

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB190400-O/U/hb-ad

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Stiefel, Präsident, Ersatzoberrichter lic. iur. Mathieu und Ersatzoberrichter lic. iur. Castrovilli sowie Gerichtsschreiber lic. iur. Samocec

## Urteil vom 6. März 2020

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 3. Juni 2019 (DG190060)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 26. Februar 2019 (Urk. 17) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**  
(Urk. 34 S. 33)

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig
  - der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie Art. 25 StGB sowie
  - der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. d und lit. g BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 172 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
5. Die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird angeordnet.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 5. November 2018 beschlagnahmten Fr. 1'100.– (Beleg 2703) und Fr. 558.50 (Beleg 2704) werden definitiv beschlagnahmt und zur Verfahrenskostendeckung verwendet.

7. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten wird mit Fr. 13'801.85 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.

8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'900.-; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 2'000.- Gebühr Vorverfahren

Fr. 2'595.20 Auslagen (Gutachten)

Fr. - 249.- Abschreibung definitiv (auf Staatskasse)

Fr. 1'350.- Auslagen Polizei

Fr. - 1'658.50 Anrechnung Kaution / Sicherstellung / Depositem

Fr. 13'801.85 amtliche Verteidigung.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.

10. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

### **Berufungsanträge:**

a) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 45 S. 1)

"1. Der Beschuldigte sei in Aufhebung von Disp.-Ziff. 4. des vorinstanzlichen Urteils nicht des Landes zu verweisen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung seine ausgangsgemäss auf die Staatskasse zu nehmen."

b) Der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:

(Urk. 39, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

---

### **Erwägungen:**

1. Prozessverlauf

1.1. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 3. Juni 2019 wurde der Beschuldigte der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG i.V.m Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie Art. 25 StGB und der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. d und lit. g BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen und mit 18 Monaten Freiheitsstrafe bestraft, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt wurde. Weiter verwies die Vorinstanz den Beschuldigten im Sinne von Art. 66a StGB für fünf Jahre des Landes und ordnete die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem an (Urk. 34).

1.2. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte am 12. Juni 2019 rechtzeitig Berufung an (Urk. 26). Das begründete Urteil wurde ihm am 15. August 2019 zugestellt (Urk. 33/2). Die Berufungserklärung ging am 4. September 2019 innert Frist ein (Urk. 36). Die Staatsanwaltschaft teilte mit Eingabe vom 9. September 2019 mit, dass keine Anschlussberufung erklärt werde. Sodann erklärte sie, sich am weiteren Verfahren nicht aktiv zu beteiligen (Urk. 39). Nach Anhörung des Beschuldigten (Urk. 41) wurde am 28. Oktober 2019 das (sinngemässe) Dispensati-

ongesuch der Staatsanwaltschaft bewilligt (Urk. 39). Die Berufungsverhandlung fand am 6. März 2020 statt. Das Verfahren ist spruchreif.

## 2. Berufungserklärung

2.1. In der Berufungsschrift ist anzugeben, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils verlangt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO). Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung.

2.2. Mit der Berufungserklärung vom 3. September 2019 beschränkte der Beschuldigte die Berufung auf die Anordnung einer Landesverweisung sowie die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (Urk. 36).

2.3. Nachdem die Urteilsdispositivziffern 1 (Schuldspruch), 2 und 3 (Strafpunkt), 6 (Beschlagnahme), 7 (Entschädigung amtliche Verteidigung) und 8-10 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) nicht angefochten sind, ist vorab festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

## 3. Landesverweisung

3.1. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten in Übereinstimmung mit dem Antrag der Staatsanwaltschaft für fünf Jahre des Landes verwiesen (Urk. 34). Wie bereits vor der Vorinstanz macht der Beschuldigte geltend, es sei von einer Landesverweisung abzusehen (Urk. 23 S. 13, Prot. I S. 16, Urk. 45 S. 1 und Prot. II S. 13).

