

# ZH\_OBERGERICHT SB230204 vom 25. März 2024

ZH Obergericht, 2024-03-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB230204](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB230204)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB230204 du 25 mars 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT SB230204 del 25 marzo 2024

## Erwägungen

### E. 1

Verfahrensgang

#### E. 1.1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann auf die zutreffen- den Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 50 S. 3 f.).

#### E. 1.2

Mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 7. Dezember 2022 wurde der Beschuldigte der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG, des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG, teilweise in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG schuldig gesprochen. Vom Vorwurf der unerlaubten Verbreitung von Arzneimitteln im Sinne des Heilmittelgesetzes im Sinne von Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG wurde der Beschuldigte freigesprochen. Die mit Entscheid des Amts für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 25. Juli 2019 für eine Freiheitsstrafe von insgesamt 66 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von 670 Tagen verfügte bedingte Entlassung wurde widerrufen und der Vollzug der Reststrafe von 670 Tagen Freiheitsstrafe angeordnet. Unter Einbezug der durch den Widerruf voll- ziehbar gewordenen Reststrafe wurde er mit einer Gesamtstrafe von 30 Monaten Freiheitsstrafe sowie mit einer Busse von Fr. 1'000.– bestraft, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe nicht aufgeschoben wurde. Auf die Anordnung einer fakultativen Landesverweisung wurde verzichtet und der Entscheid über den Verbleib des Beschuldigten in der Schweiz den Behörden und Gerichten im migrationsrecht- lichen Verfahren überlassen (Urk. 50 S. 39).

#### E. 1.3

Gegen das Urteil liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 8. Dezember 2022 Berufung anmelden (Urk. 42). Mit Eingabe vom 12. Dezember 2022 meldete auch die Staatsanwaltschaft Berufung an (Urk. 44). Die begründeten Urteile wurden den Parteien am 20. März 2023 zugestellt (Urk. 47). Am 11. April 2023 ging die Berufungserklärung des Beschuldigten, am 24. März 2023 diejenige der Staatsan-

- 7 - waltschaft ein (Urk. 51, 55). Mit Präsidialverfügung vom 25. April 2023 wurde der Staatsanwaltschaft und dem Privatkläger Frist angesetzt, um bezüglich der Beru- fungen je Anschlussberufung zu erklären, oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufungen zu beantragen (Urk. 56). Die Staatsanwaltschaft erklärte mit Eingabe vom 3. Mai 2023 Verzicht auf Anschlussberufung (Urk. 58). Am 27. Oktober 2023 wurde zur heutigen Hauptverhandlung vorgeladen (Urk. 59).

#### **E. 1.4**

Heute fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers sowie der Vertreter der Staatsanwaltschaft erschienen sind (Prot. II S. 2). Über Vorfragen war nicht zu entscheiden und – abgesehen von der Einvernahme des Beschuldigten (Urk. 67) – auch keine Beweise abzunehmen (Prot. II S. 4). Das Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 8 ff.).

#### **E. 2**

Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten von diesem Vorwurf frei, da es sich aufgrund der Beweismittel bei den blauen Tabletten um ein Naturheilmittel gehandelt haben könne und der Abnehmer dieses fälschlicherweise für Viagra gehalten habe (Urk. 50 S. 5).

#### **E. 2.1**

Das Gericht kann gemäss Art. 66abis StGB einen Ausländer für 3–15 Jahre des Landes verweisen, wenn er wegen eines Verbrechens oder Vergehens, das nicht von Artikel 66a StGB erfasst wird, zu einer Strafe verurteilt oder gegen ihn eine Massnahme nach den Artikeln 59–61 oder 64 StGB angeordnet wird. Art. 66abis StGB schafft demnach die Möglichkeit der Anordnung einer Landesverweisung bei Delikten, die nicht von Art. 66a StGB erfasst sind. Nach Ermessen soll der Richter somit auch bei weniger schweren Delikten eine Landesverweisung anordnen können.

#### **E. 2.1.1**

Die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG ist das schwerste zu beurteilende Delikt. Die Obergrenze des Strafrahmens liegt bei drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Da der Beschuldigte weitere Delikte begangen hat, liegt Deliktsmehrheit vor, was strafscharfend zu berücksichtigen ist (Art. 49 Abs. 1 StGB). Da keine ausserordentlichen Umstände vorliegen, welche eine Erweiterung des ordentlichen Strafrahmens erfordern, ist die Sanktion innerhalb des ordentlichen Strafrahmens festzulegen.

- 12 -

#### **E. 2.1.2**

Bei der objektiven Tatschwere gilt es zu berücksichtigen, dass die abgegebene Drogenmenge von 9,9 Gramm (netto) Kokain (davon 3,2 Gramm reines Kokain) zu einem Preis von Fr. 800.– vergleichsweise gering ist. Es handelt sich um einen einmaligen Vorfall. Auf der anderen Seite ist Kokain eine gefährliche Droge, indem sie ein sehr hohes Abhängigkeitspotential hat. Damit liegt die Menge noch klar unterhalb der Grenze zum schweren Fall; die gemäss Rechtsprechung entwickelte Grenze zu einer qualifizierten Widerhandlung gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG von 18 Gramm Kokain ist dabei deutlich nicht erreicht (vgl. BGE 109 IV 143 E. 3b; BGE 111 IV 100 E. 2; BGE 122 IV 360). Die objektive Tatschwere wiegt insgesamt leicht, eine Freiheitsstrafe von 90 Strafeinheiten erscheint somit angemessen. Der Beschuldigte konnte vorliegend erst aufgrund des Einsatzes eines verdeckten Fahnders des Drogenhandels überführt werden. Der Polizeibeamte habe vorliegend zunächst in einem Chat sein Interesse bekundet, Kokain zu erwerben, woraufhin der Übergabeort und die Übergabezeit definiert worden seien. In der Folge habe der Beamte den Beschuldigten getroffen und von ihm – wie vorgängig vereinbart – Kokain gekauft (vgl. Urk. 6/2 Frage 17 ff.). Das Verkaufsgeschäft kam demnach unter Mitwirkung eines Polizeibeamten zustande und wurde durch dessen

Verhalten auch in gewisser Weise gefördert. Wie die Verteidigung zu Recht vorbrachte (Urk. 68 S. 9 f.), ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Strafzumessung dem Umstand, dass verdeckte Beamte bei der Begehung strafbarer Handlungen mitgewirkt und diese erleichtert haben, in jedem Fall Rechnung zu tragen (BGE 124 IV 34 E. 3b). Es ist dem Beschuldigten unter diesem Titel daher eine Strafreduktion um 20 Strafeinheiten zu gewähren.

### **E. 2.1.3**

Auf der subjektiven Seite gilt es zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direkt vorsätzlich handelte. Die Gefährlichkeit seines Tuns war ihm bewusst. Gemäss erstelltem Sachverhalt hat der Beschuldigte das Kokain verkauft. Zwar versuchte er im Rahmen der erstinstanzlichen Hauptverhandlung sein Handeln zu relativieren, indem er angab, dies aus reiner Gefälligkeit getan und auf Geheiss eines Dritten gehandelt zu haben (Prot. I S. 9). Dagegen sprechen aber die klaren und glaubhaften Angaben des Scheinkäufers, welcher bestätigte, dass er mit dem

