

BGer 6B_419/2024 vom 10. Februar 2025

Bundesgericht, 2025-02-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_419_2024

FR: TF 6B_419/2024 du 10 février 2025

IT: TF 6B_419/2024 del 10 febbraio 2025

Erwägungen

E. 1

Der Beschwerdeführer rügt eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung sowie eine mehrfache Verletzung von Bundes- und Völkerrecht.

E. 1.1

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Das bedeutet jedoch nicht, dass überhaupt nicht zu erörtern wäre, inwiefern der angefochtene Entscheid bundesrechtliche Normen verletzen könnte. Vielmehr muss sich der Beschwerdeführer, um der Begründungspflicht im Sinne von Art. 42 Abs. 2 BGG zu genügen, mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen und klar aufzeigen, inwiefern die Vorinstanz Recht verletzt (BGE 140 III 86 E. 2 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer soll nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die er im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit seiner Kritik an den vorinstanzlichen Erwägungen ansetzen (BGE 140 III 115 E. 2; vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1-2.3; Urteil 6B_433/2018 vom 4. Juni 2019 E. 2).

E. 1.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig bzw. willkürlich ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ; BGE 148 IV 356 E. 2.1, 39 E. 2.3.5; 147 IV 73 E. 4.1.2). Willkür liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn die vorinstanzliche Beweiswürdigung schlechterdings unhaltbar ist, d.h. wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder auf einem offenkundigen Fehler beruhen. Dass eine andere Lösung ebenfalls möglich erscheint, genügt nicht (vgl. BGE 148 IV 356 E. 2.1, 39 E. 2.3.5; 147 IV 73 E. 4.1.2; je mit Hinweisen). Erforderlich ist zudem, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (BGE 148 IV 409 E. 2.2; 146 IV 88 E. 1.3.1; 145 IV 154 E. 1.1; je mit Hinweisen). Die Willkürüge muss in der Beschwerde anhand des angefochtenen Entscheids explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf ungenügend begründete Rügen oder allgemeine appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 148 IV 356 E. 2.1, 205 E. 2.6; 146 IV 88 E. 1.3.1; je mit Hinweisen). Dem Grundsatz

in dubio pro reo - als Maxime der Beweiswürdigung - kommt keine über das Willkürverbot (Art. 9 BV) hinausgehende Bedeutung zu BGE 148 IV 409 E. 2.2; 146 IV 297 E. 2.2.5, 88 E. 1.3.1; 145 IV 154 E. 1.1; 143 IV 500 E. 1.1; je mit Hinweisen).

E. 2.1

Der Beschwerdeführer moniert eine falsche Würdigung der Aussagen von D._____. Entgegen den Feststellungen der Vorinstanz habe dieser die blauen Pillen nicht sehr genau beschrieben und die eingestanzte Marke nicht explizit nennen können. Dasselbe gelte für die Frage, wie das Logo ausgesehen habe. Stattdessen habe er angegeben, dieses mit Viagra verglichen zu haben, er "glaube", dass es das gleiche [Logo] gewesen sei, er habe dies [aber] nicht mehr im Kopf. Hätte D._____ aber das Logo auf den blauen Pillen tatsächlich mit Viagra verglichen, hätte er sich im Zeitpunkt der Befragung mit Sicherheit daran erinnern können, "wie dieses aussieht". Anhand dieser unklaren und vagen Aussagen lasse sich nicht erstellen, dass der Beschwerdeführer D._____ tatsächlich Viagra verkauft habe. Der Beschwerdeführer habe immer ausgesagt, es habe sich um ein Naturheilmittel gehandelt.

Die Beweiswürdigung der Vorinstanz sei zudem widersprüchlich: Sie argumentiere, dass nicht einzusehen sei, weshalb D._____ die Pillen zu einem solch hohen Preis und auf eine derart umständliche Weise über den Beschwerdeführer hätte beziehen sollen, wenn es sich tatsächlich um in Afrikashops frei verkäufliche Potenzmittel gehandelt hätte. Damit unterstelle die Vorinstanz D._____, er habe Viagra kaufen wollen, wohingegen dieser davon ausgegangen sei, "eben gerade nicht Viagra [zu] kaufen". Die Vorinstanz weiche somit willkürlich und ohne Begründung von den Aussagen D._____ 's ab, bezeichne seine Aussagen jedoch als überzeugend. Dieser hätte nach Viagra-Pillen gefragt, hätte er tatsächlich solche kaufen wollen und die Pillen dann selbstverständlich auch klar als Viagra identifiziert. Dies sei gerade nicht der Fall. Auch über die Wirkung der Pillen habe D._____ keine Aussagen gemacht und es seien seitens der Staatsanwaltschaft keine entsprechenden Abklärungen getroffen worden. Damit bleibe unklar, ob es sich um ein Arzneimittel im Sinne des Heilmittelgesetzes handle. Die Vorinstanz würdige die Beweise absolut willkürlich.

E. 2.2

Die Vorbringen des Beschwerdeführers erweisen sich weitgehend als unzulässige appellatorische Kritik an der Beweiswürdigung der Vorinstanz. Diese setzt sich ausführlich mit den Aussagen von D._____ auseinander und gelangt nachvollziehbar zum Schluss, es bestünden keine Zweifel, dass der Beschwerdeführer ihm Viagra-Pillen verkauft habe. Die Aussagen von D._____ seien zwar knapp, aber widerspruchsfrei und plausibel. Für die ihm unterstellten Unsicherheiten ziehe die Verteidigung lediglich einzelne und isoliert betrachtete Aussagen bzw. Formulierungen aus der Einvernahme vom 6. Januar 2022 heran, ignorierend, dass D._____ mehrfach ausgesagt habe, dass es sich bei den blauen Tabletten um Viagra gehandelt habe. Aus der einmal protokollierten Formulierung, er "glaube", dass es sich um das gleiche Logo gehandelt habe, ergebe sich keine relevante Unsicherheit.

