Ziff. 2.2. f.). Voraussetzung der Anhaltung ist nicht der konkrete Tatverdacht, sondern vielmehr geht es darum abzuklären, ob allenfalls eine Verbindung der angehaltenen Person zu einer Straftat besteht, aus welchen Feststellungen sich allenfalls ein Tatverdacht ergeben kann. Für eine Anhaltung genügt somit, dass die Massnahme im Interesse der Aufklärung einer Straftat erforderlich sei, d.h., wenn nach den Umständen der konkreten Situation ein Zusammenhang der betreffenden Person mit (der Polizei bereits bekannten, aber auch noch nicht bekannten) Delikten als möglich erscheint. Wenn auch ein Anlass zur Anhaltung erforderlich ist, so sind doch an diesen geringe Anforderungen zu stellen (Schmid / Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 215 N 6 f.).

c) Der Beschuldigte wurde weit entfernt von seinem Wohnort D._____ an der VBZ-Haltestelle B._____ von zwei Betäubungsmittelfahndern (Fw mbA E._____ und Det Wm F._____) gesehen und von einem dieser beiden Fahndern erkannt. Dass Fw mbA E._____ den Beschuldigten erkannte, ist darauf zurückzuführen, dass er gegen diesen bereits im Jahre 2014 rapportierte, da der Beschuldigte damals C._____ beherbergt hatte, der wegen Drogenbesitz und -handel verurteilt wurde (Beizugsakten der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl Untersuchungs-Nr. 2014/5132 Urk. 1). Aufgrund dieser Vorgeschichte erscheint das Vorgehen der Polizisten als sachlich begründet und verhältnismässig. Entgegen der Ansicht der Verteidigung ist die Anhaltung und Kontrolle des Beschuldigten folglich als zulässig zu qualifizieren.

1.2. Durchsuchung

a) Die Verteidigung hält dafür, es hätte für die Durchsuchung des Beschuldigten bei der VBZ-Haltestelle B._____ und in der Wohnung in D._____ eines schriftlichen Durchsuchungsbefehls der Staatsanwaltschaft bedurft. Bei Annahme von Gefahr im Verzug hätten die entsprechenden Durchsuchungsbefehle nachträglich von der Staatsanwaltschaft schriftlich bestätigt werden müssen. Da dies unterblieben sei, seien die vorgefundenen Betäubungsmittel nicht verwertbar (Urk. 30 S. 4; Urk. 51 S. 5 ff.).

b) Die Vorinstanz hat zutreffend ausgeführt, dass gemäss Art. 215 Abs. 2 lit. c und d StPO die angehaltene Person verpflichtet ist, mitgeführte Sachen vorzulegen und Behältnisse zu öffnen. Diese Pflichten der angehaltenen Person sollen es der Polizei ermöglichen, die in Art. 215 Abs. 1 StPO erwähnten Zwecke der Anhaltung umzusetzen. Und diese Pflichten werden dadurch verstärkt, dass nach Art. 241 Abs. 3 und 4 StPO angehaltene Personen dulden müssen, dass sie selbst, aber auch ihre Behältnisse und Fahrzeuge ohne Durchsuchungsbefehl etwa der Staatsanwaltschaft durchsucht werden. Dies wird jedoch erst dann aktuell, wenn sich die Personen weigern, den genannten Pflichten nachzukommen (Schmid / Jositsch Praxiskommentar, a.a.O., Art. 215 N 16 f.; BGE 139 IV 128, S. 131f. E. 1.2).

c) Anlässlich der Berufungsverhandlung schilderte die Verteidigung den Ablauf der polizeilichen Kontrolle des Beschuldigten vom 8. November 2016 so, dass die beiden kontrollierenden Polizeibeamten den Beschuldigten, welcher gerade aus dem Bus gestiegen sei, zunächst beiseite genommen hätten. Anschliessend hätten sie ihn aufgefordert, den Inhalt seiner Hosen- und Jackentaschen offenzulegen. Dies hätten sie getan, ohne ihn vorgängig aufzufordern, sich auszuweisen. Nachdem er dieser Aufforderung nachgekommen sei und sich nichts Auffälliges ergeben habe, hätten sie ihn zunächst gehen lassen. Dennoch hätten sie ihn aber noch einmal zurückgerufen und ihn aufgefordert, seine Hose auszuziehen. Entsprechend der Schilderung der Verteidigung sei es nach dieser Aufforderung zwar zu einer kurzen Diskussion gekommen, anschliessend sei der Beschuldigte aber auch dieser Aufforderung nachgekommen. Aufgrund der ausgezogenen Hose hätten die Polizeibeamten dann erkennen können, dass der Beschuldigte in seiner Unterhose etwas mitgeführt habe, was sich später als die Portion Heroin herausgestellt habe (Urk. 51 S. 2 f.). Aus dieser Darlegung geht hervor, dass der Beschuldigte der Aufforderung der Polizisten, seine Hose auszuziehen und mithin von ihm mitgeführte Sachen vorzulegen, schliesslich – wenn auch nicht umgehend – von sich aus nachkam. Da er seine Hose in der Folge selbst auszog und er sich diesbezüglich nicht weigerte, bestand angesichts dieser Einwilligung seitens der Polizei auch kein Anlass, weitere Schritte einzuleiten. Insbesondere war es bei dieser Ausgangslage nicht mehr erforderlich, bei der Staatsanwaltschaft einen schriftlichen Befehl für eine Durchsuchung im Sinne von Art. 241 Abs. 1 StPO einzuholen. Aus diesem Grund sowie in Anbetracht dessen, dass die Polizeibeamten entsprechend den Bestimmungen in Art. 215 Abs. 2 StPO befugt waren, den Beschuldigten aufzufordern, die durch ihn mitgeführten Sachen vorzulegen, steht der Verwertbarkeit des anlässlich dieser Anhaltung sichergestellten Heroins nichts entgegen.

d) Da keine Verurteilung im Zusammenhang mit dem in der Wohnung des Beschuldigten vorgefundenen Marihuana erfolgte, kann mit der Vorinstanz offen bleiben, ob auch die im Anschluss an die Verhaftung erfolgte Hausdurchsuchung ohne Hausdurchsuchungsbefehl zulässig war (Urk. 40 S. 6 Ziff. 3.2.f.).

1.3. Notwendige Verteidigung

a) Weiter bemängelte die Verteidigung noch vor Vorinstanz, dass die erste Befragung des Beschuldigten bei der Polizei trotz des bestehenden Anfangsverdachts auf eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG und einer drohenden Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bestellung einer notwendigen Verteidigung erfolgte (Urk. 30 S. 4).

b) Art. 159 StPO regelt den sogenannten "Anwalt der ersten Stunde", worunter die Teilnahme der Verteidigung ab der ersten Einvernahme der angeschuldigten Person, also bereits im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens verstanden wird. Die beschuldigte Person kann verlangen, dass ihre Verteidigung bei der ersten polizeilichen Befragung anwesend ist. Dabei handelt es sich um ein Recht der beschuldigten Person, das sie einfordern oder auch darauf verzichten kann: Damit sind Einvernahmen ohne Verteidigung nicht a priori verboten und erste Einvernahmen nicht einfach ungültig und unverwertbar, wenn keine Verteidigung daran teilgenommen hat (BSK StPO - Ruckstuhl, a.a.O., Art. 159 N 1, 9 und 11). Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, achtet die Verfahrensleitung darauf, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird. Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung bei Einleitung des Vorverfahrens erfüllt, so ist die Verteidigung nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung sicherzustellen (Art. 131 Abs. 1 und 2 StPO). Dies gilt auch, wenn schon vor der ersten Einvernahme ein Fall der notwendigen Verteidigung ersichtlich ist (Schmid, Praxiskommentar, a.a.O., Art. 131 N 2). Darin unterscheidet sich das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren grundlegend vom polizeilichen Ermittlungsverfahren. In diesem hat der Beschuldigte zwar unter anderem das Recht auf Anwesenheit des Verteidigers bei den Einvernahmen, nicht jedoch weitere Teilnahmerechte und die Sicherstellung der notwendigen Verteidigung (BSK StPO - Omlin, Art. 309 N 13).

Wie die Vorinstanz hierzu richtig ausführte (Urk. 40 S. 8), wurde der Beschuldigte am Anfang der Einvernahme vom 8. November 2016 vom Polizeibeamten vorschriftsgemäss auf seine Rechte, insbesondere auf Bestellung eines Verteidigers auf eigene Kosten oder Beantragen eines amtlichen Verteidigers hingewiesen

(Urk. 2 S. 1). Eine Pflicht zur Bestellung einer Verteidigung für die erste polizeiliche Befragung bestand somit - ohne entsprechenden Antrag des Beschuldigten - zu jenem Zeitpunkt nicht. Bereits für die Hafteinvernahme vom 10. November 2016 war der heutige Verteidiger von der zuständigen Staatsanwältin beigezogen worden und dem Beschuldigten wurde erläutert, dass ein Fall notwendiger Verteidigung vorliege (Urk. 3 S. 1f.). Somit wurden die Verfahrensrechte des Beschuldigten gewahrt und seine Aussagen in der polizeilichen Einvernahme sind verwertbar. Im übrigen sagte der Beschuldigte auch in den Einvernahmen bei der Staatsanwältin in Anwesenheit seines Verteidigers und somit nachdem er auch Gelegenheit hatte, sich mit diesem zu besprechen, gleichlautend aus und war geständig (Urk. 3 und 4).