- 13 - Beschuldigten Preis und Drogenmenge ausgehandelt habe und sie sich beim Kauf auch über die Qualität und weitere zukünftige Käufe unterhalten hätten (Urk. 6/2 Frage 22). Daraus ergibt sich ohne weiteres, dass es sich beim Beschuldigten nicht nur um ein rein ausführendes Organ, aber hierarchisch doch einen auf der untersten Stufe operierenden Akteur im Drogenhandel handelt. Ob der Beschuldigte aus diesem Geschäft persönlich einen Gewinn oder sonstigen Vorteil gezogen hat, ist nicht bekannt. Dementsprechend erhebt die Anklage auch keine entsprechenden Vorwürfe. Wohl liegt die Vermutung nahe, da der Beschuldigte in einer misslichen finanziellen Situation lebt und vernünftigerweise niemand ein riskantes illegales Geschäft ausführt, ohne sich davon einen Vorteil zu erhoffen, aus finanziellen Motiven gehandelt hat. Nachdem sich jedoch aus den Akten keine konkreten Hinweise auf solche Motive finden, wäre das Unterstellen derselben nichts weiter als blosser Spekulation. Auf der anderen Seite sind auch keine Gründe erkennbar, welche sein Verschulden in einem milderem Licht erscheinen lassen. Die subjektiven Elemente bleiben somit ohne Einfluss auf die Sanktionshöhe. 2.1.4.1. Der Beschuldigte ist am 11. Juni 1959 in C.\_\_\_\_\_ in Ghana geboren und dort aufgewachsen. Er besuchte dort die obligatorische Schule und bildete sich danach zum Automechaniker aus. Im Jahr 1988, im Alter von 29 Jahren, reiste er in die Schweiz ein. Hier angekommen, heiratete er und zeugte drei Kinder. Eine Tochter ist mittlerweile 18 Jahre alt, die Söhne 14 und 12 Jahre alt. Zu diesen pflegt er regelmässigen Kontakt. Er ist geschieden und lebt grundsätzlich alleine. Die zwei jüngeren Kinder kommen ihn indessen oft in seiner Wohnung besuchen. Seine Eltern und Geschwister sind verstorben. In der Schweiz angekommen arbeitete er regelmässig und in unterschiedlichen Berufen. Nach einem Gefängnisaufenthalt im Jahre 2019 fand er jedoch nicht mehr ins Berufsleben zurück. Mit Verfügung des Migrationsamtes vom 29. Mai 2017 wurde ihm die Niederlassungsbewilligung entzogen (Urk. 10/1). Die dagegen erhobenen Rechtsmittel wurden mit Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2018 abgewiesen (Urk. 10/7). Mit Verfügung des Migrationsamtes des Kantons Zürich vom 6. August 2019 wurde er aufgefordert, die Schweiz unverzüglich zu verlassen (Urk. 10/7). Ein mit Verweis auf seine angeschlagene Gesundheit gestelltes Wiedererwägungsge-

- 14 - such wurde mit Verfügung des Migrationsamtes vom 3. März 2020 bzw. 4. Mai 2022 abgewiesen (Urk. 10/3 und Urk. 65 S. 3). Auch einem hiergegen erhobenen Rekurs an die Sicherheitsdirektion war kein Erfolg beschieden. Dieser wurde mit Entscheid vom 12. Juli 2022 abgewiesen (Urk. 35). Eine gegen diesen Entscheid gerichtete Beschwerde wurde

durch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 30. März 2023 abgewiesen (Urk. 65). Der Beschuldigte erhob gegen letzteren Entscheid eine Beschwerde ans Bundesgericht, welche nach wie vor hängig ist (vgl. Urk. 64). Mittlerweile lebt der Beschuldigte von einer Altersrente von gesamthaft ca. Fr. 3'500.– pro Monat sowie einem Nebeneinkommen als Hauswart in Höhe von Fr. 300.–. Zudem hat er Schulden in unbekannter Höhe. Der Beschuldigte ist gesundheitlich angeschlagen und leidet insbesondere an einem chronischen Nierenleiden. Seit dem Jahr 2022 besuche er eine Suchttherapie und habe sein Leben nach eigener Einschätzung stabilisieren können (Urk. 4/4 S. 22, Prot. I S. 14 ff.; Urk. 67 S. 1 ff.). Aus den persönlichen Verhältnissen ergeben sich keine straf- zumessungsrelevanten Faktoren. 2.1.4.2. Der Beschuldigte hat drei eingetragene Vorstrafen. Mit Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Oktober 2015 wurde der Beschuldigte wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 6 Jahren und 4 Monaten verurteilt. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 23. November 2016, wurde er wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 1 BetmG zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 6 Monaten verurteilt. Zuletzt wurde der Beschuldigte mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 28. März 2018 aufgrund einer Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG, einer Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG sowie der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes gemäss Art. 19a BetmG zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 6 Monaten und zu einer Busse von Fr. 100.– verurteilt (Urk. 54). Diese Vorstrafen sind, wie nachfolgend noch ausführlich darzulegen sein wird, einschlägig. Dies

- 15 - wirkt sich in erheblichem Masse straf erhöhend aus, zumal es sich dabei nicht um Bagatelldelikte handelt sondern um solche von erheblicher Schwere: Mit Urteil der II. Strafkammer vom 16. Oktober 2015 wurde er zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Mit Strafbefehlen vom 23. November 2016 und 20. März 2018 wurde er jeweils – ebenfalls wegen Handels mit Betäubungsmitteln – je zu einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten verurteilt. Insgesamt verbrachte er für diese Verurteilungen 612 Tage im Freiheitsentzug (Urk. 54). Für diese einschlägigen Vorstrafen rechtfertigt sich eine Straferhöhung um insgesamt 30 Strafeinheiten. Am 1. September 2019 wurde der Beschuldigte bedingt aus dem Strafvollzug entlassen. Rund eineinhalb Jahre später, während noch laufender Probezeit, delinquierte der Beschuldigte erneut einschlägig. Offenbar hat ihn auch der längere Strafvollzug nicht vor erneuter einschlägiger Delinquenz abgehalten. Auch dies wirkt sich erheblich zu seinen Ungunsten aus und rechtfertigt eine Erhöhung der Strafe um weitere 20 Strafeinheiten. 2.1.4.3. Wohl erweist sich der Beschuldigte hinsichtlich der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz geständig. Indessen war die Beweislast bereits vor seinem Geständnis erdrückend, da der Beschuldigte auf frischer Tat ertappt wurde, wie er einem verdeckten Fahnder Kokain verkauft hatte. Das Geständnis wirkt sich somit nicht strafmindernd aus.

### **E. 2.1.5**

Aufgrund der Strafhöhe und des Tatverschuldens wäre eine Geldstrafe möglich (Art. 34 Abs. 1 StGB, Geldstrafe bis maximal 180 Tagessätze). Gemäss dem Verhältnismässigkeitsprinzip soll grundsätzlich die mildere der zur Auswahl stehenden Sanktionen ausgesprochen werden. Das Gericht kann jedoch anstelle einer Geldstrafe auf

eine Freiheitsstrafe erkennen, wenn eine solche geboten erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten, oder eine Geldstrafe voraussichtlich nicht vollzogen werden kann (Art. 41 Abs. 1 lit. a und b StGB). Erfasst werden sollen einerseits Rückfalltäter im tiefen bis mittleren Kriminalitätsbereich, die auch nach Auferlegung von Geldstrafen erneut delinquent haben. Andererseits können nach lit. b auch Täter erfasst werden, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass eine Geldstrafe vollzogen werden kann.

- 16 - Die Vorstrafen zeigen ohne weiteres auf, dass sich der Beschuldigte auch durch die Ausfällung und den Vollzug einer längeren Freiheitsstrafe nicht beeindrucken lässt. Es ist somit für diese aber auch alle anderen Delikte zwingend eine Freiheitsstrafe auszufällen. Auch die Verteidigung beantragte anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung eine solche (Urk. 37 S. 2). Somit ist vorliegend eine Einsatzstrafe von 120 Tagen Freiheitsstrafe festzusetzen.

