

ZH_OBERGERICHT SB190545 vom 1. März 2021

ZH Obergericht, 2021-03-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190545

FR: ZH_OBERGERICHT SB190545 du 1 mars 2021

IT: ZH_OBERGERICHT SB190545 del 1 marzo 2021

Erwägungen

E. 1

Prozessgeschichte und Prozessuales

E. 1.1

Mit dem eingangs im Dispositiv zitierten Urteil vom 27. Juni 2019 wurde der Beschuldigte A. _____ vom Bezirksgericht Winterthur wegen Drogendelikten schuldig gesprochen und mit 54 Monaten Freiheitsstrafe bestraft sowie mit 8 Jahren Landesverweisung belegt (Urk. 43 S. 52 ff.). Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 43) meldete der Beschuldigte am 5. Juli 2019 fristgerecht Berufung an (Urk. 38). Nach Zustellung des begründeten Urteils am 7. November 2019 (Urk. 41) liess der Beschuldigte innert Frist die Berufungserklärung einreichen (Urk. 46), mit welcher ein vollumfänglicher Freispruch beantragt wurde. Mit Präsidialverfügung vom 11. Dezember 2019 wurde die Berufungserklärung des Beschuldigten der Staatsanwaltschaft zugestellt und Frist zur Erklärung der Anschlussberufung angesetzt (Urk. 49). Mit Eingabe vom 18. Dezember 2019 erhob die Staatsanwaltschaft hinsichtlich des Strafpunkts sowie der Dauer der Landesverweisung fristgerecht Anschlussberufung (Urk. 51), welche dem Beschuldigten am 20. Dezember 2019 zugestellt wurde (Urk. 53). Mit Vorladung vom 15. Oktober 2020 wurden die Parteien zur Berufungsverhandlung auf den 23. November 2020 vorgeladen. Am 16. November 2020 stellte der Beschuldigte unter Beilage eines Arztzeugnisses ein Verschiebungsgesuch (Urk. 72 und 74), welches bewilligt wurde. Mit Vorladung vom 18. Dezember 2020 wurden die Parteien auf heute erneut zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 77). Am 24. Februar 2021 stellte der Beschuldigte ein Dispensationsgesuch, weil er sich am 1. März 2021 einer Rückenoperation unterziehen werde (Urk. 87 und 89/1-2). Da der Beschuldigte bereits in der Untersuchung und insbesondere von der Vorinstanz einlässlich befragt wurde, seine Aussagen nicht das einzige Beweismittel darstellen, die Berufungsverhandlung bereits zuvor einmal verschoben werden musste und der Beschuldigte an der Berufungsverhandlung durch seinen amtlichen Verteidiger vertreten wurde, konnte dem Beschuldigten das persönliche Erscheinen an der Berufungsverhandlung erlassen werden (Urk. 90). Die Berufungsverhandlung wurde sodann in Anwesenheit des amtlichen Verteidigers sowie des Vertreters der Staatsanwaltschaft durchgeführt (Prot. II S. 9 ff.).

- 6 -

E. 1.2

Die Verteidigung stellte in ihrer Berufungserklärung den Beweisantrag, es seien verschiedene Personen im Berufungsverfahren einzuvernehmen (Urk. 46 S. 3). Mit Präsidialverfügung vom 3. November 2020 wurde der Staatsanwaltschaft Frist zur freigestellten Vernehmlassung dazu angesetzt (Urk. 62), welche am 11. November 2020

einging (Urk. 64). Die Verfahrensleitung wies darauf die gestellten Beweisanträge im Sinne von Art. 331 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 379 StPO ab (Urk. 66). Im Rahmen der heutigen Berufungsverhandlung wiederholte die Verteidigung die nämlichen Beweisanträge (Urk. 93 S. 2 f.), worauf im Folgenden bei der Prüfung des entsprechenden Sachverhalts näher eingegangen wird. Mit Präsidialverfügung vom 25. November 2020 wurde sodann von Amtes wegen ein Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich eingeholt, nachdem hinsichtlich der relevanten DNA-Spur bis dahin lediglich ein Kurzbericht des Forensischen Instituts Zürich vorlag (Urk. 75; Urk. D1/15). Das Gutachten des IRM vom 23. Dezember 2020 wurde am 28. Dezember 2020 den Parteien zugestellt (Urk. 79, 81 und 82). Am 3. Februar 2021 gingen schliesslich Unterlagen des Migrationsamtes des Kantons Zürich zur definitiven Wegweisung des Beschuldigten und der angesetzten Ausreisefrist ein (Urk. 84 und 85/1-6), was den Parteien mitgeteilt wurde (Urk. 86/1-2).

E. 1.3

Der Beschuldigte beantragt einen vollumfänglichen Freispruch, auch hinsichtlich der seinerseits an sich eingestandenen ca. 300 Gramm Heroin-gemisch (Urk. 46 S. 3). Demgemäss sind auch die vorinstanzlich ausgefallte Strafe, die Landesverweisung sowie der Widerruf der bedingten Vorstrafe gemäss Ziff. 2, 3 und 5 des Dispositivs angefochten. Schliesslich ist Ziff. 7 hinsichtlich der teilweisen Kostenaufgabe an den Beschuldigten angefochten. Die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft richtet sich einzig gegen die Strafhöhe sowie die Dauer der Landesverweisung, welche ohnehin angefochten und damit zu überprüfen sind. Schliesslich wurde Ziff. 4 der Vorinstanz (betr. Absehen vom SIS-Eintrag der Landesverweisung) zwar allseits nicht angefochten; diese Ziffer würde sich indes erübrigen, falls der Beschuldigte freigesprochen und/oder keine Landesverweisung angeordnet würde. Damit ist vorliegend davon auszugehen, dass kein Punkt des vorinstanzlichen Urteils im Sinne von Art. 404 Abs. 1 StPO bereits in Rechtskraft erwachsen ist.

- 7 -

E. 1.4

Die Staatsanwaltschaft ging in ihrer schriftlichen Anschlussberufung vom 18. Dezember 2019 hinsichtlich des ersten Anklagepunktes (im Folgenden = Anklagesachverhalt A) von einem Sachverhalt sowie teilweise von einer rechtlichen Würdigung aus, von welchen der Beschuldigte vor Vorinstanz freigesprochen worden war (Urk. 51 S. 2; vgl. Urk. 43 S. 29). Allerdings hatte die Staatsanwaltschaft ihre Anschlussberufung explizit auf die Bemessung der Strafe sowie die Dauer der Landesverweisung – und somit Ziff. 2 und 3 – beschränkt und auch nur zu diesen beiden Punkten Anträge gestellt (Urk. 51 S. 1). Somit blieben sowohl die Sachverhaltserstellung als auch die rechtliche Würdigung der Vorinstanz unangefochten, was nachträglich nicht mehr ausgeweitet werden kann (SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2018, N 8 zu Art. 399 StPO; ZIMMERLIN in; Kommentar zur schweizerischen Strafprozessordnung, 3. A. Zürich/Basel/Genf 2020, N 14 zu Art. 399 StPO und N 2 zu Art. 404 StPO, EUGSTER, BSK-StPO, 2. A. Basel 2014, N 3 zu Art. 404 StPO). Die Staatsanwaltschaft hat ihre Eingabe anlässlich der Berufungsverhandlung demgemäss korrigiert und stellt diesbezüglich nunmehr auf die Erwägungen der Vorinstanz ab (Urk. 95). Somit kann zu Lasten des Beschuldigten nicht mehr über die Feststellungen der Vorinstanz

hinausgegangen werden.

E. 2

Schuldpunkt

E. 2.1

Allgemein

E. 2.1.1

Zunächst kann auf die zutreffenden Vorbemerkungen der Vorinstanz sowie deren Erwägungen zur Glaubwürdigkeit des Beschuldigten verwiesen werden (Urk. 43 S. 5 und S. 8). Ergänzt werden kann, dass das Gericht seinem Urteil denjenigen Sachverhalt zugrunde legt, den es aus seiner freien, aus der Hauptverhandlung und aus den Untersuchungsakten geschöpften Überzeugung als verwirklicht erachtet (Art. 350 StPO). Ist der Beschuldigte nicht geständig und äussert er insbesondere andere Sachverhaltsdarstellungen, als sich durch die übrigen Beweismittel und Indizien ergeben, so ist nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung aufgrund der Aussagen sämtlicher Beteiligten und aller in Betracht fallenden Umstände zu prüfen, ob der nicht mit Sicherheit feststehende Sachverhalt als gegeben erachtet werden kann (vgl. ZR 72 Nr. 80; Art. 10 Abs. 2

- 8 - StPO). Die anderslautenden Äusserungen des Beschuldigten führen insbesondere nicht ohne Weiteres – in Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ – zu einem Freispruch. Nur erhebliche und unüberwindbare Zweifel sind zugunsten des Beschuldigten zu werten. Erheblich sind Zweifel, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen und sich jedem kritischen und vernünftigen Menschen stellen (HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel/Genf/München 2005, S. 247 f.).