3.2. Wird ein Ausländer wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 des Betäubungsmittelgesetzes schuldig gesprochen, so verweist ihn das Gericht unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 bis 15 Jahre des Landes (Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB). Es kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und zudem die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu

tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB).

3.3. Der Beschuldigte beanstandet zu Recht nicht, dass er aufgrund des Schuldspruchs der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetzes grundsätzlich obligatorisch des Landes zu verweisen ist (Urk. 23 S. 8; Urk. 45 S. 2). Er macht jedoch geltend, dass von einem Härtefall auszugehen sei, insbesondere wegen seiner hier lebenden Tochter und der Abhängigkeit seiner zwei in Nigeria lebenden Kindern auf das hier zu erzielende Einkommen (Urk. 23 S. 10; Urk. 45 S. 3 ff.). Sein privates Interesse am Verbleib in der Schweiz sei viel höher zu gewichten als der Vollzug einer Landesverweisung (Urk. 23 S. 11 f.; Urk. 45 S. 8).

3.4. Der Gesetzgeber hat mit seiner Formulierung klar zum Ausdruck gebracht, dass beim Vorliegen einer Anlasstat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB in der Regel eine Landesverweisung zu verhängen ist. Ein ausnahmsweises Absehen davon ist – mit Ausnahme von Art. 66a Abs. 3 StGB (entschuldbarer Notwehr oder entschuldigbarer Notstand) – nur dann zulässig, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen vorliegen: Ein schwerer persönlicher Härtefall und kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Landesverweisung. Erst wenn feststeht, dass die Landesverweisung einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, ist in einem zweiten Schritt das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz dem öffentlichen Interesse an einem Verlassen der Schweiz gegenüberzustellen. Resultiert daraus ein überwiegendes öffentliches Interesse, muss die Landesverweisung verhängt werden (vgl. dazu BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, plädoyer 5/16 S. 96 ff., S. 97 f., S. 101 f.; FIOKA/VETTERLI, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB, plädoyer 5/16, S. 85 ff.; NICCOLÒ RASELLI, Obligatorische Landesverweisung und Härtefallklausel, in: Sicherheit & Recht 3/2017, S. 141 ff.; STEFAN HEIMGARTNER in: OFK-StGB/JStG, 20. Aufl. 2018). Die Härtefallklausel wurde eingeführt, weil die Landesverweisung einzig daran anknüpft, dass der Täter nicht Schweizer Bürger ist. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass dadurch Ergebnisse resultieren können, die gänzlich unverhältnismässig sind. Dabei hatte er namentlich

Verurteilte im Blick, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind oder sich seit Jahrzehnten im Lande aufhalten, kaum noch Beziehungen zu ihrer Heimat haben und sich dort nicht mehr zurechtfinden würden (OG-Urteile Geschäfts-Nr. SB180098 vom 26. Februar 2019, E. 5.3. und SB180247 vom 19. November 2018, E. V.7.). Die Härtefallklausel ist restriktiv ("in modo restrittivo") anzuwenden (Urteile BGer 6B\_907/2018 vom 23. November 2018 E. 2.3 mit Hinweis und 6B\_873/2018 vom 15. Februar 2019 E. 3.1).

### 3.5. Schwerer persönlicher Härtefall

3.5.1. 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. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind alle potentiell härtefallbegründenden Aspekte zu bewerten. Relevant sind dabei die persönliche Situation des Beschuldigten in der Schweiz und die Bedingungen im Heimatstaat. Der Härtefall muss sodann persönlich sein. Das schliesst selbstverständlich nicht aus, dass auch die drohenden Nachteile für die Familie und namentlich die Kinder der von einer Landesverweisung bedrohten Person zu berücksichtigen sind (vgl. dazu BUSSLINGER/UEBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, plädoyer 5/16 S. 96 ff., S. 97 f., S. 101 f.; FOLKA/VETTERLI, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB, plädoyer 5/16, S. 85 ff.; NICCOLÒ RASSELLI, Obligatorische Landesverweisung und Härtefallklausel, in: Sicherheit & Recht 3/2017, S. 141 ff.; STEFAN HEIMGARTNER in: OFK-StGB/JStG, 20. Aufl. 2018).

