

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180102-O/U/cwo

Mitwirkend: Die Oberrichter lic. iur. M. Burger, Präsident, lic. iur. Ch. Prinz und
Ersatzoberrichter lic. iur. H. Meister sowie die Gerichtsschreiberin
MLaw A. Donatsch

Urteil vom 1. April 2019

in Sachen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. D. Kloiber
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend

Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung,
vom 23. November 2017 (DG170219)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 24. August 2017 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 26).

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 52 S. 48 ff.)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne dessen Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 157 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Von der Anordnung einer Landesverweisung wird abgesehen.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
CHF 4'500.-; die weiteren Kosten betragen:
CHF 2'100.- Gebühr Anklagebehörde
CHF 3'265.- Auslagen Untersuchung
CHF 2'920.45 amtliche Verteidigung RA B. _____ und RA C. _____
CHF 8'166.40 amtliche Verteidigung RA X. _____

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
7. Der amtliche Verteidiger RA X. _____ wird mit CHF 8'166.40 (inkl. MwSt.) entschädigt. Diese Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen, vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

8. In Bezug auf die Kosten der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten durch RA B._____ und RA C._____ bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
9. (Mitteilungen)
10. (Rechtsmittel)
11. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:
(Prot. II S. 4)

a) Der Staatsanwaltschaft:
(Urk. 98 S. 1)

1. Bestätigung des vorinstanzlichen Schuldspruchs;
2. Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten, unter Anrechnung der erstandenen Haft;
3. Vollzug von 6 Monaten Freiheitsstrafe und Gewährung des bedingten Vollzugs der restlichen 24 Monate Freiheitsstrafe, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren;
4. Anordnung einer Landesverweisung von 10 Jahren;
5. Im Übrigen Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils;
6. Unter Kostenaufgabe für das zweitinstanzliche Verfahren an den Beschuldigten.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 99 S. 1)

1. Die Berufung sei abzuweisen;
2. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Verfahrensgang

1.1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 23. November 2017 wurde der Beschuldigte A._____ im Sinne des eingangs wiedergegebenen Urteilsdispositivs schuldig gesprochen und bestraft. Gegen dieses Urteil meldete die Anklagebehörde innert Frist mit Schreiben vom 27. November 2017 Berufung an (Urk. 47). Das begründete Urteil wurde den Parteien in der Folge am 1. März 2018 zugestellt (Urk. 51/1), woraufhin die Anklagebehörde mit Eingabe vom 7. März 2018 fristgerecht die Berufungserklärung beim hiesigen Gericht einreichte (Urk. 54).

1.2. Mit Präsidialverfügung vom 15. März 2018 wurde dem Beschuldigten Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben, oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 57). Daraufhin liess der Beschuldigte durch seinen Verteidiger mit Eingabe vom 2. April 2018 mitteilen, er verzichte auf die Erhebung einer Anschlussberufung, beantrage aber, dass auf die Berufung der Anklagebehörde nicht eingetreten werde (Urk. 61). Der betreffende Antrag wurde mit Präsidialverfügung vom 10. April 2018 abgewiesen und auf die Berufung der Anklagebehörde wurde dementsprechend ohne weiteres eingetreten (Urk. 63).

1.3. Am 13. August 2018 wurde mit der Verteidigung vereinbart, dass das Verfahren – angesichts des mutmasslich unmittelbar bevorstehenden Leitentscheides des Bundesgerichts zu zentralen Fragen der Landesverweisung – informell sistiert werde (Urk. 72). Die Anklagebehörde erklärte sich mit diesem Vorgehen ausdrücklich einverstanden (Urk. 73).

1.4. Am 1. April 2019 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Leitende Staatsanwalt lic. iur. Daniel Kloiber sowie der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, erschienen sind (Prot. II S. 4).

2. Umfang der Berufung

2.1. In ihrer Berufungserklärung vom 7. März 2018 beschränkte die Anklagebehörde ihre Berufung auf die Bemessung der Strafe und den Vollzug respektive den bedingten Vollzug derselben sowie auf die Anordnung der Landesverweisung (Urk. 54 S. 1 f.).

2.2. Dementsprechend ist das vorinstanzliche Urteil in den Dispositiv Ziffern 1 (Schuldspruch), 5 (Kostenfestsetzung), 6 (Kostenaufgabe), 7 und 8 (Entschädigungen der amtlichen Verteidigungen) nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist (Art. 404 Abs. 1 StPO).

2.3. Im übrigen Umfang steht das vorinstanzliche Urteil zwecks Überprüfung zur Disposition.

II. Sanktion

1. Strafzumessung

1.1. Vorab kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen zum anwendbaren Strafraum sowie auf die allgemeinen Erörterungen zur Strafzumessung verwiesen werden (Urk. 52 S. 35 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Weiterungen hierzu erübrigen sich.

1.2. Tatkomponente

1.2.1. Objektive Tatschwere

1.2.1.1. Zur objektiven Tatschwere erwog die Vorinstanz zusammengefasst, der Beschuldigte habe eine nicht unerhebliche Menge von insgesamt 92.8 Gramm reinem Kokain verkauft und damit den durch das Bundesgericht definierten Grenzwert von 18 Gramm für den mengenmässig schweren Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetrG um ein Vielfaches überschritten. Zusätzlich falle ins Gewicht, dass der Beschuldigte mehrere Geschäfte getätigt respektive – teilweise aus dem Ausland – vermittelt habe und zum Zwecke des Drogenverkaufs nicht nur seine zwei Untermieter eingespannt sondern auch seine Wohnung zur Verfügung ge-

stellt und die Geschäfte teilweise über seine Rufnummer angebahnt habe. Insgesamt habe der Beschuldigte über einen Tatzeitraum von rund einem Jahr delinquent, was von einem langanhaltenden bzw. zumindest wiederholt erneuertem Vorsatz zeuge. Aufgrund der gesamten Umstände sei schliesslich davon auszugehen, dass der Beschuldigte im Drogenhandel in der oberen Hälfte des untersten Drittels der Organisationsstruktur einzuordnen sei. In Anbetracht der Deliktsumstände sei das Verschulden des Beschuldigten in objektiver Hinsicht als nicht mehr leicht und damit im unteren Drittel einzustufen (Urk. 52 S. 36 f.).

1.2.1.2. Die Anklagebehörde beanstandete die vorinstanzlichen Erwägungen zur objektiven Tatschwere wie folgt (Urk. 98 S. 2): Unter Berücksichtigung der nachgewiesenen Menge an gehandeltem Kokain, welche die Grenze zum schweren Fall um ein Mehrfaches überschritten habe, der langen Dauer der deliktischen Handlungen und dem Umstand, dass der Beschuldigte sich Hilfspersonen bedient habe und nicht mehr auf der untersten Stufe im Drogenhandel tätig gewesen sei, sei von einem mittleren Tatverschulden auszugehen.

