

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180311-O/U/jv

Mitwirkend: die Obergerichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. M. Langmeier und
lic. iur. B. Gut sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Anner

Urteil vom 8. November 2018

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. P. Zanolla,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz
etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom
12. April 2018 (DG180003)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 10. Januar 2018 (Urk. 16/6) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 47 S. 25 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie
 - der mehrfachen Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG.

Vom Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG gemäss Anklagesachverhalt Ziffer II (Handel mit Kokain) wird der Beschuldigte freigesprochen.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 161 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (18 Monate), abzüglich 161 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind, wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für 7 Jahre des Landes verwiesen.
5. Die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird angeordnet.
6. Die von der Stadtpolizei Winterthur sichergestellte und beim Forensischen Institut Zürich (FOR-Asservate-Triage) gelagerte Präzisions-Waage (A010'367'972) wird eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

7. Die von der Stadtpolizei Winterthur sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich, Digitale-Forensik, aufbewahrte Papierware (A010'367'961) wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieser Dispositivziffer auf erstes Verlangen herausgegeben.

Wird innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieser Dispositivziffer keine Herausgabe verlangt, wird die Lagerbehörde berechtigt erklärt, die Papierware (A010'367'961) innert weiterer 30 Tage zu verwerten oder zu vernichten.

8. Die von der Stadtpolizei Winterthur anlässlich der Verhaftung sichergestellten und als Barkaution bei der Kasse der Staatsanwaltschaft II verbuchten Fr. 2'400.– werden eingezogen.

9. Die Entscheidegebühr wird angesetzt auf:

Fr.	3'600.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	2'500.00	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	999.00	Auslagen (Gutachten)
Fr.	1'190.00	Auslagen (Polizei)
Fr.	5'880.00	Telefonkontrolle
Fr.	29'910.25	ehemalige amtliche Verteidigung
Fr.	44'079.25	Total

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

10. Die Kosten gemäss Disp.-Ziff. 9 werden dem Beschuldigten zu 3/4 auferlegt, mit Ausnahme der Kosten für die ehemalige amtliche Verteidigung, welche einstweilen auf die Gerichtskasse genommen werden und wofür gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von 3/4 eine Nachzahlungspflicht vorbehalten bleibt. Die übrigen Kosten werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
11. (Mitteilungen.)
12. (Rechtsmittel.)"

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 50 S. 1; Urk. 59 S. 1)

1. Ziff. 2, 3, 4 und 5 des angefochtenen Urteils seien aufzuheben.
2. Der Beschuldigte sei milder zu bestrafen (mit einer etwas tieferen teilbedingten Freiheitsstrafe und/oder zumindest sei der unbedingt vollziehbare Teil derart zu senken, dass noch Halbgefangenschaft oder electronic monitoring möglich ist). Vor allem sei auch auf die Anordnung einer Landesverweisung zu verzichten.
3. Alles unter gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 54; Urk. 61 S. 1)

Es sei das vorinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 12. April 2018 (DG180003) – soweit dieses nicht in Rechtskraft erwachsen ist – vollumfänglich zu bestätigen.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Umfang der Berufung

1. Prozessgeschichte

1.1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 47 S. 3 ff.).

1.2. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. April 2018 wurde der Beschuldigte A._____ der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmit-

telgesetz (BetmG) im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie der mehrfachen Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG schuldig gesprochen. Vom Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG gemäss Anklagesachverhalt Ziffer II (Handel mit Kokain) wurde der Beschuldigte demgegenüber freigesprochen. Das Gericht bestrafte ihn mit 36 Monaten Freiheitsstrafe unter Anrechnung von 161 Tagen Untersuchungshaft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Ausserdem wurde der Beschuldigte für 7 Jahre des Landes verwiesen (Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB). Weiter wurde die Einziehung und Vernichtung einer Präzisions-Waage, die Herausgabe von Papierware und die Einziehung des sichergestellten Bargeldes in der Höhe von Fr. 2'400.– angeordnet (Urk. 47 S. 25 ff.).

1.3. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte durch seine Verteidigung mit Eingabe vom 14. April 2018 rechtzeitig Berufung an (Urk. 42). Das begründete Urteil wurde der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung des Beschuldigten am 18. bzw. 19. Juli 2018 zugestellt (Urk. 44-45).