3.5.2. Als konkrete Härtefallgründe sind insbesondere die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration sowie die Resozialisierungschancen des Beschuldigten zu berücksichtigen und zu werten. Alleine der Umstand, dass ein verurteilter Ausländer mit seiner Familie mit Kindern hier in der Schweiz lebt, begründet demnach noch keinen schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB. Die Härtefallklausel ist eine Ausnahmeklausel. Der Auslän-

der, der eine Katalogtat verübt, ist grundsätzlich des Landes zu verweisen, auch wenn er mit Kindern hier in der Schweiz lebt und einer Arbeit nachgeht. Um einen schweren persönlichen Härtefall annehmen zu können, müssen in der Regel weitere Kriterien hinzutreten, namentlich eine starke Verwurzelung in der Schweiz und/oder grosse Schwierigkeiten, sich im Heimatstaat privat und beruflich wieder zurechtzufinden (OG-Urteile Geschäfts-Nr. SB180098 vom 26. Februar 2019, E. 5.3. und SB180247 vom 19. November 2018, E. V.7.).

3.5.3. Der Beschuldigte wurde im Oktober 1972 in Nigeria geboren. Er besuchte dort die Sekundarschule und hatte danach als Postbote gearbeitet. Später begleitete er seinen Onkel, der mit Ölfässern handelt. Im Jahr 2002, im Alter von 30 Jahren, kam er in die Schweiz. 2003 heiratete er eine Schweizerin. Ihre gemeinsame Tochter kam 2006 auf die Welt. 2008 wurde die Ehe geschieden (Urk. 14/2 S. 1 f.; Prot. I S. 6; Prot. II S. 7). 2010 heiratete der Beschuldigte in Nigeria B.\_\_\_\_\_, mit der er eine Tochter, geboren 2011 und einen Sohn, geboren 2013, hat. Seine Ehefrau und die gemeinsamen Kinder leben ebenso in Nigeria wie seine Eltern und seine noch lebenden Geschwister (Urk. 14/2 S. 1; Prot. I S. 6, S. 15; Prot. II S. 7 f.). In den vergangenen Jahren reiste der Beschuldigte jeweils über Weihnachten für drei Monate nach Nigeria (Urk. 14/2 S. 4; Prot. I S. 7 f.; Prot. II S. 8).

3.5.4. Zwar lebt der Beschuldigte seit nunmehr bald 18 Jahren in der Schweiz. Jedoch wuchs er in Nigeria auf, besuchte dort die Schule und war dort anschliessend auch berufstätig. Er ist erst im Alter von 30 Jahren in die Schweiz gekommen. Der Beschuldigte ist somit weder in der Schweiz geboren, noch hier aufgewachsen. Er verbrachte weder die Mehrheit seiner Lebensjahre noch die ihn prägende Jugend- und Adoleszenzphase in der Schweiz. Gestützt auf seine Anwesenheitsdauer liegt deshalb kein Härtefall vor.

3.5.5. Bezüglich Bekanntschaften hier in der Schweiz gab der Beschuldigte an, viele Freunde zu haben (Urk. 14/2 S. 3; Urk. 14/3 S. 4). Auf Nachfrage präzisierte er, dass er einige wenige Freunde habe, auf die er sich verlassen könne. Die Mehrheit seien „Grussfreunde“ (Urk. 14/2 S. 3). Vor Vorinstanz erklärte er, er verkehre mit vielen anderen Nationalitäten. Er verkehre nicht nur mit Nigerianern,