1.2.1.3. Gestützt auf den durch die Vorinstanz erstellten Sachverhalt hat der Beschuldigte im Zeitraum von Februar 2016 bis Februar 2017 bei mehreren Tat handlungen netto insgesamt 92.8 Gramm reines Kokain verkauft, wobei insgesamt ein Deliktsbetrag von rund Fr. 10'000.– resultierte. Angesichts der verkauften Menge hat er den Grenzwert für die Annahme eines schweren Falles um mehr als das Fünffache überschritten. Was die Art und Weise des deliktischen Vorgehens anbelangt, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte die jeweiligen Verkäufe über seine Mobilfunknummer anbahnte und zwar auch dann, wenn er selbst sich im Ausland befand. War dies der Fall, so organisierte der Beschuldigte die Übergabe des Kokains in der von ihm gemieteten Wohnung an der D.____-strasse ..., ... Zürich, und spannte zum Zwecke des Drogenverkaufs seine Untermieter E.____ und F.____ ein, welche das Kokain zum vereinbarten Zeitpunkt an den Käufer übergaben, den abgemachten Kaufpreis kassierten und für die Weiterleitung des Geldes an den Beschuldigten sorgten. Insofern zeigt sich im deliktischen Verhalten des Beschuldigten eine nicht zu bagatellisierende kriminelle Energie, da er stets die Zügel in der Hand hielt, die Verkäufe plante und

durchführte respektive durchführen liess. Insoweit die Vorinstanz aus der Mehrzahl an Tatbegehungen auf einen "wiederholt erneuerten Vorsatz" schliesst, so ist dies in der Sache zwar zutreffend, beschlägt jedoch nicht das objektive, sondern das subjektive Tatverschulden, auf welches nachstehend einzugehen sein wird. Insgesamt betrachtet ist die vorinstanzliche Einschätzung, wonach das Verschulden des Beschuldigten in objektiver Hinsicht als nicht mehr leicht und damit im unteren Drittel einzustufen sei, zutreffend und kann daher übernommen werden.

1.2.2. Subjektive Tatschwere

1.2.2.1. Zur subjektiven Tatschwere erwog die Vorinstanz, der Beschuldigte habe betreffend die potentielle Gesundheitsschädigung weiterer Personen mit Eventualvorsatz gehandelt. Das Vorgehen des Beschuldigten sei dreist und egoistisch gewesen, was sich insbesondere darin zeige, dass er sich auch nicht durch seinen Aufenthalt in Santo Domingo von der Durchführung bzw. Organisation der Kokainverkäufe an G._____ habe abhalten lassen. Bei seinem Handeln sei der Beschuldigte wohl überwiegend finanziell motiviert gewesen, zumal er selber keine Betäubungsmittel konsumiert habe. Eine finanzielle Zwangslage sei ebenfalls nicht ersichtlich, weil der Beschuldigte im Tatzeitraum zumindest teilweise als Kellner gearbeitet und nach eigenen Angaben durch diese Tätigkeit ein monatliches Einkommen von rund Fr. 4'500.– erzielt habe (Urk. 52 S. 37 f.).

1.2.2.2. Die Anklagebehörde brachte zur subjektiven Tatschwere – mit der Vorinstanz – vor, es stünden einzig finanzielle Motive im Vordergrund. Der Beschuldigte habe ohne grossen Aufwand zu Geld kommen wollen, wofür ihm jedes Mittel recht gewesen sei. Der Beschuldigte habe sich nicht in einer finanziellen Notlage befunden. Die Anklagebehörde geht indes davon aus, die subjektive Tatkomponente führe zu einer weiteren Erhöhung der Schwere des Verschuldens, so dass eine Einsatzstrafe von 30 Monaten angemessen erscheine (Urk. 98 S. 3).

1.2.2.3. Was die Vorinstanz zur subjektiven Tatschwere vorbringt, ist vollständig und überzeugt. Die betreffenden Erwägungen bedürfen weder einer Korrektur noch einer Ergänzung und können daher vollumfänglich übernommen werden

(Art. 82 Abs. 4 StPO). Damit ist in subjektiver Hinsicht ebenfalls von einem nicht mehr leichten Verschulden auszugehen.

1.2.3. Angesichts des insgesamt betrachtet nicht mehr leichten Tatverschuldens, erweist sich die durch die Vorinstanz festgesetzte hypothetische Einsatzstrafe von 24 Monaten als dem Tatverschulden durchaus angemessen. Sie steht im Einklang sowohl mit ähnlich gelagerten Fällen als auch mit der sogenannten "Tabelle Hansjakob" (vgl. THOMAS HANSJAKOB, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen - eine Umfrage der KSBS, in: ZStrR 1997 S. 233 ff.; siehe auch FINGERHUT/SCHLEGEL/JUCKER, Kommentar BetmG, 3. Aufl. 2016, StGB Art. 47 N 38), welche gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwar für die Gerichte nicht bindend ist (Urteil 6B_375/2014 vom 28. August 2014 E. 2.3 mit Hinweisen), als Orientierungshilfe aber durchaus herangezogen werden kann. Es wird deutlich, dass die Vorinstanz keinesfalls in unzulässiger Art und Weise ihr Ermessen überschritten respektive missbraucht hat. In Bestätigung der vorinstanzlichen Erwägungen ist daher nach Berücksichtigung der Tatkomponente eine hypothetische Einsatzstrafe von 24 Monaten angemessen.

1.3. Täterkomponente

1.3.1. Die Vorinstanz hat den Werdegang des Beschuldigten und seine persönlichen Verhältnisse vollständig und richtig wiedergegeben. Darauf kann vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 52 S. 38; Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu seinen aktuellen Verhältnissen befragt, gab der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung zu Protokoll, er arbeite nach wie vor im H._____ Café. Zusätzlich arbeite er noch bei der Firma I._____. Im H._____ Café sei er auf Stundenlohnbasis angestellt und erhalte Fr. 25.– pro Stunde. Bei I._____ verdiene er Fr. 1'800.– pro Monat. Er habe weder Schulden noch Vermögen. Er habe auch keine Betreibungen mehr. Er wohne neu an der J._____ -strasse ... in ... Zürich, wo er ein Zimmer gemietet habe. Sein sechsjähriger Sohn sei seit Dezember 2018 ebenfalls in der Schweiz und wohne bei seiner Mutter in K._____ (Urk. 97 S. 2 ff.). Aus dem Werdegang des Beschuldigten und seinen persönlichen Verhältnissen lässt sich nichts ableiten, was für die Strafzumessung von Belang wäre.

1.3.2. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt, weist der Beschuldigte keine Vorstrafen auf (Urk. 56, Urk. 68 und Urk. 82), was sich indes nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf die Strafzumessung neutral auswirkt (BGE 136 IV 1 E. 2.6).

1.3.3. Die Vorinstanz hat sich des Weiteren zutreffend mit dem Nachtatverhalten des Beschuldigten auseinandergesetzt und richtigerweise festgehalten, dass er weder ein Geständnis ablegte, noch Reue oder Einsicht für sich reklamieren kann. Auf die vorinstanzlichen Erwägungen in diesem Zusammenhang kann ohne weiteres verwiesen werden (Urk. 52 S. 39; Art. 82 Abs. 4 StPO).