E. 2.3

Mit diesen schlüssigen, keine Willkür erkennen lassenden Erwägungen setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Stattdessen beschränkt er sich darauf, die bereits vor Vorinstanz vorgetragenen Argumente zu wiederholen, was den Rügeanforderungen (Art. 42 Abs. 2, Art. 106 Abs. 2 BGG) nicht genügt. Darauf ist nicht weiter einzugehen. Dasselbe gilt für sein Vorbringen, die Vorinstanz widerspreche den Ausführungen von D._____. Die vorinstanzliche Argumentation, wonach ein derart umständlicher Bezug

von in Afrikashops frei verkäuflichen Potenzmitteln nicht einzusehen sei, nimmt Bezug auf eine dementsprechende, das heisst die freie Verkäuflichkeit der fraglichen Potenzmittel betreffende Aussage des Beschwerdeführers. Inwiefern die Vorinstanz damit D. _____ die Absicht des Erwerbs von Viagra unterstellt resp. was der Beschwerdeführer hieraus zu seinen Gunsten ableiten will, erschliesst sich nicht.

Zusammenfassend vermag der Beschwerdeführer nicht darzutun, inwiefern die Vorinstanz in Willkür verfällt, wenn sie anhand der Aussagen von D. _____ darauf schliesst, letzterer habe die an ihn verkauften blauen Pillen als Viagra identifiziert und sie es damit als erstellt erachtet, dass der Beschwerdeführer eben dieses Medikament verkauft hat. Daran ändert auch nichts, dass D. _____ keine Aussagen über die Wirkung der blauen Pillen gemacht und die Staatsanwaltschaft hierzu keine weiteren Abklärungen getroffen hat. Umso weniger, als der Beschwerdeführer weder aufzeigt noch ersichtlich ist, weshalb Zweifel an deren Wirksamkeit bestehen. Die Beschwerde ist in diesem Punkt abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Zur rechtlichen Würdigung äussert sich der Beschwerdeführer nicht, womit sich Erwägungen hierzu erübrigen.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer rügt den Widerruf der bedingten Entlassung als bundesrechtswidrig. Die Vorinstanz verletze Art. 46 Abs. 2 StGB, wenn sie erwäge, es könne ihm keine günstige Prognose gestellt werden. Damit setze sie das Fehlen einer ungünstigen Prognose mit dem Vorliegen einer günstigen Prognose gleich und stelle zu hohe Anforderungen an den Verzicht auf den Widerruf. Weiter fehle es an einer aktuellen Gesamtbetrachtung. Die Vorinstanz berücksichtige nicht, dass er seit 2021 eine deutlich intensivere Betreuungsfunktion seinen beiden Söhnen gegenüber übernehme und seit diesem Zeitpunkt auch über eine eigene Wohnung verfüge, in der er diese betreue. Ebenfalls unberücksichtigt blieben die konkreten Pläne seines Sohnes B.A. _____, ab dem Eintritt in die Sportschule E. _____ per 19. August 2024 bei ihm zu wohnen. Ebenso wenig berücksichtigte die Vorinstanz, dass er seine Drogensucht behandelt habe. Diesbezüglich interpretiere sie den Bericht der behandelnden Therapeutin vom 13. März 2024 falsch und ver falle in Willkür, wenn sie von einer erst kürzlich erfolgten Einstellung seines Drogenkonsums ausgehe. Angesichts dieser grundlegenden Veränderung und Festigung der Lebensumstände könne ihm keine negative Prognose gestellt werden. Schliesslich nehme die Vorinstanz keine Verhältnismässigkeitsprüfung vor. Obwohl sie das Tatverschulden hinsichtlich des Kokainverkaufs als leicht beurteile, bleibe dies bei der Beurteilung des Widerrufs unberücksichtigt. Im Rahmen einer Verhältnismässigkeitsprüfung sei indes zu berücksichtigen, dass sich die einmalig gehandelte Drogenmenge von 3.2 Gramm reinem Kokain klar unterhalb der Grenze zum schweren Fall bewege, weshalb ein Widerruf nicht in Frage komme.

E. 3.2

Begeht der bedingt Entlassene während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen, so ordnet das für die Beurteilung der neuen Tat zuständige Gericht die Rückversetzung an (Art. 89 Abs. 1 StGB). Ist trotz des während der Probezeit begangenen Verbrechens oder Vergehens nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf eine Rückversetzung. Es kann den Verurteilten warnen und die Probezeit um höchstens die Hälfte der von der zuständigen Behörde ursprünglich festgesetzten Dauer verlängern. Die Bestimmungen von Art. 93-95 StGB über die

Bewährungshilfe und die Weisungen sind anwendbar (Art. 89 Abs. 2 StGB).

Ein während der Probezeit begangenes Verbrechen oder Vergehen führt demnach nicht zwingend zum Widerruf der bedingten Entlassung. Im Rahmen von Art. 89 Abs. 2 Satz 1 StGB muss genügen, dass vernünftigerweise erwartet werden kann, der Verurteilte werde keine weiteren Straftaten begehen. Angesichts der bloss relativen Sicherheit von Legalprognosen dürfen an diese Erwartung keine übermässig hohen Anforderungen gestellt werden (Urteil 6B_1265/2021 vom 29. Dezember 2022 E. 4.3 mit Hinweisen). Der Widerruf soll erfolgen, wenn aufgrund der erneuten Straffälligkeit des Verurteilten von ungünstigen Bewährungsaussichten auszugehen ist, mithin eine eigentliche Schlechtprognose besteht (BGE 134 IV 140 E. 4.3; Urteil 7B_689/2023 vom 26. August 2024 E. 9.2; vgl. auch Urteil 6B_1265/2021 vom 29. Dezember 2022 E. 4.3 mit Hinweisen).

