

ZH_OBERGERICHT SB220577 vom 31. Mai 2023

ZH Obergericht, 2023-05-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB220577

FR: ZH_OBERGERICHT SB220577 du 31 mai 2023

IT: ZH_OBERGERICHT SB220577 del 31 maggio 2023

Erwägungen

E. 1

Prozessgeschichte

E. 1.1

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 6. Juli 2022 meldete der Beschuldigte am 14. Juli 2022 Berufung an (Urk. 34). Das begründete Urteil der Vorinstanz wurde ihm am 26. Oktober 2022 zugestellt (Urk. 39), worauf er am 11. November 2022 seine Berufungserklärung einreichte (Urk. 43).

E. 1.2

Innert angesetzter Frist gemäss Art. 400 Abs. 3 lit. b StPO beantragte die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (fortan Staatsanwaltschaft) die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 47).

E. 1.3

Am 3. November 2022 und am 15. Mai 2023 wurde je ein neuer Strafregisterauszug über den Beschuldigten eingeholt (Urk. 42 und Urk. 53). Zudem wurden am 4. April 2023 die bereits im Untersuchungsverfahren beigezogenen Akten des Migrationsamtes aktualisiert (Urk. 50-52).

E. 1.4

Am 7. Dezember 2022 wurde auf den 31. Mai 2023 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 49), zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, erschienen ist (Prot. II S. 3). Der Staatsanwaltschaft war das Erscheinen freigestellt worden.

E. 2

Prozessuales

E. 2.1

Die Berufung des Beschuldigten richtet sich gegen die Dispositivziffern 1 bis 6 des erstinstanzlichen Urteils, wobei die Verteidigung anlässlich der Berufungsverhandlung den Schuldspruch und die Busse wegen mehrfacher Wiederhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG von der Berufung ausnahm (Prot. II S. 5). Die Berufung beschränkt sich somit auf den Schuldspruch betreffend die qualifizierte Wiederhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, die Aussprechung einer Freiheitsstrafe und die Anordnung einer Landesverweisung (Art. 399 Abs. 4 lit. a-c StPO). Insbesondere wird

- 6 - im Rahmen von Art. 19 BetmG eine mildere rechtliche Würdigung (Vergehen statt Verbrechen) und damit einhergehend eine tiefere Strafe sowie der Verzicht auf die Anordnung einer Landesverweisung beantragt (Urk. 43).

E. 2.2

Entsprechend ist vorab festzuhalten, dass das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich der Dispositivziffern 1 teilweise (2. Spiegelstrich, Schuldspruch betreffend die mehrfache Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG), 2 teilweise (Bestrafung mit einer Busse von Fr. 600.–), 3 teilweise (Vollzug der Busse), 4 (Ersatzfreiheitsstrafe), 7 (Vernichtung von Betäubungsmitteln und Zubehör), 8 (Verwendung von Barmitteln zur Kostendeckung), 9 (Herausgabe von Mobiltelefonen an den Beschuldigten), 10 (Absehen von einer Ersatzforderung), 11 (Kostenfestsetzung) und 12 (Kostenregelung) in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. BSK StPO-EUGSTER, 2. Aufl. 2014, Art. 402 N 1 f.).

E. 3

Sachverhalt

E. 3.1

Es ist am Staat, einem Beschuldigten ein strafbares Verhalten rechtsgenügend nachzuweisen, sprich derart zu beweisen, dass an seiner Täterschaft keine vernünftigen Zweifel verbleiben (Art. 10 StPO). Dies kann anhand von Personalbeweisen (Aussagen des Beschuldigten und allfälliger weiterer Personen, vgl. Art. 157 ff. StPO) oder von Sachbeweisen (vgl. Art. 192 ff. StPO) geschehen, wobei unter Umständen auch ein reiner Indizienbeweis genügen kann (vgl. auch die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu den Grundsätzen der Beweiswürdigung in Urk. 40 S. 6 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 3.2

Der Beschuldigte, der den Anklagesachverhalt am 2. Februar 2022 bei der Polizei und am 16. Februar 2022 im Rahmen der staatsanwaltschaftlichen Schlusseinvernahme noch uneingeschränkt als zutreffend erklärt hatte (Urk. 2/3 S. 7 ff., S. 9 und Urk. 2/4 S. 5), machte vor Vorinstanz plötzlich geltend, er habe bei der letzten Befragung (bei der Staatsanwaltschaft) ein Durcheinander gemacht hinsichtlich der Menge der verkauften Drogen. Er habe nicht 37 Gramm dieses Gemisches verkauft, sondern 20 Gramm. Er habe damals geantwortet ohne nachzudenken, um die Befragung schnellstmöglich zu beenden. Anschliessend habe er sich hingesezt und darüber nachgedacht, dass es nicht richtig sei, - 7 - für etwas bestraft zu werden, das er in der Grössenordnung nicht gemacht habe. Auf 20 Gramm sei er gekommen, indem er dies für sich gedanklich im Kopf berechne. Er habe berechnet, wie vielen Leuten er verkauft habe. Anhand dieser Personen seien es nicht mehr als 20 Gramm gewesen. Er habe es berechnet anhand der Menge, die er genommen habe, er habe total 20 Gramm mittels vier Käufen à jeweils fünf Gramm gekauft. Daran, wann diese Käufe gewesen seien, erinnere er sich nicht (Prot. I S. 19 ff.). Heute äusserte sich der Beschuldigte lediglich zu seinem Eigenkonsum und verweigerte im Übrigen die Aussage zur Sache (Urk. 55 S. 7 ff.).

