

# ZH\_OBERGERICHT SB220002 vom 6. Dezember 2022

ZH Obergericht, 2022-12-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB220002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB220002)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB220002 du 6 décembre 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT SB220002 del 6 dicembre 2022

## Erwägungen

### E. 1

Mai 2021 bis zum 7. Juni 2021 schuldig (Dispositivziffer 1) und bestrafte ihn mit 13 Monaten Freiheitsstrafe unter Anrechnung der erstandenen Haft von 134 Tagen, mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je Fr. 30.– sowie mit einer Busse von Fr. 500.– (Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen; Dispositivziffer 2 und 4). Den Vollzug der Freiheitsstrafe und der Geldstrafe schob die Vorinstanz unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren auf (Dispositivziffer 3). Die Vorinstanz verwies den Beschuldigten für 5 Jahre des Landes (Dispositivziffer 5). Sie regelte die Einziehung und Vernichtung bzw. Herausgabe von beschlagnahmten Gegenständen und die Vernichtung der DNA-Spuren und Spurenträger (Dispositivziffer 6-8), die Gerichtsgebühr und weiteren Kosten (Dispositivziffer 9) und auferlegte die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten (Dispositivziffer 10; Urk. 54 S. 48 ff.). Mit Beschluss vom selben Tag entliess die Vorinstanz den Beschuldigten aus dem vorzeitigen Strafvollzug und setzte ihn auf freien Fuss (Prot. I S. 18).

### E. 2

Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 18) meldete der Beschuldigte am 29. Oktober 2021 rechtzeitig Berufung an (Urk. 50; Art. 399 Abs. 1 StPO). Das begründete Urteil wurde dem Beschuldigten am 21. Dezember 2021 zugestellt (Urk. 53/2). Am 7. Januar 2022 reichte der Beschuldigte rechtzeitig die schriftliche Berufungserklärung ein (Urk. 57; Art. 399 Abs. 3 i.V.m. Art. 90 StPO).

- 7 - Der Staatsanwaltschaft wurde mit Präsidialverfügung vom 12. Januar 2022 eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist für Anschlussberufung angesetzt (Urk. 58). Sie verzichtete auf Anschlussberufung, beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 60), was dem Beschuldigten zur Kenntnis gebracht wurde. Mit der Dispensation der Staatsanwaltschaft erklärte sich der Beschuldigte einverstanden (Urk. 63), woraufhin das Dispensationsgesuch der Staatsanwaltschaft bewilligt wurde (vgl. Urk. 60). Am 25. Februar 2022 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 24. Juni 2022 vorgeladen (Urk. 62). Am 21. Juni 2022 ging bei der hiesigen Kammer ein Verschiebungsgesuch der amtlichen Verteidigung ein, welches gleichentags bewilligt wurde (Urk. 66; vgl. auch Urk. 67). Unter dem Datum vom 30. Juni 2022 wurde zur Berufungsverhandlung auf den

### E. 6

Die Vorinstanz brachte einleitend zum Ausdruck, dass der Beschuldigte die Portionierung von Kokain gewohnt und aus eigener Erfahrung in der Lage gewesen sei, Volumen und Gewicht von Kokain zu beurteilen und ihm daher auch die für B.\_\_\_\_\_ aufbewahrte

Kokainmenge ungefähr habe bewusst sein müssen (Urk. 54 S. 13 f.). Der Schluss ist richtig: Tatsächlich konsumierte der Beschuldigte in der fraglichen Zeit nach seinem Geständnis viel Kokain (ca. 1-2 Gramm pro Tag) und kaufte, damit er nicht jeden Tag auf die Strasse gehen musste, auch grössere Mengen für den Eigenkonsum, die er angeblich mit der eigens dafür angeschafften Feinwaage in kleinere Portionen aufteilte (Urk. 9 F55 f.; Urk. 40 S. 15; vgl. auch Prot. II S. 11 und S. 17 f.). Der Beschuldigte gab zu, das von B. \_\_\_\_\_ zur Aufbewahrung erhaltene Kokain angeschaut und angefasst zu haben, da er neugierig gewesen sei (Urk. 9 F27; Urk. 40 S. 17). Zur Retournierung des Kokains bzw. vor der Übergabe an B. \_\_\_\_\_ steckte der Beschuldigte das Kokaingemisch von 39.1 Gramm (32.7 Gramm reines Kokain) in seine Unterhosen (Urk. 7 F93 f.; Urk. 40 S. 20). Aufgrund seiner Übung im Umgang mit Kokain musste ihm bereits anhand der von ihm angeschauten und in seinen Händen gehaltenen Menge an Kokaingemisch klar gewesen sein, dass es sich um eine grössere Menge handelte. So gab er auf Vorhalt des Fotos mit dem von ihm aufbewahrten, bei B. \_\_\_\_\_ sichergestellten Kokain-Gemisch (Urk. 11 S. 3) an, er hätte von dieser Menge Kokain "einige Tage oder einige Wochen" konsumieren können (Urk. 40 S. 21). Dem Einwand der Verteidigung, dass der Beschuldigte Volumen und Gewicht nur mit Hilfe einer Feinwaage beurteilen könne bzw. die Menge nicht abschätzen könne (vgl. Urk. 74 S. 3 ff.), ist – wie auch nachfolgend zu zeigen ist – entsprechend nicht zu folgen.

- 11 -

## **E. 7**

F96). Finanzielle Motive sind damit freilich nicht erstellt. Zusammengefasst rechnete der Beschuldigte, nachdem er die ...-Knittersackteile mit dem Kokain darin in der Hand hatte und er nach der Retournierung des Kokains an B. \_\_\_\_\_ ner- vös wurde, ernsthaft damit, dass es sich um eine grössere Menge Kokain von deutlich mehr als 18 Gramm handelte, die geeignet war, die Gesundheit vieler Menschen zu gefährden, und er fand sich damit ab. Seine vorstehend dargelegten Aussagen fügen sich insofern mit den weiteren Umständen und Indizien zu einem klaren Bild seines Wissens zusammen. Zudem hatte er auch angesichts des Chatverlaufes mit B. \_\_\_\_\_ Kenntnis vom Umgang mit mehreren hundert Gramm Kokain (Urk. 7 Anhang 3; vgl. nachstehend Erw. III.9.).

### **E. 7.1**

Die familiären Beziehungen des Beschuldigten in der Schweiz beschränken sich nach dem Gesagten und wie er auch selbst angibt (vgl. Prot. II S. 12) auf die Beziehung zu seinen hier lebenden Brüdern und seiner Lebenspartnerin. Ihm ist es ohne Weiteres möglich und zumutbar, sich in Spanien eine neue Existenz aufzubauen. Er ist im Übrigen in sozialer Hinsicht in der Schweiz nur wenig integriert und spricht keine Landessprache. Im Weiteren ist ihm auch die berufliche bzw. wirtschaftliche Integration nicht geglückt, war er doch von November 2019 bis September 2020 krank und ohne Arbeit und häufte Schulden an. Eine Festanstellung hatte er bis heute in der Schweiz nicht inne. Von einer gelungenen Integration des Beschuldigten kann zudem angesichts der zu beurteilenden Straftaten keine Rede sein, wie die Vorinstanz ebenfalls zutreffend festhielt (vgl. Urk. 54 S. 42). Seinen privaten, nicht sehr gewichtigen Interessen an einem Verbleib in der Schweiz steht die vorstehend beurteilte, mehrfache bzw. verschiedenartige Drogendelinquenz gegenüber, womit er die Gesundheit der hiesigen Öffentlichkeit erheblich gefährdete.

