

ZH_OBERGERICHT SB200358 vom 17. August 2021

ZH Obergericht, 2021-08-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200358

FR: ZH_OBERGERICHT SB200358 du 17 août 2021

IT: ZH_OBERGERICHT SB200358 del 17 agosto 2021

Erwägungen

E. 1

Prozessverlauf

E. 1.1

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 13. Februar 2020 wurde der Beschuldigte des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten sowie mit einer Busse von Fr. 500.– bestraft. Es ordnete den Vollzug der Freiheitsstrafe an. Zudem widerrief es den bedingten Vollzug bezüglich der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 18. Februar 2016 ausgefallenen Geldstrafe von 230 Tagessätzen zu Fr. 10.– und verwies den Beschuldigten im Sinne von Art. 66a StGB für 6 Jahre des Landes. Schliesslich zog es die beschlagnahmte Barschaft von insgesamt Fr. 1'213.50 ein und verwendete diese zur teilweisen Deckung der Busse und der Verfahrenskosten (Urk. 42).

E. 1.2

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte rechtzeitig Berufung an (Urk. 37). Das begründete Urteil wurde dem Beschuldigten am 18. August 2020 zugestellt (Urk. 41/2). Die Berufungserklärung des Beschuldigten ging in der Folge fristgerecht ein (Urk. 44). Mit Eingabe vom 14. September 2020 verzichtete die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich (nachfolgend Staatsanwaltschaft) auf Anschlussberufung und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung, was nach Rücksprache mit der amtlichen Verteidigung (Urk. 51) am 30. September 2020 bewilligt wurde (Urk. 49). Mit Schreiben vom 16. August 2021 teilte die amtliche Verteidigung mit, dass der Beschuldigte an einer Lungenentzündung leide, zu 100 % krankgeschrieben sei und notfallmässig ins Spital habe gebracht werden müssen, weshalb für ihn ein Dispensationsgesuch für die Berufungsverhandlung gestellt werde (Urk. 62; Urk. 64). Das Dispensationsgesuch des Beschuldigten wurde bewilligt. Die Berufungsverhandlung, zu der einzig die amtliche Verteidigerin erschien, fand am 17. August 2021 statt (Prot. II S. 3).

- 6 -

E. 2

Umfang der Berufung

E. 2.1

Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung auf-schiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen

Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO).

E. 2.2

Mit der Berufungserklärung vom 3. September 2020 liess der Beschuldigte das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Februar 2020 vollumfänglich anfechten (Urk. 44). Jedoch beantragte er bezüglich des Schuldspruchs (Dispositivziffer 1), der Einziehung (Dispositivziffer 8), der Entschädigung der amtlichen Verteidigung (Dispositivziffer 9) sowie der Kostenfestsetzung und Kostenaufgabe (Dispositivziffer 10 und 11) keine Abänderung vom vorinstanzlichen Urteil. Bezüglich Dispositivziffer 12 wird die Übernahme der Verteidigungskosten auf die Gerichtskasse ohne Vorbehalt Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO beantragt (Urk. 44). Anlässlich der Berufungsverhandlung präziserte die Verteidigung ihre Anträge insofern, als neben dem Schuldspruch (Dispositivziffer 1) sowie der Einziehung (Dispositivziffer 8) auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositivziffern 8-12) unangefochten blieben (Urk. 65 S. 1 f. und S. 16).

E. 2.3

Es ist deshalb vorab mittels Beschluss festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 13. Februar 2020 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 8 (Einziehung), 9-12 (Kosten- und Entschädigungsdispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

E. 3

Strafzumessung

E. 3.1

Vorbemerkungen

E. 3.1.1

Die Vorinstanz sprach in Übereinstimmung mit dem Antrag der Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von 20 Monaten sowie eine Busse von Fr. 500.– aus (Urk. 42). Der Beschuldigte beantragt, er sei mit einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 12 Monaten sowie einer Busse von Fr. 300.– zu bestrafen (Urk. 44; Urk. 65 S. 1).

- 7 -

E. 3.1.2

Am 1. Januar 2018 sind revidierte Bestimmungen des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, das neue Sanktionenrecht, in Kraft getreten. Gemäss Art. 2 StGB wird ein Straftäter grundsätzlich nach demjenigen Recht beurteilt, das bei Begehung der Tat in Kraft war. Jedoch ist eine zwischen der Tatbegehung und der gerichtlichen Beurteilung in Kraft getretene Revision zu berücksichtigen, wenn das neue Recht das mildere ist. Das geltende (neue) Recht ist in einem solchen Fall nur anzuwenden, sofern es für den Beschuldigten im konkreten Fall zu einem günstigeren Ergebnis führt (Art. 2 Abs. 2 StGB; Donatsch in: Donatsch/Heimgartner/Isenring/Weder [Hrsg.], Kommentar zum StGB, 20. Aufl. 2018, Art. 2 N 10).

E. 3.1.3

Gestützt auf den in Rechtskraft erwachsenen Schuldspruch ist bezüglich Sachverhalt A (Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz) von der Tateinheit sämtlicher

Handlungen auszugehen. Dementsprechend hat der Beschuldigte das tatbestandsmässige Verhalten im Jahr 2016 begonnen und anfangs März 2018 beendet. Entsprechend ist der Anklagesachverhalt A unter Geltung des neuen Sanktionenrechts zu beurteilen. Angemerkt werden kann, dass die Anwendung des bis Ende 2017 in Kraft stehenden Sanktionenrechts nichts an der auszusprechenden Strafe ändern würde, nachdem die vom Beschuldigten begangene Tat mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bedroht ist und – wie noch zu zeigen sein wird – eine Freiheitsstrafe auszusprechen ist. Die dem Anklagesachverhalt B (mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes) zugrunde liegenden Handlungen sind selbständige Straftaten und entsprechend getrennt zu beurteilen. Nachdem bezüglich Übertretungen keine Neuerungen eingeführt wurden, gelten jedoch keine unterschiedlichen Vorgaben.

E. 3.1.4

Zum Strafraum und zur Strafzumessung im Allgemeinen hat sich die Vorinstanz zutreffend geäussert. Es kann auf die entsprechenden Ausführungen (Urk. 42 S. 8 f.) verwiesen werden.

E. 3.2

Anklagesachverhalt A (Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz)

E. 3.2.1

Der Täter wird mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann, bestraft, wenn er weiss oder annehmen

- 8 - muss, dass seine Handlungen mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann (Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG).

