

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



0Geschäfts-Nr.: SB190315-O/U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Burger, Präsident, und lic. iur. Stiefel, Ersatz-
oberrichterin lic. iur. Tschudi sowie Gerichtsschreiberin MLaw Höchli

Urteil vom 8. November 2019

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

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

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 15. Mai 2019
(DG190020)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 20. März 2019 (Urk. D1 31) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und c in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG, teilweise in Verbindung mit Art. 25 StGB sowie
 - der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung im Sinne von Art. 105 Abs. 1 und Abs. 5 AVIG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt.
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für die Dauer von 5 Jahren des Landes verwiesen.
5. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	3'900.00;	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	2'100.00	Gebühr für das Vorverfahren;
Fr.	5'556.00	Kosten amtliche Verteidigung (inkl. MWSt und Barauslagen);
Fr.	11'556.00	Total.

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Gerichtsgebühr auf zwei Drittel.

6. Die Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung dieser Kosten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 68 S. 1)

1. Es sei Ziffer 4 des angefochtenen Urteils aufzuheben und es sei von der Aussprechung einer Landesverweisung nach Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB abzusehen.
2. Es seien die Kosten- und Entschädigungsfolgen des zweitinstanzlichen Verfahrens zulasten der Staatskasse zu regeln.

- b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland:

(Urk. 63, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensverlauf

1. Mit Urteil vom 15. Mai 2019 sprach das Bezirksgericht Winterthur den Beschuldigten der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten, unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren. Weiter wurde für den Beschuldigten eine obligatorische Landesverweisung für die Dauer von 5 Jahren angeordnet und es wurden die Kosten- und Entschädigungsfolgen geregelt (Urk. 57).

2.1 Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 24 ff.) liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 16. Mai 2019 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 50; Art. 399 Abs. 1 StPO). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 11. Juni 2019 reichte die amtliche Verteidigung mit Eingabe vom 1. Juli 2019 fristwährend eine Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO ein (Urk. 54; Urk. 60). Mit Präsidialverfügung vom 4. Juli 2019 wurde die Berufungserklärung des Beschuldigten der Staatsanwaltschaft sowie der Privatklägerin zugestellt und Frist zur Erklärung einer Anschlussberufung oder zum Stellen eines Nichteintretensantrags angesetzt (Urk. 61). Mit Eingabe vom 12. Juni 2019 erklärte die Staatsanwaltschaft, auf eine Anschlussberufung zu verzichten und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 63). Nachdem der amtliche Verteidiger keine Einwände erhoben hatte, wurde das Dispensationsgesuch der Staatsanwaltschaft bewilligt (Urk. 63; Urk. 65).

2.2 Die Berufungsverhandlung fand in Anwesenheit des Beschuldigten und seiner amtlichen Verteidigung statt (Prot. II S. 3 ff.).

II. Prozessuales

Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Die Berufung des Beschuldigten richtet sich einzig gegen die Anordnung der Landesverweisung (Urk. 60; Urk. 68). Unangefochten bleibt der vorinstanzliche Entscheid demnach hinsichtlich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 2 - 3 (Strafe und Vollzug), und 5 - 6 (Kosten- und Entschädigungsfolgen). Dass das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 15. Mai 2019 in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist, ist vorab mittels Beschluss festzustellen.

III. Landesverweisung

1. Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass beim Beschuldigten die Voraussetzungen für eine obligatorische Landesverweisung im Sinne von Art. 66a lit. o StGB gegeben seien und bei ihm insbesondere kein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliege. Da sie die Landesverweisung in diesem Fall zudem als mit dem FZA vereinbar erachtete, ordnete sie diese entsprechend für die minimale Dauer von 5 Jahren an (Urk. 57 S. 15 ff.). Gegen diese Anordnung richtet sich die Berufung des Beschuldigten (Urk. 60 S. 1; Urk. 68 S. 1). Er macht einerseits geltend, dass eine Landesverweisung bei ihm einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, zumal er hier in der Schweiz gut integriert sei und er mit seiner ebenfalls in der Schweiz wohnhaften Partnerin plane, eine Familie zu gründen. Aus seiner Sicht wäre andererseits aber bereits deshalb von einer Landesverweisung abzusehen, weil Art. 66a StGB für Bürger der EU und der EFTA gar nicht anwendbar sei. Dabei stützt er sich auf ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. August 2017 (SB170250) und macht weiter geltend, dass die Situation nur dann anders zu beurteilen wäre, wenn sein Verschulden auf eine anhaltende schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung schliessen lassen würde (Urk. 47 S. 2; Urk. 68 S. 2 f.). Überdies lässt der Beschuldigte vorbringen, dass die Voraussetzungen einer Landesverweisung in diesem Fall nicht mit dem Argument "dura lex, sed lex" bejaht werden dürfe. So bestehe für den Beschuldigten die Konstellation,

