

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180114-O/U/hb

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Wasser-Keller und Ersatzoberrichter lic. iur. Wenker sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. Karabayir

Urteil vom 19. Juni 2018

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc. und Widerruf**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 12. Dezember 2017 (DG170189)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 4. Juli 2017 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 32).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG,
 - der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG sowie
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 16 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 177 Tage durch Haft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 500.–.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Der bedingte Vollzug der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Januar 2016 ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 24 Monaten wird unter Anrechnung der erstandenen Haft von 179 Tagen widerrufen.
6. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a lit. o StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen.
7. Von einer Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird abgesehen.

8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. März 2017 beschlagnahmte Barschaft in Höhe von insgesamt Fr. 409.30 wird eingezogen und zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. März 2017 beschlagnahmten, bei der Stadtpolizei Zürich sichergestellten und unter der Lagernummer S02779-2016 aufbewahrten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (22.2 Gramm Kokain, 100.3 Gramm Kokain, 5.3 Gramm Kokain, 1 Feinwaage, 1 Socke als Verpackung, 1 Plastikbeutel als Verpackung) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
10. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. März 2017 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:
 - 1 Mobiltelefon Nokia, Asservat Nr. A009'834'940,
 - 1 Mobiltelefon Nokia, Asservat Nr. A009'835'056,
 - 3 SIM-Karten Yallo, Asservat Nr. A009'835'067 und A009'835'208,
 - 1 Mobiltelefon Nokia, Asservat Nr. A009'835'078,
 - 1 Mobiltelefon Nokia, Asservat Nr. A009'835'089,
 - 1 SIM-Karte Swisscom, Asservat Nr. A009'835'103,
 - 1 SIM-Kartenhalterung Vodafone, Asservat Nr. A009'835'114.
11. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. März 2017 beschlagnahmten Bankkarten ZKB (Asservat Nr. A009'835'090) sowie das Halbtax-Abo (Asservat Nr. A009'835'125) werden dem Beschuldigten innert 30 Tagen seit Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen heraus gegeben. Nach unbenutztem Fristablauf werden diese Gegenstände vernichtet.
12. Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger mit Fr. 5'000.– (inkl. Barauslagen und MwSt) entschädigt.

13. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
- Fr. 4'500.--; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 3'000.-- Gebühr Strafuntersuchung;
 - Fr. 2'338.40 Gutachten / Expertisen etc.;
 - Fr. 4'205.-- Auslagen Untersuchung;
 - Fr. 5'000.-- amtliche Verteidigung.
14. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung und der Dolmetscherkosten, werden dem Beschuldigten auferlegt.
15. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von Fr. 4'825.05 (Honorar amtliche Verteidigung abzüglich Dolmetscherkosten).

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 72 S. 2 f.)

- " 1. A._____ sei vom Vorwurf des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG freizusprechen.
2. Er sei schuldig zu sprechen der mehrfachen Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
3. Er sei zu bestrafen mit einer Busse von höchstens Fr. 200.00.
4. Die mit Verfügung vom 29. März 2017 beschlagnahmten Betäubungsmittel, die Waage und die weiteren Gegenstände gemäss Ziff. 1 lit. a der Beschlagnahmeverfügung seien einzuziehen und der Polizei zur Vernichtung zu überlassen.
5. Die mit Verfügung vom 29. März 2017 beschlagnahmten SIM-Karten und Telefone gemäss Ziff. 1 lit. b-k der Beschlagnahmeverfügung seien Herrn A._____ nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils herauszugeben.
6. Der mit Verfügung vom 29. März 2017 beschlagnahmte Bargeldbetrag von Fr. 409.30 gemäss Ziff. 1 lit. l der Beschlagnahmever-

fügung sei zur Deckung der Busse zu verwenden und im Mehrbetrag Herrn A. _____ nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils herauszugeben.

Die mit Verfügung vom 29. März 2017 beschlagnahmten Bankkarten und das Halbtaxabonnement seien Herrn A. _____ nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils herauszugeben.

7. Es sei Herrn A. _____ eine Genugtuung im Betrag von Fr. 44'000.00, zuzüglich 5% Zins ab dem 14. Februar 2017, aus der Staatskasse zu entrichten.
8. Die Kosten der Untersuchung sowie des erst- und des zweitinstanzlichen Gerichtsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, seien auf die Staatskasse zu nehmen."

b) Der Vertreterin der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:

(Urk. 57, schriftlich und sinngemäss)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

VI. Verfahrensgang

1. Gegen das eingangs im Dispositiv erwähnte Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 12. Dezember 2017, das gleichentags mündlich eröffnet und den Parteien im Dispositiv übergeben worden war (Prot. I S. 24 ff.; Urk. 45), meldete die Verteidigung des Beschuldigten mit Eingabe vom 19. Dezember 2017 rechtzeitig die Berufung an (Urk. 47).

2. Nach Zustellung des begründeten Urteils der Vorinstanz an die Parteien am 20. März 2017 (Urk. 51/1-2; Urk. 52) reichte die Verteidigung des Beschuldigten innert der gesetzlichen Frist nach Art. 399 Abs. 3 StPO bei der hiesigen Berufungsinstanz die Berufungserklärung vom 23. März 2018 (Urk. 54) ein. Die

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat verzichtete mittels Eingabe vom 10. April 2018 innert angesetzter Frist auf eine Anschlussberufung und beantragte gleichzeitig die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 57). Weiter stellte sie das Gesuch um Dispensation von der Berufungsverhandlung, was ihr bewilligt wurde (Urk. 57).

3. Nach erfolgter Vorladung zur heutigen Berufungsverhandlung (Urk. 60) wurde mit Präsidialverfügung vom 23. Mai 2018 gestützt auf Art. 389 Abs. 2 StPO von Amtes wegen die Einvernahme des Zeugen B._____ anlässlich der Berufungsverhandlung angeordnet. Gleichzeitig wurde die Staatsanwaltschaft ersucht, die Buchhaltungsunterlagen der Firma B._____, Lüftungs- Klimaanlagen Montagen aller Art, C._____ [Ortschaft], samt Belegen für die Jahre 2013 bis und mit 2016 umgehend zu beschlagnahmen, resp. beschlagnahmen zu lassen, und der hiesigen Kammer vorgängig der Berufungsverhandlung einzureichen (Urk. 62). Diesem Ersuchen gab die Staatsanwaltschaft nicht statt (Urk. 66 - 68). Daraufhin wurde B._____ mit Präsidialverfügung vom 30. Mai 2018 aufgefordert, die Buchhaltungsunterlagen der Firma B._____, Lüftungs- Klimaanlagen Montagen aller Art, C._____, samt Belegen für die Jahre 2013 bis und mit 2016 umgehend herauszugeben, resp. spätestens zur Zeugeneinvernahme mitzubringen (Urk. 64). Der Zeuge kam dieser Aufforderung nicht nach (Prot. II S. 8 f.).

