

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB190478-O/U/gs-cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Burger, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Bertschi und Ersatzoberrichterin lic. iur. Tschudi sowie die Gerichtsschreiberin Dr. iur. Karabayir

Urteil vom 9. Juni 2020

in Sachen

A. _____,

Beschuldigte und Berufungsklägerin

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

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung,
vom 15. Juli 2019 (DG190141)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 8. Mai 2019 (Urk. 19) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Die Beschuldigte A. _____ ist schuldig des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne dessen Art. 19 Abs. 1 lit. b und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a.
2. Die Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten. Auf diese Strafe werden die ausgestandene Haft sowie der vorzeitige Strafantritt im Umfang von 140 Tagen angerechnet.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.
4. Die Beschuldigte wird für 8 Jahre des Landes verwiesen.
5. Die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird angeordnet.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 2. Mai 2019 beschlagnahmte Barschaft von Fr 552.25 wird zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
7. Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 2. Mai 2019 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und vernichtet:
 - ein Fingerling Kokain (Asservate-Nr. A012'383'914; BM-Lagernummer B00629-2019)
 - div. Kondome (Asservate-Nr. A012'377'058)
 - ein Notizzettel (Asservate-Nr. A012'377'081)

- eine leere Kondomverpackung in WC-Papier eingewickelt (Asservate-Nr. A012'377'194).
8. Das beim Forensischen Institut Zürich unter der Referenznummer K190226-078 / 74836694 gelagerte Spurenmaterial wird diesem nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids zur Vernichtung überlassen.
9. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids werden die folgenden, einzig als Beweismittel beschlagnahmten Gegenstände der Beschuldigten innert einer Frist von einem Monat auf erstes Verlangen ausgehändigt:
- ein Portemonnaie (Asservate-Nr. A012'377'036)
 - Datenträger (Asservate-Nr. A012'377'014)
 - ein Mobiltelefon Samsung (Asservate-Nr. A012'377'150)
- Werden die herauszugebenden Gegenstände nicht innert Frist herausverlangt, werden sie vernichtet.
10. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
- Fr. 3'600.00; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 2'800.00 Gebühr Anklagebehörde
 - Fr. 510.00 Gutachten
 - Fr. 12'216.15 amtliche Verteidigung
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
11. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt.
12. Der amtliche Verteidiger wird mit Fr. 12'216.15 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 64 S. 2)

1. Es sei Dispositiv Ziffer des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 15. Juli 2019, Geschäfts-Nr. DG190141, aufzuheben und die Berufungsklägerin mit einer Freiheitsstrafe von 11 Monaten zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft und des vorzeitigen Strafvollzugs im Umfang von 140 Tagen.
2. Es sei Dispositiv Ziffer 5 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 15. Juli 2019, Geschäfts-Nr. DG190141, aufzuheben und von der Anordnung der Ausschreibung der Landesverweisung der Berufungsklägerin im Schenener Informationssystem abzusehen.
3. Es sei dem Unterzeichneten zu gestatten, zur Erstellung des entscheiderelevanten Sachverhalts nötigenfalls nachfolgende Beweisunterlagen nachzureichen, welche aufgrund des in Spanien weit strengeren und länger andauernden Lockdowns nicht beigebracht werden konnten:
 - a. Dokumente zum eindeutigen Nachweis, dass die Berufungsklägerin seit 1999 in Spanien niederlassungs- und arbeitsberechtigt ist;
 - b. Dokumente zum Nachweis, dass die beiden Kinder der Berufungsklägerin mit dieser in einem gemeinsamen Haushalt wohnen;
 - c. Dokumente zum Nachweis, dass die beiden Kinder durch die Berufungsklägerin finanziell unterstützt werden;
 - d. Aktuellere Dokumente zur geistigen Beeinträchtigung des Sohnes der Berufungsklägerin;
 - e. Übersetzungen der eingereichten Dokumente.

4. Es seien die Kosten des Berufungsverfahrens und der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft See/Oberland:
(Urk. 58, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Prozessuales

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 15. Juli 2019 wurde die Beschuldigte wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 14 Monaten verurteilt. Sodann wurde sie für 8 Jahre des Landes verwiesen. Es wurde die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (nachfolgend SIS) angeordnet. Schliesslich wurde über diverse eingezogene bzw. sichergestellte Gegenstände und die Kosten- und Entschädigungsfolgen entschieden (Urk. 53 S. 16 ff.).