1.4. Zusammenfassung

Zusammengefasst ergibt sich, dass das Vorgehen bei der Anhaltung und Kontrolle des Beschuldigten rechtmässig war. Auch die erste Befragung des Beschuldigten erfolgte in Nachachtung der massgeblichen Vorschriften. Sowohl die sichergestellten Betäubungsmittel als auch die Aussagen des Beschuldigten anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 8. November 2016 sind folglich verwertbar.

2. Sachverhalt

2.1. Der Beschuldigte ist geständig und anerkennt, von einem ihm unbekannten jungen Albaner in G._____ [Ortschaft] je ca. 120 Gramm Heroingemisch empfangen zu haben, um dieses ca. am 2. November 2016 sowie am 8. November 2016 für Fr. 3'200.- respektive Fr. 3'300.- an einen Drogensüchtigen zu verkaufen. Er selber hätte pro Verkauf Fr. 200.- für sich behalten dürfen. Organisiert habe das Ganze ein albanischer Bekannter namens C._____. Bei diesem handelte es sich um C._____, welchen der Beschuldigte 2014 rechtswidrig beherbergt hatte und welcher aufgrund schwerer Betäubungsmitteldelikte ausgeschafft wurde. Der Beschuldigte anerkannte weiter, dass das sichergestellte Heroingemisch des geplanten Verkaufes vom 8. November 2016 einen Reinheitsgrad von 21% entsprechend 25.5 Gramm reinen Heroins aufwies. Zu Beginn der Untersuchung hatte er noch geltend gemacht, er habe nicht gewusst, dass er Drogen transportiere, gab

aber im Laufe der Untersuchung zu, dies zumindest vermutet zu haben, da er davon Kenntnis habe, dass sich C._____ aufgrund des Handels mit Heroin strafbar gemacht habe (Urk. 2 S. 1 ff.; Urk. 3 S. 2 ff.; Urk.. 4 S. 2 ff.; Urk. 12/8-9). In der heutigen Berufungsverhandlung (Prot. II S. 15) und auch anlässlich der erstinstanzlichen Befragung anerkannte der Beschuldigte den Anklagesachverhalt betreffend Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz vollumfänglich. Er räumte insbesondere auch ein, er habe gewusst, dass Heroin als harte Droge verboten sei. Verboten sei Heroin, weil es nicht gut sei für einen Menschen und jemanden mit der Zeit umbringe (Urk. 28 S. 1ff., 13).

2.2. Das Geständnis des Beschuldigten deckt sich mit dem Untersuchungsergebnis, und der angeklagte Sachverhalt ist rechtsgenügend erstellt. Somit ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte bei seiner zweimaligen Kuriertätigkeit in Kauf nahm, die Mengen von 25.5 und 20 Gramm reinen Heroins in Umlauf zu bringen und damit die Gesundheit vieler Menschen zu gefährden.

3. Rechtliche Würdigung

Die rechtliche Würdigung durch die Staatsanwaltschaft und die Vorinstanz ist zutreffend (Urk. 17 und 40 S. 10) und wird auch von der Verteidigung anerkannt (Urk. 30 S. 6). Der Beschuldigte ist somit in Bestätigung des vorinstanzlichen Schuldspruchs des mehrfachen Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und lit. d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a des Betäubungsmittelgesetzes (BtmG) schuldig zu sprechen.

III. Sanktion

1. Strafzumessung

1.1. Die Vorinstanz hat den ordentlichen Strafrahmen richtig auf ein bis zwanzig Jahre Freiheitsstrafe abgesteckt und die Grundsätze der Strafzumessung zutreffend dargestellt (Urk. 40 S. 11f. Ziff. 1.1 - 1.3). Auch auf die theoretischen Ausführungen zum Verschulden unter Bezugnahme auf Tat- und Täterkomponenten kann verwiesen werden (Urk. 40 S. 12f. Ziff. 1.4. bis 1.6).

1.2. Die Erwägungen zum Verschulden des Beschuldigten vermögen sodann vollumfänglich zu überzeugen. In objektiver Hinsicht ist der Verdienst von Fr. 200.– als gering zu bezeichnen. Der als Läufer und Kurier tätige Beschuldigte ist auf unterer Stufe mit grösstem Risiko im Hierarchiegefüge des Drogenhandels anzusiedeln. Das erstinstanzliche Gericht bewertete jedoch, dass der Beschuldigte eine nicht unerhebliche Menge von Heroin, nämlich insgesamt ca. 45 Gramm reines Heroin, in Umlauf brachte und so die Grenze zum schweren Betäubungsmittelfall deutlich überschritten war (Urk. 40 S. 13f. Ziff. 2.1.). Bei der Beurteilung des Verschuldens ist - mit der Vorinstanz - auch das grosse Abhängigkeitspotential von Heroin und das mit dem Konsum verbundene hohe Gesundheitsrisiko in die Würdigung einzubeziehen. Die Bewertung als gerade noch leicht ist klar nachvollziehbar. Beim subjektiven Verschulden ist zwar von einem rein finanziellen Motiv auszugehen. Der Umstand, dass der Beschuldigte nur eventualvorsätzlich handelte, ist jedoch relativierend in die Waagschale zu werfen. Folglich kann mit der Vorinstanz das Verschulden als gesamthaft noch leicht und unter dem Titel Tatkomponente eine Einsatzstrafe von 18 Monaten als angemessen bezeichnet werden.

1.3. Was das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse anbelangt, kann vorab auf die Befragungen zur Person und auf die Vorakten sowie die Akten des Migrationsamts verwiesen werden. Die Zusammenfassung des Werdegangs durch die Vorinstanz enthält die wichtigen Stationen aus dem Leben des Beschuldigten (Urk. 40 S. 15f. Ziff. 3.1. mit Verweisen auf Urk. 3 S. 5.; Urk. 4 S. 5; Urk. 28 S. 1 f. sowie Urk. 7). Die persönlichen Verhältnisse enthalten nichts direkt für die Strafzumessung Relevantes und werden bei der Frage der Legalprognose und bei der Landesverweisung näher zu beleuchten sein. Strafzumessungsrelevant unter dem Titel Täterkomponenten sind die drei teils einschlägigen, jedoch eher geringfügigen Vorstrafen, die merklich ins Gewicht fallen und zusammen mit der Delinquenz während laufender Probezeit zu einer spürbaren Straferhöhung führen (Urk. 40 S. 16 Ziff. 3.2. und Urk. 48). Unter dem Titel Nachtatverhalten fallen sodann das Geständnis des Beschuldigten und seine weitgehende Einsicht und Reue - wie die Vorinstanz richtig festhält - wieder deutlich und jedenfalls stärker

strafmindernd als die strafe erhöhenden Umstände ins Gewicht (Urk. 40 S. 16f. Ziff. 3.3.).

1.4. Die vom erstinstanzlichen Gericht nach sorgfältiger Würdigung der relevanten Strafzumessungsgründe festgesetzte Freiheitsstrafe von 15 Monaten ist folglich zu bestätigen.

1.5. Im Sinne eines Eventualantrags für den Fall, dass das Gericht - wie vorliegend - entgegen seinem Hauptantrag zu einem Schuldspruch gelangen würde, liess der Beschuldigte beantragen, es seien ihm nicht wie durch die Vorinstanz zwei, sondern drei erstandene Tage Haft an die Strafe anzurechnen (Urk. 51 S. 12 f.). Zur Begründung liess er diesbezüglich ausführen, dass gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Freiheitsentzug auch im Falle einer vorläufigen polizeilichen Festnahme ab einer Dauer von drei Stunden mit einem Tag an die Freiheitsstrafe anzurechnen sei (Urk. 51 S. 13; BGE 124 IV 269 E. 4). Da er am 8. November 2016 um ca. 20.00 Uhr verhaftet und erst am 10. November 2016 um ca. 13.45 Uhr wieder aus der Haft entlassen worden sei, müssten ihm gemäss der Verteidigung im Sinne von Art. 51 StGB entsprechend drei verbüsste Hafttage an die Freiheitsstrafe angerechnet werden (Urk. 51 S. 13). Zwar ist der Verteidigung insofern zuzustimmen, dass bereits eine polizeiliche Festnahme ab einer Dauer von drei Stunden als anrechnungsfähige Haft von einem Tag zu qualifizieren ist. Hingegen ist zu berücksichtigen, dass für den Fall, dass sich die Untersuchungshaft über zwei aufeinanderfolgende Kalendertage erstreckt, praxisgemäss nur dann für beide angebrochenen Tage je ein ganzer Tag angerechnet wird, wenn die gesamte Haftdauer an diesen zwei Daten 24 Stunden überschreitet (BSK StGB I - Mettler / Spichtin, 3. Aufl. 2013, Art. 51 N 35). Da der Beschuldigte am 8. November um 20.00 Uhr verhaftet und am 10. November 2016 um 13.45 Uhr entlassen wurde (Urk. 9/1; Urk. 9/5), betrug die Haftdauer an diesen zwei Daten insgesamt weniger als 24 Stunden. Somit sind an die Freiheitsstrafe von 15 Monaten praxisgemäss lediglich zwei Tage erstandene Haft anzurechnen.