1.3.4. Weitere, für die Strafzumessung massgebliche Faktoren wurden im Berufungsverfahren weder geltend gemacht noch sind solche ersichtlich.

1.4. Fazit

1.4.1. Nachdem die Auseinandersetzung mit der Täterkomponente keinerlei strafzumessungsrelevante Faktoren hervorbrachte, hat es bei der aufgrund der Tatschwere festgesetzten Sanktion von 24 Monaten Freiheitsstrafe sein Bewenden. Damit ist die durch die Vorinstanz ausgefallte Strafe zu bestätigen.

1.4.2. Der Anrechnung von 157 Tagen, die der Beschuldigte bereits durch Untersuchungshaft respektive vorzeitigen Strafvollzug erstanden hat, steht nichts entgegen (vgl. Art. 51 StGB).

2. Vollzug

2.1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren oder einer Geldstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter bzw. die Täterin von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB).

2.2. Wie zuvor dargetan wird der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten bestraft, was in objektiver Hinsicht grundsätzlich sowohl den bedingten, als auch den teilbedingten Strafvollzug zulassen würde. Nachdem der Be-

schuldigte bis anhin in strafrechtlicher Hinsicht unbescholten ist, ist ihm nach ständiger Praxis der bedingte Strafvollzug zu gewähren. Auch wenn aufgrund des Umstandes, dass der Beschuldigte sich lediglich rund vier Jahre in der Schweiz aufgehalten hat, bevor er begonnen hat, zu delinquieren, sowie angesichts der Tatumstände, insbesondere der Dauer des Drogenhandels und des Umstands, dass der Beschuldigte diesem nur deshalb nachging, um seinen Lebensstandard zu verbessern, gewisse Bedenken bezüglich des künftigen Wohlverhaltens des Beschuldigten bestehen, kann ihm keine eigentliche Schlechtprognose im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB gestellt werden. Sodann ist zudem zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte während 157 Tagen inhaftiert war. Es darf davon ausgegangen werden, dass ihn dieser Umstand beeindruckt hat. Aufgrund dieser Erwägungen ist damit die Freiheitsstrafe bedingt auszufallen.

2.3. Ebenfalls praxisgemäss ist bei einem Ersttäter, bei welchem wie im vorliegenden Fall keine besonderen Umstände zu berücksichtigen sind, die Probezeit auf das Minimum von zwei Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB) festzusetzen.

2.4. In Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides ist nach dem Gesagten der Vollzug der Freiheitsstrafe aufzuschieben und die Probezeit ist auf zwei Jahre festzusetzen.

III. Landesverweisung

1. Die Vorinstanz kommt stark zusammengefasst zum Schluss, der Beschuldigte werde vorliegend wegen eines Deliktes verurteilt, welches eine Katalogtat i.S.v. Art. 66a Abs. 1 StGB darstelle und welches in der Regel zur Landesverweisung des Täters führe. Der Beschuldigte stamme ursprünglich aus der Dominikanischen Republik und besitze die spanische Staatsbürgerschaft. Bevor er in die Schweiz gekommen sei, habe er in Spanien gelebt. Seit seiner Ankunft in der Schweiz sei er regelmässig einer Erwerbstätigkeit nachgegangen, weshalb auf ihn als spanischen Staatsbürger zumindest Art. 6 Ziff. 2 Anhang I FZA anwendbar sei. Angesichts dieses Umstandes sei zunächst die Frage des Vorrangs für den Fall zu klären, dass sich Völkerrecht und die widersprechenden inländerrecht-

lichen Gesetzesbestimmungen durch Auslegung nicht in Einklang bringen liessen. Grundsätzlich würden nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vorgehen (BGE 138 II 524 E. 5.1). Zwar sei das Bundesgericht von dieser Regel bereits in früheren Ausnahmefällen, in denen der Gesetzgeber bewusst gegen das Völkerrecht habe verstossen wollen und die entsprechenden Folgen besprochen und in Kauf genommen habe, abgewichen (sog. Schubert-Praxis). Nach dem neuesten Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. August 2017 (vgl. SB170250 S. 7 f.) solle dies jedoch unter Verweis auf BGE 142 II 35 E. 3.2 nicht bei völkerrechtlichen Bestimmungen gelten, die dem Schutz der Menschenrechte oder der Gewährleistung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU/EFTA dienen. Das FZA gehe deshalb den Art. 66a ff. StGB vor. Gemäss Art. 5 Anhang I FZA dürften aufgrund dieses Abkommens eingeräumte Rechte nur durch Massnahmen eingeschränkt werden, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt seien. Dabei werde nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung "eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung" vorausgesetzt, "welche ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt." (BGer 2C_108/2016 vom 7. September 2016 E. 2.3 m.w.H.). Strafrechtliche Verurteilungen allein vermöchten eine Einschränkung von Freiheitsrechten zwar nicht zu rechtfertigen. Die ihnen zugrundeliegenden Umstände könnten jedoch ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstelle. Somit komme es im Wesentlichen auf die Prognose betreffend das zukünftige Wohlergehen des Täters an. Verlangt werde eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören werde. Demnach könne ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko für eine aufenthaltsbeendende Massnahme nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genügen, sofern das Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter beschlage. Die Behörde, welche über die Beendigung des Aufenthalts entscheide, habe eine spezifische Gesamtwürdigung aller Umstände unter dem Blickwinkel der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorzunehmen (BGer 2C_108/2016 vom 7. September 2016 E. 2.3 m.w.H.). Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sei zu

konstatieren, dass vorliegend die Voraussetzungen von Art. 5 Anhang I FZA für die Anordnung einer Landesverweisung nicht erfüllt seien, da es an einer gegenwärtigen und hinreichend schweren, das Grundinteresse der Gesellschaft berührenden Gefahr für die öffentliche Ordnung fehle. Dies insbesondere auch angesichts der Rechtsprechung des EUGH, wonach die Beschränkung der Freizügigkeitsrechte nur mit grosser Zurückhaltung anzuordnen sei. Es sei demnach von der Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung abzusehen (Urk. 52 S. 47 ff.).