### **E. 7.2**

Die Rechtsprechung hat sich bei Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten und damit zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit stets streng gezeigt; diese Strenge bekräftigt der Gesetzgeber mit Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB. Das öffentliche Interes-

- 32 - se an einer Landesverweisung ist bei solcher Delinquenz in der Regel gewichtiger als das persönliche Interesse an einem Verbleib in der Schweiz (vgl. Urteile des Bundesgerichts 6B\_48/2019 vom 9. August 2019, E. 2.4.1; 6B\_1070/2018 vom

### **E. 7.3**

Als Staatsangehöriger von Spanien, eines Mitgliedstaates der EU, kann er sich grundsätzlich auf das zwischen der Schweiz und der EU abgeschlossene und für die Schweiz am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Freizügigkeitsabkommen berufen (Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit [FZA; SR 0.142.112. 681]). Das FZA gibt Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz u.a. das Recht auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und Niederlassung als Selbständiger sowie das Recht auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien (Art. 1 lit. a). Indessen dürfen die im FZA eingeräumten Rechte durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden (Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA). Insbesondere Verbrechen gegen das BetmG gelten als schwere Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA (vgl. OGer ZH, II. StrK., SB200236-O vom 16. Februar 2021, E. V.4.3). Dabei kann ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko für eine aufenthaltsbeendende Massnahme genügen, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter beschlägt (vgl. BGE 145 IV 364 E. 3.5.2, S. 371 f.; Urteil des Bundesgerichts 6B\_1146/2018 vom 8. November 2019, E. 6.3.2 f.; OGer ZH, II. StrK., SB200328 vom 25. Mai 2021, E. VII.4.3).

- 33 -

### **E. 7.4**

Der Beschuldigte liess – gesamthaft betrachtet – ein Verhalten erkennen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung und der Gesundheit vieler Menschen darstellt. Angesichts seiner schweren Drogendelinquenz bietet mithin auch das FZA keinen Schutz vor der Ausweisung, zumal trotz fehlender Vorstrafen angesichts der bei Verhaftung bestehenden Kokainabhängigkeit und der nach wie vor finanziell angespannten Lage des Beschuldigten ein gewisses Rückfallrisiko besteht. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass er die letzten Monate wie vor seiner Delinquenz temporär angestellt war und angeblich eine Festanstellung in Aussicht hat. Demzufolge steht das Freizügigkeitsabkommen, insbesondere dessen Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA, einer Landesverweisung beim Beschuldigten nicht entgegen. 8. Bei Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten Interessen des Beschuldigten und der öffentlichen Interessen des Schutzes der öffentlichen Ordnung und Sicherheit erweist sich die Landesverweisung daher als verhältnismässig. Die Landesverweisung ist daher auszusprechen. 9. Die Vorinstanz sprach eine Landesverweisung für die Mindestdauer von 5 Jahren aus (Urk. 54 S. 45 f. und S. 48), was in einem adäquaten Verhältnis zur Deliktsschwere und Dauer der ausgefallenen Freiheitsstrafe steht, dem leichten Verschuldungen entspricht und woran im Übrigen bereits aufgrund des Verschlechterungsverbots nichts zu ändern ist. 10. Gemäss

Art. 20 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (N-SIS) und das SIRENE-Büro (N-SIS-Verordnung vom 8. März 2013; SR 362.0) sind Gerichte dazu verpflichtet, im Falle der Anordnung einer Landesverweisung auch über deren Ausdehnung auf den Schengen-Raum und damit über deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS) zu entscheiden. Voraussetzung für die Ausschreibung einer Landesverweisung im Schengener Informationssystem ist unter anderem, dass es sich beim betroffenen Ausländer um einen Drittstaatsangehörigen handelt (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-VO, vgl. Art. 96 Abs. 2 lit. a SDÜ). Da der Beschuldigte Staatsbürger von Spanien und nicht Angehöriger eines Drittstaates ist, sind die Voraussetzungen für eine Aus-

- 34 - schreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem nicht gegeben, so dass eine solche nicht in Betracht kommt. VII. 1. Gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO hat die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu befinden, wenn sie selber ein neues Urteil fällt und nicht kassatorisch entscheidet (vgl. GRIESSER in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers, Kommentar StPO, 3. Aufl. 2020, Art. 428 N 14). Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Da die Schuldsprüche zu bestätigen sind, erweist sich der Entscheid der Vorinstanz, die (in ihrer Höhe unangefochten gebliebenen) Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen (Urk. 54 Dispositivziffer 10), als zutreffend und ist zu bestätigen. Ausgenommen sind die – ebenfalls in der Höhe unangefochten gebliebenen – Kosten der amtlichen Verteidigung, wobei Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt, wonach für diese Kosten auf den Beschuldigten Rückgriff genommen werden kann, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben. 2. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf Fr. 3'500.– festzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO i.V.m. § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts [GebV OG], LS. 211.11). 3. Im Berufungsverfahren erfolgt die Auflage der Kosten nach Massgabe des Ob-siegens oder Unterliegens der Parteien (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte dringt mit seiner Berufung in den zentralen Punkten nicht durch; es bleibt beim Schuldspruch wegen Verbrechens gegen das BetmG und bei der Landesverweisung. Dementsprechend sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen. Einzig der Umstand, dass beim subjektiven Tatbestand Eventualvorsatz statt direkter Vorsatz angenommen wurde, rechtfertigt keine andere Kostenregelung. Hinsichtlich der einsteilen auf die Gerichtskasse zu nehmenden Kosten der amtlichen Verteidigung, welche auf Fr. 4'500.– festzusetzen sind (vgl. Urk. 64 und Urk. 72 zuzüglich der

- 35 - Dauer der Berufungsverhandlung), bleibt die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. Im heutigen Zeitpunkt ist entgegen dem Antrag der Verteidigung (vgl. Urk. 74 S. 3 und S. 9 f.) keine definitive Abschreibung der Kosten vorzunehmen, immerhin ist der Beschuldigte erwerbstätig. Im Übrigen kann seiner finanziell angespannten Situation beim Kostenbezug Rechnung getragen werden. Es wird beschlossen:

## **E. 8**

Den Reinheitsgrad des sichergestellten Kokains von 84% anerkannte der Beschuldigte (vgl. Urk. 9 F7 und F10), und er machte nie geltend, er sei von einer schlechten Qualität der Droge bzw. einem geringeren Reinheitsgrad ausgegangen. Selbst wenn aber

berücksichtigt würde, dass der Reinheitsgrad des für B.\_\_\_\_\_ aufbewahrten Kokains mit 84% eher überdurchschnittlich war und angenommen würde, dass der Beschuldigte nicht um diesen hohen Reinheitsgrad des bei ihm aufbewahrten Kokains gewusst hätte, würde dies hinsichtlich des subjektiven Sachverhalts nichts Wesentliches ändern. Es wäre in diesem Fall auf den

- 13 - Reinheitsgehalt von Kokain resp. den Median-Wert gemäss der Betäubungsmittelstatistik der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM) des Jahres 2021 abzustellen, welcher 76.5% (Kokain Base) betrug (Einzelkonfiskatgrößen von 10 bis 100 g, abrufbar unter <https://sgrm.ch/de/forensische-chemie-und-toxikologie/fachgruppe-forensische-chemie/statistiken-kokain-und-heroin/>; der entsprechende Median-Wert für Kokain Hydrochlorid lag bei 84.9%). Der Reinsubstanzwert lag demnach bei 29.9 Gramm, so dass die Grenze von 18 Gramm (dazu unten Erw. IV.2.) selbst ohne Wissen des Beschuldigten um den genauen Reinheitsgrad des aufbewahrten Kokaingemischs um mehr als die Hälfte überschritten gewesen wäre.

### **E. 8.1**

Ebenfalls in Bezug auf die mehrfache Übertretung im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG durch Kokainkonsum und -besitz zum Eigenkonsum war der Beschuldigte von Beginn an geständig (Urk. 7 F25 ff.). Die Busse dafür setzte die Vorinstanz auf Fr. 500.– fest, mit der Begründung, der Beschuldigte habe vom 1. Mai 2021 bis am 7. Juni 2021 regelmässig Kokain konsumiert, wobei er dafür im Besitze von 6.19 Gramm Kokaingemisch gewesen sei (Urk. 54 S. 31). An dieser Stelle hat sich die Vorinstanz verschrieben, der Beschuldigte besass für den Eigenkonsum 19.6 Gramm Kokaingemisch (vgl. Urk. 14/8; richtig: Urk. 54 S. 7 und S. 12 f.).