2. Gegen dieses Urteil meldete die Beschuldigte mit Eingabe vom 22. Juli 2019 rechtzeitig Berufung an (Urk. 43; Prot. I S. 22 f.). Am 23. Oktober 2019 ging dem hiesigen Gericht die Berufungserklärung fristgerecht ein (Urk. 55 [Datum des Poststempels: 21. Oktober 2019]; vgl. Urk. 51/2). Darin stellte die Verteidigung gleichzeitig den Antrag, die Beschuldigte von der Teilnahme an der mündlichen Berufungsverhandlung zu dispensieren, was mit Präsidialverfügung vom 25. Oktober 2019 bewilligt wurde (Urk. 56 S. 2). Nach Erhalt dieser Berufungserklärung verzichtete die Staatsanwaltschaft auf eine Anschlussberufung, beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und liess sich von der Teilnahme an der

Berufungsverhandlung dispensieren (Urk. 58; vgl. Urk. 56 f.). Zuzugleich Dispensation der Staatsanwaltschaft und der Beschuldigten wurde in Absprache mit der Verteidigung auf deren persönliche Teilnahme und auf eine mündliche Urteilsöffnung an der heutigen Berufungsverhandlung verzichtet. Die mit Eingabe vom 8. Juni 2020 vorgängig von ihr schriftlich eingereichten Plädoyernotizen (samt Beilagen und Honorarnote) wurden – mit ihrem Einverständnis – anlässlich der Berufungsverhandlung als Verlesen zu den Akten genommen (Urk. 61 f. und 64 ff.). Das vorliegende Verfahren erweist sich damit als spruchreif, zumal sich die von der Verteidigung beantragten Beweisabnahmen (Urk. 64 S. 2) zur Urteilsfindung als nicht notwendig erweisen (vgl. unten E. III.)

3. Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). E contrario erwachsen die nicht von der Berufung erfassten Punkte in Rechtskraft (SCHMID/JOSITSCH, StPO-Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, N 1 zu Art. 402; vgl. auch Art. 437 StPO). Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO).

Die Beschuldigte beantragt eine mildere Bestrafung und das Absehen von einer SIS-Ausschreibung. Angefochten sind somit die Dispositivziffern 2 und 5 des vorinstanzlichen Urteils. Im Übrigen ist dieses somit in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist.

II. Strafe

1. Einleitend ist zunächst festzustellen, dass die Vorinstanz die allgemeinen und konkret für Betäubungsmitteldelikte entwickelten Regeln sowie Grundsätze der Strafzumessung zutreffend wiedergegeben hat (Urk. 53 E. II. 2). Darauf ist zur Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO). Ebenfalls korrekt hat sie den anwendbaren Strafraum korrekt abgesteckt (Urk. 53 E. II.1). Die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz ist mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bis zu 20 Jahren zu bestrafen, wobei die Möglichkeit besteht, eine Geldstrafe damit zu verbinden (Art. 19 Abs. 2 BetmG und Art. 40). Es liegen – entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 64 S. 3) –

keine aussergewöhnlichen Umstände vor, welche diesen Strafrahmen als zu hart oder zu milde erscheinen liessen (BGE 136 IV 55 E. 5.8). Weder kann vorliegend von achtenswerten Beweggründen im Sinne von Art. 48 lit. a Ziff. 1 StGB noch von einem Handeln in schwerer Bedrängnis im Sinne von Art. 48 lit. a Ziff. 2 StGB gesprochen werden (vgl. hierzu nachfolgend E. 2.2).

2.1 Bei der objektiven Verschuldensbeurteilung ist zunächst mit der Vorinstanz zu berücksichtigen, dass die Beschuldigte eine Menge von insgesamt 50.2 Gramm Kokaingemisch bzw. ca. 30.9 Gramm reines Kokain von B._____ übernahm, dieses in ein Präservativ einpackte und das Präservativ dann in ihre Scheide einführte, um dieses einer anderen Person zu übergeben. Nicht zuletzt durch die letzte Einzelhandlung unternahm sie doch eine wichtige Vorkehrung zur Verschleierung ihrer Drogenhandelstätigkeit. Mit den knapp 31 Gramm an reinem Kokain ist der schwere Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG (18 Gramm Kokainhydrochlorid; vgl. BGE 109 IV 143 E. 3b) ferner deutlich überschritten. Damit schuf die Beschuldigte eine grosse Gefahr für die Gesundheit vieler Menschen, handelt es sich bei Kokain doch um eine der gesundheitsschädigsten Drogen. Verschuldensmindernd ist zu bewerten, dass die Beschuldigte nur einmal mit Kokain handelte. Gleich ist der Umstand zu taxieren, dass die Beschuldigte lediglich als Kurierin ohne jegliche Selbstständigkeit tätig war. Der von ihr aus der Drogenhandelstätigkeit erwartete Gewinn betrug schliesslich lediglich Fr. 300.–. Mit der Vorinstanz ist das objektive Tatverschulden somit als noch leicht einzustufen (Urk. 51 S. 63).