E. 3.3

Mithin ist unbestritten, dass er seinen Freiern über einen Zeitraum von ca. 13 Monaten auch Kokain von durchschnittlich 58 %-Reinheitsgehalt verkaufte, jedoch ist das konkrete

Ausmass der Verkäufe bzw. die Gesamtdrogenmenge be- weismässig zu erstellen, wozu nebst seinen eigenen Aussagen vor allem auf die vorliegenden Chat-Verläufe mit Kunden (Urk. 2/3 Anhänge, Urk. 1/5) abzustellen ist. Hinsichtlich seiner eigenen Aussagen ist dabei festzuhalten, dass zwar keine grundsätzliche Einschränkung der allgemeinen Glaubwürdigkeit des Beschuldig- ten erkennbar ist, er aufgrund der ihm drohenden Landesverweisung aber jeden- falls ein grosses Interesse daran hat, die Summe der eingestanden Verkäufe möglichst tief zu halten. Entsprechend mit Vorsicht sind seine Einlassungen zu würdigen.

E. 3.4

In seiner ersten Einvernahme gab der Beschuldigte nach anfänglichem Leugnen recht freimütig zu, vielleicht seit ca. 1.5 Jahren wöchentlich ein bis zwei Kunden Kokain verkauft zu haben. Allerdings konnte er die daraus resultierenden Berechnungen (dass er somit insgesamt zwischen 50 bis 100 Gramm verkauft habe) dann nicht anerkennen (Urk. 2/1 S. 6 ff.), weshalb die Strafbehörden auf diese wenig konkreten Zugaben in der Folge auch nicht abstellte. Sodann wurde dem Beschuldigten in der zweiten polizeilichen Einvernahme vom 2. Februar 2022 (Urk. 2/3) – nachdem insbesondere die WhatsApp-Chats auf seinem beruflich genutzten Mobiltelefon ausgewertet worden waren – zunächst im Rahmen offen formulierter Fragen Gelegenheit gegeben, von sich aus Angaben zu seiner Berufstätigkeit in der Prostitution und zum damit einhergehenden

- 8 - Kokainverkauf zu machen, worauf er seine vormaligen Zugaben insbesondere zeitlich deutlich relativierte und davon sprach, an zehn bis elf Kunden Kokain ver- kauft zu haben, wobei er insgesamt zwischen 20 und 25 Gramm an Klienten ab- gegeben habe. In diesem Zusammenhang nannte er bereits einige Kundennamen und erklärte weiter, er habe das Kokain jeweils in B._____ bei immer der gleichen Person geholt. Maximal ein oder zweimal habe er es auch von seinem Partner C._____ bezogen. Er habe jeweils Fr. 300.– für fünf Säckchen à 1 Gramm bezahlt und pro verkauftes Gramm Fr. 40.– Gewinn gemacht. Nach Einsichtnahme in sein eigenes Mobiltelefon bezeichnete er konkret zehn Kontakte als Drogenabnehmer, bei einem weiteren war er sich nicht sicher, ob es zu einem Verkauf gekommen war. Zu den zehn Abnehmern nannte er sodann die Anzahl mit diesen getätigter Kokainverkäufe (total zwischen 15 bis 18 Gramm) und ergänzte, allenfalls seien es noch ein bis zwei Abnehmer mehr gewesen. Auf kritisches Nachfragen und Konfrontation mit einigen vom Beschuldigten geführten WhatsApp-Chats gestand er sodann weitere Drogenverkäufe an die genannten oder zusätzliche Kunden und schlussendlich den konkreten, im Einzelnen nicht auf die Kunden aufgeschlüsselten Vorhalt, seit November 2020 mindestens 37 Gramm Kokaingemisch an elf Kunden (sowie am 25. November 2021 ein Gramm an den verdeckten Fahnder) verkauft zu haben, ein (a.a.O. S. 1 ff., S. 9). Dieses so im Detail erarbeitete Ergebnis bestätigte er auch im Rahmen der zwei Wochen später nachfolgenden staatsanwaltschaftlichen Schlusseinvernahme in Anwesenheit seines Verteidigers ausdrücklich und erklärte überdies zu Beginn der Einvernahme explizit, seine früheren Aussagen weder korrigieren noch ergänzen zu wollen (Urk. 2/4 S. 2 f. und S. 5, insb. S. 3: "... ich bin mir schon sicher, dass es diese 37 Gramm sind."). Auch das Analyseergebnis der am 25. November 2021 sichergestellten Kokainportion von 58 % Reinheitsgrad lag bei beiden späteren Einvernahmen bereits vor, wurde ihm vorgehalten und war ihm und der Verteidigung entsprechend bekannt (vgl. den Vorhalt in der Schlusseinvernahme, dass insgesamt 22.04 Gramm reines Kokain übernommen und verkauft worden seien, Urk. 2/4 S. 4). Dieses umfassende Geständnis führte dazu, dass der

polizeiliche Sachbearbeiter sowie die fallführende Staatsanwältin ihm – praxisgemäss – die verschiedenen Chats, auf welchen ihre Berechnung der

- 9 - mindestens verkauften Kokainmenge basierte, nicht mehr im Einzelnen vorhielten (vgl. Urk. 1/2 S. 4 f. und Urk. 2/4 passim). Indessen lagen die Chats, extrahiert auf DVD bzw. teilweise auch ausgedruckt (Urk. 1/5 und Urk. 2/2 Anhänge 3, 5 und 7) jederzeit den Akten bei und wurden vor der erstinstanzlichen Verhandlung, zusammen mit dem Nachtragsrapport von Feldweibel D._____, worin dieser seine einschlägigen Berechnungen unter Hinweis auf die jeweiligen Beweismittel aktenkundig machte (Urk. 1/2 S. 4 f.), auch der Verteidigung zugänglich gemacht (Urk. 11/9-10). Mithin wusste der Beschuldigte im Zeitpunkt seiner, die früheren Zugaben stark relativierenden Aussagen vor Vorinstanz genau, welche Beweismittel bei den Akten lagen und damit dem Gericht für die Beweiswürdigung bzw. Sachverhaltserstellung zur Verfügung standen. Dies zeigt sich auch exemplarisch darin, dass die Verteidigung sich vor Vorinstanz zumindest pauschal zu diesen Chats äusserte, sie mithin um deren Existenz in den Akten wusste (Urk. 26 S. 10 f.).