Für die prognostische Bewertung der weiteren Straftaten (Art. 89 Abs. 2 StGB) können die vom Bundesgericht entwickelten Prognosekriterien für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges (Art. 42 Abs. 1 StGB) beigezogen werden. So ist bei der Prüfung, ob der Verurteilte für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet, eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Für die Einschätzung des Rückfallrisikos ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich (Urteile 7B_689/2024 vom 26. August 2024 E. 9.2; 6B_1265/2021 vom 29. Dezember 2022 E. 4.3; je mit Hinweisen).

Wie bei der Strafzumessung (Art. 50 StGB) müssen die Gründe im Entscheid so wiedergegeben werden, dass sich die richtige Anwendung des Bundesrechts überprüfen lässt. Bei der Beurteilung der Bewährungsaussicht steht dem zuständigen Gericht ein Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift nur ein, wenn das Gericht sein Ermessen über- oder unterschritten oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt hat (Urteile 6B_1265/2021 vom 29. Dezember 2022 E. 4.3; 6B_1085/2013 vom 22. Oktober 2014 E. 4.2.1; 6B_235/2010 vom 17. Mai 2010 E. 2.2; je mit Hinweisen).

E. 3.3.1

Was der Beschwerdeführer gegen die Anordnung der Rückversetzung durch die Vorinstanz vorbringt, verfängt nicht. Dabei trifft es explizit nicht zu, dass die Vorinstanz das Fehlen einer ungünstigen Prognose mit dem Vorliegen einer günstigen Prognose gleichsetzt. Vielmehr kommt sie nach einer umfassenden Prüfung sämtlicher für die Prognose relevanter Umstände zum Schluss, dass dem Beschwerdeführer insbesondere aufgrund seiner schwerwiegenden und einschlägigen Vorstrafen, seiner Delinquenz während der Probezeit sowie seinen derzeitigen persönlichen Verhältnissen eine

schlechte [keine Hervorhebung im Originaltext] Prognose gestellt werden muss (vgl. angefochtenes Urteil S. 25). Damit einhergehend trifft ebenso wenig zu, dass die Vorinstanz keine Gesamtbetrachtung vornimmt, sie namentlich die in der jüngeren Vergangenheit erfolgten, positiven Veränderungen und Verfestigung der Lebensumstände des Beschwerdeführers unberücksichtigt liesse. Mit Blick auf diese Veränderungen und ihre (unbestritten gebliebenen; Art. 105 Abs. 1 BGG) Feststellungen, wonach der Beschwerdeführer schon zuvor - trotz geringeren Betreuungszeiten - eine enge Bindung zu seinen Söhnen hatte, berücksichtigt sie zu Recht, dass ihn dies nicht von der Begehung

weiterer Delikte abgehalten hat. Deren Fazit, dass damit "- damals wie heute -" nicht davon auszugehen sei, dass die Kontakte zu seinen Kindern die Basis für ein deliktfreies Leben bildeten, ist schlüssig und stellt keinen Ermessensmissbrauch dar; ebenso, wonach an dieser Einschätzung auch der Umstand nichts zu ändern vermöge, dass ab Sommer 2024 der Sohn B.A. _____ beim Beschwerdeführer wohnen werde und sich die Vorinstanz nicht explizit zu den "deutlich intensiveren Betreuungsfunktionen" äussert.

E. 3.3.2

Als unzutreffend erweist sich auch der Einwand des Beschwerdeführers, die Vorinstanz lasse ausser Acht, dass er seine Drogensucht behandelt habe. Vielmehr setzt sich die Vorinstanz mit dem Bericht der behandelnden Therapeutin vom 13. März 2024 auseinander. Dabei wertet sie den Besuch einer psychiatrisch-psychotherapeutischen Therapie als durchaus positiv, erblickt hierin aber keinen Umstand, der die Rückfallgefahr entfallen liesse. Dem Bericht lasse sich entnehmen, dass der Beschwerdeführer den Kokainkonsum "auf ein Minimum oder zuletzt auf gar nichts mehr" reduziert habe. Mit Blick darauf, dass die Therapie seit Juli 2021, mithin im Urteilszeitpunkt seit rund 2 3/4 Jahren dauert, verfällt die Vorinstanz nicht in Willkür, wenn sie auf eine "- wenn überhaupt - erst seit kurzer Zeit" andauernde Abstinenz schliesst. Damit einhergehend weist sie zurecht darauf hin, dass im Therapiebericht trotz der grundsätzlich positiven Entwicklung nach wie vor eine depressive Symptomatik erwähnt werde. Wenn die Vorinstanz damit insgesamt keine Basis erkennt, anhand der - trotz der von ihr zuvor gewürdigten Umstände - von einem zukünftig deliktfreien Leben des Beschwerdeführers ausgegangen werden könne, bewegt sie sich innerhalb ihres Ermessens.