4. Zur Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte und sein amtlicher Verteidiger (Prot. II S. 5 ff.), wobei Letzterer den Beweisantrag stellte, einen neuen Auszug aus dem individuellen Konto des Beschuldigten bei der SVA Zürich einzufordern (Prot. II S. 29). Dieser Antrag ist abzuweisen. So führte die Verteidigung heute selber aus (a.a.O.), dass sich der von ihr vor drei bis vier Wochen beigezogene Auszug nicht von demjenigen unterscheide, welcher in den Akten liege und vom 4. Juli 2017 datiert (Urk. 68/2/5). Insofern sind aus der beantragten Beweisergänzung keine neuen und für das vorliegende Verfahren relevanten Erkenntnisse zu erwarten. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

VII. Prozessuales

1. Teilrechtskraft

1.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung auf-schiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Wer nur Teile des Urteils anfecht, hat in der Berufungserklärung verbindlich anzugeben, auf welche Teile sich die Berufung beschränkt (Art. 399 Abs. 4 StPO). Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Auch wenn das Berufungsgericht nur die angefochtenen Punkte neu beurteilt, fällt es am Ende ein insgesamt neues Urteil (Art. 408 StPO), worin es jedoch anzugeben hat, welche Punkte bereits früher in Rechtskraft erwachsen sind (BGE 141 IV 244 E. 1.3.3).

Dabei ist es naheliegend, dass weitere nicht angefochtene Punkte in die Überprüfung des Urteils einzubeziehen sind, wenn eine enge Konnexität mit den angefochtenen Punkten besteht. Entsprechend ist im Zusammenhang mit einer Überprüfung des Strafmasses regelmässig auch über den bedingten oder unbedingten Vollzug zu entscheiden. Bestätigt das Berufungsgericht den Schuldspruch, sind die weiteren nicht angefochtenen Urteilspunkte bei einer Beschränkung der Berufung nicht zu überprüfen (vgl. dazu Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar [kurz: Praxiskommentar StPO], 3. A., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 399 N 18; Hug / Scheidegger in: Donatsch/ Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [kurz: ZH StPO Komm.], 2.A. Zürich-Basel-Genf 2014, N 19 und 20 zu Art. 399; Sprenger in: Niggli/Heer/ Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung [kurz: BSK StPO], 2. A. Basel 2014, Art. 437, N 31 f.).

1.2. Der Beschuldigte beantragt Freisprüche hinsichtlich der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und des Anstaltentreffens zur einfachen Widerhandlung gegen dasselbe Gesetz (Dispositivziffer 1 alinea 1 und 2), die Aufhebung von Freiheitsstrafe und Landesverweisung, die Zusprechung einer Genugtuung für den erlittenen Freiheitsentzug und die Herausgabe der Mobil-

Telefone, SIM-Karten und des beschlagnahmten Bargeldbetrages von Fr. 409.30, unter entsprechender Korrektur der Strafe sowie der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 54; Urk. 72 S. 2 f.).

1.3. Nachdem die Sanktion trotz Akzeptanz der Busse seitens des Beschuldigten als Ganzes zu überprüfen ist, da die Strafzumessung nicht aufgeteilt werden kann, und das Absehen der Ausschreibung der Landesverweisung zwar nicht angefochten wurde, aber ebenfalls einen Konnex zum Entscheid über die (angefochtene) Landesverweisung aufweist, ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 12. Dezember 2017 bezüglich der Dispositivziffern 1 alinea 3 (Schuldpruch betreffend Übertretungen BetmG), 9 (Einziehung Betäubungsmittel und -utensilien), 11 (Herausgabe Bankkarten) sowie 12 und 13 (Entschädigung amtliche Verteidigung und Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Verschlechterungsverbot

Nachdem die Anklagebehörde das erstinstanzliche Urteil nicht angefochten hat, ist grundsätzlich das Verbot der *reformatio in peius* gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO bezüglich der Strafhöhe und des Vollzugs zu beachten (BGE 143 IV 469 E. 4.1; BGE 139 IV 282). Da die Strafandrohung für die vollendete Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. b-d BetmG und das Anstaltentreffen dazu im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG identisch ist und es sich bei beiden Delikten um Verbrechen im Sinne des Strafgesetzbuches handelt, ist das Gericht in der Würdigung des erstellten Sachverhaltes frei (BGE 139 IV 282 E. 2.5 und 2.6), zumal Art. 19 Abs. 3 BetmG lediglich eine *fakultative* Strafmilderungsmöglichkeit vorsieht und Strafzumessungsfaktoren nicht notwendiger Bestandteil des Urteilsdispositivs im Sinne von Art. 81 Abs. 4 lit. a StPO sind (BGE 143 IV 469 E. 1.5).

3. Beweisgrundsätze

3.1. Hinsichtlich der allgemeinen Regeln der Beweiswürdigung kann vorab auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 52 S. 5 f.). Ergänzend und präzisierend ist jedoch auf Folgendes hinzuweisen:

3.2. Bestreitet ein Beschuldigter wie vorliegend die ihm vorgeworfenen Taten, ist der Sachverhalt aufgrund der Untersuchungsakten und der vor Gericht vorgebrachten Argumente nach den allgemein gültigen Beweisregeln zu erstellen. Gemäss der aus Art. 32 Abs. 1 BV fliessenden und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Maxime "in dubio pro reo" ist bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld zu vermuten, dass der einer strafbaren Handlung Beschuldigte unschuldig ist (BGE 137 IV 219 E. 7.3. mit Hinweisen; BGE 127 I 38 E. 2a). Das heisst der verfolgende Staat hat dem Beschuldigten alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen (Niklaus Schmid / Daniel Jositsch, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. A. Zürich/St. Gallen 2017 [kurz: Handbuch], N 216 f.) und nicht der Beschuldigte seine Unschuld (BGE 127 I 38 E. 2a; Urteil des Bundesgerichts 6B_605/2016 vom 15. September 2016 E. 2.2). Der Grundsatz "in dubio pro reo" findet als Beweislastregel keine Anwendung, wenn der Beschuldigte eine ihn entlastende Behauptung aufstellt, ohne dass er diese in einem Mindestmass glaubhaft machen kann. Es tritt nämlich insoweit eine Beweislastumkehr ein, als nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung von der Anklagebehörde durch hieb- und stichfesten Beweis widerlegt werden muss (Schmid / Jositsch, Praxiskommentar StPO, Art. 10 N 2a; Tophinke in: Niggli/Heer/ Wiprächtiger [Hrsg.], BSK StPO, 2. A. Basel 2014, Art. 10 N 21).