E. 2.1.2

Stützt sich die Beweisführung unter anderem auf die Aussagen von Beteiligten, so sind diese frei zu würdigen. Es ist anhand sämtlicher Umstände, die sich aus den Akten und der Hauptverhandlung ergeben, zu untersuchen, welche Sachdarstellung überzeugend ist. (...) Bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Aussagen ist insbesondere zu prüfen, ob diese in den wesentlichen Punkten widerspruchsfrei, in ihrem Kerngehalt stimmig und schlüssig sind sowie, ob sie (soweit objektiv möglich) anhand erstellter Sachverhalte korrekt verifizierbar sind. Zu achten ist dabei auf Strukturbrüche innerhalb einer Aussage, auf Über- und Untertreibungen, auf Widersprüche und insbesondere auf das Vorhandensein einer hinreichenden Anzahl von Realitätskriterien und das Fehlen von Lügensignalen (BENDER, die häufigsten Fehler bei der Beurteilung von Zeugnisaussagen, SJZ 81 (1985) S. 53 ff.; BENDER/NACK/TREUER, Tatsachenfeststellung vor Gericht, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 4. Aufl., München 2014, S. 76 ff.).

E. 2.2

Zu Sachverhalt A der Anklage

E. 2.2.1

Die Vorinstanz gelangte in diesem Anklagepunkt mit detaillierter Begründung zum Schluss, dass die vom Beschuldigten gegenüber dem Polizeibeamten B._____ mutmasslich

gemachten Eingeständnisse hinsichtlich Übernahme von 1 Kilogramm Heroingemisch, 500 Gramm Kokaingemisch und 27 Kilogramm Streckmittel sowie des teilweisen Verkaufs der Drogen absolut unverwertbar seien. Dasselbe müsse auch für die Zeugenaussagen von B._____ gelten (Urk. 43 S. 13 ff.). Erstellte sei einzig die Übernahme von rund 300 Gramm Heroingemisch von C._____ und deren Rückgabe. Nachdem die Vorinstanz den Beschuldigten von den darüber hinausgehenden Vorwürfen freigesprochen hat,

- 9 - erübrigen sich weitere Bemerkungen dazu. Der Beschuldigte verlangt indes auch hinsichtlich der anerkannten rund 300 Gramm Heroingemisch einen Freispruch (Urk. 46 S. 3), weshalb im Folgenden näher darauf einzugehen ist.

E. 2.2.2

Zunächst kann hinsichtlich der Glaubhaftigkeit der Aussagen des Beschuldigten vollumfänglich auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 43 S. 8 ff.). Seine immer wieder neue Darstellung der Geschehnisse strotzt geradezu von Widersprüchen, Unklarheiten und Lügensignalen. So bleibt aufgrund seiner Aussagen völlig unklar, wann und wo er C._____ zum ersten Mal getroffen, wann und wo er das Heroingemisch übernommen und wann, wo und an wen er dieses zurückgegeben haben will. Zunächst wollte er C._____ gar nicht kennen und im Hotel D._____ nicht mit ihm gesprochen haben (Urk. D1/8/1 S. 4, D1/8/2 S. 3, vgl. aber a.a.O. S. 5). Dann wollte er ihn erst anlässlich des Vorfalls im Hotel kennengelernt, die Drogen übernommen und noch gleichentags – allerdings an andere Personen – zurückgegeben haben (Urk. D1/8/3 S. 6 f., D1/8/4 S. 2). Schliesslich machte der Beschuldigte geltend, das Heroingemisch einige Zeit vor dem Vorfall im Hotel von C._____ in E._____ bekommen und nach seiner Rückkehr aus Marokko auch diesem retourniert zu haben (Prot. I S. 12). Er sei am 3. Februar 2017 direkt vom Flughafen zum Hotel D._____ gefahren, um es zurückzugeben, habe das Heroin aber nicht dabei gehabt (Prot. I S. 16); er habe es C._____ ein paar Tage nach der Auseinandersetzung im Hotel zurückgegeben (Prot. I S. 14). Somit hätte er mit diesem nunmehr mindestens drei Mal Kontakt gehabt. Obwohl der Beschuldigte demgemäss nach der Übernahme der Drogen zunächst in Marokko in den Ferien gewesen wäre und auch nach seiner Rückkehr resp. der Auseinandersetzung im Hotel noch ein "paar Tage" verstrichen seien, bis er die Drogen zurückgegeben habe (Prot. I S. 14), spricht er davon, das Heroingemisch lediglich "zwei, drei Tage" im Besitz gehabt zu haben (Prot. I S. 12), was offenkundig keinen Sinn ergibt. Wie unplausibel die Aussagen des Beschuldigten auch im Übrigen sind, hat bereits die Vorinstanz zutreffend aufgezeigt (Urk. 43 S. 9f.). Unzutreffend ist im Übrigen auch bereits seine Darstellung, wonach er zuvor noch nie etwas mit Drogen zu tun gehabt habe (vgl. nachstehend Sachverhalt B vom Mai 2016). Insbesondere drängt sich damit – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Prot. I S. 32) – auch nicht ansatzweise auf, der Be-

- 10 - schuldigte könnte hier lediglich seine Söhne gedeckt haben. Die Ausführungen des Beschuldigten zur Frage, wie und weshalb es zu dieser Drogenübergabe gekommen ist, sind vielmehr als blosser Schutzbehauptungen zu würdigen. Erstellte ist aufgrund seiner eigenen Zugaben immerhin, dass er wusste, um was und um welches Gewicht es sich dabei handelte, weil ihm C._____ dies gesagt habe (Prot. I S. 29). Ebenso steht fest, dass er die Drogen mindestens ein paar Tage bei sich aufbewahrt haben muss (Prot. I S. 12 ff.). Nachdem dies zum Teil bereits so eingeklagt wurde, ist zu seinen Gunsten auch davon auszugehen, dass er die ca. 300 Gramm Heroingemisch wieder zurückgeben hat (Urk. 25 S. 3, Urk. 43 S. 25).

E. 2.2.3

Der Verteidigung ist nicht zuzustimmen, wenn sie beantragt, den Beschuldigten trotz seiner Zugeständnisse auch in diesem Punkt freizusprechen (Urk. 46 S. 3; Urk. 93 S. 12 ff.). Zunächst trifft nicht zu, dass der vorinstanzliche Schuldspruch das Anklageprinzip verletzt: Wenn die Vorinstanz von einer geringeren als der eingeklagten Menge an Drogen ausgeht und zum Schluss gelangt, dass dem Beschuldigten nur der Besitz und nicht auch der Verkauf des Heroins nachgewiesen werden kann, geht sie zu Gunsten des Beschuldigten von einem minderen Sachverhalt aus, der von der Anklage mitumfasst ist. Inwiefern ein Rechtfertigungsgrund vorliegen sollte, weil der Beschuldigte das Heroin – aus welchen Gründen auch immer – letztlich zurückgegeben hat (Urk. 46 S. 3; Urk. 93 S. 13), ist nicht nachvollziehbar. Dass dies bei der Strafzumessung strafmindernd zu beachten ist, hat bereits die Vorinstanz zu Recht berücksichtigt (Urk. 43 S. 39). Die Vorinstanz hat sodann mit zutreffender Begründung, auf welche vollumfänglich verwiesen werden kann, überzeugend dargetan, weshalb dem Beschuldigten durchaus bewusst gewesen sei, auf was er sich eingelassen habe. Dies nicht nur aufgrund der aufgezeichneten verdächtigen Vorfälle/Gespräche im Hotel, sondern auch angesichts der weiteren eingeklagten Vorwürfe gemäss Sachverhalt B und C (Urk. 43 S. 24 f. und S. 28 f.). Insbesondere gilt es hierbei erneut auf die Aussage des Beschuldigten in der Hauptverhandlung hinzuweisen, wonach ihm C._____ am Telefon gesagt habe, dass es sich um Heroin handle (Prot. I S. 29). Wenn die Vorinstanz schliesslich mit der Anklage von einem Reinheitsgrad von 36% ausgeht (vgl. Urk. 43 S. 29), stützt sie sich zum einen auf die

- 11 - Betäubungsmittelstatistik der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin und liegt damit zum anderen – verglichen mit den in Sachverhalt C nachgewiesenen 44% Reinheit (Urk. D1/13/7) – jedenfalls nicht zu hoch.