sondern auch mit Schweizern und Südamerikanern. Sie würden am Wochenende Aktivitäten unternehmen unter anderem mit Arbeitskollegen aus vielen verschiedenen Ländern. Er sei in keinem Club Mitglied. Aber im Sommer würden sie Fussball spielen. Er fühle sich überall, wo er sei, zuhause. Er habe in Nigeria und in der Schweiz Familie und fühle sich an beiden Orten zuhause (Prot. I S. 15). Eine derart starke Verwurzelung in der Schweiz, die es als unzumutbar erscheinen lässt, sich in seinem Heimatland wieder zurechtzufinden, ist deshalb zu verneinen. Es leben nicht nur seine Eltern und Geschwister nach wie vor in Nigeria, sondern auch seine Ehefrau und die zwei gemeinsamen Kinder. Der Beschuldigte hielt sich sodann in den vergangenen Jahren – bis zu seiner Verhaftung – auch regelmässig für eine längere Dauer in Nigeria auf. Der Beschuldigte verbrachte damit nicht nur die ersten dreissig Lebensjahre in Nigeria, sondern er hielt sich auch nach seiner Einreise in die Schweiz regelmässig in seinem Heimatland auf. Er ist somit nicht nur mit der Sprache und der Kultur seines Herkunftslandes, sondern auch mit den aktuellen Gegebenheiten in seiner Heimat bestens vertraut. Der Beschuldigte anerkennt denn auch, dass eine Rückkehr ins Heimatland mit keinen nicht zu bewältigenden Problemen verbunden ist (Urk. 23 S. 10).

3.5.6. Der Umstand, dass der Beschuldigte eine Tochter hat, die in der Schweiz lebt, stellt grundsätzlich ein gewisses persönliches Interesse dar, welches zu einem persönlichen Härtefall führen kann. Jedoch ist eine gelebte und intakte familiäre Beziehung zur Tochter aufgrund der Aussagen des Beschuldigten zu verneinen. Es ist lediglich (zugunsten des Beschuldigten) ein loser und sporadischer Kontakt anzunehmen. So hatte der Beschuldigte im Jahr 2018 seine Tochter bis zu seiner Verhaftung am 1. Juli 2018 nicht gesehen (Urk. 14/2 S. 4). Befragt zum Kontakt zu seiner hier in der Schweiz lebenden Tochter gab er sodann an, er sehe sie je nachdem, ob seine Ex-Frau Zeit habe. Er müsse immer anrufen und einen Termin abmachen (Urk. 14/2 S. 4; Urk. 14/3 S. 5). Er sehe seine Tochter nur unregelmässig, weil es seiner Ex-Frau nicht immer passe, wenn er etwas vorschlage. Das könne ein Mal im Monat sein oder ein Mal in zwei Monaten. Seine Tochter freue sich, wenn sie sich sehen würden. Sie würden sich gegenseitig vermissen, wenn sie sich nicht mehr sehen könnten für eine längere Zeit (Urk. 14/3 S. 5). Vor Vorinstanz gab er im Widerspruch zu seinen Ausführungen in