1.4. Am 6. August 2018 liess der Beschuldigte durch Eingabe seines Verteidigers ebenfalls fristgerecht die Berufungserklärung einreichen (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 50). Darin beantragte er sinngemäss eine mildere Bestrafung und einen Verzicht auf Anordnung einer Landesverweisung.

1.5. Mit Präsidialverfügung vom 8. August 2018 wurde der Staatsanwaltschaft das Doppel der Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben oder ein Nichteintreten auf die Berufung beantragt werde (Urk. 52). Mit Eingabe vom 10. August 2018 teilte die Staatsanwaltschaft mit, dass auf Anschlussberufung verzichtet werde und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteil beantragt werde (Urk. 54). Bereits am 30. Juli 2018 war überdies ein aktueller Strafregisterauszug über den Beschuldigten eingeholt worden (Urk. 49).

1.6. Zur heutigen Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte in Begleitung seines erbetenen Verteidigers, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, sowie Staatsanwalt lic. iur. P. Zanolla (Prot. II S. 3). Beweisanträge wurden im Berufungsverfahren nicht gestellt (Urk. 50; Urk. 59; Prot. II S. 5).

2. Umfang der Berufung

2.1. Der Beschuldigte beschränkte seine Berufung gemäss Berufungserklärung vom 6. August 2018 (Urk. 50) auf die Strafzumessung (Dispositivziffern 2 und 3) und die Anordnung der Landesverweisung (Dispositivziffern 4 und 5). Nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen sind die genannten Schuldsprüche betreffend qualifizierte Widerhandlung gegen das BetmG und betreffend mehrfache Widerhandlung gegen das BetmG sowie der Freispruch betreffend qualifizierte Widerhandlung gegen das BetmG gemäss Anklagesachverhalt Ziffer II (Dispositivziffer 1), die Einziehung und Vernichtung der Präzisions-Waage (Dispositivziffer 6), die Herausgabe der Papierware (Dispositivziffer 7), die Einziehung der Barkaution von Fr. 2'400.– (Dispositivziffer 8), die Kostenfestsetzung und -auferlegung (Dispositivziffern 9 und 10).

2.2. Von der Rechtskraft der nicht angefochtenen Ziffern des Urteilsdispositivs der Vorinstanz ist mittels Vorabbeschluss Vormerk zu nehmen (Art. 404 Abs. 1 StPO i.Vm. Art. 402 StPO).

II. Strafzumessung

1. Strafraahmen

Die Vorinstanz hat den Strafraahmen korrekt abgesteckt, was auch von der Verteidigung anerkannt wurde (Urk. 59 S. 3). Es ist eine Strafe im Bereich zwischen einem und zwanzig Jahren festzusetzen (Urk. 47 S. 13, Art. 19 Abs. 2 BetmG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 StGB).

2. Tatverschulden

Ausgangspunkt beim objektiven Tatverschulden ist die Menge des gehandelten Heroins von insgesamt 108 Gramm reinem Wirkstoff. Es handelt sich um das Neunfache der Menge von 12 Gramm, welche nach ständiger Bundesgerichtspraxis den schweren Fall mit einer Mindeststrafe von einem Jahr begründet (BGE 109 IV 145). Hinzu kommen 4,4 Gramm reines Kokain. Der Beschuldigte verkaufte während rund zwei Jahren Heroin und Kokain an diverse Abnehmer. Zutreffend ist, dass der Beschuldigte im unteren – aber nicht untersten – Bereich der Drogenhandelshierarchie anzusiedeln ist. Die Verteidigung bringt vor, beim Beschuldigten handle es sich nicht um einen gewichtigen Drogenhändler, denn er habe nicht im grossen Stil Drogen in Umlauf gebracht, sondern über einen langen Zeitraum die relativ geringe Menge von 108g Heroin verkauft, während ein grosser Drogenhändler diese Menge innert weniger Tage abgesetzt hätte (Prot. II S. 7). Der Beschuldigte handelte wohl tatsächlich nicht besonders intensiv mit Drogen, doch hielt er seinen deliktischen Willen über eine lange Zeit von rund zwei Jahren aufrecht. Weiter war der Beschuldigte nicht süchtig und handelte aus rein finanziellen Motiven. Die gesamten Umstände dokumentieren, dass er kein Alleintäter war, sondern Teil der organisierten Kriminalität, wenn auch nicht im Sinne einer Bandenmässigkeit gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. b BetmG. So hatte der Beschuldigte die Bereitschaft, gemäss Anweisungen an beliebig viele Abnehmer zu liefern und nahm dafür Geld entgegen, die Identität der Lieferanten wurde verdunkelt, der Beschuldigte wechselte mehrfach seine Handynummer und es konnte bei ihm zuhause eine Präzisionswaage zum Abwägen von Drogen sicher gestellt werden (Urk. 11/1-2; Prot. I S. 25). Wenn die Vorinstanz aufgrund der gesamten Umstände zu einer Einsatzstrafe von 30 Monaten bzw. zweieinhalb Jahren für das als nicht mehr leicht eingestufte Tatverschulden kam (Urk. 47 S. 15 f.), so erscheint dies eher hoch, aber durchaus angemessen. Entgegen der Ansicht der Verteidigung berücksichtigte die Vorinstanz die Vorstrafen des Beschuldigten bei der Festsetzung der Einsatzstrafe nicht strafferhöhend (Urk. 59 S. 4), sondern sie begründete lediglich das beim Beschuldigten vorhandene Bewusstsein, dass er mit seinen Handlungen eine schwere Straftat begehe, mit der

