

# ZH\_OBERGERICHT SB220154 vom 6. Juli 2023

ZH Obergericht, 2023-07-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB220154](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB220154)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB220154 du 6 juillet 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT SB220154 del 6 luglio 2023

## Erwägungen

### E. 1

Verfahrensgang

#### E. 1.1

Die Vorinstanz bestraft den Beschuldigten mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 44 Monaten unter Anrechnung des ausgestandenen Freiheitsentzugs von 391 Tagen sowie mit einer Busse von Fr. 100.–.

#### E. 1.2

Die Staatsanwaltschaft wendete sich mit ihrer Anschlussberufung gegen die Höhe der Freiheitsstrafe und beantragt eine Freiheitsstrafe von 4 2/3 Jahren (Urk. 78 S. 2). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte sie aus, einerseits müssten die Einsatzstrafe bzw. die Einzelstrafen höher ausfallen, andererseits habe die Vorinstanz bei der Täterkomponente die Vorstrafen sowie die Delinquenz während laufender Probezeit bzw. während laufendem Strafverfahren und so kurz nach der Haftentlassung zu wenig gewichtet (Urk. 124 S. 2 f.).

#### E. 1.3

Die Verteidigung führt aus, es sei eventualiter (für den Fall eines Schuldspruchs) insbesondere die positive Entwicklung des Beschuldigten seit der Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug zu berücksichtigen (Urk. 124 S. 16 f.).

- 33 -

#### E. 1.4

Die zu beurteilenden Taten beging der Beschuldigte allesamt nach dem Inkrafttreten der seit 1. Januar 2018 geltenden neuen Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Änderungen des Sanktionenrechts; AS 2016 1249), entsprechend sind sie nach neuem Recht zu beurteilen (Art. 2 Abs. 1 StGB).

#### E. 1.5

Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB und die an sie gestellten Begründungsanforderungen wiederholt dargelegt (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff. S. 59 ff. mit Hinweisen). Entsprechendes gilt für die Bildung der Einsatz- und der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips (BGE 144 IV 313 E. 1.1 S. 316 ff., 217 E. 2.2 und E. 3 S. 219 ff.; 141 IV 61 E. 6.1.2 S. 67 f.; je mit Hinweisen). Darauf sowie auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 68 S. 35 ff.) kann verwiesen werden.

#### E. 1.6

Die Bildung einer Gesamtstrafe ist nur bei gleichartigen Strafen möglich. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen, da das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Mehrere gleichartige Strafen liegen vor, wenn das Gericht im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss gleichartige Strafen ausfallen würde. Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen androhen, genügt nicht (BGE 142 IV 265 E. 2.3.2 S. 267 f.; 138 IV 120 E. 5.2 S. 122 f.; je mit Hinweisen). Wie zu zeigen sein wird (vgl. Ziff. V 2.3), sind sowohl für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz als auch für die Anstiftung zum Diebstahl, die Hehlerei, die Geldwäscherei sowie den Betrugsversuch eine Freiheitsstrafe auszufallen. Damit sind die Voraussetzungen für die Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe gegeben.

## 2. Wahl der Sanktionsart/Strafrahmen

## **E. 2**

Umfang der Berufung

### **E. 2.1**

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts). Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor Beschwerdeinstanz bzw. Berufungsgericht gestellten Anträge gutgeheissen wurden (THOMAS DOMEISEN, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Bd. II, 2. Aufl. 2014, Art. 428 N 6; YVONA GRIESSER, StPO-Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 428 N 1).

#### **E. 2.1.1**

Wer jemanden vorsätzlich zu dem von diesem verübten Verbrechen oder Vergehen bestimmt hat, wird nach der Strafandrohung, die auf den Täter Anwendung findet, bestraft (Art. 24 Abs. 1 StGB).

#### **E. 2.1.2**

Es ist erstellt, dass die Mitbeschuldigte B.\_\_\_\_\_ selbst nie auf die Idee gekommen wäre, das Portemonnaie (mit entsprechender Barschaft) von ihrem Arbeitgeber zu entwenden. Der Beschuldigte hat ihr die Tat vorgeschlagen, sie in der Folge (in emotionaler Hinsicht) dazu gedrängt und so den Entschluss zur Tatbegehung erwirkt und das Tatvorgehen gefördert. Entgegen der Verteidigung war die Einwirkung derart intensiv, dass dadurch und damit kausal der Tatentschluss bei der Mitbeschuldigten B.\_\_\_\_\_ hervorgerufen wurde (Urk. 53 S. 21, 24; Urk. 123 S. 10). Entsprechend ist der Beschuldigte der Anstiftung zum Diebstahl i.S.v. Art. 139 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 24 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen.

## **E. 2.2**

Der Beschuldigte strebte mit seiner Berufung einen Freispruch an und unterliegt im Berufungsverfahren mit seinen Anträgen praktisch vollumfänglich. Die Staatsanwaltschaft obsiegt mit ihrer Anschlussberufung im Strafpunkt teilweise und unterliegt betreffend ihrem Antrag zur längeren Landesverweisung, wobei es sich um einen Ermessensentscheid handelt. Es rechtfertigt sich, dem Beschuldigten die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die

Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten ist gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten.

- 56 -

#### **E. 2.2.1**

Die Vorinstanz qualifizierte das Verhalten des Beschuldigten nach dem begangenen Diebstahl der Mitbeschuldigten B.\_\_\_\_\_ bis zum 23. Januar 2020 als Hehlerei i.S.v. Art. 160 Ziff. 1 StGB und danach als Geldwäscherei i.S.v. Art. 305bis Ziff. 1 StGB. Sie begründet dies damit, dass das gemeinsame Verbrauchen der Barschaft mit dem Vortäter von Art. 160 StGB nicht erfasst sei (Urk. 68 S. 32 f.).

#### **E. 2.2.2**

Wer eine Sache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie ein anderer durch eine strafbare Handlung gegen das Vermögen erlangt hat, erwirbt, sich schenken lässt, zum Pfande nimmt, verheimlicht oder veräussern hilft, macht sich der Hehlerei i.S.v. Art. 160 Ziff. 1 StGB strafbar. Dabei können nur körperliche Sachen Gegenstand der Hehlerei sein. Das schliesst auch Geld in Form von Noten und Münzen mit ein (PHILIPPE WEISSENBERGER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 4. Aufl. 2019, N. 13 zu Art. 160 StGB). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann der Hehler zur Vortat angestiftet haben und ist dann ausser wegen Hehlerei auch wegen Anstiftung zur Vortat zu verfolgen und zu bestrafen. Mithin liegt echte Konkurrenz vor (BGE 98 IV 147 E. 2; BGE 70 IV 63 E. 4; BGE 73 IV 21; Urteil 6B\_619/2019 vom 11. März 2020 E. 1).

- 26 -

#### **E. 2.2.3**

Der erste Abschnitt, in welchem der Beschuldigte die durch die Mitbeschuldigte B.\_\_\_\_\_ gestohlene Barschaft an sich nahm und in seiner Wohnung versteckte, wodurch er das Auffinden des Deliktsgutes erschwerte (vgl. Urk. 29 S. 5), ist unter die Tathandlungen "erlangen" (einverständliches Erlangen der tatsächlichen Verfügungsmacht über die Sache; BGE 128 IV 23 E. 3; WEISSENBERGER, a.a.O., N. 41 zu Art. 160 StGB) und "verheimlichen" (wenigstens zeitweilige Erschwerung oder Verhinderung des Auffindens der Sache; WEISSENBERGER, a.a.O., N. 48 zu Art. 160 StGB) i.S.v. Art. 160 Ziff. 1 StGB zu subsumieren. Subjektiv handelte der Beschuldigte direktvorsätzlich. Der Beschuldigte erfüllte alle Merkmale des gesetzlichen Straftatbestands der Hehlerei objektiv und subjektiv, wobei von Handlungseinheit auszugehen ist.

#### **E. 2.2.4**

Mit dem Verbringen der verbliebenen Barschaft zur Mitbeschuldigten B.\_\_\_\_\_ wenige Tage später, wo sie diese in einem Gehäuse eines Fotoapparates versteckten, erschwerte der Beschuldigte das Auffinden der Barschaft bzw. des Deliktsgutes abermals, was er mit diesen Handlungen auch bewirken wollte (Urk. 29 S. 5 f.). Richtig ist, wenn die Vorinstanz gleichwohl von einer einfachen Tatbegehung ausgeht. Denn mit Erlangung der Verfügungsmacht über das Deliktsgut konnte der Beschuldigte diesbezüglich keine weiteren Hehlereihandlungen mehr begehen (vgl. BGE 128 IV 23 E. 3c S. 24; Urteil 6B\_1342/2015 vom 28. Oktober 2016 E. 2.3; TRECHSEL/CRAMERI, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl. 2021, N. 11 zu Art. 160 StGB).

#### **E. 2.2.5**

Der Beschuldigte ist der Hehlerei i.S.v. Art. 160 Ziff. 1 StGB schuldig zu sprechen.

### **E. 2.3**

Der amtliche Verteidiger reichte an der Berufungsverhandlung seine Honorarnote mit der Auflistung seiner Aufwendungen und Auslagen im Berufungsverfahren ein (Urk. 120). Gemäss § 17 Abs. 1 lit. b AnwGebV beträgt die Grundgebühr für die Führung eines Strafprozesses einschliesslich Vorbereitung des Parteivortrags und Teilnahme an der Hauptverhandlung vor den Bezirksgerichten in der Regel Fr. 1'000.– bis Fr. 28'000.–. Gemäss § 18 Abs. 1 AnwGebV wird die Gebühr im Berufungsverfahren grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Regeln bemessen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist es zulässig, für das Anwaltshonorar Pauschalen vorzusehen (BGE 143 IV 453 E. 2.5.1). Der Aktenumfang des vorliegenden Falles ist verhältnismässig gering, wobei im Berufungsverfahren keine wesentlichen neuen Akten produziert wurden. Sodann stellten sich keine besonders komplexen tatsächlichen und/oder rechtliche Fragen. Vor diesem Hintergrund erscheint eine pauschale Entschädigung von Fr. 8'000.– (inkl. MwSt. und Barauslagen) für das Berufungsverfahren als angemessen. Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_ ist entsprechend zu entschädigen. Es wird beschlossen:

#### **E. 2.3.1**

Der Geldwäscherei i.S.v. Art. 305bis Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiss oder annehmen muss, aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren. Dabei handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt

- 27 - (ISENRING, in: Donatsch/Heimgartner/Isenring/Weder, StGB-Kommentar, 21. Aufl. 2022, Art. 305bis N 5).