der Untersuchung an, er sehe seine Tochter monatlich zwei bis drei Mal. Anschliessend präzisierte er jedoch, dass er seine Tochter manchmal ein, zwei oder drei Mal im Monat sehe. Es sei korrekt, wenn sie keine Zeit habe, um ihn zu besuchen, sehe er sie auch nur einmal in zwei Monaten. Weiter gab er an, dass er seine Tochter nur in Anwesenheit der Mutter sehe (Prot. I S. 8 f.). Konkrete Angaben dazu, was für eine Schule seine Tochter besucht, konnte er nicht machen (Prot. I S. 9). Anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte schliesslich zu Protokoll, dass er seine in der Schweiz lebende Tochter alle ein oder zwei Wochen für etwa 4 oder 5 Stunden sehe (Prot. II S. 8 und 11). Da seine Tochter inzwischen ein eigenes Mobiltelefon besitze, könne er sich nun selbständig mit ihr verabreden, ohne dass er hierfür – wie früher – ihre Mutter anrufen und mit dieser die Besuchstermine vereinbaren müsse (Prot. II S. 9 und 11). Im Gegensatz zu früher, sei die Mutter seiner Tochter auch nicht mehr bei den Besuchen dabei (Prot. II S. 11). In der letzten Zeit habe er sich am 14. Februar 2020 sowie am Freitag in der Woche der Berufungsverhandlung mit seiner Tochter getroffen. Man habe sich auch für die Woche nach der Berufungsverhandlung verabredet, wobei es aber nicht sicher sei, ob dieses Treffen zustande komme, da seine Tochter allenfalls etwas mit ihrer Mutter unternehme (Prot. II S. 8). Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass der Beschuldigte keine besonders enge Beziehung zu seiner Tochter hier in der Schweiz hat und keine ausgeprägte Vaterrolle wahrnimmt. Bei einer Landesverweisung könnte er wohl nur noch sporadischen Kontakt zu seiner hier lebenden 14-jährigen Tochter pflegen, jedoch könnte er seinen Vaterpflichten gegenüber seinen 7- und 9-jährigen Kindern in Nigeria besser nachkommen. Auch wenn für seine hier lebende Tochter ein regelmässiger Kontakt zum Vater ebenfalls wichtig wäre, liegt angesichts des bis anhin nur sehr unregelmässigen Kontaktes mit seiner Tochter kein persönlicher schwerer Härtefall vor. In Anbetracht des Alters der Tochter ist für die Aufrechterhaltung der Beziehung zwischen Vater und Tochter ein regelmässiger persönlicher Kontakt nicht mehr unabdingbar. Wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, geht mit diesem Alter üblicherweise eine Abstandsnahme von den Eltern einher. Mit den heute zur Verfügung stehend Möglichkeiten wie Video- und Audiotelefonie ist es dem Beschuldigten ohne weiteres möglich, regelmässigen Kontakt zu seiner Tochter aufrechtzuerhal-

ten, zumal diese gemäss den Aussagen des Beschuldigten inzwischen auch ein eigenes Mobiltelefon besitzt (Prot. II S. 9). Sodann erscheinen – in Anbetracht des Alters der Tochter – auch Besuche in Nigeria als durchaus möglich und zumutbar. Die Landesverweisung des Beschuldigten führt sodann nicht dazu, dass die in der Schweiz geborene und aufgewachsene Tochter die Schweiz ebenfalls verlassen müsste, da diese bei der Mutter lebt und aufgrund ihrer Schweizer Mutter das Schweizer Bürgerrecht besitzt. Auch wenn somit die Landesverweisung des Beschuldigten bezüglich seiner Beziehung zu seiner Tochter eine gewisse Härte bedeutet, liegt kein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 vor. Schliesslich kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zum Schutzbereich von Art. 8 EMRK und deren Schlussfolgerung, dass eine Verletzung von Art. 8 EMRK zu verneinen ist, verwiesen werden (Urk. 34 S. 28).

3.5.7. Zur Arbeits- und Ausbildungssituation ist festzuhalten, dass der Beschuldigte in Nigeria die Sekundarschule besuchte. Danach arbeitete er zuerst als Postbote, später hat er seinen Onkel begleitet, der mit Ölfässern handelt (Urk. 14/2 S. 2; Prot. I S. 6). In der Folge kam er in die Schweiz, weil er ein gutes Leben haben wollte (Urk. 14/2 S. 2; Prot. I S. 15). Seit seiner Einreise im Jahr 2002 war der Beschuldigte mehrheitlich arbeitstätig. So arbeitete er im Jahr 2003 im Gartenbau. Im Jahr 2004 arbeitete er bei der C.\_\_\_\_\_ [Detailhändler]. 2008 machte er sich selbständig im Auto-Export. Ab 2015 bis zu seiner Verhaftung arbeitet er bei der Post im Stundenlohn, zunächst in einem 100%-Pensum, ab Juli 2016 in einem 50%-Pensum. Dabei verdiente er durchschnittlich rund Fr. 2'800.– pro Monat (Urk. 14/2 S. 3 f.; Urk. 14/3 S. 2; Prot. I S. 7). Nach seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft fing der Beschuldigte wieder an bei der Post zu arbeiten (Prot. I S. 8). Seit Dezember 2019 ist er beim RAV gemeldet und im Zwischenverdienst bei der D.\_\_\_\_\_ in E.\_\_\_\_\_ tätig (Prot. II S. 6). Gemäss eigenen Angaben wird er am 16. März 2020 jedoch wieder eine Arbeitsstelle bei der Post antreten und dort in einem Pensum von 80% arbeiten können. Sein monatliches Einkommen werde sich auf etwa Fr. 3'400.– bis Fr. 3'500.– belaufen. Da er im Stundelohn angestellt sein werde, könne sein Einkommen aber auch höher sein, wenn er mehr arbeite (Prot. II S. 12). Es ist zwar zutreffend, dass der Beschuldigte bis anhin nicht von der Sozialhilfe abhängig war und für seinen Lebensunterhalt durch seine Erwerbs-

