

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1440/2019

Urteil vom 25. Februar 2020

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin van de Graaf,
Bundesrichterin Koch,
Gerichtsschreiber Briw.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwältin Maritta Schneider-Mako,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz, Strafzumessung, Aufschub des Strafvollzugs
zwecks ambulanter Massnahme, Landesverweisung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts
des Kantons Zürich, I. Strafkammer,
vom 27. September 2019 (SB180167-O/U/jv).

Sachverhalt:

A.

Das Bezirksgericht Zürich sprach A. _____ am 7. Februar 2018 wegen unbefugten Besitzes von Betäubungsmitteln im qualifizierten Fall (Verbrechen gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG), Veräusserung von Betäubungsmitteln (Vergehen) und mehrfachen Konsums von Betäubungsmitteln (Übertretung) schuldig. Es widerrief den bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe von 6 Monaten gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. März 2017 und verurteilte A. _____ unter Einbezug der widerrufenen Strafe zu einer unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 24 Monaten und zu einer Busse von Fr. 300.--. Es ordnete die Landesverweisung für die Dauer von 6 Jahren mit Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS) an.

B.

Das Obergericht des Kantons Zürich bestätigte am 27. September 2019 den erstinstanzlichen Schuldspruch wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz durch Besitz von Betäubungsmitteln und stellte die Rechtskraft der weiteren Schuldsprüche fest. Es bestätigte den Widerruf der Vorstrafe vom 10. März 2017 und verurteilte A. _____ unter Einbezug der widerrufenen Strafe zu einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten als Gesamtstrafe (mit Anrechnung der ausgestandenen Haft). Ausserdem ordnete das Obergericht eine ambulante vollzugsbegleitende Massnahme nach Art. 63 StGB an und verwies ihn mit Ausschreibung der Landesverweisung im SIS für die Dauer von 6 Jahren des Landes.

Das Obergericht ging davon aus, A. _____ habe 111.2 Gramm Heroin mit einem Reinheitsgrad von mindestens 15% (16.6 Gramm reines Heroinhydrochlorid) etwa zwei Tage vor der Hausdurchsuchung vom 18. September 2017 in Zürich beim Limmatplatz aufgefunden. Er habe beabsichtigt, zumindest einen Teil davon an Dritte abzugeben, wobei er das Heroin nicht aktiv gesucht und sich noch nicht um dessen Weitergabe bemüht habe. Er habe gewusst, dass es sich um Heroin handelte. Zudem habe er 5.2 Gramm dieses Heroins am 18. September 2017 an B. _____ übergeben, damit sie es

verkaufe. Den Erlös habe er zur Befriedigung seiner Sucht nach Crystal Meth verwenden wollen. Schliesslich habe er in der Zeit vom 1. Januar 2016 bis zur Verhaftung am 20. September 2017 wöchentlich mindestens 3 Gramm Crystal Meth geraucht.

C.

A. _____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das vorinstanzliche Urteilsdispositiv aufzuheben und ihn lediglich wegen Vergehens gegen Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG schuldig zu sprechen. Die Gesamtstrafe sei unter Einbezug der widerrufenen Vorstrafe auf 13 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen und die ausgestandene Haft sei anzurechnen. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei zugunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben. Es sei keine Landesverweisung anzuordnen. Die ihm von der Vorinstanz auferlegten Untersuchungs- und Verfahrenskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen. Es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung zu gewähren.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Anklagegrundsatzes nach Art. 9 und Art. 325 StPO. Er macht geltend, die Anklage umschreibe nicht genau, welchen Teil des Heroins er habe weitergeben wollen; sie spreche von einem unbestimmten Teil. Die Vorinstanz gehe jedoch sinngemäss davon aus, er habe das gesamte Heroingemisch von 106 Gramm in Umlauf bringen wollen, indem sie erwäge, er habe annehmen müssen, mit dem Heroin die Gesundheit vieler Menschen zu gefährden. Die Vorinstanz hätte jedoch nicht von mehr als 5.2 Gramm Heroin ausgehen dürfen, da er bloss anerkannt habe, diesen Teil an B. _____ weitergegeben zu haben.

1.2. Nach dem aus Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV sowie aus Art. 6 Ziff. 1 und 3 lit. a und b EMRK abgeleiteten und in Art. 9 Abs. 1 StPO festgeschriebenen Grundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion). Sie hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Zugleich bezweckt das Anklageprinzip den Schutz der Verteidigungsrechte der angeschuldigten Person und garantiert den Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion). Gemäss Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO bezeichnet die Anklageschrift möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung (BGE 141 IV 132 E. 3.4.1 S. 142 f.).