E. 2.2.4

Nachdem der Beschuldigte die rund 300 Gramm Heroingemisch, mithin ca. 108 Gramm reines Heroin, offenkundig nicht zum Eigengebrauch bei sich aufbewahrte, ist mit der Vorinstanz von einer qualifizierten Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG auszugehen (Urk. 43 S. 33). Von den übrigen Vorwürfen in diesem Anklagepunkt ist er auch heute wiederum freizusprechen.

E. 2.3

Zu Sachverhalt B der Anklage

E. 2.3.1

Dieser Vorwurf basiert im Wesentlichen auf den Aussagen von F._____ und G._____. Die Vorinstanz hat diese korrekt zusammengefasst und gewürdigt (Urk. 43 S. 18 ff.). Die Verteidigung brachte im Berufungsverfahren erneut vor, es liege eine Verletzung des persönlichen Teilnahmerechts des Beschuldigten an den beiden Zeugeneinvernahmen vor, weshalb beantragt werde, diese beiden Personen im Berufungsverfahren im Beisein des Beschuldigten zu befragen (Urk. 46 S. 3, Urk. 93 S. 2 f.). Die Vorinstanz hat sich zu diesem Vorwurf bereits umfassend und zutreffend geäussert (Urk. 43 S. 21 f.). Sie hielt fest, dass die in Österreich rechtshilfweise durchgeführten Zeugeneinvernahmen im Sinne von Art. 148 StPO korrekt erfolgt und damit verwertbar seien. Darüber hinaus habe der Verteidiger des Beschuldigten persönlich an den Befragungen teilnehmen können, wobei sogar der Termin mit ihm abgesprochen worden sei (Urk. D1/19/9). Bei rechtshilfweise durchgeführten Einvernahmen im Ausland gelten gemäss Art. 148 StPO andere Regeln als

jene von Art. 147 StPO. Aus den Einvernahmen ergibt sich, dass der Verteidiger vom Recht auf Ergänzungsfragen durchaus Gebrauch gemacht hatte (Urk. D1/9/3 und D1/9/5). Dass die Verteidigung, welche sich nach diesen Einvernahmen zweifellos mit dem Beschuldigten besprochen hatte, weitere schriftliche Ergänzungsfragen im Sinne von Art. 148 Abs. 1 lit. c StPO stellen wollte oder bei der Staatsanwaltschaft eine erneute Befragung gefordert hätte, geht aus den Akten nicht hervor (vgl. Urk. D1/19/21, Urk. 28). Seine Behauptung vor Vorinstanz, dies sei auch später nicht möglich

- 12 - gewesen (Urk. 34 S. 8, handschriftliche Ergänzung), ist nicht fundiert. Ebenfalls ist das in der Berufungsverhandlung vorgebrachte Argument, dass man nach der Einvernahme von einem Freispruch ausgegangen sei und aus diesem Grund keine erneute Befragung beantragt habe (Prot. II S. 17), nicht relevant, zumal der Beweiswert dieser Einvernahmen keinesfalls von vornherein als vernachlässigbar erscheinen konnte. Es ist daher vielmehr mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die rechtshilfweise in Anwesenheit der Verteidigung erfolgten Zeugenaussagen von F._____ und G._____ ohne weiteres verwertbar sind. Auf ihre erneute Befragung ist daher zu verzichten.

E. 2.3.2

Hinsichtlich der den Beschuldigten belastenden Beweise kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 43 S. 21, S. 25 f. und S. 29 f.). F._____ hat konstant ausgeführt, das Kokain vom Beschuldigten erhalten zu haben, welcher am Übergabetag aus der Schweiz angereist sei und das Kokain "auf jeden Fall" von dort mitgebracht habe (vgl. Urk. D1/9/3 S. 5, Frage 14). Die Verteidigung macht geltend, F._____ belaste den Beschuldigten zu Unrecht, weil er den effektiven Drogenlieferanten, H._____, schützen wolle (Urk. 93 S. 11). Die Verteidigung schliesst dies aus den Aussagen von G._____, welcher die Darstellung von F._____ zwar in weiten Teilen bestätigte, aber ausgeführt hatte, F._____ habe ihm damals gesagt, er habe die Drogen von H._____ erhalten (Urk. D1/9/3 und D1/9/5). Die Verteidigung beantragt im Berufungsverfahren die Befragung von H._____ (Urk. 46 S. 3; Urk. 93 S. 2 f.). Eine Notwendigkeit ist nicht ersichtlich, denn – mit der Staatsanwaltschaft (Urk. 64 S. 2) – ist eine Selbstbelastung von H._____ zweifellos äusserst unwahrscheinlich. Weiter bestand – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Prot. II S. 13 und 17 f.) – für F._____ überhaupt keine Notwendigkeit, eine konkrete Person als Lieferanten des Kokains zu bezeichnen. Genauso gut hätte er gegenüber den Behörden – etwa ähnlich wie der Abnehmer in Anklagesachverhalt C – geltend machen können, er kenne den richtigen Namen des Händlers nicht, oder auch irgendeinen Fantasienamen erfinden können. Ein plausibler Grund, den Beschuldigten, dem er offenbar freundschaftlich geneigt war, zu Unrecht derart zu belasten, ist nicht ansatzweise ersichtlich.

- 13 -

E. 2.3.3

Hinzu kommt, dass G._____ mehrfach bestätigte, keine eigenen Kenntnisse zum fraglichen Drogenlieferanten zu haben, sondern dies lediglich von F._____ erfahren haben will (Urk. D1/9/5 S. 3 f.). Immerhin schilderte auch er, wie er am Tag der Kokainübergabe, als er eine Probestportion davon erhalten habe, F._____ mit dem Beschuldigten – und eben nicht mit H._____ – im fraglichen Lokal gesehen habe. Sodann bestätigte er auch, wie F._____ und der Beschuldigte allein in einen abgetrennten Bereich des Lokals gegangen seien und er danach eine geringe Menge des Kokains erhalten habe, um es der Käuferin zu bringen,

die ebenfalls an jenem Nachmittag angereist sei (a.a.O. S. 4). Dies deckt sich absolut mit den Aussagen von F._____, der ebenfalls schilderte, wie er mit dem Beschuldigten im Lokal gewesen und mit diesem allein dort in die (leere) Küche gegangen sei, wo er die Drogen erhalten habe (Urk. D1/9/3 S. 11). Was daran lebensfremd sein soll, ist – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 34 S. 9; Urk. 93 S. 10 f.) – nicht auszumachen. Ebenso wenig, wenn F._____ schilderte, dass er das Kokain zunächst im nahe gelegenen Flüchtlingsheim versteckt habe, bevor er mit dem Beschuldigten zusammen eine Autofahrt unternommen habe. Zum einen ist absolut nachvollziehbar, dass die beiden nicht mit dem Kokain in im Kofferraum unterwegs sein wollten, weil sie offenbar Angst vor der Polizei hatten (vgl. Urk. D1/9/3 S. 11); zum andern ist nicht ersichtlich, weshalb der Zeuge ein solches Detail erfinden sollte, zumal es ihn in keiner Weise entlastet. Schliesslich hat der Beschuldigte dem F._____ das Kokain nicht einfach – ohne Bezahlung – übergeben und sich wegbegeben, sondern er blieb mit diesem zusammen und fuhr in der Gegend herum, bis sich die Käuferin entschieden hätte. Und dass es zweifellos einschlägige Lokale gibt, in denen ausländische Drogenhändler – allenfalls in ihrer eigenen Sprache – offen über ihre Geschäfte sprechen, dürfte auch der Verteidigung bekannt sein (vgl. Urk. 34 S. 8; Urk. 93 S. 10 f.; Urk. D1/9/3 S. 4). Nicht zu folgen ist schliesslich den Ausführungen der Verteidigung, wonach F._____ generell nicht glaubwürdig sei, da er in der Vergangenheit bereits sowohl in Österreich als auch in der Schweiz wegen Betäubungsmitteln verurteilt bzw. inhaftiert worden sei (Urk. 93 S. 10), zumal dies in keiner Weise darauf hindeutet, dass er im vorliegenden Fall unzutreffende Aussagen gemacht haben könnte. Es besteht angesichts der weitgehend übereinstim-

- 14 - menden Zeugenaussagen von F._____ und G._____ – und insbesondere der klaren Belastung durch F._____ – kein Anlass, daran zu zweifeln, dass das Kokain vom Beschuldigten aus der Schweiz nach Lustenau gebracht worden war.