2. Die Anklagebehörde beanstandet die vorinstanzlichen Erwägungen wie folgt: Selbst wenn man von der Anwendbarkeit des FZA ausgehe und eine Abwägung zwischen zwei sich allenfalls widersprechenden Bestimmungen – einerseits die aus unserer Verfassung sowie die daraus resultierenden Gesetze, andererseits die staatsvertraglichen Verpflichtungen – vorzunehmen sei, könne man zu keinem anderen Schluss kommen, als dass die Landesverweisung trotz FZA gerechtfertigt sei. Art. 5 Abs. 1 Anhang I zum FZA spreche davon, dass die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt seien, eingeschränkt werden dürften. Der Beschuldigte werde wegen qualifizierten Handels mit harten Drogen schuldig gesprochen und zu einer Freiheitsstrafe im Bereich von zwei bis zweieinhalb Jahren verurteilt. Selbst vor der Wiedereinführung der Landesverweisung wäre der Beschuldigte vom zuständigen Migrationsamt nach einer solchen Verurteilung aus der Schweiz weggewiesen worden. Das Bundesgericht spreche in BGE 6B_235/2018 davon, aus den Materialien gehe klar hervor, dass der Gesetzgeber bei straffälligen Ausländern eine Verschärfung gegenüber dem bisherigen Zustand beabsichtigt habe. Wenn man den Beschuldigten also schon vor der Wiedereinführung der Landesverweisung aus dem Gebiet der Schweiz aufgrund ausländerrechtlicher Bestimmungen weggewiesen hätte, dann erscheine es umso mehr gerechtfertigt, ihn nach Verschärfung der Gesetzeslage zum Verlassen der Schweiz zu zwingen. Der Beschuldigte sei noch keine fünf Jahre in der Schweiz gewesen, als er schon in den qualifizierten Handel mit Kokain eingestiegen sei. Dadurch habe er die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit der hiesigen Wohnbevölkerung massiv gefährdet. Sodann

bestehe – bei einem weiteren Verbleib in der Schweiz – die Gefahr, dass er wieder in den Drogenhandel einsteige. Zwar habe der Beschuldigte einen Job, er lebe aber nicht in derart gefestigten sozialen Verhältnissen, welche ihn abhalten würden, wieder in den Drogenhandel einzusteigen. Seine Bezugsquellen habe der Beschuldigte sodann nie offengelegt; es sei davon auszugehen, dass er jederzeit wieder in den Kokainhandel einsteigen könnte. Hier sei dem Willen des Schweizerischen Gesetzgebers absolut Vorrang zu geben, und die staatsvertraglichen Regelungen seien so auszulegen, dass sie diesem Willen entsprechen würden. Dementsprechend sei eine Landesverweisung auszusprechen. Es sei in jedem Fall einzeln abzuklären, wie hoch die Gefährdung einzuschätzen sei und in welcher Relation sie zur Integration des Ausländers stehe. Die Landesverweisung sei – im vorliegenden Fall – ohne weiteres mit den staatsvertraglichen Regelungen des FZA kompatibel (Urk. 98 S. 5 ff.).

3. Gesetzliche Grundlage

3.1. In Art. 66a StGB ist die obligatorische Landesverweisung normiert, wonach das Gericht den Ausländer, der wegen einer der unter Abs. 1 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). 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).

3.2. 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. 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. Ein schwerer persönlicher Härtefall ist dann anzunehmen, wenn die Summe aller mit der Landesverweisung verbundenen Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind alle potentiell härtefallbegründenden Aspekte zu bewerten. Relevant sind dabei die persönliche Situation des Beschuldigten in der Schweiz und die Bedingungen im Heimatstaat. Der Härtefall muss sodann persönlich sein. Das schliesst selbstverständlich nicht aus, dass auch die drohenden Nachteile für die Familie und namentlich die Kinder der von einer Landesverweisung bedrohten Person zu berücksichtigen sind. Zum anderen muss eine Interessenabwägung ergeben, dass das Interesse der beschuldigten Person an einem Verbleib in der Schweiz das Interesse an der Fernhaltung der betreffenden Person überwiegt. Für das öffentliche Interesse relevant sind die Schwere des Delikts und das Verschulden, d.h. die ausgesprochene Strafe sowie die vom Täter ausgehende Gefahr, mithin im Wesentlichen die Legalprognose. Für das persönliche Interesse ist neben dem Umstand, wie lange die Person in der Schweiz lebte, insbesondere auch ihre berufliche und familiäre Bindung relevant. Je gravierender das Delikt (mithin die ausgesprochene Strafe) desto höher muss das persönliche Interesse an einem Verbleib sein, damit die Härtefallklausel zu einem ausnahmsweisen Verzicht auf die Landesverweisung führt (vgl. dazu BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, plädoyer 5/16 S. 96 ff., S. 97 f., S. 101 f.; FOLKA/VETTERLI, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB, plädoyer 5/16, S. 85 ff.; NICCOLÒ RASELLI, Obligatorische Landesverweisung und Härtefallklausel, in: Sicherheit & Recht 3/2017, S. 141 ff.; STEFAN HEIMGARTNER in: OFK-StGB/JStG, 20. Aufl. 2018; sowie die oben zitierten Urteile des Bundesgerichts).

3.3. Im Entscheid 6B_659/2018 vom 20. September 2018 hielt das Bundesgericht sodann fest, dass "die Beurteilung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a

Abs. 2 StGB kriteriengeleitet nach der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAV; SR 142.201) vorgenommen werden" könne (a.a.O. E. 3.3.3).

3.4. Im Rahmen der Härtefallbeurteilung ist schliesslich auch die Vereinbarkeit mit den Grund- und Menschenrechten und dabei insbesondere mit Art. 8 EMRK zu beachten. Die EMRK verschafft keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen besonderen Aufenthaltstitel. Sie hindert die Konventionsstaaten nicht daran, die Anwesenheit auf ihrem Staatsgebiet zu regeln und den Aufenthalt ausländischer Personen unter Beachtung überwiegender Interessen des Familien- und Privatlebens gegebenenfalls auch wieder zu beenden. Das entsprechende, in Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV geschützte Recht ist indes berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen. Der Anspruch gilt im Übrigen nicht absolut: Liegt eine aufenthaltsbeendende oder -verweigernde Massnahme im Schutz- und Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK, erweist sich diese als zulässig, falls sie gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK entspricht und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft "notwendig" erscheint. Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. In den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fallen aber auch andere familiäre Verhältnisse, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Hinweise für solche Beziehungen sind das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bande, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person (Urteil des Bundesgerichts 6B_659/2018 vom 20. September 2018 unter Verweis auf BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 12 und BGE 142 II 35 E. 6.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_612/2018 vom 22. August 2018 E. 2.2).

4. Subsumtion

4.1. Der die spanische Staatsbürgerschaft innehabende Beschuldigte ist des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig. Damit liegt zweifelsfrei eine Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB vor, weshalb im Grundsatz eine obligatorische Landesverweisung auszusprechen ist.

4.2. Wie vorstehend ausgeführt, kann dann 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 (Art. 66a Abs. 2 StGB).

4.3. Aus den Akten ergibt sich zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten zusammengefasst was folgt (Urk. 3/ 4 S. 7 ff.; Prot. I. S. 6 ff.; Urk. 97 S. 2 ff.; Urk. 99 S. 2 f.): Der Beschuldigte wurde am tt. September 1988 in der Dominikanischen Republik geboren und besuchte dort gemäss eigenen Angaben die Schule bis zum Gymnasium. Danach habe er eine technische Informatiklehre gemacht und anschliessend ein Studium betreffend Administration im Tourismus absolviert, wobei er diese Ausbildung mit einem Lizenziat abgeschlossen habe. In der Folge sei er nach Spanien gegangen, wo er fortan gelebt habe. Während dieser Zeit habe er in verschiedenen Gastronomiebetrieben als Kellner gearbeitet. In dieser Zeit habe er auch Anstellungen bei L._____ und anderen Kleidergeschäften gehabt. Im Jahr 2013 sei er nach Zürich gekommen. Zunächst habe er im Restaurant des Kaufhauses M._____ gearbeitet. Nachdem dieses geschlossen worden sei, habe er Anstellungen in verschiedenen Diskotheken gehabt. Zwischenzeitlich sei sein Sohn in Spanien geboren worden. Die Kindsmutter habe immer in Spanien gelebt, wo sie auch jetzt noch wohne. Sein Sohn habe bis Ende letzten Jahres zusammen mit der Mutter bzw. Grossmutter des Beschuldigten in der Dominikanischen Republik gelebt. Er selbst habe weiter in der Schweiz gearbeitet und einen Deutschkurs in der Schule N._____ besucht. Die Ferien habe er immer in Santa Domingo verbracht. Hier in der Schweiz habe er stets gearbeitet und seine Freizeit zusammen mit seinen Kollegen verbracht. Im Jahre 2015 sei er