E. 3.2.2

Tatkomponente

E. 3.2.2.1

Bei Drogendelikten spielt die Menge der Betäubungsmittel für die Beurteilung der objektiven Tatschwere eine wichtige Rolle. Dabei ist grundsätzlich auf den Reinheitsgrad abzustellen (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc; BGE 145 IV 312 = Pra 2020 Nr. 42 E. 2.1.). Mit Ausnahme der am 2. Dezember 2017 sichergestellten Betäubungsmittel liegen keine Reinheitsanalysen vor. Die Staatsanwaltschaft hielt dafür, bei den rund 430 Gramm Kokaingemisch, die nicht hätten sichergestellt werden können, ebenfalls auf den Reinheitsgrad von 38 % (entsprechend dem Reinheitsgrad der sichergestellten Betäubungsmitteln) abzustellen (Urk. 27 S. 3). Die Verteidigung stellt sich auf den Standpunkt, dass mit Ausnahme der sichergestellten Betäubungsmittel (Anklagesachverhalt A Ziffer 5) und der Betäubungsmittel mit schlechter Qualität gemäss Anklagesachverhalt A Ziffer 3 von einem Durchschnittsreinheitsgrad von 33 % auszugehen sei. Insgesamt sei von 150 Gramm reinem Kokain auszugehen (Urk. 65 S. 3 f.; Urk. 28 S. 3). Die Vorinstanz stellte auf die gassenübliche Qualität ab und ermittelte eine Menge von 272,3 Gramm reines Kokain (Urk. 42 S. 10).

E. 3.2.2.2

Wurden die Betäubungsmittel nicht sichergestellt und war deshalb eine Wirkstoffuntersuchung nicht möglich, hat das Sachgericht alle Aufklärungsmöglichkeiten auszuschöpfen, um zu bestimmen, von welcher Mindestqualität und damit von welchem

Mindestwirkstoffgehalt auszugehen ist. Hierbei hat es neben den Angaben der an der Betäubungsmittelstraftat beteiligten Personen insbesondere Art und Umstände des konkreten Geschäfts (Preis, Herkunft, Aussehen, Handelsstufe, Qualität des Lieferanten, Verpackung, Verplombung, Beurteilung durch andere Tatbeteiligte, Möglichkeit des Streckens, etc.) und die jeweiligen Verhältnisse des regionalen/örtlichen Drogenmarkts zum Zeitpunkt der Tatbegehung zu berücksichtigen (BGer-Urteil 6B_1081/2018 vom 10. September 2019 E. 3.1.). Das Bundesgericht erachtet es als zulässig, wenn die Sachgerichte von einer mittleren Qualität der nicht sichergestellten Drogen ausgehen, solange es keine Hinweise auf eine besonders reine oder gestreckte Substanz gibt (BGE 138

- 9 - IV 100 E. 3.5; BGer-Urteil 6B_1081/2018 vom 10. September 2019 E. 3.1.). Bei Schätzungen des Wirkstoffgehalts von Betäubungsmitteln können Durchschnittswerte – soweit sie repräsentativ und aussagekräftig sind – zur Orientierung herangezogen werden. Das Sachgericht ist auch nicht verpflichtet, von einem durch tragfähige Schätzungen ermittelten Wirkstoffgehalt in Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" einen zusätzlichen Sicherheitsabschlag zu machen (BGer-Urteil 6B_1081/2018 vom 10. September 2019 E. 3.1.).

E. 3.2.2.3

Die allseits anerkannte Schweizerische Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM) erstellt alljährlich gestützt auf gesammelte statistische Daten (unter anderem) eine Zusammenstellung über die durchschnittliche Qualität des in der Schweiz in einem bestimmten Jahr beschlagnahmten Kokains. Im 2016 untersuchte die SGRM 374 Proben von in der Schweiz beschlagnahmten Kokains in Einzelkonfiskatgrössen von 10 bis 100 Gramm und ermittelte einen mittleren Reinheitsgrad von 64 %. Im Jahr 2017 wurden 402 Proben untersucht und ein Reinheitsgrad von 69 % ermittelt (vgl. www.sgrm.ch). Für die Bestimmung der durchschnittlichen Qualität kann – wie einleitend erläutert – auf diese repräsentativen Statistiken abgestellt werden.

E. 3.2.2.4

Anklagesachverhalt A Ziffer 1 liegt die Vermittlung von 100 Gramm Kokaingemisch im Frühling 2016 zugrunde. Anlässlich der Einvernahme vom 13. August 2018 erklärte der Beschuldigte, dass es sich bei diesen vermittelten Betäubungsmitteln um schlechte Qualität gehandelt habe. Darum hätten diese auch nicht bezahlt (Urk. 2/7 S. 12). Anhaltspunkte dafür, dass diese Aussage des Beschuldigten bezüglich Qualität des vermittelten Kokains nicht stimmt, liegen nicht vor. Dokumentiert durch die vorliegenden Aufzeichnungen der Telefongespräche zwischen dem Beschuldigten und B._____ ist dagegen, dass C._____ den Kaufpreis für das Kokain schuldig geblieben ist (Anhang 11 ff. zu Urk. 2/7), was die Aussage des Beschuldigten stützt. Es muss deshalb zugunsten des Beschuldigten davon ausgegangen werden, dass es sich um unterdurchschnittliche Qualität handelte. Gemäss den Auswertungen der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin betragen die Standardabweichungen bei Einzelkonfiskatgrössen von 10 bis 100 Gramm +/- 22 %. Nachdem von unterdurchschnittlicher Quali-

- 10 - tät auszugehen ist, ist für das vermittelte Kokain unter Berücksichtigung der Standardabweichung von einer Reinheit von 42 % auszugehen. Anhaltspunkte dafür, dass es sich um geradewegs sehr schlechte Qualität gehandelt hatte, liegen keine vor. Entsprechend ist dem Anklagesachverhalt A Ziffer 1 42 Gramm reines Kokain (100 Gramm Kokaingemisch) zugrunde zu legen.

E. 3.2.2.5

Gemäss Anklagesachverhalt A Ziffer 2 übernahm der Beschuldigte zwischen dem 17. und 21. Dezember 2016 von B._____ einmal 20 Gramm und einmal 50 Gramm Kokaingemisch von angeblich relativ guter Qualität zum Zwecke des Weiterverkaufs bzw. Eigenkonsums, wofür der Beschuldigte Fr. 2'000.– bezahlte. Entsprechend ist von der durchschnittlichen Gassenqualität von 64 % auszugehen, entsprechend 44.8 Gramm reines Kokain.

E. 3.2.2.6

Demgegenüber übergab B._____ dem Beschuldigten gemäss Anklagesachverhalt A Ziffer 3 am 22. oder 23. Dezember 2016 weitere 200 Gramm Kokaingemisch von angeblich schlechter Qualität (Urk. 15). Aus den abgehörten Telefongesprächen ergibt sich, dass sich der Beschuldigte über die Qualität des am 22. oder 23. Dezember 2016 erhaltenen Kokains beschwerte: "Wir haben sie gewaschen... 20 Prozent" (Urk. 2/5 S. 21 f. und Anhang 9a). Daraus muss zugunsten des Beschuldigten geschlossen werden, dass sie das Kokain getestet hatten und dieses einen Reinheitsgrad von lediglich 20 % aufgewiesen hatte, was bei 200 Gramm Kokaingemisch 40 Gramm reines Kokain ergibt.