E. 2.3.4

Entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 93 S. 7 ff.) geht aus den Aussagen von F._____, welcher zu Protokoll gab, der Beschuldigte habe das Kokain "auf jeden Fall" aus der Schweiz gebracht (Urk. D1/9/3, S. 5, Ziff. 14), schliesslich eindeutig hervor, dass der Beschuldigte die Betäubungsmittel aus der Schweiz aus- und nach Österreich eingeführt hat. Die Verteidigung bringt in diesem Zusammenhang vor, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschuldigte das Kokain – wenn es wie von der Staatsanwaltschaft vermutet – von der belgischen Gruppierung übernommen worden sei, zunächst zum Beschuldigten in die Schweiz hätte geliefert werden sollen, von wo es dieser sodann nach Österreich exportiert hätte. Dies sei insbesondere daher unwahrscheinlich, weil Grenzübergänge generell ein Risiko darstellen und entsprechend von Drogenhändlern gemieden würden (Urk. 93 S.10). Dem ist entgegen zu halten, dass insbesondere C._____, mit welchem der Beschuldigte nachweislich Geschäfte mit Betäubungsmitteln tätigte und welcher zur besagten belgischen Gruppierung gehört, in der Schweiz aktiv war (vgl. Anklagesachverhalt A). Aus diesem Umstand ist daher nichts Entlastendes abzuleiten. Entsprechend liegt der Handlungsort auch nicht einzig in Österreich, sondern auch in der Schweiz, weshalb der Anwendbarkeit der schweizerischen Strafbestimmungen und der Zuständigkeit der hiesigen Gerichte nichts entgegen steht.

E. 2.3.5

Im Übrigen ist auch nicht zu beanstanden, dass die Anklage keinen konkreten Grenzübergang nennt, zumal in der Anklageschrift die dem Beschuldigten vorgeworfenen Sachverhalte bloss so genau wie möglich zu umschreiben sind und es dem Beschuldigten aufgrund der vorliegenden Anklage ohne Weiteres klar war, was ihm zum Vorwurf gemacht wird.

E. 2.3.6

Schliesslich besteht an der Identifizierung des Beschuldigten als jener Lieferant namens A._____ resp. "I._____", der häufig auch zum Spielen nach Lustenau gekommen sei, nicht der geringste Zweifel. Dies nicht nur aufgrund

- 15 - seines Vornamens resp. des Herkunftsorts des Beschuldigten (= I._____), sondern auch seiner von F._____ – unter dem Namen "I._____" – gespeicherten früheren Handynummer (Urk. D1/12/2 S. 2 f., Prot. I S. 20; vgl. Urk. 43 S. 21). Wie schon vor Vorinstanz (Urk. 34 S. 7 f.) brachte die Verteidigung auch im Berufungsverfahren vor, die Auswertung der Telefonkontakte von F._____ sei einerseits inhaltlich zu unklar, als dass daraus etwas abgeleitet werden könne, da am Telefon gar nie über die Kokaingeschäfte gesprochen worden sei. Zudem handle es sich bei dieser Auswertung um einen Zufallsfund, der vom Zwangsmassnahmengericht nicht genehmigt worden und entsprechend unverwertbar sei (Urk. 93 S. 9). Diesen Ausführungen ist nicht zu folgen. Zunächst geht aus dem Umstand, dass F._____ die Telefonnummer des Beschuldigten gespeichert hatte, bloss hervor, dass sie sich bekannt waren und es sich beim Beschuldigten um besagten "I._____" handelt, nicht aber, worüber sie am Telefon gesprochen haben. Inwiefern die gespeicherten Telefonkontakte hinsichtlich dieser Feststellung inhaltlich unklar sein sollen, ist nicht nachvollziehbar. Bei der Auswertung der Telefonkontakte handelt es sich zudem auch nicht um einen genehmigungsbedürftigen Zufallsfund. Wie bereits die Staatsanwaltschaft vor Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (Prot. I S. 37), handelte es sich vorliegend nicht um eine vorgängig durch das Zwangsmassnahmengericht zu genehmigende Telefonüberwachung im Sinne von Art. 269 ff. StPO, bei welcher auch Zufallsfunde gemäss Art. 278 StPO einer Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht bedürften. Vielmehr liegt vorliegend eine (nicht genehmigungsbedürftige) Durchsuchung vor, im Rahmen welcher aufgefundene Beweismittel formfrei verwertbar sind. Hinsichtlich der Identifizierung des Beschuldigten gilt es weiter zu bemerken, dass sowohl F._____ als auch G._____ den Beschuldigten einwandfrei auf einer Fotografie erkannten (Urk. D1/9/3 S. 3 und Urk. D1/9/5 S. 3), auch wenn dieser behauptete, die beiden nicht zu kennen. Der eingeklagte Sachverhalt, inklusive des festgestellten Reinheitsgrads der 435 Gramm Kokaingemisch von 39% (Urk. D1/12/2 Abschlussbericht S. 1), ist damit erstellt.

E. 2.3.7

Auch die rechtliche Würdigung der Vorinstanz trifft zu, ist zu bestätigen und gibt zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass (Urk. 43 S. 32 f.).

- 16 -

E. 2.4

Zu Sachverhalt C der Anklage

E. 2.4.1

Die Vorinstanz ging in diesem Punkt zu Recht davon aus, dass sich eine direkte Übergabe des sichergestellten Heroinblocks durch den Beschuldigten an J._____ (recte: J._____) nicht nachweisen lasse (Urk. 43 S. 23 f. und 27). Dieser hatte stets ausgeführt, die Drogen von einem Unbekannten namens "K._____" erhalten zu haben. Eine genauere Beschreibung dieser Person wurde, so weit ersichtlich, nie erfragt. Ebenso wenig fand eine Gegenüberstellung mit dem Beschuldigten oder auch nur schon eine Fotokonfrontation statt. Es kann somit nicht davon ausgegangen werden, der Beschuldigte sei dieser "K._____" gewesen. Dies umso weniger, als der Beschuldigte im vorliegenden Verfahren im Übrigen stets als A._____ oder allenfalls "I._____" in Erscheinung trat. Eventualiter wird dem Beschuldigten in der Anklage vorgeworfen, er habe das Heroin (181 Gramm resp. 79 Gramm rein) in Besitz gehabt mit der Absicht zur Weitergabe zwecks Verkaufs (Urk. 25 S. 4). Bei dieser Sachlage ist nicht erkennbar, welchen Sinn die von der Verteidigung in der Berufungserklärung beantragte Befragung von J._____ (Urk. 46 S. 3) ergeben sollte, zumal er den Beschuldigten gar nicht belastete. Entlastendes könnte J._____ ohnehin nicht zu Protokoll geben, denn er kann unmöglich mit Sicherheit wissen, durch wie viele und wessen Hände der Block mit Heroin gegangen war, bevor er diesen am 26./27. Mai 2016 entgegen nahm. Auf eine Befragung von J._____ ist somit zu verzichten.

E. 2.4.2

Auf dem bei J._____ in dessen Hotelzimmer sichergestellten Block wurde aussen auf dem Klebeband, mit welchem das Drogenpaket umwickelt war, die DNA-Spur des Beschuldigten nachgewiesen (Urk. D1/15 S. 2). Gemäss Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich vom 23. Dezember 2020 ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Spur vom Beschuldigten stammt, mehrere Milliarden mal höher, als wenn man von einer unbekannt Person als Spurengabe ausgeht (Urk. 79). Damit steht zweifellos fest, dass der Beschuldigte mit dem Paket in Berührung gekommen sein muss; dies umso mehr, als das Paket zusätzlich noch in Aluminium eingepackt war (Urk. D1/13/7; vgl. Prot. I S. 37). Eine plausible Erklärung dafür, wie seine DNA auf das Klebeband des Pakets gelangt sein könnte, vermochte der Beschuldigte nicht zu liefern, worauf

- 17 - auch die Vorinstanz zutreffend hingewiesen hat (Urk. 43 S. 27). Die DNA-Spur stellt hierbei – mit der Verteidigung (Urk. 93 S. 7) – zwar noch nicht den abschliessenden Beweis für die Täterschaft des Beschuldigten dar. Sie ist aber immerhin ein sehr starkes Indiz, dass der Beschuldigte das Paket in den Händen hatte bzw. bei dessen Verpackung beteiligt war, zumal daraus eindeutig ersichtlich wird, dass der Beschuldigte auf die eine oder andere Weise mit dem Klebeband in Kontakt gekommen sein muss. Entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 93 S. 6) ändert daran auch nichts, dass die DNA Spur bloss auf dem Klebeband der Verpackung des Drogenpaket und nicht etwa auf der Innenseite nachgewiesen wurde, zumal insbesondere nicht naheliegend ist, dass der Beschuldigte einzig mit dem Klebeband, nicht aber dem fraglichen Paket, in Berührung gekommen sein soll (vgl. dazu sogleich E. 2.4.4).