### **E. 8.2**

Der Reinheitsgehalt hinsichtlich des im Zimmer des Beschuldigten sichergestellten Kokaingemischs wurde hinsichtlich eines Asservats von 2.3 Gramm Nettogewicht bestimmt und lag bei 85% (Urk. 17/5). Umgerechnet auf 19.6 Gramm wären dies 16.66 Gramm Reinsubstanz. Die Verteidigung weist darauf hin, dass der Reinheitsgehalt des (gesamten) für den Eigenkonsum bestimmten Kokaingemischs nicht bekannt sei, wobei davon auszugehen sei, dass die reine Menge deutlich unter diesen 19.6 Gramm liege (Urk. 43 S. 11 i.V.m. Prot. I S. 12). Sie beantragt, wie bereits vor Vorinstanz, eine Busse von Fr. 300.– (Urk. 43 S. 2; Urk. 74 S. 2) und verweist dazu auf die prekären finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten und darauf, dass sich sein Eigenkonsum angesichts der bestehen-

- 24 - den Abhängigkeit noch im unteren Bereich bewegt habe, weshalb das Verschulden gering erscheine (vgl. Urk. 43 S. 11; Urk. 74 S. 7).

### **E. 8.3**

Eine Busse kann bis zu Fr. 10'000.– betragen (Art. 106 Abs. 1 StGB). Das Gericht bemisst die Busse je nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB).

### **E. 8.4**

Nach den Angaben des Beschuldigten konsumierte er damals – anklagemässig im Zeitraum vom 1. Mai 2021 bis 7. Juni 2021, d.h. von etwas mehr als einem Monat – regelmässig 1-2 Gramm Kokain pro Tag (Urk. 7 F28 f.; Urk. 40 S. 14; vgl. auch Prot. II S.

11), er habe viel konsumiert und auch sehr viel Geld dafür ausgegeben (vgl. Urk. 9 F56). Im Weiteren ist namentlich zu berücksichtigen, dass neben dem Schuldspruch für die Kokainkonsumhandlungen auch eine Verurteilung wegen Besitzes von 19.6 Gramm Kokaingemisch zum Eigenkonsum zu erfolgen hat. Während die seitens der Verteidigung beantragte Busse in der Höhe von Fr. 300.– dem Verschulden des Beschuldigten bei Weitem nicht gerecht wird, erweist sich die von der Vorinstanz auf Fr. 500.– festgelegte Busse angesichts des intensiven, wiewohl kurzzeitigen Konsums und der bei ihm sichergestellten, erheblichen Drogenmenge als sehr gemässigt, aber noch angemessen. Eine Erhöhung der Busse wäre ohnehin prozessual aufgrund des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) unzulässig.

### **E. 8.5**

Die Busse ist zu bezahlen. Für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse durch den Beschuldigten beträgt die Ersatzfreiheitsstrafe im Sinne von Art. 106 Abs. 2 StGB 5 Tage. 9. Zusammengefasst ist der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 13 Monaten, einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 500.– zu bestrafen. 10. Die erstandene Haft ist auf die Strafe anzurechnen (Art. 51 StGB). Der Beschuldigte wurde am 9. Juni 2021 inhaftiert und mit Entlassungsbefehl der Vorinstanz vom 20. Oktober 2021 auf freien Fuss gesetzt (vgl. Urk. 19/1 und Urk. 45).

- 25 - Der Vollzugsmeldung des Gefängnisses Affoltern ist indes zu entnehmen, dass er wegen einer ordentlichen Strafe im Anschluss nicht am 20. Oktober 2021 auf freien Fuss entlassen wurde (Urk. 49), sondern erst am 22. Oktober 2021 (vgl. Urk. 56). Die Verbüssung der ordentlichen Strafe kann jedoch selbstredend nicht auf die auszusprechende Freiheitsstrafe angerechnet werden. Entsprechend sind 134 Tage (9. Juni 2021 bis 20. Oktober 2021) der Freiheitsstrafe durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden. 11. Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten angesichts seiner Vorstrafenlosigkeit (Urk. 20/1-2; Urk. 55; Urk. 73) und der folglich fehlenden Schlechtprognose in Übereinstimmung mit der konstanten Praxis des Bundesgerichts (vgl. BGE 134 IV 60, E. 7.3.1 und 7.3.2, S. 74 f.) richtigerweise den vollständig bedingten Strafvollzug unter Ansetzung der minimalen Probezeit von zwei Jahren gewährt (Urk. 54 S. 32 ff.; Art. 42 Abs. 1 StGB), und zwar sowohl hinsichtlich der Freiheits- als auch der Geldstrafe. Dabei bleibt es zudem aus prozessualen Gründen (Art. 391 Abs. 3 StPO). VI. 1. Der Beschuldigte ist spanischer Staatsbürger. Er wird wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG verurteilt, hat somit eine Katalogtat begangen (Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB) und ist daher grundsätzlich obligatorisch für 5 bis 15 Jahre des Landes zu verweisen. 2. Die Staatsanwaltschaft begründete vor Vorinstanz ihren Antrag auf Landesverweisung für die Dauer von 5 Jahren im Wesentlichen damit, dass der Beschuldigte erst seit kurzer Zeit in der Schweiz lebe, der deutschen Sprache nicht mächtig sei und keinen geregelten Job bzw. festes Einkommen habe, in der Schweiz nicht integriert sei, mithin kein Härtefall vorliege und einer Landesverweisung nach Spanien ohnehin nichts entgegenstehe (Urk. 42 S. 7). 3. Die Verteidigung hob vor Vorinstanz im Kern hervor, die beiden Brüder, zu denen der Beschuldigte ein weitaus engeres Verhältnis pflege, als zu seinen Schwestern und seiner Mutter in Spanien, und seine engsten Freunde lebten in

- 26 - der Schweiz. Der Beschuldigte sei letztmals vor zwei bis drei Jahren in Spanien gewesen und lebe seit über zehn Jahren nicht mehr dort, so dass er sich dort ein neues soziales Netzwerk aufbauen müsste. Es könne ihm nicht zur Last gelegt werden, dass er

kurz vor seiner Verhaftung über keine feste Arbeitsstelle verfügt habe, da dieser Umstand einer Rückenverletzung geschuldet gewesen sei. Aufgrund dieser Rückenverletzung, des Kontaktabbruchs zu seinen Schwestern und seiner Mutter sowie einer schweren Erkrankung seines zwischenzeitlich verstorbenen Vaters habe der Beschuldigte im Frühjahr 2020 eine schwere depressive Phase mit Suizidgedanken durchlaufen und sei in die Drogenabhängigkeit gerutscht. Wegen seiner Tätigkeit auf dem Bau, wo nur wenige eine Landessprache beherrschten, habe er bis heute nicht Deutsch gelernt. Dies lasse jedoch nicht den Schluss zu, dass es an einem Integrationswillen fehle (Urk. 43 S. 12 f.; Prot. I S. 13 f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung vertrat die Verteidigung den Standpunkt, dass keine Katalogtat vorliege, weshalb die Landesverweisung im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts stehe und die Anordnung einer solchen unverhältnismässig wäre. Sie hob erneut hervor, dass der Beschuldigte seit nunmehr fünf Jahren in der Schweiz lebe, sich in einer festen Beziehung befinde und sich der Teil seiner Familie, zu welchem er ein näheres Verhältnis pflege, nämlich seine beiden Brüder, in der Schweiz befinden würde. In Haft sei es einzig zu einem vorübergehenden Kontaktabbruch zwischen ihm und seinen Brüdern gekommen, weil es dem Beschuldigten nicht gestattet gewesen sei, über das laufende Strafverfahren zu sprechen. Zwischenzeitlich habe er ihnen alles erzählt. Ferner sei von einer guten wirtschaftlichen Integration des Beschuldigten auszugehen. Er sei stets – mit Ausnahme der Zeit kurz vor der Verhaftung, während der er infolge einer Rückenverletzung vorübergehend arbeitsunfähig gewesen sei, sowie während der Inhaftierung – einer Erwerbstätigkeit nachgegangen und habe auch nach der Haftentlassung direkt wieder mit der Arbeit auf dem Bau begonnen. Seiner Tätigkeit auf dem Bau sei es auch geschuldet, dass er der deutschen Sprache nicht mächtig sei (Urk. 74 S. 8 f.; Prot. II S. 20 f.; vgl. auch Urk. 71/1-3 und Prot. II S. 9 ff.). Der Beschuldigte gab an, er wolle nicht zurück nach Spanien gehen. Er wünscht sich eine Zukunft in der Schweiz, möchte hierzulande weiterarbeiten, seine Lebenspartnerin heiraten und Kinder haben. Er wisse nicht, was er