#### **E. 2.3.2**

Das durch die Mitbeschuldigte B.\_\_\_\_\_ im Rahmen des Diebstahls erbeutete Bargeld versteckte der Beschuldigte vorerst bei sich zuhause und dann – einige Tage später – in einem Fotoapparat bei der Mitbeschuldigten. Der Beschuldigte hat mithin nachweislich aus einem Verbrechen stammende Vermögenswerte versteckt und damit deren Auffinden erschwert. Überdies wurde ein Teil der Beute ausgegeben (Urk. 29 S. 5 f.). Dieser Sachverhalt kann unter Art. 305bis Ziff. 1 StGB subsumiert werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist denn auch das Verstecken von Vermögenswerten, die aus einem Verbrechen herrühren, eine Geldwäschereihandlung im Sinne des Tatbestands (BGE 119 IV 59 E. 2). Gleiches gilt für das Ausgeben der verbrecherisch erlangten Vermögenswerte (ISENRING, a.a.O., Art. 305bis N 18). Dabei handelte der Beschuldigte jeweils direktvorsätzlich.

#### **E. 2.3.3**

Entgegen der Verteidigung sind die Tatbestandsmerkmale der Geldwäscherei im Anklagesachverhalt ausreichend umschrieben (Urk. 53 S. 25), sodass keine Verletzung des Anklageprinzips vorliegt. Sodann wurde den Parteien diesbezüglich das rechtliche Gehör gewährt (Prot. I S. 52 ff.; Urk. 53 S. 25)

#### **E. 2.3.4**

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, besteht zwischen Geldwäscherei und Hehlerei echte Konkurrenz (BGE 127 IV 79 E. 2e S. 85; Urk. 68 S. 33).

### **E. 2.3.5**

Der Beschuldigte ist der Geldwäscherei im Sinne von Art. 305bis Ziff. 1 StGB schuldig zu sprechen. 3. Zu Dossier 3

### **E. 2.4**

Das schwerste Delikt im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB ist vorliegend das Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz (JÜRIG-BEAT ACKERMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, Art. 49 N 116). Das Gesetz sieht für eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG eine Strafandrohung von Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr vor, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe führen nur bei aussergewöhnlichen Umständen dazu, die Grenzen des ordentlichen Strafrahmens zu verlassen und sie nach oben oder unten zu erweitern (BGE 136 IV 55 E. 5.8 S. 63 mit Hinweisen). Dies entspricht konstanter höchstrichterlicher Rechtsprechung (anstatt vieler: BGE 142 IV 265 E. 2.4.5 S. 272 f.; Urteil 6B\_918/2020 vom 19. Januar 2021 E. 6.4.1), wobei das Bundesgericht darauf zurückzukommen scheint (BGE 148 IV 96 E. 4.8 S. 111). Im vorliegenden Fall kann die Strafe innerhalb des ordentlichen Strafrahmens (1 Jahr bis 20 Jahre Freiheitsstrafe) festgesetzt werden. Strafschärfungsgründe sind aber straf- erhöhend und Strafmilderungsgründe strafmindernd zu berücksichtigen. 3. Einsatzstrafe Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz

### **E. 2.5**

Wie den sorgfältigen Erwägungen der Vorinstanz entnommen werden kann, sind die Aussagen der Mitbeschuldigten B.\_\_\_\_\_ im Untersuchungsverfahren insgesamt detailliert, plausibel, zurückhaltend und im Kern widerspruchsfrei. Sie erklärte bereits anlässlich der ersten Einvernahme, die Feinwaage, die Socke mit dem Kokain sowie die diversen Minigrips, welche anlässlich der Hausdurchsuchung in ihrem Zimmer gefunden worden sind, gehörten dem Beschuldigten (Urk. D1/5/1 F/A 5, 10; Urk. D1/6/7 F/A 35 ff.). Auch wenn sie anlässlich der Konfrontationseinvernahme den Beschuldigten nicht mehr ausdrücklich als Eigentümer des Kokains bezeichnete, lassen ihre Aussagen nur den Schluss zu, dass sie weiterhin an ihren Belastungen festgehalten hat. Insbesondere betonte sie, dass die sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien nicht ihr gehörten und im relevanten Zeitraum nur sie und der Beschuldigte in ihrem Zimmer gewesen seien (Urk. D1/6/2 S. 4 f.). Die absurden Depositionen anlässlich der Hauptverhandlung – wonach sie den Robidogsack beim Spazieren mit ihrem Hund per Zufall gefunden und mit in ihr Zimmer genommen habe (Prot. I S. 35 ff.) – müssen mit der Vorinstanz als reine Schutzbehauptung qualifiziert werden. Es ist an dieser Stelle auch auf die schwierige Beziehung zwischen der Mitbeschuldigten B.\_\_\_\_\_ und dem Beschuldigten sowie diverse Beeinflussungsversuche seitens des Beschuldigten hinzuweisen (vgl. Urk. D1/6/8 und Urk. D1/6/2 S. 15 f., 19; Urk. D1/6/6). Diese Beeinflussungsversuche sind aktenkundig. Im Gegensatz zu den Anschwärmungen seitens des Beschuldigten. Er beschuldigt die Polizei, die Mitbeschuldigte B.\_\_\_\_\_ unter Druck gesetzt bzw. erpresst zu haben, falsche Aussagen zu machen (Urk. 122 S. 13 f., 25 f.; Urk. 123 S. 2). In welcher Form dies geschehen sein soll, wird nicht weiter konkretisiert. Auch findet sich

diesbezüglich nichts in den Akten. Der schwerwiegende Vorwurf gegenüber den Untersuchungs- behörden wurde ohne Grund erhoben. Die Aussagen der Mitbeschuldigten B.\_\_\_\_\_ betreffend die Zutrittsberechtigung- und Möglichkeit für ihr Zimmer werden denn auch gestützt von den Aussagen ihres Vaters I.\_\_\_\_\_ sowie den Zeuginnen J.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ (Urk. D1/4/2 F/A 15, 24; Urk. D1/6/4 F/A 48 f.; Urk. D1/6/9 F/A 80 f.; Urk. D1/6/11 F/A 114). Ferner ins Bild passen die Aussagen dieser Be- zugspersonen I.\_\_\_\_\_, J.\_\_\_\_\_ sowie K.\_\_\_\_\_, wonach die Mitbeschuldigte B.\_\_\_\_\_ ihnen erzählt habe, dass der Beschuldigte ihr Socken vorbei gebracht

- 17 - habe, welche sie für ihn habe aufbewahren sollen, bzw. dass der Beschuldigte das Kokain in ihrem Zimmer deponiert habe bzw. dass die deponierten Drogen dem Beschuldigten gehörten (Urk. D1/4/2 F/A 40 f.; Urk. D1/6/4 F/A 35 f.; Urk. D1/5/2 F/A 17 ff.; Urk. D1/6/9 F/A 140, 149 f.; Urk. D1/6/11 F/A 94).

### **E. 2.6**

Sodann konnte bei der Spurenprobe ab Öffnung, innen oben am verknoteten Robidogsack, in welchem das Kokain gelagert wurde, ein DNA-Mischprofil erstellt werden, bei welchem der Beschuldigte als Spurenger nicht ausgeschlossen wer- den konnte; vielmehr ist gemäss Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin Zürich die Wahrscheinlichkeit sehr gross, dass der Beschuldigte der Spurenger ist (Urk. D1/8/3). Mithin spricht auch diese Erkenntnis deutlich für die Täterschaft des Beschuldigten. Soweit die amtliche Verteidigung im Rahmen des Berufungs- verfahrens neu vorbringt, der Beschuldigte habe das Kokain in der Hand gehabt und probiert (Urk. 123 S. 6), steht dies im Widerspruch zu den Behauptungen des Beschuldigten und erklärt immer noch nicht, wie die Mischspur auf der Innenseite des Robidogsacks entstanden ist. Diese neuen Vorbringen ändern mithin nichts an der bisherigen Einschätzung dieser Erkenntnis.

### **E. 2.7**

Weiter ist erstellt, dass die beiden sichergestellten Kokainmengen die glei- che chemische Struktur aufweisen. Eine Zuordnung der beiden untersuchten Pro- ben ist entsprechend möglich (Urk. D1/9/9 S. 2; Urk. D1/9/10), womit die beiden Funde mit sehr grosser, fast an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den glei- chen Ursprung haben, was zwar – wie die Verteidigung vorbringt (Urk. 123 S. 6) – nicht beweist, wer das Betäubungsmittel ins Zimmer gebracht hat, aber im Gesamt- kontext – mit der Staatsanwaltschaft (Prot. II S. 15 f.) – ein weiteres starkes Indiz für die Täterschaft des Beschuldigten darstellt.