tätigkeit selber aufkam und aufkommt. Jedoch hat er Schulden bei der Alimentenbevorschussungsstelle in aktueller Höhe von etwa Fr. 3'000.–, da er die Alimente in Höhe von Fr. 500.– für seine hier lebende Tochter seit 2016 nicht regelmässig bezahlt (Urk. 14/2 S. 4; Urk. 14/3 S. 3; Prot. I S. 9; Prot. II 9 f.). Die Alimente für seine Tochter seien bevorschusst (Prot. I S. 9). Jedoch überweist er gemäss eigenen Angaben regelmässig Fr. 300.– pro Monat an seine Familie in Nigeria (Prot. I S. 10; Prot. II S. 8). Zwar mögen seine Kinder in Nigeria auf das Geld, welches der Beschuldigte hier in der Schweiz verdient, angewiesen sein. Jedoch ist eine erfolgreiche Integration zu verneinen, wenn eine Person kein Erwerbseinkommen erwirtschaften kann, welches ihren Konsum zu decken vermag und mit dem er seinen familienrechtlichen Verpflichtungen nachkommen kann. Entscheidend ist, dass die ausländische Person für sich sorgen kann, keine (nennenswerten) Sozialhilfeleistungen bezieht und sich nicht (in nennenswerter Weise) verschuldet (BGer-Urteil 6B\_793/2019 vom 12. September 2019 E. 2.3.2). In Anbetracht der bestehenden Verschuldung gegenüber dem hiesigen Staat vermögen die Unterstützungsleistungen an seine Kinder in Nigeria keinen zu berücksichtigenden persönlichen schweren Härtefall zu begründen. Der Beschuldigte kommt seinen Unterhaltsverpflichtungen gegenüber seiner hier lebenden Tochter selbst bei einem festen Einkommen nur sehr unregelmässig nach und er hat gegenüber der Alimentenbevorschussungsstelle Schulden in Höhe von etwa Fr. 3'000.–. Jedoch ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte bei einer Rückkehr nach Nigeria durchaus in der Lage sein wird, ein Einkommen zu erzielen, dass die Unterstützung seiner dort lebenden Ehefrau und Kindern im bisherigen Umfang ermöglichen wird. Die Ausbildungs- und Arbeitssituation des Beschuldigten führt somit nicht zu einem Härtefall, indem er aus einem stabilen Arbeitsumfeld herausgerissen würde, das er in seinem Heimatland nicht wieder aufbauen könnte.