## **E. 2.2**

Die Vorinstanz hat, obwohl ein entsprechender Antrag der Staatsanwaltschaft vorlag, nicht überprüft, ob die Voraussetzungen für eine fakultative Landesverweisung erfüllt sind. Trotzdem hat sie in der Sache entschieden und ohne materielle Überprüfung auf die Anordnung einer Landesverweisung verzichtet. Der angeführte Grund, wonach der Entscheidung den Behörden und Gerichten im migrationsrechtlichen Verfahren überlassen werde, findet im Gesetz keine Grundlage. Damit erscheint der Entscheid als geradezu willkürlich. Abgesehen davon haben die Migrationsbehörden in der Sache schon rechtskräftig entschieden und dem Beschuldigten das Aufenthaltsrecht entzogen (Urk. 35 S. 12). Einzig die Vollstreckung der Wegweisung gegenüber dem Beschuldigten wurde sistiert (Urk. 35 S. 16). Beim Beschuldigten handelt es sich somit um einen Ausländer ohne Aufenthaltsrecht.

- 26 -

### **E. 2.2.1**

Der Strafrahmen für die Verletzung des Heilmittelgesetzes im Sinne von Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG reicht bis zu drei Jahren Gefängnisstrafe oder Geldstrafe.

### **E. 2.2.2**

In objektiver Hinsicht gilt es zu berücksichtigen, dass es sich bei Viagra zwar um ein rezeptpflichtiges Medikament handelt. Auf der anderen Seite zählt es zu denjenigen Medikamenten, welches Apothekerinnen und Apothekern auch ohne Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses unter aktivem Hinweis auf Kontraindikationen bei jeder Abgabe und einer Menge von maximal vier Tabletten erlaubt (Anhang 2 zu Art. 45 Abs. 2 Arzneimittelverordnung Ziff. 6 d.). Dies weil es sich in puncto Nebenwirkungen und Kontraindikationen um ein vergleichsweise harmloses Medikament ohne ernsthaftes Abhängigkeits- oder Schadenspotential handelt (Vgl. Eintrag zu Viagra auf [www.compendium.ch](http://www.compendium.ch), zuletzt abgerufen am 3. April 2024). Es ist davon auszugehen, dass der Abnehmer die Pillen somit auch selbst und ohne ärztliches Rezept in einer Apotheke bekommen hätte. Auch in Anbetracht der angegebenen Menge wiegt das Verschulden somit sehr leicht.

### **E. 2.2.3**

In subjektiver Hinsicht ist von vorsätzlichem Handeln auszugehen. Es sind weder entlastende noch belastende subjektive Elemente erkennbar, insbesondere sind keine

egoistischen oder finanziellen Motive erkennbar. Eine Sanktion von

#### **E. 2.2.4**

Bezüglich der Täterkomponenten kann auf die Ausführungen oben unter E. 2.1.4. verwiesen werden. Da der Beschuldigte in diesem Punkt nicht geständig ist und nicht einschlägige Vorstrafen aufweist, ist auf eine Einzelstrafe von 13 Strafeinheiten zu erkennen. Nachdem dieses Delikt mit Bezug auf das betroffene

- 17 - Rechtsgut mit dem Betäubungsmitteldelikt in einem Sachzusammenhang steht und zudem mit diesem zusammen begangen wurde, ist die Einsatzstrafe in Nachachtung des Asperationsprinzips um 10 Strafeinheiten zu erhöhen. Bezüglich der Strafart kann auf das oben Gesagte verwiesen werden. Es kommt einzig eine Freiheitsstrafe in Frage. Die Einsatzstrafe ist daher um 10 Tage Freiheitsstrafe zu erhöhen.

#### **E. 2.3**

Der Beschuldigte muss die Schweiz verlassen, weil er über keinen Aufenthaltstitel verfügt. Daran ändert ein wie auch immer gearteter Entscheid dieses Gerichts über die Landesverweisung nichts, selbst das Absehen von einer gerichtlichen Landesverweisung. Insofern ist die Frage nach einer gerichtlichen Landesverweisung faktisch obsolet, da die Frage, ob der Beschuldigte in der Schweiz bleiben darf, bereits anderweitig entschieden wurde. Trotzdem hat das Gericht über den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Anordnung einer Landesverweisung zu entscheiden. Dabei ist sie an Entscheide in verwaltungsrechtlichen Parallelverfahren nicht gebunden.

##### **E. 2.3.1**

Der Strafrahmen für den unrechtmässigen Aufenthalt nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG beläuft sich auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Ausserordentliche Umstände, welche eine Erweiterung des ordentlichen Strafrahmens erfordern würden, liegen nicht vor, weshalb die Einsatzstrafe für dieses Delikt ebenfalls innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu bemessen ist.

##### **E. 2.3.2**

Die Aufenthaltsdauer ist mit 8 Monaten bereits von erheblicher Dauer. Damit wiegt auch die objektive Tatschwere bereits erheblich.

##### **E. 2.3.3**

Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Der Beschuldigte verliess die Schweiz trotz Kenntnis der migrationsrechtlichen Entscheide nicht. Anlässlich der Hauptverhandlung gab er an, er sei schwer krank. Er habe ein chronisches Nierenleiden und müsse alle drei Monate zur Kontrolle ins Spital. Zudem wohnten seine Kinder hier und er möchte diese unterstützen (Prot. I S. 13.). Da nicht klar sei, ob er in Ghana die nötigen Untersuchungen vornehmen lassen könne, sei er hier geblieben. Zudem wäre er dort einem gesundheitlichen Risiko ausgesetzt, welches letztlich eine Gefahr für sein Leib und Leben bedeutet hätte (Urk. 37 S. 13 f.; Urk. 68 S. 7). Dem ist, wie sich aus den migrationsrechtlichen Akten ergibt, nicht so. Auch in Ghana ist eine angemessene medizinische Versorgung möglich (vgl. Urk. 35 und 65). Die subjektive Tatschwere vermag das objektive Verschulden weder zu relativieren noch zu erhöhen. Es rechtfertigt sich, die Einzelstrafe auf 120 Strafeinheiten festzusetzen.

##### **E. 2.3.4**

Betreffend die Täterkomponente ist auf vorstehende Erwägung zu verweisen (E. 2.1.4.). Die persönlichen Verhältnisse und das Vorleben sind dabei nicht strafzumessungsrelevant. Die Vorstrafen beziehen sich ausschliesslich auf Delikte

- 18 - gegen das Betäubungsmittelgesetz und sind damit nicht einschlägig. Auch hier ist das Geständnis auf Grund der erdrückenden Beweislage nicht strafmindernd zu berücksichtigen. Die Einzelstrafe ist somit auf 140 Strafeinheiten zu erhöhen.

#### **E. 2.3.5**

Auf Grund des oben ausgeführten ist auch hier auf eine Freiheitsstrafe zu erkennen (Art. 34 Abs. 1 StGB, Art. 40 Abs. 1 StGB).

#### **E. 2.3.6**

Nach Würdigung des Verschuldens und der Täterkomponenten ist für den unrechtmässigen Aufenthalt nach Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG eine Freiheitsstrafe von 140 Tagen festzusetzen. Auch diese Strafe ist zu asperieren. Nachdem dieses Delikt ein anderes Rechtsgut beschlägt und auch sonst kein innerer Zusammenhang besteht, rechtfertigt es sich vorliegend, für dieses Delikt die Einsatzstrafe um 120 Tage Freiheitsstrafe zu erhöhen.

#### **E. 2.4**

Die fakultative Landesverweisung kann für die Dauer von 3 bis 15 Jahren angeordnet werden. Im Gegensatz zur obligatorischen Landesverweisung erlöschen allfällige Bewilligungen erst mit dem Vollzug der Landesverweisung und nicht bereits mit der Rechtskraft des Urteils (VETTERLI LUZIA, in: Graf Damian K. (Hrsg.), StGB Annotierter Kommentar, Bern 2020, Art. 66abis, N 4 ff.). Der Gesetzestext enthält keinerlei Hinweise auf die Anwendungsfälle der fakultativen Landesverweisung und auch die Materialien sind diesbezüglich wenig ergiebig.