2.2 Was das subjektive Tatverschulden anbelangt, so liegen keine Umstände vor, welche eine Relativierung des soeben festgesetzten Verschuldensprädikats nach ziehen würden. Dass die Beschuldigte direktvorsätzlich, nicht im Rahmen von Beschaffungskriminalität, ohne Notlage und aus rein egoistischen Beweggründen handelte, wirkt sich neutral aus.

2.2.1 Soweit die Beschuldigte mit ihrer Behauptung, sie sei von 40 Gramm statt von 50 Gramm Kokaingemisch ausgegangen, die Direktvorsätzlichkeit ihres Handelns bestreiten will, ist ihr Folgendes entgegenzuhalten: Zum einen erweist es sich als unglaublich, dass jemand einen Unterschied von 10 Gramm als solchen

erkennen kann. Zum anderen ist auch insbesondere nicht ersichtlich, weshalb die 10 Gramm mehr ihre innere Grundeinstellung zum Drogentransport als nur eventualvorsätzlich erscheinen lassen würden. Unbestritten ist jedenfalls, dass sie mit Bezug auf die 40 Gramm Kokaingemisch genau wusste, was sie tat und dies auch wollte. Gesamthaft kann unter diesen Bedingungen und angesichts des geringen Mengenunterschieds somit nur von direktem Vorsatz ausgegangen werden.

2.2.2 Was schliesslich die von der Verteidigung als Motiv für den Drogentransport angegebene finanzielle Notlage anbelangt (Urk. 64 S. 3; Urk. 37 S. 4 f.), so ist darauf hinzuweisen, dass die Beschuldigte selbst dieser Darstellung widerspricht, wenn sie in der Untersuchung ausführt, dass das von ihr in Spanien verdiente Geld zum Leben ausreiche.

2.3 Insgesamt erweist sich das Verschulden daher als noch leicht. Hierfür ist eine Freiheitsstrafe von 12 Monaten angemessen.

3. Bei der Beurteilung der Täterkomponente hat die Vorinstanz den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse der Beschuldigten richtig dargelegt (Urk. 53 E. II.4.1). Dies braucht nicht wiederholt zu werden, zumal sich diesbezüglich nichts geändert hat (Urk. 64 S. 3 ff.). Straferhöhend wurde zu Recht die einschlägige Vorstrafe der Beschuldigten sowie die Delinquenz zwei Tage nach Ablauf der Probezeit der Vorstrafe berücksichtigt; strafmindernd ihr Geständnis, wobei sich diesbezüglich mit der Vorinstanz nur eine leichte Reduktion rechtfertigt, nachdem der Beschuldigten aufgrund des sichergestellten Kokains und den Beobachtungen der Polizeibeamten keine Möglichkeit blieb, sich glaubhaft unschuldig darzustellen (vgl. Urk. 53 E. II. 4.2 f.). Wie die Vorinstanz allerdings bei dieser Sachlage insgesamt zu einer Strafminderung von mehr als 10 % kommt, erhellt nicht. Vielmehr überwiegen die straf erhöhenden Faktoren gegenüber den strafmindernden, so dass im Ergebnis eine Erhöhung der hypothetischen Einsatzstrafe von 12 Monaten um 2 Monate angezeigt ist.

Der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass die in Spanien erwirkte Vorstrafe der Beschuldigten wegen "Einbruchdiebstahls" vom 19. Mai

2003 nicht mehr berücksichtigt werden kann. Denn ein Urteil darf einer beschuldigten Person nicht mehr entgegengehalten werden, wenn der Strafregistereintrag nach Ablauf der Fristen gemäss Art. 369 StGB gelöscht wurde (Art. 369 Abs. 7 StGB). Diese Bestimmung und selbige Fristen sind ebenso auf ausländische Vorstrafen anzuwenden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_88/2015 vom 7. April 2015, E. 2.2.1), wobei u.a. dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass sich die Fristen von Art. 369 Abs. 1 StGB um die bereits eingetragenen Freiheitsstrafen verlängern (Art. 369 Abs. 2 StGB; Urteil des Bundesgerichts 6B_1053/2016 vom 18. Mai 2017, E. 6.3.2). Die Beschuldigte wurde mit dem genannten spanischen Urteil zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 11 Monaten verurteilt. Gemäss Art. 369 Abs. 1 lit. b StGB werden Urteile, die eine Freiheitsstrafe von mindestens einem und weniger als fünf Jahren enthalten, aus dem Strafregister entfernt, wenn über die gerichtlich zugemessene Strafdauer hinaus 15 Jahre verstrichen sind. Die Frist für das spanische Urteil vom 19. Mai 2003 lief folglich bereits im April 2019 (15 Jahre + 11 Monate) ab.