von Dezember bis Ende März 2016 in Santa Domingo gewesen. Dann habe er sich bis Ende Dezember 2016 wieder in der Schweiz aufgehalten. Am 10. Dezember 2016 habe er dann die Schweiz wieder verlassen und sei bis Ende Juni 2017 nach Santa Domingo gereist. Seit seiner Entlassung aus der Haft arbeite er wieder im H._____ Café. Nach eigenen Angaben sei diese Stelle nicht mehr befristet, sondern es sei inzwischen eine Festanstellung. Indessen liegt weiterhin lediglich das Zwischenzeugnis vom 30. Juli 2018 bei den Akten (Urk. 71). Zudem sei er seit Februar 2019 noch bei der Firma I._____, einer Textilfirma, welche zur Firma L._____ gehöre, tätig, was er mit einem Arbeitsvertrag vom 19. Februar 2019 belegt (Urk. 100/3). Diesbezüglich befindet sich der Beschuldigte somit noch in der Probezeit. Seine Mutter sei vor gut zwei Jahren in die Schweiz gekommen. Sein sechsjähriger Sohn lebe seit Dezember 2018 – und damit seit rund 4 Monaten – in der Schweiz, werde von der Mutter des Beschuldigten betreut und besuche den Kindergarten. Die übrigen Verwandten des Beschuldigten leben in der Dominikanischen Republik. Insbesondere seine Grossmutter, welche langjährige Bezugsperson des Beschuldigten ist, lebt noch dort. Sodann hat er auch noch Onkel und Tanten sowie seinen Vater dort.

4.4. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Landesverweisung eine strafrechtliche sichernde Massnahme mit migrationsrechtlicher Wirkung ist, die neben der eigentlichen Strafe ausgefällt wird. Strafen und Massnahmen sind für einen Beschuldigten einschneidend und hart. Eine zu vollziehende Freiheitsstrafe hat u.a. zur Folge, dass der Verurteilte seinen Beruf nicht weiter ausüben kann, dass er von seiner Familie, vom Lebenspartner und von seinen Kindern getrennt wird. Nämliches gilt für die Landesverweisung. Auch diese ist per se hart und einschneidend und kann ebenfalls Auswirkungen auf Beruf und Familie haben. Diese Folgen sind der Strafe oder der Massnahme immanent und damit vom Gesetzgeber gewollt. Dass bei dieser Sachlage bei der Landesverweisung eine Härtefallklausel eingeführt wurde, ist auf den Umstand zurückzuführen, dass diese Massnahme einzig daran anknüpft, dass der Täter nicht Schweizer Bürger ist. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass bei dieser Gesetzeslage Ergebnisse resultieren können, die gänzlich unverhältnismässig sind. Dabei hatte er namentlich Verurteilte im Blick, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind oder sich seit

Jahrzehnten im Lande aufhalten, kaum noch Beziehungen zu ihrer Heimat haben und sich dort nicht mehr zurechtfinden würden. Als konkrete Härtefallgründe sind insbesondere die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration sowie die Resozialisierungschancen des Beschuldigten zu berücksichtigen und zu werten. Alleine der Umstand, dass ein verurteilter Ausländer mit seiner Familie mit Kindern hier in der Schweiz lebt, begründet demnach noch keinen schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB. Die Härtefallklausel ist eine Ausnahmeklausel. Der Ausländer, der eine Katalogtat verübt, ist grundsätzlich des Landes zu verweisen, auch wenn er mit Kindern hier in der Schweiz lebt und einer Arbeit nachgeht. Um einen schweren persönlichen Härtefall annehmen zu können, müssen in der Regel weitere Kriterien hinzutreten, namentlich eine starke Verwurzelung in der Schweiz und/oder grosse Schwierigkeiten, sich im Heimatstaat privat und beruflich wieder zurechtzufinden (Urteil der erkennenden Kammer Geschäfts-Nr. SB180098 vom 26. Februar 2019, E. 5.3. sowie SB180247 vom 19. November 2018, E. V.7.).

4.5. Der Beschuldigte ist weder in der Schweiz geboren, noch ist er hier aufgewachsen. Er ist im Alter von rund 25 Jahren für sporadische Arbeitseinsätze in die Schweiz gekommen, was deutlich macht, dass er die ihn prägenden Kindheits- und Jugendjahre nicht hier, sondern in der Dominikanischen Republik respektive in Spanien verbracht hat. Entsprechend ist der Beschuldigte bestens mit der Sprache und der Kultur seines Herkunftslandes vertraut. Der Beschuldigte hat zwar – nach eigenen Angaben – einen Deutsch-Sprachkurs bis Stufe B1 besucht, das Ausmass seiner aktuellen Deutschkenntnisse bleibt indes unklar. Immerhin ist der Beschuldigte nach wie vor auf einen Dolmetscher angewiesen. Eine weitgehende Integration ist sodann nicht ersichtlich. Weder die Anwesenheitsdauer noch die familiären Verhältnisse oder die Arbeitssituation lassen auch nur im Entferntesten erkennen, inwiefern vorliegend ein Härtefall im Sinne von Art. Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegen könnte. Der Beschuldigte hat sich in der Schweiz sporadisch als eigentlicher Saisonnier aufgehalten. Der Beschuldigte scheint aufgrund ökonomischer Vorteile in der Schweiz gekommen zu sein. Seinen wahren Lebensmittelpunkt hatte er aber bis anhin immer in Santo Domingo, wo auch seine

Familie und sein Sohn bis vor Kurzem lebten. Seine Mutter lebt seit zwei Jahren in der Schweiz. Sie kam, als der Beschuldigte sich in Haft befand. Sie lebt zusammen mit ihrem Partner in K._____. Seit vier Monaten – und damit noch nicht lange – befindet sich sodann auch der Sohn des Beschuldigten in der Schweiz. Er wird indes nicht vom Beschuldigten betreut, sondern von seiner Mutter. Dabei kann der Beschuldigte nicht schlüssig erklären, wieso er seinen Sohn gerade jetzt in die Schweiz geholt hat. Er gibt lediglich an, die Verhältnisse seien in Santa Domingo komplizierter geworden. Es entsteht der Verdacht, der Beschuldigte habe sich durch das vorliegende Verfahren veranlasst gesehen, den Jungen nun in die Schweiz zu holen, um für ihn günstigere Verhältnisse zu schaffen. Zumal dem Beschuldigten bewusst war, dass er des Landes verwiesen werden könnte, erscheint dieses Vorgehen sonst nicht nachvollziehbar. Die übrigen Verwandten des Beschuldigten – seine Grossmutter, seine Tanten und Onkel sowie sein Vater – leben nach wie vor in der Dominikanischen Republik. Sodann ist der Beschuldigte, seit er in der Schweiz lebt, mehrere Male für längere Zeit wieder in Santo Domingo gewesen. Entsprechend verfügt der Beschuldigte nach wie vor über familiäre Beziehungen in seiner Heimat und ist dort – im Gegensatz zur Schweiz – bestens integriert.

