

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB190234-O/U/cwo

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, Oberrichterin lic. iur. I. Erb
und Oberrichterin lic. iur. N. Klausner sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. H. Kistler

Urteil vom 19. September 2019

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

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

Anklägerin und Berufungsbeklagte

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

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgericht Winterthur
vom 7. Februar 2019 (DG180091)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 8. Oktober 2018 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 13).

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 50 S. 33 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG,
 - des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG sowie
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Abs. 1 i.V.m. Art. 19 BetmG.
2. Der bedingte Vollzug bezüglich des mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. April 2015 ausgefallten Strafteils von 12 Monaten Freiheitsstrafe wird widerrufen.
3. Der Beschuldigte wird in den Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 11. Dezember 2016 ausgefallten Freiheitsstrafe rückversetzt. Die Reststrafe von 62 Tagen ist zu vollziehen.
4. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der widerrufenen Strafe gemäss Dispositivziffer 2 sowie des Strafrests gemäss Dispositivziffer 3 bestraft mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 33 Monaten als Gesamtstrafe, wovon bis und mit heute 332 Tage durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug bereits erstanden sind sowie mit einer Busse von Fr. 500.–.
5. Die Busse ist zu bezahlen.

Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, wird eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen angeordnet.

6. Es wird eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung) angeordnet. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.

Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte die Massnahme sofort anzutreten wünscht.

7. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a lit. o StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
8. Von der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird abgesehen.
9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 9. April 2018 beschlagnahmten Mobiltelefone der Marke Samsung (Asservat-Nr. A011'315'847), BM Lager-Nr. B00632-2018, und der Marke Sony (Asservat-Nr. A011'315'858), BM Lager-Nr. B00632-2018, werden dem Beschuldigten nach Rechtskraft zu Händen der Effekten herausgegeben.
10. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 9. April 2018 beschlagnahmten Gegenstände, Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:
 - 2 Minigrip insgesamt 1.5 Gramm Kokain (Asservat-Nr. A011'314'651) BM Lager Nr. B00632-2018;
 - 8 Minigrip insgesamt 22.5 Gramm Haschisch (Asservat-Nr. A011'314'673) BM Lager-Nr. B00632-2018;
 - 1 Herrenhandtasche schwarz (Asservat-Nr. A011'315'869) BM Lager-Nr. B00632-2018;
 - 1 Spiegel (BM-Zubehör) (Asservat-Nr. A011'315'870) BM Lager-Nr. B00632-2018;
 - 90.5 Gramm Kokain (Asservat-Nr. A011'315'811) BM Lager-Nr. B00632-2018;
 - 45 Gramm Haschisch (Asservat-Nr. A011'315'892) BM Lager-Nr. B00632-2018

11. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 8. Oktober 2018 beschlagnahmten Fr. 6'034.50 werden zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
12. Die Entscheidungsbüher wird angesetzt auf:
- | | |
|-----|---|
| Fr. | 4'500.00; die weiteren Kosten betragen: |
| Fr. | 5'000.00 Gebühr Vorverfahren |
| Fr. | 11'737.25 Auslagen Vorverfahren (Gutachten Dr. B._____, Alkoholanalyse IRM, Gutachten FOR, Haaranalyse IRM) |
| Fr. | 17'041.40 amtliche Verteidigung (inkl. Barauslagen und MwSt) |
| Fr. | <u>38'278.65</u> Total |
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
13. Die Kosten des Vorverfahrens (Gebüher und Auslagen Vorverfahren) und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
14. (Mitteilung)
15. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten (Urk. 82 S. 2):

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 7. Februar 2019 in Sachen A.____ (DG180091) sei in Dispositiv-Ziffer 7 aufzuheben und es sei von einer Landesverweisung abzusehen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens und der amtlichen Verteidigung seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft (Urk. 62; schriftlich):

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Ausgangslage, Verfahrensgang und Umfang der Berufung

1. Ausgangslage

1.1. Beim dreifach vorbestraften Beschuldigten wurde anlässlich einer Kontrolle im Lokal C._____ in Winterthur am 12. März 2018 22.5 Gramm Haschisch, verpackt in 8 Minigrip-Säckchen, und 1.5 Gramm Kokain, verpackt in 2 Minigrip-Säckchen, sowie Bargeld gefunden. Bei der anschliessend am Wohnort des Beschuldigten durchgeführten Hausdurchsuchung stiess die Polizei in dessen Keller versteckt auf weiteres Kokain, nämlich auf 7 Portionen von insgesamt 7.9 Gramm und auf einen "Stein" von 78.5 Gramm, ferner auf weiteres portioniertes Haschisch sowie auf Bargeld und Utensilien zum Portionieren von Betäubungsmitteln (Urk. 1 S. 2 und S. 3).

2. Verfahrensgang

2.1. Nach Durchführung der Untersuchung erhob die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (fortan Anklagebehörde) am 8. Oktober 2018 am Bezirksgericht Winterthur Anklage gegen den Beschuldigten (Urk. 13). Was den weiteren Ablauf des Verfahrens vor erster Instanz anbelangt, kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 50 S. 4).

2.2. Die Hauptverhandlung vor Vorinstanz fand am 7. Februar 2019 statt (Prot. I S. 8 ff.). Gleichentags wurde das nun angefochtene, oben im Wortlaut wiedergegebene Urteil gefällt und den Parteien im Dispositiv abgegeben (Urk. 39). Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten wegen qualifizierter Widerhandlung und wegen mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie wegen mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 33 Monaten sowie zu einer Busse von Fr. 500.00 und ordnete eine vollzugsbegleitende ambulante Massnahme zur Suchtbehandlung an. Überdies entschied sie, den Beschuldigten für die Dauer von 5 Jahren des Landes zu

verweisen, unter Verzicht auf eine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem.

2.3. Gegen dieses Urteil meldete die Verteidigung mit Schreiben vom 8. Februar 2019 Berufung an (Urk. 41).

2.4. Ihr begründetes Urteil versandte die Vorinstanz am 9. April 2019. Die Parteien nahmen es am 13. April 2019 in Empfang (vgl. Urk. 46). Die Berufungserklärung der Verteidigung datiert vom 16. April 2019, ging also innert der dafür vorgesehenen Frist ein (Urk. 53).

2.5. Ebenfalls fristgerecht erklärte die Anklagebehörde mit Eingabe vom 4. Juni 2019 auf eine Anschlussberufung zu verzichten und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils zu verlangen (Urk. 59; Urk. 62).

2.6. Die Vorladung zur Berufungsverhandlung auf den heutigen 19. September 2019 datiert vom 27. Juni 2019 (Urk. 64). Auf Ersuchen der Verteidigung vom 11. Juli 2019 (Urk. 67) wurde dem Beschuldigten der vorzeitige Antritt der im erstinstanzlichen Urteil angeordneten ambulanten Massnahme zur Suchtbehandlung bewilligt (Urk. 70).

2.7. Die Berufungsverhandlung fand am 19. September 2019 in Anwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, statt (Prot. II S. 4).

3. Umfang der Berufung

Mit der oben wiedergegebenen Berufungserklärung wurde lediglich Dispositiv-Ziffer 7 des erstinstanzlichen Urteils, d.h. die Anordnung der Landesverweisung für die Dauer von fünf Jahren, angefochten. Im Übrigen blieb das Urteil unangefochten, womit alle weiteren Dispositiv-Ziffern, d.h. 1 bis 6 sowie 8 bis 13, in Rechtskraft erwachsen sind. Dies ist vorab in Form eines Beschlusses festzuhalten.