4. Im Ergebnis erweist sich die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe von 14 Monaten demzufolge als angemessen, auch wenn die von ihr dargelegten Bemessungsgründe nicht vollends zu überzeugen vermögen. Die Beschuldigte ist daher mit einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten zu bestrafen. Einer Anrechnung der bereits erstandenen 140 Hafttage steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

III. SIS-Ausschreibung

1. Gegen die von der Vorinstanz angeordnete SIS-Ausschreibung liess die Beschuldigte erklären, dass sie über eine Aufenthaltsbewilligung für Spanien verfüge (Urk. 15/13 = 38/1), was schon für sich alleine einen Verzicht auf eine SIS-Ausschreibung zur Folge haben müsse (Urk. 37 S. 8; Urk. 64 S. 4 f., 13). Zudem lebe sie bereits seit 20 Jahren in Spanien. Ihre Kinder seien dort aufgewachsen und zur Schule gegangen. Sie seien darüber hinaus sowohl in wirtschaftlicher als auch sozialer Hinsicht von ihr abhängig. Ihr ca. 28-jähriger Sohn leide seit seiner Geburt an einer geistigen Beeinträchtigung, so dass er die geistige Reife und Selbstständigkeit eines ungefähr 14-jährigen Teenagers habe. Die 21-jährige

Tochter leide seit ihrem 15. Lebensjahr an erheblichen psychischen Beschwerden. Eine SIS-Ausschreibung hätte zur Folge, dass sie ihre Aufenthaltsbewilligung für Spanien verlieren würde, nach Ecuador zurückkehren und ihre beiden von ihr abhängigen Kindern verlassen müsste, was unverhältnismässig wäre (Urk. 37 S. 8 f.; Urk. 64 S. 11 ff.).

Nachfolgend ist somit die Frage zu beantworten, ob die Beschuldigte als Drittstaatsangehörige trotz ihres gültigen Aufenthaltstitels für Spanien, einem Mitgliedstaat, im SIS ausgeschrieben werden darf.

2. Eine Ausschreibung von Drittstaatsangehörigen – wie vorliegend der Beschuldigten – ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 21 und 24 SIS-II-Verordnung erfüllt sind (Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation [ABl. L 381 vom 28. Dezember 2006]; Verordnung [EU] 2018/1861 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. November 2018 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems [SIS] im Bereich der Grenzkontrollen, zur Änderung des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen und zur Änderung und Aufhebung der Verordnung [EG] Nr. 1987/2006 [ABl. L 312 vom 7. Dezember 2018, S. 14]; vgl. Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz [BJ] vom 20. Dezember 2016 zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung, S. 11).

2.1 Eine Person, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU oder der EFTA besitzt, also ein Drittstaatsangehöriger im Sinne von Art. 3 lit. d SIS-II-Verordnung, kann gemäss dem in Art. 21 SIS-II-Verordnung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip im SIS zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben werden, wenn die Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Falles dies rechtfertigen (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts F-6623/2016 vom 22. März 2018, E. 10.1 und des Bundesgerichts 6B_572/2019 vom 8. April 2020, E. 3.2.2). Denn die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS bewirkt grundsätzlich, dass der betroffenen Person die Einreise in das Hoheitsgebiet aller Schengen-Mitgliedstaaten untersagt ist. Konkret erfordert die Ausschreibung im

SIS in diesem Sinne das Vorliegen einer nationalen Ausschreibung, die auf einer Entscheidung der zuständigen nationalen Instanz (Verwaltungsbehörde oder Gericht) beruht (Art. 24 Ziff. 1 SIS-II-Verordnung). In der Schweiz ist gemäss Art. 20 Satz 2 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (N-SIS) und das SIRENE-Büro (N-SIS-Verordnung, SR 362.0) das Gericht dafür zuständig. Diese Entscheidung muss sodann einerseits auf der Grundlage einer individuellen Bewertung ergehen, die die persönlichen Umstände des betreffenden Drittstaatsangehörigen und die Auswirkungen der Einreise- und Aufenthaltsverweigerung für diesen umfasst. Andererseits muss sie sich – nicht zuletzt angesichts des zu beachtenden Verhältnismässigkeitsgrundprinzips – auf die Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder die nationale Sicherheit stützen, die die Anwesenheit des betreffenden Drittstaatsangehörigen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats darstellt (Art. 24 Ziff. 2 Satz 1 SIS-II-Verordnung). Das ist insbesondere dann 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 lit. a SIS-II-Verordnung), oder wenn gegen sie der begründete Verdacht besteht, dass sie schwere Straftaten begangen hat, oder wenn konkrete Hinweise bestehen, dass sie solche Straftaten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates plant (Art. 24 Ziff. 2 lit. b SIS-II-Verordnung). Ist einer dieser Fälle gegeben, ist eine Ausschreibung verhältnismässig (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_572/2019 vom 8. April 2020, E. 3.2.2 m.w.H.; vgl. diesbezüglich auch Urk. 64 S. 6). Sind die soeben dargelegten Voraussetzungen erfüllt, besteht demnach eine *Pflicht* zur Ausschreibung im SIS (expliziter Wortlaut von Art. 24 Ziff. 1 SIS-II-Verordnung ["Die Mitgliedstaaten *geben ... ein, wenn...*"]; Erläuternder Bericht des Staatssekretariats für Migration zur Übernahme und Umsetzung des Reformpakets zum Schengener Informationssystem (SIS) "Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands" und Eingabe der Landesverweisungen im ZEMIS und Erstellung einer erweiterten Statistik im Rückkehrbereich, Februar 2019, S. 5, 7 und 34; vgl. ferner zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 6B_572/2019 vom 18. April 2020, E. 3.2 mit etlichen Hinweisen zu Literatur und Rechtsprechung und Art. 11 Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und

Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger [ABl. L 348/98 vom 24. Dezember 2008]).

2.2 Nachdem die obgenannten einschlägigen Bestimmungen keine Ausnahme für Drittstaatsangehörige machen, welche über einen Aufenthaltstitel in einem Mitgliedstaat oder ein von einem Familienangehörigen abgeleitetes Freizügigkeitsrecht (vgl. hierzu im Besonderen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-6623/2016 vom 22. März 2018, E. 10.1) verfügen, *muss* das Gericht – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 64 S. 7 - 9) – alle Personen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU oder der EFTA besitzen, *grundsätzlich* – und unabhängig von einem allfälligen Aufenthaltsrecht in einem Mitgliedsstaat – zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im Schengener Informationssystem ausschreiben lassen, wenn die obgenannten Voraussetzungen eingehalten werden.

2.3 Festzuhalten ist in rechtlicher Hinsicht schliesslich, dass allein die Prüfung, ob diese Voraussetzungen für eine SIS-Ausschreibung erfüllt sind, gemäss Art. 20 Satz 2 N-SIS-Verordnung dem Strafgericht obliegt. Die eigentliche Ausschreibung hat gemäss Art. 21 N-SIS-Verordnung im Einklang mit Art. 16 Abs. 4 und 8 lit. c BPI jedoch durch die für den Vollzug der Landesverweisung zuständige Behörde zu erfolgen (Urteil des Bundesgerichts 6B_572/2019 vom 18. April 2020, E. 3.2.4). Es ist Aufgabe der Vollzugsbehörde zu klären, ob der Vollzug der SIS-Ausschreibung möglich ist bzw. allfällige Vollzugshindernisse vorliegen und welche Auswirkungen diese Vollzugshindernisse haben könnten. Unter diese Kategorie fällt auch das in Art. 25 SDÜ vorgesehene Konsultationsverfahren. Gemäss Ziff. 1 dieser Bestimmung hat die einen Drittstaatsangehörigen ausschreibende Vertragspartei die andere Vertragspartei, welche diesem einen gültigen Aufenthaltstitel erteilt hat, zu konsultieren, damit dieser prüfen kann, ob ausreichende Gründe für die Einziehung des Aufenthaltstitels vorliegen. Wird der Aufenthaltstitel nicht eingezogen, so zieht die ausschreibende Vertragspartei die Ausschreibung zurück, wobei es ihr unbenommen bleibt, den betroffenen Drittausländer in die nationale Ausschreibungsliste aufzunehmen. Dieses Konsultationsverfahren muss gemäss der aktuellsten Rechtsprechung des Europäischen

Gerichtshofs (EuGH) grundsätzlich erst eingeleitet werden, *nachdem* der betreffende Drittstaatsangehörige zur Einreiseverweigerung im Schengener Informationssystem ausgeschrieben wurde (Entscheidung des EuGH vom 16.01.2018, C-240/17 EU:C:2018:8, Rz. 36; vgl. hierzu auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-7209/2016 vom 13. August 2019, E. 9.4). Zuständig für Konsultationen nach Artikel 25 SDÜ ist gemäss den Weisungen in der aktuellsten Fassung des SIRENE-Handbuchs (Durchführungsbeschluss [EU] 2017/1528 der Kommission vom 31. August 2017 zur Ersetzung des Anhangs zum Durchführungsbeschluss 2013/115/EU über das SIRENE- Handbuch und andere Durchführungsbestimmungen für das Schengener Informationssystem der zweiten Generation [SIS II], ABl. L 231 vom 7. September 2017, S. 6-51) die mit der Grenzkontrolle und/oder Erteilung von Aufenthaltstiteln oder Visa betrauten Behörden, wobei die SIRENE-Büros für die Übermittlung zusätzlicher, mit der Ausschreibung zusammenhängender Informationen beteiligt werden können (SIRENE-Handbuch, Ziffer 4. ["Ausschreibung zur Einreise- oder Aufenthaltsverweigerung (Artikel 24 SIS-II-Verordnung)"], "Einleitung", Absatz 2). Im Kanton Zürich ist somit das Migrationsamt des Kantons Zürich für den Vollzug der SIS-Ausschreibung, worunter auch das Konsultationsverfahren fällt, zuständig.