2. Bedingter Strafvollzug

2.1. In objektiver Hinsicht sind die Bedingungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs erfüllt, da heute gegenüber dem Beschuldigten eine Strafe von weniger als zwei Jahren ausgesprochen wird (Art. 42 Abs. 1 StGB).

2.2. In subjektiver Hinsicht wird sodann vorausgesetzt, dass eine unbedingte Strafe nicht erforderlich erscheint, um den Täter vor weiterer Delinquenz abzuhalten. Der Beschuldigte wurde noch nie zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so dass jedenfalls keine besonders günstigen Umstände im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB vorliegen müssen. Vielmehr ist für den Beschuldigten grundsätzlich eine günstige Prognose zu vermuten, der Strafaufschub ist die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf (BSK StGB I - Schneider/ Garré, 3. Aufl. 2013, Art. 42 N 38).

2.3. Zur Beurteilung der Bewährungsaussichten sind das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten näher zu betrachten.

a) Vorleben: Der Beschuldigte wurde am tt. Juli 1993 in ... [Ortschaft] Polen geboren. Er wuchs zunächst bei seiner Mutter und seiner Grossmutter in ... [Stadt in Polen] auf. Sein Vater ist ebenfalls polnischer Staatsangehöriger, jedoch hatte der Beschuldigte mit diesem während seiner Kindheit praktisch keinen Kontakt. Auch heute sieht er den in H._____ [Stadt in Österreich] wohnhaften Vater kaum. Seine Mutter kam im Januar 2000 in die Schweiz, während der Beschuldigte weiterhin bei seiner Grossmutter mütterlicherseits in Polen wohnte; fortan wurde er von dieser und seiner Urgrossmutter betreut. Nachdem die Urgrossmutter gestorben war, konnte der Beschuldigte am 1. November 2006 im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz einreisen. Hier besuchte er ab dem 20. November 2006 die Schweizer Sekundarschule C. Nach Abschluss der Sekundarschule absolvierte der Beschuldigte ein Berufseinsteigerjahr. Nachdem er keine Lehrstelle gefunden hatte, trat er eine Praktikumsstelle in einem Restaurant als Serviceangestellter an und arbeitete in einem anderen als Aushilfe. Danach besuchte er eine Barkeeper-schule, die er erfolgreich abschloss. Eine weitere Ausbildung als Fitnessinstruktor

beendete er jedoch nicht. In der Folge arbeitete er an der Bar oder als Logistiker. Seine letzte Anstellung als Logistiker hatte er bei der I. _____ AG von Oktober 2016 bis Mai 2017 (Urk. 3 S. 5.; Urk. 4 S. 5; Urk. 28 S. 1ff. sowie Urk. 7). Anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte er sodann, derzeit auf Abruf für einen Bekannten im Cateringbereich zu arbeiten (Prot. II S. 8; Urk. 54).

b) Vorstrafen: Aus den Jahren 2012, 2014 und 2016 weist der Beschuldigte drei Vorstrafen auf, jedoch ist eine davon nicht im Strafregister aufgeführt (act. 12/2; act. 12/4 und act. 12/7). Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 9. März 2012 wurde der Beschuldigte wegen Diebstahls zu einer bedingten Geldstrafe von 8 Tagessätzen à Fr. 40.– unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren sowie zu einer Busse von Fr. 100.– verurteilt. Aufgrund einer Sachentziehung, der Förderung des rechtswidrigen Aufenthaltes sowie einer Übertretung im Sinne des BetmG wurde der Beschuldigte sodann mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 16. Dezember 2014 zu einer bedingt ausgefallten Geldstrafe von 40 Tagessätzen à Fr. 30.– unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren und einer Busse von Fr. 600.– verurteilt. Schliesslich wurde am 23. August 2016 gegen den Beschuldigten ein Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmat-/Albis wegen einer erneuten Übertretung im Sinne des BetmG (Anbau von 5 Hanfpflanzen in seinem Zimmer in der Wohnung der Mutter zwecks Eigenkonsum) erlassen. Er wurde mit einer Busse von Fr. 300.– bestraft. Im November 2016 führte der Beschuldigte sodann die vorliegend zu beurteilenden Betäubungsmitteltransporte aus. Diese Delikte fallen in die mit Strafbefehl vom 16. Dezember 2014 angesetzte Probezeit. Seither hat sich der Beschuldigte - soweit bekannt und aus dem aktuell beigezogenen Strafregisterauszug ersichtlich - jedoch wohl verhalten und keine strafbaren Handlungen mehr begangen (Urk. 48 sowie Beizugsakten).

c) persönliche Verhältnisse: Der Beschuldigte litt seit Frühjahr 2017 unter psychischen Problemen, so dass es im Juni 2017 und Juli 2017 zu zwei kleineren stationären Aufenthalten auf der psychiatrischen Abteilung des Spitals Affoltern kam. Anschliessend hielt sich der Beschuldigte vom 19. August 2017 bis 12. Oktober 2017 während einem längeren Zeitraum im Sanatorium Kilchberg auf. Von dort

aus stellte der Beschuldigte ein IV-Gesuch. Sein Verteidiger führte anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz aus, das Sanatorium Kilchberg gehe aufgrund des Krankheitsbildes beim Beschuldigten von einer anhaltenden und vollumfänglichen Arbeitsunfähigkeit aus (Urk. 28 S. 10f. sowie Prot. VI S. 7ff. und Urk. 30 sowie Beilagen dazu Urk. 31/1-6). Im Rahmen der Berufungsverhandlung erklärte der Beschuldigte, dass es ihm jetzt besser gehe und er derzeit weder in ärztlicher Behandlung sei noch Medikamente einnehme (Prot. II S. 9 f.). Ausserdem gab er an, dass das Verfahren betreffend das zuvor gestellte IV-Gesuch nicht weiterverfolgt worden sei, da er inzwischen wieder in der Lage sei, zu arbeiten (Prot. II S. 10).

Noch anlässlich der Verhandlung vor erster Instanz gab der Beschuldigte an, er werde ambulant im Sanatorium Kilchberg nachbehandelt und sei arbeitslos. Er lebte damals bei seiner Mutter, die auch die Wohnungsmiete bezahlte. Der Beschuldigte führte jedoch aus, er wolle künftig mit seiner Freundin zusammenziehen, mit welcher er seit fünf Jahren eine Beziehung führe. Diese unterstützte ihn ebenfalls finanziell. Damals bestanden Pläne, dass die Lebenspartnerin eine Bar in J._____ eröffnen und er mit ihr zusammen arbeiten wollte. Erste Einrichtungsarbeiten hatte der Beschuldigte bereits vorgenommen. Er stellte sich eine Tätigkeit als Barkeeper vor (Urk. 28 S. 6ff.).

d) Während die Wohnsituation bis heute unverändert blieb, zeigte sich im Rahmen der Berufungsverhandlung, dass die geplante Bar in J._____ zwar Ende des Jahres 2017 eröffnet wurde, diese jedoch aufgrund eines zu geringen Umsatzes bereits im Februar oder März 2018 wieder schliessen musste (Prot. II S. 6 ff.). Wie der Beschuldigte erklärte, habe er nach der Schliessung der Bar begonnen, Einsätze für seinen Bekannten zu leisten, der im Umfeld von K._____ arbeite. Dabei mache er im Rahmen von einem bis zu zwei Einsätzen pro Woche Apéros und Catering (Prot. II S. 8 f.).

Der Beschuldigte verfügt aktuell über kein Vermögen, hat jedoch Schulden in Höhe von ca. Fr. 8'000.-. Es handelt sich dabei um Schulden der Krankenkasse, bei der Fitnessschule sowie um Betreibungen von der SBB (Prot. II S. 14).

2.4. Würdigung der Prognosefaktoren

Vorab ist zu erwähnen, dass heute wegen des Verbots der reformatio in peius keine unbedingte Strafe ausgesprochen werden kann, weil die Vorinstanz dem Beschuldigten den bedingten Strafvollzug gewährt hat und dies von der Staatsanwaltschaft nicht angefochten wurde.