### **E. 2.8**

Insgesamt verbleiben somit bei einer Gesamtwürdigung der vorhandenen Beweise – insbesondere gestützt auf die glaubhaften Belastungen der Mitbeschul- digten B.\_\_\_\_\_ sowie die vorhandenen objektiven Erkenntnisse – keine ernsthaften Zweifel, dass sich der Sachverhalt so abgespielt hat, wie in der Anklage umschrie- ben. Insbesondere ist – wie die Vorinstanz zutreffend ausführt – die Darstellung des Beschuldigten, wonach eine unbekannte Drittperson oder der Vater der Mitbe- schuldigten B.\_\_\_\_\_ das Kokain in ihrem Zimmer versteckt haben soll, völlig abwe-

- 18 - gig und als reine Schutzbehauptung zu qualifizieren. Soweit der Beschuldigte so- dann ein Motiv bei der Familie der Mitbeschuldigten B.\_\_\_\_\_ sieht, die Betäubungs- mittel in ihrem Zimmer zu deponieren, um ihn loszuwerden (Urk. 122 S. 24 f.), gibt es hierzu nicht die geringsten Anhaltspunkte, und es ist absolut sinnwidrig, da sie damit

hauptsächlich eines ihrer Familienmitglieder bzw. ihre Familienmitglieder dem Vorwurf des Drogenhandels aussetzen würden. Des Weiteren ist der Vorwurf betreffend Konsum von Marihuana gestützt auf die ersten, entgegen der Verteidigung (Urk. 123 S. 3 f.) glaubhaften Zugeständnisse, dass es sich eben gerade nicht um CDB gehandelt habe (Urk. D1/4/4 F/A 50 f.), auf welche der Beschuldigte zu behaften ist, ebenfalls erstellt. Damit ist der Sachverhalt betreffend Dossier 1 im Sinne der Anklageschrift erstellt. 3.  
Anklagevorwurf und Sachverhalt gemäss Dossier 2

### **E. 3**

Formelles

#### **E. 3.1**

Bei der Beurteilung der objektiven Tatschwere ist die Drogenmenge in der Regel ein wesentliches Strafzumessungskriterium, weil sie das Gefährdungspotential und damit das Ausmass der Rechtsgutverletzung widerspiegelt. Auch der Gesetzgeber definiert den schweren Fall in Art. 19 Abs. 2 BetmG unter anderem anhand der Drogenmenge. In der Praxis kommt diesem Kriterium häufig vorrangige oder ausschlaggebende Bedeutung zu. Richtigerweise kommt der Drogenmenge als Zumessungselement bei der Strafzumessung eine gewichtige, aber keine vorrangige Bedeutung zu. Die Strafe ist demnach nicht allein nach der Menge einer Droge, sondern auch und in erster Linie nach dem Verschulden des Täters zu bemessen (Urteil 6S.59/2005 vom 2. Oktober 2006 E. 7.4 mit Hinweisen, nicht publ. in: BGE 132 IV 132). Die genaue Betäubungsmittelmenge und gegebenenfalls ihr Reinheitsgrad verlieren an Bedeutung, wenn mehrere Qualifikationsgründe ge-

- 36 -  
mäss Art. 19 Abs. 2 BetmG gegeben sind, und sie werden umso weniger wichtig, je deutlicher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG überschritten ist (BGE 121 IV 193 E. 2b/aa S. 196, 202 E. 2d/cc S. 206). Massgebend ist das Verschulden, und dieses hängt wesentlich auch davon ab, in welcher Funktion der Täter am Betäubungsmittelhandel mitwirkte. So trifft den Transporteur grundsätzlich ein geringeres Verschulden als denjenigen, der diese Betäubungsmittel verkauft oder zum Zwecke der Weiterveräußerung erwirbt (WI-PRÄCHTIGER/KELLER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, N. 100 zu Art. 47 StGB). Wesentlich ist auch die Stellung des Beschuldigten in der Hierarchie des Drogenhandels (Urteil 6B\_286/2011 vom 29. August 2011 E. 3.4.1). Jedoch kann auch derjenige, der nur Anweisungen ausführt, innerhalb eines Verteilungsnetzes eine wichtige und unabdingbare Rolle spielen, was einen erheblichen strafrechtlichen Vorwurf zu begründen vermag (BGE 135 IV 191 E. 3.4 S. 195).

##### **E. 3.1.1**

Angriffsmittel beim Betrug ist die Täuschung des Opfers. Als Täuschung gilt jedes Verhalten, das darauf gerichtet ist, bei einem andern eine von der Wirklichkeit abweichende Vorstellung hervorzurufen. Sie ist eine unrichtige Erklärung über Tatsachen, das heisst über objektiv feststehende, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände. Der Tatbestand erfordert eine arglistige Täuschung. Betrügerisches Verhalten ist strafrechtlich erst relevant, wenn der Täter mit einer gewissen Raffinesse oder Durchtriebenheit täuscht. Ob die Täuschung arglistig ist, hängt nicht davon ab, ob sie gelingt. Wenn das Opfer der Täuschung nicht erliegt, entfällt Arglist deswegen nicht notwendigerweise. Es ist dann hypothetisch zu prüfen, ob die Täuschung unter Einbezug der Selbstschutzmöglichkeiten des Opfers als nicht oder nur erschwert durchschaubar erscheint (BGE 143 IV 302 E. 1.2

mit Hinweis).

### **E. 3.1.2**

Arglist ist nach ständiger Rechtsprechung gegeben, wenn der Täter sich mehrfacher, raffiniert aufeinander abgestimmter Lügen bedient (sogenanntes Lügengebäude), durch welche sich selbst ein kritisches Opfer täuschen lässt, oder bei besonderen Machenschaften im Sinne von Inszenierungen, die durch intensive, planmässige und systematische Vorkehrungen, nicht aber notwendigerweise durch eine besondere tatsächliche oder intellektuelle Komplexität gekennzeichnet sind. Dagegen genügen einfache Lügen, plumpe Tricks oder leicht überprüfbare falsche Angaben als solche nicht. Bei einfachen falschen Angaben ist das Merkmal erfüllt, wenn deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist und wenn der Täter den Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieser die Überprüfung der Angaben auf Grund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde (BGE 143 IV 302 E. 1.3.1 S. 304; 135 IV 76 E. 5.2 S. 79 ff. mit Hinweisen). Arglist kann bei einfachen falschen Aussagen gegeben sein, wenn eine weitere Überprüfung nicht üblich ist, etwa weil sie sich im Alltag als unverhältnismässig aufwendig erweist und die konkreten Verhältnisse eine nähere Abklärung nicht nahelegen oder gar aufdrängen und dem Opfer diesbezüglich der Vorwurf der Leichtfertigkeit nicht gemacht werden kann (BGE 142 IV 153 E. 2.2.2 mit Hinweisen). Arglist scheidet aus, wenn der Getäuschte den Irrtum mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit hätte vermeiden können. Auch unter dem Gesichtspunkt der Opfer-

- 29 - mitverantwortung erfordert die Erfüllung des Tatbestands indes nicht, dass das Täuschungsoffer die grösstmögliche Sorgfalt walten lässt und alle erdenklichen Vorkehren trifft. Arglist scheidet lediglich aus, wenn der potenziell Geschädigte die grundlegendste Vorsicht nicht beachtet. Entsprechend entfällt der strafrechtliche Schutz nicht bei jeder Fahrlässigkeit des Getäuschten, sondern nur bei Leichtfertigkeit, welche das betrügerische Verhalten des Täters in den Hintergrund treten lässt (BGE 142 IV 153 E. 2.2.2 mit Hinweis).

### **E. 3.2**

Die Grenze für die Annahme eines schweren Falls gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG liegt bei 18 Gramm reinem Kokain (BGE 120 IV 334 E. 2a S. 338 f.; 119 IV 180 E. 2d S. 185 f.). Liegt die angelastete Betäubungsmittelmenge ein Vielfaches über dem Grenzwert für die Annahme eines schweren Falls, darf die Menge der umgesetzten Drogen unter Berücksichtigung der damit einhergehenden Gesundheitsgefährdung vieler Menschen bei der Strafzumessung zusätzlich straf erhöhend berücksichtigt werden. Eine Verletzung des sogenannten Doppelverwertungsverbots liegt nicht vor (Urteil 6B\_294/2010 vom 15. Juli 2010 E. 3.3.2 mit Hinweis; vgl. zum Doppelverwertungsverbot BGE 142 IV 14 E. 5.4 S. 17; 120 IV 67 E. 2b S. 71 f.; je mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Der Beschuldigte hat 48.3 Gramm Kokaingemisch (Reinheitsgehalt 94%; 45.3 Gramm reines Kokain) bei seiner Freundin in einem Robidogsack, in eine Socke eingewickelt, und eine Portion von 2.4 Gramm Kokaingemisch (Reinheitsgehalt 68%; 1.62 Gramm reines Kokain) bei sich im Zimmer aufbewahrt respektive besessen, was mehr als das Zweieinhalbfache des oben genannten Grenzwerts bedeutet. Dies ist straf erhöhend zu berücksichtigen. Zudem war seine Funktion nicht darauf beschränkt, die Betäubungsmittel

zu transportieren, sondern sie im

- 37 - Hinblick auf einen späteren Absatz zu "bunkern". Wenngleich eine hohe Stellung des Beschuldigten innerhalb der Drogenorganisation nicht erstellt ist, kann mit Blick auf die Menge und den Reinheitsgrad nicht von einer bloss untergeordneten Hierarchiestufe und einer bloss ausführenden Funktion ausgegangen werden. Er stellte ein wichtiges Bindeglied zwischen Drogenproduzenten und Drogenabnehmern dar. Zwar wird dem Beschuldigten weder ein langer Deliktszeitraum noch eine Vielzahl von einzelnen Handlungen zur Last gelegt. Gleichwohl offenbarte er eine nicht unerhebliche kriminelle Energie, indem er den grossen Block Kokain bei seiner Freundin versteckte und damit innerhalb eines Verteilnetzes einen unerlässlichen Tatbeitrag leistete. Erschwerend kommt hinzu, dass er seine Freundin zur Deliktsbegehung gebrauchte bzw. einspannte und sie entsprechend einem erhöhten Risiko aussetzte, um sich selbst aus der Schusslinie zu nehmen. Dies ist – mit der Staatsanwaltschaft (Urk. 124 S. 2) – deutlich erschwerend zu berücksichtigen. Insgesamt ist die objektive Tatschwere (unter Berücksichtigung aller denkbaren Betäubungsmitteldelikte) als leicht zu gewichten.