4.6. Im Rahmen einer gesamthaften Betrachtung aller Umstände zeigt sich, dass die Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz für ihn mit Unannehmlichkeiten und wohl auch mit dem vorübergehenden Verlust seiner hier erarbeiteten, wirtschaftlichen Existenz verbunden wäre. Beides stellt zweifelsohne in gewissem Sinne eine nicht unerhebliche Härte für ihn dar. Allerdings verlangt das Gesetz für den Verbleib in der Schweiz einen schweren Härtefall und zwar insofern, als die Landesverweisung als ganz klar unverhältnismässig und geradezu als stossend erachtet werden müsste. Davon kann aber bei den vorliegend zu beurteilenden Verhältnissen – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Prot. II S. 8) – keine Rede sein. Auch für den Sohn des Beschuldigten, der sich lediglich seit vier Monaten in der Schweiz befindet, wäre es keineswegs unzumutbar, wieder in die Dominikanische Republik zurückzukehren. Wie bereits zuvor dargetan, ist die Härtefallklausel nach dem Willen des Gesetzgebers restriktiv anzuwenden. Nach der massgeblichen Auffassung des Bundesgerichts lässt sich die Anwendung der

Härtefallklausel erst bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK gewährleistete Privat- und Familienrecht rechtfertigen (Urteil des Bundesgerichts 6B_371/2018 vom 21. August 2018 E. 2.5). Abgesehen von namentlich wirtschaftlichen Unannehmlichkeiten ist vorliegend nicht ersichtlich, inwiefern die mit der Ausweisung aus der Schweiz für den Beschuldigten verbundenen Nachteile die zumutbaren Grenzen derart überschreiten würden, dass sie als klar unverhältnismässig respektive geradezu stossend bezeichnet werden müssten. Eine Abwägung der privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz und der öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung erübrigt sich. Aufgrund der Verneinung eines Härtefalls besteht kein Raum, um in Anwendung der Kannvorschrift von Art. 66a Abs. 2 StGB von einer Landesverweisung abzusehen.

5. Vereinbarkeit der Landesverweisung mit dem Freizügigkeitsabkommen (FZA)

5.1. Als spanischer Staatsbürger beruft sich der Beschuldigte auf das FZA. Der Beschuldigte ist aktuell im Besitz der Aufenthaltsbewilligung B, welche bis zum 31. Dezember 2023 gültig ist. Er geht einer unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 1 lit. a FZA nach. Da Spanien Mitgliedstaat der EU ist, kann der Beschuldigte sich grundsätzlich auf das FZA berufen (vgl. Urteil 6B_235/2018 vom 1. November 2018 E. 3.1.; Urteil 2C_1005/2017 vom 20. August 2018 E. 2.3). Entsprechend den bundesgerichtlichen Vorgaben ist daher zu prüfen, ob sich die vorgesehene Landesverweisung als mit dem FZA kompatibel erweist.

5.2. Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht bisher lediglich im Entscheid 6B_235/2018 vom 1. November 2018 die Vereinbarkeit einer gestützt auf Art. 66a ff. StGB ausgesprochenen Landesverweisung mit Art. 5 Anhang I FZA konkret geprüft. Im mithin einzig einschlägigen Urteil erwog das Bundesgericht zum FZA wörtlich Folgendes:

"3.2. Ziel des FZA zu Gunsten der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz ist die Einräumung des Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbständiger sowie das Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien (Grundbe-

stimmungen, Art. 1 lit. a), Erleichterung der Erbringung von Dienstleistungen (Art. 1 lit. b), Einräumung eines Rechts auf Einreise und Aufenthalt für Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben (Art. 1 lit. c) und die Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer (Art. 1 lit. d). Diese Personen, die sich "rechtmässig" im Rahmen der Anhänge I, II und III [in der Schweiz] aufhalten, werden nicht diskriminiert (Art. 2; vgl. BGE 144 II 1 E. 4.5 ff. S. 8 ff.). Das Einreiserecht wird gemäss den in Anhang I festgelegten Bestimmungen eingeräumt (Art. 3; vgl. BGE 143 IV 97 E. 1.2.1 S. 100). Das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit wird (unter Vorbehalt) gewährt (Art. 4). Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben, wird das Aufenthaltsrecht unter spezifischen Voraussetzungen eingeräumt (Art. 2 Ziff. 2 und Art. 24 Anhang I FZA).

Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA bestimmt unter dem Randtitel "Öffentliche Ordnung": "Die auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte dürfen nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden."

3.3. Die Zielsetzung wie die Bestimmungen in den umfangreichen Anhängen des FZA regeln das Recht auf Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen und Selbständigerwerbenden sowie ihrer Familienangehörigen (diesbezüglich regelt Art. 3 Anhang I FZA das Recht von Familienangehörigen, bei einer aufenthaltsberechtigten Person Wohnung zu nehmen; vgl. BGE 144 II 1 E. 3 S. 4 ff.), ferner von Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausüben. Mit dem Abschluss des FZA hat die Schweiz Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU im Wesentlichen ein weitgehendes und reziprokes Recht auf Erwerbstätigkeit eingeräumt, allerdings unter dem Vorbehalt eines rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA. Damit wurde der völkerrechtlich unbestrittene Grundsatz in das FZA übernommen, wonach jeder Staat die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern auf seinem Territorium grundsätzlich selber bestimmen und damit auch einschränken kann.

Das FZA berechtigt mithin lediglich zu einem doppelt bedingten Aufenthalt in der Schweiz, nämlich einerseits nach Massgabe der spezifischen Vertragsvereinbarungen als Voraussetzung eines rechtmässigen Aufenthalts und andererseits nach Massgabe des rechtskonformen Verhaltens im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 An-

hang I FZA. Der schuldig gesprochene Straftäter hatte sich evidentermassen nicht an diese Konformitätsbedingungen gehalten.

Das FZA enthält keine strafrechtlichen Bestimmungen und ist kein strafrechtliches Abkommen. Mit dem FZA vereinbarte die Schweiz – pointiert formuliert – keine Freizügigkeit für kriminelle Ausländer. Die Schweiz ist in der Legiferierung des Strafrechts auf ihrem Territorium durch das FZA nicht gebunden. Jedoch hat sie die völkervertragsrechtlich vereinbarten Bestimmungen des FZA zu beachten. Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen (Art. 27 des für die Schweiz am 6. Juni 1990 in Kraft getretenen Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge [VRK; SR 0.111]). Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen (Art. 31 Ziff. 1 VRK)."