E. 3.3.3

Schliesslich ist auch keine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips erkennbar. Die Vorinstanz berücksichtigt zurecht die einschlägigen und zumindest teilweise gravierenden Vorstrafen des Beschwerdeführers. Dass sie diesen bei der Gesamtbeurteilung der massgeblichen Faktoren ein zu starkes Gewicht beigemessen hätte, ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht dargetan. Damit einhergehend ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Vorstrafen und das aktuell zu beurteilende Delikt als einschlägig qualifiziert und unter zusätzlicher Berücksichtigung, dass sich der Beschwerdeführer auch durch den (teilweisen) Vollzug von Freiheitsstrafen nicht vor neuerlicher Delinquenz hat abhalten lassen, auf dessen Unbelehrbarkeit schliesst. Insoweit sich der Beschwerdeführer darauf beruft, dass es dem neuen Delikt an der erforderlichen Tatschwere mangle, resp. dass selbst die Vorinstanz die Ausfällung einer Geldstrafe als möglich erachte, setzt er sich nicht mit deren Schluss auseinander, wonach für den neuerlichen Verstoß (Vergehen) gegen das Betäubungsmittelgesetz

zwingend [keine Hervorhebung im Originaltext] eine Freiheitsstrafe auszufällen sei (vgl. angefochtenes Urteil S. 16). Auf sein Vorbringen ist folglich nicht weiter einzugehen. Im Übrigen übersieht er, dass es grundsätzlich keine Rolle spielt, mit welcher Strafe die neue Straftat (Vergehen/Verbrechen) belegt wird. Art und Schwere der erneuten Delinquenz sind für den Entscheid über die Rückversetzung "lediglich" insoweit von Bedeutung, als das im Strafmass für die neue Tat zum Ausdruck kommende Verschulden Rückschlüsse auf die Legalbewährung des Verurteilten erlaubt. Ausschlaggebend ist wie erwähnt (oben E. 3.2), ob aufgrund der neuen Straffälligkeit mit Blick auf eine Gesamtwürdigung aller wesentlicher Umstände eine Schlechtprognose besteht - die umso negativer ausfallen kann,

je schwerer die während der Probezeit begangenen Delikte wiegen -, oder ob die Bewährungsaussichten trotz der in der Probezeit verübten Straftat (en) günstig sind. Letzteres kann namentlich dann der Fall sein, wenn es sich bei der neuerlichen Delinquenz um eine "Zufallstat" handelt (vgl. BGE 134 IV 140 E. 4.5 [zu Art. 46 StGB]; Urteil 6B_765/2008 vom 7. April 2009 E. 2.3.2, nicht publ. in: BGE 135 IV 146 136; Urteil 6B_235/2010 vom 17. Mai 2010 E. 2.2; CORNELIA KOLLER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019 N. 1 und 3 zu Art. 89 StGB ; ROLAND M. SCHNEIDER/ROY GARRÉ, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, a.a.O., N. 3 zu Art. 46 StGB). Beim (erneuten) Verkauf von Kokain handelt es sich weder um eine Zufallstat noch lässt die für dieses Vergehen konkret ausgefallte Freiheitsstrafe von 120 Tagessätzen auf eine Tatschwere schliessen, die den vorinstanzlichen Schluss einer Schlechtprognose im Gesamtkontext der übrigen Umstände als bundesrechtswidrig erscheinen lässt.

Zusammenfassend verletzt die Vorinstanz kein Bundesrecht, wenn sie anhand der von ihr aufgezeigten und gewürdigten Umstände auf eine schlechte Prognose schliesst.

E. 4.1

Der Beschwerdeführer beanstandet die Strafzumessung. Nicht weiter einzugehen ist dabei auf seine unbegründet gebliebene Rüge (Art. 42 Abs. 2 BGG), die Vorinstanz setze sich ungenügend mit seinen Vorbringen auseinander und verletze seinen Anspruch auf rechtliches Gehör.

E. 4.2

Sodann ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz die Strafzumessung "mit einer [...] bemerkenswerten Einseitigkeit" vornimmt. Dies insbesondere deswegen nicht, weil sich gemäss deren Erwägungen keine subjektiven Tatsachen feststellen lassen, die (verschuldenserhöhend oder aber -mindernd) zu berücksichtigen wären. Insofern der Beschwerdeführer also (zumindest implizit) geltend machen will, die Vorinstanz unterstelle ihm ein finanzielles Motiv, trifft dies gerade nicht zu, im Gegenteil (vgl. angefochtenes Urteil S. 12 f.). Die Beweggründe des Beschwerdeführers konnten nicht eruiert werden. Damit ist ebenso wenig zu beanstanden, dass die Vorinstanz die " (damalige) Drogensucht" nicht strafmindernd berücksichtigt; umso weniger, als der Beschwerdeführer gemäss den unbestritten gebliebenen Erwägungen der Vorinstanz konstant geltend gemacht hat, 9.9 Gramm Kokaingemisch aus reiner Gefälligkeit und auf Geheiss eines Dritten, mithin nicht im Kontext seiner eigenen Drogensucht bzw. zur Finanzierung derselben verkauft zu haben (vgl. wiederum das angefochtene Urteil S. 12 f.). Nicht zu hören ist der Beschwerdeführer schliesslich, soweit er (auch) im Rahmen der Strafzumessung die Nichtberücksichtigung der Suchttherapie und der Stabilisierung seines Lebens moniert. Unter welchem Titel und inwiefern sich diese Entwicklungen konkret strafmindernd auswirken könnten, wird vom Beschwerdeführer nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich.

E. 4.3

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, die Vorstrafen mehrfach zu seinen Ungunsten berücksichtigt und damit das Doppelverwertungsverbot verletzt zu haben. Mithin seien die Vorstrafen bereits zur Begründung der negativen Prognose im Rahmen des Widerrufs herangezogen worden. Im Rahmen der Strafzumessung habe die Vorinstanz dann die Einsatzstrafe aufgrund der Vorstrafen von 70 Strafeinheiten auf 100 Strafeinheiten erhöht, um sie sodann für die Tatsache, dass das neue Delikt rund eineinhalb Jahre nach der Entlassung aus dem Strafvollzug und während laufender Probezeit begangen worden sei,

auf 120 Strafeinheiten zu erhöhen. Insgesamt habe die Vorinstanz die Einsatzstrafe aufgrund der Vorstrafen fast verdoppelt und damit im Ergebnis auch den Grundsatz "ne bis in idem" verletzt.