#### **E. 3.4**

Der Beschuldigte handelte mit direktem Vorsatz. Er wusste, dass es sich um Betäubungsmittel handelte. Er kannte die Menge, wusste vom hohen Reinheitsgrad und wollte das Kokain (versteckt in einer Socke) bei seiner Freundin lagern. Eine unverschuldete Notlage hat bei ihm nicht bestanden. Es kann keine finanzielle Notlage, welche auf eine erheblich reduzierte Entscheidungsfreiheit schliessen liesse und den Beschuldigten zum deliktischen Verhalten getrieben hätte, ausgemacht werden. Der Beschuldigte bestreitet eine Beteiligung und äusserte sich deshalb nicht zu seinen Beweggründen. Trotzdem muss davon ausgegangen werden, dass sein Motiv rein finanzieller und klar egoistischer Natur war. Beschaffungskriminalität als strafminderndes Moment fällt ausser Betracht. Damit vermögen die Elemente der subjektiven Tatkomponente die objektive Tatschwere nicht zu relativieren.

#### **E. 3.5**

Bei einer Gesamtbetrachtung wird die objektive Tatschwere durch die Elemente der subjektiven Tatkomponente nicht relativiert. Dies führt zu einem Gesamtverschulden, welches als leicht zu bezeichnen ist. Damit rechtfertigt es

- 38 - sich, die Einsatzstrafe im unteren Bereich des unteren Strafraumdrittels festzusetzen. Eine Einsatzstrafe von 17 Monaten erweist sich als angemessen.

#### **E. 3.6**

Ein Blick auf das Strafmassmodel von FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER (a.a.O., Art. 47 StGB N 37 ff.) zeigt, dass diese Einsatzstrafe einem Vergleich zu anderen Urteilen in der Schweiz standhält, zumal der Abzug (deutlich weniger als 5 Geschäfte) gegenüber dem Zuschlag (einschlägige Vorstrafen, siehe nachfolgend) weniger zu Buche schlägt. 4. Anstiftung zum Diebstahl

#### **E. 3.7**

Schliesslich strebte der Beschuldigte für sich einen unrechtmässigen Vorteil aus der angestrebten Vermögensdisposition des Kaufinteressenten an, welche diesen im gleichen Umfang schädigen sollte. Damit handelte er in Bereicherungsabsicht im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB.

### **E. 3.8**

Zusammenfassend hat der Beschuldigte mit direktem Vorsatz auf sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale sowie in Bereicherungsabsicht gehandelt. Nur dank der Aufmerksamkeit der Polizei und dem darauf folgenden Einsatz mit verdecktem Fahnder – mit welchem der Beschuldigte nicht ernsthaft rechnete – brach die vom Beschuldigten geplante und angestrebte Kausalkette nach der qualifizierten Täuschungshandlung ab.

### **E. 3.9**

Der Beschuldigte ist in Bestätigung des vorinstanzlichen Schuldspruchs des versuchten Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig zu sprechen. IV. Rückversetzung Es liegt seitens der Staatsanwaltschaft kein Antrag im Sinne von Art. 62a Abs. 1 StGB vor. Vor Vorinstanz führte sie aus, es seien in Bezug auf die Massnahme keine Anordnungen vorzunehmen (Urk. 52 S. 8). Die Vorinstanz verzichtete auf eine Rückversetzung im Sinne von Art. 62a Abs. 1 lit. a StGB (Urk. 68 S. 41 f.). Der Beschuldigte wurde am 24. April 2020 bedingt entlassen unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren (vgl. Urk. 72 S. 4). Nur wenige Tage später beging der Beschuldigte eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Der Betrugsversuch folgte im Sommer 2020. Gemäss Art. 62a Abs. 1 StGB kann

- 32 - das Gericht bei Nichtbewährung nach Anhörung der Vollzugsbehörde die Rückversetzung anordnen (lit. a), die Massnahme aufheben, und sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, eine neue Massnahme anordnen (lit. b) oder die Massnahme aufheben und, sofern die Voraussetzungen dazu erfüllt sind, den Vollzug der Freiheitsstrafe anordnen (lit. c). Mit Blick auf die deliktische Vergangenheit des Beschuldigten – er hat sich weder durch bedingt und unbedingt ausgefallte Freiheitsstrafen noch durch eine stationäre Massnahme für junge Erwachsene von weiterer schwerer Delinquenz abhalten lassen – erschiene es angebracht, eine Rückversetzung zu diskutieren. Aufgrund des Verschlechterungsverbots fällt sie indes ausser Betracht (vgl. BGE 148 IV 89 E. 4.4 S. 94 f.). Entsprechend ist von einer Rückversetzung im Sinne von Art. 62a Abs. 1 StGB in eine stationäre Massnahme für junge Erwachsene gemäss Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 21. Juni 2016 abzusehen. V. Strafzumessung 1. Anträge/Grundsätze

### **E. 4**

Verwertbarkeit In Bezug auf die Frage der Verwertbarkeit von in den Akten liegenden Einvernahmen (vgl. Urk. 49; Prot. I S. 8) kann auf die zutreffenden Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 68 S. 4 ff.). Abgesehen von den Aussagen von F.\_\_\_\_\_ – mit welchen der Beschuldigte nie konfrontiert wurde – sind die von der Verteidigung vor Vorinstanz beanstandeten Einvernahmen in den Dossiers 1, 2 und 3 verwertbar. Des Weiteren sind die Einvernahmen von G.\_\_\_\_\_

- 11 - und H.\_\_\_\_\_ in Dossier 2 mangels Konfrontation mit dem Beschuldigten ebenfalls nicht verwertbar.

### **E. 4.1**

In objektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte seine Freundin, mithin eine enge Bezugsperson, zum Diebstahl einer Barschaft von mehreren tausend Franken von ihrem Arbeitgeber angestiftet hat. Das Deliktsgut belief sich dann auf Fr. 15'000.–. Dabei nutzte er die Situation sowie die Beziehung zu seiner Freundin aus und setzte sie mit diversen Textnachrichten unter Druck, die Tat zu begehen. Insgesamt ist die objektive

Tatschwere als noch leicht zu gewich- ten.

#### **E. 4.2**

Der Beschuldigte handelte direktvorsätzlich. Es muss wiederum von einem rein finanziellen Motiv ausgegangen werden. Dabei war ihm völlig gleichgültig, dass es sich bei der Bestohlenen um den Lehrbetrieb seiner Freundin handelte und sie ihre Lehrstelle hätte verlieren können. Er erkannte die Gelegenheit, einfach eine Menge Geld zu beschaffen, und nutzte die Situation aus. Dies fällt zu seinen Un- gunsten aus und erhöht die objektive Tatschwere.

#### **E. 4.3**

Mit dem Gesamtverschulden, welches als noch leicht zu bezeichnen ist, würde sich eine Einzelstrafe von 10 Monaten rechtfertigen. In Anwendung des Asperationsprinzips ist die Einsatzstrafe um 7 Monate zu erhöhen. 5. Hehlerei

#### **E. 5**

Anlagegrundsatz Die Verteidigung führte im erstinstanzlichen Verfahren aus, dass in der Anklage ein falscher Deliktsort angegeben worden sei. Der Sachverhalt könne sich somit gar nicht so abgespielt haben, weshalb ein Freispruch zu erfolgen habe (Urk. 53 S. 21). An der Berufungsverhandlung im Rahmen der Vorfragen beantragte die Staats- anwaltschaft diesbezüglich eine Präzisierung des Deliktsorts. Dabei handelt es sich indes um keine Vorfrage im Sinne des Gesetzes (vgl. Art. 339 Abs. 2 StPO). Eine entsprechende Präzisierung auf Initiative der Staatsanwaltschaft ist sodann in der Strafprozessordnung nicht vorgesehen (vgl. Art. 329 Abs. 2 StPO), weshalb dieser Antrag abzuweisen ist. Die Rüge der Verletzung des Anklageprinzips wiederholte die Verteidigung in der Folge auch im Berufungsverfahren (Prot. II S. 13). Sie ist unbegründet. Unter dem Gesichtspunkt der Informationsfunktion des Anklage- prinzipis ist massgebend, dass die beschuldigte Person genau weiss, was ihr ange- lastet wird, damit sie ihre Verteidigungsrechte angemessen ausüben kann. Unge- nauigkeiten in den Zeitangaben sind solange nicht von entscheidender Bedeutung, als für die beschuldigte Person keine Zweifel darüber bestehen können, welches Verhalten ihr vorgeworfen wird (Urteile 6B\_997/2019 vom 8. Januar 2020 E. 2.3; 6B\_441/2013 vom 4. November 2013 E. 3.2; je mit Hinweisen). Dies ist hier be- treffend Örtlichkeit der Fall. Wie die Vorinstanz erwägt, ist in der Anklageschrift fest- gehalten, dass der vorgeworfene Sachverhalt sich am Wohnort des Beschuldigten ereignet habe. Auch wenn dabei die falsche Adresse als Deliktsort angegeben wor- den sei, sei entscheidend, dass der Beschuldigte mit seinen Aussagen gezeigt habe, dass er sich gegen den in der Anklage erhobenen Vorwurf verteidigen konnte (Urk. 68 S. 7 f.). Zudem ist die Tatzeit klar eingegrenzt. Es ist nicht erkennbar und der Beschuldigte zeigt nicht auf, inwiefern eine wirksame Verteidigung erschwert sein sollte. Eine Verletzung des Anlagegrundsatzes liegt nicht vor.