1.3. Die Anklageschrift vom 28. November 2017 beschreibt den dem Beschwerdeführer zur Last gelegten Sachverhalt unmissverständlich. Sie führt im Sachverhaltsabschnitt zum Besitz von 106 Gramm Heroingemisch nach Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG aus, dass diese Handlung die Gesundheit vieler Drogenkonsumenten gefährde. Daraus ergibt sich klar, dass die Staatsanwaltschaft diesbezüglich einen qualifizierten Fall nach Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG anklagt, was sich überdies durch die Nennung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG ergibt (Anklageschrift S. 3). Die Gesundheitsgefahr wird bei den weiteren Anklagesachverhalten (Weitergabe von 5.2 Gramm Heroingemisch und Eigenkonsum von Crystal Meth) nicht erwähnt. Die Auffassung des Beschwerdeführers, die Anklage hätte darüber hinaus zwingend angeben müssen, welche Menge des Heroins er habe weitergeben wollen, trifft nicht zu, zumal die Anklageschrift bloss den Besitz nach Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG, nicht aber eine Weitergabehandlung nach Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG anklagt.

Schliesslich durfte die Vorinstanz die vom Beschwerdeführer beabsichtigte Weitergabe des Heroins feststellen, auch wenn er hierzu noch keine Vorkehrungen getroffen hatte. Die Vorinstanz erwägt in diesem Zusammenhang, er habe seit dem Jahr 2003 kein Heroin mehr konsumiert und auch nicht beabsichtigt, vom Drogenfund zu konsumieren. Er habe die Drogen nicht für den Eigenkonsum besessen und gewusst, dass er durch seine Tathandlung die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen könne (angefochtenes Urteil S. 10 ff.). Die entsprechenden Feststellungen sind relevant, weil die Vorinstanz die Tathandlung des Besitzes von Heroin (Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG) vom Besitz zum Eigenkonsum (Art. 19a Ziff. 1 BetmG) abgrenzen und die dem Vorsatz nach Art. 12 StGB zugrunde liegenden Tatsachen ermitteln musste. Mit diesem Vorgehen verletzt sie den Anklagegrundsatz nicht, sondern ermittelt die für die rechtliche Einordnung des Delikts relevanten Sachverhaltsfeststellungen. Das ist nicht zu beanstanden.

Insgesamt lässt der Wortlaut der Anklageschrift am gerichtlich zu beurteilenden überwiesenen Sachverhalt keine Zweifel offen. Der Beschwerdeführer wusste, was ihm vorgeworfen wird. Dies ergibt

sich auch aus seinen substantiierten rechtlichen Einwänden (dazu nachfolgend). Die Anklageschrift genügt den gesetzlichen Anforderungen.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe die Tathandlung des Besitzes von Betäubungsmitteln nach Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG zu Unrecht unter den qualifizierten Tatbestand von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG subsumiert. Durch den blossen Besitz sei die Gesundheit einer Vielzahl von Menschen noch nicht gefährdet. Diese Gefahr ergebe sich erst durch die Anschlusshandlung, mit welcher das Heroin in den Umlauf gebracht werde. Er habe lediglich 5.2 Gramm Heroingemisch bzw. 0.78 Gramm reines Heroinhydrochlorid weitergegeben und damit die Grenze von 12 Gramm zum qualifizierten Fall nicht überschritten.

2.2. Die Vorinstanz erwägt, der Beschwerdeführer habe das bei der Hausdurchsuchung aufgefundene Heroin (106 Gramm Heroingemisch) gefunden, besessen und aufbewahrt. Dadurch habe er den Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG erfüllt. Der schwere Fall sei gemäss der Rechtsprechung ab einer Menge von 12 Gramm reinem Heroin anzunehmen. Diese Menge sei objektiv geeignet, die Gesundheit vieler Menschen zu gefährden. Es handle sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, weshalb der Besitz für die Tatbestandsmässigkeit genüge, unabhängig davon, was der Täter mit den Drogen beabsichtige. Davon ausgenommen sei lediglich die Konstellation, in welcher die Gefahr der Weiterverbreitung der Drogen ausgeschlossen werden könne. Eine Ausnahme liege nicht vor, da der Beschwerdeführer selbst kein Heroin mehr konsumiere und die Drogen nicht bloss für einen genau definierten, kleinen Abnehmerkreis bestimmt gewesen seien.

2.3.

2.3.1. Gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. d StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer Betäubungsmittel unbefugt besitzt, aufbewahrt, erwirbt oder auf andere Weise erlangt. Art. 19 Abs. 1 BetmG untersagt alle Handlungen, die dazu führen, dass Drogen in den Umlauf geraten oder allfälligen Konsumenten zugänglich gemacht werden (Urteil 6S. 229/2005 vom 20. Juli 2005 E. 1.1). Ein schwerer Fall nach Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG liegt vor, wenn der Täter weiss oder annehmen muss, dass die Widerhandlung mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. In diesem Fall wird er mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft; mit dieser kann eine Geldstrafe verbunden werden (Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG).