- 27 - tun würde, wenn er die Schweiz verlassen müsste (Prot. II S. 12 f. und S. 21; vgl. auch Urk. 40 S. 26 f.). 4. Die Vorinstanz verneinte das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls. Sie erwog zusammengefasst, dass der kinderlose, ledige Beschuldigte erst seit kurzem (seit 2017) in der Schweiz lebe und hier weder sprachlich noch sozial oder beruflich speziell integriert sei. Demgegenüber lebe der Grossteil seiner Familie, so seine beiden Schwestern und seine Mutter, noch immer in Spanien. Er sei mit der Kultur in seinem Heimatland vertraut, da er dort seine Kindheit und Jugend verbracht habe. Weder seine persönlichen Beziehungen zu seinen in der Schweiz lebenden Brüdern noch seine angeschlagene gesundheitliche Situation begründeten das Vorliegen eines Härtefalls. Im Sinne einer Eventualbegründung wies die Vorinstanz zudem darauf hin, dass auch bei einem anderen Ausgang dieser Härtefallprüfung eine Landesverweisung angeordnet werden müsste, da das persönliche, vergleichsweise geringe schutzwürdige Interesse des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz das gewichtige öffentliche Interesse an einer Landesverweisung nicht zu überwiegen vermöge. Schliesslich sei die Ausweisung angesichts der Aufbewahrung von Kokain in einer Menge, welche die bundesgerichtlich angesetzte Schwelle für einen schweren Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG erheblich überstiegen habe, auch mit dem Freizügigkeitsabkommen (FZA) vereinbar (Urk. 54 S. 38 ff.). 5. Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und 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 restriktiv anzuwenden (vgl. BGE 146 IV 105 E. 3.4.2, S. 108; BGE 144 IV 332 E. 3.3.1, S. 340; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B\_1102/2020 vom 20. Mai 2021, E. 3.1). 5.1. Bei der Härtefallprüfung kommt es auf die Integration und Verwurzelung des Beschuldigten in der Schweiz an. Eine lange Aufenthaltsdauer kann eine relevante Integration begründen. Die Aufenthaltsdauer lässt allerdings nicht schematisch auf eine Verwurzelung in der Schweiz schliessen, beispielsweise ist zu berücksichtigen, ob sich das gesellschaftliche Leben einer ausländischen Person primär mit Angehörigen des eigenen Landes abspielt (vgl. BGE 146 IV 105 E. 3.4.4, S. 110 mit Hinweisen). Ein Härtefall lässt sich 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. Das durch Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen. Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern (vgl. zum Ganzen: OGer ZH, I. StrK., SB190148 vom 18. Juni 2020, E. 4.9, 4.12 und 4.13; Urteile des Bundesgerichts 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019, E. 6.3.3; 6B\_186/2020 vom 6. Mai 2020 E. 2.3.2; 6B\_177/2020 vom 2. Juli 2020 E. 2.4.3; 6B\_970/2021 vom 16. Dezember 2021, E. 1.5.1; BGE 144 II 1 E. 6.1, S. 12 und BGE 142 II 35 E. 6.1, S. 46, je mit weiteren Hinweisen). 5.2.

Anhand der Befragungen des Beschuldigten bei der Staatsanwaltschaft, vor erster Instanz und den Akten (Urk. 3, Urk. 7, Urk. 9, Urk. 43, Urk. 20/3-5, Urk. 39 und Urk. 40) hat die Vorinstanz die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten wie folgt zusammengefasst: Dieser sei in E.\_\_\_\_\_, in der Provinz Córdoba in Andalusien geboren, aufgewachsen und zur Schule gegangen. Er habe zwei Schwestern und zwei Brüder. Die beiden Schwestern lebten in F.\_\_\_\_\_, Spanien, die beiden Brüder in Zürich. Sein Vater sei im mm.2021 verstorben. Seine Mutter lebe ebenfalls noch immer in Spanien, er habe aber zu ihr und den beiden Schwestern keinen Kontakt mehr. Der Beschuldigte habe die Schule mit 13 Jahren verlassen und in der Folge – wie seine Eltern – als Feldarbeiter gearbeitet, um Geld für die Familie zu verdienen. Bis zu seinem zwanzigsten Altersjahr habe er als Feldarbeiter gearbeitet. Seither sei er als Bauarbeiter berufstätig. Der Beschuldigte sei am 10. September 2017 in die Schweiz eingereist. Ungefähr im Jahr 2010 habe er Spanien verlassen. Vor der Einreise in die Schweiz habe er vier bis fünf Jahre in England, fünf oder sechs Monate in Belgien sowie ungefähr

- 29 - zwei Jahre in Frankreich gelebt und gearbeitet. Er sei nicht verheiratet, habe keine feste Partnerschaft und keine Kinder. Seit seiner Einreise in die Schweiz habe der Beschuldigte in verschiedenen Temporärfirmen gearbeitet, von welchen er fortan als Schaler auf verschiedenen Baustellen eingesetzt worden sei. Er spreche, trotz gut vierjähriger Aufenthaltsdauer in der Schweiz, kaum Deutsch. Es liege demgegenüber keine sprachliche Barriere vor, die ihn vor einer Integration in Spanien abhalten würde. Aufgrund von Depressionen bzw. Suizidgedanken sei der Beschuldigte von November 2019 bis September 2020 arbeitsunfähig gewesen, habe Krankentaggelder bezogen und psychologische Hilfe in Anspruch genommen. Glücklicherweise habe er seine

gesundheitlichen Beschwerden hinter sich bringen können, und er plane, seine Arbeitstätigkeit baldmöglichst wieder aufzunehmen. Er habe zur Zeit der vorinstanzlichen Hauptverhandlung Schulden in der Höhe von ungefähr Fr. 4'000.– gehabt (Urk. 54 S. 29 und S. 39 ff.). 5.3. Das blieb unbestritten (vgl. Urk. 74 S. 8 f.). Zu ergänzen ist, dass der Beschuldigte sich derzeit in einer festen Partnerschaft befindet und mit seiner brasilianischen Lebenspartnerin seit ca. einem Monat in einer 1.5-Zimmerwohnung zusammenlebt (Prot. II S. 7 f., S. 13). Ferner ist hinzuzufügen, dass er von Februar 2021 bis Ende Mai/Anfang Juni 2021 wiederum bei Temporärfirmen gearbeitet, im Zeitpunkt seiner Verhaftung jedoch keine Arbeit hatte (Urk. 40 S. 5 ff.; vgl. auch Prot. II S. 8 f.). Nach seiner Haftentlassung begann er wiederum temporär als Schaler auf dem Bau zu arbeiten. Auch aktuell arbeitet der Beschuldigte immer noch temporär auf dem Bau, wobei er angibt, eine Festanstellung in Aussicht zu haben (Prot. II S. 9 und S. 14). Es ist zu anzuerkennen, dass sich der Beschuldigte um Integration auf dem Arbeitsmarkt bemüht und temporär angestellt ist. Auch ist zu berücksichtigen, dass er derzeit eine Lebenspartnerin hat, wobei nicht ausser Acht zu lassen ist, dass es sich um eine relativ frische Partnerschaft handelt und der Beschuldigte mit seiner Lebenspartnerin erst seit einem Monat in einer sehr kleinen Wohnung zusammenlebt. Insgesamt kann nicht von einem stabilen bzw. auf Dauer angelegten, beruflichen und sozialen Umfeld gesprochen werden, welches er bei einer Landesverweisung verlieren würde, was aber ohnehin – für sich genommen – nicht härtefallbegründend wäre. Eine berufliche und soziale Wiedereingliederung des Beschuldigten in seinem Heimatland Spanien ist ihm