Eine Verletzung des Doppelverwertungsverbotes resp. des Grundsatzes "ne bis in idem" ist nicht erkennbar. Die Vorinstanz setzt die tatbezogene Einsatzstrafe aufgrund der als leicht beurteilten objektiven Tatschwere auf 90 Strafeinheiten fest und reduziert diese dann zufolge unzulässigen Verhaltens des polizeilichen Scheinkäufers um 20 auf 70 Strafeinheiten. Die subjektiven Tatkomponenten erachtet die Vorinstanz wie erwähnt als neutral. Die Vorstrafen berücksichtigt sie als erheblich strafehöhend und erhöht die Einsatzstrafe um 30 auf 100 Strafeinheiten. Dies ist in Anbetracht der vom Beschwerdeführer verwirkten drei einschlägigen Vorstrafen, mit denen er jeweils zu unbedingt ausgefallten Freiheitsstrafen und dabei unter anderem zu einer von 6 Jahren und 4 Monaten verurteilt worden ist, nicht zu beanstanden resp. bewegt sich dies im Rahmen des vorinstanzlichen Ermessens (vgl. Urteil 6B_510/2015 vom 25. August 2015 E. 1.5). Die weitere Erhöhung der Einsatzstrafe um 20 Strafeinheiten begründet die Vorinstanz mit dem Umstand, dass der Beschwerdeführer während laufender Probezeit (hinsichtlich der bedingten Entlassung) erneut einschlägig delinquent hat, was ebenfalls keiner Korrektur bedarf. Die Delinquenz während laufender Probezeit stellt, wie auch die erneute Delinquenz während laufendem Strafverfahren, ein eigenständiges Strafzumessungskriterium dar. Eine Verletzung des Doppelverwertungsverbots kann schliesslich auch nicht darin erblickt werden, dass die Vorinstanz im Rahmen des Rückversetzungsentscheides für die Beurteilung der Prognose auch die Vorstrafen berücksichtigte. Beim Entscheid über die Rückversetzung handelt es sich um einen von der für die neue Delinquenz vorzunehmende Strafzumessung unabhängigen Entscheid.

E. 5.1

Der Beschwerdeführer ficht schliesslich die angeordnete fakultative Landesverweisung an. Er wirft der Vorinstanz eine Verletzung von Art. 66abis StGB und einen Verstoß gegen das Verhältnismässigkeitsgebot (Art. 36 Abs. 3 BV und Art. 8 Abs. 2 EMRK) sowie den Anspruch auf Achtung des Familienlebens (Art. 13 BV und Art. 8 Abs. 1 EMRK) vor. Die Vorinstanz bezeichne ihn als Serieldelinquenten ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz und setze ihn damit einem Kriminaltouristen gleich. Damit blende sie erneut seine aktuellen persönlichen Verhältnisse aus und nehme keine konkrete Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse und seinen privaten Interessen vor. Bei der Anlasstat handle es sich um ein geringfügiges Delikt und die Vorinstanz erwäge im Rahmen der Strafzumessung, dass aufgrund der Tatschwere auch eine Geldstrafe möglich wäre. Durch eine einmalige Abgabe einer geringen Menge Kokain habe er die öffentliche Sicherheit, wenn überhaupt, nur in einem äusserst geringen Ausmass gefährdet. Es sei auch nicht ersichtlich, weshalb von ihm weitere, die öffentliche Sicherheit gefährdende Delikte zu erwarten seien. Daran vermöchten auch seine Vorstrafen nichts zu ändern. Stossend erschienen die vorinstanzlichen Ausführungen, wonach der Kontakt mit seinen Kindern nicht von Art. 8 EMRK geschützt werde und das Zusammenleben nur möglich sei, da er sich ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufhalte. Die Vorinstanz setze sich nicht mit seinen Beziehungen in der Schweiz auseinander und verkenne, dass seine beiden Söhne auf eine Vaterfigur angewiesen seien.

E. 5.2

Die Vorinstanz weist in ihrer Begründung der Anordnung der fakultativen Landesverweisung darauf hin, dass die Migrationsbehörden dem Beschwerdeführer das Aufenthaltsrecht bereits rechtskräftig entzogen haben. Er halte sich als Ausländer ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz auf. Der Blick auf die Entstehung von Art. 66abis StGB zeige, dass diese Norm die Landesverweisung namentlich bei Wiederholungstätern oder Kriminaltouristen erlauben solle. Was für Kriminaltouristen gelte, gelte mutatis mutandis auch für andere nicht aufenthaltsberechtigten Personen. Die teilweise vertretene Auffassung, wonach die fakultative Landesverweisung nur in Fällen von schweren Delikten und schwerem Verschulden zum Zug kommen solle, sei entschieden abzulehnen. Dies ergebe sich deutlich aus den Gesetzesmaterialien, die klar den Willen des Gesetzgebers aufzeigten, die fakultative Landesverweisung auch bei leichten Delikten verhängen zu können. Die fakultative Landesverweisung sei auch dann auszusprechen, wenn bereits angeordnete ausländerrechtliche Massnahmen ihre Wirkung verfehlt hätten. Das Verhältnismässigkeitsprinzip sei indes uneingeschränkt zu beachten, und es seien insbesondere dieselben Aspekte wie bei der Frage des Vorliegens eines schweren persönlichen Härtefalles entscheidend.