- 12 -

#### **E. 5.1**

Der Beschuldigte nahm das Deliktsgut (Barschaft von rund Fr. 15'000.–) um- gehend zu sich und versteckte es bei sich zuhause. Dabei vereitelte er auch aktiv eine mögliche Rückgabe des Deliktsguts an die Privatklägerin durch die Mitbe-

- 39 - schuldigte B.\_\_\_\_\_. Später versteckte er die verbliebene Barschaft sodann an ih- rem Wohnort im Gehäuse eines Fotoapparates. Das objektive Verschulden er- scheint als leicht.

## **E. 5.2**

Dabei handelte der Beschuldigte direktvorsätzlich und aus egoistischen Motiven. Insbesondere ist der Vorinstanz beizupflichten, dass der Beweggrund, die Beute später bei seiner Freundin zu verstecken, darin bestanden haben dürfte, nicht mit dem Diebesgut in Verbindung gebracht zu werden (Urk. 68 S. 39). Die subjektive Tatkomponente vermag die objektive keinesfalls zu relativieren.

## **E. 5.3**

Angesichts des Gesamtverschuldens, welches als leicht zu bezeichnen ist, erscheint eine Einzelstrafe von 3 Monaten als angemessen. In Nachachtung des Asperationsprinzips ist die Einsatzstrafe um 2 Monate zu erhöhen.

## **E. 6**

Geldwäscherei

### **E. 6.1**

Wie in Ziff. V 5.1 und V 5.2 festgehalten, hat der Beschuldigte die erbeutete Barschaft an verschiedenen Orten versteckt, um deren Auffinden zu erschweren. Zudem hat er das Deliktsgut teilweise für eigene Bedürfnisse verwendet.

### **E. 6.2**

Auch hier erscheint das Verschulden als leicht und die Einzelstrafe ist auf 3 Monate festzusetzen. Wiederum ist unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips die Einsatzstrafe um 2 Monate zu erhöhen.

## **E. 7**

Versuchter Betrug

### **E. 7.1**

Bei der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass das Vorgehen des Beschuldigten als professionell bezeichnet werden muss. Die Tat wurde systematisch und sorgfältig von ihm geplant. Durch den raffinierten Einsatz von Falschpersonalien, sehr gut gefälschter Ware und gefälschtem Echtheitszertifikat sowie fremdem Identitätsausweis setzte der Beschuldigte alles dran, das Geschäft als seriös darzustellen. Der Beschuldigte war der Kopf und der Drahtzieher der ganzen Operation. Er erteilte den eingespannten Personen Anweisungen. Wohlwissend um die Gefahren hat er sich nicht selber exponiert und die gefährliche Ausführungsarbeit seinem vorgeschickten Vertreter überlassen. Gesamthaft zeugt das Verhal-

- 40 - ten des Beschuldigten von einer erheblichen kriminellen Energie. Er handelte in der Vorstellung, dass er dem potenziellen Käufer die gefälschte Uhr deutlich über deren Wert – nämlich für Fr. 29'750.–, wobei er diese für den Kaufpreis von Euro 840.– erworben hatte – verkaufen würde. Dem Umstand, dass das potenzielle Betrugsopfer vorliegend ein verdeckter Fahnder war, ist im Sinne der Rechtsprechung Rechnung zu tragen. Angesichts der konkreten Umstände – der zivile Polizeifunktionär, welcher den angeblichen Käufer spielte, verhielt sich weitgehend passiv – kann sich indes der Einsatz des V-Mannes nur begrenzt auf die auszusprechende Strafe auswirken (WIPRÄCHTIGER/KELLER, a.a.O., N. 187 ff. zu Art. 47; BGE 118 IV 115 E. 2). Unter diesen Gesichtspunkten erscheint das objektive Verschulden als keinesfalls leicht.

## **E. 7.2**

In subjektiver Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte. Der Beschuldigte bestreitet ein strafrechtlich relevantes Verhalten und äusserte sich deshalb nicht zu seinen Beweggründen. Es muss davon ausgegangen werden, dass sein Motiv rein finanzieller und klar egoistischer Natur war. Die subjektive Tatkomponente vermag die objektive nicht zu relativieren.

## **E. 7.3**

Mithin wiegt das Verschulden keinesfalls leicht und für das vollendete Delikt würde eine Einzelstrafe von 16 Monaten angemessen erscheinen.

### **E. 7.3.1**

Der Beschuldigte und seine Komplizen haben zusammen alles Erforderliche für die Verwirklichung des angestrebten Erfolgs getan. Dieser ist nur ausgeblieben, weil die Polizei auf das Inserat aufmerksam gemacht wurde, die Betrugsmasche durchschaute und einen verdeckten Fahnder als angeblichen Käufer einsetzte, weshalb die Vermögensdisposition, auf welche der Beschuldigte und seine Komplizen tatkräftig hinarbeiteten, nicht vorgenommen wurde. Es liegt ein vollendeter Versuch vor. Es rechtfertigt sich deshalb, den Versuch nur leicht strafmindernd zu berücksichtigen.

### **E. 7.3.2**

Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der Tatkomponente ist eine Einzelstrafe von 14 Monaten festzusetzen.

- 41 -

## **E. 7.4**

In Anwendung des Asperationsprinzips ist die Einsatzstrafe für den versuchten Betrug um 10 Monate zu erhöhen.

## **E. 8**

Zwischenfazit Die Einsatzstrafe von 17 Monaten ist um 21 Monate zu asperieren.

## **E. 9**

Täterkomponenten

### **E. 9.1**

Die Vorinstanz hat das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten korrekt wiedergegeben. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 68 S. 40 f.). Ergänzend bzw. aktualisierend führte der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung aus, nach der Entlassung zuerst bei seiner Mutter gewohnt zu haben und dann in eine eigene Wohnung gezogen zu sein. Vor drei Monaten sei er sodann nochmals umgezogen in eine bessere und günstigere Wohnung. Als Miete zahle er monatlich Fr. 900.–. Nach der Entlassung aus der Haft verrichtete der Beschuldigte vorerst Hilfsschreinerarbeiten. Er suchte sich aber schon bald einen Job in der Gastronomie, zuerst als gelernter Koch, was ihm indes nicht zusagte. Nun arbeitet er im Gastronomiegewerbe im Service und verdient bei einem Pensum von 80 bis 100 % monatlich zwischen Fr. 4'000.– und Fr. 5'000.–. Er erhält einen 13. Monatslohn. Seine Schulden schätzt der Beschuldigte auf ca. Fr. 50'000.– (Urk. 122 S. 5 ff.).

### **E. 9.2**

Aus den persönlichen Verhältnissen ergibt sich nichts für die Straf- zumessung Relevantes. Wohlverhalten kann erwartet werden; daraus kann – wie die Staatsanwaltschaft zu Recht festhält (Prot. II S. 18) – nichts zugunsten der beschuldigten Person abgeleitet werden.

### **E. 9.3**

Der Beschuldigte weist fünf Vorstrafen auf. Er wurde mit Urteil des kantonalen Jugendgerichts Bern vom 19. Dezember 2012 wegen gewerbs- und bandenmässigem Diebstahl, Diebstahl, Raub, einfacher Körperverletzung, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch und Hinderung einer Amtshandlung zu einem Freiheitsentzug von 10 Monaten verurteilt. Am 28. Oktober 2013 verurteilte sodann die Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland den Beschuldigten wegen Diebstahl, mehrfacher einfacher Körperverletzung und Verbreitung harter Pornogra-

- 42 - fie zu einer Geldstrafe von 100 Tagessätzen zu Fr. 30.– und am 13. Januar 2014 wegen einfacher Körperverletzung zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu Fr. 30.– als Zusatzstrafe. Am 21. Juni 2016 erfolgte mit Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft die nächste Verurteilung wegen Raub, Erpressung, Hausfriedensbruch, Vergehen gegen das Waffengesetz, Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz und Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes. Es wurde eine Freiheitsstrafe von 3 Jahren sowie eine Busse von Fr. 150.– ausgefällt, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten einer stationären Massnahme für junge Erwachsene aufgeschoben wurde. Mit Urteil vom 2. Juni 2017 des Regionalgerichts Bern-Mittelland wurde der Beschuldigte schliesslich wegen Raub, einfacher Körperverletzung, Hehlerei und falscher Anschuldigung zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten als Zusatzstrafe sowie einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.– verurteilt (Urk. 72). Die teilweise einschlägigen Vorstrafen führen zu einer merklichen Erhöhung der Strafe. Ebenfalls strafe erhöhend ist die Delinquenz während laufenden Massnahmenvollzugs betreffend Anstiftung zu Diebstahl, Hehlerei und Geldwäscherei zu berücksichtigen. Deutlich strafscharfend fällt sodann die Delinquenz während laufender Probezeit ins Gewicht. Gerade einmal wenige Tage nach der bedingten Entlassung aus dem Massnahmenvollzug war der Beschuldigte im Besitz einer beträchtlichen Menge Betäubungsmittel. Ebenfalls strafe erhöhend wirkt sich die Delinquenz während laufender Strafuntersuchung betreffend den versuchten Betrug aus. Insgesamt rechtfertigt sich unter diesem Titel eine erhebliche Erhöhung der Strafe.

### **E. 9.4**

Aufgrund des Verbots des (unter anderem in Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten) Selbstbelastungszwangs ist es das prozessuale Recht des Beschuldigten, die Vorwürfe abzustreiten. Gleichzeitig kann er unter diesem Titel für sich keine Strafreduktion reklamieren.

### **E. 9.5**

Anhaltspunkte für eine erhöhte Strafempfindlichkeit sind schliesslich nicht ersichtlich.