- 30 - ohne Weiteres zuzumuten. Er hat bereits mehrmals bewiesen, dass er sich in einem neuen Umfeld zurechtfindet, lebte und arbeitete er doch mehrere Jahre in Frankreich und England und einige Monate in Belgien. Anders als in der Schweiz, ist er in Spanien sprachlich bereits bestens integriert. Den Kontakt zu seinen dort lebenden Schwestern und zu seiner Mutter hat er, wie er vor Vorinstanz aussagte, zwar nach Streitereien abgebrochen (Urk. 40 S. 8). Zu seinen beiden in der Schweiz lebenden Brüdern hatte er während der Untersuchungshaft aber ebenfalls keinen Kontakt, er erzählte ihnen aus Scham nichts von der Strafuntersuchung und der Haft, was nicht für eine vertrauensvoll gelebte Beziehung mit diesen spricht (so richtig die Vorinstanz, Urk. 54 S. 39 f.). Das Vorbringen der Verteidigung, dass der Beschuldigte den Kontakt nur abgebrochen habe, weil er nicht über das Strafverfahren habe sprechen dürfen (vgl. Urk. 74 S. 8), überzeugt nicht und vermag an der vorinstanzlichen Schlussfolgerung nichts zu ändern. Davon abgesehen wäre die Aufrechterhaltung des persönlichen Kontakts zwischen ihm und seinen beiden Brüdern ohne Weiteres in Spanien über Besuche und telefonisch bzw. über die elektronischen (sozialen) Medien möglich und zuzumuten. Gleiches hat für die Beziehung zu seiner Lebenspartnerin zu gelten. Er wohnt erst seit einem Monat mit dieser zusammen und die Beziehung erscheint – nicht zuletzt aufgrund der Aussagen des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung (vgl. Prot. II S. 13) – als nicht stark gefestigt. In der Schweiz verfügt er entsprechend nicht über speziell enge familiäre Bindungen oder vergleichbar nahe soziale Beziehungen. Der Landesverweisung stehen daher keine das normale Mass an Integration übersteigenden Bindungen des Beschuldigten in der Schweiz entgegen, und der Anspruch auf Achtung des Familienlebens ist daher bei einer Landesverweisung des Beschuldigten nicht verletzt. Dem Beschuldigten ist es zumutbar, sich in seinem Heimatland Spanien, wo seine beiden Schwestern und seine Mutter leben, eine neue Existenz aufzubauen. Dabei ist am Rande auch darauf hinzuweisen, dass es dem Beschuldigten heute gesundheitlich wieder gut geht (vgl. Prot. II S. 9). Wie die Vorinstanz

zudem richtigerweise angemerkt hat, könnte eine allfällig notwendige medizinische Behandlung des Beschuldigten in Bezug auf seine Rückenbeschwerden und seine Depressionen ebenso gut in Spanien gewährleistet werden.

- 31 - 6. Zusammengefasst bewirkt die obligatorische Landesverweisung im Sinne von Art. 66a StGB für den Beschuldigten angesichts der relativ kurzen Aufenthaltsdauer und fehlenden engen Beziehungen in der Schweiz, der kulturellen und familiären Bezüge des Beschuldigten im Herkunftsland und der intakten Chancen bei einer dortigen Wiedereingliederung keinen schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB. 7. Liegt kein Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vor, so besteht grundsätzlich auch keine Veranlassung, eine Abwägung zwischen den privaten Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz und den öffentlichen Interessen an seiner Fernhaltung vorzunehmen. Doch selbst wenn beim Beschuldigten ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegen würde, könnte eine Interessenabwägung nicht zu seinen Gunsten ausfallen.

## **E. 9**

In Bezug auf den Verwendungszweck des für B.\_\_\_\_\_ aufbewahrten Kokains ist vorderhand der Chatverlauf zwischen dem Beschuldigten und B.\_\_\_\_\_ vom 2. Juni 2021 aufschlussreich. B.\_\_\_\_\_ sandte dem Beschuldigten die Mitteilungen "Dice que nos va a traer muchos clientes", "Y que le hagas buen precio para lo suyo" sowie "Yo le dije que si nos trae a gente que compra cada semana 100-200 h g el se puede llevar lo suyo". Dies heisst unbestritten so viel wie "Er sagt, er bringe uns viele Kunden" und "Und dass sie ihm einen guten Preis für seine Sachen geben" sowie "Ich habe ihm gesagt, wenn er uns Leute bringt, die jede Woche 100-200 h g kaufen, kann er seine Sachen nehmen". Der Beschuldigte antwortete darauf mit "Ok" (Urk. 7 Anhang 3). Damit konfrontiert entgegnete der Beschuldigte, dort, wo B.\_\_\_\_\_ mit seiner Mutter gelebt habe, seien ab zu Partys veranstaltet worden. Aber er wisse es nicht genau. Er wisse nicht, weshalb B.\_\_\_\_\_ ihm so etwas geschrieben habe. Er habe keine Ahnung (Urk. 7 F108 f.). Der Vorinstanz ist zu folgen, wenn sie diesen ausweichenden und kaum schlüssigen Antworten des Beschuldigten keinen Glauben schenkt. Mit seiner Antwort bekundete er Verständnis und Einverständnis mit dem Gesagten. Die zwischen B.\_\_\_\_\_ und ihm ausgetauschten Textnachrichten über viele Kunden bzw. Käufer ("muchos clientes") und einen guten Preis ("buen precio") beziehen sich eindeutig nicht auf irgendwelche legalen "Sachen", sondern auf Betäubungsmittel und lassen in Übereinstimmung mit der Vorinstanz keinen anderen Schluss zu, als dass der Beschuldigte um eine mögliche Verkaufsabsicht in Bezug auf das Kokain von B.\_\_\_\_\_ wusste. Die Aussagen des Beschuldigten zum Eigenkonsum von

- 14 - B.\_\_\_\_\_ fallen äusserst vage aus, sind nicht konsistent und damit unglaubhaft. Während er bei der polizeilichen Einvernahme deponierte, er habe B.\_\_\_\_\_ zwar nie Kokain konsumieren gesehen, man könne das aber irgendwie wissen, es sei so eine Art Intuition, und er glaube, B.\_\_\_\_\_ habe ihm einmal gesagt, dass er konsumiere (Urk. 7 F78), hielt er vor Vorinstanz fest, B.\_\_\_\_\_ habe ihm gesagt, dass das für ihn aufbewahrte Kokain für dessen Eigenkonsum sei (Urk. 40 S. 16 f., S. 22 und S. 24). In der polizeilichen Einvernahme hatte der Beschuldigte dem gegenüber noch erklärt, er erinnere sich nicht, ob B.\_\_\_\_\_ ihm überhaupt gesagt habe, dass er für diesen Kokain aufbewahren sollte (Urk. 7 F56), und er hatte erklärt, er habe zuerst gar nicht gewusst, was es gewesen sei bzw. gedacht, es handle sich um Marihuana (Urk. 7 F7; Urk. 9 F26; Urk. 40 S. 17 und S. 22). Die Aussagen des Beschuldigten weisen somit erhebliche Ungereimtheiten auf, die sie

unglaublich machen, soweit er sich darauf beruft, das aufbewahrte Kokain sei für den Eigenkonsum von B.\_\_\_\_\_ bestimmt gewesen. Dass B.\_\_\_\_\_ dem Beschuldigten für dessen eigenen Konsum bestimmtes Kokain zur Aufbewahrung übergeben haben soll, statt es in seiner Nähe bzw. griffbereit zu haben, ist zudem als lebensfern auszuschliessen. Die aufbewahrte Menge Kokain überschritt die von Kokainkonsumenten üblicherweise für den Eigenkonsum benötigte Menge um ein Vielfaches und hatte einen ansehnlichen wirtschaftlichen Wert. Dass der Beschuldigte nach der Retournierung des zur Aufbewahrung erhaltenen Kokains an B.\_\_\_\_\_ Angst hatte und nervös wurde, weil er dachte, dieser könnte vielleicht von der Polizei erwischt worden sein und er danach fast alle Chats mit B.\_\_\_\_\_ löschte (Urk. 7 F 111 ff.), ist mit der Vorinstanz als weiteres Indiz dafür zu werten, dass er nicht von einer kleinen, bloss für den Eigenkonsum von B.\_\_\_\_\_ bestimmten Menge an Kokain ausging, hätte er doch sonst gar keinen Grund gehabt, nervös zu werden. Dem Beschuldigten war somit zumindest als Möglichkeit bewusst, dass B.\_\_\_\_\_ das Kokain verkaufen würde.