II. Landesverweisung

1. Standpunkte der Parteien und der Vorinstanz

1.1. Die amtliche Verteidigung des Beschuldigten verlangt die Aufhebung der im angefochtenen Entscheid ausgesprochenen Landesverweisung. Sie trug vor erster Instanz zusammengefasst vor, es sei zwar unstrittig, dass der Beschuldigte eine sogenannte Katalogtat im Sinne von 66a StGB begangen habe. Als portugiesischer Staatsangehöriger könne er sich aber auf das Freizügigkeitsabkommen (fortan FZA; SR 0.142.112.681), insbesondere auf einen Verstoss gegen Art. 5 Anhang I FZA berufen. Unter Verweis auf das Urteil der Kammer vom 22. August 2017 im Verfahren SB170250 argumentiert sie, das FZA geniesse gemäss der obergerichtlichen Rechtsprechung Vorrang gegenüber dem Landesrecht bzw. Art. 66a ff. StGB. Zu prüfen sei damit zunächst, ob eine Landesverweisung aufgrund des FZA überhaupt zulässig sei. Sollte dies zu bejahen sein, stelle sich alsdann die Frage, ob die Härtefallklausel anwendbar sei. Mit der Suchttherapie und wegen der Aussicht, bei weiterer Drogenabhängigkeit wieder straffällig und dann des Landes verwiesen zu werden, werde es dem 55-jährigen, bis vor fünf Jahren deliktsfrei lebenden Beschuldigten gelingen, seine Drogenabhängigkeit zu besiegen. Vor diesem Hintergrund seien weitere Straftaten von ihm nicht zu erwarten. Ferner sei zu berücksichtigen, dass der vom Beschuldigten begangene Handel mit Kokain zwar gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung einen schweren Fall und daher kein Bagatelldelikt darstelle. Im Rahmen aller möglichen Handelsmengen habe er jedoch nur eine geringe Menge zur Finanzierung seiner Sucht umgeschlagen. Ferner hätten die Konsumenten, welche ihn an neuralgischen Umschlagsplätzen aufgesucht hätten, aus freiem Willen Kokain konsumiert. Dass vom Beschuldigten ein Risiko für eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter ausgehe, werde bestritten. Unter diesen Umständen sei aber eine Landesverweisung mit Art. 5 Anhang I FZA nicht vereinbar. Zudem handle es sich hier auch um einen Härtefall, da der Beschuldigte praktisch sein ganzes Leben in der Schweiz verbracht habe, hier integriert sei, über ein soziales Netzwerk d.h. einen intakten Freundeskreis verfüge und insbesondere seine vier Kinder hier leben würden, wovon eines mit 12 Jahren noch minderjährig sei. Dagegen pflege

der Beschuldigte kaum Kontakte nach Portugal und spreche praktisch kein Portugiesisch. Seine betagten Eltern würden nicht an seinem Leben teilhaben. Aufgrund seines Alters und mangels genügender Sprachkenntnisse sowie beruflicher Möglichkeiten würde er in Portugal innert kürzester Zeit verarmen. Angesichts seiner privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz könne das nicht besonders schwer wiegende öffentliche Interesse eine Landesverweisung nicht rechtfertigen (Urk. 38 S. 29 ff.).

Anlässlich der Berufungsverhandlung vom 19. September 2019 hielt die Verteidigung im Wesentlichen an den Ausführungen vor Vorinstanz fest. Zusammengefasst brachte sie vor, dass der Beschuldigte seinen Lebensmittelpunkt in der Schweiz, namentlich in Winterthur, habe. Bis zum Stellenverlust vor rund fünf Jahren sei er beruflich bestens integriert gewesen. Hieran könne er angesichts seiner beruflichen Ausbildung und Erfahrung nach Verbüßung der Freiheitsstrafe anknüpfen. Ferner würden nicht nur sein jüngster Sohn D._____ und dessen Mutter in Winterthur wohnen, sondern auch seine Brüder und seine Freunde, namentlich E._____ und F._____. Insbesondere der Kontakt zu seinem jüngsten Sohn, welcher vor der Haft jedes zweite Wochenende bei ihm übernachtet habe, würde durch die Wegweisung verhindert. Selbst wenn der Kontakt auch über elektronische Medien oder Telefon möglich wäre, sei dem Beschuldigten dies unter dem Aspekt der Achtung des Familienlebens nicht zuzumuten. Wie bereits vor Vorinstanz gab die Verteidigung sodann zu Bedenken, dass der Beschuldigte keine Beziehung zu Portugal mehr aufweise und ihm dort die soziale und wirtschaftliche Verarmung drohe. Schliesslich vermöge das öffentliche Interesse an einer Wegweisung des Beschuldigten seine privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz angesichts seiner Verfehlungen, welche zweifelsohne nicht zu bagatellisieren seien, indes auch nicht über einen leichten Fall hinausgehen würden, nicht zu überwiegen. Zum selben Resultat gelange man auch gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen. In Berücksichtigung der eineinhalbjährigen Abstinenz des Beschuldigten sowie der empfohlenen ambulanten Suchttherapie, welche der Beschuldigte absolvieren wolle, seien zukünftig keine weiteren Straftaten zu erwarten. Von der Landesverweisung sei somit sowohl gestützt auf das nationale Recht als auch das Freizügigkeitsabkommen abzusehen (Urk. 82 S. 5 ff.).

1.2. Die Anklagebehörde verlangt dagegen die Bestätigung des angefochtenen Urteils und hält damit an der Landesverweisung fest. Im erstinstanzlichen Verfahren erörterte sie, dass der seit seinem fünften Lebensjahr in der Schweiz wohnende Beschuldigte wohl ein gewisses Beziehungsnetz in der Schweiz aufweise, indessen ebenfalls über nahe Verwandte in Portugal verfüge. Im Fall einer Landesverweisung würde zwar der persönliche Kontakt zwischen dem Beschuldigten und seinem zwölfjährigen Sohn beeinträchtigt. Über eine Arbeitsstelle verfüge der Beschuldigte jedoch seit fünf Jahren nicht mehr und seinen Unterhaltspflichten sei er nicht mehr nachgekommen; stattdessen habe er sein Geld für Betäubungsmittel und Pokerspiele ausgegeben. Unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses sei zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte nun seine vierte Straftat seit 2014 begangen habe, wobei es dreimal um Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz gegangen sei. Die jetzt zu beurteilende Tat liege zum Teil im Verbrechensbereich, weshalb gemäss langjähriger Praxis, und zwar auch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit und damit ein hohes öffentliches Interesse an einer Ausweisung zu bejahen sei. Dies gelte umso mehr als der Beschuldigte sich trotz verbüsster Strafvollzüge und eines drohenden Widerrufs einer (teil-)bedingt ausgefallten Freiheitsstrafe von 12 Monaten sowie einer drohenden Rückversetzung in den Strafvollzug erneut schwere Betäubungsmitteldelikte habe zu Schulden kommen lassen. Die Tatsache, dass es sich beim Beschuldigten um einen portugiesischen Staatsbürger handle, welcher dem FZA unterliege, stehe – so die Anklagebehörde – einer Landesverweisung nicht entgegen, wie der Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend Entzügen von Niederlassungsbewilligungen, bei welchen mitunter die gleichen Fragen zu beantworten seien, zu entnehmen sei (Urk. 37 S. 10 ff.).