3.3. Liegen keine direkten Beweise vor, ist nach der Rechtsprechung auch ein indirekter Beweis zulässig. Beim Indizienbeweis wird aus bestimmten Tatsachen, die nicht unmittelbar rechtserheblich, aber bewiesen sind (Indizien), auf die zu beweisende, unmittelbar rechtserhebliche Tatsache geschlossen (Urteil des Bundesgerichts 6B_678/2013 vom 3. Februar 2014 E. 3.3. mit Hinweisen). Der Indizienbeweis ist dem direkten Beweis gleichwertig. Indizien sind sogar unentbehrlich zur Aufdeckung innerer Tatsachen wie des Vorsatzes. Es ist zulässig, aus der

Gesamtheit der verschiedenen Indizien, welche je für sich allein betrachtet nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auf eine bestimmte Tatsache oder Täterschaft hindeuten und insofern Zweifel offen lassen, auf den vollen rechtsgenügenden Beweis von Tat oder Täter zu schliessen (Urteil des Bundesgerichts 6B_605/2016 vom 15. September 2016 E. 2.8 mit Hinweisen auf Kommentierung und Rechtsprechung). Der Indizienprozess als solcher verletzt gemäss Bundesgericht somit weder die Unschuldsvermutung noch die aus ihr abgeleiteten Teilrechte. Der Grundsatz "in dubio pro reo" findet auf das einzelne Indiz keine Anwendung (Urteile des Bundesgerichts 6B_605/2016 vom 15. September 2016 E. 2.8; 6B_291/2016 vom 4. August 2016 E. 2.1 und 6B_527/2014 vom 26. September 2014 E. 2.1).

VIII. Sachverhalt

1. Anklage

Dem Beschuldigten wird von der Staatsanwaltschaft zusammengefasst vorgeworfen, im August / September 2016 von einem ihm nicht näher bekannten Mann einen Sack mit einer unbestimmten Menge Kokaingemisch entgegengenommen und anschliessend an seinem Logisort in D._____ aufbewahrt zu haben, wobei das Kokain sowohl zum Eigenkonsum als auch zum Verkauf bestimmt gewesen sei. Im Verhaftungszeitpunkt am 17. November 2016 habe er noch insgesamt 95.32 Gramm reines Kokainhydrochlorid (102.69 Kokaingemisch bestehend aus 98.4 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgrad von 94 %, 4.0 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgrad von 66 %, 0.29 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgrad von 74 %) gelagert gehabt. Zudem habe er bei seiner Verhaftung eine Portion à 19.8 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgrad von 43 % (somit 8.5 Gramm reines Kokainhydrochlorid) in seiner Unterhose auf sich getragen, welche er im Begriffe gewesen sei, an den Konsumenten E._____ zu verkaufen (Urk. 32 S. 2 f.). Weiter wird dem Beschuldigten der Konsum von Kokain durch Schnupfen in der Zeit von Juli bis November 2016 (Verhaftung) vorgeworfen, wobei sich der Konsum mit fortschreitender Zeit reduziert habe (Urk. 32

S. 3). Details des eingeklagten Sachverhalts ergeben sich aus der Anklageschrift vom 4. Juli 2017 (Urk. 32 S. 2 ff.).

2. Standpunkt des Beschuldigten

Der Beschuldigte gestand schon in der Untersuchung und alsdann auch anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung die Entgegennahme von ursprünglich insgesamt 157 g Kokaingemisch von einem ihm namentlich nicht bekannt sein wollenden Mann ein (Urk. D2/4/6 S. 5). Ebenso zeigte er sich betreffend den anschliessenden Besitz der ihm vorgeworfenen und sichergestellten Menge von Anfang an geständig (Urk. D2/4/1 S. 2; D2/4/9 S. 2; Prot. I S. 14 ff.; Prot. II S. 26 ff.).

Er bestritt jedoch jegliche Verkaufsabsichten und machte konstant geltend, das gesamte sichergestellte Kokain sei für seinen Eigenkonsum bestimmt gewesen (Urk. D2/4/1 S. 2, D2/4/6 S. 2 f., D2/4/9 S. 2; Prot. I S. 14 ff.; Prot. II S. 27 und 29). Die Verteidigung macht sinngemäss geltend, der Vorwurf, der Beschuldigte habe das mit sich geführte Kokain verkaufen wollen, sei eine reine Vermutung der Staatsanwaltschaft, wofür sie keinerlei objektive Beweismittel habe (Urk. 42 S. 4 ff.; Urk. 72 S. 4 ff.). Weder aus der sichergestellten Feinwaage, den beschlagnahmten Mobiltelefonen, noch aus den Kontakten zu E._____ oder der Haaranalyse lasse sich etwas zu Ungunsten des Beschuldigten ableiten, denn es sei nicht einmal erstellt, dass der Beschuldigte bei seiner Verhaftung tatsächlich auf dem Weg zu E._____ gewesen sei (Urk. 42 S. 6 f.; Urk. 72 S. 4 - 10).