einschlägigen Vorstrafe (vgl. Urk. 47 S. 15). Damit hat die Vorinstanz nicht gegen das Doppelverwertungsverbot verstossen.

Kein Glauben geschenkt werden kann der Behauptung des Beschuldigten, wonach er von seinem Gläubiger und späteren Drogenlieferanten namens "B._____" wegen einer Darlehensschuld von Fr. 15'000.– unter Androhung von Schlägen und dem Tod zum Drogenhandel gezwungen worden sei (Prot. I S. 12; Urk. 58 S. 10 f.). Insbesondere der Umstand, dass der Beschuldigte keinerlei Angaben über seinen angeblichen Darlehensgeber und Drogenlieferanten machen konnte oder wollte, macht seine Schilderung unglaubhaft. Er blieb auch an der heutigen Berufungsverhandlung dabei, dass er weder den richtigen Namen, noch den Wohnsitz oder die Staatsangehörigkeit von "B._____" kenne (Urk. 58 S. 11). Wenn ein Beschuldigter eine ihn entlastende Behauptung aufstellt, ohne dass er diese wenigstens in einem Mindestmass glaubhaft machen kann, findet der Grundsatz in «dubio pro reo» keine Anwendung (Urteile des Bundesgerichts 1P.641/2000 vom 24. April 2001, publ. in: Pra 90/2001 Nr. 110, E. 3 und 4; 6B_562/2010 vom 28. Oktober 2010 E. 2.1; je mit Hinweisen). Es tritt nämlich insoweit eine Beweislastumkehr ein, als nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung von der Anklagebehörde durch hieb- und stichfeste Beweise widerlegt werden muss. Ein solcher Beweis ist nur dann zu verlangen, wenn gewisse Anhaltspunkte wie konkrete Indizien oder eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit der Behauptung sprechen bzw. diese zu Zweifeln Anlass gibt, oder wenn der Beschuldigte sie sonst wie glaubhaft macht (vgl. OGer ZH, SB160176-O/U vom 20. September 2016, E. III/3.3; Stefan Trechsel, SJZ 77 [1981] S. 320). Andernfalls könnte jede Anklage mit einer abstrusen Schutzbehauptung zu Fall gebracht werden. Es mag sein, dass der Darlehensgläubiger des Beschuldigten einen gewissen Druck aufsetzte. Die Auffassung des Verteidigers, wonach der Beschuldigte wegen der Drohungen in seiner Handlungs- bzw. Entscheidungsfreiheit in relevantem Masse eingeschränkt gewesen sei (Urk. 37 S. 8; Urk. 59 S. 5), geht jedoch zu weit. Wer Schulden hat, steht immer unter einem gewissen Druck diese zu begleichen. Trotzdem lässt dies das Verschulden für den Einstieg in den Drogenhandel nicht geringer erscheinen. Der Beschuldigte verfügte (wie auch seine Ehefrau) über ein Arbeitseinkommen und zeigte sich gegenüber seinem Gläubi-