Zur qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz kann auf die Rechtsprechung verwiesen werden (BGE 145 VI 312 E. 2.1.1 S. 315 f. mit Hinweisen). Das Bundesgericht hat die Frage offen gelassen, ob beim blossen Besitz im Hinblick auf die Gefährdung einer Vielzahl von Menschen nach Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG eine anschliessende Weitergabehandlung gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b oder lit. c BetmG erforderlich ist (Urteil 6B 932/2018 vom 24. Januar 2019 E. 1.2.4, nicht publ. in BGE 145 IV 146); im beurteilten Fall hatte der Täter bereits Anstalten getroffen, um die bei der Hausdurchsuchung aufgefundene Betäubungsmittel zu veräussern. Im gleichen Sinne hat das Bundesgericht schon früher erwogen, dass Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG zur Anwendung gelange, wenn die Droge noch nicht an Dritte abgegeben wurde, aber zur Abgabe an Dritte bestimmt war; bereits der Besitz einer qualifizierten Drogenmenge begründet in einer solchen Konstellation eine ausreichende Gefährdung einer Vielzahl von Menschen im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (Urteil 6B 1070/2018 vom 14. August 2019 E. 4.3.2 mit Hinweisen).

2.3.2. Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer das von ihm gefundene und beschlagnahmte Heroingemisch besessen, um es einem unbestimmten Abnehmerkreis weiterzugeben, zumal er selbst kein Heroin konsumierte. Einen geringen Teil des Heroins hatte er zum Zeitpunkt der Hausdurchsuchung bereits an die über einschlägige Kontakte verfügende B._____ überreicht, damit diese es an Dritte verkaufe. Den Erlös wollte er zum Erwerb und Eigenkonsum von Crystal Meth einsetzen. In dieser Konstellation, in welcher das beim Beschwerdeführer beschlagnahmte Heroin grundsätzlich zur Weitergabe bestimmt war, verletzt es kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz von einer Gefahr für die Gesundheit vieler Menschen im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG ausgeht. Es ist darauf hinzuweisen, dass sich selbst der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (damals noch nach aArt 19 Ziff. 2 lit. a BetmG) strafbar macht, wer die Betäubungsmittel zwar noch nicht besitzt, jedoch wissentlich und willentlich Anstalten trifft, eine qualifizierte Tat zu vollenden, welche ohne Weiteres möglich ist (BGE 138 IV 100 E. 3.6 S. 106 betr. Anstaltentreffen zur Einfuhr von Betäubungsmitteln).

3.

3.1. Der Beschwerdeführer beanstandet die Strafzumessung. Er erachtet die Einsatzstrafe als zu hoch. Weiter ist nach seiner Auffassung die Strafe aufgrund der widerrufenen Vorstrafe vom 10. März 2017 lediglich um 3 statt um 4 Monate zu erhöhen. Die Vorinstanz habe sich nicht mit dem Delikt auseinandergesetzt, welches der Vorstrafe zugrunde liege, und nicht begründet, weshalb sie eine Erhöhung um 4 Monate als angezeigt erachte. Sie verletze die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fließende Begründungspflicht sowie das Asperationsprinzip nach Art. 49 Abs. 1 StGB.

3.2. Die Vorinstanz wertet das objektive Tatverschulden des Beschwerdeführers als noch leicht. Die von ihm erlangte Menge an reinem Heroin liege nur knapp über der unteren Grenze des qualifizierten Strafrahmens. Er habe das Heroin weder aktiv gesucht, noch sich um dessen Weitergabe bemüht. Er sei zum Tatzeitpunkt von Suchtmitteln abhängig gewesen. Seine Schuldfähigkeit sei gemäss dem Gutachten leicht bis mittelgradig vermindert gewesen. Das Tatverschulden sei daher als eher leicht einzustufen und eine Einsatzstrafe von 12 Monaten auszufallen. In Bezug auf die Täterkomponente führt die Vorinstanz aus, er führe ein desintegriertes Leben am Rande der Gesellschaft. Er sei seit über 20 Jahren von Suchtmitteln abhängig, gebe sich primär mit Landsleuten ab, lebe von staatlicher Unterstützung, habe keine Tagesstruktur, sei mehrfach geschieden und sein einziger Sohn sei fremdplatziert. Sein Lebenswandel und sein allgemeiner Leumund seien bei der Strafzumessung nicht zu berücksichtigen. Die gesundheitliche Situation habe keine erhöhte Strafempfindlichkeit zur Folge. Die Vorinstanz erhöht die Einsatzstrafe von 12 Monaten um 3 Monate für die Weitergabe von ca. 5 Gramm Heroin an B. Schliesslich berücksichtigt die Vorinstanz die zwei teilweise einschlägigen Vorstrafen strafferhöhend. Hinsichtlich des Nachtatverhaltens hält sie fest, dass der Beschwerdeführer zwar geständig sei, nach seiner Haftentlassung und während des laufenden Verfahrens jedoch erneut einschlägig rückfällig geworden sei, weshalb Einsicht und Reue fehlten. Insgesamt erhöht sie die Strafe unter Einbezug der Vorstrafen und des Nachtatverhaltens auf 16 Monate Freiheitsstrafe, die sie um weitere 4 Monate erhöht, und zwar aufgrund der widerrufenen sechsmonatigen Vorstrafe vom 10. März 2017 wegen mehrfachen Betrugs. Sie erwägt, die Anlasstaten datierten vom 18. September 2017 (Verbrechen und Vergehen) bzw. vom 1. Januar 2016 und 20. September 2017 (Übertretung). Zwar sei die Vorstrafe vom 10. März 2017 nicht einschlägig, aber er verfüge wegen gewerbsmässigen Betrugs und Vergehens gegen das BetmG bereits über eine Vorstrafe vom 3. April 2008. Die im dortigen Verfahren verbrachte Haft von 907 Tagen habe keine Wirkung gezeigt. Die neue Delinquenz während laufender Probezeit zeuge von grosser Unbelehrbarkeit (angefochtenes Urteil S. 12 ff.). Insgesamt sei eine Freiheitsstrafe von 20 Monaten angemessen.