dass aufgrund der einschneidenden Konsequenzen beim Vollzug einer Landesverweisung ein krasses Missverhältnis der Sanktion zum begangenen Unrecht bestehen würde. Auf diese Weise würde die Landesverweisung, welche nach Gesetz als Nebenstrafe erscheinen müsste, in nicht zu vertretender Weise zur klar dominierenden Hauptstrafe (Urk. 47 S. 2 f.; Urk. 68 S. 2 f.).

2. Was die Prüfungsreihenfolge betrifft, ist im Sinne der bundesgerichtlichen Vorgaben (BGE 145 IV 55 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_907/2018 vom 23. November 2018 E. 2.4.2) 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.

3.1 Gemäss Art. 66a lit. o StGB verweist das Gericht einen Ausländer, der wegen einer Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 BetmG verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für fünf bis fünfzehn Jahre aus der Schweiz. Ein Verzicht auf eine Landesverweisung ist nur ausnahmsweise möglich, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Art. 66a Abs. 2 StGB).

3.2 Diese Bestimmungen zur obligatorischen Landesverweisung sind am 1. Oktober 2016 in Kraft getreten und demnach auch nur auf Delikte anwendbar, welche nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens begangen wurden (Zurbrügg/Hruschka, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar StGB, 4. Aufl. 2019, N 61 zu Vor Art. 66a - 66d). Zu prüfen ist daher, ob sich der Beschuldigte, welcher als Staatsangehöriger von Portugal Ausländer im Sinne der Bestimmungen zur Landesverweisung ist, mit seinen nach dem 1. Oktober 2016 begangenen Taten einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a StGB schuldig gemacht hat.

3.3 Die Handlungen, wegen welchen der Beschuldigte der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig zu sprechen ist, beging er im Zeitraum vom 15. September 2016 bis am 25. Oktober 2016 und mithin teil-

weise noch vor dem 1. Oktober 2016. Das Vorliegen eines schweren Falls einer Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG wird ab einer Menge von 18 Gramm Reinsubstanz Kokain bejaht (BGE 109 IV 143 E. 3b; Fingerhuth/Schlegel/Jucker, Kommentar BetmG, 3. Aufl., Zürich 2016, N 176 und N 181 zu Art. 19 BetmG). Angesichts des Überschreitens dieser Menge um ein Vielfaches, hätten entsprechend aber bereits die Entgegennahme und anschliessende Weitergabe von zwei Paketen mit rund 200 Gramm reinem Kokain vom 25. Oktober 2016 und mithin auch die erst nach dem 1. Oktober 2016 begangenen Handlungen eine solche qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG zu begründen vermögen.

3.4 Da sich der Beschuldigte somit nach dem 1. Oktober 2016 einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a lit. o StGB schuldig gemacht hat, sind die Voraussetzungen für eine obligatorische Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB grundsätzlich unbestritten erfüllt. Anzumerken ist dabei, dass für das Vorliegen einer Katalogtat unerheblich ist, dass der Beschuldigte gewisse Tathandlungen, welche zur Verurteilung wegen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz führten, lediglich in Gehilfenschaft beging (Zurbrügg/Hruschka, a.a.O., N 3 zu Art. 66a). Der Beschuldigte wäre somit grundsätzlich des Landes zu verweisen, es sei denn, es liegt ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vor.

3.5.1 Wann ein persönlicher Härtefall vorliegt, wird vom Gesetz nicht definiert, auch die bei der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Kriterien werden nicht erwähnt. Der Entscheid wird in das Ermessen des Gerichtes gelegt, welches den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten hat. Gemäss den Feststellungen des Bundesgerichtes ist der Botschaft keine Definition der Härtefallklausel zu entnehmen und ergeben sich aus den parlamentarischen Debatten keine nützlichen Auslegungselemente. Jedoch geht daraus hervor, dass der Gesetzgeber die Ausnahmeklausel restriktiv regeln und das richterliche Ermessen soweit als möglich reduzieren wollte (BGE 144 IV 332 E. 3.3.1.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann die Beurteilung eines Härtefalls kriterien-