ger nach eigenen Angaben nicht generell zahlungsunwillig (Urk. 58 S. 10). Dass Letzterer seine angeblichen Drohungen wahr gemacht hätte, erscheint deshalb völlig unwahrscheinlich. Und wenn der Beschuldigte tatsächlich wegen einer Schuld von Fr. 15'000.– mit dem Tod bedroht worden wäre, hätte er sich an die Polizei wenden können. Diese hätte denn auch alles Interesse daran gehabt, den angeblich drohenden unbekannten Drogenlieferanten namens „B.____“ zu fassen. Bei einer Güterabwägung wäre eine Anzeige jedenfalls durchaus zumutbar gewesen. Auch der Umstand, dass er jeweils einen Teil der Einnahmen für sich selbst behalten konnte (Urk. 2/2 S. 5), spricht gegen die geltend gemachte Bedrohung durch "B.____".

Der Beschuldigte betätigte sich vorsätzlich im Drogenhandel – offenbar einzig, um einen unrechtmässigen Nebenverdienst zu erwerben.

3. Täterkomponenten

Auch den Ausführungen der Vorinstanz zu den Täterkomponenten kann zugestimmt werden (Urk. 47 S. 14 f.). Die persönlichen Verhältnisse wirken sich nicht auf die Strafzumessung aus. Der Beschuldigte hatte sowohl im Tatzeitraum als auch heute eine Arbeitsstelle mit einem regelmässigen Einkommen. Er war nie drogensüchtig (Urk. 58 S. 2-6, S. 11).

Dem Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister sind folgende Vorstrafen zu entnehmen (Urk. 49):

- Mit Urteil des Obergerichts Zürich vom 21. August 1995 wurde der Beschuldigte wegen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz und Hehlerei zu einer Zuchthausstrafe von fünf Jahren verurteilt. Am 29. Mai 1999 erfolgte die bedingte Entlassung des Beschuldigten aus dem Strafvollzug.
- Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat wurde der Beschuldigte am 9. Dezember 2009 wegen mehrfacher Verfügung über mit Beschlag belegte Vermögenswerte zu gemeinnütziger Arbeit im Umfang von 240 Stunden verurteilt.

- Wegen des gleichen Deliktes sowie wegen Beschäftigung von Ausländern ohne Bewilligung erging am 14. Juli 2010 ein weiterer Strafbefehl und der Beschuldigte wurde mit einer Geldstrafe von 45 Tagesätzen zu Fr. 50.– bestraft.
- Am 5. August 2013 sanktionierte ihn die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat erneut mit Strafbefehl wegen versuchten Betrugs mit einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 50.–.
- Die Deliktsserie setzte sich fort und am 27. Februar 2014 erging ein Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur wegen Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Es wurde eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 50.– ausgesprochen.
- Am 18. Februar 2016 verurteilte die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich den Beschuldigten wegen Betrugs und sprach eine Geldstrafe von 60 Tagesätzen zu Fr. 50.– aus.
- Schliesslich erging am 11. August 2016 ein Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland. Wegen fahrlässiger grober Verkehrsregelverletzung bestrafte sie den Beschuldigten mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 60.–.

Wenn die Vorinstanz wegen diesen zum Teil einschlägigen Vorstrafen lediglich eine Straferhöhung um einen Drittel vornimmt, ist dies vertretbar, aber sicher wohlwollend. Ein Fall, in welchem ein Täter zum ersten Mal so delinquent, wie vorliegend der Beschuldigte, wäre ganz anders zu beurteilen gewesen. Beim Beschuldigten kann man mit Fug nicht mehr von einer zweiten Chance sprechen, die ihm zu gewähren sei. Auch wenngleich die erste, gravierendste Vorstrafe schon lange zurückliegt, so ist doch festzustellen, dass sich der Beschuldigte durch die fünfjährige Freiheitsstrafe wegen Drogenhandels offenbar nicht genügend beeindruckt liess. Die dazwischen liegenden weiteren Vorstrafen – in stattlicher Anzahl – runden dieses Bild ab. Dem Beschuldigten ist die hiesige Rechtsordnung weitgehend egal. Die ausgesprochenen Strafen waren für ihn nichts anderes als vorübergehende Unannehmlichkeiten. Wer derart regelmässig delinquent, offenbart, dass er nicht gewillt ist, sich an die Rechtsordnung zu halten.