Desweiteren ist festzuhalten, dass das erstinstanzliche Gericht zutreffend die Prognose begünstigenden und die belastenden Faktoren aufgezeigt und sorgfältig abgewogen hat (Urk. 40 S. 18f.): Die Vorstrafen wirken sich sicher negativ auf die Prognose aus, indessen handelt es sich um vergleichsweise geringfügige Taten. Weiter ist als prognosebelastend zu werten, dass der Beschuldigte sich - obwohl gegen ihn im Jahr 2014 bereits einmal wegen Drogenhandel ermittelt worden war, welche Untersuchung jedoch eingestellt wurde - gerade von C._____, der damals in seiner Wohnung Drogen aufbewahrt und ihn dadurch in Schwierigkeiten gebracht hatte, überzeugen liess, zwei Drogentransporte auszuführen. Andererseits ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte – soweit bekannt – über familiären Halt und feste soziale Bindungen verfügte. Er wohnte im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Hauptverhandlung bei seiner Mutter und führte seit mehreren Jahren eine Beziehung mit einer in der Schweiz niederlassungsberechtigten Thai-Länderin. Seine Freundin hatte vor kurzem eine Bar gekauft und renoviert, welche in Kürze eröffnet werden sollte. Diesbezüglich war dem Beschuldigten in Aussicht gestellt worden, dass er dort als Barkeeper arbeiten könnte, sofern sein Gesundheitszustand dies zulasse. Finanzielle Unterstützung erhielt der Beschuldigte zur Zeit der erstinstanzlichen Verhandlung ebenfalls von seiner Freundin sowie von seiner Mutter (Urk. 28 S. 2, S. 6 ff.). Bezüglich seiner Krankheit, seiner ungewissen Arbeitsfähigkeit sowie seiner finanzielle Abhängigkeit von seinen Bezugspersonen erwog die Vorinstanz in zutreffender Weise, dass sich diese Umstände ebenfalls nicht gerade positiv auf die Prognose des Beschuldigten auswirkten (Urk. 40 S. 19).

In der Zwischenzeit hat sich, wie oben dargestellt, ergeben, dass das Barprojekt der Freundin des Beschuldigten keinen Erfolg hatte und dieses daher nicht weitergeführt werden konnte. Da sich der Beschuldigte mittlerweile gesundheitlich

wieder besser fühlt, war er aber in der Lage, eine Stelle im Cateringbereich anzutreten. Demgegenüber blieb seine Wohnsituation unverändert. Er lebt nach wie vor bei seiner Mutter und er wird noch immer sowohl von dieser als auch von seiner Freundin finanziell unterstützt. Da er nun aber wieder arbeiten kann, ist er in der Lage, seinen Lebensunterhalt grösstenteils mit dem Einkommen aus seiner Teilzeiterwerbstätigkeit zu bestreiten (Prot. II S. 6 ff.).

Die Feststellung der Vorinstanz, wonach der Beschuldigte insgesamt sowohl Faktoren besitzt, die sich positiv auf seine Legalprognose auswirken, als auch solche, die seine Prognose negativ beeinflussen, trifft nach wie vor zu. Wie zu zeigen sein wird, ist die mit Strafbefehl vom 16. Dezember 2014 bedingt ausgefallte Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– zu widerrufen (vgl. E. IV.2). Aufgrund der zu erwartenden abschreckenden Wirkung dieses Widerrufs sowie insbesondere in Anbetracht dessen, dass sich der Beschuldigte seit der letzten Verurteilung wohlverhalten hat und ihm mittlerweile auch klar geworden sein dürfte, dass er bei erneuter Delinquenz ernsthaft mit der Anordnung einer Landesverweisung rechnen müsste, kann insgesamt eine vorsichtig positive Prognose gestellt werden. Es ist ihm folglich der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe zu gewähren.

Die Ansetzung einer vierjährigen Probezeit erweist sich vorliegend aufgrund der verbleibenden Bedenken als angemessen.

IV. Widerruf

1. Voraussetzungen

Zu den Voraussetzungen für den Widerruf einer bedingt ausgefallten Strafe kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 40 S. 20).

2. Würdigung

Mit zutreffender Begründung gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass in Anbetracht dessen, dass der Beschuldigte die vorliegend zu beurteilenden Delikte

beginnt, obwohl er zuvor bereits mehrmals verurteilt wurde, nicht zu erwarten sei, dass ihn die bedingte Freiheitsstrafe alleine von weiterer Delinquenz abzuhalten vermögen würde (Urk. 40 S. 20 f.). Der bedingte Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 16. Dezember 2014 ausgefallten Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– ist daher zu widerrufen.

V. Landesverweisung

1. Anträge der Parteien

Die Staatsanwaltschaft beantragt mit ihrer Berufung die Anordnung einer Landesverweisung für die Dauer von 5 Jahren. Die Vorinstanz verzichtete auf die Anordnung einer Landesverweisung, weil sie aufgrund der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten sein persönliches Interesse gegenüber dem eher leichten öffentlichen Interesse an der Wegweisung als höher erachtete und das Vorliegen eines Härtefalls gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB bejahte (Urk. 40 S. 25f.). Die Staatsanwaltschaft hält die Voraussetzungen für die Annahme eines Härtefalls und damit für das Absehen von einer Landesverweisung für nicht erfüllt. Zur Begründung führt sie im Rahmen der Berufungsverhandlung aus, dass es dem Beschuldigten als EU-Bürger beispielsweise auch offen stehe, sich in Deutschland oder in Österreich, wo sein Vater wohne, niederzulassen. Ausserdem erachtet die Staatsanwaltschaft auch eine Rückkehr des Beschuldigten nach Polen ohne Weiteres als zumutbar, da es sich bei Polen nicht - wie es die Vorinstanz suggeriere - um ein Entwicklungsland, sondern um einen wirtschaftlich aufstrebenden Mitgliedsstaat der EU handle. So verfüge auch Polen über ein Sozial- und Gesundheitssystem, welches sich um den Beschuldigten als polnischen Staatsbürger kümmern würde. Zudem stehe auch das angeblich fehlende soziale Netzwerk einer Reintegration nicht entgegen, da es dem Beschuldigten angesichts seines jungen Alters leichtfallen werde, ein Beziehungsnetz aufzubauen (Urk. 50 S. 2 f.). Weiter bringt sie vor, dass es sich beim Beschuldigten, der nur etwa die Hälfte seines Lebens in der Schweiz verbracht habe, nicht um einen Secondo handle, auf welche die Härtefallklausel gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB aber primär ausgerichtet sei. Ausserdem liege es in der Natur der Sache, dass strafrechtliche Mass-

nahmen wie die Landesverweisung für die Betroffenen unangenehm sein könnten, alleine aus diesem Grund aber kein Härtefall vorliegen würde. Schliesslich macht die Staatsanwaltschaft geltend, es bestehe angesichts der vorliegend zu beurteilenden Verbrechen sowie unter Berücksichtigung der Vorstrafen des Beschuldigten und der realen Rückfallgefahr ein erhebliches öffentliches Interesse an der Fernhaltung des Beschuldigten von der Schweiz. Dieses überwiege denn auch seine privaten Interessen an einem Verbleib in der Schweiz bei weitem. Entsprechend könne nicht von einem Härtefall ausgegangen werden (Urk. 50 S. 3).

1.1. Die Verteidigung beantragt demgegenüber die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, in welchem gemäss Ziffer 6 von der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung abgesehen wurde (Urk. 52 S. 1). Sowohl vor Vorinstanz als auch im Berufungsverfahren brachte sie vor, der Beschuldigte könne sich als polnischer Staatsangehöriger auf das Freizügigkeitsabkommen berufen. Dabei verwies die Verteidigung auf den Entscheid der I. Strafkammer des Obergerichtes vom 22. August 2017 (SB170250), welche gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre zum Schluss gelangt sei, es sei von einem Vorrang des FZA gegenüber den Art. 66a ff. StGB auszugehen. Dies habe zur Folge, dass bei Verneinung der Voraussetzungen für einen zulässigen Eingriff in die Freizügigkeitsrechte eine Landesverweisung nach StGB überhaupt ausgeschlossen sei, ohne dass ein Härtefall zu prüfen wäre. Eine strafrechtliche Verurteilung vermöge die Verweigerung der Freizügigkeitsrechte bzw. die Wegweisung nur dann zu rechtfertigen, wenn die Straftat und das Verschulden des Täters auf eine anhaltend schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung schliessen liessen. Die im Zusammenhang mit der Frage des bedingten Strafvollzugs gerade noch einmal zu stellende günstige Legalprognose spreche entschieden gegen das Vorliegen einer hinreichend grossen Rückfallgefahr, die eine Einschränkung der Freizügigkeitsrechte seines Mandanten rechtfertigen könnte (Urk. 30 S. 12 f.; Urk. 52 S. 1). Da der erwähnte Obergerichtsentscheid noch nicht in Rechtskraft erwachsen sei, legte die Verteidigung sodann noch die Umstände dar, die für die Annahme eines schweren persönlichen Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB und somit gegen die Anordnung einer Landesverweisung sprächen (Urk. 30 S. 14 f.; Urk. 52 S. 1 ff.).