geleitet nach der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" gemäss Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über die Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 vorgenommen werden (BGer 6B_659/2018 Urteil vom 20. September 2018 E. 3.3.3.). Diese Kriterien sind insbesondere Integration in der Schweiz, Familienverhältnisse, finanzielle Verhältnisse, Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, Gesundheitszustand, Resozialisierungschancen im Heimatland, medizinische Versorgung, familiäre Bindung in der Schweiz. Ein schwerer persönlicher Härtefall liegt dann vor, wenn die Summe aller mit der Landesverweisung verbundenen Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt (Bussslinger/Übersax, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, plädoyer 5/16 S. 101). Ein Härtefall ist jedoch nicht leichthin anzunehmen, da der Strafrichter bei Katalogtaten gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB nur ausnahmsweise von der Landesverweisung absehen darf (Bussslinger/Übersax, a.a.O., S. 97). Steht fest, dass die Landesverweisung zu einer schweren persönlichen Härte führen würde, sind sodann die privaten Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz den öffentlichen Interessen an der Landesverweisung, deren Gewicht wesentlich von der Art und Schwere der begangenen Delikte und der Legalprognose abhängt, gegenüberzustellen. Überwiegen die öffentlichen Interessen, muss die Landesverweisung ausgesprochen werden (Bussslinger/Übersax, a.a.O., S. 102 ff.; BGE 6B_659/2018 E. 3.3.3.; BGE 6B_209/2018 E. 3.3.2.). Bei der Interessenabwägung ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB; vgl. dazu BGE 6B_209/2018 E. 3.3.2 ff.).

3.5.2 Über die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten ist bekannt, dass er am tt. Mai 1982 in B._____ geboren wurde. In Portugal ist er dann auch als jüngstes von sechs Geschwistern aufgewachsen und zur Schule gegangen. Mit 14 Jahren hat er als Schaler auf Baustellen zu arbeiten begonnen. Eine Lehre hat er aber nicht absolviert. Nach geleistetem Militärdienst hat er mit einem Cousin in C._____ gearbeitet. Im Jahre 2006 und mithin im Alter von 24 Jahren kam er sodann in die Schweiz und arbeitete auch hier wiederum auf dem Bau. Zunächst

hatte er eine Festanstellung. Nach einem Unfall hat er dann temporär zu arbeiten begonnen. Auch hat er zwischenzeitlich durch das Sozialamt unterstützt werden müssen. Später arbeitete er auf Vermittlung des Sozialamtes in der Stiftung "D._____" als Gärtner. Bei dieser Tätigkeit kam es dann auch dazu, dass er den Mitbeschuldigten E._____ kennengelernt hatte. Seit dem Jahre 2016 arbeitet der Beschuldigte nun bei der Firma F._____ AG als Gärtner. Mit dieser Tätigkeit erzielt er ein monatliches Einkommen von rund Fr. 3'600.– netto. Aufgrund einer bestehenden Lohnpfändung geht dieser Verdienst direkt an die Gemeinde G._____, welche davon seine Schulden sowie seine Miete von Fr. 600.– und die Krankenkassenprämien bezahlt. Für seinen Lebensunterhalt erhält er von der Gemeinde sodann wöchentlich Fr. 316.10 ausbezahlt. Für kurze Zeit war der Beschuldigte in der Schweiz auch verheiratet. Mittlerweile ist er jedoch geschieden. Er wohnt alleine, hat aber seit rund drei Jahren eine Freundin, welche er jeweils am Wochenende besucht. Seine Freundin ist ebenfalls Portugiesin und lebt seit dem Alter von 13 Jahren in der Schweiz. Seit dem 27. Oktober 2017 verfügt der Beschuldigte über eine C-Niederlassungsbewilligung. Eine Schwester des Beschuldigten wohnt heute in H._____. Seine übrigen Geschwister leben aber nach wie vor in Portugal. Auch seine Mutter lebt dort. Seit sie im Altersheim ist, hat er gemäss seinen Angaben aber keinen Kontakt mehr zu ihr. Sein Vater ist vor drei Jahren verstorben (Urk. D1/17 S. 11 ff.; Urk. D1/29 S. 6 f.; Prot. I S. 13 ff.; Prot. II S. 5 ff.).