E. 2.4.3

Zwar steht ausser Frage, dass ein Beschuldigter schweigen darf und sich nicht selbst belasten muss, ohne dass ihm daraus Nachteile erwachsen oder nachteilige Schlüsse gezogen werden dürfen. Mit anderen Worten darf ein Schuldspruch nicht ausschliesslich oder im Wesentlichen darauf abgestützt werden, dass ein Beschuldigter geschwiegen oder sich geweigert hat, Fragen zu beantworten. Bei der Gewichtung belastender Elemente darf

indessen das Schweigen in Situationen, die nach einer Erklärung rufen, mitberücksichtigt werden. Wenn also belastende Beweise – wie vorliegend eine DNA-Spur – nach einer Erklärung rufen, die der Beschuldigte geben müsste, dies jedoch nicht tut, darf nach Massgabe des gesunden Menschenverstandes geschlossen werden, es gebe keine andere Erklärung und der Angeklagte sei schuldig (vgl. Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 8. Februar 1996 i.S. Murray gegen Vereinigtes Königreich; vgl. auch u.a. Urteile des Bundesgerichts 1P.641/2000 vom 24. April 2001, 6B_628/2010 vom 7. Oktober 2010 sowie 6B_812/2011 vom 19. April 2012).

E. 2.4.4

Mit der Vorinstanz ist keine andere Erklärung denkbar, als dass der Beschuldigte das Paket in Händen gehabt haben musste. Wenn sein Verteidiger geltend macht, der Beschuldigte habe in einem Geschäft gearbeitet, wo auch Klebebänder verkauft würden (Urk. 34 S. 10; Urk. 93 S. 6), so hat bereits die

- 18 - Vorinstanz dies mit zutreffender Begründung als Schutzbehauptung verworfen (Urk. 43 S. 27). Nach menschlichem Ermessen erscheint ausgeschlossen, dass der Beschuldigte, der nachweislich im Drogenhandel involviert war (vgl. Sachverhalte A und B), ausgerechnet mit jenem Klebeband in Berührung gekommen sein soll, welches in der Folge für die Verpackung eines Drogenpakets verwendet wurde. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass das Vorbringen, er habe in einem Geschäft gearbeitet, wo auch Klebebänder verkauft worden seien (Urk. 93 S. 6), lediglich eine pauschale Behauptung darstellt, die weder belegt noch anderweitig durch konkrete Angaben glaubhaft gemacht werden konnte. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte selbst nie eine solche Arbeit mit Klebebändern erwähnt hat, sondern dies einzig durch die Verteidigung ins Feld geführt wurde. Eine andere Begründung, wie der Beschuldigte mit dem Paket bzw. dem Klebeband in Berührung gekommen sein könnte, hat er im Übrigen nicht dargelegt, obwohl seine DNA-Spur nach einer Erklärung im Sinne der obigen Praxis rufen würde.

E. 2.4.5

Wenn die Verteidigung geltend macht, der Beschuldigte habe die im Block enthaltenen Drogen gar nicht gesehen resp. selbst in den Händen gehabt (Prot. I S. 37), und damit seinen Vorsatz in Frage stellt, so vermag dies nicht zu überzeugen. Nebst der Tatsache, dass die Aussagen des Beschuldigten im vorliegenden Verfahren alles andere als glaubhaft sind, ist angesichts der erstellten Sachverhalte A und B nachgewiesen, dass der Beschuldigte mehrfach mit Drogen – auch mit Heroin – zu tun hatte und diese zum Teil auch an Dritte weitergab. Zu Recht verwies die Vorinstanz darauf, dass die gemäss Sachverhalt B übergebenen Betäubungsmittel sodann eine ähnliche Verpackung mit Aluminium aufwiesen (Urk. 43 S. 27; Urk. D1/12/6 S. 5). Insgesamt besteht somit kein massgeblicher Zweifel daran, dass der Beschuldigte den Block mit Heroin in Händen hatte und dabei wusste, dass sich darin illegale Drogen befinden. Dass er sie nicht zum Eigenkonsum besass, sondern diese letztlich für Drittpersonen bestimmt waren, versteht sich von selbst und ist durch die spätere Übernahme von J._____ erwiesen.

- 19 -

E. 2.4.6

Schliesslich macht die Verteidigung geltend, der eingeklagte Besitz des Heroins durch den Beschuldigten sei nicht nachgewiesen, weil er bspw. auch eine DNA-Spur hinterlassen

hätte, wenn er jemandem lediglich beim Verpacken der Drogen geholfen hätte (Urk. 34 S. 10). Dies trifft zu. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten jedoch nicht wegen Besitzes im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG, sondern wegen Anstaltentreffens im Sinne von lit. g dieser Bestimmung schuldig gesprochen (Urk. 43 S. 32). Sie ging davon aus, dass der Beschuldigte am Absatz der Drogen in irgendeiner Form mitgewirkt habe, weshalb lit. g als Auffangtatbestand zur Anwendung gelange. Vorab ist festzuhalten, dass der Beschuldigte nie geltend machte, er habe lediglich in untergeordneter Weise beim Absatz des Heroins mitgewirkt, sondern stets behauptete, er habe gar nichts damit zu tun (Prot. I S. 23). Aufgrund der Beweisergebnisse des vorliegenden Verfahrens trat der Beschuldigte denn auch sonst nicht als blosser Gehilfe in Erscheinung, weshalb dies äusserst unwahrscheinlich ist. Fraglich ist indes noch, ob die Rechtsauffassung der Vorinstanz vom Anklageprinzip gedeckt ist. Die Anklage musste letztlich offen lassen, zu welchem Zeitpunkt an welchem Ort und auf welche Weise der Beschuldigte mit dem Heroin in Kontakt gelangte. Sie stellte jedoch unmissverständlich die Behauptung auf, dass der Beschuldigte ein Glied in der Kette des illegalen Handels mit dieser Droge bildete und nicht etwa als blosser Gehilfe tätig gewesen wäre (Urk. 25). Genauer konnte die Anklagebehörde die Anklage vorliegend gar nicht formulieren: Fehlen genaue Untersuchungs- ergebnisse, weil sich gewisse Umstände nicht rekonstruieren liessen, müssen sie approximativ umschrieben werden (HEIMGARTNER/NIGGLI, in: Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2011, N 20 zu Art. 325 StPO). Die Ungenauigkeiten der Anklageschrift basieren vorliegend weder auf einer unzu- länglichen Untersuchung noch einer nachlässigen Anklageerhebung. Die An- klagebehörde sah sich gezwungen, die Tatzeit, den Tatort und die Tatbegehung relativ offen zu formulieren. Wenn gewisse Tatumstände nicht ermittelt werden können, führen darauf beruhende ungenaue oder unpräzise Anklageformulier- ungen nicht zur Ungültigkeit der Anklage. Das Bundesgericht hat sich dieser Argumentation in einem Tötungsdelikt angeschlossen (Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 17. Oktober 2014, Nr. 6B_716/2014 Erw. 2). Das Be-

- 20 - täubungsmittelgesetz stellt schliesslich jeglichen (nicht bewilligten) Umgang mit Betäubungsmitteln unter Strafe. Der Beschuldigte wusste, dass ihm in der Ankla- ge aufgrund der sichergestellten DNA-Spur eine Beteiligung an der Weitergabe zwecks Verkauf dieser Drogen vorgeworfen wurde, wogegen er sich auch zu verteidigen vermochte. Dass seine Tathandlung nicht genauer feststeht, führt nicht zu einem Freispruch. Der Schuldspruch der Vorinstanz ist zu bestätigen.

E. 2.5

Fazit: Zusammenfassend ist der Beschuldigte daher mit der Vorinstanz des mehrfachen Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d (Sachverhalt A), lit. b und c (Sach- verhalt B) und lit. g (Sachverhalt C), je in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen. Im Übrigen ist er, wie bereits vor Vorinstanz, freizu- sprechen (Urk. 43 S. 52).