Beim Beschwerdeführer handle es sich um einen Wiederholungstäter ohne Aufenthaltsberechtigung. Er gehöre somit zu jener Tätergruppe, auf welche die fakultative Landesverweisung abziele. Er sei erst im Erwachsenenalter in die Schweiz gekommen und lebe (noch) nicht mit seiner Kernfamilie zusammen. Wohl pflege er regelmässige Kontakte zu seinen Kindern. Dies alleine stehe jedoch nicht unter dem besonderen Schutz von Art. 8 EMRK. Im Übrigen sei das Zusammenleben nur möglich, weil sich der Beschwerdeführer ohne Aufenthaltsbewilligung hier aufhalte. Auch von einer gelungenen Integration könne keine Rede sein. Abgesehen von den Kontakten zu seinen Kindern sei der Beschwerdeführer hierzulande isoliert. Er sei - zumindest teilweise - auf die Dienste eines Dolmetschers angewiesen. In den letzten Jahren sei er immer wieder und teils erheblich kriminell in Erscheinung getreten. Damit habe er bewiesen, dass er nicht nur nicht integriert sei, sondern sich auch nicht darum bemühe, die Gesetze zu respektieren. Seine 30-jährige Aufenthaltsdauer sei dadurch zu relativieren, dass er mittlerweile seit bald 6 Jahren ohne Aufenthaltstitel in der Schweiz lebe. Was seine geltend gemachte Nierenerkrankung anbelange, habe bereits das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich am 30. März 2023 ausführlich begründet entschieden, dass diese einer Wegweisung nicht entgegenstehe. Demgegenüber sei das öffentliche Interesse an der Landesverweisung hoch. Der Beschwerdeführer sei in der Vergangenheit immer wieder in die Weitergabe von Drogen involviert gewesen. Zudem halte er sich illegal in der Schweiz auf. Zwar möge zutreffen, dass die heute auszusprechenden Sanktionen nicht sehr hoch ausfielen; der Beschwerdeführer sei aber mehrfach einschlägig vorbestraft und habe die zahlreichen ihm gewährten Chancen nicht genutzt. Es liege eine ungünstige Legalprognose vor. Die Interessenabwägung falle klar zu seinen Ungunsten aus.

E. 5.3.1

Gemäss Art. 66abis StGB kann das Gericht einen Ausländer für 3-15 Jahre des Landes verweisen, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das nicht von Artikel 66a StGB erfasst wird, zu einer Strafe verurteilt oder gegen ihn eine Massnahme nach den Artikeln 59-61 oder 64 StGB angeordnet wird. Wie jeder staatliche Entscheid hat die nicht obligatorische Landesverweisung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 2 und 3 BV) zu erfolgen.

Das Gericht hat die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegen die privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz abzuwägen. Die erforderliche Interessenabwägung entspricht den Anforderungen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK an einen Eingriff in das Privat- und Familienleben (vgl. Urteile 6B_129/2022 vom 5. April 2023 E. 2.2; 6B_1114/2022 vom 11. Januar 2023 E. 4; 6B_1449/2021 vom 21. September 2022 E. 3.2.2; je mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) sind bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 EMRK insbesondere Art sowie Schwere der Straftat, die Dauer des Aufenthalts im Aufnahmestaat, die seit der Tat verstrichene Zeit sowie das Verhalten des Betroffenen in dieser Zeit und der Umfang der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen im Aufnahme- sowie im Heimatstaat zu berücksichtigen (Urteile des EGMR

E.V. gegen Schweiz vom 18. Mai 2021, Nr. 77220/16, § 34;

M.M. gegen Schweiz vom 8. Dezember 2020, Nr. 59006/18, § 49; je mit zahlreichen Hinweisen; vgl. Urteile 6B_542/2023 vom 15. Februar 2024 E. 1.3.4; 6B_1115/2022 vom 22. November 2023 E. 5.1.3; 6B_129/2022 vom 5. April 2023 E. 2.2; je mit Hinweisen).

E. 5.3.2

Art. 66abis StGB setzt keine Mindeststrafhöhe voraus (Urteile 7B_457/2023 vom 14. März 2024 E. 4.2.2; 6B_129/2022 vom 5. April 2023 E. 2.2; 6B_224/2022 vom 16. Juni 2022 E. 2.2; je mit Hinweisen). Demnach ist die nicht obligatorische Landesverweisung einer aufenthaltsberechtigten Person bei einer Verurteilung bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe nicht grundsätzlich als unverhältnismässig zu betrachten, sondern anhand einer Verhältnismässigkeitsprüfung zu beurteilen (vgl. Urteile 6B_1054/2020 vom 30. November 2020 E. 1; 6B_528/2020 vom 13. August 2020 E. 3.3 mit Hinweisen; 6B_607/2018 vom 10. Oktober 2018 E. 1.3). Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die nicht obligatorische Landesverweisung gerade in Fällen zur Anwendung gelangen, bei denen es um Gesetzesverstöße von geringerer Schwere, aber dafür um wiederholte Delinquenz geht (Urteile 7B_148/2022 vom 19. Juli 2023 E. 3.1; 6B_129/2022 vom 5. April 2023 E. 2.2; 6B_429/2021 vom 3. Mai 2022 E. 3.1.1; je mit Hinweisen).

E. 5.3.3

Nach der Rechtsprechung kann sich der Ausländer auf das Recht auf Privatleben nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK berufen, sofern er besonders intensive soziale und berufliche Verbindungen zur Schweiz aufweist, die über jene einer gewöhnlichen Integration hinausgehen. Bei der Härtefallprüfung ist nicht schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer von einer Verwurzelung in der Schweiz auszugehen. Es ist vielmehr anhand der gängigen Integrationskriterien eine Einzelfallprüfung vorzunehmen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.1 f.; 144 IV 332 E. 3.3.2).