E. 3.2.2.7

Das aufgrund der Vermittlung vom Beschuldigten am 2. August 2017 an D._____ übergebene Kokaingemisch (50 Gramm; Anklagesachverhalt A Ziffer 4) war gemäss eines aufgezeichneten Telefongesprächs von sehr guter Qualität, was auch der Beschuldigte in einer Einvernahme anerkannte ("Die Sache ist sehr gut"; Urk. 4/3/1 S. 4 und Anhang 7b; Urk. 2/4 S. 8 und Anhang 7b). Entsprechend ist auf die durchschnittliche Gassenqualität, die im Jahr 2017 bei Einzelkonfiskatgrössen zwischen 10 und 100 Gramm 69 % betrug, abzustellen, was 34.5 Gramm reines Kokain ergibt.

E. 3.2.2.8

Das vom Beschuldigten am 2. Dezember 2017 übernommene Kokain (Anklagesachverhalt A Ziffer 5) konnte sichergestellt werden und wies ein Netto-

- 11 - gewicht von 28.8 Gramm und ein Reinheitsgrad von 38 % auf. Von diesem wollte der Beschuldigte 20 Gramm verkaufen und den Rest selber konsumieren. Entsprechend ist von 7.6 Gramm reinem Kokain auszugehen.

E. 3.2.2.9

Bezüglich des dem Beschuldigten zwischen Juli/August 2017 bis anfangs März 2018 vorgehaltenen Verkaufs (Anklagesachverhalt A Ziffer 6) erklärte der Beschuldigte, dass er das Kokain jeweils grammweise verkauft habe (Urk. 2/8 S. 5; so auch Urk. 2/4 S. 10 f.). Es muss deshalb zugunsten des Beschuldigten davon ausgegangen werden, dass es sich hier jeweils um Mengen unter 10 Gramm handelte und deshalb auf den Reinheitsgrad der durchschnittlichen Gassenqualität bei Mengen zwischen 1 und 10 Gramm abzustellen ist. Diese betrug sowohl im Jahr 2017 als auch im Jahr 2018 bei Einzelkonfiskatgrössen von 1 bis 10 Gramm (bei 417 resp. 461 Untersuchungen) 65 %. Somit ist von einer Menge von 52 bis 58.5 Gramm reinem Kokain (80 bis 90 Gramm Kokaingemisch) auszugehen.

E. 3.2.2.10

Insgesamt liegt somit der vom Beschuldigten begangenen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. lit. c und d sowie Abs. 2 lit. a rund 221

bis 227 Gramm reines Kokain zugrunde. Bei dieser Menge ist der vom Bundesgericht festgesetzte Schwellenwert von 18 Gramm Reinsubstanz, ab dessen Erreichen von einer Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen ausgegangen werden muss, um mehr als das zehnfache überschritten.

E. 3.2.2.11

Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte über rund zwei Jahre dem Betäubungshandel nachging und an mindestens sechs Abnehmer über einen Zeitraum von rund 9 Monaten mehrfach, wenn auch nur in geringen Mengen, Kokain verkaufte sowie an verschiedene Personen grössere Mengen Kokain vermittelt. Er hat mit mehreren Personen zusammengearbeitet und war gut vernetzt, sodass er interessierten Käufern innert kurzer Zeit mit den geeigneten Anbietern in Kontakt bringen konnte. Aufgrund dieser Verbindungen stand der Beschuldigte hierarchisch auch nicht an unterster Stufe. Diese Umstände wirken sich leicht erschwerend aus und zeigen eine nicht mehr geringe kriminelle Energie. Leicht verschuldensmindernd wirkt sich aus, dass der Beschuldigte bezüglich der grösseren Mengen nur als Vermittler und nicht als eigentlicher Verkäufer agierte. In Anbetracht des weiten Strafrahmens ist das objektive Tatverschulden als eher leicht zu qualifizieren.

E. 3.2.2.12

In subjektiver Hinsicht ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass sich aus der Strafuntersuchung und der vorliegenden Akten nicht ergibt, dass beim Beschuldigten eine Drogensucht vorliegt, die zu einer mittelgradig verminderten Zurechnungsfähigkeit führt. So erklärte der Beschuldigte, insbesondere an den Wochenenden Kokain durch Schnupfen konsumiert zu haben und gelang ihm ein spontaner kalter Entzug (Prot. I S. 8 und 13). Dies spricht beides gegen das Vorliegen einer Drogensucht im behaupteten Ausmass. Ferner führte die Verteidigung aus, der Beschuldigte übernehme regelmässig Betreuungsaufgaben für seine Enkelkinder (Urk. 65 S. 12), was ebenfalls gegen eine stark ausgeprägte Drogenabhängigkeit des Beschuldigten spricht, ansonsten ihm seine Enkelkinder wohl nicht anvertraut worden wäre. Verschuldensmindernd ist dem Beschuldigten jedoch anzurechnen, dass er die ihm angelasteten Handlungen überwiegend für die Finanzierung des eigenen Konsums beging. Entsprechend relativiert das subjektive Tatverschulden das objektive Tatverschulden leicht.

E. 3.2.2.13

Insgesamt ist das Tatverschulden somit – unter Berücksichtigung des weiten Strafrahmens – als leicht einzustufen. Aufgrund der gesamten Tatschwere erscheint eine hypothetische Einsatzstrafe von 18 Monaten als angemessen.

E. 3.2.3

Täterkomponenten

E. 3.2.3.1

Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten ergibt sich aus den vorliegenden Akten und seiner persönlichen Befragung, dass der Beschuldigte in Italien, K._____, in armen, aber guten Familienverhältnissen auf einem Bauernhof ohne Tiere aufgewachsen ist. Mit 15 Jahren zog er nach E._____ (Italien) und machte dort eine Schule als Kellner. Danach kam er ca. 1970 zum Arbeiten in die Schweiz, nach F._____. Dort

lernte er seine erste Ehefrau kennen. In der Folge arbeitete er während ca. 15 Jahren im Familienbetrieb seines Schwiegervaters, bis es 1985 zur Scheidung von seiner ersten Ehefrau kam. Nach der Scheidung lebte er ca. fünf bis sechs Jahre mit einer Partnerin zusammen. Danach heiratete er eine Weissrussin, von der er unterdessen aber eben-

- 13 - falls geschieden ist. Der Beschuldigte hat zwei erwachsene Kinder mit seiner ersten Ehefrau, die in G. _____ resp. H. _____ wohnen und zu denen er einen regelmässigen Kontakt pflegt. Sodann hat er eine erwachsene Tochter mit seiner ehemaligen Partnerin. Diese Tochter lebt im I. _____. Aktuell ist der Beschuldigte in keiner Beziehung. Er ist pensioniert und lebt von der AHV und Ergänzungsleistungen und hat Schulden in Höhe von Fr. 70'000.- bis Fr. 80'000.- (Urk. 11/2 S. 1 ff.; Urk. 11/3 S. 1 ff.; Prot. I S. 7 ff.). Aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann nichts Relevantes für die Strafzumessung abgeleitet werden.