3. Dass das Gericht alle Personen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU oder der EFTA besitzen, *grundsätzlich* zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im SIS auszuschreiben hat, wenn die Voraussetzungen von Art. 21 und 24 SIS-II-Verordnung eingehalten werden, findet auch in der Rechtsprechung Stütze:

3.1 So hat das Bundesverwaltungsgericht mit Bezug auf die Ausschreibung im SIS zum einen bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass die Schweiz als Folge des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit bei der Administration des gemeinsamen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, auf dem das Schengen-System beruhe, zur getreuen Wahrung der Interessen der Gesamtheit der Schengen-Staaten verpflichtet sei. Wegen des Wegfalls systematischer Personenkontrollen an den Schengen-Innengrenzen könnten Einreiseverbote und ähnliche Massnahmen ihre volle Wirksamkeit nur entfalten, wenn sich ihre Gel-

tung und Durchsetzbarkeit nicht auf einzelne Schengen-Staaten beschränken würden. Bei einer von der beschuldigten Person ausgehenden qualifizierten Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung liege die Ausschreibung des Einreiseverbots im zwingenden gemeinsamen Interesse der Schweiz und der übrigen Schengen-Staaten (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-6364/2009 vom 6. Juni 2011 [BGVE 2011/48] E. 6.1, F-6623/2016 vom 22. März 2018 E. 10.3 und F-616/2017 vom 13. September 2019, E. 6.4).

Weiter stellte das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil C-329/2013 vom 14. Dezember 2015 klar, dass es nicht an den schweizerischen Behörden liege, auf eine sonst gerechtfertigte Ausschreibung zu verzichten, nur weil eine drittstaatsangehörige Person in einem anderen Schengen-Mitgliedstaat aufenthaltsberechtigt sei. Die Schweiz habe vielmehr das Einreiseverbot im SIS auszuschreiben und den anderen Mitgliedstaat zu konsultieren, damit dieser prüfe, ob ausreichende Gründe für die Einziehung des Aufenthaltstitels bestehen würden. Erst wenn sich dieser andere Mitgliedstaat entschliesse, den Aufenthaltstitel nicht einzuziehen, sei die Schweiz zur Rücknahme der Ausschreibung verpflichtet (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-329/2013 vom 14. Dezember 2015 E. 8.3 mit weiteren Hinweisen; vgl. hierzu sodann SIRENE-Handbuch, Ziff. 4.5.1 Abs. 2 und 4.6).

Dass diese Regeln selbst bei abgeleitet freizügigkeitsberechtigten Personen gelten, ergibt sich sodann aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-6623/2016 vom 22. März 2018, E. 10.2. Dieses verdeutlicht nämlich, dass sogar ein allfälliges Freizügigkeitsrecht eines Drittstaatsangehörigen, welcher weiter geht als lediglich eine Aufenthaltsberechtigung in einem Mitgliedstaat, für den Entscheid über die SIS-Ausschreibung keine Rolle spielt. Relevant sei das Bestehen eines Freizügigkeitsrechts nur mit Bezug auf die Wirkungen des ausgeschriebenen Einreiseverbots. Gemäss dem zitierten Urteil werde das Einreiseverbot bei nicht freizügigkeitsberechtigten Drittstaatsangehörigen durch die Ausschreibung im SIS *grundsätzlich* auf alle Schengen-Staaten ausgedehnt (zu den Ausnahmen, vgl. unten E. 4). Sei der Betroffene jedoch abgeleitet freizügigkeitsberechtigt, handle es sich bei der Ausschreibung im SIS lediglich um eine "War-

nung an die Adresse der anderen Schengen-Mitgliedstaaten" bzw. um ein erstes Indiz für das Vorliegen von Gründen, die eine freizügigkeitsrechtsbeschränkende Massnahme rechtfertigen könnten. Der andere Schengen-Staat müsse daraufhin in eigener Zuständigkeit und Verantwortung prüfen, ob Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, z. B. im Sinne des Art. 5 Abs. 1 FZA, bestünden, die einen Eingriff in das abgeleitete Freizügigkeitsrecht rechtfertigen. Die hierzu notwendigen Informationen seien dem Staat, der über die Einreise oder Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen zu entscheiden habe, vom ausschreibenden Schengen-Mitgliedstaat innert angemessener Frist zur Verfügung zu stellen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-6623/2016 vom 22. März 2018 E. 10.2 m.w.H.).