3. Sachverhaltserstellung / Beweiswürdigung

3.1. Die Vorinstanz hat die vorhandenen Beweise und namentlich die zahlreichen Indizien hinsichtlich der Verkaufsabsicht des Beschuldigten sowohl einzeln als auch in ihrer Gesamtheit nachvollziehbar und schlüssig gewürdigt (Urk. 52 S. 6 - 10). Ihnen ist vollumfänglich zuzustimmen, so dass zur Vermeidung von Wiederholungen darauf verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO). Zusammengefasst stellt die Vorinstanz fest, für die Verkaufsabsichten des Beschuldigten sprächen zahlreiche Anzeichen, so die beim Beschuldigten sichergestellten vier

Mobiltelefone (wovon zwei auf fiktive Personen registriert waren), die vorgefundene Feinwaage, die Menge und der Reinheitsgrad des sichergestellten Kokaingemischs, die einschlägige Kenntnis des Beschuldigten betreffend Verkauf von Kokain, das mittels Haaranalyse des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich (IRM) festgestellte, abnehmende Ausmass des Kokainkonsums des Beschuldigten, und schliesslich der Umstand, dass er in seiner Unterhose eine Wochenration Kokain in gassenüblichem Reinheitsgrad dabei hatte, jedoch keinerlei Reisegepäck, und sich die telefonischen Kontakte zu E. _____ in den Tagen vor der Verhaftung eklatant intensivierten und zur Kokainübergabe an diesen auch die von ihm verfassten SMS kurz vor der Verhaftung passten (Urk. 52 S. 6 -10). Die Vorinstanz schloss aus der Summe von Anzeichen für Verkaufsabsichten in Kombination mit der Sicherstellung einer grösseren Menge hochprozentigen Kokains bei lediglich schwachem bis starkem Eigenkonsum darauf, dass der Beschuldigte die Absicht hatte, mindestens 18 Gramm des sichergestellten Kokains zu verkaufen und den Rest selbst zu konsumieren, wobei sie davon ausging, dass er jedenfalls die mitgeführten 19.8 Gramm Kokain an E. _____ verkaufen wollte (Urk. 52 S. 9 f.). Im übrigen hielt sie aufgrund des Geständnisses des Beschuldigten, das durch die Haaranalyse des IRM bestätigt wurde, den angeklagten Eigenkonsum ebenfalls für erstellt (Urk. 52 S. 5, 7 und 10).

3.2. Die nachfolgenden Ausführungen haben angesichts der überzeugenden Beweiswürdigung der Vorinstanz lediglich ergänzenden Charakter:

3.2.1. Für das vorliegende Verfahren ist die detaillierte Kenntnis des Beschuldigten im Umgang mit Kokain vorauszusetzen. Aus dem früheren Strafverfahren und den damals vom Beschuldigten selber eingestandenen Tathandlungen ergibt sich, dass der Beschuldigte offensichtlich versiert in Kokaindealer-Kreisen verkehrte und demzufolge genauestens über Preis und Qualität von Kokaingemischen und die Abwicklung eines erfolgreichen Kokaingeschäfts Bescheid wusste und weiss.

So erfolgte die Verurteilung des Beschuldigten mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 12. Januar 2016 aufgrund seines Geständnisses im abgekürzten Verfahren (Urk. 39A/22; Urk. 39A/2/8 S. 4; Urk. 39A/2/14 S. 29; Urk. 39A/2/15 S. 3; Urk. 39A/2/16 S. 5). In jenem Verfahren gab der Beschuldigte

zu, die in der Anklageschrift vom 10. September 2015 detailliert und im einzelnen aufgeführten mehrfachen Kaufs- und Verkaufshandlungen von Kokain zwischen Februar und Oktober 2013 zwecks Finanzierung seines Lebensunterhaltes und seines Eigenkonsums vorgenommen zu haben, wobei er sowohl auf codiert geführte telefonische Bestellungen von verschiedenen Lieferanten jeweils ein Kokaingemisch von mehreren Hundert Gramm gegen Bezahlung übernahm, als auch kleinere Mengen von weniger als Hundert Gramm Kokaingemisch an mindestens drei namentlich ermittelte Kunden in mehreren Malen und in kleineren Portionen weiterverkaufte (Urk. 39A/13 S. 2 und 3). Ferner erklärte er im dortigen Verfahren, dass er nach Reklamationen von Kunden über die schlechte Qualität der von F. _____ übernommenen 45 Fingerlingen mit insgesamt 315 bis 360 Gramm Kokaingemisch erstmals ein Gramm ausgekocht habe, das heisse er habe das Kokain in einem Löffel mit Ammoniak aufgelöst und aufgeköcht. Auf dieses eine Gramm sei noch ca. 0.3 Gramm Kokain rausgekommen. Er habe zuhause eine Digitalwaage, mit welcher er das genau habe messen können. Weil er das schlechte Kokain nicht habe verkaufen können, habe er die ganze Menge ausgeköcht, wobei noch knapp 100 Gramm Reinsubstanz verblieben sei, die er selbst geraucht habe (Urk. 39A/2/14 S. 28). Im übrigen waren im dortigen Verfahren bei ihm auch Utensilien zum Wägen und Verpacken von Kokain sichergestellt worden, darunter auch die vom Beschuldigten erwähnte Digitalwaage (Urk. 39A/7/2-3; Urk. 39A/1/4 S. 6). Schliesslich fällt im Vergleich zum vorliegenden Vorwurf auf, dass der Beschuldigte auch im damaligen Verfahren aus dem Jahre 2013 mehrere Mobiltelefone und verschiedene Nummern verwendete. Diesbezüglich gab der Beschuldigte damals nach Vorhalt der überwachten Telefongespräche zu, sich zwecks Absprache mit den Lieferanten und Kunden einer verklausulierten Sprache und Codewörtern bedient zu haben (Urk. 39A/2/8 S. 6 f.; Urk. 39A/2/9 S. 5 und dort. Beilage act. 4; Urk. 39A/2/15 S. 10).

3.2.2. Bezüglich der sichergestellten Mobiltelefone ist darauf hinzuweisen, dass die Verwendung von mehreren Telefonen und verschiedenen Nummern, namentlich auch von solchen, die auf fiktive Personen registriert sind, bei Drogenhändlern absolut normal ist, wie bereits die Vorinstanz erwog. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass bereits im Strafverfahren aus dem Jahre 2013 acht Mobil telefo-

ne bezüglich den Beschuldigten beschlagnahmt wurden, wobei vier Geräte und sechs Rufnummern nachweislich für Gespräche mit Drogenhandel verwendet wurden (Urk. 39A/1/4 S. 6 f.; vgl. oben), wird das Indiz, welches sich aus der Sicherstellung der vier Mobiltelefongeräte und der zwei SIM-Karten, die auf fiktive Personen registriert wurden, deutlich verstärkt.