1.3. Die Vorinstanz stellte fest, dass der Beschuldigte als portugiesischer Staatsangehöriger und damit Ausländer, der sich einer der Katalogtaten gemäss Art. 66a StGB schuldig gemacht habe, die Voraussetzungen für eine Landesverweisung grundsätzlich erfülle. Sie setzte sich ausführlich mit seiner Geschichte und Situation auseinander und kam zum Schluss, dass das Vorliegen eines Härtefalles im Sinne von Art. 66 Abs. 2 StGB zu verneinen sei. Zwar erkannte sie ei-

ne gewisse Härte darin, dass der Beschuldigte im Fall einer Landesverweisung den Kontakt zu seinem zwölfjährigen Sohn nicht mehr in der gewohnten Häufigkeit und Form würde pflegen können, stellte dem aber entgegen, dass diese Beziehung ihn nicht davon abgehalten habe, sich in Kenntnis einer drohenden Landesverweisung (erneut) am Drogenhandel zu beteiligen und so das Fortbestehen seines Familienlebens selbstverschuldet und mutwillig aufs Spiel zu setzen. Nebst der Beziehung zu seinem jüngsten Sohn und dessen Mutter – der Exfrau des Beschuldigten – sowie zu zwei guten Freunden verfüge der Beschuldigte in der Schweiz über kein grosses soziales Umfeld. Vor diesem Hintergrund und angesichts der langjährigen Arbeitslosigkeit des Beschuldigten dürfte – so die Vorinstanz – die soziale und berufliche Integration in Portugal kaum schwieriger sein als nach Verbüßung der Freiheitsstrafe in der Schweiz. Im Übrigen würden die gängigen Kommunikationsmittel und Flugverbindungen persönliche Kontakte zu Personen in die Schweiz, vor allem zu seinem jüngsten Sohn, ermöglichen. Ferner habe der Beschuldigte mit seinen Rechtsverstößen zum Ausdruck gebracht, dass er sich um die hier geltende Rechtsordnung foutiere, weshalb Zweifel hinsichtlich seiner Fähigkeit zur Wiedereingliederung in die Gesellschaft nach Verbüßung der Strafe anzubringen seien. Wenn auch der besonderen Situation des in der Schweiz aufgewachsenen Beschuldigten Rechnung zu tragen sei, resultiere vor diesem Hintergrund die Überzeugung, dass dem Beschuldigten die berufliche und soziale Reintegration in seinem Heimatland und die befristete Trennung von seinem Sohn durchaus zuzumuten sei (Urk. 50 S. 24-28).

Sodann kam die Vorinstanz zum Schluss, dass das FZA einer Landesverweisung nicht entgegen stehe. Obwohl es sich bei der zu beurteilenden Tat um einen eher leichten Fall, aber doch um eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und somit um eine schwerwiegende Rechtsverletzung mit einer Gesundheitsgefährdung vieler Menschen handle, offenbare das Verhaltensmuster des zweimal einschlägig vorbestraften Beschuldigten eine von ihm ausgehende Gefährdung der öffentlichen Ordnung. Was sein künftiges Wohlverhalten anbelange, verbleibe selbst in Anbetracht der angeordneten ambulanten Massnahme und unter optimistischen Prämissen ein tatsächliches, für die Schweizer Bevölkerung nicht hinnehmbares Risiko. Vor diesem Hintergrund stehe das FZA der Aus-

weisung des Beschuldigten nicht entgegen. Die Vorinstanz ordnete daher die Landesverweisung an, wobei sie diese aufgrund der familiären Bindung des Beschuldigten zu seinem jüngsten Sohn auf das gesetzliche Minimum von fünf Jahren festsetzte (Urk. 50 S. 29 f.).

2. Aussagen des Beschuldigten anl. der Berufungsverhandlung

Der Beschuldigte wurde im Rahmen der Berufungsverhandlung eingehend zu seiner Person sowie seinen aktuellen Lebensumständen befragt. Er gab zu Protokoll, dass seine Eltern bis zum Alter von 65 Jahren in der Schweiz gearbeitet und dann – ungefähr vor 25 Jahren – zurück nach Portugal in ihre Heimatstadt G._____ gezogen seien. Er habe sie das letzte Mal vor fünf Jahren gesehen. Auf die Anschlussfrage, ob er ihnen schreibe oder mit ihnen telefoniere, erklärte er, dass es zwischen seinen Eltern und ihm Meinungsverschiedenheiten gebe und er nicht gut klar komme mit ihnen. Auf Vorhalt seiner Aussage anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 14. März 2018, dass er in regelmässigen und gutem Kontakt zu seinen Eltern stehen würde, erklärte er zuerst, dass dies vor fünf Jahren gewesen sei. Da sei der Kontakt noch gut gewesen. Darauf hingewiesen, dass die Aussagen 2018 gemacht worden seien, meinte er, dass er ab und zu anrufe, aber guten bzw. ganz guten Kontakt habe er nicht zu ihnen. In einem Wort beschrieb er die Beziehung zu seinen Eltern schliesslich als angespannt. Er habe auch noch Verwandte in G._____, zu denen er aber ebenfalls keine Kontakt hege. Zuletzt sei er vor drei bis vier Jahren dort gewesen, als er mit seinem Sohn eine Woche Ferien verbracht habe. Seine Brüder würden beide in der Schweiz leben. Insbesondere zu seinem älteren Bruder habe er eine gute Beziehung gehabt. Nach seiner Scheidung sei der Kontakt auch zu diesem aber nicht mehr so gut gewesen. Weiter zu seinen familiären Verhältnissen befragt, bestätigte er, dass er drei uneheliche, erwachsene Kinder sowie einen Sohn aus der mittlerweile geschiedenen Ehe habe. Letzterer sei am tt. mm. 2006 geboren und gehe in die Sek B. Vor der Verhaftung habe er diesen jedes zweite Wochenende von Freitag bis Sonntag bei sich gehabt. Die drei weiteren Kinder seien – wie erwähnt – erwachsen und hätten ihr eigenes Leben. Zu ihnen habe er keinen grossen Kontakt.

Entsprechend befragt erklärte er sodann, dass er die Aufenthaltsbewilligung C besitze. Er wisse allerdings nicht auswendig, wie lange diese noch gelte. Ebenfalls auf Vorhalt bestätigte er, mehrere Vorstrafen zu haben und in zwei Fällen eine Freiheitsstrafe verbüsst zu haben. Auch bestätigte er, dass er zwei Verwarnungen des Migrationsamts Thurgau erhalten habe und ihm bei der zweiten Verwarnung unter Hinweis auf die neuen strafrechtlichen Gesetzesbestimmungen angedroht worden sei, dass dies seine letzte Chance sei, in der Schweiz zu verbleiben. Auch von der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland sei er im Zusammenhang mit dem Verzicht auf den Widerruf der aufgeschobenen Freiheitsstrafe von 12 Monaten vom 14. Dezember 2016 darauf aufmerksam gemacht worden, dass bei neuerlicher Delinquenz eine Landesverweisung drohe. Dies habe ihn, wie er auf Nachfrage ausführte, sehr wohl beeindruckt. Er wisse, was er gemacht habe, aber er sei in ein Loch gestürzt. Er sei süchtig gewesen und im Kokainsumpf gelandet. Auch eine Einbürgerung sei mehrmals ein Thema gewesen, aber er habe es immer wieder verschoben. Er könne nicht sagen, weshalb. Er möchte nun aber aus diesem Sumpf heraus und er habe gemerkt, dass er Hilfe brauche. Die ambulante Massnahme habe er indes noch nicht antreten können. Eben gestern habe er ein Gespräch mit dem psychologisch-psychiatrischen Dienst gehabt und es sei in Aussicht gestellt worden, dass er diese in drei Monaten antreten könne. Seine Zukunft sehe er in der Schweiz, wo er seit 50 Jahren lebe. Er möchte neu anfangen, die Suchttherapie absolvieren und nie mehr ins Gefängnis. Er sei diesbezüglich fest entschlossen und hoffe auf eine letzte Chance (Urk. 81 S. 1 ff.).