E. 3.5

Mit der Vorinstanz sind die neu vorgebrachten Einwände und Relativierungen als ungläubhafte und durch die Angst vor einer Landesverweisung motivierte Schutzbehauptungen anzusehen (Urk. 40 S. 10 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Wie vorher detailliert dargelegt, wurde der Beschuldigte weder mit dem pauschalen Vorhalt, 37 Gramm gehandelt zu haben, überrumpelt, noch wurde ihm die Gelegenheit versagt, seine eigene Sicht und Einschätzung vorzubringen. Seine bereits bei der Polizei zunächst geäusserte Meinung, nur 20 - 25 Gramm Kokaingemisch gehandelt zu haben, revidierte er vielmehr nach Einsicht in die Chats und Konfrontation mit den Ermittlungsergebnissen, welche er mehrheitlich anerkannte, was dazu führte, dass er in der Folge auch den Vorhalt, mit mindestens 37 Gramm (exklusive dem Verkauf an den verdeckten Fahnder) gehandelt zu haben, explizit anerkennen konnte. Sodann bestätigte er dies zwei Wochen später nochmals ausdrücklich und aus Überzeugung. Bei beiden Einvernahmen war im Übrigen die Verteidigung anwesend, welche jedoch zu keiner Zeit geltend machte, der Beschuldigte werde trotz fehlendem Beweisfundament zu einem Geständnis gedrängt. Kommt hinzu, dass der Beschuldigte vor Vorinstanz auf Nachfrage nicht nachvollziehbar darlegen konnte, wie er auf exakt bzw. maximal 20 Gramm verkauftes Gemisch kommt. Seine

- 10 - Erklärungsversuche blieben vielmehr pauschal und vage und hinterlassen den Eindruck, dass nicht sein kann, was nicht sein darf. Weder konnte der Beschuldigte Details zu den einzelnen Verkaufsvorgängen nennen, noch wirkt die Angabe zu den von ihm vorab getätigten Käufen authentisch. Wenn er geltend macht, er sei sicher, dass er (über ein ganzes Jahr verteilt nur) genau vier Käufe à jeweils fünf Gramm durchgeführt habe, bleibt unerfindlich, weshalb alle weiteren Details nicht erinnerlich sein sollen und wieso er dies nicht schon früher so geltend machte. Unerklärt bleibt dabei auch, wann und wie er sich bei dieser Sachlage noch für den eingestandenen, nicht unerheblichen Eigenkonsum (wöchentlich zwei bis drei Mal jeweils ein bis zwei Linien) eingedeckt hätte. Mit pro Kauf angeblich geschenkt erhaltenen 0.5 Gramm (vgl. Prot. I S. 23, total somit zwei Gramm, verteilt über ein Jahr) konnte er diesen jedenfalls bei weitem nicht decken. Heute erklärte er hierzu dann auch, das Kokain für den Konsum jeweils auf der Strasse gekauft zu haben (Urk. 55 S. 9) was seine Angaben vor Vorinstanz deutlich relativiert. Bereits aus diesem Grund wäre der Beschuldigte auf seinen früheren Zugaben zu behaften bzw. sind jene – anders als die neuen Vorbringen – aufgrund der weiteren Beweismittel als glaubhaft zu

würdigen. Diese Einschätzung bestätigte sich denn auch, als die Vorinstanz den Sachverhalt anhand der Chatprotokolle detail- liert rekonstruierte. Ihre diesbezügliche Analyse (Urk. 40 S. 12 ff.) ist sorgfältig, nachvollziehbar und überzeugend, weshalb darauf – mit nachfolgender Ergän- zung – ohne Einschränkung verwiesen werden kann. Basierend darauf ist somit bereits erstellt, dass der Beschuldigte jedenfalls 33 Gramm Kokaingemisch an 12 verschiedene Abnehmer (sowie zusätzlich ein Gramm an den verdeckten Fahnder, total somit 34 Gramm) verkauft hat (Urk. 40 S. 23 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Wenn die Verteidigung betreffend den vorgeworfenen Betäubungsmittelhandel mit "E._____" eine Verwechslung geltend macht (Urk. 56 S. 8), vermag dies mit Blick auf das Zustandekommen des diesbezüglichen Geständnisses des Beschuldigten nicht zu überzeugen; dieser ging die Kontaktliste seines Mobiltelefons in der frag- lichen Einvernahme durch und bezeichnete die Kontakte, die bei ihm Kokain be-