#### **E. 2.4.1**

Weiter macht die Verteidigung geltend, dass er der Beschuldigte seine Tat bereue. Bei der Prognosebildung wird auch das Verhalten nach der Tat berücksichtigt (BGE 118 IV 101). Grundsätzlich sind Einsicht und Reue Voraussetzungen für eine gute Prognose. Wie es damit steht, ist indes gründlich abzuklären. Reue

- 22 - soll durch entsprechendes Verhalten dokumentiert werden (TRECHSEL/PIETH, Praxiskommentar StGB, Art. 42, N 12).

#### **E. 2.4.2**

Die Reuebekundungen des Beschuldigten erschöpfen sich in den anlässlich der Hauptverhandlung und der Berufungsverhandlung abgegebenen Erklärungen, wonach es ihm leid tue und er einen grossen Fehler gemacht habe und dass so etwas nie mehr passieren werde (Prot. I S. 9, 22; Prot. II S. 8). Abgesehen davon, dass darin noch keine besondere Reuebetätigung zu erkennen ist, hat er solcherlei Erklärungen schon mehrfach in der Vergangenheit abgegeben. So hat er im Rahmen eines früheren Strafverfahrens, in welchem er mit Strafbefehl vom 28. März 2018 wegen Vergehens und Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten und einer Busse von Fr. 100.– verurteilt wurde, dem Staatsanwalt einen Brief geschrieben, in welchem er ihm versprochen hat, dass so etwas nie mehr passieren werde (Beizugsakten Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich U-Nr. 2017/10039996 Urk. 8/5). Auch in einem weiteren Verfahren der Staatsanwaltschaft Winterthur, in welchem es erneut um

einschlägige Delinquenz ging und welches seinen Abschluss im Strafbefehl vom 23. November 2018 fand und wo er wegen mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz mit 6 Monaten Freiheitsstrafe bestraft wurde, beteuerte er, dass ihm dies alles sehr leid tue (Beizugsakten Staatsanwaltschaft Winterthur, U-Nr. 2016/10019307, Urk. 8/2 S. 8). Auch im Verfahren vor Bezirksgericht Winterthur und dem hiesigen Gericht, wo er mit Urteil vom 16. Oktober 2015 wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer Freiheitsstrafe von 4,5 Jahren verurteilt wurde, beteuerte er, dass ihm das alles sehr leid tue und er sich entschuldige (Beizugsakten SB 150018 Prot. S. 17). Im Lichte des Umstandes, dass er all diesen Beteuerungen zum Trotz seit Jahren und in kurzen Abständen unbeirrt einschlägig weiter delinquierte, ist auch in den neuerlichen Bekundungen nichts weiter als ein reines Lippenbekenntnis, nicht aber ein Zeichen wirklicher Reue zu erkennen.

#### **E. 2.4.3**

Weiter gibt er an, dass die 5 Monate Untersuchungshaft in ihm einiges bewirkt hätten und dies ihn vor weiterer Delinquenz abhalte. Davon ist indes nicht auszugehen. Denn selbst die mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom

- 23 - 16. Oktober 2015 ausgesprochene und teilweise vollzogene Freiheitsstrafe von 4,5 Jahren hat ihn nicht davon abgehalten, wiederholt und einschlägig zu delinquiren. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb dieser neuerliche, viel kürzere Haftaufenthalt zu einer Abkehr von jeglicher Delinquenz führen sollte.

#### **E. 2.4.4**

Schliesslich gibt er an, dass er nunmehr stärker in die Erziehung seiner Kinder involviert sei und ihm dies Grund sei, nicht mehr zu delinquiren. Abgesehen davon, dass er bislang nicht mit seinen Kindern und deren Müttern zusammen wohnt, beschränkt sich sein Kontakt auf die Begleitung zu Fussballtrainings. Das war aber schon immer so. Anlässlich der Befragung an der Berufungsverhandlung vor der II. Strafkammer des Obergerichts Zürichs am 16. Oktober 2015 beteuerte er, dass er jetzt eine gute Beziehung zu seinen Kindern habe, sein Sohn in F.\_\_\_\_\_ Fussballspiele, er diesen zu Spielen und Trainings begleite und dieser am Wochenende jeweils bei ihm sei. Auch zu seiner Tochter pflege er regelmässigen und guten Kontakt. Zudem sei er nun weg vom Kokain, werde eine Arbeit suchen und seine Familie unterstützen (Beizugsakten SB150018, dort Prot. S. 16). Trotz diesen Beteuerungen delinquierte er in der Folge wiederholt einschlägig. Auch der Umstand, dass der Sohn D.\_\_\_\_\_ offenbar ab Sommer 2024 beim Beschuldigten wohnen soll, ändert an der Sachlage nichts. Eine enge Bindung bestand trotz geringerer Betreuungszeiten bereits zuvor und konnte den Beschuldigten nicht von der Begehung weiterer Delikte abhalten. Demnach ist entgegen der Argumentation der Verteidigung (Urk. 68 S. 14 ff.) – damals wie heute – nicht davon auszugehen, dass diese Kontakte zu den Kindern die Basis für ein deliktfreies Leben bilden.

#### **E. 2.4.5**

Wenn der Beschuldigte zudem darauf verweist, dass er seit Juli 2021 eine psychiatrisch-psychotherapeutische Therapie besuche (Urk. 68 S. 18 f.; Urk. 69/5), ist dies zwar als positiv einzustufen, lässt die Rückfallgefahr aber keineswegs entfallen. Dem Bericht der behandelnden Therapeutin der IPW Winterthur vom 13. März 2024 ist sodann zu entnehmen, dass der Kokainkonsum des Beschuldigten "weiter auf ein Minimum oder zuletzt auf gar nichts mehr" habe reduziert werden können (Urk. 69/5). Gänzlich abstinent

lebt der Beschuldigte dem- nach – wenn überhaupt – erst seit kurzer Zeit. Gleichzeitig wird im genannten

- 24 - Bericht trotz der grundsätzlich positiven Entwicklung nach wie vor eine depressive Symptomatik erwähnt. Dies stellt jedenfalls keine Basis dar, gestützt auf welche – entgegen der vorgenannten Anhaltspunkte – von einem zukünftig deliktfreien Leben des Beschuldigten ausgegangen werden könnte.

## **E. 2.5**

Mit Blick auf die Entstehung von Art. 66abis StGB gilt es festzuhalten, dass diese Norm dem Strafrichter die Landesverweisung namentlich bei Wiederholungs- tätern oder Kriminaltouristen erlauben solle (DE WECK FANNY, in: Spescha Marc (Hrsg.), Migrationsrecht Kommentar, Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG), Asylgesetz (AsylG), Bürgerrechtsgesetz (BüG) sowie Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit weiteren Erlassen, 5. Aufl., Zürich 2019, Art. 66abis StGB, N 3). Was für Kriminaltouristen gilt, gilt mutatis mutandis auch für andere nicht aufenthaltsberech- tigte Personen.

### **E. 2.5.1**

Übertretungen nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG werden mit Busse bis zu Fr. 10'000.– bestraft, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 106 Abs. 1 StGB).

### **E. 2.5.2**

Die aufbewahrte Menge ist – auch wenn diese nur dem Eigenkonsum di- ente – bereits erheblich. Andererseits lässt die Anzahl von sieben Konsumhandlun- gen auf einen nicht regelmässigen Konsum schliessen. Die objektive Tatschwere wiegt somit noch nicht schwer.

### **E. 2.5.3**

Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere gilt es zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte auch direktvorsätzlich handelte. Der Beschuldigte war gemäss eige- nen Angaben indessen abhängig von Betäubungsmitteln (Prot. I S. 14), was leicht

- 19 - strafmildernd zu berücksichtigen ist. Insofern vermag das subjektive das objektive Verschulden leicht zu relativieren.

### **E. 2.5.4**

Unter Berücksichtigung des Verschuldens und der Täterkomponente ist für die Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz eine Busse von Fr. 1'000.– festzusetzen.