3.5.8. Im Rahmen einer gesamtheitlichen Betrachtung aller Umstände zeigt sich, dass die Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz für ihn mit Unannehmlichkeiten und wohl auch mit dem vorübergehenden Verlust seiner hier erarbeiteten, wirtschaftlichen Existenz verbunden ist. Beides stellt zweifelsohne in gewissem Sinne eine nicht unerhebliche Härte für ihn dar. Allerdings verlangt das Gesetz für den Verbleib in der Schweiz einen schweren Härtefall und zwar insofern,

als die Landesverweisung als ganz klar unverhältnismässig und geradezu als stossend erachtet werden müsste. Davon kann aber bei den vorliegend zu beurteilenden Verhältnissen keine Rede sein. Für die Tochter, die seit der Trennung der Eltern nur unregelmässigen Kontakt zum Vater hat, ist es keineswegs unzumutbar, den Kontakt zum Vater per Video- und Audiotelefonie sowie allenfalls sogar mit Besuchen in dessen Heimat zu pflegen. Nach der massgeblichen Auffassung des Bundesgerichts lässt sich die Anwendung der Härtefallklausel erst bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK gewährleistete Privat- und Familienrecht rechtfertigen (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_371/2018 vom 21. August 2018 E. 2.5). Die mit der Ausweisung aus der Schweiz für den Beschuldigten verbundenen Nachteile überschreiten die zumutbaren Grenzen nicht derart, dass sie als klar unverhältnismässig respektive geradezu stossend bezeichnet werden müssten. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Landesverweisung eine strafrechtliche sichernde Massnahme mit migrationsrechtlicher Wirkung ist, die neben der eigentlichen Strafe ausgefällt wird. Strafen und Massnahmen sind für einen Beschuldigten einschneidend und hart. Eine zu vollziehende Freiheitsstrafe hat u.a. ebenfalls zur Folge, dass der Verurteilte seinen Beruf nicht weiter ausüben kann und er von seiner Familie und seinen Kindern getrennt wird. Nämliches gilt für die Landesverweisung. Auch diese ist per se hart und einschneidend und kann ebenfalls Auswirkungen auf Beruf und Familie haben. Diese Folgen sind der Strafe oder der Massnahme immanent und damit vom Gesetzgeber gewollt.

3.5.9. Eine Abwägung der privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz und der öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung erübrigt sich. Aufgrund der Verneinung eines persönlichen schweren Härtefalls besteht kein Raum, um in Anwendung der Kannvorschrift von Art. 66a Abs. 2 StGB von einer Landesverweisung abzusehen.

### 3.6. Dauer der Landesverweisung

Die Vorinstanz hat den Beschuldigten für fünf Jahre des Landes verwiesen. Fünf Jahre entspricht der gesetzlich bestimmten Mindestdauer (Art. 66a Abs. 1 StGB). Eine kürzere Dauer ist demnach nicht möglich. Aufgrund des Verschlechterungs-

verbots kann sodann auch keine längere Dauer ausgesprochen werden (Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO). Demnach ist die Landesverweisung für die Dauer von fünf Jahren auszusprechen.

#### 4. Ausschreibung im Schengener Informationssystem

4.1. Gemäss Art. 20 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems und das SIRENE-Büro (N-SIS-VO) können Drittstaatenangehörige – d.h. Personen, die keinem Mitgliedstaat des Übereinkommens angehören – zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im Schengener Informationssystem (SIS) ausgeschrieben werden, wenn der entsprechende Entscheid einer Verwaltungs- oder einer Justizbehörde vorliegt. Die Ausschreibung der Landesverweisung wird vom urteilenden Gericht angeordnet und soll erfolgen, wenn die ausgesprochene Landesverweisung auf einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder die nationale Sicherheit beruht (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung).

4.2. Die Anordnung der Ausschreibung im SIS hat mehr als blossen Mitteilungscharakter. Nichtfreizügigkeitsberechtigte Drittstaatenangehörige sind durch die Ausschreibung nicht nur verpflichtet, die Schweiz zu verlassen, sondern werden aus dem gesamten Schengenraum verwiesen (vgl. Art. 6 Abs. 1 sowie Art. 14 Abs. 1 der Verordnung [EU] Nr. 2016/399 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenze durch Personen [Schengener Grenzkodex, SGK, Abl. L 77/1 vom 23. März 2016]). Die Erläuterungen des Bundesamts für Justiz zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung halten entsprechend fest, dass die Ausschreibung im SIS zwar einen gewissen Vollzugscharakter habe, durch die Ausschreibung aber auch der ursprüngliche Inhalt der Sanktion massiv verändert werde. Aus diesem Grund wurde die Kompetenz, über die Ausschreibung einer Landesverweisung zu entscheiden, dem Strafgericht übertragen, welches auch die Landesverweisung anordnet (Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung vom 20. Dezember 2016, Ziff. 1.6, S. 11).