Richtig erscheint es, das teilweise Geständnis ganz leicht strafmindernd zu veranschlagen. Tatsache bleibt aber, dass der Beschuldigte seinen Lieferanten nach wie vor deckt und mehrheitlich nur das zugegeben hat, was durch andere Beweismittel dokumentiert war. Von kooperativem Verhalten in der Untersuchung oder einem Geständnis, das die Untersuchung erleichtert hat, kann jedenfalls nicht gesprochen werden. So gab er in der ersten Einvernahme lediglich die unentgeltliche Abgabe von 10 Gramm Heroingemisch an einen Abnehmer zu. Erst später, auf Vorhalt der konkreten Belastungen der weiteren Abnehmer, räumte er nach und nach mehrere und grössere Verkäufe ein.

Unter Würdigung aller massgebenden Faktoren der Strafzumessung ist eine Strafe von 36 Monaten angemessen, jedenfalls keinesfalls zu hoch. Der Anrechnung der erstandenen Haft von 161 Tagen steht nichts entgegen.

III. Vollzug

Ein vollständiger Aufschub des Vollzugs einer Strafe ist bei diesem Strafmass nicht möglich (Art. 42 Abs. 1 StGB). Dass die Vorinstanz im Rahmen des gewährten teilbedingten Vollzugs vom Fehlen einer ungünstigen Prognose ausging, war sehr wohlwollend (Urk. 47 S. 19). Es ist fraglich, ob diese Voraussetzung vorliegend gegeben ist, jedoch kann der Berufungsentscheid nicht zu Lasten des Beschuldigten abgeändert werden (Art. 391 Abs. 2 StPO). Bei Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs darf der unbedingt vollziehbare Teil die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB). Ausserdem muss sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil der Freiheitsstrafe mindestens 6 Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 Satz 1 StGB). Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat sind, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein (BGE 134 IV 97, E. 6.3.4.3; BGE 134 IV 1, E. 6). Die vorinstanzliche, hälftige Aufteilung des vollziehbaren bzw. aufgeschobenen Anteils der Strafe ist angemessen. Die

sieben zum Teil einschlägigen Vorstrafen und das halbherzige Geständnis bzw. die fehlende Kooperation im Untersuchungsverfahren verbieten es, den vollziehbaren Anteil tiefer anzusetzen. Aufgrund des stark getrübtten strafrechtlichen Vorlebens des Beschuldigten ist auch die Dauer der Probezeit für den bedingten Teil der Strafe von vier Jahren angemessen.

IV. Landesverweisung

Das Gericht kann gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB 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. Auch zur Landesverweisung ist den Erwägungen der Vorinstanz zuzustimmen (Urk. 47 S. 19-23). Auch wenn ein Teil der Delikte vor dem 1. Oktober 2016 begangen wurde, d.h. vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Bestimmungen über die Landesverweisung gemäss Art. 66a ff. StGB, so ist auch jener Teil, der danach begangen wurde, in rechtlicher Hinsicht als qualifizierter Verstoss gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG zu bewerten. Insofern spielt der Grundsatz des milderer Rechts gemäss Art. 2 StGB entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 59 S. 7) keine Rolle (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 14. August 2018, 6B_1043/2017 E. 3, wo ein Teil der Taten vor, ein Teil nach dem Inkrafttreten der Landesverweisung begangen worden war). Voraussetzung für die Anwendung von Art. 66a StGB ist, dass der Täter mindestens eine Katalogtat nach dem 1. Oktober 2016 begangen hat, was vorliegend der Fall ist.

1. Kein schwerer persönlicher Härtefall

Für eine gewisse Härte bei einer Landesverweisung spricht der Umstand, dass der Beschuldigte seit 32 Jahren in der Schweiz weilt und hier seit 2016 mit einer Serbin verheiratet ist und lebt, welche ein Kind von ihm erwartet. Beide Ehegatten haben eine Arbeitsstelle. Weiter beruft sich der Beschuldigte auf den Umstand, dass ein weiteres neunjähriges Kind von ihm hier in der Schweiz lebt, welches er