3.3. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung wiederholt aufgezeigt (BGE 144 IV 313 E. 1.2 S. 319; 136 IV 55 E. 5.4 ff. S. 59 ff.) und sich ausführlich zur Gesamtstrafenbildung beim Widerruf einer Vorstrafe nach Art. 46 Abs. 1 StGB geäussert (BGE 145 IV 146 E. 2.4.2 S. 152 f.; zu Art. 49 Abs. 1 StGB vgl. BGE 144 IV 217, 313). Auf diese Rechtsprechung kann verwiesen werden. Das Bundesgericht greift auf Beschwerde hin in die Strafzumessung nur ein, wenn das Sachgericht den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn es von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch seines Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19 f.).

3.4. Die Vorinstanz begründet die Strafzumessung auf sieben Seiten des Urteils ausführlich und sorgfältig. Die von ihr festgesetzte Einsatzstrafe von 12 Monaten Freiheitsstrafe für die qualifizierte Widerhandlung gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG ist nicht zu beanstanden. Es handelt sich um die gesetzliche Mindeststrafe. Der Beschwerdeführer zeigt keine aussergewöhnlichen Umstände auf, welche es gebieten würden, den ordentlichen Strafrahmen zu unterschreiten (BGE 136 IV 55 E. 5.8 S. 63). Die Vorinstanz gelangt unter Einbezug des weiteren Delikts und der Täterkomponenten insgesamt zu einer Strafe von 16 Monaten Freiheitsstrafe. Diese erhöht sie aufgrund der in die Strafzumessung nach Art. 46 Abs. 1 StGB einzubeziehenden widerrufenen sechsmonatigen Vorstrafe vom 10. März 2017 um 4 Monate auf gesamthaft 20 Monate. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz berücksichtigt beim Ausmass der Asperation, dass die Vorstrafe vom 10. März 2017 den Tatbestand des mehrfachen Betrugs betrifft, dass der Beschwerdeführer hierfür mit Urteil vom 3. April 2008 einschlägig vorbestraft ist, dass er auch damals schon wegen Vergehens gegen das BetmG verurteilt worden war und dass diese Vorstrafen und die dort erstandene lange Haft ihn

nicht vor weiterer Delinquenz abhalten konnten. Die Vorinstanz übt ihr Ermessen pflichtgemäss aus. Die Differenz zwischen den vom Beschwerdeführer beantragten 3 Monaten und der vorinstanzlichen Erhöhung um 4 Monate ist nicht geeignet, einen Ermessensmissbrauch aufzuzeigen. Dabei bestand

für die Vorinstanz kein Anlass, in allen Details auf das frühere Delikt der rechtskräftigen Vorstrafe vom 10. März 2017 einzugehen, zumal es einzig darum ging, aus der Vorstrafe und der neuen Strafe eine Gesamtstrafe nach Art. 46 Abs. 1 StGB zu bilden.

4.

4.1. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe den Vollzug der Freiheitsstrafe zu Unrecht nicht zugunsten der ambulanten Massnahme aufgeschoben. Die Installation einer Tagesstruktur würde sich fördernd auf seine Psyche und seine soziale Integration auswirken. Die Strukturen im Gefängnis seien hierzu nicht gleich geeignet, da sich sein Zustand im Gefängnis jeweils stark verschlechtert habe und er suizidal gewesen sei.