3. Vorbemerkungen

3.1. Im Sinne der bundesgerichtlichen Vorgaben (Urteile 6B_235/2018 vom 1. November 2018 (BGE 145 IV 55), 6B_907/2018 vom 23. November 2018 sowie 6B_1152/2017 vom 28. November 2018) ist zunächst in Anwendung des Landesrechts zu prüfen, ob gestützt auf Art. 66a StGB die Voraussetzungen für eine Landesverweisung erfüllt sind. Sollte dies der Fall sein, ist in einem (allfälligen) weiteren Schritt zu prüfen, ob sich das Ergebnis als mit dem FZA kompatibel erweist.

3.2. Gemäss der in Art. 66a StGB normierten obligatorischen Landesverweisung hat das Gericht den Ausländer, der wegen einer der unter lit. a bis lit. o genannten strafbaren Handlungen verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für fünf bis fünfzehn Jahre aus der Schweiz zu verweisen (Art. 66a Abs. 1 StGB). Mit der Formulierung dieser Bestimmung brachte der Gesetzgeber klar zum Ausdruck, dass bei Vorliegen einer Anlasstat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB in der Regel eine Landesverweisung zu verhängen ist.

3.3. Von einer Landesverweisung abgesehen werden kann jedoch im Sinne einer Ausnahme, wenn diese für den betroffenen Ausländer (1.) einen schweren persönlichen Härtefall darstellt und (2.) die an der Landesverweisung bestehenden öffentlichen Interessen die privaten Interessen des Ausländers an seinem Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Diese beiden Voraussetzungen des schweren persönlichen Härtefalles und des fehlenden überwiegenden öffentlichen Interesses an der Landesverweisung rechtfertigen einen Verzicht auf eine grundsätzlich anzuordnende Landesverweisung also nur, wenn sie kumulativ vorliegen. Bei der Beurteilung der Frage nach einem Härtefall ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB; Marc Busslinger/Peter Uebersax, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 5/16, S. 96 ff., S. 97 f.).

3.4. Nachdem ausser Frage steht, dass der Beschuldigte eine Katalogtat gemäss Art. 66a lit. o StGB begangen hat und er Ausländer ist, ist das Augenmerk der vorliegenden Einzelfallprüfung zunächst auf die Frage zu richten, ob ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinn von Art. 66a Abs. 2 StGB zu bejahen ist.

4. Härtefall

4.1. Im Rahmen dieser Prüfung sind namentlich die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation sowie die Persönlichkeitsentwicklung des Beschuldigten sowie der Grad seiner Integration und seine Resozialisierungschancen von Interesse. Bei sämtlichen Aspekten ist der Fokus einerseits auf die Situation in der Schweiz und andererseits auf die Situati-

on im Heimatland zu legen. Ein schwerer persönlicher Härtefall liegt dann vor, wenn die Summe aller Schwierigkeiten den Beschuldigten derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt. Ob ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt, ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu entscheiden. Dabei sind sämtliche härtefallbegründenden Aspekte zu berücksichtigen und zu bewerten (Marcel Brun/Alberto Fabri, die Landesverweisung - neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz, recht 2017 S. 231ff. VI. 1.c.aa. mit Verweis u.a. auf Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 101 f.). Ferner sind auch alle gegen den Vollzug und für einen Aufschub der Landesverweisung sprechenden Umstände (vgl. Art. 66d StGB) bereits im Rahmen der Härtefallprüfung zu beachten sowie die verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Bestimmungen einzuhalten (Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 99).

4.2. Wie sich aus der ausführlichen Wiedergabe des Werdegangs und der persönlichen Situation des Beschuldigten im angefochtenen Entscheid ergibt (vgl. Urk. 50 S. 24 f.), wurde dieser zwar in Portugal geboren, kam aber bereits im Alter von fünf Jahren mit den Eltern und zwei Brüdern in die Schweiz. Mit anderen Worten verbrachte er praktisch sein gesamtes Leben hier und spricht fließend und akzentfrei Schweizerdeutsch, wohingegen er gemäss eigenen Angaben portugiesisch nicht perfekt, d.h. nur mündlich und gebrochen beherrscht (Prot. I S. 14). Nachdem der Beschuldigte seine Schulzeit in H._____ absolviert hatte, folgte eine Anlehre als Metallbauschlosser, die er später mit einer Schweisser-Prüfung ergänzen konnte. Nach 30 Berufsjahren, wovon der Beschuldigte 18 bei seinem letzten Arbeitgeber zubrachte, bei welchem er im Bereich Recycling arbeitete und dabei als Betriebsschlosser, Maschinist und Platzwart tätig war, verlor er diese Stelle – er war damals bereits 50-jährig –, als der Betrieb geschlossen wurde. Es gelang ihm, obwohl er alles gemacht habe, was man machen könne und auch alles gemacht hätte, nicht mehr, eine neue Anstellung zu finden. Der Beschuldigte beschreibt, dass er damals in ein Loch gefallen sei, falsche Leute kennen gelernt habe und erstmals mit Drogen in Kontakt gekommen sei (Prot. I S. 16 ff.).

4.3. Nachdem der Beschuldige in der Schweiz bereits seine Kindheit und damit alle lebensprägenden Jahre verbrachte sowie fliessend Schweizerdeutsch spricht, ist er als integriert zu bezeichnen. Bis vor gut fünf Jahren war seine Integration – seinen Möglichkeiten entsprechend – gar als beinahe mustergültig zu bezeichnen, war der Beschuldigte doch mit einer Schweizerin verheiratet, hat – nebst den drei vorehelichen erwachsenen Kindern – einen kleinen Sohn namens D._____ (heute 13-jährig) aus dieser Beziehung und stand seit dreissig Jahren im Erwerbsleben und damit finanziell auf eigenen Beinen. Es war der Stellenverlust zufolge einer Betriebsschliessung, der dazu führte, dass ihm zunächst beruflich der Boden unter den Füßen weggezogen wurde. Dass er keine dauerhafte Anschlusslösung mehr fand, sondern eigentlich abstürzte, was sich in Betäubungsmittelabhängigkeit, Straffälligkeit sowie Scheidung und finanziellen Problemen manifestierte, zeugt mehr von einer tiefen Lebenskrise als von fehlender Verbundenheit zur Schweiz, weshalb ihm allein mit Blick auf diese Geschehnisse eine gelungene Integration nicht abgesprochen werden kann. Die Befürchtung der Vorinstanz, dass die berufliche Reintegration des Beschuldigten nach dem Strafvollzug in der Schweiz schwierig sein wird, muss angesichts dieser gravierenden Zäsur in seinem Leben und des Suchtproblems des Beschuldigten geteilt werden. Handkehrum vermag er an seine Vergangenheit, eine Ausbildung und eine langjährige Berufserfahrung in der Schweiz und somit an eine Vertrautheit mit den hiesigen Gegebenheiten, namentlich auf dem Arbeitsmarkt anzuknüpfen. Allerdings verfügt der Beschuldigte über kein grosses soziales Umfeld, pflegt er doch weder zu seinen Eltern noch zu seinen Brüdern oder zu seinen erwachsenen Kindern regelmässigen Kontakt. Dies gilt jedoch sowohl für in der Schweiz wie auch für in Portugal lebende Nahestehende des Beschuldigten. Seine eher spärliche soziale Vernetzung dürften daher eher auf eine entsprechende charakterliche Veranlagung bzw. einen aufgrund seiner Lebenssituation erfolgten Rückzug als auf mangelnde Verwurzelung zurückzuführen sein. Nicht zuletzt wird der Beschuldigte auch im Vollzug als Einzelgänger wahrgenommen (Urk. 77 S. 2). Ein guter und regelmässiger Kontakt besteht jedenfalls zwischen dem Beschuldigten und seinem jüngstem Sohn und dessen Mutter sowie auch zu zwei guten, lang-

jährigen Freunden, welche allesamt in der Schweiz leben (vgl. dazu Urk. 50 S. 27; Urk. 81 S. 1 ff.).