E. 3.2.3.2

Der Beschuldigte weist zwei nicht einschlägige Vorstrafen auf (Urk. 54), was strafferhöhend zu berücksichtigen ist. Sodann handelte der Beschuldigte während laufender Probezeit der vom Obergericht des Kantons Aargau am 18. Februar 2016 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe, wobei er nur kurz nach seiner Verurteilung mit den ihm vorliegend vorgeworfenen Handlungen begann. Dies zeugt von einer Uneinsichtigkeit und ist ebenfalls strafferhöhend zu berücksichtigen. Insgesamt rechtfertigt sich eine Straferhöhung von etwa 4 Monaten.

E. 3.2.3.3

Der Beschuldigte war von Beginn der Strafuntersuchung an geständig und zeigte in der Strafuntersuchung ein kooperatives Verhalten und gestand auch Sachverhalte ein, die ihm nicht ohne weiteres hätten nachgewiesen werden können. Dies ist mit einer Strafreduktion um einen Drittel, entsprechend 6 Monate zu berücksichtigen. Mit der Vorinstanz ist jedoch der Umstand, dass sich der Beschuldigte in den vergangenen rund drei Jahren wohlverhalten hat, nicht strafmindernd zu berücksichtigen, da ein straffreies Verhalten grundsätzlich vorausgesetzt wird und sich das Strafbedürfnis infolge des erst dreijährigen Wohlverhaltens nicht vermindert hat.

E. 3.2.3.4

Schliesslich liegt keine Konstellation mit aussergewöhnlichen Umständen vor, woraus heute irgendeine besondere Strafempfindlichkeit aus persönlichen, familiären oder beruflichen Gründen resultieren würde. Soweit der Beschuldigte seine gesundheitlichen Probleme anführt (Urk. 65 S. 7), ist darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte – trotz seiner gesundheitlichen Problemen – regelmässig Betreuungspflichten für seine Enkel wahrnimmt (Urk. 65 S. 12) und dementspre-

- 14 - chend nicht davon auszugehen ist, dass diese derart gravierend sind, dass sie eine besondere Strafempfindlichkeit zu begründen vermögen.

E. 3.2.3.5

Angesichts der Täterkomponente rechtfertigt es sich deshalb, die hypothetische Einsatzstrafe um 2 Monate zu reduzieren.

E. 3.2.4

In Würdigung aller relevanter Strafzumessungsgründe erweist sich eine Freiheitsstrafe von 16 Monaten als dem Verschulden des Beschuldigten angemessen. Bei diesem Strafmass kann von Gesetzes wegen keine Geldstrafe ausgesprochen werden. Damit kann bei einem allfälligen Widerruf der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 18. Februar 2016 ausgesprochenen Geldstrafe, was nachfolgend zu prüfen sein wird, keine Gesamtstrafe ausgesprochen werden.

E. 3.3

Anklagesachverhalt B (mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes)

E. 3.3.1

Wer unbefugt Betäubungsmittel vorsätzlich konsumiert, wird mit Busse bestraft (Art. 19a Ziff. 1 BetmG). Der Höchstbetrag der Busse beträgt Fr. 10'000.– (Art. 106 Abs. 1 StGB). Das Gericht bemisst die Busse je nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser die Strafe erleidet, welche seinem Verschulden angemessen ist. Bei der Bemessung der Busse und der festzusetzenden Ersatzfreiheitsstrafe sind sodann auch die finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten, namentlich Einkommen und Vermögen, der Familienstand und die Familienpflichten sowie Beruf, Alter und Gesundheit zu berücksichtigen (Art. 106 Abs. 3 StGB; BGE 129 IV 6 E. 6.1).

E. 3.3.2

Der Beschuldigte konsumierte über einen Zeitraum von fast drei Jahren regelmässig, meistens an den Wochenenden Kokain durch Schnupfen. Er konsumierte vorsätzlich, wobei jedoch von einer Abhängigkeit ausgegangen werden muss, was verschuldensrelativierend zu berücksichtigen ist. Leicht verschuldens erhöhend ist sodann die einschlägige Vorstrafe zu berücksichtigen.

E. 3.3.3

Bezüglich der finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte alleine lebt und eine AHV-Rente und Ergänzungs-

- 15 - leistungen erhält. Insgesamt stehen ihm rund Fr. 3'300.– pro Monat zur Verfügung. Er verfügt über kein Vermögen und hat Schulden in Höhe von Fr. 70'000.– bis Fr. 80'000.– aus Verlustscheinen (Prot. I S. 10 f.; Urk. 11/3 S. 2).

E. 3.3.4

In Würdigung aller relevanter Strafzumessungsgründe ist von einem noch leichten Verschulden auszugehen. Es rechtfertigt sich deshalb in Anbetracht der finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten die Busse auf Fr. 500.– und die Ersatzfreiheitsstrafe im Falle der Nichtbezahlung (Art. 106 Abs. 2 StGB) auf 5 Tage festzusetzen.

E. 3.4

Vollzug der Strafe

E. 3.4.1

Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe sowie einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Das Gericht kann sodann den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren

teilweise aufschieben, wenn dies notwendig erscheint, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 StGB). Materiell ist in beiden Fällen das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt. Ist der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt worden (vgl. Art. 42 Abs. 2 StGB), wird die ungünstige Prognose vermutet (BGE 134 IV 6 f. E. 4.2.3.). Der Aufschieb ist dann nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB).

E. 3.4.2

Der Beschuldigte wurde am 18. Februar 2016 und damit innerhalb der letzten fünf Jahre vor der heute zu beurteilenden Tat zu einer Geldstrafe von 230 Tagessätzen verurteilt (Urk. 54). Es müssen somit besonders günstige Umstände vorliegen, dass dem Beschuldigten ein Strafaufschieb gewährt werden könnte.

E. 3.4.3

Der Beschuldigte beginnt trotz bereits erstandener Untersuchungshaft in einem anderweitigen Strafverfahren und nur kurz nach dem Urteil des Obergerichts

- 16 - des Kantons Aargau vom 18. Februar 2016 erneut strafbare Handlungen und liess sich somit weder von der Untersuchungshaft noch den Strafverfahren nachhaltig beeindrucken. Es liegen auch keine stabilisierenden und deliktpräventive berufliche Umstände vor. So geht der Beschuldigte infolge Frühpensionierung keiner Erwerbstätigkeit mehr nach. Es zeichnet sich diesbezüglich deshalb auch kein ausreichendes Veränderungspotential ab, insbesondere der Beschuldigte auch erst nach der vorinstanzlichen Hauptverhandlung Anstrengungen zu unternehmen beabsichtigte, die Verbindung zu seinen Drogenkontakten abzuschneiden, die er selber als grösstes Rückfallrisiko bezeichnet (Prot. I S. 13). Dies lässt grösste Zweifel an einem ernsthaften Veränderungswillen aufkommen, selbst wenn der Beschuldigte sich im November 2019 freiwillig in eine ambulante Drogentherapie begab, erfolgte die Aufnahme der Drogentherapie doch unter dem Einfluss des vorliegenden Strafverfahrens resp. der ihm drohenden Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte über einen Zeitraum von rund zwei Jahren gegen das Betäubungsmittelgesetz versties und es sich somit bei der Straftat nicht um einen einmaligen Ausrutscher handelt. Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass die Ausfällung einer bedingten Strafe nicht ausreichen wird, den Beschuldigten von der Begehung erneuter Straftaten abzuhalten. Sodann besteht auch keine begründete Aussicht auf Bewährung, die einen teilweisen Strafaufschieb erlauben würden. Die Freiheitsstrafe ist deshalb zu vollziehen. Der Anrechnung der erstandenen Haft von insgesamt drei Tagen (Art. 51 StGB) steht nichts entgegen.