4.2. Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz verfügt der Beschwerdeführer über keinerlei gefestigte Strukturen, aus welchen er durch einen Gefängnisaufenthalt herausgerissen würde. Die Unterstützung, welche er im begleiteten Wohnen erfahre, werde ihm auch im Gefängnis zuteil. Weiter sei die in Freiheit begonnene ambulante Therapie weitmaschig und beschränke sich auf eine Sitzung pro Woche. Auch hinsichtlich der Qualität der Therapie im oder ausserhalb des Strafvollzugs sieht die Vorinstanz keinen Unterschied, da sich die diesbezüglichen Therapieangebote kaum unterscheiden würden. Schliesslich stellt die Vorinstanz auf die Ausführungen im Gutachten vom 12. Juni 2019 ab, wonach der gleichzeitige Strafvollzug die Therapie nicht in relevanter Weise beeinträchtigt (angefochtenes Urteil S. 19 ff.).

Das Gutachten führt aus, der Beschwerdeführer habe im Jahr 2018 aus eigener Initiative und mit hoher Zuverlässigkeit eine Behandlung seiner Abhängigkeitserkrankung aufgenommen. Es sei ihm gelungen, seinen Suchtmittelkonsum zu reduzieren und die therapeutische Unterstützung der psychiatrischen Universitätsklinik Zürich (PUK) stationär und ambulant sowie betreutes Wohnen in Anspruch zu nehmen. Sein Zustandsbild habe sich verbessert bzw. stabilisiert, weshalb eine ambulante Behandlung geeignet und sinnvoll erscheine. Der Beschwerdeführer profitiere davon, dass er derzeit mit einer türkischsprechenden Psychiaterin in der PUK arbeiten könne. Theoretisch könne die ambulante Massnahme dort oder aber während des Strafvollzugs durchgeführt werden. Der vorausgehende oder gleichzeitige Vollzug einer Freiheitsstrafe beeinträchtigt die Behandlung nicht in relevanter Weise (Gutachten S. 61 ff.).

4.3. Das Gericht kann den Vollzug einer zugleich ausgesprochenen unbedingten Freiheitsstrafe gemäss Art. 63 Abs. 2 StGB zugunsten einer ambulanten Behandlung aufschieben, um der Art der Behandlung Rechnung zu tragen. Es kann für die Dauer der Behandlung Bewährungshilfe anordnen und Weisungen erteilen. Ein Strafaufschub ist anzuordnen, wenn eine tatsächliche Aussicht auf erfolgreiche Behandlung durch den sofortigen Vollzug der ausgefallten Freiheitsstrafe erheblich beeinträchtigt würde. Die Therapie geht vor, falls eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen bietet, welche der Strafvollzug klarerweise verhindern oder vermindern würde (BGE 129 IV 161 E. 4.1 S. 162 f.). Auch unter neuem Recht ist vom Ausnahmecharakter des Strafaufschubs auszugehen. Eine ambulante Massnahme und entsprechend der damit verbundene mögliche Aufschub der Strafe bedürfen einer besonderen Rechtfertigung (Urteil 6B 141/2009 vom 24. September 2009 E. 4 mit Hinweisen).

4.4. Angesichts der für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen (Art. 105 Abs. 1 BGG) bestehen keine Gründe, den von der Vorinstanz angeordneten gleichzeitigen Vollzug von Freiheitsstrafe und ambulanter Massnahme anzuzweifeln. Zwar hat der Beschwerdeführer gewisse Fortschritte erzielt, indem er sich freiwillig in eine Therapie begeben hat und in einer begleiteten Wohnsituation lebt. Indessen ändern diese Umstände nichts daran, dass er trotz der bisherigen Bemühungen und der unternommenen Therapie nach wie vor nicht sozial integriert ist und über keine gefestigten Strukturen verfügt, aus welchen er durch einen Gefängnisaufenthalt herausgerissen würde (angefochtenes Urteil S. 15, 21). Die Therapie findet mit gegenwärtig einer Sitzung pro Woche in zeitlich eng begrenztem Umfang statt, weshalb der Gefängnisaufenthalt nach den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen diesbezüglich kaum zu Änderungen führen wird. Einer allfälligen akut auftretenden Suizidalität kann im Strafvollzug mit geeigneten Vorkehrungen begegnet werden, so durch eine vorübergehende Einweisung in eine psychiatrische Einrichtung. Dass er aus seinem bisherigen Umfeld, dem betreuten Wohnen, gerissen wird, trifft in gleichem Ausmass auf nicht behandlungsbedürftige Straftäter zu. Dies ist die gesetzliche Folge der Delinquenz und der mit dem Strafvollzug einhergehenden Einschränkungen. Zwar trifft es zu, dass ein betreutes Wohnen qualitativ eine andere Betreuung bietet als eine Strafanstalt. Indessen geben beide Institutionen den Bewohnern oder Insassen Alltagsstrukturen vor, welche der Beschwerdeführer offenkundig benötigt. Es ist haltbar, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, dem am Rande der Gesellschaft lebenden

Beschwerdeführer komme auch im Strafvollzug diejenige Unterstützung zuteil, welche er im betreuten Wohnen erfahre. Nach dem Gutachten ist der Erfolg der ambulanten Massnahme durch den gleichzeitigen Vollzug der Strafe nicht gefährdet, weshalb die vorinstanzliche Anordnung bundesrechtskonform ist.