### **E. 9.6**

Bei einer gesamthaften Betrachtung der Täterkomponente zeigt sich, dass diese eindeutig strafe erhöhend zu Buche schlägt. Insgesamt rechtfertigt sich eine erhebliche Straferhöhung aufgrund der teilweise einschlägigen Vorstrafen, der

- 43 - Delinquenz während laufendem Massnahmenvollzug sowie während laufender Probezeit um gut einen Viertel, mithin ca. 10 Monate.

## **E. 10**

Ergebnis

### **E. 10.1**

Unter Berücksichtigung aller für die Strafzumessung relevanten Kriterien erscheint eine Freiheitsstrafe von 48 Monaten angemessen.

### **E. 10.2**

Der Beschuldigte befand sich vom 29. April 2020, 15.30 Uhr, bis zum 20. Mai 2020, 15.10 Uhr, sowie vom 15. Juli 2020, 11.40 Uhr, bis zum 1. Dezember 2022 09.00 Uhr für 891 Tage in Haft bzw. im vorzeitigen Strafvollzug. Der Anrechnung dieser 891 Tage steht nichts entgegen (Art. 51 StGB), weshalb die Freiheitsstrafe in diesem Umfang als erstanden gilt.

## **E. 11**

Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes Die von der Vorinstanz ausgefallte Busse von Fr. 100.– für den Konsum von einer Portion Marihuana erscheint angemessen und das diesbezügliche Strafmass wird denn auch von keiner Seite beanstandet. Die Busse ist zu bestätigen. VI. Strafvollzug 1. Wie die Vorinstanz ausführt, fällt bei der ausgefallten Freiheitsstrafe von 48 Monaten sowohl der bedingte als auch der teilbedingte Vollzug von vornherein ausser Betracht (Art. 42 f. StGB; Urk. 68 S. 42). Die Freiheitsstrafe ist zu vollziehen. 2. Die Busse ist zu bezahlen (Art. 105 Abs. 1 StGB). Für den Fall, dass der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht bezahlt, ist praxis- gemäss eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag festzusetzen (Art. 106 Abs. 2 und 3 StGB; STEFAN HEIMGARTNER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, Art. 106 N 14). VII. Landesverweisung 1. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten für 8 Jahre des Landes verwiesen und die Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) ausgeschrieben

- 44 - (Urk. 68 S. 43 ff.). Der Beschuldigte macht geltend, es liege ein Härtefall vor, weshalb von einer Landesverweisung abzusehen sei (Urk. 53 S. 43 ff.; Urk. 73; Urk. 123 S. 18 ff.). Die Staatsanwaltschaft ihrerseits beantragt eine Landesverweisung von 11 Jahren (Urk. 52 S. 9 ff.; Urk. 78; Urk. 124 S. 1). 2. Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB sieht für Ausländer, die wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 BetmG verurteilt wurden, unabhängig von der Höhe der Strafe, die obligatorische Landesverweisung für 5-15 Jahre aus der Schweiz vor. Gemäss Art. 66a Abs. 2 Satz 1 StGB kann das Gericht 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. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB). Die obligatorische Landesverweisung wegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB greift grundsätzlich unabhängig von der konkreten Tatschwere (BGE 144 IV 332 E. 3.1.3 S. 338 f. mit Hinweis). Der Beschuldigte ist aufgrund des auszufällenden Schuldspruchs wegen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB grundsätzlich obligatorisch des Landes zu verweisen. 3. Für einen Verzicht auf die Landesverweisung gestützt auf Art. 66a Abs. 2 StGB müssen die in dieser Bestimmung erwähnten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Erforderlich ist einerseits, dass die Landesverweisung für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall

bewirken würde, und andererseits, dass die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (BGE 144 IV 332 E. 3.3 S. 339 mit Hinweisen). Das Gericht hat demnach die öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abzuwägen. Dies kann kriteriengeleitet nach der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zu-

- 45 - lassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) erfolgen. Art. 31 Abs. 1 VZAE ist indes nicht abschliessend. Da die Landesverweisung strafrechtlicher Natur ist, sind auch strafrechtliche Elemente wie die Aussichten auf soziale Wiedereingliederung des Täters in die Interessenabwägung mit einzubeziehen (BGE 144 IV 332 E. 3.3.2 S. 340 f. mit Hinweisen). Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, einschliesslich familiäre Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen. Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholten Delinquenz Rechnung zu tragen. Dabei darf das Gericht auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB begangene Straftaten berücksichtigen (Urteil 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.2.2). Art. 66a Abs. 2 StGB ist als "Kann-Vorschrift" formuliert. Dies bedeutet aber nicht, dass das Gericht frei entscheiden kann, ob es die Bestimmung zur Anwendung bringt oder nicht. Das Gericht muss von seinem Ermessen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grundsätze Gebrauch machen. Sind die Voraussetzungen von Art. 66a Abs. 2 StGB erfüllt, muss es daher nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit von einer Landesverweisung absehen (BGE 144 IV 332 E. 3.3 S. 339 f. mit Hinweisen). Von einem schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB ist in der Regel bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV und Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens auszugehen (Urteil 6B\_1070/2018 vom

#### **E. 14**

August 2019 E. 6.3.1 mit Hinweisen). Zum durch Art. 8 EMRK geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, das heisst die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. Andere familiäre Verhältnisse fallen in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Hinweise für solche Beziehungen sind das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bindungen, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person. Bei hinreichender Intensität sind auch Beziehungen zwischen nahen Verwandten

- 46 - wie Geschwistern oder Tanten und Nichten von Bedeutung, doch muss in diesem Fall zwischen der über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügenden Person und dem um die Bewilligung nachsuchenden Ausländer ein über die üblichen familiären Beziehungen bzw. emotionalen Bindungen hinausgehendes, besonderes Abhängigkeitsverhältnis bestehen (BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 12 f. mit Hinweisen). Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens gilt nicht absolut. Bei der Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK sind folgende Elemente zu beachten: (1) die Art und Schwere der begangenen Straftat und ob sie als jugendlicher oder Erwachsener verübt wurde; (2) die Aufenthaltsdauer des Betroffenen im Land; (3) die seit der Tatbegehung vergangene Zeit und das Verhalten des Ausländers während dieser; (4) die sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zum Aufnahmestaat und zum Herkunftsland; (5) der

Gesundheitszustand sowie (6) die mit der aufenthaltsbeendenden Massnahme verbundene Dauer der Fernhaltung. Keines dieser Elemente ist für sich allein ausschlaggebend. Erforderlich ist viel- mehr eine Würdigung der gesamten Umstände im Einzelfall. Art. 66a StGB ist EMRK-konform auszulegen. Die Interessenabwägung im Rahmen der Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB hat sich an der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu orientieren (BGE 145 IV 161 E. 3.4 S. 166; Urteil 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.3.3 und 6.3.4; je mit Hinweisen). 4. Der Beschuldigte hat sein Heimatland, den Irak, bereits in früher Kindheit zusammen mit seiner Familie verlassen. Er lebt seit seinem 5. Lebensjahr in der Schweiz, ist hier aufgewachsen und hat die Schulen besucht. Mittlerweile ist er mithin bereits über 20 Jahre in der Schweiz wohnhaft. Diese lange Anwesenheitsdauer in den prägenden Jahren der Kindheit und Jugend spricht für einen persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB. Ebenfalls dafür spricht die Tatsache, dass der Beschuldigte Arabisch verlernt hat und kaum in der irakischen Kultur integriert ist. Der Beschuldigte spricht sodann einwandfreies Schweizerdeutsch. Beziehungen zu seinem Heimatland sind nicht vorhanden. Ansonsten kann der Beschuldigte indessen nicht viel von seiner derzeitigen Situation für sich ableiten. Im Sommer 2020 hat der Beschuldigte seine Lehre als Koch erfolgreich abgeschlossen. Diese absolvierte er in einer geschützten Werkstatt. Seit seiner Entlas-

- 47 - sung aus der Haft im Dezember 2022 arbeitete der Beschuldigte als Hilfsschreiner und in zwei verschiedenen Restaurantbetrieben als Koch bzw. nun als Servicekraft. Im Primärarbeitsmarkt konnte er mithin bis anhin nicht richtig Fuss fassen. Angesichts dieses beruflichen Werdegangs kann – entgegen der Verteidigung (Urk. 123 S. 16 f.) – nicht von einer tatsächlich erfolgten, gefestigten beruflichen Integration des Beschuldigten gesprochen werden. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte Betreibungen im Umfang von ca. Fr. 1'125.– und Verlustscheine von Fr. 28'485.90 generiert hat (vgl. Urk. 69 S. 1). Anlässlich der Berufungsverhandlung schätzte der Beschuldigte sodann seine Schulden auf Fr. 50'000.– (Urk. 122 S. 8). Auch dies spricht gegen eine gelungene wirtschaftliche Integration. Seine familiäre Situation spricht ebenfalls nicht für einen persönlichen Härtefall. Der Beschuldigte ist ledig und hat keine Kinder. Die Liebesbeziehung zu B.\_\_\_\_\_ ging sodann diesen Spätsommer/Herbst in die Brüche (Urk. 122 S. 3). Die Eltern des Beschuldigten und seine Geschwister leben zwar ebenfalls in der Schweiz und der Beschuldigte pflegt gemäss eigenen Angaben insbesondere seit der Haftentlassung wieder einen engeren persönlichen Kontakt (Urk. 122 S. 3 f.). Eine besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehung, wie sie im Sinne der obigen Erwägungen erforderlich ist, ist indessen – entgegen der Verteidigung (Prot. II S. 22) – nicht gegeben. Im Lichte der wirtschaftlichen und persönlichen Integration und unter Berücksichtigung der familiären Bindungen kann zusammengefasst nicht von einem Härtefall gesprochen werden. Zur Beurteilung der Integration im weiteren Sinne ist – wie ausgeführt – das Sozialverhalten insgesamt zu berücksichtigen und damit auch eine frühere relevante Delinquenz (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1044/2019 vom 17. Februar 2020 E. 2.4.1 und E. 2.6). Hierzu ist anzumerken, dass der Beschuldigte sich vorliegend nicht nur des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz, sondern auch der Anstiftung zu Diebstahl, der Hehlerei, der Geldwäscherei sowie des versuchten Betrugs schuldig gemacht hat. Zudem weist der Beschuldigte fünf Vorstrafen auf, wobei diesbezüglich auf Ziff. V 9.3 verwiesen werden kann. Bereits diese Verurteilungen sprechen gegen eine gefestigte, erfolgreiche Integration des Beschuldigten in der