E. 3.4.4

Die Busse ist von Gesetzes wegen zu vollziehen (Art. 42 StGB e contrario).

E. 4

Widerruf

E. 4.1

Der Beschuldigte wurde während laufender Probezeit (Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 18. Februar 2016) erneut straffällig. Es ist deshalb zu prüfen, ob die – bei einer Probezeit von fünf Jahren – bedingt ausgesprochene Geldstrafe von 230

Tagessätzen zu Fr. 10.– zu widerrufen ist. Die Vorinstanz widerrief den bedingten Vollzug und ordnete den Vollzug der Geldstrafe an. Der Beschuldigte beantragt, es sei von einem Widerruf abzusehen und die Probezeit um zwei Jahre zu verlängern (Urk. 65 S. 1 f.; Urk. 44).

- 17 -

E. 4.2

Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder ein Vergehen, so kann ein gewährter Strafaufschub widerrufen werden (Art. 46 Abs. 1 StGB). Allerdings führt ein während der Probezeit begangenes Verbrechen oder Vergehen nicht zwingend zum Widerruf des bedingten Strafaufschubs. Dieser soll nach Art. 46 Abs. 1 StGB nur erfolgen, wenn "deshalb", also wegen der Begehung des neuen Delikts, zu erwarten ist, dass der Täter weitere Straftaten verüben wird. Das heisst, dass die Prognose seines künftigen Legalverhaltens in einem solchen Fall erneut gestellt werden muss. Eine bedingte Strafe oder der bedingte Teil einer Strafe ist dabei nur zu widerrufen, wenn von einer negativen Einschätzung der Bewährungsaussichten auszugehen ist, d.h. aufgrund der erneuten Straffälligkeit eine eigentliche Schlechtprognose besteht. Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung miteinzubeziehen 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. Relevante Faktoren sind etwa strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweise auf Suchtgefährdungen usw. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides miteinzubeziehen. In die Beurteilung der Bewährungsaussichten im Falle des Widerrufs des bedingten Strafvollzugs ist im Rahmen der Gesamtwürdigung auch miteinzubeziehen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird (BGE 134 IV 140).

E. 4.2.1

Wie ausgeführt (vgl. Ziffer 3.4.), muss dem Beschuldigten grundsätzlich eine schlechte Legalprognose gestellt werden. So beging der Beschuldigte nur kurz nach seiner Verurteilung durch das Obergericht des Kantons Aargau im Februar 2016 erneut nicht nur eine Straftat sondern sogar ein Verbrechen. Sodann hat er sich von der in der Vergangenheit bereits absolvierten Untersuchungshaft nicht nachhaltig beeindruckt lassen, sodass trotz des Umstands, dass heute eine unbedingte Freiheitsstrafe auszusprechen ist, zu erwarten ist, dass der Beschuldigte weitere Straftaten verüben wird. Der bedingte Vollzug der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 18. Februar 2016 ausgesprochenen Geldstrafe ist

- 18 - deshalb zu widerrufen. Die Geldstrafe von 230 Tagessätze zu Fr. 10.– ist zu vollziehen.

E. 5

Massnahme

E. 5.1

Der Beschuldigte beantragt – wie bereits vor Vorinstanz Urk. 28 S. 6 f.) –, es sei eine ambulante therapeutische Massnahme anzuordnen (Urk. 44; Urk. 65 S. 1). Er führt an, er sei

drogensüchtig, einsichtig und therapiewillig. Er sei sich seiner Drogensucht bewusst und gebe offen zu, dass er die ihm heute vorgeworfenen Taten wegen seiner Drogensucht begangen habe, insbesondere zur Finanzierung des Drogenkonsums. Er habe bereits im November 2019 mit seinem Psychiater eine Therapie aufgelegt. Er möchte die Suchtbehandlung ambulant fortführen. Sollte ein Rückfall drohen, so habe sein Psychiater die Anweisung von ihm erhalten, einen stationären Therapieplatz für ihn zu suchen (Urk. 65 S. 8 f.; Urk. 28 S. 6).

E. 5.2

Nach Art. 56 StGB ist eine Massnahme anzuordnen, wenn eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen, ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht und die öffentliche Sicherheit dies erfordert und die Voraussetzungen der einzelnen Massnahmen erfüllt sind (Art. 56 StGB). Ist der Täter von Suchtstoffen oder in anderer Weise abhängig und hat er ein Verbrechen oder Vergehen begangen, das mit seiner Abhängigkeit in Zusammenhang steht, so kann das Gericht eine ambulante Massnahme anordnen, wenn zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit der Abhängigkeit des Täters in Zusammenhang stehender Taten begegnen (Art. 60 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 1 StGB).

E. 5.3

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, konsumiert der Beschuldigte nach eigenen Angaben bereits seit mehreren Jahrzehnten Kokain (Urk. 2/8 S. 2). Zudem ist erstellt, dass der Beschuldigte die heute zu beurteilende Straftat in der Hauptsache zur Finanzierung seines Drogenkonsums beging (Prot. S. 19). Der Beschuldigte konsumierte jedoch insbesondere an den Wochenenden Kokain und somit in Anbetracht des – gemäss seinen Angaben – seit Jahrzehnten bestehenden Drogenkonsums in einem gemässigten Ausmass. Sodann erklärte der Be-

- 19 - schuldigte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung das letzte Mal im Dezember 2019 Kokain konsumiert zu haben und aufgrund des Anfangs 2020 erlittenen Unfalls einen kalten Entzug gemacht zu haben (Prot. I. S. 8). Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass die Kokainabhängigkeit eine derartige Ausprägung angenommen hat, die eine hoheitlich Anordnung einer ambulanten Massnahme erfordern und rechtfertigen würde. Auch der Umstand, dass der Beschuldigte regelmässig Betreuungsaufgaben für seine Enkelkinder übernehme (Urk. 65 S. 12), spricht gegen eine stark ausgeprägte Drogenabhängigkeit des Beschuldigten, ansonsten ihm seine Enkelkinder wohl nicht anvertraut worden wäre. Dies steht den freiwilligen Bestrebungen des Beschuldigten, die bereits begonnene Suchtbehandlung fortzuführen, nicht entgegen. Von der Anordnung einer ambulanten Massnahme (Suchtbehandlung) ist abzusehen.

E. 6

Landesverweisung

E. 6.1

Die Vorinstanz hat den Beschuldigten – entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft (Urk. 15) – für 6 Jahre des Landes verwiesen. Von einer Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem sah sie ab (Urk. 42 S. 17 ff.). Wie bereits vor Vorinstanz (Urk. 28 S. 8; Prot. I S. 22) macht der Beschuldigte geltend, es liege ein Härtefall vor, weshalb von einer Landesverweisung abzusehen sei (Urk. 44; Urk. 65 S.