### **E. 2.5.5**

Gemäss Art. 106 Abs. 2 StGB spricht das Gericht im Urteil für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten aus. In ständiger Praxis erscheint ein Umwand- lungssatz von einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe pro Fr. 100.– Busse als angemess- sen. Im vorliegenden Fall ist in diesem Sinn eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen auszufällen. V. Vollzug Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen des Aufschubs des Vollzugs einer Sanktion zutreffend umschrieben und ebenso zutreffend und ausführlich dargelegt, weshalb vorliegend eine ungünstige Prognose zu stellen ist und weshalb die Freiheitsstrafe zu vollziehen ist. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 50 S. 28). Die Verteidigung hat ihre Ausführungen zum Vollzug im Rahmen ihrer Darlegungen zur Frage des Widerrufs des bedingten Vollzugs der

Reststrafe gemacht. Dieser Systematik folgend ist deshalb im Folgenden darauf einzugehen. Soweit die Ausführungen auch für die Frage des Vollzuges von Bedeutung sind, kann darauf verwiesen werden. Wie dort aufzuzeigen sein wird, ändern die Vorbringen der Verteidigung nichts an der Qualifikation der Prognose als schlecht. Die Freiheitsstrafe ist deshalb zu vollziehen. VI. Widerruf/Rückversetzung 1. Grundsätzlich kann auch hierzu auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Sie geht von einer klar ungünstigen Prognose aus und erklärte die Reststrafe für vollziehbar (Urk. 50 S. 30 f.).

- 20 -

## E. 2.6

Entschieden abzulehnen ist indessen die in der Lehre teilweise vertretene Auffassung, wonach die fakultative Landesverweisung nur in Fällen von schweren Delikten und schwerem Verschulden zum Zuge kommen soll (VETTERLI LUZIA, in: Graf Damian K. (Hrsg.), StGB Annotierter Kommentar, Bern 2020, Art. 66abis, N 4). Vielmehr kann die fakultative Landesverweisung auch bei leichten Delikten ausgesprochen werden. Dies ergibt sich alleine schon aus dem Umstand, dass selbst der Deliktskatalog der obligatorischen Landesverweisung gemäss Art. 66a Abs. 1

- 27 - lit. a–o StGB auch minder schwere Straftaten enthält, so zum Beispiel die Tatbestände des Angriffs (Art. 134 StGB), des Diebstahls in Verbindung mit Hausfriedensbruch (Art. 139 i.V.m. Art. 186 StGB) oder der unrechtmässige Bezug von Leistungen einer Sozialversicherung oder der Sozialhilfe (Art. 148a Abs. 1 StGB). Leitlinie in der Entscheidungsfindung ist sodann, insbesondere bei neueren Gesetzen mit noch wenig ausgebildeter Rechtsprechung, der Wille des Gesetzgebers. Dem Amtlichen Bulletin der Bundesversammlung vom 10. Dezember 2014 (Geschäft Nr. 13.056 betreffend StGB und MStG, Ausschaffung krimineller Ausländer, S. 1236 ff.; nachfolgend: AB), sind mehrere eindeutige Voten der parlamentarischen Beratung im Ständerat als Zweitrat zu entnehmen. Insbesondere ist auf folgendes Votum des Kommissionssprechers Stefan Engler hinzuweisen: "Die Mehrheit der Stimmenden will, dass mit straffälligen Ausländern streng zu verfahren ist" (vgl. AB, S. 1236). In der weiteren Beratung legte derselbe Folgendes dar: "Anders als der Bundesrat und der Nationalrat schlagen wir Ihnen vor, die nichtobligatorische Landesverweisung wieder einzuführen. Der Richter soll damit zusätzlich zu den obligatorischen Gründen, die zu einer Landesverweisung führen, die Möglichkeit erhalten, auch bei leichten Delikten, insbesondere im Wiederholungsfall, die von der obligatorischen Landesverweisung nicht erfasst sind, eine Landesverweisung von 3 bis 15 Jahren zu verhängen. Damit können z.B. Kriminaltouristen erfasst werden, die wiederholt etwa einen einfachen Diebstahl begangen haben. Diese zusätzliche Möglichkeit bringt gegenüber den Varianten des Bundesrates und des Nationalrates eine Verschärfung. [...] Weiter enthält die Variante der Kommission auch eine Regelung über die nichtobligatorische Landesverweisung. Damit werden alle Ausländer, die eine Straftat begangen haben, von der strafrechtlichen Landesverweisung erfasst, entweder von der obligatorischen oder von der nichtobligatorischen" (vgl. AB, S. 1237). Schliesslich führte der Kommissionsprecher aus: "Die Möglichkeit der nichtobligatorischen Landesverweisung eröffnet dem Richter eine zusätzliche Möglichkeit. Immer dann, wenn die Voraussetzungen der obligatorischen Landesverweisung nicht gegeben sind oder aber ausländerrechtliche Fernhaltmassnahmen nicht genügen, kann er namentlich bei Wiederholungstätern auch bei weniger schweren Delikten die Landesverweisung strafrechtlich anordnen. Insofern handelt es sich um eine Verschärfung gegenüber der

- 28 - Version des Nationalrates und der Version des Bundesrates" (vgl. AB, S. 1253). In dieselbe Richtung gehen die Voten von Ständerätin Verena Diener Lenz: "Zusätzlich haben wir mit der Wiedereinführung der nichtobligatorischen Landesverweisung die Möglichkeit geschaffen [...], dass Richter auch bei leichten Delikten eine Landesverweisung verhängen können. Das war zum Beispiel im Hinblick auf den Kriminaltourismus für uns in der Kommission ein wichtiges Anliegen" (vgl. AB, S. 1240).

### **E. 2.7**

Damit entbehrt die in der Lehre teilweise vertretene Auffassung, wonach die fakultative Landesverweisung nur bei schweren Delikten zur Anwendung kommen soll, jeder Grundlage. Letztlich wäre die Ablehnung des in der parlamentarischen Debatte klar formulierten Willens des Gesetzgebers nicht nur eine Missachtung des gesetzgeberischen Willens, sondern auch eine Missachtung der Gewaltenteilung. Sodann ist die fakultative Landesverweisung auch dann auszusprechen, wenn bereits angeordnete ausländerrechtliche Massnahmen ihre Wirkung verfehlt haben. Schliesslich ist bei der Frage des Ob und der Dauer einer nicht obligatorischen Landesverweisung das Verhältnismässigkeitsprinzip einschränkungslos zu beachten. Relevante Abwägungskriterien sind insbesondere auch diejenigen Aspekte, welche im Rahmen des "schweren persönlichen Härtefalls" im Sinne von Art. 66a Abs. 2 zu berücksichtigen sind (BGE 145 IV 63).

### **E. 2.8**

Im Lichte dieser Grundsätze gilt es für den vorliegenden Fall vorab festzuhalten, dass es sich beim Beschuldigten um einen Wiederholungstäter ohne Aufenthaltsberechtigung handelt. Bezüglich der Schwere, der schnellen Kadenz und der Einschlägigkeit der Vortaten kann auf das oben unter E. IV.2 Ausgeführte verwiesen werden. Somit zählt der Beschuldigte grundsätzlich zu jener Tätergruppe, auf welche die fakultative Landesverweisung abzielt. Es ist deshalb zu überprüfen, ob beim Beschuldigten auch die weiteren Voraussetzungen für eine Landesverweisung gegeben sind (BGer Urteil 6B\_594/2019 vom 4. Juli 2019).