regelmässig an gewissen Wochenenden sowie ab und zu auch kurz unter der Woche sieht (Urk. 58 S. 2 f., S. 9). Allzu eng kann der Kontakt allerdings nicht sein, wusste er doch bei der vorinstanzlichen Befragung das Geburtsdatum des Kindes nicht und er bezahlt auch keine Unterhaltsbeiträge (Prot. I S. 22 und 24; Urk. 58 S. 3). Auch dass seine serbische Ehefrau, die ihre Aufenthaltsbewilligung aufgrund der Heirat mit dem Beschuldigten erhalten hat, es möglicherweise vorzieht, hier in der Schweiz zu wohnen anstatt nach Istanbul zu ziehen, wird nicht in Abrede gestellt. Grundsätzlich ist gemäss Strafgesetzbuch im Rahmen der Landesverweisung jedoch nur zu prüfen, ob ein schwerer persönlicher Härtefall in Bezug auf den Auszuweisenden besteht und nicht, inwieweit eine Ausweisung hart für Dritte, beispielsweise Familienangehörige, ist. Soweit Staatsvertragsrecht etwas anderes verlangt, wird nachfolgend noch darauf eingegangen.

Was der Beschuldigte zu seiner Gefährdung in der Türkei wegen seiner angeblichen Nähe zur Gülen-Bewegung ausführte, vermag nicht zu überzeugen. Es gilt diesbezüglich, was bereits im Rahmen der Strafzumessung zur Mitwirkungspflicht im Strafverfahren erwogen wurde. Die Angaben des Beschuldigten sind weder konkret noch glaubhaft (Prot. I S. 23; Urk. 59 S. 8 f., Urk. 60/5-6). Vor rund 1½ Jahren konnte der Beschuldigte noch unbehelligt in die Türkei ein- und ausreisen. Auch seine Eltern und eine seiner Schwestern leben heute wieder dort, nämlich in Istanbul, und werden offenbar von staatlichen Behörden nicht behelligt. Seine Mutter reist nach Angaben des Beschuldigten regelmässig von der Türkei in die Schweiz (Urk. 58 S. 6).

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte seine ersten sechzehn Lebensjahre in seiner Heimat, der Türkei, verbrachte und dort die Schule besucht hat. Nach seinen Angaben verbrachten seine Eltern einige Jahre in der Schweiz, sind dann aber aus eigenem Wunsch wieder in die Türkei zurückgekehrt (Prot. I S. 18). Seine Mutter verfüge noch über die Niederlassungsbewilligung C und komme regelmässig auf Besuch in die Schweiz. Wenngleich stets die individuellen Verhältnisse zu berücksichtigen sind, zeigen doch die Eltern des Beschuldigten in exemplarischer Weise, dass eine Rückkehr in die Türkei nicht derart schlimm und unzumutbar ist, wie es die Verteidigung geltend macht. Der Be-

schuldigte hat viele Jahre in der Gastronomie gearbeitet, spricht einigermaßen deutsch aber fließend seine türkische Muttersprache. Er verfügt über die türkische Staatsbürgerschaft und versuchte im Übrigen nie, sich in der Schweiz einbürgern zu lassen (Urk. 58 S. 6 f.), was zeigt, dass er sich nach wie vor sehr verbunden fühlt mit der Türkei. Mit seinen 48 Jahren wird es ihm voraussichtlich möglich sein, in der Türkei auch beruflich wieder Fuss zu fassen. Dass er hier in der Schweiz Freunde und Bekannte hat, sich sein soziales Netz somit derzeit in der Schweiz befindet, begründet noch keinen schweren persönlichen Härtefall. So steht beispielsweise jeder Auswanderer vor der Herausforderung, sich ein neues soziales Netzwerk aufzubauen. Hält man sich vor Augen, dass gemäss Gesetzgeber eine schwere persönliche Härte der Ausnahmefall bleiben soll, beispielsweise für Personen, welche hiezulande geboren und aufgewachsen sind und weder die Muttersprache beherrschen noch irgendwelche Beziehungen zum Heimatland haben, so ist vorliegend eine schwere persönliche Härte für den Beschuldigten zu verneinen.