3.2.3. Erwiesen ist sodann, dass es sich bei E._____ um eine sogar mehrfach einschlägig vorbestrafte Person handelt, über welche gemäss Polizeirapport seit 2006 bis und mit 2017 fünf Vorakten betreffend Betäubungsmittelhandel, -besitz und -konsum vorliegen (Urk. D2/3 S. 5). Mithin erweisen sich auch die Aussagen des Beschuldigten und von E._____ bezüglich ihres Kontaktes zueinander als nicht glaubhaft. Es kann nicht auf die Aussagen von E._____ betreffend den Zweck des Treffens abgestellt werden, da er sich selbst widerspricht: Von der Polizei darauf angesprochen, was er mit dem Beschuldigten zu besprechen gehabt habe, antwortet er nur, es sei etwas heikles gewesen, das er zweimal habe verschieben müssen und worauf er nicht näher eingehen wolle (Urk. D2/4/5 S. 2), obwohl er dies ohne weiteres hätte offenbaren können, wenn es denn tatsächlich um Probleme mit seiner Ehefrau gegangen wäre, wie er später angab (Urk. D2/4/7 S. 5). Mit der Aussage über ein solch privates Thema setzt er sich jedoch selbst in Widerspruch zu seiner anderen eigenen Aussage, wonach er keine enge Beziehung zum Beschuldigten habe, ihn nur ein paar Mal gesehen habe (Urk. D2/4/7 S. 3). Im übrigen ist sein ganzes Aussageverhalten mit der Vorinstanz als vage und ausweichend, insgesamt als unglaubhaft zu bezeichnen. Angesichts des offensichtlich verklausuliert vereinbarten Treffens zwischen dem Beschuldigten und E._____ ("sorry, die Sache geht langsam, nach so langer Zeit"; "Entschuldige, besser morgen Vormittag. Gruss"; Urk. D2/4/7 S. 6) verbleibt kein unüberwindbarer Zweifel, dass der Beschuldigte E._____ zwecks Übergabe des mit sich geführten Kokaingemischs von 19.8 Gramm treffen wollte, weshalb das Treffen effektiv heikel war, weshalb es wie in der Branche üblich verklausuliert vereinbart worden war.

3.2.4. Die Vorinstanz legte überzeugend dar, dass der vom Beschuldigten geltend gemachte Eigenkonsum von Kokain zwischen 15 bis 20 Gramm pro Woche

gestützt auf die Haaranalyse des IRM, das Ergänzungsgutachten vom 3. April 2017 (Urk. D2/5/4 und D2/5/7) und dem Fehlen von Entzugerscheinungen während der Haft sowie dem Fehlen gesundheitlicher Einschränkungen ausgeschlossen werden kann (Urk. 52 S.7 f.). Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen. Zu ergänzen bleibt einzig, dass der Beschuldigte anlässlich der Hauptverhandlung vor Bezirksgericht sowohl im vorliegenden Verfahren als auch im Strafverfahren aus dem Jahre 2013 angab, er nehme seit der Entlassung aus der Haft gar keine Betäubungsmittel mehr, er habe aufgehört und habe keine Probleme damit (Prot. I S. 11 und Urk. 39A [DG150255] Prot. S. 8 vom 12. Januar 2016). Dieses gleichartige, fast wörtliche Aussageverhalten erscheint angesichts des vom Beschuldigten seit August 2016 eingestandenen Kokainkonsums als schönfärberisch und unglaubhaft. Im Strafverfahren DG150255 gestand der Beschuldigte denn auch schliesslich einen Eigenkonsum von monatlich durchschnittlich ca. 50 bis 60 Gramm ein, der bereits mehrere Jahre gedauert habe (Urk. 39A/2/16 S. 2). Im vorliegenden Verfahren will der Beschuldigte nach zwischenzeitlicher Totalabstinenz und anschliessendem gleich starkem Konsum dennoch keinerlei Entzugerscheinungen nach der Verhaftung gehabt haben. Das erscheint als völlig unglaubhaft und lässt daher den Schluss zu, dass der geltend gemachte Eigenkonsum nicht derart stark war, wie der Beschuldigte angab. Hinzu kommt, dass er gemäss seinen Aussagen anlässlich der Berufungsverhandlung seit der eingestanden Übernahme von 157 Gramm Kokaingemisch im August bzw. September 2016 bis zu seiner Verhaftung Mitte November lediglich ca. 35 Gramm konsumierte (Prot. II S. 27; sichergestellt wurden ca. 122 Gramm). Selbst wenn man zu seinen Gunsten von einem Konsum dieser 35 Gramm ab Oktober 2016 ausgehen würde, ergäbe das weniger als 1 Gramm pro Tag ($35/45 = 0.8$). Seine Angaben zum Ausmass seines Eigenkonsums sind somit als reine Schutzbehauptungen zu werten, um den Vorwurf des Drogenhandels zu entkräften.

3.2.5. Zudem spricht ein weiteres starkes Indiz (nebst der Haaranalyse und den fehlenden Entzugerscheinungen) gegen den behaupteten starken Eigenkonsum und für einen beträchtlichen Kokainhandel: Der Beschuldigte machte zum einen widersprüchliche Angaben hinsichtlich seines Konsumverhaltens. Während er gegenüber der Polizei noch angab, ca. 10 bis 15 Gramm pro Tag zu konsumieren