### **E. 10**

Insgesamt verdichten sich die Indizien für das Wissen des Beschuldigten über die grössere, für B.\_\_\_\_\_ aufbewahrte Kokainmenge und deren Verwendungszweck in einer Weise, die – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 74 S. 4) – keine unüberwindlichen Zweifel im Sinne von Art. 10 Abs. 3 StPO an der Erstellung des subjektiven Anklagesachverhalts bestehen lassen. Der Beschuldigte

- 15 - wusste, dass er eine grössere Menge Kokain in den Händen hielt, die nicht für den Eigenkonsum bestimmt war, und er rechnete damit, dass diese Menge nach der Art des Betäubungsmittels geeignet war, die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr zu bringen, was er in Kauf nahm. IV. 1. Die Vorinstanz hat die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Strafbarkeit nach Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 BetmG korrekt aufgeführt (Urk. 54 S. 19 ff.). Es kann mit den nachfolgenden Hervorhebungen darauf verwiesen werden. 2. Ein schwerer Fall nach Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG liegt schon dann vor, wenn sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann, also dazu geeignet ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt der Grenzwert bei der psychisch stark abhängig machenden Droge Kokain für die Annahme eines mengenmässig schweren Falls im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG bei 18 Gramm Reinsubstanz (vgl. BGE 145 IV 312 Regeste und E. 2.1.1, S. 315; BGE 109 IV 143 E. 3.b, S. 144; Urteil des Bundesgerichts 6B\_1068/2014 vom 29. September 2015, E. 1.5; OGer ZH, II. StrK., SB200328 vom 25. Mai 2021, E. IV.3.1). Richtigerweise hielt die Vorinstanz (Urk. 54 S. 21) fest, dass trotz einer qualifizierten Menge die Qualifikation als schwerer Fall einzig dort ausscheidet, wo jemand nur eine kleine Zahl von Abnehmern hat und keine konkrete Gefahr der Weiterverbreitung an eine (unbestimmte) Vielzahl von Personen besteht (vgl. BGE 120 IV 334 E. 2.b aa, S. 340 f.; Fingerhuth/Schlegel/Jucker, OFK-BetmG, 3. A., Zürich 2016, Art. 19 BetmG N 191). In subjektiver Hinsicht verlangt das Gesetz, dass der Täter um diese objektiven Umstände weiss oder darauf schliessen muss. Das zu beurteilende Delikt ist als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet, bei welchem kein Nachweis erforderlich ist, dass die Gefahr eingetreten oder vom Täter gewollt war (vgl. BGE 111 IV 31 E. 2, S. 32; BGE 118 IV 200 E. 3, S. 199 ff.; OGer ZH, II. StrK. SB200116 vom 3. Juli 2020, E. III, S. 19). 3. Der Beschuldigte war im Besitz einer qualifizierten Kokainmenge. Er hatte angesichts der grösseren Menge und der Aushändigung des Kokains zur Aufbewah-

- 16 - rung durch B.\_\_\_\_\_ keine Veranlassung anzunehmen, dass das Kokain lediglich für B.\_\_\_\_\_ selbst oder für einen eng umgrenzten Abnehmerkreis vorgesehen sein könnte. Der Beschuldigte war sich nach dem Gesagten (vorstehende Ziff. III.7. und III.9.) der Gefahr durchaus bewusst, dass mit dem aufbewahrten Kokain eine Vielzahl von Menschen in Kontakt kommen könnte, wie aus den erwähnten, mit B.\_\_\_\_\_ ausgetauschten Textnachrichten (Urk. 7 Anhang 3) hervorgeht. Es bestand demnach eine konkrete Gefahr der Weiterverbreitung der grösseren Menge der Droge durch B.\_\_\_\_\_, was den Beschuldigten nicht von der Aufbewahrung abhielt. Der Beschuldigte nahm die Menge und Gesundheitsgefährdung in Kauf, er handelte eventualvorsätzlich. Die Voraussetzungen für einen schweren Fall nach Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sind somit auch in subjektiver Hinsicht erfüllt. 4. Der Beschuldigte hat sich zusätzlich zu den rechtskräftigen Schuldsprüchen des Vergehens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG sowie der mehrfachen Übertretung im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG auch des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gemacht. V. 1. Der Beschuldigte beantragt eine mildere Bestrafung. Er sei für die – aus seiner Sicht als Vergehen zu beurteilenden – Widerhandlungen gegen das BetmG mit einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten als Gesamtstrafe sowie für die mehrfache Übertretung des BetmG mit einer Busse von lediglich Fr. 300.– (mit Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen bei schuldhafter Nichtbezahlung) unter Anrechnung der erstandenen Haft, Aufschub des Vollzuges der Freiheitsstrafe und Anordnung einer Probezeit von 2 Jahren zu bestrafen (Urk. 57 S. 2 und Urk. 74 S. 2 und S. 5 ff.; vgl. Urk. 43 S. 2 und S. 11). 2. Ein Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bis 20 Jahren bestraft, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann (Art. 19 Abs. 2 BetmG). Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG sind mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht. Wegen des mehrfachen Konsums von Kokain ist

- 17 - zusätzlich eine Busse auszusprechen (Art. 19a Ziff. 1 BetmG). Besondere Strafmilderungsgründe für die Erweiterung des Strafrahmens nach unten bestehen beim Beschuldigten nicht (so richtig die Vorinstanz; Urk. 54 S. 24 und S. 26). Innerhalb des Strafrahmens misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu (Art. 47 Abs. 1 und 2 StGB). Die Grundsätze der Strafzumessung hat die Vorinstanz ausführlich und richtig dargelegt (vgl. Urk. 54 S. 24 ff.). Darauf kann ohne Weiteres verwiesen werden. 3. Hinsichtlich der Strafzumessung bei Drogendelinquenz sind die vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 54 S. 25 f.) dahingehend zu präzisieren, dass der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung bei der Bemessung der Strafe keine vorrangige Rolle zukommen darf. Es wäre falsch, im Sinne eines Tarifs überwiegend oder gar allein auf dieses Kriterium abzustellen. Falsch wäre aber auch die Annahme, diesem Strafzumessungselement komme eine völlig un-tergeordnete oder gar keine Bedeutung zu, zumal das Doppelverwertungsverbot beim schweren Fall der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz durch die Berücksichtigung des Ausmasses des qualifizierenden Tatumstandes der Drogenmenge nicht verletzt ist (vgl. BGE 118 IV 342 E. 2.b und c, S. 347 f.). Es ist nicht nebensächlich, ob jemand mit zwanzig oder zweihundert Gramm einer gefährlichen Droge handelt. Dasselbe gilt für den Besitz. Die genaue Betäubungsmittelmenge und gegebenenfalls ihr Reinheitsgrad verlieren allerdings zunehmend an Bedeutung, je deutlicher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG überschritten ist. Die objektive Tatschwere bestimmt sich bei Drogendelikten neben der