3.5.3 Der Beschuldigte reiste erst im Alter von 24 Jahren in die Schweiz ein und verbrachte somit die prägenden Kinder- und Jugendjahre in Portugal. Entsprechend ist auch davon auszugehen, dass er mit den Gepflogenheiten des Landes und der portugiesischen Sprache bestens vertraut ist. In Portugal lebt denn auch noch heute ein Grossteil seiner Familie. Lediglich eine Schwester wohnt wie er in der Schweiz. Vor diesem Hintergrund würde der Beschuldigte bei einer Rückkehr nach Portugal auf ein bekanntes und vertrautes Umfeld treffen, von welchem auch zu erwarten ist, dass ihm dieses bei der Wiedereingliederung in Portugal nach Kräften behilflich sein würde. Über sein in der Schweiz vorhandenes Beziehungsnetz ist insbesondere bekannt, dass er seit rund drei Jahren eine Beziehung mit einer in der Schweiz lebenden Portugiesin führt. Das Paar hat

keine Kinder. Nachdem der Beschuldigte noch in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 31. Januar 2018 verneint hatte, dass er vorhabe, demnächst zu heiraten und eine Familie zu gründen (Urk. D1/17 S. 13), gab er seit der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 15. März 2019 nun an, dass seine Freundin bald Mutter und er auch bald Vater werden wollen würden (Urk. D1/29 S. 7). So erklärte er auch vor Vorinstanz und in der Berufungsverhandlung, dass es sein Wunsch sei, seine Freundin zu heiraten und Vater zu werden (Prot. I S. 19; Prot. II S. 10). Zwar gab der Beschuldigte an, dass seine Freundin nicht nach Portugal mitkommen würde (Prot. I S. 19). In Anbetracht dessen, dass auch sie in Portugal aufwuchs, wären aber auch ihr die Gepflogenheiten jenes Landes nicht fremd. Entsprechend wäre es auch ihr grundsätzlich zumutbar, den Beschuldigten bei einer allfälligen Ausreise nach Portugal zu begleiten. Die Gründung einer gemeinsamen Familie mit seiner Partnerin würde durch die Anordnung einer Landesverweisung somit zwar erschwert, nicht aber von vornherein verunmöglicht. Weiter kann zwar nicht ausser Acht gelassen werden, dass es für den Beschuldigten in Anbetracht dessen, dass er nie eine Berufslehre abgeschlossen hat, mit Schwierigkeiten verbunden sein würde, in Portugal eine Arbeitsstelle zu finden. Trotz der fehlenden Ausbildung war es ihm aber bereits in seiner Jugend möglich, in Portugal einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Aus diesem Grund sowie angesichts der seither zusätzlich gesammelten Berufserfahrung ist daher nicht zu befürchten, dass die zu erwartenden Schwierigkeiten bei der Arbeitssuche so gross sein würden, dass eine Ausreise und ein damit verbundener beruflicher Neustart für ihn nicht mehr als zumutbar erachtet werden könnten.

3.5.4 Insbesondere in Anbetracht dessen, dass der Beschuldigte bei einer Rückkehr nach Portugal auf ein grosses und ihm vertrautes familiäres Umfeld treffen würde, kann ihm zugemutet werden, die Schweiz zu verlassen. Zudem sind die Schwierigkeiten, die ihn beim Verlassen der Schweiz treffen würden, angesichts der vorstehenden Erwägungen nicht derart gravierend, dass sie zu einem unzumutbaren Eingriff in seine Existenz führen würden. Ein schwerer persönlicher Härtefall liegt damit nicht vor.

3.6 Liegt kein Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vor, so besteht grundsätzlich auch keine Veranlassung, eine Abwägung zwischen den privaten Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz und den öffentlichen Interessen an der Fernhaltung der beschuldigten Person vorzunehmen, denn die Härtefallklausel kommt nach dem klaren Wortlaut von Art. 66a Abs. 2 StGB nur in Ausnahmefällen unter den kumulativen Voraussetzungen zur Anwendung. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass auch wenn beim Beschuldigten von einem schweren persönlichen Härtefall ausgegangen worden wäre, eine Interessenabwägung trotz des hinsichtlich der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz noch im untersten Bereich liegenden Tatverschuldens nicht zu seinen Gunsten hätte ausfallen können. So stellt der Drogenhandel gemäss bundesgerichtlicher Praxis eine schwerwiegende Rechtsgutverletzung dar, welche die Ausweisung eines Ausländers zu rechtfertigen vermag. Aufgrund der Strenge, welche das Bundesgericht bei Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten und damit zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit zeigt (Urteil des Bundesgerichtes 6B_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.4.1; Urteil des Bundesgerichtes 6B_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.5.2; Urteil des Bundesgerichtes 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 2.2), hätte das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung daher ohnehin stärker gewichtet werden müssen als das persönliche Interesse des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz.