(Urk. D2/4/1 S. 2), reduzierte er diese Mengenangabe anlässlich seiner staatsanwaltschaftlichen Einvernahme und vor Vorinstanz auf 15 bis 20 Gramm pro Woche (Urk. D2/4/6 S. 3; Prot. I S. 16). Zum anderen hätte er den behaupteten Eigenkonsum zusätzlich zu seinem Existenzminimum mit legalen Mitteln unmöglich finanzieren können. Denn stellt man auf die erste Aussage des Beschuldigten ab, so müsste er bei einem unterdurchschnittlichen Strassenpreis von Fr. 60.– pro Gramm (Urk. D2/3 S. 8) eine Summe von mindestens Fr. 18'000.– bis maximal Fr. 27'000.– pro Monat allein für seinen Eigenkonsum zur Verfügung gehabt haben. Geht man davon aus, dass er 15 bis 20 Gramm pro Woche konsumierte, hätte er monatlich Fr. 3'600.– bis maximal Fr. 5'400.– allein zur Finanzierung seines Eigenkonsums benötigt. Dass er diese Mittel jeweils nach Deckung seiner Lebenserhaltungskosten zur Verfügung hatte, kann jedoch bezüglich legalen Mitteln ausgeschlossen werden. So gab der Beschuldigte doch vor Vorinstanz dazu selber an, lediglich durchschnittlich Fr. 2'600.– resp. Fr. 2'950.– brutto bzw. ca. Fr. 2'100.– resp. Fr. 2'400.– netto pro Monat als Lüftungsmonteur bei der Firma von B. _____ verdient zu haben (Prot. I S. 8 f. und S. 13 sowie Urk. 44 [Sammelbeilage; Lohnabrechnungen]). Zwar überzeugen diese Angaben des Beschuldigten trotz der von ihm eingereichten Lohnabrechnungen (Urk. 44 = Urk. 68/2/6) nicht vollends, lassen sich diese doch mit dem Auszug aus dem individuellen Konto des Beschuldigten bei der SVA Zürich vom 4. Juli 2017, wonach auf diesem letztmals für das Beitragsjahr 2012 BVG-Beiträge verbucht wurden (Urk. 68/2/5; Urk. 28/5), nicht in Einklang bringen. Da sie sich aber angesichts der Aussagen des Zeugen B. _____ (Prot. II S. 9 ff.) nicht ohne weiteres widerlegen lassen, ist zugunsten des Beschuldigten von einem entsprechenden Verdienst auszugehen. Es erweist sich somit als absurd, dass der Beschuldigte mit einem derart niedrigen Verdienst den behaupteten Konsum und seine Lebenserhaltungskosten finanziert haben soll.

3.2.6. Abschliessend ist mit der Vorinstanz der Sachverhalt wie angeklagt erstellt und der rechtlichen Würdigung zugrunde zu legen, wobei ebenfalls anklagegemäss davon auszugehen ist, dass die 19.8 Gramm Kokaingemisch, die der Beschuldigte bei der Verhaftung auf sich trug, zum Verkauf an E. _____ bestimmt waren.

IX. Rechtliche Würdigung

1. Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG

1.1. Nach Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG wird unter Strafe gestellt, wer unbefugt Betäubungsmittel lagert, versendet, befördert, einführt, ausführt oder durchführt. Nach lit. c derselben Bestimmung wird bestraft, wer Betäubungsmittel unbefugt veräussert, verordnet, auf andere Weise einem anderen verschafft oder in Verkehr bringt. Wer Betäubungsmittel unbefugt besitzt, aufbewahrt, erwirbt oder auf andere Weise erlangt, untersteht gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG ebenfalls derselben Strafandrohung.

1.2. Unter *Lagern* wird gemeinhin das Aufbewahren zur späteren Verwendung, insb. zu Handelszwecken, verstanden. Da das Lagern vom Begriff des Aufbewahrens gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG zwar nicht zwingend, aber doch meistens, mitumfasst wird, kommt ihm kaum praktische Bedeutung zu (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, Kommentar Betäubungsmittelgesetz [BetmG], 3. A. Zürich 2016, Verlag Orell Füssli [kurz: OFK-BetmG], N 41 und 47 zu Art. 19 mit Hinweisen). *Besitz* im Sinne des BetmG meint nicht den Zustand als solchen, sondern ein dafür kausales Verhalten, nämlich die Herbeiführung und Aufrechterhaltung des illegalen Zustandes, wobei es auf die faktische Möglichkeit des Täters ankommt, die betreffenden Betäubungsmittel in den Verkehr zu bringen (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, OFK-BetmG, N 67 und 69 zu Art. 19). Ebenso wie das Lagern ist auch das *Aufbewahren* im Begriff des unbefugten Besitzes meistens, aber nicht immer, enthalten (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, OFK-BetmG, N 76 zu Art. 19).

1.3. Strafbar sind nach der abschliessenden Aufzählung in Art. 19 Abs. 1 BetmG beinahe alle denkbaren Formen einer vorsätzlichen Beteiligung am unbefugten Drogenverkehr, d.h. sowohl die Verbreitung wie auch schon der Erwerb von Betäubungsmitteln. Erfasst werden sogar blossе Vorbereitungshandlungen, im Gegensatz zum früheren Recht vor der Revision von 2008, nicht aber die fahrlässige Tatbegehung. Das Ergebnis ist eine faktisch flächendeckende Erfassung der Ver-

botsmaterie, wobei sich die in Art. 19 Abs. 1 BetmG aufgeführten Tathandlungen teilweise überschneiden oder gar in anderen gesetzlichen Tathandlungen aufgehen. Wie im alten Recht umschreibt Art. 19 Abs. 1 BetmG nahezu alle Unterstützungshandlungen, die bei anderen Tatbeständen als Teilnahmehandlungen erfasst werden, als selbständige Handlungen (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, OFK-BetmG, N 23, 24 und 97 zu Art. 19; Gustav Hug-Beeli, Betäubungsmittelgesetz [BetmG], Kommentar, Basel 2016, N 785 zu Art. 19; BGE 138 IV 100 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 6B_687/2016 vom 12. Juli 2017 E. 1.4.4).

1.4. Dennoch schützen sie das gleiche Rechtsgut gegen verschiedene Angriffe oder verschiedene Angriffsstadien, so dass zu prüfen ist, ob echte Realkonkurrenz im Sinne einer wiederholten Deliktsbegehung vorliegt. Dabei stehen die Erwerbshandlungen zu den zeitlich daran anschliessenden Weitergabehandlungen im Verhältnis der Subsidiarität, ebenso wie der Besitz als Auffangtatbestand im Verhältnis zu anderen vom Gesetz erfassten Erwerbs- und Weitergabehandlungen bloss subsidiär zur Anwendung gelangt (Fingerhuth/ Schlegel/Jucker, OFK-BetmG, N 155, 157 und 159 zu Art. 19). Das Bundesgericht wies im Urteil 6B_518/2014 vom 4. Dezember 2014 darauf hin, dass nach Lehre und Rechtsprechung lediglich ein Schuldspruch wegen Verkaufs zu erfolgen hat, wenn ein Täter zum Beispiel Betäubungsmittel im Ausland erwirbt, anschliessend in die Schweiz einführt und dort an Konsumenten veräussert. Auch würden strafbare Vorbereitungshandlungen, die einzeln betrachtet als Anstaltentreffen zu qualifizieren wären, durch die Tathandlungen im Sinne von aArt. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 BetmG bzw. nArt. 19 Abs. 1 lit. a-f BetmG konsumiert (Urteil, a.a.O., E. 10.4.3). Ein Schuldspruch wegen Drogentransports schliesst einen Schuldspruch wegen des vorgängigen Erwerbs derselben Droge demgegenüber nicht aus (Urteil 6B_518/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 10.6), da wer Betäubungsmittel transportiert, diese nicht zwingend auch erworben hat (Urteil des Bundesgerichts 6B_885/2015 vom 15. Januar 2016 E. 3.2).