Drogenmenge und der daraus folgenden Gesundheitsge- fährdung insbesondere nach der Art und Weise der Tatbegehung, der Willensrich- tung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und den Beweggründen. Massgebend sind dabei unter anderem die Häufigkeit und Dauer der deliktischen Handlungen, die aufgewendete persönliche Energie, das gezeigte kriminelle Engagement und die hierarchische Stellung. Daneben kommt es darauf an, wie der Täter mit der Droge in Kontakt gekommen ist und was er mit dieser gemacht hat. Auswirkungen auf die Strafzumessung hat unter Umständen auch eine allfällige Drogenabhän- gigkeit des Täters (vgl. BGE 121 IV 202 E. 2d/cc, S. 206; BGE 121 IV 193 E. 2.b aa, S. 196; Urteil des Bundesgerichts 6B\_558/2011 vom 21. November 2011,

- 18 - E. 3.3.2; OGer ZH, II. StrK., SB200328 vom 25. Mai 2021, E. V.4.1; OGer ZH, II. StrK., SB150346 vom 5. Juli 2016). 4. Aufbewahrung von Kokain für B.\_\_\_\_\_ 4.1. Hinsichtlich der objektiven Tatschwere gewichtete die Vorinstanz (Urk. 54 S. 27 f.) zutreffend, dass die Grenze zum schweren Betäubungsmittelfall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG durch die relevante Menge von 32.7 Gramm deut- lich – um mehr als die Hälfte – überschritten wurde, das Kokain zumindest teil- weise weiterverkauft oder auf andere Weise einem anderen verschafft hätte wer- den sollen, wobei der Beschuldigte allerdings nicht Teil einer Drogenhandels- Vertriebsstruktur gewesen sei, sondern B.\_\_\_\_\_ einen Gefallen getan habe. Die Tathandlung des Beschuldigten erschöpfte sich darin, das Kokain in seiner Woh- nung aufzubewahren und es B.\_\_\_\_\_ später an einer Tankstelle in Zürich wieder auszuhändigen. Er ergriff nicht die Initiative, sondern kam dem Wunsch von B.\_\_\_\_\_ nach. Die Aufbewahrung dauerte ca. zwei Wochen und damit nicht eine sehr lange Zeit. Diese Tathandlung erforderte auch weder eine genaue Planung noch besondere Anstrengungen. Das objektive Verschulden wiegt insgesamt leicht. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist dafür eine hypothetische Ein- satzstrafe von 14 Monaten angemessen. Ein Blick auf das Strafmassmodel von Fingerhuth/Schlegel/Jucker zeigt, dass diese Einsatzstrafe einem Vergleich zu anderen Urteilen in der Schweiz standhält, wird doch das Strafmass bei 18 bis 38 g Kokain mit 12 bis 15 Monaten Freiheitsstrafe angegeben, wobei für Hilfstätigkei- ten wie insbesondere Lagerung ein Abzug von bis zu 30% vorzunehmen ist (vgl. Fingerhuth/Schlegel/Jucker, OFK-BetmG, 3. Aufl. 2016, Art. 47 StGB N 45 ff.). 4.2. Anders als die Vorinstanz annimmt (Urk. 54 S. 28), lässt sich ein direkter Vorsatz in Bezug auf die mit der qualifizierten Menge an Kokain verbundene Ge- fährdung der Gesundheit von vielen Menschen nicht nachweisen. Der Beschuldig- te wusste seit dem Zeitpunkt, als er die erhaltene Tasche aufgemacht und das Kokain in den Händen hatte, dass er eine grössere Menge Reinsubstanz aufbe- wahrte, die geeignet war, die Gesundheit vieler Menschen zu gefährden. Er nahm dies in Kauf und handelte daher eventualvorsätzlich. Mangels Gegenleistung für die Aufbewahrung ist mit der Vorinstanz in subjektiver Hinsicht zu Gunsten des

- 19 - Beschuldigten davon auszugehen (Art. 10 Abs. 3 StPO), dass er primär aus Ge- fälligkeit handelte. Damit ist auch nicht erstellt, dass der Beschuldigte die Tat für die Finanzierung seines Drogenkonsums beging, und es liegt ebenfalls keine fi- nanzielle Notlage vor, welche auf eine reduzierte Entscheidungsfreiheit schliessen liesse und den Beschuldigten zum deliktischen Verhalten getrieben hätte (vgl. Art. 19 Abs. 3 lit. b BetmG). Es liegen ferner keine Anzeichen dafür vor, dass der Kokainkonsum des Beschuldigten bzw. eine allfällige Betäubungsmittelabhängig- keit im Tatzeitraum Auswirkungen auf seine Schuldfähigkeit gehabt hätte, war er doch in der Lage, das Kokain unangetastet zu lassen und erhielt dafür angeblich auch keine Belohnung. Den

Beschuldigten vermag insofern nicht zu entlasten, dass es ihm damals nicht gutging (vgl. Urk. 9 F44). Im Rahmen der subjektiven Verschuldensaspekte ist nach dem Erwogenen namentlich das eventualvorsätzliche Handeln des Beschuldigten verschuldensmindernd zu berücksichtigen, indes liegt der Eventualvorsatz derart nahe beim direkten Vorsatz, dass es sich praktisch kaum auf die Strafhöhe auswirkt. Insgesamt ist das Tatverschulden im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz als leicht zu beurteilen und die Einsatzstrafe mit der Vorinstanz im untersten Drittel des Strafrahmens bei 14 Monaten Freiheitsstrafe festzulegen. 4.3. Die Vorinstanz hat die relevanten Hinweise in den Akten und die Angaben des Beschuldigten zu seiner Person und zu seinem Vorleben richtig zusammengefasst (Urk. 54 S. 28 f.), worauf zu verweisen ist. Die Vorinstanz hat sinngemäss erwogen, die Biografie des Beschuldigten wirke sich weder erschwerend noch erleichternd aus. Das ist richtig. Dass der Vater des Beschuldigten im Frühjahr 2020 schwer erkrankte und dann verstarb, der Beschuldigte eine Rückenverletzung hatte und eine depressive Phase mit Suizidgedanken durchlief, die offenbar in seine Drogenabhängigkeit mündete, kann entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 43 S. 10 f.; Urk. 7 F27 ff.) keine weitere Strafminderung begründen. Der Beschuldigte sagte vor Vorinstanz aus, es sei eine Erleichterung gewesen, dass sein Vater gestorben sei, weil er seine Mutter nicht gut behandelt habe, und er habe bereits vor dessen Tod Depressionen gehabt (Urk. 40 S. 12). Auch wenn der Verteidigung darin zuzustimmen ist, dass der Tod des Vaters dennoch nicht spurlos am Beschuldigten vorbeigegangen sein wird (Prot. S. 13), geht es dabei

- 20 - um durchaus normale Lebensumstände und gesundheitliche Beschwerden bzw. psychische Belastungen. Aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich damit keine Besonderheiten, aus welchen sich strafmassrelevante Faktoren ableiten lassen. 4.4. Ein Geständnis muss bei der Beurteilung des Nachtatverhaltens im Rahmen der Strafzumessung zugunsten des Täters (in der Regel durch eine Strafreduktion im Bereich von einem Fünftel bis zu einem Drittel) berücksichtigt werden, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt oder der Täter dadurch zur Tataufdeckung über den eigenen Tatanteil beiträgt (vgl. BGE 121 IV 202 E. 2.d/cc, S. 206; Urteil des Bundesgerichts 6B\_473/2011 vom