4.4. Richtig ist, dass dem Beschuldigten sein Heimatland Portugal nicht völlig unbekannt ist. Wenn er sich auch kaum an seine dort zugebrachte frühe Kindheit erinnern dürfte, wird er das Land und die Kultur aufgrund seiner Kindheit und Jugend in seiner portugiesischen Familie sowie aus regelmässigen Ferientaufenthalten kennen. Dies wird eine gewisse Verbundenheit bewirkt haben, die jedoch mit einer jahrzehntelange Vertrautheit zum permanenten Aufenthaltsland nicht verglichen werden kann. Wie ausgeführt, beherrscht der Beschuldigte die portugiesische Sprache mündlich gebrochen, erlernte jedoch das Schreiben dieser Sprache nie. Ebenfalls bereits dargetan wurde, dass der Beschuldigte über keine intensiven, geschweige denn zuverlässig unterstützenden persönlichen Beziehungen in Portugal verfügt. Ebenso wenig vermag er Berufserfahrung in Portugal vorzuweisen. Die Vorinstanz hat vor diesem gesamten Hintergrund zutreffend auf die Schwierigkeiten hingewiesen, mit welchen der Beschuldigte beim Aufbau einer beruflichen Existenz in Portugal konfrontiert wäre (Urk. 50 S. 26 f.). Ebenfalls wäre das eigenständige Erledigen schriftlicher Formalitäten und der Verkehr mit Behörden für den Beschuldigten in Portugal mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden.

4.5. Die wenigen näheren Bezugspersonen des Beschuldigten leben in der Schweiz. Mit seinen in Portugal lebenden Verwandten einschliesslich seiner Eltern pflegt der Beschuldigte dagegen nur losen oder gar keinen näheren Kontakt. Mithin verfügt er über kein bereits bestehendes, tragfähiges soziales Netz in Portugal. Zudem kann in Portugal mit einer zeitnahen Etablierung einer professionellen Suchtbehandlung für den schwer kokainabhängigen Beschuldigten, der den dortigen Behörden und Institutionen völlig unbekannt ist, nicht gerechnet werden. In Anbetracht dessen, dass er aufgrund seiner knappen finanziellen Verhältnisse, seiner beschriebenen Lebenskrise und seiner beeinträchtigten gesundheitlichen Situation eigentlich in besonderem Masse auf den Halt und die Stütze eines stabilen Umfelds und vertraute Gegebenheiten angewiesen ist, erscheint

eine Reintegration in seinem Ursprungsland auch in sozialer Hinsicht und damit generell als enorm schwierig.

4.6. Im Ergebnis sprechen vor allem das praktisch völlig fehlende soziale Umfeld des Beschuldigten in seinem Heimatland einerseits sowie die lange vertrauten Verhältnisse, wie er sie in der Schweiz vorfindet, und welche ihm angesichts seiner gesundheitlichen, finanziellen und beruflichen Situation eine unverzichtbare Stütze bieten andererseits, für die Annahme eines Härtefalls – dies im Gegensatz zu den Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 50 S. 28). Die erste der Voraussetzungen, die für einen ausnahmsweisen Verzicht auf die Landesverweisung kumulativ gegeben sein müssen, ist damit erfüllt.

5. Abwägen des öffentlichen und des privaten Interesses

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

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

5.3. Das öffentliche Interesse ist bereits angesichts der Verurteilung des Beschuldigten zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 33 Monaten Freiheitsstrafe

im Sinne einer Gesamtstrafe, wobei immerhin 21 Monate auf die neuen Straftaten, insbesondere das qualifizierte Betäubungsmitteldelikt entfallen als nicht mehr gering zu bewerten. Die Tatsache, dass die Vorinstanz das Verschulden des Beschuldigten im Rahmen der Einordnung in den Strafrahmen als noch leicht bewertete (Urk. 51 S. 11), vermag daran nichts zu ändern, liegt doch per se bereits ein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe vor. In jüngeren Entscheiden hielt das Bundesgericht wiederholt fest, dass bei Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz stets besondere Strenge angezeigt sei, wenn es um die Ausweisung des Täters zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit gehe und dass "Drogenhandel" von Verfassung wegen in der Regel zur Landesverweisung führe (z.B. Urteil des Bundesgerichts 6B_378/ 2018 vom 22. Mai 2019 E. 2.2). Zu Lasten des Beschuldigten wirkt sich in diesem Zusammenhang aus, dass dieser nun bereits zum dritten Mal in völlig analoger Weise beim Handel mit Marihuana und vor allem Kokain erwischt wurde. So wurde der Beschuldigte jedes dieser drei Male im einschlägig bekannten Lokal C._____ in Winterthur mit portionierten und zum Verkauf bestimmten, auf seinem Körper versteckten Betäubungsmitteln angetroffen. In zwei der drei Fällen wurde jeweils bei anschliessenden Durchsuchungen der Räumlichkeiten des Beschuldigten weitere erhebliche, z.T. zum Verkauf bestimmte Mengen an Marihuana (einmal 56.1 Gramm und einmal 52.7 Gramm), vor allem aber Kokain (einmal 165 Gramm und einmal 78.5 Gramm) sowie auch aus Betäubungsmittelhandel stammendes Bargeld gefunden. Bereits beim ersten dieser drei Betäubungsmitteldelikte handelte es sich – mit 44 Gramm Reinsubstanz – um einen schweren Fall, und der Beschuldigte musste sechs Monate der damals ausgesprochenen Freiheitsstrafe von insgesamt 18 Monaten vollziehen (Beizugsakte 2015/10004547 Urk. 26 und Urk. 42). Gut eineinhalb Jahre nach Ausfällung bzw. Verbüsung des unbedingten Teils dieser Vorstrafe und damit während der vierjährigen Probezeit kam es zum zweiten Delikt. Dieses Mal liess die beim Beschuldigten gefundene Drogenmenge die Annahme eines schweren Falles nicht zu. Dennoch musste er die für dieses Delikt ausgesprochene Freiheitsstrafe von sechs Monaten verbüssen (Strafbefehl vom 11. Dezember 2016). Auf den Widerruf des bedingten Teils der Freiheitsstra-

fe gemäss der vorangegangenen Vorstrafe wurde seinerzeit hingegen verzichtet. Am 13. November 2017 wurde der Beschuldigte bedingt aus diesem zweiten Vollzug entlassen, wobei eine Reststrafe von 62 Tagen unter Ansetzung einer einjährigen Probezeit bedingt ausgesetzt wurde. Lediglich vier Monate später und damit während zweier laufender Probezeiten kam es zum nun interessierenden Betäubungsmitteldelikt. Angesichts der ihm vorgeworfenen bereits getätigten Verkäufe von drei Portionen zu je 0.8 Gramm Kokaingemisch sowie des sichergestellten Kokains in einer Reinmenge von 74.1 Gramm, wovon die Hälfte ebenfalls zum Weiterverkauf gedacht war, lag wiederum ein schwerer Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG vor. Dieser wiederholte Drogenhandel durch den Beschuldigten allein muss gemäss zitierter Rechtsprechung des Bundesgerichts bereits zu einer Landesverweisung nach Art. 66a StGB führen.