1.5. Ein schwerer Fall nach Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG liegt namentlich vor, wenn der Täter weiss oder annehmen muss, dass sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen in

Gefahr bringen kann. Enthält das Kokaingemisch mindestens 18 Gramm reinen Wirkstoff, ist die Grenze zu Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG überschritten (Urteil des Bundesgerichts 6B_687/2016 vom 12. Juli 2017 E. 1.4.3. mit Hinweisen).

2. Anstaltentreffen zur Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG

2.1. Gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG wird bestraft, wer zu einer Widerhandlung nach den Buchstaben a-f Anstalten trifft.

2.2. Das Anstaltentreffen erfasst sowohl den Versuch im Sinne von Art. 22 StGB wie auch gewisse qualifizierte Vorbereitungshandlungen und wertet sie zu selbständigen Taten mit derselben Strafdrohung wie die übrigen verbotenen Verhaltensweisen auf (BGE 138 IV 100 E. 3.2). Der Tatbestand des Anstaltentreffens erlaubt die Bestrafung von Vorbereitungshandlungen, die der Täter zwecks Begehung eines Delikts gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. a-f BetmG ausführt, soweit dieses tatbestandsmässig nicht erfüllt ist (Urteil des Bundesgerichts 6B_687/2016 vom 12. Juli 2017 E. 1.4.5 m.H.; BGE 130 IV 131 E. 2.1).

In subjektiver Hinsicht setzt der Tatbestand voraus, dass der Täter Anstalten zu einer der in Art. 19 Abs. 1 BetmG genannten Straftaten vorsätzlich getroffen hat. Der Entschluss zur Begehung einer solchen Tat braucht jedoch kein endgültiger zu sein. Auch wer sich vorbehält, beim Auftreten entsprechender Hindernisse von seinem deliktischen Vorhaben Abstand zu nehmen, kann gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG Anstalten treffen (Urteil des Bundesgerichts 6B_273/2013 vom 4. November 2013 E. 2.2.1 m.H.).

2.3. Das Bundesgericht hat sodann mit einem Teil der Lehre das Gesetz dahingehend ausgelegt, dass eine mengenmässig qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz auch in der Form des Anstaltentreffens nach aArt. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG (entspricht dem neuen Art.19 Abs. 1 lit. g BetmG) begangen werden kann. Wer die Betäubungsmittel noch nicht besitzt, macht sich in diesem Sinne schuldig, sofern er beabsichtigt hat, eine qualifizierte Tat zu vollenden, welche ohne weiteres möglich ist (BGE 138 IV 100).

3. Subsumtion

Indem der Beschuldigte an seinem Logisort in D. _____ insgesamt 95.32 Gramm reines Kokain lagerte, um dieses zum grössten Teil für den Eigenkonsum zu verwenden, jedoch mindestens 18 Gramm davon an Abnehmer zu verkaufen (in Nachachtung des Verschlechterungsverbots wird von der vorinstanzlich zugunsten des Beschuldigten festgelegten Aufteilung ausgegangen), erfüllt er fraglos wie von der Vorinstanz erwogen, objektiv und subjektiv den Tatbestand der qualifizierten Widerhandlung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG. Weil nur der Beschuldigte das vorinstanzliche Urteil anfocht, ist das Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO) zu beachten, so dass es offen zu bleiben hat, ob der Beschuldigte durch sein Verhalten nicht auch den Tatbestand der qualifizierten Widerhandlung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG und Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG erfüllte, weil er das Kokain nicht nur bei sich lagerte, um etwa einer Drittperson den Zugang zu den Betäubungsmitteln und damit einhergehend deren Verkauf zu ermöglichen, was selbstverständlich den Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG erfüllt hätte, sondern es bei sich aufbewahrte, um es selbst an weitere Abnehmer zu verkaufen, wofür er auch die sichergestellte Feinwaage verwendete. Daher würde das Lagern im Anstaltentreffen zum Verkauf des Kokains im mengenmässig qualifizierten Umfang aufgehen, wie es die Staatsanwaltschaft auch angeklagt hatte (Urk. 32 S. 3). Dabei fiel der durch die Verhaftung nicht zur Vollendung gekommene Verkauf des vom Beschuldigten auf sich getragenen reinen Kokains von 8.5 Gramm ebenfalls unter denselben Tatbestand und ginge in der qualifizierten Menge auf. Vorliegend hat es beim vorinstanzlichen Schuldspruch wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG und der (einfachen) Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG zu bleiben.

X. Widerruf

1.1. Bezüglich der rechtlichen Voraussetzungen für den Widerruf der vom Bezirksgericht Zürich am 12. Januar 2016 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 24 Monaten zufolge erneuter Delinquenz des Beschuldigten während der im gleichen Urteil angesetzten Probezeit kann - um unnötige Wiederholungen zu vermeiden - vollumfänglich auf die korrekten Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 52 S. 16 f.). Den ebenfalls zutreffenden Erwägungen bezogen auf den vorliegenden konkreten Fall kann einzig hinzugefügt werden, dass sich der Beschuldigte nicht nur durch die ausgesprochene Freiheitsstrafe nicht beeindruckt liess, sondern ebensowenig durch die im dortigen Verfahren erstandene 179-tägige Haft. Durch sein trotz der Verurteilung sofort wieder aufgenommenes Delinquieren offenbart sich nicht nur die Unbelehrbarkeit des Beschuldigten, sondern auch dessen Ignoranz gegenüber der Rechtsordnung seines Aufenthaltsstaates und den fehlenden Willen, sich daran zu halten. Im weiteren hat sich ergeben, dass der Beschuldigte im Moment wieder arbeitslos ist (Prot. II S. 20 f.) Auch seine persönlichen Verhältnisse zeugen nicht von verlässlichen, tragfähigen sozialen Beziehungen, aufgrund welcher Anhaltspunkte für eine Verbesserung und Stabilisierung und damit einhergehend für ein Absehen von deliktischem Verhalten gegeben wären. Der bedingte Vollzug der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. Januar 2016 ausgefallten Freiheitsstrafe ist somit zu widerrufen.