12 ff.).

E. 6.2

Anlässlich der Berufungsverhandlung machte die Verteidigung zudem geltend, die Staatsanwaltschaft sei übereinstimmend mit der Verteidigung davon ausgegangen, dass von einem Landesverweis gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB abgesehen sei. Wie dem Protokoll der Hauptverhandlung zu entnehmen sei, habe die Vorinstanz zu keinem Zeitpunkt mitgeteilt, dass sie von dieser rechtlichen Würdigung der Anklagebehörde abzuweichen gedenke und entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft einen Landesverweis in Betracht ziehe. Der Beschuldigte habe nach dem Verzicht der Staatsanwaltschaft, einen Landesverweis zu beantragen, nicht davon ausgehen müssen, dass die Vorinstanz einen solchen verhängt, ohne ihm vorher dazu das rechtliche Gehör zu gewähren. Wenn die Vorinstanz im Laufe der Urteilsberatung zum Schluss komme, Art. 66a StGB rechtlich anders als die Anklagebehörde zu würdigen, so hätte sie die Urteilsbera-

- 20 - tung unterbrechen und dem Beschuldigten diesbezüglich das rechtliche Gehör gewähren müssen. Indem die Vorinstanz dies unterlassen habe, habe sie Art. 4 BV und Art. 344 StPO verletzt. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs sei insbesondere nicht mit der gerichtlichen Befragung geheilt worden, da die Vorinstanz hinsichtlich der Verankerung des Beschuldigten in Italien kaum nachgefragt und es dadurch unterlassen habe, festzustellen, dass dieser kaum Kontakt zu seinen Verwandten in Italien habe und das letzte Mal vor Jahren zu einem kurzen Ferienbesuch in Italien gewesen sei (Urk. 65 S. 11).

E. 6.3

Die Verteidigung hat sich bereits vor Vorinstanz zu einer allfälligen Landesverweisung geäussert, indem sie nicht nur das Absehen von einer Landesverweisung beantragte (Urk. 28 S. 8), sondern in Ergänzung zu ihren Plädoyernotizen dazu auch Stellung genommen hat (Prot. I S. 22). Zudem wurde der Beschuldigte – entgegen der Auffassung der Verteidigung – vor Vorinstanz anlässlich seiner persönlichen Befragung darauf hingewiesen, dass das Thema Landesverweisung im Raum stehe, und er wurde gefragt, ob er sich dazu äussern wolle, was dieser seiner Verteidigerin überliess (Prot. I S. 21). Anlässlich seiner persönlichen Befragung wurde er zudem zu seinem Bezug zu seinem Heimatland Italien sowie zu allfälligen Verwandten dort befragt (Prot. I S. 15). Entsprechend liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor.

E. 6.4

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

E. 6.5

Der Beschuldigte beanstandet zu Recht nicht, dass er aufgrund des Schuldspruchs der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz grundsätzlich obligatorisch des Landes zu verweisen wäre (Urk. 65 S. 12). Er

- 21 - macht jedoch geltend, dass von einem Härtefall auszugehen sei, insbesondere er seit über 50 Jahren in der Schweiz lebe, seine Familie hier sei und er keine Familie, zu der er noch Kontakt habe, in Italien und generell keinen Bezug mehr zu Italien habe. Er würde sich in Italien nicht mehr zurecht finden. Sein Sohn J. _____, der hier in der Schweiz lebe, sei seine Hauptbezugsperson und diesen sehe er fast täglich. Zudem übernehme er Betreuungsaufgaben für seine Enkelkinder. Auch sei es ihm aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr zumutbar, in Italien zu leben. Demgegenüber sei er in der Schweiz gut sozialisiert und spreche fließend Schweizerdeutsch. Er sei in der Schweiz verwurzelt. Seine persönlichen Interessen würden das Fernhalteinteresse der Öffentlichkeit überwiegen (Prot. I S. 22; Urk. 65 S. 12 ff.).

E. 6.6

Von der Anordnung der Landesverweisung kann nur "ausnahmsweise" unter den kumulativen Voraussetzungen abgesehen werden, dass sie (1.) einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und (2.) die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB; sog. Härtefallklausel). Die Härtefallklausel dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 146 IV 105 E. 3.4.2.; BGE 145 IV 364 E. 3.2; BGE 144 IV 332 E. 3.1.2, je mit Hinweisen). Sie ist restriktiv anzuwenden (BGE 146 IV 105 E. 3.4.2.; BGE 144 IV 332 E. 3.3.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur kriteriengeleiteten Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) heranziehen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.2). Erst wenn feststeht, dass die Landesverweisung einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, ist in einem zweiten Schritt das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz dem öffentlichen Interesse an einem Verlassen der Schweiz gegenüberzustellen. Resultiert daraus ein überwiegendes öffentliches Interesse, muss die Landesverweisung verhängt werden.

- 22 -

E. 6.7

Schwerer persönlicher Härtefall

E. 6.7.1

Der Beschuldigte kam ca. 1970 im Alter von 16 Jahren in die Schweiz. Aufgewachsen ist der Beschuldigte in K. _____, Italien. Zu seinem Heimatland Italien hat der Beschuldigte insoweit noch einen Bezug, als er immer mal wieder Ferien in Italien verbrachte, wo seine unterdessen verstorbenen Eltern und zwei unterdessen verstorbene Brüder sowie eine Schwester lebten resp. lebt. Der italienischen Sprache ist der Beschuldigte mächtig, jedoch verfügt er in Italien – ausser der Schwester – über keine familiären und freundschaftlichen Verbindungen. Der Beschuldigte lebt nunmehr seit über 50 Jahren ununterbrochen in der Schweiz und ist im Besitz einer Niederlassungsbewilligung. Eine Reintegration in Italien wäre insbesondere in Anbetracht des Alters des Beschuldigten sicher mit einigen Hindernissen verbunden, erscheint aber nicht gänzlich unmöglich, nachdem der Beschuldigte doch seine Kindheit und Jugendzeit in Italien verbrachte, er immer mal wieder

Ferien in Italien verbrachte und mit der Sprache und Kultur seines Heimatlandes vertraut ist. Sodann führt der Wegzug nach Italien nicht zum Wegfall der AHV-Rente. Diese würde dem Beschuldigten auch ausbezahlt, wenn er Wohnsitz in Italien hätte. Die Lebenshaltungskosten sind zudem in Italien tiefer als in der Schweiz, sodass davon ausgegangen werden kann, dass der Beschuldigte seinen Lebensunterhalt in Italien mit seiner AHV-Rente bestreiten kann. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass zwar zwei seiner Kinder und Enkelkinder in der Schweiz, aber eine Tochter und zwei Enkelkinder in Italien (I. _____) leben und in Italien damit in ähnlichem Umfang Familienangehörige leben. Dem Beschuldigten stünde damit auch bei einer Rückkehr in sein Heimatland eine Beziehungsperson zur Seite, die ihn bei der Integration unterstützen könnte.