5.3. Im zitierten Urteil des Bundesgerichts ging es um einen Beschuldigten mit EU-Bürgerrecht, der – wie vorliegend der Beschuldigte auch – über eine Aufenthaltsbewilligung B verfügte und sich deshalb auf das FZA berufen konnte (a.a.O. E. 3.1). Wie erwähnt, hielt das Bundesgericht dazu einerseits fest, dass sich eine Vertragspartei nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen könne, um die Nichterfüllung eines völkerrechtlichen Vertrages wie das FZA zu rechtfertigen. Dabei sei dieser Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen. Andererseits seien Art. 66a und 66a^{bis} StGB nach ausführlicher und kontroverser Diskussion im Bundesparlament vor dem Hintergrund dessen erlassen und in Kraft gesetzt worden, dass die Mehrheit der Stimmbevölkerung wollte, dass mit straffälligen Ausländern streng zu verfahren sei. In Umsetzung dieser Erwägungen verwarf das Bundesgericht sodann die Argumentation des dortigen Beschuldigten, der unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung zur Ausländergesetzgebung geltend gemacht hatte, eine Beschränkung der Freizügigkeitsrechte rechtfertige sich im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung mit grosser Zurückhaltung nur dann, wenn die Straftat und das Verschulden des Täters auf eine anhaltend schwere Gefährdung der

öffentlichen Ordnung schliessen liessen. Mit dieser Argumentation beziehe sich der Beschuldigte nämlich – so das Bundesgericht – auf die ausländerrechtliche Rechtsprechung, die vor dem Inkrafttreten der strafrechtlich relevanten Ausführungsgesetzgebung zu Art. 121 BV ergangen sei. Die Landesverweisung sei aber eine eigenständige strafrechtliche Massnahme. In casu sei keine Beendigung des Aufenthaltsrechts und keine Wegweisung im Sinne des Ausländergesetzes ergangen, weshalb die ausländerrechtliche Rechtsprechung nicht einschlägig sei. Die von Volk und Ständen angenommene Verfassungsinitiative und deren Umsetzung durch das verfassungsrechtlich berufene Organ des Bundesparlaments führe zu einer klaren Verschärfung der Praxis mittels der strafrechtlichen Landesverweisung (a.a.O. E. 4.2 und 4.3).

5.4. Im konkreten Fall schützte das Bundesgericht die von der dortigen Vorinstanz gestützt auf Art. 66a^{bis} StGB gegen den Beschuldigten ausgesprochene dreijährige Landesverweisung: Dieser hatte im Laufe einer Auseinandersetzung einem Widersacher aus drei Metern Distanz eine leere Flasche "Smirnoff Ice" (275 ml) an den Kopf geworfen, ihm damit eine stark blutende Rissquetschwunde an der rechten Schläfe zugefügt und ihm überdies gedroht, ihn umzubringen. Der Beschuldigte wurde dafür mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten bestraft; gleichzeitig wurden zwei gemäss früheren Strafbefehlen bedingt aufgeschobene Geldstrafen von 7 bzw. 60 Tagessätzen Geldstrafe widerrufen. Es war beim Beschuldigten von einer Steigerungstendenz gewalttätiger Straftaten und einer erheblichen Gefahr weiterer Straftaten auszugehen, insbesondere solcher gegen Leib und Leben. Zudem war der Beschuldigte (Jahrgang 1993) trotz seines bereits zehnjährigen Aufenthalts in der Schweiz ungenügend integriert und verwurzelt. Das Bundesgericht schloss sich der Auffassung der Vorinstanz an, dass angesichts der Anlasstat und der Tendenz zu zunehmender Gewaltanwendung die Rückfallgefahr als so erheblich erscheine, dass auch nach den Massstäben der EuGH-Rechtsprechung eine Landesverweisung zulässig sei. Es genüge ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko für eine aufenthaltsbeendende Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter wie z.B. die körperliche Unversehrtheit beschlage. Mit dem Erfordernis der gegenwärtigen Gefährdung sei nicht ge-

meint, dass weitere Straftaten mit Gewissheit zu erwarten seien oder umgekehrt solche mit Sicherheit auszuschliessen sein müssten. Allerdings seien Begrenzungen der Freizügigkeit im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA einschränkend auszu-legen; es könne etwa nicht lediglich auf den "ordre public" verwiesen werden, da jede Straftat eine Störung der sozialen Ordnung darstelle. Art. 5 Anhang I FZA stehe Massnahmen entgegen, die (allein) aus generalpräventiven Gründen verfügt würden. Bei strafrechtlichen Verurteilungen verlange der EuGH eine spezifische Prüfung unter dem Blickwinkel der dem Schutz der öffentlichen Ordnung innewohnenden Interessen; eine frühere strafrechtliche Verurteilung dürfe nur insoweit berücksichtigt werden, als die zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen liessen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstelle.

5.5. Der Beschuldigte wird wegen eines Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne dessen Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a schuldig gesprochen und mit 24 Monaten Freiheitsstrafe belegt. Er hat sich mithin eines Verbrechens schuldig gemacht, welches von seiner Konzeption her bereits die gesundheitliche Gefährdung einer Vielzahl von Menschen voraussetzt. Dass der Gesetzgeber den ordentlichen Strafrahmen für qualifizierte Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz von einem bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe definierte, macht deutlich, wie verwerflich und sozialgefährlich er diese Taten einschätzte. Ob die Begehung einer solchen schweren Straftat überhaupt noch Raum für einen Verzicht auf eine Landesverweisung mangels Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Sinne von Art. 5 Ziff. 1 Anhang I FZA lässt, erscheint bereits äusserst fraglich. Wenn dies überhaupt als möglich erachtet werden sollte, dann nur unter ganz besonderen Umständen, welche die Tat mit Blick auf den verwirklichten Unrechtsgehalt als am untersten Rahmen aller möglicher Varianten erscheinen lässt. Im vorliegenden Fall sind solche privilegierenden, das Verschulden als sehr milde erscheinenden Umstände nicht erkennbar. Wie bereits im Rahmen der Strafzumessung dargetan wurde, erweist sich das Verschulden des Beschuldigten als nicht mehr leicht. Der Beschuldigte hat – nachdem er noch nicht allzu lange in der Schweiz war – über einen Zeitraum von rund einem Jahr hinweg netto insgesamt 92.8 Gramm reines Kokain verkauft