- 48 - Schweiz. Kommt hinzu, dass der Beschuldigte während laufendem Massnahmenvollzug seine (damalige) Freundin angestiftet hat, einen Diebstahl zulasten ihres Lehrbetriebs zu begehen, und nur wenige Tage nach der formellen Entlassung aus der Massnahme wieder im grösseren Stil mit Betäubungsmitteln hantierte. Doch selbst nachdem er deswegen wieder kurzzeitig in Untersuchungshaft war, plante er während laufender Strafuntersuchung erneut einen Betrug mit beträchtlicher krimineller Energie, welchen er auch umzusetzen versuchte. Dabei hat er sein damaliges kleines vorhandenes soziales Umfeld in sein strafbares Verhalten mit- einbezogen. All dies spricht ebenfalls deutlich gegen eine gelungene Integration. Daran ändert nichts, dass der Beschuldigte sich seit der Haftentlassung von seinem ehemaligen Kollegenkreis distanziert hat und sich ein neues kollegiales Umfeld aufbaut (Urk. 122 S. 21 f.). Von einer gefestigten, überdurchschnittlichen sozialen Integration ist der Beschuldigte weit entfernt. Die Härtefallkriterien gemäss Art. 31 Abs. 1 VZAE bzw. Art. 66a Abs. 2 StGB erfüllt der Beschuldigte somit nicht. Auch wenn aufgrund seiner langen Aufenthaltsdauer in der Schweiz und der schwierigen, aber nicht unmöglichen Wiedereingliederung in seinem Heimatland ihn die Landesverweisung einschneidend treffen wird, vermag dies keinen Härtefall zu begründen. Grundsätzlich wäre daher eine Landesverweisung gegen den Beschuldigten auszusprechen. 5. Gemäss Art. 66d Abs. 1 StGB kann die zuständige kantonale Behörde (hier das Migrationsamt des Kantons Zürich) den Vollzug der obligatorischen Landesverweisung aufschieben, wenn (lit. a) der Betroffene ein von der Schweiz anerkannter Flüchtling ist und durch die Landesverweisung sein Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder seiner politischen Anschauungen gefährdet wäre, oder wenn (lit. b) andere zwingende Bestimmungen des Völkerrechts dem Vollzug der Landesverweisung entgegenstehen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere das sogenannte Non-Refoulement-Gebot zu beachten, welches die Auslieferung, Ausweisung oder Rückschiebung einer Person in ein anderes Land verbietet, falls ernsthafte Gründe für die Annahme vorliegen, dass für die betreffende Person im Zielland ein ernsthaftes Risiko von Folter bzw. unmenschlicher Behandlung oder

- 49 - einer anderen sehr schweren Menschenrechtsverletzung besteht (vgl. Art. 3 EMRK, Art. 3 Flüchtlingskonvention, Art. 3 Anti-Folterkonvention, Art. 7 UNO-Pakt II sowie Art. 25 Abs. 2 BV). Gemäss der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat bereits das Sachgericht im Rahmen des Entscheids über die Anordnung einer Landesverweisung eine Vollzugsprognose zu treffen. Es erfolgt mithin eine zweimalige Prüfung im Rahmen der gesetzlichen Anordnungs- und Vollzugskompetenz (Urteil 6B\_50/2021 vom 8. September 2021, E. 4.6; Urteil 6B\_423/2019 vom 17. März 2020, E. 2.2.2). Eine abschliessende Beurteilung ist freilich nur möglich, wenn die unter Verhältnismässigkeitsaspekten erheblichen Verhältnisse stabil sind; bis zum späteren Vollzug eingetretene Tatsachenänderungen bleiben stets vorbehalten (BGE 145 IV 455 E. 9.4 S. 461). Somit prüft das Sachgericht die rechtliche Durchführbarkeit der Landesverweisung, soweit sie definitiv bestimmbar ist. Im Übrigen ist dem (flüchtlingsrechtlichen) Non-Refoulement-Gebot und anderen völkerrechtlich zwingenden Bestimmungen auf der Ebene des Vollzugs Rechnung zu tragen (Urteil 6B\_747/2019 vom 24. Juni 2020, E. 2.1.2; Urteil 6B\_1077/2020 vom 2. Juni 2021, E. 1.5.6; Urteil 6B\_423/2019 vom 17. März 2020, E. 2.2.2; Urteil 6B\_555/2020 vom 12. August 2021, E. 1.3.4). Bei der vom Strafgericht vorzunehmenden Prüfung ist namentlich dem Umstand Rechnung zu tragen, dass zufolge Art. 66c Abs. 2 StGB unbedingte Strafen oder Strafteile sowie freiheitsentziehende

Massnahmen vor dem Vollzug der Landesverweisung zu vollziehen sind. Da aufgrund dessen zwischen der Anordnung und dem Vollzug der Landesverweisung eine relativ lange Zeit vergehen kann, muss beachtet werden, dass sich die Umstände, welche einer Landesverweisung entgegen stehen, ändern könnten. Wenn das Strafgericht aufgrund seiner Prüfung zum Schluss gelangt, dass ein stabiler Zustand besteht, welcher sich aller Vernunft nach nicht bessern wird, muss es auf die Landesverweisung verzichten, falls sie sich als unverhältnismässig im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB erweist. Umgekehrt kann die Landesverweisung verhältnismässig erscheinen, wenn der dieser entgegen stehende Zustand vorübergehender Natur ist (Urteil 6B\_423/2019 vom 17. März 2020, E. 2.2.2). Aus dem vorstehend Gesagten folgt somit, dass das mit der Anordnung einer Landesverweisung befasste Strafgericht zwar die dieser möglicherweise ent-

- 50 - gegen stehenden Umstände beachten muss. Jedoch muss das Gericht bei Vorliegen eines solchen Umstands nicht zwingend auf die Anordnung einer Landesverweisung verzichten. Vielmehr ist konkret zu prüfen, ob sich eine Landesverweisung im Einzelfall als unverhältnismässig erweist, wobei der Verzicht nach ausdrücklichem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich die Ausnahme bleiben soll. Dabei ist zu beachten, dass sich die politische Situation im Zielland während der Dauer einer vorab zu vollziehenden Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden Massnahme massgeblich ändern kann, wobei indes in casu der Beschuldigte den grössten Teil seiner Strafe bereits abgessen hat. Würde eine Landesverweisung bei anerkannten Flüchtlingen aufgrund der zum Entscheidzeitpunkt massgebenden Situation per se als unzulässig betrachtet, hätte dies ferner zur Konsequenz, dass ein Vollzug selbst bei nachträglichem Wegfall des Rückschiebungsverbots nicht mehr möglich wäre. Es erscheint indes stossend, dass ein Ausländer, der nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich zwingend des Landes hätte verwiesen werden müssen, bleiben dürfte, obwohl zum Zeitpunkt des möglichen Vollzugs kein Hinderungsgrund mehr besteht. Ferner wäre die Anordnung von Landesverweisungen bei anerkannten Flüchtlingen praktisch nicht mehr möglich. Dies kann augenscheinlich nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein. Gleichfalls zutreffend ist schliesslich, dass primär die für den Vollzug der Landesverweisung zuständigen Behörden über das diesbezüglich notwendige Fachwissen und die nötige Erfahrung verfügen, um die entsprechenden Anordnungen zu treffen. Im Übrigen ist der völkerrechtlichen Verpflichtung des Non-Refoulement-Gebots sowie auch den Interessen des Betroffenen genüge getan, wenn diesen auf der Ebene des Vollzugs Rechnung getragen wird, solange dies notwendig ist. Für diese Sichtweise spricht nicht zuletzt die gesetzliche Systematik, die die Flüchtlingseigenschaft lediglich als Vollzugshindernis resp. als Aufschubgrund nennt (Urteil 6B\_423/2019 vom 17. März 2020, E. 2.2.2). 6. Der Beschuldigte beschränkt sich bei der Geltendmachung von ihm drohenden Gefahren in seinem Heimatland weitestgehend auf die Behauptung, sein Vater habe in der irakischen Armee gedient und sei während des Iran-Irak-Krieges von iranischen Einheiten festgenommen, verschleppt und während rund acht Jahren als Kriegsgefangener festgehalten worden. Von Mitgliedern der Al-Dawa-Partei,

- 51 - welche heute stärkste politische Kraft im Irak sei und hochrangige Regierungsmitglieder stelle, sei sein Vater gefoltert worden. Sein Vater müsse daher bei einer Rückkehr in den Irak mit einer unmittelbaren Verhaftung rechnen und befürchten, getötet zu werden. Auch er als Sohn hätte vor diesem Hintergrund bei einer Verweisung in den Irak eine menschenrechtswidrige Behandlung zu befürchten. Überdies drohe ihm gestützt auf eine