E. 3

Strafpunkt

E. 3.1

Hinsichtlich der Strafzumessung kann vorab grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 43 S. 33 ff.). Wo davon abgewichen wird, wird dies im Folgenden explizit erwähnt. Zu Recht hat die Vorinstanz den Sachverhalt B als den schwersten der drei Vorfälle beur- teilt und zum Ausgangspunkt der

Strafzumessung gemacht. Ebenfalls zutreffend hat die Vorinstanz festgestellt, dass der Beschuldigte vorliegend sowohl vor als auch nach seiner letzten Verurteilung vom 26. August 2016 zu einer unbedingten Geldstrafe von 15 Tagessätzen delinquent hat. Nachdem die erste Instanz eine Freiheitsstrafe ausfällte, kam sie richtigerweise zum Schluss, dass mangels Gleichartigkeit der Straforten keine Zusatzstrafe zur letzten Verurteilung möglich ist (Urk. 43 S. 35). Unzutreffend ist hingegen, wenn die Vorinstanz in der Folge dennoch auf BGE 145 IV 1 abstellte, für die vor und nach der letzten Verurteilung verübten Taten selbständige Freiheitsstrafen ausfällte und diese schliesslich addierte. Dies wäre eine massive Schlechterstellung gegenüber einem Täter, der keine dazwischen liegende Verurteilung zu einer Geldstrafe aufweist, was nicht Sinn der neuen Bundesgerichtspraxis sein kann. Das Bundesgericht hielt denn in zitierten Entscheid auch fest: "Das Gericht beurteilt zunächst, ob bezüglich der Taten, welche vor

- 21 - dem Ersturteil begangen wurden, mit Blick auf die ins Auge gefasste Strafort, die Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB in Betracht fällt. Anschliessend legt es für die nach der ersten Verurteilung begangenen Taten eine unabhängige Strafe fest (...)." Die Praxis des Bundesgerichts hat sich somit lediglich insoweit geändert, als dass im Falle einer Zusatzstrafe nicht mehr zunächst abgewogen werden muss, ob die vor oder nach der letzten Verurteilung begangenen Delikte schwerer wiegen, sondern – in Anwendung des Asperationsprinzips – immer zuerst der Zusatzstrafenteil zu berechnen ist. Für die nach der letzten Verurteilung begangenen Straftaten ist eine selbständige Strafe auszufällen, die mit dem Zusatzstrafenteil zu kumulieren ist, m.a.W. soll dort nicht nochmals eine (zweite) Asperation vorgenommen werden. Dies leuchtet ein, ist aber sachlogisch nur möglich, wenn überhaupt eine (teilweise) Zusatzstrafe ausgefällt wird. Im vorliegenden Fall ist somit eine reguläre, eigenständige Strafe auszufällen. Dies gilt auch hinsichtlich des beantragten Widerrufs der bedingten Geldstrafe, der nicht zu einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB führen kann (vgl. Urk. 43 S. 45). 3.2.1 Die Vorinstanz hat die massgeblichen Verschuldenselemente zu Sachverhalt B zutreffend und umfassend aufgezeigt (Urk. 43 S. 37 ff.). Es kann ihr ohne weiteres gefolgt werden, wenn sie von einem keineswegs leichten Verschulden ausging. Die Staatsanwaltschaft führt zur Begründung ihres Antrags auf eine höhere Strafe aus, der Umstand, dass die Vorinstanz das Verschulden hinsichtlich des Sachverhalts B als "keineswegs leicht" bezeichne, müsse zu einer Strafe im mittleren Drittel des Strafrahmens führen. Da bei einem schweren Fall von Betäubungsmittelhandel der Gesetzgeber einen Strafrahmen von einem bis zu 20 Jahren vorsehe, führe das vorliegend zu einer Einsatzstrafe im Bereich von 6-13 Jahren (Urk. 95 S. 2). Mit der von ihr berechneten Einsatzstrafe liegt die Anklagebehörde indessen klar zu hoch. Es ist nicht völlig klar, wie die Benennung des Verschuldens durch die Vorinstanz als "keineswegs leicht" zu verstehen ist. Jedenfalls führt dies nicht ohne Weiteres dazu, dass eine Strafe im rechnerisch mittleren Bereich des Strafrahmens festzusetzen wäre. Die von der Vorinstanz angesetzte Einsatzstrafe von 26 Monaten Freiheitsstrafe ist – angesichts des weiten Strafrahmens von 20 Jahren – tendenziell zwar tatsächlich eher etwas mild

- 22 - ausgefallen, unter Berücksichtigung des möglichen Spektrums von Betäubungsmitteldelikten aber noch angemessen. 3.2.2 Ebenso kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu Sachverhalt A verwiesen werden (Urk. 43 S. 39 f.). Auch unter Berücksichtigung, dass der Beschuldigte die rund 300 Gramm Heroingemisch von sich aus zurückgegeben und diese nur wenige Tage aufbewahrt hatte, erscheint die Qualifikation des Verschuldens als gerade noch leicht eigentlich als zu milde, zumal ein

leichtes Verschulden bereits ab 13 Gramm reinem Heroin vorliegen könnte. Wenn die Vorinstanz die genannte Einsatzstrafe dann aber – asperiert – um 16 Monate auf 42 Monate, mithin 3 ½ Jahre Freiheitsstrafe, erhöht (a.a.O. S. 40), erscheint dies hingegen als angemessen. 3.2.3 Nicht zutreffend ist hingegen, wenn die Vorinstanz – wie oben erwähnt – die Strafe für Sachverhalt C, welche sie auf 14 Monate Freiheitsstrafe festlegte, dazu addierte, wobei unklar ist, inwiefern sie dann doch das Asperationsprinzip anwendete (vgl. Urk. 43 S. 43 N 5.3.). Die näheren Umstände des Kontakts des Beschuldigten mit dem Block von 181 Gramm Heroingemisch (79 Gramm rein) blieben unbekannt. Selbst wenn der Beschuldigte weder ein Bodypacker noch ein Strassenhändler war, und damit nicht in der untersten Hierarchie des Betäubungsmittelhandels anzusiedeln ist, muss zu seinen Gunsten im konkreten Fall von einer eher untergeordneten und nur kurzen Tätigkeit im Umgang mit dem Heroinblock ausgegangen werden. Die oben festgelegte Strafe von 42 Monaten ist daher um 9 Monate auf 51 Monate Freiheitsstrafe zu erhöhen.

E. 3.3

Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann wiederum auf die Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 43 S. 40 ff.). Diese Umstände erweisen sich als strafzumessungsneutral. Die Vorinstanz hat sich auch bezüglich der übrigen Täterkomponenten zutreffend geäußert. Zu korrigieren ist allerdings, dass die im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils noch eingetragene Vorstrafe vom 15. Juli 2009 mittlerweile aus dem Strafregister gelöscht wurde und damit nicht mehr zum Nachteil des Beschuldigten berücksichtigt werden darf (Urk. 45). Die beiden weiteren – nicht einschlägigen – Vorstrafen des Beschuldigten sowie sein Delinquieren während laufender Probezeit hinsichtlich Sachver-

- 23 - halt C (vgl. nachstehend zum Widerruf) wiegen straf erhöhend. Andererseits ist sein Geständnis bezüglich Sachverhalt A strafmindernd zu berücksichtigen, welches insbesondere deshalb zu einer merklichen Strafreduktion führt, weil der vom Beschuldigten eingestandene Sachverhalt ohne dieses Geständnis ihm wohl nicht rechtsgenügend hätte nachgewiesen werden können. Insgesamt ist die Strafe aufgrund der Täterkomponente um 3 Monate auf 48 Monate bzw. 4 Jahre Freiheitsstrafe zu reduzieren.

E. 3.4

Der Beschuldigte ist heute somit mit 4 Jahren Freiheitsstrafe zu bestrafen, worauf 64 Tage erstandene Haft anzurechnen sind. Der bedingte Strafvollzug ist bei dieser Strafhöhe nicht mehr möglich.

E. 4

Widerruf Hinsichtlich des Widerrufs des bedingten Vollzugs der Geldstrafe vom 3. Juli 2014 kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 43 S. 44 f.). Die Probezeit dieser Verurteilung musste bereits einmal – um ein Jahr – verlängert werden, weil sich der Beschuldigte nicht wohlverhalten hatte. Mit den vorliegend zu beurteilenden Delikten hat der Beschuldigte erneut gegen die bis am 26. August 2017 laufende Probezeit verstossen. Die Vorinstanz hat das Nötige dazu ausgeführt (a.a.O.). Zu ergänzen ist lediglich, dass der Beschuldigte in der Untersuchung geltend machte, er habe keine Kenntnis von der Verlängerung dieser Probezeit gehabt (Urk. D1/8/4 S. 19). In den beigezogenen Akten (Unt. Nr. 2016/10018062; darin Urk. 9) findet sich jedoch ein Zustellungsbeleg, wonach der Beschuldigte den Strafbefehl vom 26. August 2016 mit der entsprechenden Anordnung am 29. September 2016 entgegen genommen

hatte. Die Geldstrafe ist zu vollziehen.