- 11 - zogen hatten, wobei er zwischen "E._____" und "F._____" differenzierte und un- terschiedliche Angaben hinsichtlich der Anzahl Bezüge machte (vgl. Urk. 2/3 S. 7). Ohnehin liegt eine Verwechslung schon deshalb fern, weil sich die Bezeich- nungen der fraglichen Kontakte sich deutlich voneinander unterscheiden ("E._____", "F._____" und "G._____"). Schliesslich gestand der Beschuldigte den Handel mit "E._____" nicht auf Vorhalt der Chats, sondern auf eigene Initiative (vgl. Urk. 2/3 S. 7), weshalb er aus einem unterbliebenen Vorhalt des Chats mit "E._____" nichts zu seinen Gunsten herzuleiten vermöchte. Einzig wo die Vorinstanz auf eine Würdigung vorhandener Beweismittel (Chatver- läufe mit den Kontakten "H._____", "I._____", "J._____", "K._____" und "L._____") von vornherein verzichtet hat, da der Beschuldigte damit im Untersu- chungsverfahren – nach Anerkennung der ihm vorgeworfenen Gesamtdrogen- menge – nicht (mehr) konkret konfrontiert wurde (Urk. 40 S. 12 f.) bzw. das Be- weisergebnis nur teilweise berücksichtigt hat (betreffend die aufgrund des Chat- verlaufs mit dem Kontakt "M._____" erstellte Drogenmenge, vgl. Urk. 40 S. 22), ist dies vorliegend nachzuholen. Denn das Gericht hat sämtliche formell verwert- baren Beweismittel frei zu würdigen und sich nicht von vornherein einzuschränken (Art. 10 Abs. 2 StPO; Zürcher Kommentar StPO-WOHLERS, 3. Aufl., Art. 10 N 29). Kommt hinzu, dass dem Beschuldigten und der Verteidigung – wie bereits er- wähnt – diese Beweismittel und deren Signifikanz aufgrund der gewährten unbe- schränkten Akteneinsicht vor der Hauptverhandlung bekannt waren und sie dem Beschuldigten zudem anlässlich der Berufungsverhandlung auch explizit vorge- halten worden sind (Urk. 54 in Verbindung mit Urk. 55 S. 10), womit das rechtliche Gehör unter allen Aspekten gewahrt ist. Wie bereits die Vorinstanz überzeugend dargelegt hat, wurde in den Chats jeweils codiert über Kokain gesprochen. Jedoch ist aus dem Zusammenhang unzweifel- haft, dass nicht nur das vom Beschuldigten als Codewort anerkannte "Party" (Urk. 2/2 S. 3 und Urk. 2/3 S. 7) bzw. Codezeichen "Schneeflocken-Emoji" (Urk. 2/3 S. 7), sondern auch der Begriff "Drinks" bzw. "Getränk" für Kokain stan- den (vgl. Urk. 40 S. 12; Art. 82 Abs. 4 StPO).

- 12 - Aufgrund des WhatsApp-Chats zwischen dem Beschuldigten und dem Kontakt "K._____" vom 25. November 2020 ist davon auszugehen, dass er diesem zwei Gramm Kokaingemisch verkaufte. So fragte der Kontakt zunächst konkret, "Have for party?", was der Beschuldigte bejahte. Der Kontakt erklärte weiter, er "Komme jetzt schnell holen [Schnellflocken-Emoji]". Sodann einigten sie sich auf einen Preis von Fr. 220.– für zwei Portionen. Kurz darauf teilt der Kontakt mit, dass er nun da sei und später fragt der Beschuldigte nach, ob es "gut drink?" ge- wesen sei (Urk. 1/5 bzw. Urk. 54/5 K._____,

Excel # 9 bis 41). Weiter lässt sich aus dem WhatsApp-Chat zwischen dem Beschuldigten und dem Kontakt "L._____" vom 28. November 2020 ablesen, dass er diesem an jenem Tag ein Gramm für Fr. 100.– verkaufte. Nach Abschluss der konkreten Absprache meldete der Kontakt zur verabredeten Zeit "Bin da", woraus zu schliessen ist, dass der Verkauf wie verabredet über die Bühne ging (Urk. 1/5 = Urk. 54/6 L._____, Excel # 22 bis 51). Bei beiden Gelegenheiten erfolgten die Verkäufe, ohne dass die Kunden gleichzeitig sexuelle Dienstleistungen in Anspruch genommen haben. Nicht eindeutig sind demgegenüber die WhatsApp-Chats zwischen dem Beschuldigten und den Kontakten "H._____", "I._____" und "J._____" (Urk. 1/5 = Urk. 54/1-3), da zwar über Kokain geschrieben wird, aber nicht zweifelsfrei geschlossen werden kann, dass es nachfolgend auch tatsächlich zu einem Verkauf kam, weshalb daraus zulasten des Beschuldigten nichts abgeleitet werden kann. Insgesamt lässt sich aus den bisher gar nicht konfrontierten Kontakten ein zusätzlicher Verkauf von drei Gramm Kokaingemisch ableiten. Des Weiteren ist dem Beschuldigten auch die Gesamtmenge der gemäss erstinstanzlicher Sachverhaltswürdigung erstellten Drogenverkäufe an "M._____" (vgl. Urk. 40 S. 21 f.) von fünf (statt bloss drei) Gramm anzurechnen, womit vorliegend insgesamt (mit dem Verkauf an den verdeckten Fahnder) Verkäufe über 39 Gramm Kokaingemisch und damit der Anklagevorwurf von "mindestens" 37 Gramm Kokaingemisch an "mindestens" elf verschiedene Abnehmer (sowie zusätzlich ein Gramm an den verdeckten Fahnder) vollumfänglich als erstellt anzusehen ist. Zu Gunsten des Beschuldigten ist sodann – mit der Vorinstanz – davon auszugehen, dass sämtliche verkaufte Drogen in ihrem Reinheitsgehalt der am

- 13 - 25. November 2021 sichergestellten (unterdurchschnittlichen) Qualität von 58 % entsprachen (vgl. hierzu auch die Vorinstanz in Urk. 40 S. 24).