4.3. Die Ausschreibung erfolgt, wenn die nationale Entscheidung mit der Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die nationale Sicherheit begründet wird, die die Anwesenheit der betreffenden Person in einem Mitgliedstaat darstellt. Das ist insbesondere der Fall, wenn die betreffende Person in einem Mitgliedstaat wegen einer Straftat verurteilt wurde, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist (Art. 24 Ziff. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung). Das Schengener Durchführungsabkommen ist in diesem Punkt unklar formuliert. Es kann indessen nicht die richtige Auslegung des Abkommens sein, dass eine Höchststrafe von mindestens einem Jahr bereits genügen soll. Dies würde dazu führen, dass praktisch alle Straftatbestände erfasst wären. Aus Art. 24 SIS-II-Verordnung ergibt sich, dass die SIS-Ausschreibung nur bei schweren Straftaten erfolgen soll. Sodann sind die Mindeststrafen für einzelne Delikte in den Mitgliedstaaten nicht einheitlich. So kennt zum Beispiel das deutsche Strafrecht viel häufiger eine Mindeststrafe von einem Jahr als das Schweizerische. Der abstrakte Strafrahmen erscheint daher als wenig taugliches Abgrenzungskriterium. Es rechtfertigt sich deshalb, nicht nur auf die Mindeststrafe für das infragestehende Delikt abzustellen, sondern auf die Höhe der konkret ausgefallenen Freiheitsstrafe (OG ZH SB170246 vom 6. Dezember 2017, E. III.3). Mit der Ausweitung einer ausländerrechtlichen Fernhaltemassnahme auf den gesamten Schengenraum wird deren Sanktionswirkung sehr stark erhöht. Dies rechtfertigt sich nur bei gravierenden Taten, die – soweit nicht Strafmilderungsgründe gegeben sind – mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe geahndet werden müssen.

4.4. Der Beschuldigte ist Staatsangehöriger von Nigeria und verfügt über keine Aufenthaltserlaubnis eines Mitgliedstaates der EU oder EFTA. Er wurde von der Vorinstanz rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt, und er wird für fünf Jahre des Landes verwiesen. Die Landesverweisung beruht sodann auf einer Straftat, die eine Mindeststrafe von einem Jahr aufweist (Art. 19 Abs. 1 BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 BetmG).

4.5. Der Beschuldigte verfügt über keine familiären und/oder beruflichen Beziehungen in einem Mitgliedsstaat. Gründe, die dazu führen würden, dass eine Ausschreibung im Schengener Informationssystem den Beschuldigten derart hart tref-

fen, dass von einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsberechtigung auszugehen ist, sind nicht ersichtlich und werden vom Beschuldigen auch keine geltend gemacht. Es ist somit die Ausschreibung im Schengener Informationssystem anzuordnen.

## 5. Kostenfolgen

5.1. Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung. Dementsprechend sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

5.2. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren im Betrag von 3'371.– (inkl. Mehrwertsteuer; vgl. Urk. 43 und Urk. 45 S. 8) sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Vorbehalten bleibt deren Rückforderung gestützt auf Art. 135 Abs. 4 StPO.

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 3. Juni 2019 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 2 und 3 (Strafpunkt), 6 (Beschlagnahme), 7 (Entschädigung amtliche Verteidigung) und 8-10 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

### **Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
2. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem angeordnet.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

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

Fr. 3'371.– amtliche Verteidigung.

4. 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.

5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben);
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich;
- das Migrationsamt des Kantons Zürich;

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten;
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich;

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.

6. 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, 6. März 2020

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Stiefel

lic. iur. Samocec