2. Überwiegendes öffentliches Interesse

Darüber hinaus belegen die zahlreichen Vorstrafen des Beschuldigten in den vergangenen Jahren auch ein eminentes Interesse der Öffentlichkeit daran, dass er nicht weiter hiezulande delinquieren kann. Wie erwähnt, ist insbesondere nicht nachvollziehbar, wie der Beschuldigte, nachdem er bereits mehrere Jahre wegen Betäubungsmittelhandel im Gefängnis verbrachte, nun erneut in den illegalen Drogenhandel einstieg. Dafür, sowie für die weiteren sechs Vorstrafen in den letzten zehn Jahren, gibt es nur eine Erklärung: Der Beschuldigte ist entweder nicht willens oder nicht fähig, sich unter den gegebenen Umständen an die hiesige Rechtsordnung zu halten (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 7. Oktober 2018, 6B_651/2018, E. 8, wonach bei der Prüfung der überwiegenden Interessen u.a. auch der Rückfallgefahr und wiederholter Delinquenz Rechnung zu tragen ist, wobei das Gericht diesbezüglich auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB begangene Straftaten berücksichtigen darf). Das öffentliche Interesse ist gegenüber seinem privaten überwiegend.

3. Verstoss gegen EMRK und die KRK

Die Verteidigung bringt vor, dass eine Landesverweisung aufgrund der familiären Verhältnisse gegen die EMRK verstosse (Urk. 37 S. 10; Urk. 59 S. 9). Gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gewährt Art. 8 EMRK dem Ausländer nicht ein Recht, in das Hoheitsgebiet eines Staates einzureisen oder sich dort aufzuhalten (BGE 142 II 35 Erw. 6). Dasselbe gilt hinsichtlich der Uno-Kinderrechtskonvention (KRK). Demgegenüber kann die Ausweisung einer Person aus einem Land, in welchem seine nahen Verwandten wohnen, einen Eingriff in das durch Art. 8 EMRK gewährte Recht auf Achtung des Familienlebens darstellen (Urteil des Bundesgerichts 6B_506/2017 vom 14. Februar 2018 E. 2.2; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Hasanbasic gegen die Schweiz vom 11. Juni 2013 [requête no 52166/09] § 46). Im Rahmen ihrer Aufgabe, die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten, sind die Vertragsstaaten befugt, einen wegen Straftaten verurteilten Ausländer des Landes zu verweisen. Sofern ein solcher Entscheid jedoch einen Eingriff in die durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK gewährten Rechte zur Folge hat, muss dieser im geltenden Recht vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein, was voraussetzt, dass der Eingriff durch ein dringendes soziales Bedürfnis gerechtfertigt und gegenüber dem verfolgten legitimen Ziel verhältnismässig ist (Urteil des Bundesgerichts 6B_506/2017 vom 14. Februar 2018 E. 2.2; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 10. Januar 2017 Salija gegen die Schweiz [requête no 55470/10] § 41; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 18. Oktober 2006 Üner gegen die Niederlande [requête no 46410/99], Recueil de la CourEDH 2006-XII p. 177 § 57). Es ist zu prüfen, ob die ins Auge gefasste Massnahme in einem ausgewogenen Verhältnis zwischen dem Recht des Betroffenen auf Achtung seines Privat- und Familienlebens einerseits und dem Schutz der öffentlichen Ordnung und der Verhinderung von Straftaten andererseits steht (Urteil des Bundesgerichts 6B_506/2017 vom 14. Februar 2018 E. 2.2; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Hasanbasic gegen die Schweiz vom 11. Juni 2013 [requête no 52166/09] § 56). Handelt es sich wie vorliegend um einen betroffenen Ausländer, welcher erst im jugendlichen oder erwachsenen Alter in die Schweiz kam – der Beschuldigte kam 1986 im Alter von

16 Jahren in die Schweiz – sind zur Beurteilung der Frage, ob der Eingriff in seine Rechte in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und gegenüber dem verfolgten Ziel verhältnismässig ist, die nachfolgenden Kriterien heranzuziehen (Urteil des Bundesgerichts 6B_506/2017 vom 14. Februar 2018 E. 2.2; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 22. Mai 2008 [requête no 42034/04] § 68; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 18. Oktober 2006 Üner gegen die Niederlande [requête no 46410/99], Recueil de la CourEDH 2006-XII p. 177 § 57):

- die Art und Schwere der durch den Beschuldigten begangenen Straftat;
- die Dauer des Aufenthalts des Beschuldigten in dem Land, aus dem er ausgewiesen werden soll;
- die seit der Tatzeit verstrichene Zeitspanne und das Verhalten des Beschuldigten in dieser Zeit sowie
- die Festigkeit der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zum Gaststaat und zum Bestimmungsland.