1.2. Der Beschuldigte ist polnischer Staatsangehöriger mit Aufenthaltsbewilligung B. Er kann sich, da Polen ein Mitgliedstaat ist, auf das FZA berufen. Somit stehen dem Beschuldigten grundsätzlich verschiedene Einreise-, Aufenthalts- und Verbleiberechte nach Massgabe seines Anhangs I zu, und ist insbesondere zum Aufenthalt und zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz berechtigt (Art. 1, Art. 4ff. und Art. 7 lit. d FZA). Mit der Anordnung einer Landesverweisung nach Art. 66a Abs. 1 StGB würde ihm das Aufenthaltsrecht für die Dauer dieser Massnahme entzogen. Gemäss Art. 5 Abs. 1 des Anhangs I zum FZA ist dies nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zulässig. Art. 16 Abs. 2 FZA bestimmt weiter, dass die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) bis zur Ratifizierung zu berücksichtigen ist. Gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 der massgebenden EU-Richtlinie 64/221/EWG (Art. 5 Abs. 2 Anhang I zum FZA in Verbindung mit Art. 16 FZA) ist bei Massnahmen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, und es ist ausschliesslich das persönliche Verhalten der betreffenden Einzelperson massgebend. Ausschlaggebend für die Beurteilung, ob eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gegeben ist, ist naturgemäss zunächst die Art und Schwere der im Raum stehenden Delikte und sodann in erster Linie das Ausmass der beim Täter diesbezüglich bestehenden (aktuellen) Rückfallgefahr (BGE 136 II 5 E. 4.2. mit Hinweisen, vgl. zum Ganzen auch Nina Burri/Valerio Priuli, Landesverweisung und Freizügigkeitsabkommen, AJP 2017 S. 886ff.). Die Vorinstanz ging nicht näher auf die Vorbringen der Verteidigung betreffend Vorrang des Freizügigkeitsabkommens FZA ein, bejahte sie doch wie erwähnt das Vorliegen eines Härtefalls. Soweit nötig ist vorliegend das Verhältnis des FZA zur strafrechtlichen Landesverweisung zu beleuchten.

2. Frage des Vorrangs des Freizügigkeitsabkommens FZA

2.1. Ein Konflikt zwischen dem Staatsvertragsrecht und dem Landesrecht kann sich dann ergeben, falls das FZA den Begriff der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung enger fasst als das Strafgesetzbuch. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist von der Auslegung der im FZA enthaltenen, aus dem EU-Recht übernommenen Bestimmungen durch den EuGH nur aus triftigen

Gründen abzuweichen (Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juli 2017, 2C_301/2016 E. 2.2. mit Hinweis auf BGE 139 II 393). Fernhaltemassnahmen gegenüber Bürgern von EU-Mitgliedstaaten sind gemäss Rechtsprechung des EuGH nur zulässig, wenn ihre weitere Anwesenheit im Lande die öffentliche Ordnung im konkreten Einzelfall nicht nur stört, sondern tatsächlich und in einem so erheblichen Ausmass gefährdet, dass grundlegende Interessen der Gesellschaft betroffen sind (Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juli 2012, 2C_238/2012 E.2.3). Demgegenüber sieht das schweizerische Strafgesetzbuch in Art. 66a Abs. 1 StGB vor, dass die Begehung einer sogenannten Katalogtat in aller Regel zur Landesverweisung führt. Eine Einzelfallprüfung ist nur im Rahmen der sogenannten Härtefallklausel zulässig. Gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB kann jedoch nur ausnahmsweise von einer Landesverweisung 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.

2.2. Die II. Strafkammer des Obergerichtes kam in zwei jüngeren Entscheiden zum Schluss, dass die Schubert Praxis nach wie vor gelte und das Freizügigkeitsabkommen deshalb der neueren nationalen Bestimmung von Art. 66a StGB nicht vorgehe.

Dies wurde einerseits im Urteil SB170315 vom 16. Januar 2018 auf S. 13 ff. ausgeführt:

"2. d) Die Bundesverfassung schreibt vor, dass Bund und Kantone das Völkerrecht beachten (Art. 5 Abs. 4 BV). Sie erklärt ferner Bundesgesetze und Völkerrecht für die rechtsanwendenden Behörden massgebend (Art. 190 BV), ohne sich aber darüber zu äussern, welche Rechtsquelle den Vorrang hat, wenn sich ein Bundesgesetz und ein vom Bund abgeschlossener Staatsvertrag widersprechen. Bundesgesetze können indessen beim Bundesgericht nicht angefochten werden (Art. 189 Abs. 4 BV). Dies ist Ausfluss des grundlegenden Prinzips der Gewaltenteilung. Auf diesem Prinzip beruht letztlich auch die 1973 begründete sog. Schubert-Praxis (BGE 99 Ib 39): Staatsverträge sind zwar einzuhalten und gehen deshalb grundsätzlich dem Landesrecht vor. Der Bundesgesetzgeber hat aber die Möglichkeit, bewusst gegen staatsvertragliche Verpflichtungen zu verstossen und die möglichen zwischenstaatlichen Folgen dieses Verhaltens wie z.B. die Kündigung des Vertrages oder Retorsionsmassnahmen seitens der anderen Vertragspartei in Kauf zu

nehmen. Vorliegend wies der Bundesrat schon in seiner Botschaft zur Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)" vom 24. Juni 2009 darauf hin, dass das Volksbegehren – welches allerdings noch keine Härtefallklausel enthielt – mit dem FZA nicht vereinbar sei (BBl 2009 5112). Nachdem Volk und Stände die Initiative angenommen hatten, monierte dies der Bundesrat in der Botschaft zur Umsetzung der Initiative erneut (BBl 2013 6059). Das Parlament kannte somit diese Problematik, als es die nun geltenden Bestimmungen über die Landesverweisung erliess, und nahm somit einen allfällig resultierenden Konflikt mit dem FZA in Kauf.

3. a) Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts befasste sich in BGE 142 II 35 mit dem Verhältnis zwischen dem FZA und dem in der eidgenössischen Volksabstimmung vom 9. Februar 2014 gutgeheissenen Art. 121a BV.

Sie erwog dazu vorab, dass das Ziel des FZA darin bestehe, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der EU geltenden Bestimmungen zu verwirklichen. Die Vertragsstaaten seien übereingekommen, alle erforderlichen Massnahmen zu treffen, damit diesbezüglich eine möglichst parallele Rechtslage bestehe. Das Bundesgericht weiche deshalb in mittlerweile ständiger Rechtsprechung von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen nur bei Vorliegen triftiger Gründe von der Praxis des EuGH ab. Art. 121a BV könne nicht direkt angewendet werden. Erwägen liesse sich allenfalls, im Lichte der neuen Verfassungsbestimmung das FZA restriktiv auszulegen oder triftige Gründe zum Abweichen von der Rechtsprechung des EuGH anzunehmen (BGE 142 II 38). Diese Möglichkeit wurde aber vom Bundesgericht verworfen, weil sich die Schweiz gestützt auf das FZA und weitere Abkommen sektoriell am EU-Binnenmarkt beteilige, was nur möglich sei, wenn die einschlägigen Normen des FZA in der EU einerseits und in der Schweiz andererseits gleich verstanden würden. Völkerrechtliche Normen gingen widersprechendem Landesrecht vor. Dieser Grundsatz habe lediglich insofern eine Ausnahme erfahren, als im Rahmen der sog. "Schubert-Praxis" der Gesetzgeber bewusst eine völkerrechtliche Verpflichtung missachten könne. Diese Ausnahme gelte aber im Falle des FZA nicht, weil dieses durch die Annahme in einer Volksabstimmung demokratisch legitimiert sei, weil den unter das Abkommen fallenden Personen ansonsten der gerichtliche Rechtsschutz entzogen werde, und weil schliesslich auch die EU-Mitgliedstaaten verpflichtet seien, dem FZA den Vorrang gegenüber ihrem Landesrecht zu geben (a.a.O., S. 39 f.). Sollte bei der Umsetzung von Art. 121a BV ein tatsächlicher Normkonflikt entstehen, so ginge das FZA der Verfassungsbestimmung vor. Daraus erhellte zugleich, dass sich aus dieser auch kein triftiger Grund ergeben könne, von der Praxis des EuGH abzuweichen (a.a.O., S. 40).

b) aa) Der vorstehend zitierte Bundesgerichtsentscheid bezieht sich auf Art. 121a BV, wo in Abs. 1 statuiert wird, dass die Schweiz die Zuwanderung von Ausländern eigenständig regelt. Zwischen dieser am 9. Februar 2014 in die Bundesverfassung eingefügten Bestimmung und dem Grundgedanken des FZA besteht ein unauflöslicher Widerspruch. Ein solch offensichtlicher Normkonflikt lässt sich im Verhältnis zwischen den Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über die Landesver-

weisung einerseits und dem FZA andererseits nach dem vorstehend Gesagten (Erw. IV/2c) nicht ausmachen. Das FZA lässt Einschränkungen der Personenfreizügigkeit, mit denen einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung begegnet werden soll, ausdrücklich zu, und das materielle Strafrecht dient insbesondere bei Straftaten von einer gewissen Schwere nicht zuletzt genau diesem Zweck.