Ist also selbst ein freizügigkeitsberechtigter Drittstaatsangehöriger auszuschreiben, so muss das umso mehr für einen "lediglich" aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen gelten. Angesichts der sehr ähnlichen ausländerrechtlichen Ausgangslage drängt sich jedoch eine analoge Anwendung der oben dargelegten Erwägungen mit Bezug auf die Wirkung der Ausschreibung eines Einreiseverbots auf. Die SIS-Ausschreibung hat auch hier "lediglich" als "Warnung" an denjenigen Staat zu fungieren, der die Aufenthaltsbewilligung erteilt hatte. Letzter hat gestützt auf diese "Warnung" in eigener Zuständigkeit und gestützt auf ihr eigenes nationales Ausländerrecht zu prüfen, ob die erteilte Bewilligung einzuziehen bzw. gegebenenfalls nicht zu verlängern ist. Analog auf eine solche Konstellation anzuwenden ist schliesslich die Informationspflicht des ausschreibenden Staates innert nützlicher Frist. Entgegen der Ansicht der Verteidigung hat also eine SIS-Ausschreibung keineswegs automatisch den Verlust der Aufenthaltsbewilligung für Spanien zur Folge (Urk. 37 S. 8).

3.2 Diesen Schlussfolgerungen steht schliesslich auch das von der kantonalen Rechtsprechung und der Verteidigung (Urk. 64 S. 4 f.) oft zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4656/2012 vom 24. September 2015, E. 4.4 m.w.H. nicht entgegen. Soweit nämlich aus diesem Urteil, insbesondere den Erwägungen in Ziffer 4.4., der Schluss gezogen wird, dass eine SIS-Ausschreibung eines in einem Mitgliedstaat aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen unzulässig sei, kann dem in dieser Absolutheit nicht gefolgt werden. Vielmehr kommt das Bun-

desverwaltungsgericht gestützt auf die vorab zusammengestellten rechtlichen Voraussetzungen für eine SIS-Ausschreibung – welche sich mit den oben unter E. 2 festgehaltenen decken – zum Schluss, dass die gegen den Beschwerdeführer angeordnete Ausschreibung nicht zu beanstanden sei, weil dieser nicht Bürger eines Schengen-Staates und wegen einer Straftat verurteilt worden sei, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht sei (a.a.O. E. 4.3). Nur im Sinne einer Ergänzung bzw. Vervollständigung weist es im Folgenden auf die Möglichkeit des Konsultationsverfahrens hin (a.a.O. E. 4.4). Dieses regle, wann der ausschreibende Vertragsstaat die Einreiseverweigerung gegenüber einem Drittstaatsangehörigen im SIS wieder lösche. Dies sei dann der Fall, wenn ein anderer Vertragsstaat dem Beschwerdeführer eine Aufenthaltserlaubnis erteilen oder zusichern würde. Die Schweiz sei aber von keiner anderen Vertragspartei konsultiert worden. Führt das Bundesverwaltungsgericht im Anschluss an diese Erwägungen nun aus, dass der Beschwerdeführer derzeit "auch kein Aufenthaltsrecht in einem EU-Staat" besitze, weshalb die Ausschreibung im SIS rechtmässig sei, kann damit nur gemeint worden sein, dass – abgesehen von den ohnehin bereits erfüllten Voraussetzungen der Art. 21 und 24 SIS-II-Verordnung – auch kein künftiges Konsultationsverfahren zu erwarten sei, welches allenfalls die Löschung der Ausschreibung nach sich ziehen könnte.

4. Die Beschuldigte ist Bürgerin von Ecuador. Sie kann somit als Drittstaatsangehörige im Sinne von Art. 3 lit. d SIS-II-Verordnung grundsätzlich zur Einreise bzw. Aufenthaltsverweigerung im SIS ausgeschrieben werden. Dem steht auch nicht entgegen, dass sie zumindest bis Oktober 2022 über eine Aufenthaltsbewilligung für Spanien verfügt oder inzwischen ein Einbürgerungsverfahren in Spanien hängig zu sein scheint (Urk. 64 S. 11). Das Gleiche gilt mit Bezug auf die von der Verteidigung geltend gemachten Lebensumstände der Beschuldigten (Urk. 64 S. 11 f.), welche dem vorliegenden Urteil insofern auch als gegeben zu Grunde gelegt werden können. Somit erweisen sich die von der Verteidigung beantragten Beweisergänzungen (Urk. 64 S. 3) zur Urteilsfindung auch nicht als erforderlich. Entscheidend ist, dass das von der Beschuldigten begangene Delikt den von Art. 24 Ziff. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung verlangten Schweregrad erfüllt. Sie hat ein Verbrechen, konkret qualifizierten Betäubungsmittelhandel, begangen, welcher