E. 4

Rechtliche Würdigung

E. 4.1

Bei den in Art. 19 Abs. 1 BetmG umschriebenen verschiedenen Tatvarianten handelt es sich jeweils um selbständige Tathandlungen. Aufgrund der sehr detaillierten Aufzählung der verschiedenen möglichen Tathandlungen kann es dazu kommen, dass sich im Einzelfall mehrere dieser Begehungsformen decken oder überschneiden können. Die innerhalb eines Tatrahmens aufeinanderfolgenden Teilhandlungen stellen indessen nicht eine Mehrzahl von Delikten dar. Vielmehr handelt es sich dabei um eine strafbare Handlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, wobei die einzelnen Tathandlungen straflose Vortaten bzw. Nachtat sind. Es darf keine Doppelbestrafung für verschiedene Handlungen mit denselben, bestimmt umgrenzten Betäubungsmitteln geben. Gemäss herrschender Lehre stehen die verschiedenen Tatbestandsvarianten von Art. 19 Abs. 1 BetmG bei Tateinheit grundsätzlich nicht im Verhältnis echter Konkurrenz zueinander, da es sich um verschiedene Angriffe oder Angriffsstadien auf das gleiche Rechtsgut handelt. Entsprechend erfolgt keine Strafschärfung wegen Konkurrenz. Praxisgemäss kann gar auf eine Konkurrenzausscheidung verzichtet werden, indem alle erfüllten Tatbestandsvarianten ins Urteil aufgenommen werden (vgl. zum Ganzen: HUG-BEELI, BetmG-Komm, Art. 19 N 9 ff. sowie N 163 ff.; OFK/BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, 4. Aufl., BetmG 19 N 157 am Ende).

E. 4.2

Der Beschuldigte bot einer grösseren Anzahl an Freiern über den Zeitraum von knapp 13 Monaten im Sinne eines eigentlichen Geschäftsmodells und damit getragen von einheitlichem Tatentschluss und Gesamtvorsatz – ohne zeitliche Zäsur – vorsätzlich Sex samt Kokain (manchmal allerdings auch nur Kokain) an, wobei er insgesamt mindestens 22.04 Gramm reines Kokain (mindestens 38 Gramm Kokaingemisch brutto) verkaufte (und entsprechend vorher erworben und besessen hatte). Erst seine Verhaftung setzte dem eine Ende. Damit überschritt er die Schwelle zum qualifizierten Fall, welche bei Kokain gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ab dem Handel mit 18 Gramm reinem Stoff erreicht

- 14 - ist (BGE 145 IV 312 E. 2.1.3 = Pra 109 Nr. 42, BGE 109 IV 143 E. 3b = Pra 72 Nr. 273). Entsprechend ist der Beschuldigte – da Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe fehlen – des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von dessen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d in Verbindung mit Abs. 2 lit. a schuldig zu sprechen.

E. 5

Strafzumessung und Vollzug

E. 5.1

Hinsichtlich den bei der Strafzumessung zu berücksichtigenden Grundsätzen kann auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 40 S. 27 ff.; vgl. auch Art. 47 StGB).

E. 5.2

Art. 19 Abs. 2 BetmG setzt die Sanktion für qualifizierte Betäubungsmitteldelikte auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 20 Jahren fest, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann. Die von der Verteidigung vorgebrachten Einwände allgemeiner Natur gegen Mindeststrafen sind als systemimmanent hinzunehmen (vgl. Urk. 56 S. 4). Im Berufungsverfahren ist zusätzlich das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO zu berücksichtigen, gemäss welchem die erstinstanzlich ausgefallte Freiheitsstrafe von 12 Monaten nicht erhöht werden darf. Aus dem gleichen Grund ist vorliegend auch die zusätzliche Ausfällung einer Geldstrafe ausgeschlossen.

E. 5.2.1

Die vom Beschuldigten während rund eines Jahres in zahlreichen Einzeltransaktionen umgeschlagene Menge reinen Kokains übertrifft die Grenze zum qualifizierten Delikt nur um Weniges, womit von einer leichten Tatschwere auszugehen und die Strafe jedenfalls im untersten Bereich des anwendbaren Strafrahmens festzusetzen ist. Subjektiv handelte der Beschuldigte vorsätzlich und aus finanziellen Interessen. So war sein Ziel, das stagnierende Prostitutionsgeschäft durch den zusätzlichen Anreiz des Kokainverkaufs aufzuwerten, so dass die Freier seine Dienste jeweils länger in Anspruch nahmen und er seine Einnahmen erhöhen konnte (Urk. 2/2/1 S. 5, Urk. 2/3 S. 4, Urk. 2/4 S. 2 f.). Zusätzlich erzielte er aber auch – wie die Beweiswürdigung ergeben hat (Urk. 40 S. 12 ff. und Ziff. 3.5 hiervor) – durch den blossen Verkauf (ohne gleichzeitige sexuelle Dienstleistung-

- 15 - gen) ein Mehreinkommen. Die von der Verteidigung geltend gemachten pandemiebedingten wirtschaftlichen Einbussen im Geschäftsfeld des Beschuldigten vermögen keine strafzumessungsrelevante Notlage zu begründen, zumal der Beschuldigte nichts deponierte, was auf eine wirtschaftliche Notlage im Tatzeitraum hindeuten würde.