E. 6.7.2

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. Es ist nicht gleichsam schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer einer Verwurzelung in der Schweiz anzunehmen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.4; BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 13; BGer-Urteil 6B_1044/2019 vom 17. Februar 2020 E. 2.5.2;

- 23 - BGer-Urteil 6B_1218/2019 vom 19. Dezember 2019 E. 2.3.1 f.). Solche sozialen Beziehungen sind nicht gegeben. So geht der Beschuldigte heute, nachdem er aus gesundheitlichen Gründen vorzeitig pensioniert wurde, keiner Erwerbstätigkeit mehr nach und verfügt er gemäss eigenen Aussagen über keinen eigentlichen Freundeskreis (Urk. 11/3 S. 5).

E. 6.7.3

Als Anlasstaten einer Landesverweisung kommen angesichts des Rückwirkungsverbots nur nach Inkrafttreten der Art. 66a ff. StGB am 1. Oktober 2016 begangene Katalogtaten in Betracht (Art. 2 StGB). Zur Beurteilung der Integration im weiteren Sinne ist dagegen das Sozialverhalten insgesamt zu berücksichtigen und damit auch eine frühere relevante Delinquenz (BGer-Urteil 6B_1044/2019 vom 17. Februar 2020 E. 2.4.1 und E. 2.6). Hierzu ist anzumerken, dass der Beschuldigte sich nicht nur der vorliegend zu beurteilenden Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gemacht hat, sondern zwei weitere Vorstrafen aufweist. So wurde er im Jahr 2014 wegen (in den Jahren 2008 und 2009 begangenen) Betrugs, Urkundenfälschung und Vergehen gegen das Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung verurteilt und im Jahr 2016 ebenfalls wegen Betrugs und Urkundenfälschung sowie Veruntreuung (wobei diese Delikte bereits in den Jahren 2001 und 2002 begangen wurden; Urk. 54). Bereits diese Verurteilungen und die erneute, heute zu beurteilende Straftat, widersprechen einer gefestigten, erfolgreichen Integration des Beschuldigten in der Schweiz. Sodann ergibt sich aus dem Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 18. Februar 2016, dass sich der Beschuldigte bereits früher – seit 1994 – diverse weitere Straftaten zu Schulde kommen lassen hatte (Beizugsakten Obergericht des Kantons Aargau SST.2015.43 Urteil S. 19). Auch wenn diese Straftaten unterdessen gelöscht sind, können sie in der Gesamtbetrachtung berücksichtigt werden (BGer-Urteil 6B_1044/2019 vom 17. Februar 2020 E. 2.6.) und belegen einen deutlich belasteten strafrechtlichen Leumund.

E. 6.7.4

Unter dem familienrechtlichen Titel von Art. 8 Ziff. 1 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

- 24 - bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen. Intakte familiäre Beziehungen zu in der Schweiz niedergelassenen Familienmitgliedern sind grundsätzlich als erhebliches privates Interesse an einem weiteren Verbleib in der Schweiz zu gewichten (BGer-Urteil 6B_1044/2019 vom 17. Februar 2020 E. 2.5.3; BGer-Urteil 2C_541/2019 vom 22. Januar 2020 E. 4.3). Auch wenn zum geschützten Familienkreis in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern, zählt, gilt es zu berücksichtigen, dass zwei der drei erwachsenen Kinder sowie zwei minderjährige Enkelkinder des Beschuldigten in der Schweiz leben. Zu diesen pflegt der Beschuldigte regelmässigen und engen Kontakt. So ist sein Sohn seine engste Bezugsperson und engagiert sich der Beschuldigte regelmässig bei der Betreuung der zwei Kinder seiner Tochter.

E. 6.7.5

Schliesslich sind die vom Beschuldigten geltend gemachten gesundheitlichen Beschwerden sicher nicht klein zu reden. Jedoch handelt es sich bei den Krankheiten des Beschuldigten (Herzbeschwerden und Bluthochdruck) nicht um besonders schwere Krankheiten, die eine intensive medizinische Behandlung erfordern und deren Behandlung in Italien nicht erfolgen könnte, ansonsten der Beschuldigte wohl auch nicht in der Lage wäre, regelmässige Betreuungsaufgaben für seine Enkelkinder wahrzunehmen.

E. 6.7.6

Im Rahmen einer gesamtheitlichen Betrachtung aller Umstände zeigt sich, dass die Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz für ihn mit grossen Unannehmlichkeiten verbunden ist und mit einer Distanzierung des persönlichen Kontakts zu seinen zwei hier in der Schweiz lebenden Kindern und den Enkelkindern einhergeht. Dies stellt zweifelsohne in gewissem Sinn eine nicht unerhebliche Härte für ihn dar. Allerdings verlangt das Gesetz für den Verbleib in der Schweiz einen schweren persönlichen Härtefall und zwar insofern, als die Landesverweisung als ganz klar unverhältnismässig und geradezu als stossend erachtet werden müsste. Davon kann aber bei den vorliegend zu beurteilenden Verhältnissen keine Rede sein, nachdem wie aufgezeigt eine gefestigte erfolgreiche Integration des Beschuldigten in der Schweiz verneint werden muss und eine Rückkehr nicht gänzlich unzumutbar erscheint. Sodann ist es weder für seine

- 25 - Kinder noch seine Enkelkinder unzumutbar, den Kontakt zum Vater resp. Grossvater per Video- und Audiotelefonie und mit Besuchen in dessen Heimat zu pflegen, zumal es sich bei Italien um ein Nachbarsland der Schweiz handelt. Ein schwerer persönlicher Härtefall ist zu verneinen. Aber selbst wenn ein schwerer persönlicher Härtefall bejaht würde, wäre aufgrund der Interessenabwägung nicht von einer Landesverweisung abzusehen (vgl. nachfolgend Ziffer 6.6.).

E. 6.8

Interessenabwägung

E. 6.8.1

Bezüglich der persönlichen Interessen des Beschuldigten ist auf obige Ausführungen zu verweisen. Selbst wenn von einem bedeutenden Interesse des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz und einem schweren persönlichen Härtefall ausgegangen würde, ist zu berücksichtigen, dass eine Rückkehr in sein Heimatland nicht gänzlich unzumutbar erscheint, auch in seinem Heimatland eine Bezugsperson (Tochter) vorhanden und eine gefestigte, erfolgreiche Integration in der Schweiz zu verneinen ist.