5.4. Kommt hinzu, dass der Beschuldigte nach seinen beiden früheren Vorstrafen im Betäubungsmittelbereich vom Migrationsamt Thurgau mit Entscheiden vom 28. Juli 2015 und vom 24. Oktober 2017 verwarnt worden war. In entsprechenden Entscheiden wurde ihm explizit der Widerruf der Niederlassungsbewilligung und eine Wegweisung im Falle weiterer Straftaten angedroht (Urk. 11.3. S. 44 ff. und S. 123 ff.; Urk. 50 S. 19). Im letzten der beiden Entscheide wurde der Beschuldigte explizit darauf hingewiesen, dass dies nun seine letzte Chance sei, in der Schweiz bleiben zu können. Ferner erhielt der Beschuldigte die Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 14. Dezember 2016 betreffend Verzicht auf den Widerruf der Vorstrafe zugestellt. In der Begründung dieses Entscheides wurde der Beschuldigte ebenfalls mahnend darauf hingewiesen, dass ihm bei weiterer Delinquenz eine Landesverweisung drohe (Beizugsakte 2016/10040847 Urk. 9). Damit ist der Beschuldigte verschiedentlich mit der Möglichkeit, im Falle weiterer Straftaten seine Aufenthaltsberechtigung zu verlieren, konfrontiert worden. Kommt hinzu, dass dem gut integrierten, fließend deutsch sprechenden Beschuldigten die jahrelange politische Auseinandersetzung um die Ausschaffungsiniziativa, deren Kern in der Ausweisung krimineller ausländischer Staatsangehöriger aus der Schweiz bestand, nicht entgangen sein kann. Unter diesen Umständen musste er bei Begehung der wiederholten Betäubungsmitteldelikte, ganz besonders aber der dritten einschlägigen Straftat, die konkrete Mög-

lichkeit, dass ihn ein solches Verhalten sein Aufenthaltsrecht in der Schweiz kosten könnte, in Betracht gezogen haben. Dennoch gelang es dem Beschuldigten selbst nach zwei verbüssten Freiheitsstrafen weder von seinem Kokainkonsum noch von seinen Drogengeschäften abzulassen, was auch für die Zukunft eine enorme Rückfallgefahr manifestiert, und zwar just in einem Bereich, in welchem gemäss Bundesgericht, wie ausgeführt, besondere Strenge angezeigt ist.

5.5. Der den Beschuldigten begutachtende Arzt, Dr. med. H. B._____, ging in seinem Gutachten vom 10. August 2018 nicht nur von einer blossen Rückfallgefahr aus, sondern sprach gar von einem eigentlichen Hochrisikoprofil (Urk. 6/5 S. 45 und S. 49). Die ausgeprägte Kokainabhängigkeit des Beschuldigten und die von ihm konsumierten auffällig hohen Kokainmengen, verbunden mit einer – Suchtkranken eigenen – Störung der realitätsgerechten Wahrnehmung (z.B. Urk. 6/5 S. 42) würden gemäss dieser Einschätzung die hier bestehende Rückfallgefahr unterstreichen. Der Beschuldigte lebt nun im Justizvollzug gezwungenermassen seit rund eineinhalb Jahren abstinent (Urk. 82 S. 18 f.). Eine eigentliche Aufarbeitung der Suchtproblematik ist allerdings, nachdem der Beschuldigte die ambulante Massnahme noch nicht hat antreten können, bislang unterblieben. Auch wenn dies dem Beschuldigten nicht angelastet werden kann, fehlt eine tiefergehende und somit nachhaltige Auseinandersetzung mit der Sucht und ihren Ursachen.

5.6. Insgesamt liegt aus den dargelegten Gründen, d.h. aufgrund der schwerwiegenden und wiederholten Delinquenz im Betäubungsmittelbereich, die nun zu einer Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 33 Monaten führt, sowie der ausgeprägten Rückfallgefahr ein sehr hohes öffentliches Interesse der Schweiz an einer Ausweisung des Beschuldigten vor.

5.7. Andererseits sind – wie bereits bei der Beurteilung des schweren persönlichen Härtefalls erörtert – auf Seiten des Beschuldigten durchaus beachtliche private Interessen an einem weiteren Verbleib vorhanden. Insbesondere fällt sein enorm langer Aufenthalt von fünfzig Jahren in der Schweiz, der bis vor einigen Jahren in strafrechtlicher Hinsicht völlig unauffällig verlief, ins Gewicht. Auswirkungen einer Ausweisung auf das Familienleben des Beschuldigten sind dagegen

insofern zu relativieren, als dieser mit einem kurzen Unterbruch seit 2011 ohnehin nicht mehr mit seiner Exfrau und dem gemeinsamen, heute 13-jährigen Sohn zusammenlebt. Trotz der grundsätzlich guten Beziehung, die der Beschuldigte nach wie vor zu beiden pflegt, ist zu bemerken, dass der persönliche Kontakt zu seinem Sohn aufgrund der erwähnten Gefängnisaufenthalte des Beschuldigten in den letzten Jahren bereits mehrfach monatelang unterbrochen werden musste. Der Beschuldigte wollte damals nicht, dass der Sohn die Wahrheit über seinen Verbleib erfuhr, weshalb diesem stattdessen erklärt wurde, der Vater sei zur Arbeit in Portugal (Urk. 6/5 S. 12; Urk. 81 S. 6 f.). Auch während der aktuellen Haftzeit des Beschuldigten besuchte sein Sohn ihn lediglich einmal. Seit seinem Übertritt in die Strafanstalt Pöschwies am 26. Juni 2019 gab es keinen Besuch des Sohnes, wie dem Vollzugsbericht entnommen werden kann (Urk. 77 S. 2). Damit sind abermals mehrmonatige Unterbrüche im persönlichen Kontakt zwischen dem Beschuldigten und seinem jüngsten Sohn zu verzeichnen (Prot. I S. 18 f.; Urk. 81 S. 6 f.). Telefongespräche, die gemäss Aussagen des Beschuldigten jedes Wochenende stattfänden (Urk. 81 S. 2; vgl. auch Prot. I S. 19), könnten – wie die Vorinstanz mit Recht ausführt – auch vom Ausland aus geführt werden. Das gilt besonders in Anbetracht des bereits fortgeschrittenen Alters seines Sohnes von dreizehn Jahren. Vor diesem Hintergrund sind nur äusserst mässige Auswirkungen einer Landesverweisung auf das Familienleben des Beschuldigten erkennbar. Von einer Verletzung des Anspruches auf Achtung des Familienlebens kann keine Rede sein.

5.8. Nicht zu verhehlen ist wie bereits erwähnt, dass sich die Reintegration des Beschuldigten in seinem Heimatstaat keinesfalls einfach gestalten wird, was ebenfalls bereits bei der Härtefallprüfung aufgezeigt wurde. Dennoch kann sie gelingen, verfügt der Beschuldigte, der in einer portugiesisch sprechenden Familie aufgewachsen ist, mit Sicherheit über genügend Sprachkenntnisse, um sich im Alltag und im Erwerbsleben, das zweifellos in einer handwerklichen Tätigkeit bestehen wird, zurecht zu finden. Die Verteidigung brachte denn anlässlich der Berufungsverhandlung auch vor, dass die Portugiesischkenntnisse des Beschuldigten in der schweizerischen Baubranche von Vorteil sein könnten (Urk. 82 S. 13). Er räumt damit ein, dass der Beschuldigte sich in der Baubranche auf Portugie-

sich verständigen kann. Der Überlegung der Vorinstanz, welche in der in der Schweiz absolvierten Ausbildung des Beschuldigten, seiner langjährigen Arbeits- erfahrung und Mehrsprachigkeit Vorteile mit Blick auf den Einstieg in die Arbeits- welt in Portugal sieht (Urk. 50 S. 27), ist vorbehaltlos zu folgen. Schliesslich er- wählte der Beschuldigte in einem seiner früheren Verfahren, dass die Hälfte der Einwohner der Stadt G._____ in Portugal, also seiner Heimatstadt, wo auch seine Eltern heute wieder wohnen, mit ihm verwandt sei (Beizugsakte 2015/10004547 Urk. 9/3 S. 15; Urk. 81 S. 4). Das bestätigte er auch anlässlich der Berufungsver- handlung, wobei diese über die gesamte Stadt verteilt seien (Urk. 81 S. 4). Inso- fern darf durchaus davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte auf ein Potential an Unterstützung bei seiner Reintegration und insbesondere seinem Einstieg ins Erwerbsleben durch Verwandte zählen können wird, selbst wenn er aktiv Hilfe bei ihm aktuell wenig vertrauten Personen wird einfordern müssen. Die Stadt G._____ liegt im Übrigen in einer bevölkerungsreichen Gegend Portugals in der Nähe der Stadt I._____ und dürfte damit durchaus Arbeitsmöglichkeiten bie- ten. Vor diesem Hintergrund hat das im angefochtenen Entscheid gezogene Fazit, dass die soziale und berufliche Integration des Beschuldigten nach einer Verbüs- sung der Freiheitsstrafe in Portugal kaum schwieriger sein werde als in der Schweiz, seine Berechtigung.