E. 5.3.4

Das durch Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen. Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern (BGE 144 I 266 E. 3.3; 144 II 1 E. 6.1; je mit

Hinweisen).

Sind Kinder involviert, ist bei der Interessenabwägung als wesentliches Element zudem den Kindesinteressen und dem Kindeswohl Rechnung zu tragen (BGE 143 I 21 E. 5.5.1; Urteile 6B_1114/2022 vom 11. Januar 2023 E. 5; 6B_855/2020 vom 25. Oktober 2021 E. 3.3.2; je mit Hinweisen). In Bezug auf die Kinder des von der Landesverweisung betroffenen Elternteils berücksichtigt die Rechtsprechung insbesondere, ob die Eltern des Kindes zusammenleben und ein gemeinsames Sorge- und Obhutsrecht haben, oder ob der von der Landesverweisung betroffene Elternteil das alleinige Sorge- und Obhutsrecht hat bzw. ob er gar nicht sorge- und obhutsberechtigt ist und seine Kontakte zum Kind daher nur im Rahmen eines Besuchsrechts pflegt (Urteile 6B_1104/2023 vom 19. März 2024 E. 1.4.5; 6B_855/2020 vom 25. Oktober 2021 E. 3.3.2;).

Der Umstand, dass ein straffällig gewordener Ausländer in der Schweiz mit seinem Ehepartner und gemeinsamen Kindern in einer intakten familiären Beziehung lebt, bildet kein absolutes Hindernis für eine Landesverweisung (vgl. BGE 139 I 145 E. 2.3 S. 148 f.). Auch im Falle einer gelebten Ehe kann sich der Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- oder Familienlebens als "notwendig" im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK erweisen (vgl. Urteile 6B_1179/2021 vom 5. Mai 2023 E. 6.3.5; 6B_855/2020 vom 25. Oktober 2021 E. 3.3.3; je mit Hinweisen). Dabei sind nach der Rechtsprechung des EGMR nebst den zuvor erwähnten Kriterien auch die Staatsangehörigkeit der betroffenen Familienmitglieder, die familiäre Situation der von der Massnahme Betroffenen, wie etwa die Dauer der Ehe oder andere Faktoren, die für ein effektives Familienleben sprechen, eine allfällige Kenntnis des Ehegatten von der Straftat zu Beginn der familiären Bindung, ob Kinder aus der Ehe hervorgingen und falls ja, deren Alter, sowie die Schwierigkeiten, mit welchen der Ehegatte im Heimatland des anderen konfrontiert sein könnte, zu berücksichtigen (vgl. Urteile 6B_1114/2022 vom 11. Januar 2023 E. 4; 6B_1179/2021 vom 5. Mai 2023 E. 6.3.4; 6B_855/2020 vom 25. Oktober 2021 E. 3.3.1; je mit Hinweisen).

E. 5.4.1

Den Rügen des Beschwerdeführers gegen die Anordnung der fakultativen Landesverweisung kann nicht gefolgt werden. Entgegen seinen Vorbringen nimmt die Vorinstanz eine sorgfältige Interessenabwägung vor und berücksichtigt dabei auch die familiäre und gesundheitliche Situation des Beschwerdeführers. Sie gelangt zum Schluss, dass die Landesverweisung keinen unzulässigen Eingriff in das von Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte Familienleben darstellt. In der Folge nimmt sie eine Interessenabwägung vor, stellt mithin die privaten Interessen des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz den öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung gegenüber und gelangt zum Schluss, dass diese klar zu Ungunsten des Beschwerdeführers ausfalle.

E. 5.4.2

Der sich zweifelsohne seit einer langen Zeitdauer in der Schweiz aufhaltende Beschwerdeführer stellt weder in Abrede, dass er erst im Alter von rund 30 Jahren in die Schweiz eingereist ist, er mithin die prägenden Kinder- und Jugendjahre in seinem Heimatland verbracht hat, noch dass er hier sowohl in wirtschaftlicher als auch sozialer Hinsicht schlecht integriert ist und sein Gesundheitszustand einer Rückkehr nach Ghana nicht entgegensteht (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Vorinstanz erwägt zudem zu Recht, dass seine lange Aufenthaltsdauer zusätzlich dadurch relativiert wird, dass er die letzten 6 Jahre ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz gelebt hat. Mit Blick auf das von ihm

angerufene, durch Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Familienleben, ist er gemäss den ebenfalls unbestritten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz geschieden und lebt bisher nicht mit seinen Kindern zusammen. Dass er die elterliche Sorge oder Obhut über eines der Kinder inne hätte oder diese in finanzieller Hinsicht (namhaft) unterstützt, wird von ihm weder dargetan noch behauptet und ergibt sich auch nicht aus den vorinstanzlichen Feststellungen. Damit einhergehend trifft nicht zu, dass die Vorinstanz die Bindung resp. die derzeit regelmässig gepflegten Kontakte des Beschwerdeführers zu seinen Kindern unberücksichtigt liesse. Zutreffend ist indes, dass ihre diesbezüglichen Erwägungen sehr knapp ausfallen (vgl. angefochtenes Urteil S. 23, 29). Zwar ist nicht zu beanstanden, wenn sie auch in diesem Kontext in ihre Würdigung miteinbezieht, dass ihm die Aufenthaltsbewilligung entzogen worden ist (vgl. hierzu Urteil 6B_717/2024 vom 12. November 2024 E. 1.4.4). Hierzu kann ergänzend festgehalten werden, dass die geltend gemachte Intensivierung der Betreuung seiner Söhne (erst) ab einem Zeitpunkt erfolgte, als ihm sein Aufenthaltsrecht in der Schweiz bereits entzogen worden war und der beabsichtigte Wohnortwechsel des Sohnes B.A. _____ zu einem Zeitpunkt ins Auge gefasst worden ist, als der Beschwerdeführer um die drohende Landesverweisung wusste. Dies allein schliesst aber entgegen den Erwägungen der Vorinstanz nicht aus, dass zu seinen Söhnen ein familiäres Band besteht, dass in den Schutzbereich von Art. 8 Ziffer 1 EMRK fällt. Ob die Vorinstanz dies zu Unrecht verneint, kann indes offenbleiben, da deren Interessenabwägung im Ergebnis auch mit Blick auf Art. 8 Ziffer 2 EMRK nicht zu beanstanden ist.