### **E. 13**

Oktober 2011, E. 5.4 mit Hinweisen). Anlässlich der ersten polizeilichen Einvernahme machte der Beschuldigte zur Sache von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch (vgl. Urk. 3). Auch in der Folge legte er kein umfassendes Geständnis hinsichtlich des Aufbewahrens von Kokain für B.\_\_\_\_\_ ab. Ebenfalls liess der Beschuldigte echte Einsicht in das von ihm begangene Unrecht oder gar aufrichtige Reue vermissen. Er gab allerdings zu, die im Gutachten des Forensischen Instituts Zürich (Urk. 17/6) bestimmte, bei B.\_\_\_\_\_ sichergestellte Menge Kokain (39.1 Gramm Kokaingemisch, 32.7 Gramm reines Kokain) aufbewahrt zu haben. Insofern haben seine Aussagen doch zur Wahrheitsfindung beigetragen und die Untersuchung vereinfacht, konnte doch so eine Konfrontationseinvernahme mit B.\_\_\_\_\_ und dem Beschuldigten unterbleiben. Das Geständnis ist insofern mit einer leichten Strafreduktion von einem Monat zu berücksichtigen. 4.5. Angesichts des im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz insgesamt leichten Tatverschuldens und mit Blick auf das Geständnis ist für das Verbrechen gegen das BetmG eine Freiheitsstrafe von 13 Monaten auszusprechen. 5. Abgabe von Kokain an C.\_\_\_\_\_ 5.1. Das Verschulden des Beschuldigten hinsichtlich des Vergehens gegen das BetmG wiegt in objektiver und subjektiver Hinsicht leicht. Objektiv geht es um eine relativ

geringe Menge von 8 Gramm brutto (Reinheitsgehalt 84%), demnach

- 21 - 6.72 Gramm reines Kokain, die der Beschuldigte seinem Vermieter als Gegenleistung für die Miete der Wohnung abgab. Subjektiv liegt direkter Vorsatz vor, der Beschuldigte "bezahlte" für seine Wohnung seinem Vermieter C.\_\_\_\_\_ eine Monatsmiete in Form von Kokain, da er damals nicht über genügend Bargeld verfügte. Eine suchtbedingte Notlage kann dem Beschuldigten, wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt (Urk. 54 S. 31), auch diesbezüglich nicht zugutegehalten werden, hätte er doch andere Möglichkeiten gehabt, sich etwa Geld leihen oder um eine Stundung des Mietzinses bitten können. Die Einzel- bzw. Einsatzstrafe ist dafür in Übereinstimmung mit der Vorinstanz auf 90 Tage bzw. 90 Tagessätze festzusetzen. 5.2. Hinsichtlich des Nachtatverhaltens rechtfertigt sich (so auch die Vorinstanz) angesichts des vollständigen Geständnisses des Beschuldigten von Anfang an eine Reduktion der Einsatzstrafe um einen Drittel, mit anderen Worten um 30 Tage bzw. 30 Tagessätze. Im Übrigen ist hinsichtlich der personenbezogenen Strafzumessungsgründe auf die Erwägungen zur Aufbewahrung von Kokain zu verweisen (vgl. vorstehende Ziff. V.4.3). Es ergibt sich daher eine dem Tatverschulden und Nachtatverhalten angemessene Strafe von 60 Tagen bzw. 60 Tagessätzen. 5.3. Die Vorinstanz sprach mit Blick auf den ordentlichen Strafrahmen für das Verbrechen gegen das BetmG (Aufbewahrung von Kokain für B.\_\_\_\_\_) eine Freiheitsstrafe aus. Für das Vergehen gegen das BetmG (Abgabe von 8 Gramm Kokain-Gemisch bzw. Reinsubstanz 6.72 Gramm an seinen Vermieter C.\_\_\_\_\_) setzte sie eine Geldstrafe und für die mehrfache Übertretung richtigerweise eine Busse fest (Urk. 54 S. 26 f. und S. 48). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz rechtfertigt es sich nicht, für das Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz ebenfalls eine Freiheitsstrafe auszufällen. Die Ausfällung einer Freiheitsstrafe dafür erscheint mangels Vorstrafen (vgl. Urk. 55; Urk. 73) und aus spezialpräventiven Gründen weder erforderlich noch verhältnismässig und mit Blick auf die Zweckmässigkeit der Sanktion nicht angebracht. Es ist auf die weniger eingriffsin- tensive Sanktion der Geldstrafe zu erkennen. Es sind mithin drei nicht gleichartige Strafen für das Verbrechen, das Vergehen und die mehrfache Übertretung kumu-

- 22 - lativ auszusprechen. Die Bildung einer Gesamtstrafe fällt ausser Betracht. Der Beschuldigte ist entsprechend nebst der Freiheitsstrafe von 13 Monaten wegen Verbrechens gegen das BetmG mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen wegen Vergehens gegen das BetmG zu bestrafen. 6. Die Höhe des Tagessatzes richtet sich nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und – soweit er davon lebt – Vermögen, ferner nach seinem Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten (ohne Berücksichtigung von Schulden) und nach dem Existenzminimum (Art. 34 Abs. 2 StGB; BGE 134 IV 60 E. 6, S. 68 ff.). 7. Gemäss den Angaben des Beschuldigten verdiente er auf dem Bau im Schnitt Fr. 5'000.– pro Monat (Urk. 9 F78). Gemäss den Quellensteuerdaten betrug sein Bruttolohn im Jahr 2018 total Fr. 65'656.–, mithin rund Fr. 5'470.– pro Monat, und im Jahr 2019 Fr. 22'931.–, wobei für dieses Jahr nicht vollständig abgerechnet wurde (Urk. 20/5). Ab November 2019 erhielt er Krankentaggelder. Bei seiner Verhaftung hatte er keine Arbeitsstelle mehr (Urk. 40 S. 7 f.). Für sein Zimmer bezahlte er vor seiner Verhaftung Fr. 700.– bis Fr. 800.– Mietzins (Urk. 7 F127; Urk. 9 F82); er hatte zur Zeit der vorinstanzlichen Hauptverhandlung Schulden in der Höhe von Fr. 4'000.– (Urk. 40 S. 10). Im Berufungsverfahren reichte der Beschuldigte aktuelle Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen ins Recht, woraus sich ergibt, dass er in den letzten Monaten temporär

arbeitstätig war und in den Monaten Juni 2022 bis November 2022 durchschnittlich ein Einkommen von knapp Fr. 5'000.– erzielte (vgl. Urk. 71/1-3; Einkommen schwankend). Er erklärte anlässlich der Berufungsverhandlung, nach wie vor als Schaler auf dem Bau tätig zu sein (Prot. II S. 9). Seine Schulden würden immer noch ungefähr Fr. 4'000.– betragen, wobei er diese nun so schnell wie möglich abbezahlen wolle. Aus der Lohnabrechnung vom 24. November 2022 ist denn auch ein Abzug "Lohnpfändung BA Stadt Zürich" ersichtlich. Die Mietkosten betragen monatlich Fr. 720.–, wobei er sich diese mit seiner Lebenspartnerin teile (Prot. II S. 8 ff. und S. 14; Urk. 71/3 S. 1). Unter Berücksichtigung dieser knappen finanziellen Verhältnisse setzte die Vorinstanz den Tagessatz auf Fr. 30.– fest. Das ist, auch unter Berücksichtigung

- 23 - sichtigung der aktuellen Verhältnisse, zu bestätigen. Der Tagessatz ist selbst bei einem einkommensschwachen Straftäter, der nahe oder unter dem Existenzminimum lebt, nur in einem Masse herabzusetzen, dass die Ernsthaftigkeit der Sanktion durch den Eingriff in die gewohnte Lebensführung erkennbar ist, damit der Geldstrafe nicht bloss ein symbolischer Wert zukommt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_988/2017 vom 26. Februar 2018, E. 2.4; BGE 134 IV 60 E. 6.5.2, S. 72; BGE 135 IV 180 E. 1.4.2, S. 184 f.). Der mit der Festsetzung des Tagessatzes auf Fr. 30.– verbundene Eingriff in die gewohnte Lebensführung des Beschuldigten erscheint nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen als zumutbar. 8. Kokainkonsum und Kokainbesitz zum Eigenkonsum

#### **E. 14**

August 2019, E. 6.5.2; 6B\_659/2018 vom 20 September 2018, E. 3.4; OGer ZH, II. StrK., SB200328 vom 25. Mai 2021, E. VII.3; OGer ZH, II. StrK., SB200281 vom 30. April 2021, E. V.3.2; vgl. OGer ZH, II. StrK., SB200511 vom 28. April 2021, E. 4.3). Angesichts der erheblichen Drogendelinquenz des Beschuldigten besteht ein sein privates Interesse am Verbleib in der Schweiz überwiegendes, eminentes öffentliches Interesse an seiner Wegweisung aus der Schweiz.

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