Stammesfehde die Gefahr, von den Mitgliedern des anderen Stamms getötet zu werden. Schliesslich wäre er aufgrund seiner Zugehörigkeit zur sunnitischen Minderheit im Irak einem erhöhten Risiko ausgesetzt, Opfer willkürlicher Übergriffe zu werden (Urk. 53 S. 45 f.; Urk. 123 S. 18 f.). Der Amtsbericht des SEM bzw. das Schreiben des Migrationsdienstes des Kantons Bern vom 24. September 2021 halten zusammengefasst Folgendes fest (Urk. 69; Urk. 99). Bereits im Asylentscheid vom 8. Dezember 2005 wurde ausgeführt, dass konkrete Hinweise fehlen, wonach dem Beschuldigten aufgrund seines eigenen Profils oder des Profils seines Vaters (im Sinne einer Reflexwirkung) eine Verfolgung drohen würde. Das SEM erwägt, dass aus den Asylakten des Beschuldigten und seiner Eltern keine Hinweise hervorgehen, welche zum heutigen Zeitpunkt zu einer anderen Einschätzung führen könnten. Der Vater des Beschuldigten sei nicht Mitglied der Baath-Partei gewesen, sondern habe vielmehr aufgrund einer staatlichen Verfolgung durch die Baath-Partei Asyl erhalten. Darüber hinaus habe der Beschuldigte 18 Jahre nach seiner Ausreise aus dem Irak keine Reflexverfolgung zu befürchten und sei es inzwischen zu einem Rückgang der Angriffe gegen ehemalige Anhänger des Baath-Regimes gekommen. Weiter lägen konkrete Hinweise auf Verfolgungsmassnahmen aufgrund interkonfessioneller Spannungen nicht vor. Das SEM thematisiert weiter die Clan-Fehde und hält fest, auch diesbezüglich seien aufgrund der langen Zeitdauer keine Hinweise erkennbar, dass der Beschuldigte von dieser (aus wirtschaftlichen Gründen geführten) Fehde betroffen sei. Schliesslich erweise sich eine Wegweisung auch unter Berücksichtigung der Sicherheitslage in Mosul nicht als generell unzulässig. Auf diese Einschätzungen des SEM kann das Gericht ohne Weiteres abstellen. Aus allgemeinen Berichten über die allgemeine Gefährdung von Angehörigen politisch verfolgter Personen lässt sich eine relevante Gefahr nicht ableiten. In Bezug auf die Clan-Fehde ist mit dem SEM festzuhalten, dass auch hier keine konkreten Hinweise vorliegen, dass der

- 52 - Beschuldigte – welcher im Kindesalter sein Heimatland verlassen hat – tatsächlich nach dieser langen Zeitdauer von dieser Stammesfehde betroffen sein könnte. Die Rachegefahr ist unbestimmt und in Zweifel zu ziehen. Es ist mithin nicht von einer konkreten individuellen Verfolgungssituation auszugehen. Entsprechend ist zu schliessen, dass die aktuell vorliegende Aktenlage keine Hinweise enthält, wonach eine Rückführung des Beschuldigten in sein Heimatland das flüchtlingsrechtliche oder menschenrechtliche Non-Refoulement-Gebot verletzen würde. Überdies würden die geltend gemachten Gründe die Landesverweisung nicht grundsätzlich und auf Dauer hindern, so dass die Anordnung jedenfalls im Grundsatz standhält. Es ist daran zu erinnern, dass die Vollzugsbehörde die Vollstreckbarkeit nötigenfalls anhand der aktuellen Verhältnisse nach Art. 66d Abs. 1 StGB überprüfen wird. Zusammengefasst erscheint eine Landesverweisung auch unter dem Aspekt des Non-Refoulement-Gebots als verhältnismässig und es ist ein schwerer persönlicher Härtefall zu verneinen. Es ist entsprechend eine Landesverweisung anzuordnen. 7. Da kein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt, besteht 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 (Urteil 6B\_34/2019 vom 5. September 2019 E. 2.4.3.). Lediglich der Vollständigkeit halber bleibt dennoch zu erwähnen, dass sich das Bundesgericht bei der Abwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen äussert streng gezeigt hat, wenn es um eine Landesverweisung wegen Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz geht. "Drogenhandel" führt gemäss Bundesgericht in der Regel zu einer Landesverweisung, weil die öffentlichen Interessen an der Beendigung des

Aufenthalts regel- mässig überwiegen (Urteile 6B\_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.4.1, 6B\_34/2019 vom 5. September 2019 E. 2.4.1, 6B\_1299/2019 vom 28. Januar 2020 E. 3.3, 6B\_994/2020 vom 11. Januar 2021, E. 2.1.1). So gesehen würde die Interessen- abwägung im vorliegenden Fall zum Nachteil des Beschuldigten ausfallen und einer Landesverweisung nicht entgegenstehen.

- 53 - 8. Die Vorinstanz hat eine Landesverweisung für die Dauer von 8 Jahren ange- ordnet (Urk. 68 S. 47). Die Staatsanwaltschaft ihrerseits beantragt eine Landes- verweisung für die Dauer von 11 Jahren (Urk. 52 S. 9 ff.; Urk. 78; Urk. 124 S. 1). Die Landesverweisung kann für die Dauer von 5 bis 15 Jahre ausgesprochen wer- den (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 Beschuldigten ein grosses Gewicht zukommt (ZURBRÜGG/HRUSCHKA, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, Art. 66a N 28 f.). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, rechtfertigt sich in Anbetracht der aufge- zeigten Umstände sowie der Schwere der Taten, die Dauer merklich oberhalb des Minimums anzusetzen (Urk. 68 S. 47). Die Staatsanwaltschaft weist sodann zu Recht darauf hin, dass ohne das Vorliegen der Verurteilung wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Dossier 1 gestützt auf die weiteren Tatvorwürfe gemäss Dossier 2 und 3 eine fakultative Landesverweisung im Raum gestanden hätte (Urk. 124 S. 5 f.). Dies fliesst ebenfalls in die Beurteilung der Dauer mit ein. Indes erscheint angesichts des Umstands, dass die Landesverwei- sung den hier aufgewachsenen und mit seinem Heimatland kaum verbundenen Be- schuldigten doch relativ einschneidend persönlich trifft, die von der Staatsanwalt- schaft beantragte Dauer von 11 Jahren als zu hoch. Vielmehr ist der Vorinstanz zu folgen und die Dauer der Landesverweisung auf 8 Jahre festzusetzen. 9. Die Landesverweisung ist mit Verweis auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im Schengener Informationssystem (SIS) auszuschreiben (Urk. 68 S. 47 f.). VIII. Beschlagnahmungen Angesichts der Bestätigung der Schuldsprüche sowie mit Verweis auf die vorin- stanzlichen Erwägungen (Urk. 68 S. 48 ff.) sind die diesbezüglichen erstinstanzli- chen Dispositivziffern mehrheitlich zu bestätigen. Ergänzend bzw. korrigierend ist in Bezug auf die Dispositiv-Ziffer 7 des vorinstanzlichen Urteils folgendes festzu-

- 54 - halten: Die ersten vier Gegenstände (gefaltetes Papier, blaues Papier, Tupperware, Mühle) haben offensichtlich einen Zusammenhang zu einer Straftat und sind einzuziehen. Beim Apple iPhone (A013'737'810) kann ein Deliktsskonnex bejaht werden (Urk. D1/2/1 S. 8 ff.). Ebenfalls beim iPhone A013'995'272 (Urk. D1/3/6 S. 2). Beim USB-Stick (A013'737'774) und bei einem weiteren Mobiltelefon (A013'995'307) ist ein Deliktsskonnex (soweit erkennbar) nicht gegeben. Ein Delikt- skonnex und eine konkrete Gefährdung werden nicht behauptet, weshalb eine Ein- ziehung gestützt auf Art. 69 StGB ausgeschlossen ist. Ein reines Beweismittel ist stets zurückzugeben (BOMMER/GOLDSCHMID, in: Basler StPO-Kommentar, a.a.O., N. 8 f. zu Art. 267 StPO). Die Gegenstände sind deshalb entgegen der Vorinstanz an den Beschuldigten zurückzugeben. Im Übrigen sind die Entscheide über die Beschlagnahme im Sinne der Vorinstanz zu bestätigen. IX. Anordnung der Abnahme einer DNA-Probe und Erstellung eines DNA-Profiles Mit Verweis auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz sind vorliegend die Voraussetzungen für die Erstellung eines DNA-Profiles gegeben (Urk. 68 S. 51 f.). Entsprechend ist die Abnahme einer DNA-Probe des Beschuldigten und die Er- stellung eines DNA-Profil im Sinne von Art. 5 lit. a des DNA-Profil-Gesetzes anzu- ordnen.

Der Vollzugsauftrag wird dem Forensischen Institut Zürich (FOR) erteilt. Der Beschuldigte wird verpflichtet, innert 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft des Urteils beim Forensischen Institut Zürich, Polizei- & Justizzentrum, Erkennungsdienst, Güterstrasse 33, 8010 Zürich zwecks DNA-Probenahme für die DNA-Profilerstellung zu erscheinen. Kommt er dieser Verpflichtung unentschuldigt nicht nach, wird die Kantonspolizei hiermit verpflichtet, ihn – auf entsprechende Mitteilung des Forensischen Instituts Zürich hin – zwangsweise vorzuführen. Der Beschuldigte wird auf Art. 205, 207 und 417 StPO aufmerksam gemacht. X. Zivilforderungen Nachdem der von der Privatklägerin S.\_\_\_\_\_ GmbH geltend gemachte Schaden im Umfang von Fr. 15'000.– erstellt ist und die weiteren Haftungsvoraussetzungen mit Verweis auf die Erwägungen der Vorinstanz erfüllt sind, ist der Beschuldigte zu

- 55 - verpflichten, der Privatklägerin Schadenersatz in der Höhe von Fr. 15'000.– zu bezahlen, und im Mehrbetrag ist das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin auf den Weg des Zivilprozesses zu verweisen (Urk. 68 S. 52 f.). XI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Kosten- und Entschädigungsfolgen im erstinstanzlichen Verfahren Ausgangsgemäss ist das vorinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 17 und 19) zu bestätigen. 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren

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