5.

5.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, es sei von der obligatorischen Landesverweisung nach Art. 66a StGB abzusehen. Infolge seiner Drogenabhängigkeit liege ein zwingender Strafmilderungsgrund nach Art. 19 Abs. 3 lit. b BetmG vor. Der ermessensweise Verzicht auf eine obligatorische Landesverweisung nach Art. 66a Abs. 3 StGB müsse neben dem Notwehrexzess oder dem entschuldbaren Notstand auch bei obligatorischen Strafmilderungsgründen möglich sein. Die Vorinstanz verletze bei der Prüfung des Härtefalls nach Art. 66 Abs. 2 StGB seinen Anspruch auf das Privat- und Familienleben nach Art. 13 BV und Art. 8 EMRK.

5.2.

5.2.1. Die Vorinstanz verweist hinsichtlich der Landesverweisung sachverhaltlich zunächst auf das erstinstanzliche Urteil. Gemäss diesem Urteil ist der Beschwerdeführer im Jahr 1969 in der Türkei geboren und bei seinen Eltern aufgewachsen. Sein Vater verstarb früh, zu seiner Mutter und seinem Bruder, welche in der Türkei leben, hat er regelmässig telefonischen Kontakt. Er besuchte während 11 bis 12 Jahren in der Türkei die Schule. Er ist gelernter Elektrotechniker und arbeitete drei, vier Monate auf dem Beruf. Ein Studium brach er aus finanziellen Gründen ab. Zu seiner Situation in der Türkei gab er an, er habe sich vor über 18 Jahren in der Türkei verlobt und diese Verlobung aufgelöst. Der Vater der Verlobten habe Rache geschworen und nach Auflösung des Verlöbnisses seine Tochter und 2002 den Bruder des Beschwerdeführers angeschossen und dem Beschwerdeführer mit dem Tode gedroht.

Im Jahr 1990 kam der Beschwerdeführer als Tourist in die Schweiz. Sein Asylgesuch wurde abgelehnt. Er verfügt inzwischen über eine Niederlassungsbewilligung C. Er hatte kurze Zeit in dem Beruf Elektrotechniker gearbeitet. Seit der Tätigkeit im Jahr 2008 in einer Zentralwäscherei habe er keine Anstellung mehr gehabt. Bei seinen Anstellungen, vorwiegend im Bereich der Gastronomie, habe es sich stets um Gelegenheitsjobs in einem Teilzeitpensum gehandelt. Bis zu einem Bandscheibenvorfall habe er temporär in einem Restaurant gearbeitet. Danach habe er wegen Rückenschmerzen nicht mehr als 50% arbeiten können. Zum Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils war der Beschwerdeführer zu 100% arbeitsunfähig und wurde vom Sozialamt unterstützt. Er lebt alleine in einem Zimmer für begleitetes Wohnen der Stadt Zürich. Er hat einen 2003 geborenen Sohn. In den Jahren 2004 bis 2007 war der Beschwerdeführer im Gefängnis und kümmerte sich nicht um seinen Sohn. Er hatte ihn seit 2008 nicht mehr gesehen, will aber den Kontakt wieder aufnehmen. Der Beschwerdeführer erschien der Erstinstanz indes kaum als ein geeigneter Obhutsträger für den Sohn. Er ist (wie oben dargelegt) mehrfach vorbestraft und hatte während der laufenden Probezeit der widerrufenen

Vorstrafe und erneut während des laufenden Verfahrens delinquent.