E. 5.4.3

Zwar geht die Vorinstanz von einem leichten Tatverschulden aus und fällt die im vorliegenden Verfahren ausgesprochene Strafe relativ gering aus. Sie erwägt indes korrekt, dass der Beschwerdeführer die ihm zahlreich gewährten Chancen nicht genutzt hat. Damit einhergehend berücksichtigt sie zu Recht die mehrfachen, (u.a.) einschlägigen und teilweise gravierenden Vorstrafen. Nicht zu beanstanden ist, wenn sie daraus und angesichts der erneuten (z.T.) einschlägigen und während laufender Probezeit erfolgten Delinquenz auf eine Unbelehrbarkeit und eine mangelnde Gesetzestreue des Beschwerdeführers schliesst. Ebenso wenig, wenn sie anhand seiner immer wiederkehrenden, z.T. schriftlich verfassten Reue- und Besserungsbeteuerungen seine aktuellen Erklärungen als blosse Lippenbekenntnisse qualifiziert und auch in der neu geltend gemachten, vermehrten Involvierung in die Betreuung und Erziehung seiner Kinder keinen Umstand erkennt, der Basis für ein künftig deliktfreies Leben bildet (angefochtenes Urteil S. 22 und 23). Ebenfalls zu Recht weist die Vorinstanz auf die strenge Rechtsprechung zur Landesverweisung bei Betäubungsmitteldelikten hin. Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, wenn sie dem Beschwerdeführer eine schlechte Prognose stellt und davon ausgeht, dass von ihm eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und damit ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Anordnung der Landesverweisung besteht. Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, dass für die Anordnung der Landesverweisung keine Mindestschwere der Anlasstat erforderlich ist. Vielmehr soll die fakultative Landesverweisung gerade in Fällen zur Anwendung gelangen, bei denen es um Gesetzesverstösse von geringerer Schwere, aber dafür um wiederholte Delinquenz geht (Urteile 6B_719/2024 vom 4. Dezember 2024 E. 4.3.1; 6B_1054/2020 vom 30. November 2020 E. 1.1.2). Dies ist vorliegend der Fall.

E. 5.4.4

Diesem hohen öffentlichen Interesse an einer Landesverweisung stehen die privaten Interessen des Beschwerdeführers an einem Familienleben mit seinen beiden minderjährigen Kindern und damit einem Verbleib in der Schweiz gegenüber. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass sogar der Umstand, dass ein straffällig gewordener Ausländer in der Schweiz mit seinem Ehepartner und gemeinsamen Kindern in einer intakten familiären Beziehung lebt, kein absolutes Hindernis für eine Landesverweisung bildet (vgl. oben E. 5.3.4). Dem Anspruch auf Familienleben genügt zudem unter Umständen, dass der Kontakt zum Kind über die modernen Kommunikationsmittel wahrgenommen werden kann (Urteile 6B_137/2024 vom 21. Oktober 2024 E. 4.2.4; 7B_236/2022 vom 27. Oktober 2023 E. 2.3.4; 6B_1385/2021 vom 29. August 2023 E. 2.3.3). Ein weitergehender Anspruch kann nur dann in Betracht fallen, wenn eine in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht besonders enge Beziehung zum Kind besteht, und diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte (vgl. Urteil 6B_577/2024 vom 14. November 2024 E. 1.7.3 m.H. auf 6B_1314/2019 vom 9. März 2020). Eine solche in affektiver und wirtschaftlicher Hinsicht besonders enge Beziehung zu seinen Kindern wird vom Beschwerdeführer weder geltend gemacht noch dargetan und ist angesichts der konkreten Umstände auch nicht erkennbar. Zudem befinden sich die beiden minderjährigen Kinder des Beschwerdeführers mit (im Urteilszeitpunkt) 14 und 12 Jahren in einem Alter, das es ihnen durchaus erlaubt, den Kontakt zum Vater (selbstständig) über moderne Kommunikationsmittel aufrechtzuerhalten.

Zusammenfassend ist damit der vorinstanzliche Schluss, wonach die Interessenabwägung klar zu Ungunsten des Beschwerdeführers ausfällt, nicht zu beanstanden und verletzt folglich weder Bundes- noch Konventionsrecht. Die Beschwerde ist daher auch hinsichtlich der Landesverweisung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Zur Dauer der Landesverweisung und deren Ausschreibung im SIS erhebt der Beschwerdeführer keine konkreten Rügen, weshalb sich Ausführungen hierzu erübrigen.

E. 6

Gesamthaft erweist sich die Beschwerde des Beschwerdeführers als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist abzuweisen, da sich die Beschwerde als von vornherein aussichtslos erweist (Art. 64 Abs. 1 BGG). Den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers ist bei der Festsetzung der Gerichtskosten Rechnung zu tragen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.