### **E. 2.9**

Der Beschuldigte ist ein Ausländer, welcher erst im Erwachsenenalter in die Schweiz eingereist ist. Demnach ist im Rahmen der Überprüfung der Verhältnismässigkeit die Art und die Schwere der Delikte, die Aufenthaltsdauer des Beschuldigten und sein Verhalten in dieser Zeit, seine familiären, kulturellen und sozialen

- 29 - Bindungen zur Schweiz und zu seiner Heimat zu überprüfen (BGE 139 I 145 E. 2.4; BGE 139 I 31 E. 2.3.3; BGE 135 II 377 E. 4.3; BGer Urteil 6B\_549/2019 vom 29. Mai 2019 E. 2.1; 6B\_242/2019 vom 18. März 2019 E. 1.1; 6B\_1314/2018 vom 29. Januar 2019 E. 5.1 und 6B\_594/2019 vom 4. Juli 2019).

#### **E. 2.9.1**

Mit Bezug auf die familiären Bindungen im Sinne von Art. 8 EMRK gilt es festzuhalten, dass der Beschuldigte (noch) nicht mit seiner Kernfamilie zusammenlebt. Wohl pflegt er zu seinen Kindern regelmässigen Kontakt. Dies alleine steht jedoch nicht unter dem besonderen Schutz von Art. 8 EMRK. Abgesehen davon ist dieses Zusammenleben nur möglich, weil er sich ohne Aufenthaltsbewilligung hier aufhält. Würde er sich gesetzeskonform verhalten, würde er nicht hier leben und die Landesverweisung würde an

der familiären Situation nichts ändern. Auch kann von einer gelungenen Integration nicht die Rede sein. Abgesehen von Kontakten zu seinen Kindern lebt er hier isoliert. Er ist – zumindest teilweise – auf die Dienste eines Dolmetschers angewiesen. Insbesondere ist der Beschuldigte in den letzten Jahren immer wieder und teils erheblich kriminell in Erscheinung getreten. Damit hat er bewiesen, dass er sich nicht nur nicht integriert hat, sondern sich auch nicht darum bemüht, die Gesetze zu respektieren. Abgesehen davon ist auch die 30 jährige Aufenthaltsdauer zu relativieren, lebt er doch seit mittlerweile bald 6 Jahren ohne Aufenthaltstitel in der Schweiz.

### **E. 2.9.2**

Weiter liess der Beschuldigte geltend machen, dass er an einer Nierenerkrankung und einem Glaukom leide, welche engmaschig kontrolliert und medikamentös behandelt werden müsse. Dass in seiner Heimat die Krankheiten fachgerecht behandelt und bezahlt werden könnten, sei schlicht illusorisch. Ebenso bestehe die Wahrscheinlichkeit, dass er in Zukunft Dialysen machen müsse, was dort ebenfalls nicht möglich sei. Dies stelle eine ernsthafte Gefahr an Leib und Leben dar weshalb die Landesverweisung die Menschenrechte verletzen würde (Urk. 37 S. 26; vgl. auch Urk. 68 S. 7). Die Nierenerkrankung des Beschuldigten besteht nach wie vor. Er bekräftigte an der Berufungsverhandlung schliesslich seinen Standpunkt, wonach diese Krankheit in Ghana nicht angemessen versorgt werden könne (Urk. 67 S. 3).

- 30 - Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat sich in seinem Entscheid VB.2022.00471 vom 30. März 2023 ausführlich mit den gesundheitliche Aspekten nach seiner Rückkehr nach Ghana beschäftigt und ist nach ausführlicher und überzeugender Begründung zum Schluss gekommen, dass der Gesundheitszustand einer Wegweisung nicht entgegen steht (Urk. 65). Obwohl das Strafgericht nicht an den Entscheid des Verwaltungsgerichts gebunden ist, können der Entscheid und die Begründung ohne weiteres übernommen werden, da es um denselben Sachverhalt geht, welcher in beiden Verfahren nach denselben Prinzipien abgeklärt wird. Somit steht einer Rückkehr nach Ghana auch aus medizinischer Sicht nichts entgegen.

### **E. 2.9.3**

Schliesslich gilt es auch das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung zu überprüfen. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass sich das Bundesgericht bei Straftaten von Ausländern gegen das BetmG hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit stets rigoros gezeigt hat (BGer Urteile 6B\_1124/2021 vom 16. Dezember 2022 E. 3.2.1; 6B\_1424/2019 vom 15. September 2020 E. 3.4.10; je mit Hinweisen). Der Beschuldigte ist in der Vergangenheit immer wieder in die Weitergabe von Drogen involviert gewesen. Zudem hält er sich illegal hier auf. Es besteht ein hohes öffentliches Interesse an der Verhinderung von derartigen Taten. Zwar mag zutreffen, dass die heute auszusprechenden Sanktionen nicht sehr hoch ausfallen. Der Beschuldigte ist aber mehrfach einschlägig vorbestraft und hat seine zahlreichen gewährten Chancen nie genutzt. Schliesslich liegt auch eine ungünstige Legalprognose vor. Die Interessenabwägung fällt klar zu Ungunsten des Beschuldigten aus. 2.10.Zusammengefasst lässt sich somit festhalten, dass die vorliegende Konstellation somit genau derjenigen entspricht, die der Gesetzgeber bei der Schaffung der Bestimmung über die fakultative Landesverweisung gemäss Art. 66abis StGB vor Augen gehabt hat: Ein Seriendelinquent ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz. 2.11.Bei der Frage der

Dauer der fakultativen Landesverweisung gemäss Art. 66abis StGB ist der Rahmen von 3 bis 15 Jahre zu beachten, wobei die obere Grenze von 15 Jahren derjenigen der obligatorischen Landesverweisung ent-

- 31 - spricht. Wiederum unter Berücksichtigung, dass der Beschuldigte einerseits Wiederholungstäter und ohne Aufenthaltstitel ist, bei welchem die bisher ausgesprochenen Fernhaltmassnahmen nicht zielführend waren, ihm aber andererseits ein eher leichtes Verschulden zur Last gelegt werden kann, erscheint eine Landesverweisung mit einer Dauer von 5 Jahren als angemessen. 2.12. Des Weiteren beantragt die Staatsanwaltschaft die Ausschreibung im SIS (Urk. 71). Ausschreibungen im SIS dürfen gemäss dem in Art. 21 SIS-II-Verordnung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip nur vorgenommen werden, wenn die Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Falles dies rechtfertigen. Voraussetzung für die Eingabe einer Ausschreibung zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung im SIS ist eine nationale Ausschreibung, die auf einer Entscheidung der zuständigen nationalen Instanz (Verwaltungsbehörde oder Gericht) beruht; diese Entscheidung darf nur auf der Grundlage einer individuellen Bewertung ergehen (Art. 24 Abs. 1 SIS-II-Verordnung). Die Ausschreibung wird eingegeben, wenn die Entscheidung nach Art. 24 Abs. 1 SIS-II-Verordnung auf die Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder die nationale Sicherheit gestützt wird, die die Anwesenheit des betreffenden Drittstaatsangehörigen im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats darstellt (Art. 24 Abs. 2 Satz 1 SIS-II-Verordnung). Dies ist insbesondere bei einem Drittstaatsangehörigen der Fall, der in einem Mitgliedstaat wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist (Art. 24 Abs. 2 lit. a SIS-II-Verordnung). Drittstaatsangehöriger ist gemäss Art. 3 lit. d SIS-II-Verordnung, wer weder EU-Bürger noch Angehöriger eines Drittstaats ist, der aufgrund von Übereinkommen zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und den betreffenden Drittstaaten andererseits eine der Freizügigkeit der Bürger der Europäischen Union gleichwertige Freizügigkeit geniesst. Als Drittstaatsangehörige im Sinne von Art. 24 SIS-II-Verordnung gelten daher auch drittstaatsangehörige Familienangehörige eines Unionsbürgers (vgl. BGer Urteile 6B\_628/2021 vom 14. Juli 2022 E. 2.2.2; 6B\_834/2021 vom 5. Mai 2022 E. 2.2.4 mit Hinweis).