bb) Bei der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher der Konkretisierung und Auslegung bedarf. Sowohl das Landesrecht als auch das gemäss Art. 5 Abs. 4 BV zu beachtende Staatsvertragsrecht definieren im Übrigen keine klare Grenzlinie, ab welcher eine Gefährdung von Sicherheit und Ordnung zu bejahen ist. Wie vorstehend erörtert wurde, tendiert allerdings der EuGH dazu, bei der Anwendung des FZA den Begriff der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit eng auszulegen (Erw. IV/2b). Dies kann insbesondere im Bereich der obligatorischen, seltener aber auch in jenem der fakultativen Landesverweisung zu einem Konflikt zwischen FZA und Strafgesetzbuch führen (Erw. IV/2c). Die Schweiz muss bei der Auslegung dieses Begriffs, soweit es um die Anwendung des FZA geht, die Rechtsprechung des EuGH "berücksichtigen", zumindest diejenige aus der Zeit vor dem Abschluss des FZA (Art. 16 Abs. 2 FZA). Letzteres bedeutet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch, dass sie diese Rechtsprechung als gewichtiges Auslegungselement mit in Betracht zieht und davon nicht ohne triftige Gründe abweicht. Eine Pflicht zur strikten Befolgung der EuGH-Praxis ergibt sich aus dem FZA nicht. Der schweizerische Gesetzgeber hat mit dem Erlass der Bestimmungen über die Landesverweisung zum Ausdruck gebracht, dass er bei Delikten gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB in aller Regel von einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit ausgeht, der mit der Wegweisung des Täters aus der Schweiz zu begegnen ist. Damit liegt ein triftiger Grund vor, in solchen Fällen von einer allfällig abweichenden Praxis des EuGH abzuweichen und das FZA landesrechtskonform anzuwenden. Gleiches gilt bei anderen Verbrechen oder Vergehen, bei denen zwar die Landesverweisung nicht obligatorisch, sondern eine uneingeschränkte Einzelfallprüfung vorgesehen ist (Art. 66abis StGB), die aber von ihrer Schwere und Gefährlichkeit her einem Katalogdelikt gemäss Art. 66 Abs. 1 StGB nahekommen.

cc) Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass sich aus dem FZA die Verpflichtung ergebe, dieses Abkommen durchwegs gemäss der Rechtsprechung des EuGH auszulegen, stellte sich noch immer die Frage, ob nicht im Falle eines Konflikts zwischen FZA und Strafgesetzbuch aufgrund der Schubert-Praxis gleichwohl Letzteres den Vorrang habe. Die Schweiz hat unzählige Staatsverträge abgeschlossen, darunter auch zahlreiche Abkommen mit der EU. Weshalb von all diesen Verträgen gerade dem FZA eine mit den Abkommen über Menschenrechte vergleichbare erhöhte Bedeutung zukommen soll, welche sowohl eine eigenständige Auslegung des FZA als auch die Anwendung der Schubert-Praxis ausschliesst, ist nicht ersichtlich. Die diesbezügliche Argumentation in BGE 142 II 35 vermag nicht zu überzeugen. Die sektorielle Beteiligung der Schweiz am EU-Binnenmarkt, die dabei an erster Stelle genannt wurde, mag wirtschaftlich von

Bedeutung sein, ist aber im Gegensatz zur Garantie der Menschenrechte kein tragender Pfeiler von Demokratie und Rechtsstaat. Bekannt ist, dass die EU ihrerseits dieser Freizügigkeit eine besondere Bedeutung zumisst und deshalb darauf drängt, dass Staaten, die Zugang zu ihrem Binnenmarkt wollen, auch dieses Prinzip anerkennen. Die Schweiz hat sich im Rahmen der "Bilateralen Verträge I" dazu verpflichtet. Die Wegweisung von straffällig gewordenen Ausländern aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung tangiert indessen den Kerngehalt der Freizügigkeit in keiner Weise und wird vom FZA sogar ausdrücklich zugelassen (Art. 5 Anhang I FZA). Sie betrifft zudem nur einen ganz geringen Teil der aus EU-Staaten zugewanderten Personen und hat mit dem Handel zwischen den FZA-Vertragsstaaten sachlich nichts zu tun. Das Funktionieren des Binnenmarkts hängt offensichtlich nicht davon ab, dass der Begriff der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung" in der EU und in der Schweiz genau gleich verstanden wird. Die sektorielle Beteiligung der Schweiz am EU-Binnenmarkt spricht deshalb nicht dagegen, im Falle eines Konflikts zwischen FZA und Strafgesetzbuch entsprechend der Schubert-Praxis Letzteres anzuwenden.

dd) Zutreffend ist, dass die Personenfreizügigkeit am 21. Mai 2000 in einer eidgenössischen Volksabstimmung von Volk und Ständen gutgeheissen wurde und insofern in einem besonderen Masse demokratisch legitimiert ist. Dies gilt aber auch für die zwischenzeitlich erlassenen Bestimmungen über die Landesverweisung straffällig gewordener Ausländer. Volk und Stände ergänzten in der Volksabstimmung vom 28. November 2010 die Bundesverfassung dahingehend, dass Ausländer, welche gewisse Delikte begehen, jegliches Aufenthaltsrecht in der Schweiz verlieren. Das Parlament beschloss in der Folge eine entsprechende Ergänzung des Strafgesetzbuchs, wobei einerseits der Katalog der Straftaten, die zur Landesverweisung führen, ergänzt und präzisiert, andererseits aber auch – entgegen dem erwähnten Volksentscheid – eine Ausnahmeklausel für Härtefälle eingefügt wurde. Letztere wurde vom Verfassungsgeber nachträglich sanktioniert, indem Volk und Stände am 28. Februar 2016 eine dagegen gerichtete Volksinitiative ablehnten. Volk und Parlament haben damit im Bereich der Landesverweisung ausländischer Straftäter einen klaren Entscheid gefällt, dem im Falle eines Konflikts mit Staatsvertragsrecht im Sinne der Schubert-Praxis Nachachtung zu verschaffen ist. Dies gilt umso mehr, als er dem (ebenfalls direkt-demokratisch legitimierten) FZA als *lex posterior* gegenübersteht.

ee) Fehl geht sodann die Argumentation, dass damit den in der Schweiz lebenden Bürgern von EU-Mitgliedsstaaten der vom FZA garantierte gerichtliche Rechtsschutz entzogen werde. Wenn die schweizerische Gerichtspraxis bei der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auf die entsprechenden Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuchs abstellt, schmälert dies die Möglichkeiten der betroffenen Straftäter, sich vor Gericht gegen die Anordnung einer Landesverweisung zu wehren, in keiner Weise. Es stehen dazu weiterhin zwei kantonale Gerichtsinstanzen mit voller Kognition, die bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen und schliesslich auch noch die Überprüfung der letztinstanzlichen Entscheide auf EMRK-Konformität vor dem Menschenrechts-Gerichtshof in Strassburg zur Verfügung. Einen weitergehenden

Rechtsschutz – etwa in Form einer Weiterzugsmöglichkeit an den EuGH – gewährt auch das FZA nicht. Ebenso wenig bildet das Argument, dass die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits bei der Auslegung des FZA der Rechtsprechung des EuGH unterworfen seien, einen Grund, dieser gegenüber den Bestimmungen der Bundesverfassung und des Strafgesetzbuchs über die Landesverweisung den Vorrang zu geben. Die Verpflichtung der EU-Staaten, EU-Vorschriften zu befolgen und den EuGH als Oberinstanz anzuerkennen, ergibt sich aus ihrer Mitgliedschaft bei der EU. Die Schweiz hingegen ist nicht Mitglied der EU und hat im Bereich der Personenfreizügigkeit gegenüber den EU-Staaten und deren Bürgern keine weitergehende Pflichten als diejenigen, die sich aus dem FZA ergeben. Dieses schreibt aber, wie bereits dargelegt wurde, nur die Berücksichtigung, nicht aber die strikte Befolgung der EuGH-Gerichtspraxis vor, und darf im Übrigen aufgrund der Schubert-Praxis nicht entgegen den Bestimmungen des Strafgesetzbuches über die Landesverweisung angewendet werden.

c) (...)"