Da in der Pandemie ohnehin von geringeren Lebenshaltungskosten auszugehen ist und der Beschuldigte in einer wirtschaftlichen Lebensgemeinschaft mit seinem ebenfalls arbeitstätigen Partner lebte, ist eine Notlage, die seinen Drogenhandel in einem massgeblich günstigeren Licht erscheinen lassen würde, nicht ersichtlich. Eine Delinquenz zur Finanzierung des eigenen Konsums lag demgegenüber nicht vor und wurde auch zu keinem Zeitpunkt geltend gemacht. Vor diesem Hintergrund vermag das subjektive Verschulden die Tatschwere nicht zu relativieren, weshalb die auf den Tatkomponenten basierende Einsatzstrafe auf 12 – 13 Monate festzusetzen ist. Was die Täterkomponenten angeht, kann hinsichtlich des Werdegangs und der persönlichen Verhältnisse auf die Ausführungen im Zusammenhang mit der Landesverweisung verwiesen werden (Ziff. 6.3. nachfolgend). Strafzumessungsrelevantes ist darin nicht zu erkennen. Das Teilgeständnis des Beschuldigten und die insofern gezeigte Einsicht sind leicht strafreduzierend anzurechnen, rechtfertigen mangels ausserordentlicher Umstände (BGE 136 IV 55 E. 5.8) jedoch kein Unterschreiten des ordentlichen Strafrahmens. Weitere relevante Täterkomponenten sind nicht ersichtlich. Damit resultiert eine Freiheitsstrafe von 12 Monaten. An die Strafe anzurechnen sind 84 Tage erstandene Untersuchungshaft (Art. 51 StGB).

E. 5.2.2

Vorliegend spricht nichts dagegen, dem Beschuldigten – als Ersttäter – den bedingten Vollzug zu gewähren (Art. 42 Abs. 1 StGB). Die Probezeit ist auf zwei Jahre festzusetzen (Art. 44 Abs. 1 StGB).

E. 6

Landesverweisung

E. 6.1

Der Beschuldigte, Inhaber einer Niederlassungsbewilligung C für die Schweiz (Urk. 12/2 S. 332), ist brasilianischer Staatsbürger und hat gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB mit der qualifizierten Widerhandlung gegen das Be-

- 16 - täubungsmittelgesetz eine Katalogtat begangen, die grundsätzlich zu einer obligatorischen Landesverweisung führt. Die Vorinstanz hat ihn denn auch für die Dauer von fünf Jahren des Landes verwiesen und gleichzeitig die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) angeordnet (Dispositivziffern 5 und 6 des erstinstanzlichen Urteils). Der Beschuldigte beantragt demgegenüber auch heute ein gänzliches Absehen von der Landesverweisung (Urk. 43 und Urk. 56 S. 2).

E. 6.2

Hinsichtlich der rechtlichen Grundlagen der Landesverweisung sowie die bei der Anwendung zu beachtenden Grundsätze kann vorweg auf die korrekten und ausführlichen Erwägungen im erstinstanzlichen Urteil verwiesen werden, welche sich zutreffend zur Katalogtat und zur Härtefallklausel geäussert hat und in letzterem Zusammenhang auch die geltende Praxis zum Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 BV einbezogen hat (Urk. 40 S. 31 ff.).

E. 6.3

Der in Brasilien geborene und aufgewachsene Beschuldigte reiste erst vor knapp acht Jahren, im August 2015, zwecks Eintragung der Partnerschaft mit C._____ (selbst gebürtiger Brasilianer aber mittlerweile eingebürgert) in die Schweiz ein. Vorgängig hatte

er sich lediglich für Kurzaufenthalte in der Schweiz aufgehalten (vgl. Urk. 55 S. 3), dabei aber die zulässige Zeitspanne überschritten und war deshalb am 19. November 2011 für die Zeit bis 18. November 2014 mit einem Einreiseverbot belegt worden. Bei der massgebenden Einreise war er demnach bereits 24 Jahre alt (Urk. 12/2 S. 18 und 29). Die Partnerschaft wurde sodann am 25. August 2015 eingetragen, worauf dem Beschuldigten eine Aufenthaltsbewilligung B erteilt wurde (Urk. 12/2 S. 114 und 126). Seit dem 6. Juli 2020 verfügt der Beschuldigte über eine Niederlassungsbewilligung C (Urk. 12/2 S. 332). Der Beschuldigte hat die Schulausbildung in Brasilien abgeschlossen, dort jedoch keinen Beruf erlernt oder ausgeübt (Urk. 55 S. 2). Hier in der Schweiz absolvierte er gemäss eigenen Angaben eine Ausbildung zum Masseur und arbeitete sodann freiberuflich im Prostitutionsgewerbe (Prot. I S. 7, vgl. auch Urk. 1/5 und Urk. 4/2), welche Tätigkeit er auch heute noch ausübt (Urk. 55 S. 4). Der Beschuldigte

- 17 - spricht nebst Portugiesisch auch Italienisch und Spanisch. Auf Deutsch könne er sich im Alltag verständigen (Prot. I S. 14). Anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte an, seit drei oder vier Jahren über das Niveau B1 zu verfügen (Urk. 55 S. 14). Aktenmässig belegt ist, dass dem Beschuldigte am 28. Juni 2019 das Zertifikat A2 (elementare Sprachverwendung) mit "befriedigender Leistung" ausgestellt wurde (vgl. Urk. 12/2 S. 331=Urk. 51 S. 331). Brasilien besucht er regelmässig, mindestens jährlich für mehrere Wochen, wobei er erst letzten Dezember für eine Woche dort weilte (Urk. 55 S. 12). Der Beschuldigte verfügt in seinem Herkunftsort N._____ über eine Eigentumswohnung, die er nun abbezahlt und in welcher er während seiner Besuche wohnt. Mit seiner selbständigen Erwerbstätigkeit erzielt er gemäss Selbstdeklaration ein Einkommen zwischen Fr. 4'000.- bis Fr. 5'000.- (Urk. 55 S. 4). Die Wohnkosten teilt er sich weiterhin mit seinem Lebenspartner, welcher in derselben Branche tätig ist (Urk. 55 S. 4). Die Eltern sind getrennt und leben beide nach wie vor in Brasilien, wobei der Beschuldigte zur Mutter die bessere Beziehung hat. Zu zwei ebenfalls in Brasilien lebenden Halbschwestern hat er nur wenig Kontakt, während er seine in der Schweiz, in O._____/AG lebende, nicht erwerbstätige Schwester regelmässig besucht und ihr bei der Betreuung ihrer drei Kinder hilft. Auch eine in O._____ lebende, verheiratete Cousine besucht er offenbar regelmässig. Soweit er darüber hinaus geltend machte, auch "ständig" seinen grossen Freundeskreis in der Schweiz zu treffen, wirkt dies wenig authentisch, zumal er auf Nachfrage lediglich zwei (Vor-)Namen nennen konnte (Prot. I S. 10 ff.). Sein Partner hat keine Familienangehörige in der Schweiz, das Paar hält aber Kontakt zu den in Brasilien lebenden Angehörigen des Partners (Prot. I S. 18 f.).