E. 5

Landesverweisung

E. 5.1

Die Vorinstanz hat den Beschuldigten für 8 Jahre des Landes verwiesen. Auf ihre sorgfältigen, detaillierten und zutreffenden Ausführungen kann vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 43 S. 45 ff.). Zu präzisieren ist einzig, dass der Beschuldigte die Straftat gemäss Anklagesachverhalt C im Mai 2016 und

- 24 - damit noch vor Inkrafttreten der Bestimmungen über die Landesverweisung am 1. Oktober 2016 begangen hat. Dies ändert indes nichts an der übrigen Sachlage. 5.2.1 Von der Anordnung einer Landesverweisung kann nach dem Wortlaut des Gesetzes nur "ausnahmsweise" abgesehen werden, wenn sie kumulativ (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). Die Härtefallklausel ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung restriktiv anzuwenden (BGE 144 IV 332 E. 3.3.1, BGE 146 IV 105 E. 3.4.2). 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 des Bundesgerichts 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 2.2). Soweit ein Anspruch aus Art. 8 EMRK in Betracht fällt, ist primär 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). Liegt eine aufenthaltsbeendende oder -verweigernde Massnahme im Schutz- und Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK, erweist sich diese als zulässig, falls sie gesetzlich vorgesehen ist, einem legitimen Zweck im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK entspricht und zu dessen Realisierung in einer demokratischen Gesellschaft "notwendig" erscheint. 5.2.2 Unter dem Titel der Achtung des Privatlebens im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK genügen selbst eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration nicht; erforderlich sind besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur (BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 13; Urteil des Bundesgerichts 6B_1218/2019 vom 19. Dezember 2019 E. 2.3.1 f.). Es ist nicht gleichsam schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer eine Verwurzelung in der Schweiz anzunehmen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.4; Urteil des Bundesgerichts 6B_689/2019 vom 25. Oktober 2019 E. 1.7.2). Unter dem familienrechtlichen Titel von Art. 8 Ziff. 1

- 25 - EMRK ist dessen Schutzbereich berührt, wenn eine Ausweisung eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigen würde, ohne dass es dieser ohne weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen (Urteil des Bundesgerichts 2C_253/2015 vom 9. September 2015 E. 3.3.3). Ausländische minderjährige Kinder teilen schon aus familienrechtlichen Gründen regelmässig das ausländerrechtliche Schicksal der Eltern und haben das Land gegebenenfalls mit diesen zu verlassen; für Kinder im anpassungsfähigen Alter ist der Umzug in das Heimatland zumutbar (BGE 143 I 21 E. 5.4; Urteil des Bundesgerichts 2C_234/2019 vom 14. Oktober

2019 E. 4.3.2). Art. 8 EMRK gewährleistet grundsätzlich weder ein Recht auf Einreise oder Aufenthalt in einem bestimmten Staat noch auf Wahl des für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Orts (Urteil des Bundesgerichts 2C_458/2019 vom 27. September 2019 E. 5.2). Die familiäre Beziehung lässt sich in einem gewissen Masse über moderne Kommunikationsmittel und allenfalls über bewilligungsfähige Kurzaufenthalte pflegen (BGE 143 I 21 E. 5.3 S. 28; Urteile des Bundesgerichts 2C_221/2019 vom 25. Juli 2019 E. 3.2; 6B_680/2018 vom 19. September 2018 E. 1.5). Das gilt um- so mehr bei der als strafrechtliche Massnahme ausgestalteten Landesverweisung (Urteil des Bundesgerichts 6B_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.3.2). 5.3.1 Wenn die Vorinstanz zum Schluss gelangte, dass beim Beschuldigten kein persönlicher Härtefall im Sinne des Gesetzes vorliege, ist dem zuzustimmen. Die Vorinstanz hat aufgezeigt, dass es dem Beschuldigten – obwohl er über die Niederlassungsbewilligung C verfügte (vgl. Urk. 85/2) – nicht gelungen ist, sich in der Schweiz hinreichend zu integrieren. Obwohl er in seiner Heimat offenbar längere Zeit Militärdienst leistete und als Dachdecker tätig war, konnte er auf dem Schweizer Arbeitsmarkt nie Fuss fassen. Seit er mit 36 Jahren in die Schweiz gekommen ist, hat er offenbar nie richtig gearbeitet. Er habe vieles versucht, aber es sei nicht gegangen. Irgendwann sei das Thema IV aufgekommen (Urk. D1/8/4 S. 11 und S. 13 f.; Prot. I S. 25 f.). Eine solche Rente bezog er schliesslich während rund 10 Jahren, bis diese aufgehoben wurde. Seither ist die Familie des Beschuldigten weitgehend von der Sozialhilfe abhängig, wobei der Beschuldigte zum Teil im Restaurant seines Sohnes tätig ist. Schulden habe er im Umfang von

- 26 - rund Fr. 200'000.-- (Prot. I S. 27; Urk. D1/8/1 S. 2). Trotz dieser knappen finanziellen Verhältnisse war es dem Beschuldigten offenbar möglich, regelmässig in Vorarlberg an Pokerspielen teilzunehmen (Urk. D1/9/3 S. 6 ff., D1/8/4 S. 4 f., D1/8/3 S. 3 und 11). Ebenso konnte er im Januar/Februar 2017 nach Marokko reisen, wobei er die Gründe dafür nicht angeben wollte (Urk. D1/8/4 S. 3; D1/8/2 S. 6). Seine finanziellen Verhältnisse sind somit alles andere als klar und geregelt. Auf die Vorstrafen des Beschuldigten wurde bereits hingewiesen. Es kann somit nicht gesagt werden, der Beschuldigte sei in der Schweiz verwurzelt und weise – nach einem Strafvollzug – gute Wiedereingliederungschancen auf. Nebenbei bemerkt kann auch nicht gesagt werden, die restliche Familie des Beschuldigten habe sich in der Schweiz erfolgreich integriert. Sie lebt wie gesagt weitgehend von der Sozialhilfe, nachdem auch die ebenfalls aus der L. _____ stammende Ehefrau des Beschuldigten nicht erwerbstätig ist (Urk. D1/8/4 S. 11; vgl. D1/18/10/1). Zwei der erwachsenen Söhne des Beschuldigten sind bekannter- massen im vorliegenden Verfahren ebenfalls involviert (Urk. D1/10/1 S. 4). Zudem kam es bereits 2009 am Wohnort des Beschuldigten zu einem Vorfall mit der Po- lizei, weil ein weiterer Sohn des Beschuldigten aus einer jugendstrafrechtlichen Massnahme entwichen war und zuhause verhaftet wurde (vgl. beigez. Akten, DG090041, darin Urk. 1-3). 5.3.2 Die Vorinstanz hat auch zutreffend festgehalten, dass der Beschuldigte nach wie vor über enge familiäre Beziehungen zur L. _____ verfügt, wo seine Brüder, Schwestern und seine Mutter leben. Diese hat er denn auch in den letzten Jahren alle paar Jahre wieder für ein paar Wochen besucht (Urk. D1/8/4 S. 13, Prot. I S. 25 ff.) resp. er fuhr an seinen Geburtsort M. _____ (Urk. D1/8/4 S. 14). Dies war ihm offenbar problemlos möglich, seit er seine politische Position geän- dert habe (Prot. I S. 25). Zur Zeit sind noch drei der acht Kinder des Beschuldig- ten minderjährig, wobei ein Sohn bald 18 Jahre alt wird und mutmasslich bei sei- nen älteren Brüdern unterkommen könnte (Urk. D1/8/4 S. 11). Mit der Vorinstanz und in Übereinstimmung mit der oben genannten Bundesgerichtspraxis sind die familiären Verhältnisse des

Beschuldigten kein hinreichender Anlass, von einem schweren Härtefall auszugehen. Sollten die Niederlassungsbewilligungen seiner Frau und Kinder in der Schweiz nicht verlängert werden, müssten sie ohnehin mit