4.1 Es bleibt mithin zu prüfen, ob die aufgrund von Art. 66a StGB zu bejahende Landesverweisung mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar ist.

4.2 Das FZA (SR 0.142.112.681) berechtigt den als angestellter Gärtner tätigen Beschuldigten als Bürger eines Mitgliedstaates der EU (Portugal) grundsätzlich zum Aufenthalt und zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz (Art. 1 lit. a und Art. 4 FZA, Art. 6 ff. Anh. I FZA). Gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen diese Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Weitere Präzisierungen finden sich vor allem in der Richtlinie 64/221/EWG. Durch den Vorbehalt soll den Vertragsstaaten erlaubt werden, zum Schutz anerkannter Rechtsgü-

ter Massnahmen gegenüber Staatsangehörigen anderer Vertragsstaaten zu treffen, die sie bei ihren eigenen Staatsangehörigen nicht anwenden können, da sie nicht befugt sind, diese aus dem nationalen Hoheitsgebiet zu entfernen oder ihnen die Einreise dorthin zu untersagen (BGE 130 II 176 E. 3.1). Eine Landesverweisung stellt eine solche Massnahme dar.

4.3 Was die Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA betrifft, gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass diese im Bereich des Strafrechts nicht in einer ihren Normgehalt entleerenden Weise zu erfolgen habe und diese Bestimmung entsprechend strafrechtlich nicht eng auszulegen sei. Bei der Prüfung der Gerichte, ob das FZA eine strafrechtliche Landesverweisung hindern könne, handelt es sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sodann im Wesentlichen um die Prüfung der Verhältnismässigkeit staatlichen Handelns bei der Einschränkung der Freizügigkeit gemäss FZA. Dabei bilde für die Landesverweisung die Intensität der Gefährdung der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit, der Gesundheit oder des Gemeinwohlinteresses durch den kriminellen Willen, wie er sich in den Taten realisiere, die eine obligatorische Landesverweisung nach sich ziehen könnten, wesentliches Kriterium (Urteil des Bundesgerichtes 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 3.8 und E. 4.5).

4.4 Was die angesichts von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA für eine Landesverweisung erforderliche gewisse Schwere der Störung der öffentlichen Ordnung betrifft, hielt das Bundesgericht schon mehrfach fest, dass eine solche im Falle qualifizierten Drogenhandels in der Regel zu bejahen sei (Urteil des Bundesgerichtes 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 3.5.2, 4.4; Urteil des Bundesgerichtes 2C_828/2016 vom 17. Juli 2017 E. 3.2). In diesem Fall ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte innerhalb des Betäubungsmittelhandels lediglich eine untergeordnete Rolle einnahm. Entsprechendes lässt sich insbesondere daran erkennen, dass er dadurch, dass er seine Adresse für die Lieferung von Paketen mit grösseren Betäubungsmittelmengen zur Verfügung stellte und sich so einem grossen Risiko, entdeckt und dafür zur Verantwortung gezogen zu werden, aussetzen musste. Auf die ganze Vertriebskette gesehen leistete er mit seinen Tat handlungen zudem auch nur einen kleinen Tatbeitrag. Unter anderem dieser Um-