- 32 - Art. 24 Abs. 2 lit. a SIS-II-Verordnung erfordert weder eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr noch einen Schuldspruch wegen einer Straftat, die mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr bedroht ist. Insoweit genügt, wenn der entsprechende Straftatbestand eine Freiheitsstrafe im Höchstmass von einem Jahr oder mehr vorsieht. Indes ist im Sinne einer kumulativen Voraussetzung stets zu prüfen, ob von der betroffenen Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung). An die Annahme einer solchen Gefahr sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Nicht verlangt wird, dass das "individuelle Verhalten der betroffenen Person eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt". Dass bei der Legalprognose eine konkrete Rückfallgefahr verneint und die Strafe bedingt ausgesprochen wurde, steht einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS daher nicht entgegen (zum Ganzen: BGE 147 IV 340 E. 4.8; BGer Urteile 6B\_628/2021 vom 14. Juli 2022 E. 2.2.3; 6B\_834/2021 vom 5. Mai 2022 E. 2.2.2; 6B\_19/2021 vom 27. September 2021 E. 5.1). Bei den begangenen Delikten handelt es um solche von einer gewissen Schwere. Nach ständiger Rechtsprechung geht bei Betäubungsmitteldelikten eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche

Ordnung aus (vgl. BGE 139 I 145 E. 2.5; vgl. BGer Urteil 6B\_834/2021 vom 5. Mai 2022 E. 2.4.1; je mit Hinweis). Zu berücksichtigen sind dabei auch die einschlägigen Vorstrafen. Die Voraussetzungen von Art. 21 und 24 SIS-II-Verordnung für die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS sind daher erfüllt. IX. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist praxisgemäss auf Fr. 3'600.– 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

- 33 - unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre gestellten Anträge gutgeheissen werden (DOMEISEN in: BSK StPO II, 2. Aufl. 2014, Art. 428 N 6). 2. Der Beschuldigte strebte mit seiner Berufung einen Freispruch und daraus folgend einen Verzicht auf Widerruf und Landesverweisung an. Er unterliegt im Berufungsverfahren mit seinen Anträgen vollumfänglich. Auf der anderen Seite obsiegt auch die Staatsanwaltschaft nicht vollumfänglich, da sie eine höhere Strafe und eine längere Landesverweisung beantragt hat. Ausgangsgemäss sind deshalb dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens zu 5/6 aufzuerlegen und im Übrigen auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine allfällige Rückerstattungspflicht im Umfang von 5/6 bleibt vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO). 3. Die amtliche Verteidigung macht einen Aufwand von 41.15 Stunden sowie Barauslagen von total Fr. 87.50.– geltend (Urk. 70). Der geltend gemachte Aufwand ist ausgewiesen und erscheint angemessen. Unter Berücksichtigung der tatsächlichen Dauer der Berufungsverhandlung erweist sich daher eine Pauschalentschädigung in Höhe von Fr. 9'300.– (inkl. MwSt.) angemessen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 7. Dezember 2022 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig ■ der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG; ■ des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG sowie ■ der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG, teilweise in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG. 2. [...]

- 34 - 3. [...] 4. [...] 5. [...] 6. [...] 7. [...] 8. Es wird keine Ersatzforderung festgesetzt. 9. Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 2. Juni 2022 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Asservate-Triage lagernden Gegenstände, Betäubungsmittel und Betäubungsmittelzubehöre (Polis-Geschäftsnummer 79835146) werden eingezogen und nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen: ■ Mobiltelefon Samsung (Asservat-Nr. A014'798'448); ■ Betäubungsmittelfeinwaage (Asservat-Nr. A014'798'368); ■ Portion Kokain (Asservat-Nr. A014'798'379); ■ 21 Portionen Kokain (Asservat-Nr. A014'798'380); ■ Pulverrückstände (Asservat-Nr. A014'798'404); ■ Tasse mit Pulverrückständen (Asservat-Nr. A014'798'415); ■ 10.7 Gramm Kokain (Asservat-Nr. A014'798'437).

### E. 3

Dem hält die Staatsanwaltschaft entgegen, dass der Abnehmer B. \_\_\_\_\_ klare, nachvollziehbare, detailreiche und stringente Aussagen gemacht habe, an denen es keinen Anlass zu Zweifeln gebe (Urk. 36 S. 4; Urk. 71 S. 2 ff.).

#### **E. 4**

Der zunächst als Auskunftsperson befragte B.\_\_\_\_\_ gab im Rahmen der polizeilichen Einvernahme an, dass der Beschuldigte ihm am 20. Dezember 2022 geschrieben habe, dass er die "blauen 2" hier habe. Erst später habe er gemerkt, dass es sich dabei um Viagra gehandelt habe (Urk. 5/1 S. 3). Diese Aussage bestätigte er im Zuge seiner Einvernahme vom 6. Januar 2022 als Zeuge: Er sei bei diesen blauen Pillen davon ausgegangen, dass es sich, wie bei den früher bezogenen

- 9 - weissen Pillen, um Potenzmittel handle, wobei er erst im Nachhinein festgestellt habe, dass es sich dabei um Viagra gehandelt hat. Auf die Frage, woher er wisse, dass es sich bei den blauen Pillen um Viagra gehandelt habe, gab er an, dass auf den Tabletten ein Logo angebracht gewesen sei, welches – seiner Erinnerung nach – demjenigen von Viagra Tabletten entsprochen habe (Urk. 5/4 Frage 25 und 26). Diese Aussagen sind zwar knapp, aber widerspruchsfrei und plausibel. Entgegen der Ansicht der Verteidigung, welche isoliert nur einzelne Aussagen bzw. Formulierungen aus der Einvernahme vom 6. Januar 2022 würdigen möchte (vgl. Urk. 68 S. 4 f.), hat B.\_\_\_\_\_ in mehreren Einvernahmen zu Protokoll gegeben, dass es sich – wie er im Nachhinein festgestellt habe – bei den blauen Tabletten um Viagra gehandelt habe. Aus der einmal protokollierten Formulierung des Zeugen B.\_\_\_\_\_, wonach er "glaube", es habe sich um das gleiche Logo gehandelt (Urk. 5/4 Frage 26), lässt sich entgegen der Verteidigung keine relevante Unsicherheit ableiten, zumal er an anderen Stellen zu Protokoll gab, er habe im Nachhinein "festgestellt" bzw. "bemerkt", dass es sich um Viagra gehandelt habe (Urk. 5/1 Frage 25; Urk. 5/4 Frage 25). Fakt ist damit, dass B.\_\_\_\_\_ mehrmals ausgesagt hat, dass es sich seiner Ansicht nach um Viagra Tabletten gehandelt habe. Die Identifikation der Pillen ist auf Grund der typischen Farbe und der eingestanzten Marke präzise. Zudem ist nicht erkennbar, weshalb der Beschuldigte zu Unrecht belastet werden sollte, setzte sich B.\_\_\_\_\_ damit doch als Abnehmer der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung aus.

#### **E. 5**

Nachdem der Beschuldigte im Zuge der Untersuchung zu diesem Vorwurf keine Aussagen machte (Urk. 4), gab er in der Befragung anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung an, dass es sich dabei um ein Naturmittel gehandelt habe, welches er in verschiedenen Farben erhalten habe. Es sei kein Viagra gewesen. Der Zeuge habe nicht konkret sagen können, um was es sich dabei gehandelt habe. (Prot. I S. 11). An der Berufungsverhandlung stellte er sich erneut auf den Standpunkt, es habe sich um ein Naturmittel gehandelt. Dieses könne man in afrikanischen Geschäften erwerben (Urk. 67 S. 6).

#### **E. 6**

Entgegen der Darstellung des Beschuldigten trifft es nicht zu, dass B.\_\_\_\_\_ nicht konkret habe sagen können, um was es sich bei den Pillen gehandelt habe.