eine Mindeststrafe von einem Jahr vorsieht und ist zu einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten zu verurteilen. Ihr gegenüber wurde rechtskräftig eine Landesverweisung angeordnet. Die Voraussetzungen der Ausschreibung im SIS sind damit erfüllt. Ihre Auffassung, wonach sie über eine Aufenthaltsbewilligung in Spanien verfüge und daher auf eine Ausschreibung zu verzichten sei, kann nach dem oben Dargelegten so nicht geteilt werden. Wie das Bundesverwaltungsgericht festhielt, liegt es nicht an den schweizerischen Behörden, auf eine sonst gerechtfertigte Ausschreibung zu verzichten, nur weil eine drittstaatsangehörige Person in einem anderen Schengen-Mitgliedstaat aufenthaltsberechtigt ist. Dies gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass die übrigen Schengen-Staaten die Einreise in ihr Hoheitsgebiet im Einzelfall aus humanitären Gründen oder Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen – trotz einer allfälligen Ausschreibung – bewilligen können (Art. 6 Abs. 5 lit. c Schengener Grenzkodex; vgl. auch Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex). Die Souveränität der übrigen Schengen-Staaten wird insofern nicht berührt (vgl. die Urteile des Bundesgerichts 6B_509/2019 vom 29. August 2019 E. 3.3 und 6B_572/2018 vom 18. April 2020, E. 3.2.3). Eine mit der Ausschreibung des Einreiseverbots einhergehende, zusätzliche Beeinträchtigung ihrer Lebensgestaltung hat die Beschuldigte folglich selbst zu verantworten und in Kauf zu nehmen, zumal die zuständigen spanischen Behörden durch die Ausschreibung nicht daran gehindert werden, die von der Verteidigung dargelegten wesentlichen Lebensinteressen (vgl. Urk. 64 S. 11 f.) beim Entscheid über Einreise und Aufenthalt bzw. Einbürgerung Rechnung zu tragen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-616/2017 vom 13. September 2018, E. 6.5). Auch sie sind dabei im Übrigen – ungeachtet der SIS-Ausschreibung – verpflichtet, die EMRK zu beachten. Hierzu gibt ihnen das Schengen-Recht auch bei nicht freizügigkeitsberechtigten Personen den notwendigen Spielraum (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-6623/2016 vom 22. März 2018, E. 10.3). Würde die Schweiz aufgrund des zurzeit noch bestehenden Aufenthaltstitels für Spanien auf eine Ausschreibung trotz bestehender Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit verzichten, würde sie nicht nur ihre Pflicht zur getreuen Wahrung der Interessen der Gesamtheit der Schengen-Staaten verletzen, sondern sie würde ferner auch in die Souveränität von Spanien eingreifen, nähme sie doch vorweg,

dass der Beschuldigten der bereits erteilte Aufenthaltstitel trotz der aktuellen schweren Straffälligkeit nicht entzogen bzw. verlängert oder sie gar eingebürgert werden würde. Sollte Spanien auf die Einziehung des Aufenthaltstitels verzichten oder die bereits bestehende, im Jahr 2022 auslaufende Aufenthaltsbewilligung verlängern, müssten die zuständigen Behörden in Spanien ihr Vorhaben dem schweizerischen Schengen-Büro im Rahmen des Konsultationsverfahrens mitteilen, was die Löschung des Einreiseverbots im SIS II zur Folge hätte (Art. 25 Abs. 1 SDÜ; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-7209/2016 vom 13. August 2019, E. 9.5).

5. Die Schweiz hat somit das Einreiseverbot im SIS auszuschreiben. Da die oben dargelegten Voraussetzungen für eine SIS-Ausschreibung erfüllt sind, ist das Berufungsgericht verpflichtet, eine solche anzuordnen. Nachdem – wie bereits dargelegt wurde – für deren Vollzug das Migrationsamt des Kantons Zürich zuständig ist, wird diese den Mitgliedstaat, vorliegend Spanien, welcher der Beschuldigten einen Aufenthaltstitel ausgestellt hat, konsultieren müssen, damit dieses prüft, ob ausreichende Gründe für die Entziehung des Aufenthaltstitels bestehen. Entschliesst sich Spanien, den Aufenthaltstitel nicht einzuziehen, ist die Schweiz zur Löschung der Ausschreibung verpflichtet, wobei es ihr gemäss Art. 25 Abs. 2 SDÜ unbenommen bleibt, den betroffenen Drittausländer in die nationale Ausschreibungsliste aufzunehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 15. Juli 2019 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 3 (Vollzug), 4 (Landesverweisung), 6 bis 9 (Entscheide betreffend diverse beschlagnahmte Gegenstände) sowie 10 bis 12 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Beschuldigte wird bestraft mit 14 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 140 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug bereits erstanden sind.
2. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 7'459.05 amtliche Verteidigung
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
5. Schriftliche Eröffnung und Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich (nur im Dispositiv)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 Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
 - 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, 9. Juni 2020

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Burger

Dr. iur. Karabayir