5.2.2. Die Vorinstanz führt ergänzend zum erstinstanzlichen Urteil aus, der Beschwerdeführer sei seit 25 Jahren drogenabhängig und arbeite seit dem Jahr 2004 nur noch unregelmässig. Seit 2011 sei er von der Fürsorge abhängig. Seine Ehen seien geschieden worden, sein einziger Sohn sei nach dem Tod seiner Mutter ohne Kenntnis des Beschwerdeführers in einem Heim fremdplatziert worden. Seinen finanziellen Verpflichtungen, wie auch der Pflicht zur Zahlung von Alimenten, komme er nicht nach. Er verfüge über kein stabiles soziales Netz, lebe alleine am Rande der Gesellschaft, gebe sich primär mit Landsleuten ab und verfüge über keine Tagesstruktur. Seine familiären Bindungen seien lose. Die Intensität der Beziehung zu seinem Sohn sei stark unterdurchschnittlich und zu den übrigen Angehörigen in der Schweiz bloss durchschnittlich. Bei einer Rückkehr in seine Heimat werde er nicht in den Militärdienst eingezogen, da die Dienstpflicht mit 41 Jahren ende. Er habe über 20 Jahre in der Türkei gelebt. Er sei dort sozialisiert worden und mit Sprache wie Sitten vertraut. Bei einer Rückkehr seien keine Integrationsprobleme zu erwarten. In der Türkei gebe es zwar keine mit dem schweizerischen Recht vergleichbare Sozialhilfe. Jedoch würden

Sozialleistungen für Bedürftige über einen Förderungsfonds für soziale Hilfe und Solidarität gewährt, wobei die Leistungsgewährung von Amtes wegen geprüft werde. Er sei zwar psychisch krank, eine psychotherapeutische Behandlung sei in der Türkei aber ohne Probleme möglich, zumal solche Behandlungen auch dort weit verbreitet seien. In der Türkei gebe es eine obligatorische Krankenversicherung, wobei der Staat bei niedrigen Einkommen dafür aufkomme.

In der Gesamtbetrachtung und nach der Abwägung der zur Diskussion stehenden Interessen sei kein

Härtefall zu erkennen. Der Beschwerdeführer habe kaum Bezugspunkte zur Schweiz, obwohl er sich seit 25 Jahren hier aufhalte. Im Gegensatz dazu stehe das öffentliche Sicherheitsinteresse an der Landesverweisung, da er wiederholt im Drogenbereich kriminell geworden sei. Auch der von ihm begangene Sozialhilfemissbrauch sei von allgemeiner Schädlichkeit. Er habe mit den Betäubungsmitteldelikten die Gesundheit vieler Menschen gefährdet.

5.3. Gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB verweist das Gericht den Ausländer, der wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 oder Art. 20 Abs. 2 des Betäubungsmittelgesetzes verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 bis 15 Jahre aus der Schweiz.

Von der Landesverweisung kann nur "ausnahmsweise" abgesehen werden, wenn sie (1.) einen "schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und (2.) die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen" (Art. 66a Abs. 2 StGB). Von einer Landesverweisung kann nach Art. 66a Abs. 3 StGB ferner abgesehen werden, wenn die Tat in entschuldbarer Notwehr (Art. 16 Abs. 1 StGB) oder in entschuldbarem Notstand (Art. 18 Abs. 1 StGB) begangen wurde. Die Härtefallklausel ist restriktiv anzuwenden (BGE 144 IV 332 E. 3.3.1 S. 340, Pra 2019 70 698). Nach der Rechtsprechung lässt sich zur kriteriengeleiteten Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE; SR 142.201, in der Fassung vom 1. Juni 2019) heranziehen (BGE 144 IV 332 E. 3.3.2 S. 341). Ein Härtefall lässt sich 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 Familienleben annehmen (Urteil 6B 1299/2019

vom 28. Januar 2020 E. 3.3). Soweit ein Anspruch aus Art. 8 EMRK in Betracht fällt, ist die Rechtsprechung des EGMR zu beachten. Die Staaten sind nach dieser Rechtsprechung berechtigt, Delinquenten auszuweisen; berührt die Ausweisung indes Gewährleistungen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, ist der Eingriff nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu rechtfertigen (Urteil in Sachen I.M. c. Suisse vom 9. April 2019, Verfahren 23887/16, Ziff. 68). Nach diesem Urteil haben sich die nationalen Instanzen von den im Urteil Üner c. Niederlande vom 18. Oktober 2006 (Verfahren 46410/99) resümierten Kriterien leiten zu lassen (zum Ganzen: Urteil 6B 841/2019 vom 15. Oktober 2019 E. 1.2 mit Hinweisen).

5.4.

5.4.1. Der Beschwerdeführer beging eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und damit eine grundsätzlich die Ausweisung nach sich ziehende Katalogtat gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB. Seine Vorbringen gegen diesen Schuldspruch erweisen sich als nicht stichhaltig (oben E. 2). Es sind keine Gründe auszumachen, die angesichts der schweren Delinquenz im Betäubungsmittelbereich und der gewichtigen Vorstrafen gegen eine Landesverweisung sprechen könnten. Von einer erfolgreichen Integration kann keine Rede sein (vgl. Urteil 6B 1299/2019 vom 28. Januar 2020 E. 3.4.2). Der Beschwerdeführer verfügt trotz langer Anwesenheit über keine gefestigten Beziehungen zur Schweiz und ist weder beruflich noch sozial integriert. Sein Anwesenheitszweck beschränkt sich schwergewichtig auf den Konsum von Suchtmitteln und den Bezug von Sozialhilfe. Auch seine Sozialhilfeabhängigkeit und die psychischen Probleme sprechen nicht gegen eine Rückkehr in die Türkei, zumal nach den unangefochtenen vorinstanzlichen Feststellungen auch in der Türkei Netzwerke vorhanden sind, welche die finanzielle Existenz und die Gesundheitsversorgung gewährleisten. Der Beschwerdeführer verfügt nach wie vor über gute Kontakte in der Türkei, er ist dort