5.9. Die Kokainabhängigkeit des Beschuldigten begründet trotz Anordnung ei- ner ambulanten Massnahme zur Suchtbehandlung einerseits wie erwähnt die grosse Rückfallgefahr, andererseits aber auch die konkrete Befürchtung, der Be- schuldigte könnte bei seiner Reintegration nach dem Strafvollzug versagen. Diese Besorgnis besteht allerdings ungeachtet des künftigen Aufenthaltsortes des Be- schuldigten, lässt sich also weder durch einen Verzicht auf eine Landesverwei- sung noch durch deren Anordnung beheben. In der Schweiz könnte der Beschul- digte nach dem Strafvollzug zwar weiterhin die bereits geplante Therapie fort- setzen, was die Rückfallprognose verbessert. Andererseits führte bisher jede Rückkehr des Beschuldigten in die bisherigen Verhältnisse trotz teils monatelan- ger Abstinenz zu einem unverzüglichen Rückfall in den – sehr hoch dosierten – Kokainkonsum. Die Sucht wirkt sich beim Beschuldigten offensichtlich nicht nur in körperlicher und psychischer Hinsicht aus; er ist vielmehr überaus anfällig für den

Zuspruch und jedes Lob seiner Abnehmer und erfährt in diesen Kreisen diejenige Anerkennung und Wertschätzung, die ihm sonst versagt bleibt. Dies scheint ihm einen gewissen, wenn nicht den einzigen, sozialen Halt zu geben, führt jedoch regelmässig in eine Sackgasse. Diese Mechanismen werden im Gutachten über den Beschuldigten klar aufgezeigt (Urk. 6/5 S. 11 f., S. 15 f., S. 23 ff. S. 31, S. 36 ff.). Bei einer Ausweisung aus der Schweiz und insbesondere einem dadurch erzwungenen Wegzug nach Portugal wäre dem Beschuldigten die Rückkehr in diese Kreise gänzlich verwehrt. Wenn auch in Portugal ebenfalls Kokain erhältlich ist, könnte sich die Unmöglichkeit, in einer Krise der Verführung nachzugeben und die bereits bekannten Kokainlieferanten sowie -konsumenten bzw. -abnehmer und entsprechenden Örtlichkeiten aufzusuchen, als Vorteil erweisen.

5.10. Im Ergebnis ist trotz der vielen Jahre, die der Beschuldigte klaglos in der Schweiz verbrachte, auf ein sein privates Interesse am Verbleib im Land überwiegendes öffentliches Interesse der Schweiz an der Vereitelung relativ wahrscheinlicher künftiger Betäubungsmitteldelikte durch den Beschuldigten zu schliessen.

6. Zwischenergebnis

Die Anwendung von Art. 66a Abs. 2 StGB führt dazu, dass der Beschuldigte in Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids aufgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses der Schweiz an seiner Ausweisung aus deren Staatsgebiet zu verweisen ist.

7. Vereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen

7.1. Wie gesagt ist in einem nächsten Schritt zu prüfen ist, ob die aufgrund Art. 66a StGB zu bejahende Landesverweisung mit dem FZA vereinbar ist.

7.2. Das Bundesgericht hat sich unlängst ausführlich zum Verhältnis zwischen Art. 66a des StGB und den Bestimmungen des FZA geäußert (so in den Urteilen 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 3 f. und 6B_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2). Es hielt fest, dass in der Rechtsanwendung neben der integralen Verfassung auch das Bundesgesetz, insbesondere Art. 66a ff. StGB, und das FZA massgebend seien. Die Parteien des FZA hätten (zwar) ausdrücklich die Berück-

sichtigung der Rechtsprechung des EUGH, aber keinen völkerrechtlichen Vorrang des FZA vor dem Schweizer Landesrecht, namentlich dem Strafrecht, vereinbart. Soweit divergierende massgebende Normen vorlägen, sei unter Berücksichtigung der Wertungen des Gesetzgebers eine Abwägung erforderlich. Durch das Abkommen, welches die Schweiz in der Gestaltung des Strafrechts nicht binde, werde den Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten ein weitgehendes und reziprokes Recht auf Erwerbstätigkeit in der Schweiz eingeräumt. Dieses Recht stehe allerdings unter der Voraussetzung eines rechtmässigen Aufenthalts und eines rechtskonformen Verhaltens des Betreffenden. Ein schuldig gesprochener Straftäter habe sich offensichtlich nicht an diese Konformitätsbedingungen gehalten und sein Recht auf Gleichbehandlung mit den Inländern, was den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit etc. anbelange, verwirkt. Soweit im Interesse der Allgemeinheit zwingend und verhältnismässig, dürften gegenüber einer solchen Person gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA die im Abkommen eingeräumten Rechte eingeschränkt werden. Insbesondere sei dies aus Gründen der öffentlichen Ordnung, worunter eine Störung der sozialen Ordnung und Sicherheit zu verstehen sei, zulässig. Jedoch sei Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA für die Schweiz in strafrechtlicher Hinsicht nicht in einer ihren Normgehalt entleerenden Weise auszulegen. Dass in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Ausländerrecht die Einschränkungen des Aufenthaltsrechts gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA regelmässig restriktiv interpretiert bzw. eng ausgelegt würden, sei auf die in diesem Bereich zu berücksichtigende Rechtsanwendung des EuGH zurückzuführen, welche sich auf das Primärrecht stütze und integrativ wirkenden Überlegungen folge. Für das Strafrecht sei diese Nuance – d.h. die ausserordentlich restriktive Interpretation von Art. 5 Abs. 2 Anhang I FZA durch den EuGH – nach aktueller Rechtslage nicht zu berücksichtigen. Andererseits könne eine strafrechtliche Verurteilung gemäss Rechtsprechung des EuGH nicht automatisch eine Landesverweisung begründen, weshalb einzelfallweise zu prüfen sei, ob Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA der im StGB vorgesehenen strafrechtlichen Landesverweisung, welche weder eine wirtschaftliche noch eine migrationsrechtliche Komponente aufweise, entgegenstehe. Vorausgesetzt werde eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch die betreffende Person. Eine solche

könne sich insbesondere aus den Umständen, welche der strafrechtlichen Verurteilung zugrunde lägen, aber auch aus vergangenem Verhalten erkennen lassen. Über das künftige Wohlverhalten sei eine Prognose zu stellen, wobei eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Straftäter künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung (wieder) stören wird, zu verlangen sei. Je schwerer die Verletzung sei, die zu befürchten stehe und je höher die Rechtsgüter seien, die davon vermutlich betroffen wären, desto geringer müsse das Rückfallrisiko ausfallen.