E. 6.4

Bei Würdigung dieser Verhältnisse ergibt sich, dass der Beschuldigte den überwiegenden Teil seines bisherigen Lebens und insbesondere auch die prägenden Kinder- und Jugendjahre in Brasilien verbracht hat, wo heute noch Verwandte leben, er regelmässig zu Besuch weilt und eine Immobilie besitzt. Es ist davon auszugehen, dass er seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit als Masseur

- 18 - etc. auch in Brasilien nachgehen könnte, mithin einer Resozialisierung im Heimatland grundsätzlich nichts im Wege steht. Was seine Integration in der Schweiz angeht, so hat er beruflich zumindest insoweit Fuss gefasst, als er seinen Lebensunterhalt selbst bestreiten kann und weder auf die Unterstützung seines Partners, noch der öffentlichen Hand angewiesen ist. Allerdings ist hierzu – mit der Vorinstanz (Urk. 40 S. 36) – zu bemerken, dass ihn gerade die als ungenügend eingeschätzten Verdienstmöglichkeiten in

der Prostitution schlussendlich in die Kriminalität gebracht haben, womit das Kriterium der beruflichen Integration zumindest ambivalent einzuschätzen ist, zumal es aufgrund fehlender Arbeitskollegen etc. auch nichts zu seiner sozial- gesellschaftlichen Integration beizutragen vermag. Letztere scheint bisher wenig geglückt, kann er doch weder ausreichende Sprachkenntnisse, noch – mit Ausnahme seiner Verwandten – einen hiesigen, tragfähigen Freundeskreis oder anderweitige gesellschaftliche Integrationsleistungen vorweisen (vgl. Prot. I S. 10; Urk. 55 S. 3 f.). Die Beziehung zu seiner Schwester und deren Familie sowie zu seiner Cousine ist zweifellos eng (Urk. 27/2-3), erreicht aber jedenfalls nicht die Qualität einer Kernfamilie im Sinne der massgebenden Rechtsprechung bzw. wurde dies nicht genügend dargetan. Weder wohnt der Beschuldigte mit seiner Schwester zusammen, noch übernimmt er gegenüber ihren Kindern eine eigentliche Vaterrolle. Schliesslich leben die Kinder mit Vater und Mutter zusammen in einem anderen Kanton ca. eine Stunde entfernt (Urk. 26 S. 15; Prot. II S. 6 f.), wobei die Mutter gemäss Angaben des Beschuldigten nicht erwerbstätig ist, mithin nicht (zum Beispiel zur Berufsausübung) regelmässig auf Betreuungsdienste des Beschuldigten angewiesen ist. Gemäss den Aussagen des Beschuldigten werde seine Mutter ihre Neffen im Sommer für drei Monate besuchen und sich voraussichtlich nach der Pensionierung nächstes Jahr in der Schweiz niederlassen (Urk. 55 S. 13), so dass eine Zusatzbetreuung der Kinder soweit erwünscht auch durch deren Grossmutter gewährleistet werden könnte. Auch die verwandtschaftliche Beziehung zur Cousine, mit der er regelmässig spazieren oder essen gehe (Urk. 26 S. 16), vermag klarerweise keinen Härtefall zu begründen. Damit könnte

- 19 - einzig aus der Tatsache, dass der eingetragene Partner des Beschuldigten – der ihn in nicht zur Berufungsverhandlung begleitete und den er bei der Aufzählung der wichtigsten Bezugspersonen nicht erwähnte (vgl. Urk. 55 S. 3) – nebst dem brasilianischen auch über den Schweizer Pass verfügt, ein Härtefall abgeleitet werden, indem eine Landesverweisung das Zusammenleben in der Schweiz verunmöglicht. Hierzu ist aber einerseits zu sagen, dass die Partner zwar zusammenleben, finanziell aber unabhängig voneinander sind und sie auch nicht gemeinsam für Kinder aufzukommen haben, weshalb keinerlei Abhängigkeitsverhältnis besteht. Sodann erscheint es dem Partner des Beschuldigten – sollte er keine Fernbeziehung führen wollen – als durchaus zumutbar, seinerseits mit nach Brasilien (zurück) zu ziehen, stammt er doch ebenfalls aus N._____ (Urk. 55 S. 13) und verfügt er über die nötigen Sprach- und kulturellen Kenntnisse sowie über nahe Verwandte und damit insgesamt – wie der Beschuldigte selbst – über einen gut aufgestellten sozialen Empfangsraum, um sich schnell reintegrieren zu können. Hinzu kommt, dass er seinerseits zeitgleich mit dem Beschuldigten im Drogenhandel tätig war (vgl. seine Verurteilung zu 18 Monaten Freiheitsstrafe wegen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc., Urk. 51 S. 449), um den Kokainhandel des Beschuldigten wusste und diesem teilweise sogar als Bezugsquelle Vorschub leistete, mithin die kriminellen Handlungen des Beschuldigten duldet, wenn nicht gar unterstützte. Auch unter diesem Aspekt scheint eine Landesverweisung deshalb in Abwägung mit dem Anspruch auf den Schutz des Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK verhältnismässig. Insgesamt ist nach diesen Erwägungen das Vorliegen eines schweren persönlichen Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB zu verneinen. Aber selbst bei Bejahung eines schweren Härtefalls wäre der Beschuldigte des Landes zu verweisen, da das tangierte persönliche Interesse auf Zusammenleben mit seinem eingetragenen Partner in der Schweiz gegenüber dem Interesse der Öffentlichkeit, vor Kokainhändlern geschützt zu werden, zurückzutreten hat. Auch