- 27 - dem Beschuldigten zusammen ausreisen. Könnten diese aber hier verbleiben und sich entscheiden, nicht mit dem Beschuldigten in die L. _____ zurückzukehren, wäre die Kontaktpflege ohne weiteres möglich; dies nicht nur mittels elektronischer Medien, sondern auch im Rahmen der bereits bisher absolvierten Besuche im Heimatland. Sprachliche oder kulturelle Hindernisse stünden dem jedenfalls nicht entgegen. 5.3.3 Inzwischen wurde schliesslich auch die Niederlassungsbewilligung C des Beschuldigten widerrufen (Urk. 85/2). Zur Begründung führte das Migrationsamt des Kantons Zürich in seiner Verfügung vom 17. Januar 2019 stark zusammengefasst aus, dass der Beschuldigte – mutwillig – immer höhere Schulden angehäuft habe, wobei im Juni 2018 110 Verlustscheine im Gesamtbetrag von Fr. 224'058.15 bestanden hätten. Weiter sei der Beschuldigte seit längerer Zeit von der Sozialhilfe abhängig und es sei nicht absehbar, dass mit einer baldigen Ablösung der Sozialhilfe gerechnet werden könne. Im Rahmen der Interessenabwägung sei zu berücksichtigen, dass er trotz seines langen Aufenthalts in der Schweiz, nicht gut integriert sei, zumal er im hiesigen Arbeitsmarkt nie habe Fuss fassen können, er bereits strafrechtlich in Erscheinung getreten bzw. verurteilt worden sei und zudem der deutschen Sprache noch immer nicht ausreichend mächtig sei, damit er ohne einen Übersetzer einvernommen werden könnte (Urk. 85/2 S. 2 ff.). An dieser Stelle gilt es im Übrigen zu bemerken, dass der Beschuldigte entgegen den Ausführungen der Verteidigung in der Berufungsverhandlung seine Niederlassungsbewilligung selbstverständlich nicht bloss deshalb verloren hat, weil der Beschuldigte die Rekursfrist gegen die vorgenannte Verfügung des Migrationsamtes verpasst hat (vgl. Prot. II S. 14). Die Gründe für den Widerruf wurden vom Migrationsamt in der erwähnten Verfügung einlässlich dargelegt. Angesichts der rechtskräftig widerrufenen Niederlassungsbewilligung und der Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz besteht die Auswirkung der Landesverweisung in erster Linie darin, dass dem Beschuldigten während der Dauer der Landesverweisung auch Besuche in der Schweiz verwehrt werden. Ein schwerer persönlicher Härtefall wäre bei dieser Sachlage ohnehin nur ganz ausnahmsweise denkbar, wobei vorliegend jedenfalls keine solchen aussergewöhnlichen Umstände vorliegen.

- 28 - 5.3.4 Ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB liegt angesichts all dieser Umstände eindeutig nicht vor. 5.4.1 Lediglich der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass selbst bei Vorliegen eines Härtefalls beim Beschuldigten nicht von einer Landesverweisung abzusehen wäre: Das Bundesgericht hat sich bei Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz – hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit – stets besonders streng gezeigt ("sempre mostrato particolarmente rigoroso"); diese Strenge bekräftigte der Gesetzgeber mit Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB (Urteil des Bundesgerichts 6B_371/2018 vom 21. August 2018 E. 3.3). "Drogenhandel" führt bereits von Verfassungswegen in der Regel zur Landesverweisung (Art. 121 Abs. 3 lit. a BV; Urteile des Bundesgerichts 6B_680/2018 vom 19. September 2018 E. 1.4, 6B_659/2018 vom 20. September 2018 E. 3.4 und 6B_1079/2018 vom 14. Dezember 2018 E. 1.4.2; zum Ganzen: BGE 145 IV 364). Bei qualifizierten Drogendelikten überwiegt das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung regelmässig, falls keine besonderen persönlichen oder familiären Bindungen im Aufenthaltsstaat bestehen (BGE 139 I 16 E. 2.2.2; Urteil des Bundesgerichts

6B_131/2019 vom 27. September 2019 E. 2.6). Zudem bilden ein langjähriger Aufenthalt in der Schweiz oder familiäre oder private Verhältnisse keinen Freipass für Straftaten, namentlich qualifizierte Betm-Delinquenz (Urteil des Bundesgerichts 6B_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.6). 5.4.2 Den Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz stünde somit klar das Sicherheitsbedürfnis der Schweiz gegenüber. Der Beschuldigte ist offenkundig Teil eines Drogenhändlerrings und wurde mehrfach mit grösseren Mengen an Betäubungsmitteln in Verbindung gebracht. Durch seine Straftaten gefährdete er die Gesundheit vieler Menschen, was ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Ausschaffung eines Täters begründet. Seine eigenen Interessen an einem Verbleib in der Schweiz vermögen dies nicht aufzuwiegen. Die Landesverweisung wäre mithin selbst dann anzuordnen, wenn ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne des Gesetzes vorliegen würde.

- 29 -

E. 5.5

Die Staatsanwaltschaft fordert die Erhöhung der Dauer der Landesverweisung auf 10 Jahre (Urk. 95), während die Verteidigung eine solche von

E. 5.6

Die Vorinstanz hat mit zutreffender Begründung von der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem abgesehen (Urk. 43 S. 49). Diese Anordnung wurde von keiner Seite angefochten und ist daher ohne weiteres zu bestätigen. 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen 6.1 Die erstinstanzliche Kostenaufstellung gemäss Ziff. 6 wurde nicht angefochten, ebenso wenig die Festsetzung des Honorars der amtlichen Verteidigung bis zum vorinstanzlichen Urteil. Die Vorinstanz berücksichtigte bei der Kostenaufgabe auch, dass der Beschuldigte von einem Teil der eingeklagten Vorwürfe freigesprochen wurde, und auferlegte ihm nur 4/5 der Kosten (Urk. 43 S. 50 f.). Nachdem der Beschuldigte heute im gleichen Umfang wie vor Vorinstanz schuldig gesprochen wird, ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 6 und 7) vollumfänglich zu bestätigen. 6.2 Im Berufungsverfahren erfolgt die Kostenaufgabe im Verhältnis von Ob- und Unterliegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinem Antrag auf Freispruch vollumfänglich. Der Umstand, dass die Strafdauer

- 30 - gegenüber der Vorinstanz leicht reduziert wird, liegt im Ermessen des Gerichts und rechtfertigt keine andere Kostenregelung; ebenso wenig die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft, denn diese betraf zwei Urteilspunkte, welche ohnehin zu überprüfen waren und letztlich um reine Ermessensentscheide. Somit sind dem Beschuldigten die zweitinstanzlichen Kosten (inkl. Kosten des IRM-Gutachtens) – mit Ausnahme der Entschädigung der amtlichen Verteidigung – vollumfänglich aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Allerdings können sie vom Beschuldigten in einem späteren Zeitpunkt eingefordert werden, falls sich seine wirtschaftlichen Verhältnisse entsprechend verbessern sollten (= Nachforderungsvorbehalt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO). Die Gerichtsgebühr des Berufungsverfahrens ist praxisgemäss auf Fr. 3'000.-- festzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO i.V.m. § 16 Abs. 1 und § 14 GebV OG). 6.3 Für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten im Berufungsverfahren werden Fr. 6'013.65 (inkl. Barauslagen und MWSt) geltend gemacht (Urk. 94). Dies erscheint als insgesamt angemessen, zumal in der

Honorarnote der amtlichen Verteidigung zwar die Berufungsverhandlung etwas länger geschätzt wurde als diese tatsächlich gedauert hat, gleichzeitig aber noch keine Aufwände für das Studium des zweitinstanzlichen Urteils und eine Besprechung mit dem Beschuldigten enthalten sind. Der amtliche Verteidiger ist entsprechend in diesem Umfang aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Es wird erkannt:

E. 8

Jahren als zu hoch erachtet (Urk. 46 S. 4, Urk. 93 S. 14). Zwar steht dem Richter bei der Festsetzung der Dauer der Landesverweisung zwischen 5 und 15 Jahren ein erhebliches Ermessen zu. Allerdings sollte sie gemäss BGE 123 IV 107 E. 3 in der Regel in einem adäquaten Verhältnis zur ausgefallten Strafe stehen; mit anderen Worten ist bei einer Strafdauer von 4 Jahren Freiheitsstrafe die Anordnung der gesetzlichen Minimalfrist von 5 Jahren Landesverweisung zweifellos nicht angezeigt. Angesichts der nahezu fehlenden beruflichen Integration des Beschuldigten in der Schweiz, seiner andauernden familiären Verbindung zu seinem Heimatland, seiner mehrfachen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie der daraus resultierenden erheblichen Fernhalteinteressen der Schweiz erscheint eine Landesverweisung von 8 Jahren, wie von der Vorinstanz ausgefällt, weder zu hoch noch zu niedrig und ist damit zu bestätigen.

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