aufgewachsen, hat 20 Jahre dort gelebt und spricht die türkische Sprache. Nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz davon ausgeht, der Beschwerdeführer könne einer Familienfehde vorbeugen, indem er sich in einem flächenmässig grossen Land wie der Türkei unerkannt an einem geeigneten Ort niederlasse. Die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Bedenken sind abstrakter Natur, auch in Anbetracht des Umstands, dass die eine mögliche Familienfehde provozierende Auflösung einer Verlobung über 20 Jahre zurückliegt, seine damalige Verlobte zwischenzeitlich verheiratet ist, Kinder hat und sich die letzte vom Beschwerdeführer als Gefahr für sein Leben angeführte Handlung (das Anschliessen seines Bruders durch den Vater der damaligen Verlobten) vor 18 Jahren ereignet hatte.

5.4.2. Soweit der Beschwerdeführer sich auf die Gewährleistung des Familienlebens nach Art. 13 BV und Art. 8 EMRK beruft, ist ihm entgegen zu halten, dass die Landesverweisung keine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung beeinträchtigt. Wie die Vorinstanz willkürfrei ausführt, pflegt der Beschwerdeführer zu seinem Sohn, dem einzigen in der Schweiz lebenden Familienangehörigen, eine ausgesprochen lose Beziehung. Der Beschwerdeführer befindet sich gegenwärtig in einem betreuten Wohnen, während sein Sohn seit dem Tod der Mutter in einem

Wohnheim untergebracht ist. Diese Platzierung des Sohnes erfolgte ohne Wissen und ohne Kontaktaufnahme mit dem Beschwerdeführer. Jedenfalls räumt der Beschwerdeführer ein (Beschwerde S. 12), er habe erst im Dezember 2018, d.h. seit etwas mehr als einem Jahr, wieder Kontakt zu seinem Sohn aufgenommen, nachdem zuvor während 10 Jahren, also während des die Persönlichkeit des Sohnes prägenden Lebenszeitraums von 5 bis fast 16 Jahren, gar kein Kontakt bestand. Auf die gegenteilige appellatorische Kritik des Beschwerdeführers am angefochtenen Urteil, wonach der Kontakt zum Sohn gut sei, ist nicht einzutreten (Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 145 I 26 E. 1.3 S. 30; 145 IV 154 E.

1.1 S. 156). Die Vorinstanz geht gestützt auf ihre Feststellungen in zutreffender Weise davon aus, dass keine intakte familiäre Beziehung zum Sohn besteht, weshalb der Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK nicht berührt sei. Die fehlende Beziehung kann daher auch keinen schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB begründen. Es ist denn auch nicht ersichtlich, weshalb der eben erst angebahnte Kontakt zum bald volljährigen Sohn nicht in anderer Weise, etwa durch Kommunikationsmittel, angemessen aufrecht erhalten werden kann.

5.5. Unbegründet ist schliesslich auch die Berufung auf Art. 66a Abs. 3 StGB. Das Bundesgericht hat klargestellt, dass diese Bestimmung abschliessend ist und nicht andeuten soll, dass nebst den ausdrücklich genannten noch weitere Strafmilderungsgründe berücksichtigt werden können. Der in diesem Zusammenhang verwendete Begriff "ferner" bezieht sich auf den vorangehenden Abs. 2 des Art. 66a StGB (BGE 144 IV 168 E. 1.4.2 S. 171 f.). Entgegen seiner Behauptung hat die Vorinstanz nicht den Strafmilderungsgrund von Art. 19 Abs. 3 lit. b BetrMG, sondern Art. 19 Abs. 2 StGB angewendet (Urteil S. 13 f.).

6.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist abzuweisen, da die Beschwerde von vornherein aussichtslos war (Art. 64 Abs. 1 BGG; vgl. Urteil 6B 1299/2019 vom 28. Januar 2020 E. 4). Entsprechend sind dem Beschwerdeführer die Gerichtskosten aufzuerlegen. Eine Mittellosigkeit ist anzunehmen. Die Gerichtskosten sind daher praxismässig herabzusetzen (Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1200.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 25. Februar 2020

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Briw