wenn das Verschulden in der Bandbreite des qualifizierten Delikts als leicht zu beurteilen ist, fällt doch ins Gewicht, dass der Beschuldigte während über einem Jahr regelmässig Kokain und damit eine sogenannte harte Droge verkaufte, um sein Einkommen

- 20 - aufzubessern, und damit auch einzig aufgrund seiner Verhaftung und des nachfolgenden Strafverfahrens aufhörte. Sodann haben sich seine Lebensumstände, welche gemäss seinen Angaben überhaupt erst dazu geführt haben, dass er nebst sexuellen Dienstleistungen auch Kokain zum Verkauf anbot, bis heute nicht wesentlich geändert. Er bewegt sich nach wie vor im Milieu und trägt weiterhin das unternehmerische Risiko eines Selbständigerwerbenden in einem marginalisierten Geschäftsfeld (Urk. 2/1 S. 5 und Urk. 55 S. 4). Vor diesem Hintergrund kann nicht davon gesprochen werden, dass ein Rückfall ausgeschlossen ist, sondern erscheint die Legalprognose zumindest getrübt.

E. 6.5

Die Vorinstanz hat die Dauer der Landesverweisung auf das gesetzliche Minimum von fünf Jahren befristet, was angesichts der Umstände (Grad des Verschuldens, Verhältnismässigkeitsprinzip) angemessen erscheint, im Berufungsverfahren zu Lasten des Beschuldigten aber ohnehin nicht erhöht werden könnte (Art. 391 Abs. 2 StPO).

E. 6.6

Sodann ist die Landesverweisung des Beschuldigten – da er als Brasilianer ein Drittstaatenangehöriger im Sinne der massgebenden Rechtsnormen ist – im Schengener Informationssystem auszuschreiben (vgl. das angefochtene Urteil Urk. 40 S. 38 f.). Bei qualifizierten Betäubungsmitteldelikten ist im Hinblick auf die grundsätzlich schwerwiegende Gefährdung der öffentlichen Gesundheit selbst bei leichtem Verschulden die Ausschreibung im SIS grundsätzlich gerechtfertigt (vgl. Urteil 6B_1107/2019 vom 27. Januar 2020, E. 2.6.4.), zumal sowohl die angedrohte Mindeststrafe (nicht zu sprechen von der Strafobergrenze), als auch die effektiv ausgefallte Strafe die Jahresgrenze gemäss Art. 24 Ziff. 2 lit. a SIS-II-Verordnung erfüllen. Die Ausschreibung der Landesverweisung zwecks Möglichkeit der Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im Schengen-Raum ist somit in zweiter Instanz zu bestätigen.

E. 7

Folgende mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 16. Februar 2022 beschlagnahmten Betäubungsmittel(-utensilien) werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten (jeweils Lager-Nr. B02826-2021):

- 22 - – Kokain, 1 Gramm (Asservat-Nr. A015'612'110), – 2 Ecstasy Tabletten (Asservat-Nr. A015'612'154), – BM-Zubehör (Asservat-Nr. A015'612'176).

E. 7.1

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind den Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

- 21 -

E. 7.2

Für das Berufungsverfahren ist eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– zu erheben (§ 14 Abs. 1 lit. b GebV OG in Verbindung mit § 16 Abs. 1 GebV OG). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind, ausgehend von der eingereichten Honorarnote, auf Fr. 6'000.–

festzusetzen (Urk. 58; § 23 in Verbindung mit § 17 f. AnwGebV).

E. 7.3

Nachdem der Beschuldigte mit seiner Berufungen vollumfänglich unterliegt, sind die Kosten des Berufungsverfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Rückzahlung durch den Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht, vom 6. Juli 2022 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte ist schuldig - (...) - der mehrfachen Widerhandlung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG. 2. Der Beschuldigte wird bestraft (...) sowie mit einer Busse von Fr. 600.-. 3. (...) Die Busse ist zu bezahlen. 4. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen. 5. (...) 6. (...)

E. 8

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 17. Dezember 2021 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 250.- (Asservat-Nr. A015'612'121) wird zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

E. 9

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 16. Februar 2022 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich lagernden Mobiltelefone – iPhone 6 in Regenbogenhülle (Asservat-Nr. A015'612'132), – iPhone 11 Pro Max (Asservat-Nr. A015'612'143), werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen hin herausgegeben. Wird innert 30 Tagen kein entsprechendes Begehren gestellt, wird Verzicht angenommen.

E. 10

Der Antrag der Anklägerin, der Beschuldigte sei zu verpflichten, eine Ersatzforderung in der Höhe von Fr. 1'480.- zu bezahlen, wird abgewiesen.

E. 11

Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 1'200.- ; die weiteren Auslagen betragen: Fr. 2'100.- Gebühr für die Strafuntersuchung Fr. 165.- Auslagen Vorverfahren (Gutachten) Fr. 15'513.25 amtl. Verteidigungskosten (inkl. MwSt.) Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten. Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Entscheidgebühr um einen Drittel.

E. 12

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.

E. 13

(Mitteilung)

E. 14

(Rechtsmittel)" 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

- 23 - Es wird erkannt:

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