E. 6.8.2

Hinsichtlich der öffentlichen Interessen sind in der Interessenabwägung strafrechtliche Elemente mitzubersichtigen. Dabei dürfen auch frühere Urteile einbezogen werden (Urteil 6B_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.2.2). Der Beschuldigte hat sich eines Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gemacht und damit eine schwere Straftat begangen. Mit der vom Beschuldigten verkauften resp. vermittelten Menge Kokain wurde die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr gebracht. Der vom Bundesgericht diesbezüglich festgesetzte Schwellenwert wurde dabei um mehr als ein Zehnfaches überschritten. Die Legalprognose des Beschuldigten ist sodann – wie ausgeführt (vgl. Ziffer 3.4.3.) – bereits bei ausser Acht lassen der im Strafregister gelöschten Straftaten schlecht. Insgesamt weist der Beschuldigte einen deutlich belasteten strafrechtlichen Leumund aus (vgl. Ziffer 6.5.3.). Der Beschuldigte liess sich denn von all den bisherigen Strafverfahren und Verurteilungen nicht nachhaltig beeindrucken und muss ihm eine Rückfallgefahr für weitere Straftaten attestiert werden (vgl. Ziffer 3.4.3.). Vom Beschuldigten geht somit eine erhebliche Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit aus. Es besteht deshalb ein erhebliches öffentliches Interesse an einem Landesverweis.

- 26 -

E. 6.8.3

In Würdigung sämtlicher Interessen ergibt sich, dass die persönlichen Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz angesichts der Schwere des begangenen Delikts, seines stark belasteten strafrechtlichen Leumunds und der schlechten Legalprognose das öffentliche Interesse an einem Landesverweis vorliegend nicht überwiegen, insbesondere eine Reintegration des Beschuldigten in Italien, auch aufgrund der Nähe zur Schweiz, nicht als absolut unzumutbar anzusehen ist und auch dessen Gesundheitszustand nicht gegen den Landesverweis spricht. Es ist deshalb eine Landesverweisung anzuordnen.

E. 6.8.4

Angemerkt werden kann noch, dass dem Kindeswohl bei jeder Entscheidung Rechnung zu tragen ist (Art. 3 Kinderrechtskonvention [KRK; SR 0.107]; BGE 143 I 21 E. 5.5.1). Der Beschuldigte vermag jedoch nicht einen so engen Bezug zu seinen hier in der Schweiz lebenden Enkelkindern aufzuzeigen, dass diese durch eine Wegweisung des Beschuldigten besonders schwer getroffen würden. So ist der Beschuldigte nicht deren einzige oder Hauptbezugsperson, er lebt auch nicht mit diesen in einem gemeinsamen Haushalt und hat ihnen gegenüber keine Erziehungspflichten.

E. 6.9

Vereinbarkeit mit dem FZA

E. 6.9.1

Als italienischer Staatsangehöriger steht der Beschuldigte grundsätzlich unter dem Schutz des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681; nachfolgend FZA). Nichterwerbstätige bzw. Rentner fallen jedoch nur in den Anwendungsbereich des Abkommens, wenn sie die Voraussetzungen aus Art. 24 Abs. 1 Anhang 1 FZA erfüllen (Art. 6 FZA). Die aufgrund des FZA eingeräumten Rechte dürfen nach Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Bei der strafrechtlichen Landesverweisung ist deshalb – soweit Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der EU betroffen sind – im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die Massnahme zum Schutze der öffentlichen Ordnung und Sicherheit verhältnismässig ist (BGE 145 IV 364).

- 27 -

E. 6.9.2

Bei Straftaten von Ausländern gegen das BetmG hat sich das Bundesgericht hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit stets rigoros gezeigt ("sempre mostrato particolarmente rigoroso"); diese Strenge bekräftigt der Gesetzgeber mit Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB. Die Erfüllung des Tatbestands des "Drogenhandels" führt von Verfassung wegen in der Regel zur Landesverweisung (Art. 121 Abs. 3 lit. a BV) (BGer-Urteil 6B_659/2018 vom 20. September 2018 E. 3.4.). Auch das FZA gewährleistet Drogenhändlern keinen Aufenthalt in der Schweiz (BGer-Urteil 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 4.5). Bezüglich der Verhältnismässigkeit der Landesverweisung kann sodann auf die Ausführungen in Ziffer 6.6. verwiesen werden. Die Landesverweisung erweist sich bei Abwägung des sich gegenüberstehenden privaten Interessen des Beschuldigten und den öffentlichen Interessen des Schutzes der öffentlichen Ordnung und Sicherheit als verhältnismässig. Das FZA steht vorliegend somit einer Landesverweisung nicht entgegen.

E. 6.10

Dauer der Landesverweisung

E. 6.10.1

Die Vorinstanz hat eine Landesverweisung für die Dauer von 6 Jahren angeordnet (Urk. 42).

E. 6.10.2

Die Landesverweisung kann für die Dauer von 5 bis 15 Jahre ausgesprochen werden (Art. 66a StGB). Dabei hat die Dauer dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu entsprechen und es sind die persönlichen Interessen gegen das öffentliche Interesse abzuwägen, wobei dem Verschulden des Täters ein grosses Gewicht zukommt (BSK StGB I-Zurbrügg/Hruschka, Art. 66a N 28 f.).

E. 6.10.3

Das Verschulden des Beschuldigten ist – angesichts des weiten Strafrahmens – als leicht zu qualifizieren. Die auszufällende Freiheitsstrafe von 16 Monaten befindet sich im untersten Bereich des möglichen Strafrahmens. Sodann sind die engen familiären Bindungen des Beschuldigten zu seinen hier lebenden Kindern und Enkelkindern, seine

lange Aufenthaltsdauer in der Schweiz sowie sein Alter zu berücksichtigen. Demgegenüber ist das Fernhalteinteresse gegenüber dem Beschuldigten aufgrund der von ihm ausgehenden erheblichen Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit hoch, wird jedoch aufgrund des fortge-

- 28 - schrittenen Alters des Beschuldigten etwas relativiert. Insgesamt erscheint es in Würdigung sämtlicher Umstände als verhältnismässig und angemessen, die Dauer der Landesverweisung auf 5 Jahre festzusetzen.

E. 6.11

Ausschreibung im Schengener Informationssystem Nachdem der Beschuldigte italienischer Staatsbürger ist, hat die Vorinstanz zu Recht auf eine Ausschreibung im Schengener Informationssystem verzichtet (vgl. Art. 96 des Schengener Durchführungsübereinkommens). Von einer Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem ist abzusehen.

E. 7

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 7.1

Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt lediglich insoweit, dass die Strafe leicht, jedoch nicht in dem vom Beschuldigten beantragten Ausmass, reduziert wird. Mit seinen übrigen Anträgen unterliegt der Beschuldigte. Es rechtfertigt sich demnach, dem Beschuldigten 4/5 der Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen und 1/5 der Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen.

E. 7.2

Die amtliche Verteidigung macht für das Berufungsverfahren eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 6'318.80 (inkl. Mehrwertsteuer) geltend (Urk. 63). Der eingereichten Honorarnote lässt sich entnehmen, dass für die geschätzte Dauer der Berufungsverhandlung 2 Stunden einberechnet wurden, was entsprechend zu korrigieren ist (Prot. II S. 3 und S. 5). Das Honorar der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren ist somit auf Fr. 6'200.– festzusetzen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind gestützt auf Art. 426 Abs. 1 StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei eine Nachforderung im Umfang von 4/5 vorbehalten bleibt (Art. 135 Abs. 4 StPO).

- 29 - Es wird beschlossen:

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