Auch die Abwägung dieser Kriterien spricht nicht gegen eine Landesverweisung. Beim Drogenhandel mit qualifizierten Mengen gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG handelt es sich um eine schwere Straftat. Das Verhalten des Beschuldigten in den letzten Jahren mit sieben, zum Teil einschlägigen Vorstrafen muss in strafrechtlicher Hinsicht als gravierend bezeichnet werden. Seine serbische Ehefrau ist zudem weder hier geboren, hat ihre Aufenthaltsbewilligung nur wegen der Heirat mit dem Beschuldigten und lebt erst seit 2016 mit ihm hier in der Schweiz zusammen. Es wäre ihr und dem noch ungeborenen Kind auch zumutbar, in der Türkei zusammen mit dem Ehemann und Vater leben. Zum weiteren hierzulande wohnenden Kind des Beschuldigten hat dieser wie erwähnt, zwar regelmässigen Kontakt aber keine besonders enge Beziehung, welche über das normale Verhältnis zu einem Kind hinausginge, das beim anderen Elternteil lebt. Es ist im Übrigen daran zu erinnern, dass das Staatssekretariat für Migration bei Landesverweisungen auch temporäre Einreisebewilligungen zur Wahrung eines Besuchsrechts gewähren kann.

4. Dauer der Landesverweisung

Aufgrund der Schwere des begangenen Deliktes und der fortwährenden Delinquenz in den letzten zehn Jahren kann die Dauer der Landesverweisung nicht am untersten Rahmen von fünf Jahren gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB liegen. Die von der Vorinstanz erwogene Dauer von sieben Jahren ist keinesfalls zu hoch, kann wegen Art. 391 Abs. 2 StPO aber auch nicht erhöht werden. Gemäss dieser Bestimmung darf ein Rechtsmittelentscheid nicht strenger ausfallen, wenn das Rechtsmittel nur vom Beschuldigten erhoben wurde.

5. SIS-Ausschreibung

Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 47 S. 23). Auch die Verteidigung bringt dagegen über den Eventualfall nichts vor.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Beschuldigte unterliegt vollumfänglich mit seiner Berufung. Ausgangsgemäss hat er die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 428 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 12. April 2018 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie

- der mehrfachen Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG.

Vom Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG gemäss Anklagesachverhalt Ziffer II (Handel mit Kokain) wird der Beschuldigte freigesprochen.

2. (...)
3. (...)
4. (...)
5. (...)
6. Die von der Stadtpolizei Winterthur sichergestellte und beim Forensischen Institut Zürich (FOR-Asservate-Triage) gelagerte Präzisions-Waage (A010'367'972) wird eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
7. Die von der Stadtpolizei Winterthur sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich, Digitale-Forensik, aufbewahrte Papierware (A010'367'961) wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieser Dispositivziffer auf erstes Verlangen herausgegeben.

Wird innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieser Dispositivziffer keine Herausgabe verlangt, wird die Lagerbehörde berechtigt erklärt, die Papierware (A010'367'961) innert weiterer 30 Tage zu verwerten oder zu vernichten.

8. Die von der Stadtpolizei Winterthur anlässlich der Verhaftung sichergestellten und als Barkautions bei der Kasse der Staatsanwaltschaft II verbuchten Fr. 2'400.– werden eingezogen.

9. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	3'600.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	2'500.00	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	999.00	Auslagen (Gutachten)
Fr.	1'190.00	Auslagen (Polizei)
Fr.	5'880.00	Telefonkontrolle
Fr.	29'910.25	ehemalige amtliche Verteidigung
Fr.	44'079.25	Total

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

10. Die Kosten gemäss Disp.-Ziff. 9 werden dem Beschuldigten zu 3/4 auferlegt, mit Ausnahme der Kosten für die ehemalige amtliche Verteidigung, welche einstweilen auf die Gerichtskasse genommen werden und wofür gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von 3/4 eine Nachzahlungspflicht vorbehalten bleibt. Die übrigen Kosten werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
11. (Mitteilungen.)
12. (Rechtsmittel.)"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 161 Tage durch Haft erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (18 Monate), abzüglich 161 Tage, die durch Haft erstanden sind, wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

3. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 7 Jahre des Landes verwiesen.
4. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'400.–.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich (übergeben)
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich (versandt)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürichund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz (mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen an die Behörden)
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
 - die KOST Zürich mittels Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials".
8. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

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

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 8. November 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. N. Anner

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.