- 10 - Im Gegenteil konnte er die blauen Pillen, wie oben ausgeführt, sehr genau beschreiben und auch explizit die eingestanzte Marke nennen. Zudem sprach dieser konstant von durchwegs von weissen Pillen, die er erhalten habe. Zusätzlich habe er die Viagra Pillen erhalten. Weitere Farben hat der Beschuldigte nicht erwähnt, was ebenfalls gegen die Sachverhaltsdarstellung des Beschuldigten spricht. Zudem wäre auch nicht einzusehen, weshalb er diese zu einem derart hohen Preis von Fr. 20.– bis Fr. 30.– und auf eine derart umständliche Weise über den Beschuldigten hätte beziehen sollen, würde es sich

dabei tatsächlich um in Afrikashops frei verkäufliche Potenzmittel handeln. Die Ausführungen des Beschuldigten sind in diesem Zusammenhang nicht glaubhaft. Vielmehr ist auf die überzeugenden Angaben von B.\_\_\_\_\_ abzustellen. Der Anklagesachverhalt ist in diesem Punkt in objektiver Hinsicht erstellt.

#### **E. 7**

Es liegt in der Natur der Sache, dass bei ungeständigen Tätern die subjektiven Elemente und Motive weitgehend im Dunkeln bleiben. Es ist somit zu überprüfen, ob aufgrund der äusserlich wahrnehmbaren Umstände auf innere Vorgänge geschlossen werden kann. Die Vorgehensweise bei der Bestellung der Pillen lässt einzig auf ein bewusstes und direkt vorsätzliches Handeln mit Wissen und Willen auf sämtliche Tatbestände schliessen. Gemäss erstelltem objektivem Sachverhalt steht im Übrigen fest, dass das Viagra Markenlogo auf den Tabletten eingestanzelt war, weshalb der Beschuldigte die Art der Tabletten zwangsläufig erkannt haben muss. Der Sachverhalt ist daher auch in subjektiver Hinsicht erstellt. III. Rechtliche Würdigung 1. Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG verletzt, wer Arzneimittel ohne die erforderliche Zulassung oder Bewilligung, entgegen den mit einer Zulassung oder Bewilligung verknüpften Auflagen und Bedingungen oder entgegen den in den Artikeln 3, 7, 21, 22, 26, 29 und 42 statuierten Sorgfaltspflichten herstellt, in Verkehr bringt, anwendet, verschreibt, einführt, ausführt oder damit im Ausland handelt. Der Wirkstoff von Viagra ist Sildenafil (vgl. den Eintrag zu Viagra auf [www.compendium.ch](http://www.compendium.ch); zuletzt abgerufen am 3. April 2024). Dabei handelt es sich um ein grundsätzlich verschreibungspflichtiges Medikament. Solche dürfen nur von Apothekerinnen und Apothe-

- 11 - ker auf ärztliche Verschreibung abgegeben werden (Art. 24 Abs. 1 lit. a Heilmittelgesetz HMG). Der Beschuldigte ist nicht Apotheker und folglich ist auch nicht zu überprüfen, ob vorliegend ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 45 Absatz 1 lit. a der Arzneimittelverordnung (VAM; SR 812.212.21) vorliegt, welche Apothekerinnen und Apothekern unter bestimmten Voraussetzungen die Abgabe von Viagra auch ohne Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses erlaubt (Anhang 2 zu Art. 45 Abs. 2 Arzneimittelverordnung Ziff. 6 d.). 2. Dieses Handeln erfüllt den Tatbestand von Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG, wonach mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft wird, wer Arzneimittel ohne ärztliche Verschreibung oder entgegen den mit der Zulassung oder Bewilligung verbundenen Auflagen und Bedingungen in Verkehr bringt. Der Beschuldigte hat die Pillen ohne ärztliche Verschreibung und ohne Apotheker zu sein abgegeben. Damit hat der Beschuldigte tatbestandsmässig gehandelt und er ist im Sinne von Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG schuldig zu sprechen. IV. Sanktion 1. Grundsätze der Strafzumessung Die Vorinstanz hat die Grundlagen der Strafzumessung ausführlich und korrekt wiedergegeben. Es kann darauf verwiesen werden (Urk. 50 S. 17 f.). 2. Konkrete Strafzumessung

#### **E. 10**

Die folgenden, sichergestellten und bei der Kantonspolizei Asservate-Triage lagernden Gegenstände, Spuren und Spureenträger (Polis-Geschäftsnummer 79835146) werden eingezogen und nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen: ■ DNA-Spur – Wattetupfer (Asservat-Nr. A014'810'390); ■ DNA-Spur – Wattetupfer (Asservat-Nr. A014'810'458); ■ Mobiltelefon Huawei (Asservat-Nr. A014'798'426); ■ DNA-Spur – Wattetupfer (Asservat-Nr. A014'810'469); ■ Datenauslesung/Datensicherung Mobiltelefon (Asservat-Nr. A014'839'679); ■ SIM-Karte (Asservat-Nr. A014'839'680); ■ Datenauslesung/Datensicherung SIM-Karte (Asservat-Nr.

A014'839'691);

- 35 - ■ Mobiltelefon Apple iPhone (Asservat-Nr. A014'798'459); ■ Mobiltelefon Wiko (Asservat-Nr. A014'798'460).

#### **E. 11**

Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'600.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 2'500.00 Gebühr für das Vorverfahren; Fr. 990.00 Auslagen (Gutachten FOR); Auslagen Polizei (Auswertung Mobiltelefon [Fr. 450.–] / Fr. 730.00 labortechnische Verarbeitung extern gesicherter Asservate [Fr. 280.–]) Entschädigung amtliche Verteidigung, Rechtsanwältin Fr. 8'457.80 MLaw X2.\_\_\_\_\_ ab 10. März 2021 bis 19. November 2021 (inkl. Barauslagen und MwSt.); Entschädigung amtliche Verteidigung, Rechtsanwalt Fr. 13'318.25 MLaw X1.\_\_\_\_\_ ab 15. November 2021 bis 7. Dezember 2022 (inkl. Barauslagen und MwSt.) Fr. 29'596.05 Total. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

#### **E. 12**

[...]

#### **E. 13**

[Mitteilungen]

#### **E. 14**

[...]" 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist zudem schuldig der unerlaubten Verbreitung von Arzneimitteln im Sinne des Heilmittelgesetzes im Sinne von Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG. 2. Die mit Entscheid des Amts für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 25. Juli 2019 für eine Freiheitsstrafe von insgesamt 66 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von 670 Tagen verfügte bedingte Entlassung wird widerrufen und der Vollzug der Reststrafe von 670 Tagen Freiheitsstrafe angeordnet.

- 36 - 3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Reststrafe bestraft mit 28 Monaten und 10 Tagen Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe, wovon bis und mit heute 142 Tage durch Haft sowie vor- zeitigen Strafvollzug bereits erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 1'000.–. 4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben. Die Busse ist zu bezahlen. 5. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen. 6. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66abis StGB für die Dauer von 5 Jahren des Landes verwiesen. 7. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthalts- verweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet. 8. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 12) wird bestätigt. 9. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'600.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 9'300.– amtliche Verteidigung 10. Die Kosten des Berufungsverfahrens – mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung – werden zu 5/6 dem Beschuldigten auferlegt und zu 1/6 auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden im Umfang von 5/6 einstweilen und im Übrigen definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungs- pflicht im Umfang von 5/6 bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 11. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des ■ Beschuldigten (übergeben) die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (übergeben) ■

- 37 - das Migrationsamt des Kantons Zürich ■ sowie in vollständiger Ausfertigung an die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des ■ Beschuldigten die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl ■ das schweizerische Heilmittelinstitut Swissmedic ■ und nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an die Vorinstanz ■ den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und ■ Vollzugsdienste das Migrationsamt des Kantons Zürich ■ die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A und Formular B ■ die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des ■ DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten. 12. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der gemäss Art. 35 und 35a BGerR zuständigen strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

- 38 - Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 25. März 2024 Der Präsident:  
Der Gerichtsschreiber: lic. iur. S. Volken MLaw L. Zanetti

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