Ebenso im Urteil SB170509 vom 6. April 2018:

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

4.2.2 Gemäss der mit BGE 99 Ib 39 begründeten Schubert-Praxis geht das Völkerrecht Bundesgesetzen im Konfliktfall vor, seien diese jünger oder älter. Hat sich aber die Bundesversammlung mit den völkerrechtswidrigen Auswirkungen eines Bundesgesetzes auseinandergesetzt, ist dieses für das Bundesgericht aufgrund von Art. 190 BV verbindlich. Es hat das Bundesgesetz anzuwenden. Die Schubert-Praxis wurde vom Bundesgericht bis heute nicht aufgegeben. Sie wurde in der Doktrin unterschiedlich aufgenommen. Während sie bei einem Teil der Lehre auf Kritik stiess, erfuhr sie von anderer Seite im Grundsatz Zustimmung. Zugunsten der Schubert-Praxis wurde einerseits argumentiert, das Völkerrecht schreibe zwar vor, dass die Staaten die sie bindenden völkerrechtlichen Verträge nicht verletzen dürften, dies aber unter Inkaufnahme der entsprechenden Konsequenzen tun könnten oder zur Weiterentwicklung der völkerrechtlichen Beziehungen u. U. gar tun müssten. Andererseits wurde die «Schubert-Praxis» als Ausfluss des Gewaltenteilungsgrundsatzes im Sinne einer Political-Question-Doktrin befürwortet, wonach das Bundesgericht seine Kognition bei Fragen von vorwiegend politischem Charakter zurückzunehmen habe (Schindler/Tschumi, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, 2014, Art. 5 N. 80 mit Hinweisen; vgl. auch Robert Baumann, Die Tragweite der Schubert-Praxis, AJP 2010 S. 1009, S. 1016; Astrid Epiney, Ausle-

gung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, in: Jusletter 14. März 2016, S. 14). Der Lehre, welche der Schubert-Praxis zustimmt, ist zu folgen.

4.2.3 Die Gesetzgebung zur Landesverweisung ist das Ergebnis heftiger politischer Auseinandersetzungen im Rahmen des Abstimmungskampfes über die Ausschaffungsinitiative und des darauf folgenden Gesetzgebungsprozesses, die sich von Beginn an wesentlich um die Einbettung von Normen über die Ausschaffung krimineller Ausländer in das verfassungsrechtliche Gesamtgefüge einschliesslich des Verhältnisses zu bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen drehten. Der Bundesrat wies schon in seiner Botschaft zur Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)" vom 24. Juni 2009 darauf hin, dass das Volksbegehren – welches allerdings noch keine Härtefallklausel enthielt – insbesondere mit dem FZA nicht vereinbar sei (BBl 2009 5112). Nachdem Volk und Stände die Initiative angenommen hatten, monierte der Bundesrat dies in der Botschaft zur Umsetzung der Initiative erneut (BBl 2013 6059). Im Parlament blieb sowohl ein Vorbehalt zugunsten internationaler Verpflichtungen betreffend Personenfreizügigkeit als auch ein solcher zugunsten innerstaatlichen Rechts chancenlos. Die Härtefallklausel sollte stattdessen dem in der Bundesverfassung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip zum Durchbruch verhelfen bzw. grösste Verletzungen rechtsstaatlicher Prinzipien oder des Völkerrechts und stossende Entscheide in Ausnahmefällen verhindern (vgl. Protokoll der Ratsdebatten). Dass auch mit der Härtefallklausel die Verpflichtungen gemäss FZA nicht in jedem Fall würden eingehalten werden können, war dabei stets ein offenes Geheimnis. Mit den nun geltenden Bestimmungen über die Landesverweisung nahm der Gesetzgeber (Volk und Stände/ Bundesversammlung) somit einen allfällig resultierenden Konflikt mit dem FZA bzw. die Verletzung der daraus resultierenden Ansprüchen von EU-Ausländern im Einzelfall bewusst in Kauf. Der Schubert-Praxis folgend gehen sie dem FZA daher vor.

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

(Art. 139 Abs. 3 BV; Art. 193 Abs. 4 BV; Art. 194 Abs. 2 BV), und der Menschenrechtsgarantien der EMRK, denen als zentrale Grundwerte der Rechtsordnung auch gegen den Willen des Gesetzgebers zum Durchbruch verholfen werden muss.

4.3 Der Schubert-Praxis folgend bleibt es im konkreten Fall folglich bei der Anwendung von Art. 66a StGB."

2.3. Soweit bekannt, hat das Bundesgericht diese Frage noch nicht rechtskräftig entschieden und es bleibt mit Spannung zu erwarten, zu welchem Schluss das höchste nationale Gericht kommen wird. Da - wie nachfolgend unter Ziff. 3 ausgeführt wird - vorliegend von einem Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB auszugehen ist, muss vorliegend keine abschliessende Stellungnahme erfolgen. Festzuhalten ist allerdings, dass zur Zeit kein Anlass besteht, von den früheren Entscheiden der erkennenden II. Strafkammer abzuweichen.

3. Härtefall gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB

3.1. a) In Art. 66a StGB ist die obligatorische Landesverweisung normiert, wonach das Gericht den Ausländer, der wegen einer der unter lit. a - o genannten strafbaren Handlungen verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 - 15 Jahre aus der Schweiz verweist (Art. 66a Abs. 1 StGB).

b) Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, 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). Der Gesetzgeber hat mit seiner Formulierung klar zum Ausdruck gebracht, dass bei Vorliegen einer Anlasstat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB in der Regel eine Landesverweisung zu verhängen ist. Ein ausnahmsweises Absehen davon ist – mit Ausnahme von Art. 66a Abs. 3 StGB (entschuldbare Notwehr oder entschuldbarer Notstand) – nur dann zulässig, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen vorliegen: Ein schwerer persönlicher Härtefall und kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Landesverweisung (Marc Busslinger/Peter Uebersax, Härtefallklausel und

migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 5/16, S. 96 ff., S. 97 f.).

c) Bei der Prüfung, ob im konkreten Einzelfall ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt, sind insbesondere die folgenden Aspekte zu berücksichtigen: Die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration und die Resozialisierungschancen. Bei sämtlichen Aspekten ist der Fokus einerseits auf die Situation in der Schweiz und andererseits auf die Situation im Heimatland zu legen. Ein schwerer persönlicher Härtefall liegt dann vor, wenn die Summe aller Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt. Ob ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt, ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu eruieren. Dabei sind sämtliche härtefallbegründenden Aspekte zu berücksichtigen und zu bewerten (Marcel Brun/Alberto Fabri, die Landesverweisung - neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz, recht 2017 S. 231ff. VI. 1.c.aa. mit Verweis u.a. auf Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 101 f.). Alle gegen den Vollzug der Landesverweisung sprechenden Umstände (vgl. Art. 66d StGB) sind bereits im Rahmen der Härtefallprüfung zu beachten. Zudem sind die verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Bestimmungen einzuhalten (Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 99).

3.2. a) Der Beschuldigte ist des mehrfachen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig zu sprechen. Dabei handelt es sich um eine Katalogtat, deren Begehung grundsätzlich die obligatorische Landesverweisung zur Folge hat (Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB).

b) Der Beschuldigte kam mit 13 Jahren in die Schweiz und besuchte hier die Sekundarschule C d.h. die Oberstufe. Er spricht akzentfrei Schweizerdeutsch. Im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verhandlung wohnte der Beschuldigte noch im gleichen Haushalt mit seiner Mutter, mit der ihn - gemäss eigenen Angaben vor Vorinstanz - eine intensive Beziehung verbindet. Von dieser wurde er auch teilweise für den Lebensunterhalt unterstützt, soweit es ihr möglich war, war sie doch

selber auf Stellensuche und erhielt Unterstützung vom Sozialamt. Der Beschuldigte absolvierte eine Ausbildung zum Barkeeper und war verschiedenenorts im Service und zuletzt als Logistiker tätig. Mit seiner Freundin war der Beschuldigte - zur Zeit der vorinstanzlichen Verhandlung - schon mehrere Jahre zusammen und es bestanden Heiratspläne; auch wollten sie zusammenziehen. Der Beschuldigte hatte sodann vor, in der Bar zu arbeiten, welche seine Freundin zu eröffnen plante. Es ist zusammengefasst festzuhalten, dass der Beschuldigte in der Schweiz den Grossteil seiner Jugend und damit lebensprägende Jahre verbrachte. Insoweit ist er sehr gut integriert, auch wenn es ihm bisher nicht gelang, beruflich richtig Tritt zu fassen. Dies dürfte indessen mit seinen psychischen Problemen zusammenhängen, sein Verteidiger sprach vor Vorinstanz von einer eigentlichen psychischen Erkrankung (Prot. VI S. 8ff. und Urk. 30 S. 9). Deshalb stellte der Beschuldigte auch einen Antrag auf Ausrichtung einer IV-Rente.