und dabei einen Deliktsbetrag von rund Fr. 10'000.– realisiert. Dabei legte er bei der von ihm zu verantwortenden Delinquenz eine nicht zu bagatellisierende kriminelle Energie an den Tag, was sich insbesondere darin zeigt, dass er auch aus dem Ausland Kokainverkäufe organisierte und zwecks Übergabe in der Schweiz Mittelsmänner einsetzte. Der Beschuldigte handelte ohne Not aus rein finanziellen, eigennützigen Motiven und zeigte bis zuletzt weder Einsicht in die Gefährlichkeit respektive das Unrecht der von ihm zu verantwortenden Tat, noch legte er echte Reue an den Tag. So hat er im Berufungsverfahren zwar den Schuldpunkt anerkannt, sich jedoch vom Drogenhandel distanziert und ausgeführt, er sei einfach an die falschen Leute geraten (Urk. 97 S. 11). All diese Tatumstände werfen insgesamt betrachtet ein derart schlechtes Licht auf den Beschuldigten, dass von einer mehr als bloss theoretischen Rückfallgefahr und damit von einer Gefährdung des Schutzes der öffentlichen Ordnung ausgegangen werden muss. Daran vermag auch der Umstand, dass der Beschuldigte Ersttäter ist, nichts zu ändern, denn wie bereits dargetan, ist mit dem Erfordernis der gegenwärtigen Gefährdung nicht gemeint, dass weitere Straftaten mit Gewissheit zu erwarten sind, oder umgekehrt solche mit Sicherheit ausgeschlossen werden können. Vielmehr genügt ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko für eine aufenthaltsbeendende Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter wie z.B. der Gefährdung der öffentlichen Gesundheit beschlägt. Nach dem Gesagten ist in Gutheissung der Berufung der Anklagebehörde gegen den Beschuldigten eine Landesverweisung auszusprechen.

6. Dauer der Landesverweisung

6.1. Dem Gesetz sind keine Hinweise zu entnehmen, wie die Dauer der obligatorischen Landesverweisung zu bemessen ist. Den Gerichten kommt dabei auf den ersten Blick grundsätzlich ein weites Ermessen zu. Aufgrund der formalen Ausgestaltung der Landesverweisung als "andere" Massnahme, hat die Dauer der Landesverweisung zunächst einmal dem verfassungsmässigen Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu entsprechen. Dabei sind insbesondere die privaten Interessen des zu einer Landesverweisung Verurteilten mit den je nach der Art der be-

gangenen Rechtsgutverletzung unterschiedlich starken öffentlichen Entfernung- und Fernhalteinteressen miteinander in Einklang zu bringen. Sodann ist die Landesverweisung wegen ihres Strafcharakters auch unter Berücksichtigung der allgemeinen Strafzumessungskriterien gemäss Art. 47 StGB nach dem Verschulden des Täters zu bemessen (BSK StGB-MATTHIAS ZURBRÜGG/CONSTANTIN HRUSCHKA, Art. 66a N. 27 ff., vgl. hierzu auch Botschaft vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes, BBl 2013 5975 ff., S. 6021).

6.2. Angesichts des Umstandes, dass sich der Beschuldigte eines Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gemacht hat, wobei er die schwere gesundheitliche Schädigung einer Vielzahl von Personen in Kauf genommen hat, besteht grundsätzlich ein starkes öffentliches Entfernung- und Fernhalteinteresse. Wie unter dem Titel Strafzumessung dargetan, trifft den Beschuldigten ein nicht mehr leichtes, mithin mittelschweres Verschulden. Zieht man weiter in Betracht, dass er – wenn überhaupt, dann höchstens – ein geradezu marginales privates Interesse am Verbleib in der Schweiz für sich reklamieren kann, erweist sich die von der Anklagebehörde beantragte Dauer von 10 Jahren durchaus als angemessen.

7. Fazit

Zusammenfassend ist der Beschuldigte in Anwendung von Art. 66a StGB für die Dauer von 10 Jahren des Landes zu verweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Kosten

1.1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist praxismässig auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

1.2. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihre Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Anklagebehörde unterliegt mit ihren Anträgen zur Höhe des Strafmasses sowie zum Vollzug und

obsiegt mit ihrem Antrag auf Landesverweisung. Der Beschuldigte hat keine Anschlussberufung erhoben. Auch sonst hat er – abgesehen von dem Antrag, auf die Berufung der Staatsanwaltschaft sei nicht einzutreten bzw. die Berufung der Staatsanwaltschaft sei abzuweisen – keine Anträge gestellt (vgl. Urk. 61 und Urk. 99). Gemäss Zürcher StPO-Kommentar äussert sich weder Gesetz noch Botschaft zur Frage, ob ein Rechtsmittelgegner auch dann als unterliegend zu betrachten ist, wenn das Rechtsmittel gutgeheissen wird, er sich aber eines Antrags enthalten hat. Die zürcherischen Rechtsmittelinstanzen würden in solchen Fällen ein Unterliegen verneinen, was zur Folge habe, dass die Partei, die sich eines Antrages enthalten habe, weder kostenpflichtig werde noch Anspruch auf Entschädigung habe. Das Bundesgericht habe sich in seinem Entscheid dieser Auffassung angeschlossen und eine Kostenaufgabe an die Privatklägerschaft verneint, welche im Rechtsmittelverfahren keine Anträge gestellt habe (BGE 6B_93/2012 E. 5.3 mit Hinweisen; GRIESSER in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER [Hrsg.], StPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 428 N 2). Auch der BSK StPO hält fest, eine Partei, die kein Rechtsmittel eingelegt hat, und die – zu einer allfälligen Stellungnahme eingeladen – keine Anträge stellt, könne weder obsiegen noch unterliegen. Entsprechend könne sie auch nicht kostenpflichtig werden (DOMEISEN in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], BSK StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 428 N 6). Dementsprechend sind die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Entschädigung

Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, reichte am 28. März 2019 seine Honorarnote betreffend Aufwendungen im Berufungsverfahren ein (Urk. 95). Die geltend gemachten Aufwendungen und Auslagen sind ausgewiesen und erweisen sich als angemessen. Zusätzlich ist dem Verteidiger der Aufwand für die Berufungsverhandlung sowie ein Zuschlag für das Studium des Urteils und eine Nachbesprechung zu entschädigen. Der amtliche Verteidiger ist somit für das vorliegende Berufungsverfahren pauschal mit Fr. 4'000.– (inkl. Barauslagen und MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 23. November 2017 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne dessen Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a.
 2. -4. (...)
 5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
CHF 4'500.-; die weiteren Kosten betragen:
CHF 2'100.- Gebühr Anklagebehörde
CHF 3'265.- Auslagen Untersuchung
CHF 2'920.45 amtliche Verteidigung RA B._____ und RA C._____
CHF 8'166.40 amtliche Verteidigung RA X._____
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
 7. Der amtliche Verteidiger RA X._____ wird mit CHF 8'166.40 (inkl. MwSt.) entschädigt. Diese Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen, vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
 8. In Bezug auf die Kosten der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten durch RA B._____ und RA C._____ bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
 9. (Mitteilungen)
 10. (Rechtsmittel)
 11. (Rechtsmittel)"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 157 Tage durch Haft sowie vorzeitigen Strafvollzug 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 Abs. 1 lit. o StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'000.00 amtliche Verteidigung
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (übergeben)
 - das Migrationsamt des Kantons Zürichsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - das Bundesamt für Polizeiund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich

- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials".
7. 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, 1. April 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. M. Burger

MLaw A. Donatsch

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.