stand führte denn auch dazu, dass sein diesbezügliches Tatverschulden nicht schwerer als "nicht mehr leicht" eingeschätzt wurde (Urk. 57 S. 9 f.). Diese Umstände, welche grundsätzlich dazu führen, dass sein Tatverschulden relativiert wird, vermögen jedoch nichts daran zu ändern, dass er am Handel mit einer Menge von Kokain beteiligt war, welche die Schwelle von 18 Gramm, die einen schweren Fall begründet, um ein Vielfaches überstieg. Weiter ist zwar nicht gänzlich ausser Acht zu lassen, dass dem Beschuldigten hinsichtlich der Freiheitsstrafe aufgrund der Vermutung einer günstigen Prognose der bedingte Vollzug gewährt werden konnte (Urk. 57 S. 15). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Legalprognose in der fremdenpolizeilichen Abwägung jedoch nicht das einzige oder für sich ausschlaggebende Kriterium. Zu beachten ist aber, dass es insofern auf die Prognose des künftigen Wohlverhaltens ankommt, als zur Erfüllung des Tatbestands einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird, verlangt ist. Sodann kann ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko für eine aufenthaltsbeendende Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genügen, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter wie z.B. die körperliche Unversehrtheit beschlägt (Urteil des Bundesgerichtes 6B_378/2019 E. 3.5.2 und E. 4.4). Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzungen von Straf- und Ausländerrecht sich hinsichtlich der Legalprognose im ausländerrechtlichen Bereich ein strengerer Beurteilungsmassstab ergibt (Urteil des Bundesgerichtes 6B_378/2019 E. 4.4; BGE 137 II 233 E. 5.2.2). Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen ist somit zwar keineswegs zu beanstanden, dass dem Beschuldigten der bedingte Strafvollzug gewährt wurde, obwohl er mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. September 2011 wegen Landfriedensbruchs und Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte zu einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 100.– verurteilt wurde (Urk. 59), zumal diese Vorstrafe nicht einschlägig ist und bereits mehrere Jahre zurückliegt. Hingegen vermag auch dieser Umstand, dass ihm der bedingte Strafvollzug gewährt werden kann, nicht zu bewirken, dass bei ihm das Vorliegen einer gegenwärtigen Gefährdung

der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA verneint werden könnte. So kann nicht ausser Acht gelassen werden, dass er sich für diese Tathandlungen lediglich eine Entlohnung von Fr. 100.– pro Paket versprechen liess, was aufzeigt, wie tief die Hemmschwelle für den Beschuldigten lag, um sich einer schweren Straftat schuldig zu machen. Umso mehr verbleiben daher gewisse Bedenken hinsichtlich der Bewährung des Beschuldigten. Es bleibt daher dabei, dass der Beschuldigte gesamthaft betrachtet ein persönliches Verhalten erkennen liess, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung und der Gesundheit vieler Menschen darstellt. Angesichts seiner Beteiligung am Kokainhandel würde mithin auch eine Anwendung des FZA keinen Schutz vor der Ausweisung bieten.

5. Die Verteidigung brachte weiter vor, dass von einer Landesverweisung auch deshalb abzusehen, sei, weil die dadurch entstehenden einschneidenden Konsequenzen in einem krassen Missverhältnis zum begangenen Unrecht stehen würden und die Landesverweisung als eigentliche Nebenstrafe zur klar dominierenden Hauptstrafe werden würde (Urk. 47 S. 2 f.; Urk. 68 S. 2 f.). Diesbezüglich ist der Verteidigung insofern zuzustimmen, als eine Landesverweisung gerade bei über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht verfügenden Verurteilten wie dem Beschuldigten aufgrund der häufig existenzbedrohenden Konsequenzen als die weitaus einschneidendere Sanktion empfunden werden dürfte als die eigentliche Hauptstrafe (Zurbrügg/Hruschka, a.a.O., N 56 zu Vor Art. 66a - 66d). Entgegen der Auffassung der Verteidigung ist diesem Umstand jedoch nicht mit einem Absehen von der Anordnung einer Landesverweisung zu begegnen, sondern es ist dem strafenden Charakter der Landesverweisung insbesondere bei der Bestimmung der Dauer der Landesverweisung Beachtung zu schenken (Zurbrügg/Hruschka, a.a.O., N 56 zu Vor Art. 66a - 66d).

6. Da die Landesverweisung des Beschuldigten somit gestützt auf Art. 66a lit. o StGB zu bejahen ist und deren Anordnung auch das FZA nicht entgegensteht, bleibt es im konkreten Fall entsprechend bei der Anwendung von Art. 66a StGB.

7. Die Dauer der Landesverweisung ist mit der Vorinstanz ohne Weiteres auf das gesetzliche Minimum von 5 Jahren festzusetzen; eine Erhöhung der Dauer würde dem Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO) widersprechen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen. Von der Pflicht zur Kostentragung ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht des Beschuldigten auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (Art. 426 Abs. 1 StPO; Art. 135 StPO).

2. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, ist für seine Bemühungen im Berufungsverfahren mit Fr. 1'532.55.– (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 15. Mai 2019 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 2 - 3 (Strafe und Vollzug) und 5 - 6 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 1'532.55 amtliche Verteidigung

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht 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
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Privatklägerschaft

(Eine begründete Urteilsausfertigung - und nur hinsichtlich ihrer eigenen Anträge (Art. 84 Abs. 4 StPO) - wird den Privatklägern nur zugestellt, sofern sie dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangen.)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

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

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 8. November 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Burger

MLaw Höchli