Die Ausführungen der Verteidigung und die Befragung des Beschuldigten in der Berufsverhandlung ergaben, dass in der Zwischenzeit insbesondere in gesundheitlicher Hinsicht eine erfreuliche Entwicklung stattgefunden hat. Der Beschuldigte erklärte, sich besser zu fühlen und derzeit auch nicht mehr auf medizinische Hilfe angewiesen zu sein. Zwar blieb in beruflicher Hinsicht der mit der Eröffnung der Bar seiner Freundin erhoffte Erfolg aus, dennoch war der Beschuldigte in der Lage nach seinen Klinikaufenthalten erste wichtige Schritte zurück in die Erwerbstätigkeit zu gehen. So leistete er während der Dauer, in der sie geöffnet war, Einsätze in der Bar seiner Freundin. Anschliessend begann er, auf Abruf im Cateringbereich zu arbeiten. Dass er sein angestrebtes Ziel, wieder einer 100 % Tätigkeit nachzugehen, bis heute trotz seinen Bemühungen noch nicht erreichen konnte, erscheint angesichts der ernstzunehmenden Erkrankung, mit der er sich im vergangenen Jahr konfrontiert sah, nachvollziehbar. Da seine derzeitigen Einkünfte jedoch nicht ausreichen, um seinen Lebensunterhalt gänzlich eigenständig bestreiten zu können, ist er nach wie vor darauf angewiesen, bei seiner Mutter wohnen zu können. Von ihr und seiner Freundin wird er denn auch nach wie vor finanziell unterstützt (Urk. 50 S. 3 f.; Prot. II S. 6 ff.).

Wie die Prognosebeurteilung bei der Frage des Strafvollzugs zeigte, hat sich der Beschuldigte in letzter Zeit wohl verhalten und es besteht berechnigte Hoffnung, dass er künftigh in seinem gewohnten Umfeld und mit der Unterstützung seiner Mutter und seiner Freundin deliktsfrei leben wird. Seine näheren Bezugspersonen leben ausschliesslich hier in der Schweiz. Demgegenüber hat er zu seinem polnischen Vater, mit dem der Beschuldigte in der Kindheit nie zusammenlebte und der aktuell in H._____ wohnt, keine nähere Beziehung und pflegt nur losen Kontakt. In Polen wohnt nur noch die Grossmutter väterlicherseits, zu welcher der Beschuldigte gemäss seinen eigenen Angaben jedoch kaum Kontakt pflegt. Seine Grossmutter mütterlicherseits, bei welcher er aufwuchs, ist im März dieses Jahres verstorben (Prot. II S. 11). Mithin verfügt er über kein tragfähiges Netz in Polen. In Anbetracht dessen, dass er aufgrund seiner knappen finanziellen Verhältnisse, dem Umstand, dass er ausser dem absolvierten Barkurs keine Ausbildung vorweisen kann, und insbesondere angesichts seiner verletzlichen gesundheitlichen Situation in besonderem Masse auf die Stütze eines stabilen Umfelds angewiesen ist, erscheint eine Reintegration in seinem Ursprungsland als unrealistisch und damit praktisch ausgeschlossen.

c) Mit der Vorinstanz ist somit festzuhalten, dass vor allem die sozialen Verhältnisse des Beschuldigten, wie er sie in der Schweiz vorfindet, und welche ihm angesichts seiner gesundheitlichen und finanziellen Situation eine unverzichtbare Stütze bieten, für die Annahme eines Härtefalls sprechen.

3.3. Abwägen des öffentlichen und des privaten Interesses

a) Erst wenn feststeht, dass die Landesverweisung einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, ist in einem zweiten Schritt das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz dem öffentlichen Interesse an einem Verlassen der Schweiz gegenüberzustellen. Resultiert daraus ein überwiegendes öffentliches Interesse, muss die Landesverweisung verhängt werden (Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 102).

Das private Interesse ist umso höher zu gewichten, je länger der Betroffene in der Schweiz wohnhaft ist, je schwerwiegender die Auswirkungen der Ausweisung auf

sein Familienleben sind, je komplizierter sich die Reintegration im Heimatstaat gestaltet und je wahrscheinlicher es zum Scheitern einer Resozialisierung im Heimatland kommen wird. Zweck der Landesverweisung ist indessen die Vereitelung weiterer Delikte durch den Betroffenen in der Schweiz. Ausschlaggebende Kriterien zur Ermittlung der Höhe dieses öffentlichen Interesses sind insbesondere die ausgefallte Strafe, die Art der begangenen Straftaten, eine erhebliche Rückfallgefahr sowie wiederholte respektive erneute Straffälligkeit (Marcel Brun/ Alberto Fabri, a.a.O., VI. 1.c.bb.).

b) Mit der Vorinstanz ist zwar angesichts der Verurteilung des Beschuldigten zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten wegen eines qualifizierten Falls eines Betäubungsmitteldelikts das öffentliche Interesse als nicht mehr gering zu bewerten. Indessen ist zu gewichten, dass den Beschuldigten ein nur leichtes Verschulden trifft und er insgesamt nur zwei Mal Drogen transportierte. Sodann handelt es sich bei den Vorstrafen um geringfügige Delikte mit leichtem Verschulden, die nicht die nationale Sicherheit oder den Schutz der Gesundheit betrafen. Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Beschuldigte mit seinem Geständnis, bereits vor seiner Anhaltung am 8. November 2016 einmal eine Portion Heroin an eine unbekannte Person übergeben zu haben (Urk. 2 S. 2), von sich aus etwas zugegeben hat, was ihm nicht hätte nachgewiesen werden können. Auch dieses Eingeständnis weist darauf hin, dass der Beschuldigte willens war, reinen Tisch zu machen und einen Schlussstrich unter seine deliktische Tätigkeit zu ziehen. Somit ist vorliegend kein hohes öffentliches Interesse des Staates erkennbar, den Beschuldigten aus der Schweiz zu verweisen. Beizupflichten ist dem erstinstanzlichen Gericht sodann darin, dass zu erwarten ist, der Beschuldigte werde durch die Verhängung der bedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten und den Umstand, dass er sich bei neuerlicher Delinquenz kaum mehr auf einen Härtefall würde berufen können, von weiteren Straftaten abgehalten. Die Rückfallgefahr ist deshalb als gering zu gewichten.

Demgegenüber ist das private Interesse des Beschuldigten, in der Schweiz verbleiben zu können - wie schon zuvor bei der Begründung des Härtefalles dargelegt - als sehr hoch einzustufen. Insbesondere scheint eine Reintegration im Hei-

matland sehr schwierig und die Resozialisierung dürfte dort gefährdet sein, wenn der Beschuldigte ohne nähere persönliche Bezugspersonen und in finanziell äusserst unsicheren Verhältnissen ganz auf sich allein gestellt ist. Das Interesse, des Beschuldigten, in seinem sozialen und integrierten Umfeld verbleiben zu können, wiegt somit höher als das öffentliche Interesse, da dieser keine erhebliche Belastung für die Gesellschaft darstellt.

3.4. Ergebnis

In Anwendung von Art. 66a Abs. 2 StGB ist der Beschuldigte in Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids aufgrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls nicht aus dem Gebiet der Schweiz zu verweisen.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Kosten der ersten Instanz

Nachdem es auch im Rahmen des Berufungsverfahrens bei einem Schuldspruch bleibt, ist die vorinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffer 11) zu bestätigen (Art. 426 StPO).

2. Kosten der Berufungsinstanz

2.1. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt im Schuldpunkt vollumfänglich und auch die Sanktion ist zu bestätigen. Da aber auch die Staatsanwaltschaft mit ihrem Antrag auf Anordnung einer Landesverweisung unterliegt, rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten zur Hälfte aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind vollumfänglich auf die Staatskasse zu nehmen. Indessen ist eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO in der Höhe der Hälfte der Kosten der amtlichen Verteidigung vorzubehalten.

2.2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'800.– anzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. November 2017 bezüglich der Dispositivziffern 2 (Freispruch betreffend Vorwurf der Übertretung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19a BetmG), 7 und 8 (Sicherstellungen der Betäubungsmittel) und 9 (Anordnung der Vernichtung der DNA-Spur) sowie Dispositivziffer 10 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des mehrfachen Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG).
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 15 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre angesetzt.
4. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 16. Dezember 2014 ausgefallten Strafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird widerrufen. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
5. Von der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung im Sinne von Art. 66a StGB wird abgesehen.
6. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 11) wird bestätigt.

7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
- Fr. Fr. 2'800.- ; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. Fr. 7'775.- amtliche Verteidigung
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und im übrigen auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden vollumfänglich auf die Gerichtskasse genommen. Indessen bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO beim Beschuldigten in der Höhe der Hälfte der Kosten der amtlichen Verteidigung vorbehalten.
9. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (übergeben)
- sowie in vollständiger Ausfertigung an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (übergeben)
- und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz (mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen an die Lagerbehörden betreffend die Dispositivziffern 7 - 9 des erstinstanzlichen Urteils)
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
 - das Obergericht des Kantons Zürich, Zentrales Inkasso, betr. Vollzug der Geldstrafe gemäss Disp. Ziff. 4;
 - die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl in die Akten Untersuchungs-Nr. S-3/2014/5132
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

10. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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
II. Strafkammer

Zürich, 28. September 2018

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichterin lic. iur. Bertschi

MLaw Höchli

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.