7.3. Die Einreise bzw. der Aufenthalt des Beschuldigten in der Schweiz sowie seine Berechtigung, hier eine Erwerbstätigkeit auszuüben, gründen nicht auf dem FZA, sondern sind auf wesentlich früher eingetretene Umstände zurückzuführen. Jedenfalls verfügt der Beschuldigte über eine bis 15. Juli 2022 gültige Aufenthaltsbewilligung C, weshalb er sich rechtmässig im Land aufhält (Urk. 77 S. 1). Derzeit befindet er sich in Haft, verfügt (also) über keine Arbeitsstelle auf dem freien Markt. Allerdings ist die Stellenlosigkeit des Beschuldigten keine unmittelbare Folge seines Gefängnisaufenthalts, sondern eine bereits seit 2014 andauernde Tatsache. Nachdem der Beschuldigte seit Jahren keine legale Erwerbstätigkeit ausübt, fragt sich, inwiefern er sich überhaupt auf das FZA berufen kann, wird doch das Recht auf Freizügigkeit nur Arbeitnehmern, Selbständigerwerbenden und ihren Familienangehörigen eingeräumt. Der Beschuldigte gehört zu keiner dieser Kategorien und erfüllt auch keine der Voraussetzungen, welche gemäss Art. 24 Anhang I FZA ein Aufenthaltsrecht begründen könnten.

7.4. Ferner hielt das Bundesgericht mit Bezug auf die angesichts von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA für eine Landesverweisung erforderliche gewisse Schwere der Störung der öffentlichen Ordnung schon mehrfach fest, dass eine solche im Falle qualifizierten Drogenhandels in der Regel zu bejahen sei. Dies ist auch hier nicht anders, besass der Beschuldigte doch teilweise für den Verkauf bestimmtes Kokain in einer Menge, welche die bundesgerichtlich angesetzte Schwelle für einen schweren Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG, nämlich 18 Gramm, deutlich überstieg. Kommt hinzu, dass dem Beschuldigten aufgrund seiner beiden vorne wiedergegebenen früheren einschlägigen Delikte sowie der Tatsache, dass ihn auch zwei relativ kurz aufeinander folgende Strafvollzüge nicht von strafbarem

Verhalten abbringen liessen, und schliesslich auch aufgrund seiner schweren Kokainabhängigkeit eine sehr schlechte Legalprognose zu stellen ist. Der Beschuldigte liess damit gesamthaft betrachtet und nun schon zum wiederholten Mal ein persönliches Verhalten erkennen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung und der Gesundheit vieler Menschen darstellt. Angesichts des von ihm betriebenen Kokainhandels würde auch eine Anwendung des FZA keinen Schutz vor der Ausweisung bieten.

8. Ergebnis

Nachdem die Landesverweisung des Beschuldigten gestützt auf Art. 66a StGB zu bejahen und deren Anordnung mit dem FZA vereinbar ist, ist die im angefochtenen Entscheid angeordnete Landesverweisung zu bestätigen. Die Dauer derselben ist bereits mit Blick auf das Verschlechterungsverbot bei 5 Jahren zu belassen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Erstinstanzliches Verfahren

Das vorliegende Urteil ändert nichts an der Angemessenheit der im angefochtenen Entscheid getroffenen Kosten- und Entschädigungsregelung, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

2. Berufungsverfahren

2.1. Die Gebühr für das Berufungsverfahren ist praxisgemäss auf Fr. 2'500.00 festzusetzen.

2.2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinem Antrag auf Verzicht auf eine Landesverweisung, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind. Die Kosten der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten sind einstweilen unter Vorbehalt der Nach-

zahlungspflicht nach Art. 135 Abs. 4 lit. a StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 425 StPO).

2.3. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, reichte mit Eingabe vom 19. September 2019 seine Honorarnote mit der Auflistung seiner Aufwendungen und Auslagen im zweitinstanzlichen Verfahren samt geschätztem Aufwand für die Berufungsverhandlung von vier Stunden ein. Die in Rechnung gestellten Aufwände sind grundsätzlich angemessen, weshalb er nach Vornahme der notwendigen Korrektur betreffend die konkrete Dauer der Berufungsverhandlung antragsgemäss mit Fr. 6'000.– (inkl. MWST) aus der Gerichtskasse zu entschädigen ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 7. Februar 2019 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

1. Der Beschuldigte A.____ ist schuldig
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG,
 - des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG sowie
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Abs. 1 i.V.m. Art. 19 BetmG.
2. Der bedingte Vollzug bezüglich des mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. April 2015 ausgefallten Strafteils von 12 Monaten Freiheitsstrafe wird widerrufen.
3. Der Beschuldigte wird in den Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 11. Dezember 2016 ausgefallten Freiheitsstrafe rückversetzt. Die Reststrafe von 62 Tagen ist zu vollziehen.
4. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der widerrufenen Strafe gemäss Dispositivziffer 2 sowie des Strafrests gemäss Dispositivziffer 3 bestraft mit einer unbedingten Frei-

heitsstrafe von 33 Monaten als Gesamtstrafe, wovon bis und mit heute 332 Tage durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug bereits erstanden sind sowie mit einer Busse von Fr. 500.–.

5. Die Busse ist zu bezahlen.

Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, wird eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen angeordnet.

6. Es wird eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung) angeordnet. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.

Es wird davon Vormerk genommen, dass der Beschuldigte die Massnahme sofort anzutreten wünscht.

7. (...)

8. Von der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird abgesehen.

9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 9. April 2018 beschlagnahmten Mobiltelefone der Marke Samsung (Asservat-Nr. A011'315'847), BM Lager-Nr. B00632-2018, und der Marke Sony (Asservat-Nr. A011'315'858), BM Lager-Nr. B00632-2018, werden dem Beschuldigten nach Rechtskraft zu Handen der Effekten herausgegeben.

10. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 9. April 2018 beschlagnahmten Gegenstände, Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:

- 2 Minigrip insgesamt 1.5 Gramm Kokain (Asservat-Nr. A011'314'651)
BM Lager Nr. B00632-2018;
- 8 Minigrip insgesamt 22.5 Gramm Haschisch (Asservat-Nr. A011'314'673)
BM Lager-Nr. B00632-2018;
- 1 Herrenhandtasche schwarz (Asservat-Nr. A011'315'869)
BM Lager-Nr. B00632-2018;
- 1 Spiegel (BM-Zubehör) (Asservat-Nr. A011'315'870)
BM Lager-Nr. B00632-2018;
- 90.5 Gramm Kokain (Asservat-Nr. A011'315'811) BM Lager-Nr. B00632-2018;
- 45 Gramm Haschisch (Asservat-Nr. A011'315'892) BM Lager-Nr. B00632-2018

11. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 8. Oktober 2018 beschlagnahmten Fr. 6'034.50 werden zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
12. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
- | | | |
|-----|------------------|---|
| Fr. | 4'500.00 | ; die weiteren Kosten betragen: |
| Fr. | 5'000.00 | Gebühr Vorverfahren |
| Fr. | 11'737.25 | Auslagen Vorverfahren (Gutachten Dr. B._____, Alkoholanalyse IRM, Gutachten FOR, Haaranalyse IRM) |
| Fr. | 17'041.40 | amtliche Verteidigung (inkl. Barauslagen und MwSt) |
| Fr. | <u>38'278.65</u> | Total |

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

13. Die Kosten des Vorverfahrens (Gebühr und Auslagen Vorverfahren) und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
14. (Mitteilungen)
15. (Rechtsmittel)"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a lit. o StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
- | | | |
|-----|----------|---------------------------------|
| Fr. | 2'500.00 | ; die weiteren Kosten betragen: |
| Fr. | 6'000.– | amtliche Verteidigung |
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten

der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (überbracht)
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (versandt)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (versandt)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

und nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz, mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen an die Behörden, inkl. Formular A/B und DNA-Formular an die KOST Zürich
- das Migrationsamt des Kantons Zürich

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

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

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 19. September 2019

Der Präsident:

lic. iur. R. Naef

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Kistler