1.2. Der am 1. Januar 2018 in Kraft getretene Art. 46 Abs. 1 StGB schreibt im Gegensatz zum alten, noch von der Vorinstanz angewendeten Recht vor, dass (ausschliesslich) bei *Gleichartigkeit* der widerrufenen Strafe(n) und der neuen Strafe in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden ist. Da für die heute zu beurteilenden Delikte eine Freiheitsstrafe auszufallen sein wird (vgl. unten E. VI), liegt ein solcher Fall von Gleichartigkeit vor. Nachdem diese Revision dem Beschuldigten den Vorteil der Anwendbarkeit des Asperationsprinzips bringt, erweist sich diese neue Bestimmung als milderes Recht im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StGB, weshalb sie in der vorliegenden Konstellation verbindlich ist. Somit ist im Folgenden in einem ersten Schritt von der zu widerrufenen Strafe

als Einsatzstrafe auszugehen, handelt es sich hierbei doch um das schwerere Delikt (Art. 49 Abs. 1 StGB; vgl. Urk. 28/2). Infolge Rechtskraft des entsprechenden Urteils ist das Gericht an die darin festgesetzte Strafhöhe gebunden. In einem zweiten Schritt ist diese Einsatzstrafe für die heute zu beurteilenden Taten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei den jeweiligen Umständen Rechnung getragen werden muss (BGE vom 25. März 2010 [6B_865/2009] E 1.2.2). Schliesslich ist von der so ermittelten Gesamtstrafe die widerrufen Strafe abzuziehen.

VI. Sanktion und Vollzug

1. Strafzumessung

1.1. Bezüglich der allgemeinen Regeln für die Strafzumessung kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 52 S. 11-13, E. 1.1. bis 2.1.).

Zu ergänzen bleibt einzig, dass bei Drogendelikten im Hinblick auf die Strafzumessung Art, Menge und Reinheitsgrad der umgesetzten Drogen mit zu berücksichtigen sind, jedoch das Verschulden des Täters trotzdem im Vordergrund steht. Die Betäubungsmittelmenge ist somit zwar ein wichtiger Strafzumessungsfaktor, ihr kommt jedoch keine vorrangige Bedeutung zu. Massgebend ist das Verschulden und dieses hängt wesentlich auch davon ab, in welcher Funktion und mit welcher Intensität der Täter am Betäubungsmittelhandel mitwirkte. Die genaue Drogenmenge und der Reinheitsgrad verlieren namentlich an Gewicht, je mehr man sich von der Grenze entfernt, ab welcher ein Fall als schwer im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG betrachtet werden muss und wenn mehrere Qualifikationsgründe nach Art. 19 Abs. 2 BetmG gegeben sind (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc; Urteil des Bundesgerichts 6B_297/2014 vom 24. November 2014 E. 2.3.2).

Wie bereits erwähnt, ist das Berufungsgericht in Nachachtung des Verbots der reformatio in peius gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO insofern an die von der Vorinstanz

ausgefällte Sanktion gebunden, als sie diese nicht zum Nachteil des Beschuldigten verändern kann. Sie ist aber dennoch berechtigt, ihre Überlegungen in der Urteilsbegründung bekannt zu geben (BGE 143 IV 469 E. 4.1; BGE 139 IV 282 E. 2.6).

1.2. Wie bereits erwähnt ist als hypothetische Einsatzstrafe von der zu widerrufenen Freiheitsstrafe von 24 Monaten auszugehen, zu welchen der Beschuldigte mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 12. Januar 2016 verurteilt wurde.

1.3. Der neu zu beurteilende qualifizierte Tatbestand von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sieht einen Strafraum von einem bis 20 Jahren Freiheitsstrafe vor, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann (Art. 40 StGB). Die mehrfache Tatbegehung stellt einen Strafschärfungsgrund (Art. 49 Abs. 1 StGB) und die Tatbestandsvariante des Anstaltentreffens gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG einen fakultativen Strafmilderungsgrund dar (Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG).

Diese Umstände führen jedoch in concreto mangels aussergewöhnlicher Umstände nicht zu einer Erweiterung des ordentlichen Strafraums. Es bleibt daher bei einem Strafraum von einem bis 20 Jahren Freiheitsstrafe, wobei mit der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe verbunden werden kann.

1.4. Bezüglich der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz erwog die Vorinstanz zur *Tatschwere*, die Grenze zum schweren Fall sei vorliegend gerade erst erreicht, weil 18 Gramm des gelagerten Kokains zum Verkauf bestimmt gewesen seien (Urk. 52 S. 13). Dies überzeugt nicht und ist widersprüchlich, geht die Vorinstanz doch selbst davon aus, der Beschuldigte habe sich der qualifizierten Widerhandlung schuldig gemacht, indem er mehr als 90 Gramm reines Kokain bei sich zuhause lagerte, und die Vorinstanz selbst erkannte, dass auf die Angaben des Beschuldigten zu seinem Konsum nicht abgestellt werden könne. Selbst wenn die Vorinstanz zugunsten des Beschuldigten (aber entgegen der Sachverhaltserstellung) davon ausgeht, jedenfalls 18 Gramm reines Kokain sei für den Verkauf bestimmt gewesen, verbleiben immer noch mehr als 70 Gramm reines Kokain, das der Beschuldigte bei sich lagerte. Damit ist die Grenze für den mengenmässig schweren Fall um ein Mehrfaches überschritten

worden, wobei es sich beim Tatbestand des Lagerns / Aufbewahrens / Besitzens um ein vollendetes Delikt gemäss Art. 19 Abs. 1 BetmG handelt. Bei Kokain handelt es sich zudem um eine "harte" Droge, welche dazu geeignet ist, die Gesundheit Dritter massiv zu gefährden. Auch wenn die Menge nicht allein entscheidend für die Beurteilung der Tatschwere ist, so ist sie für die Festlegung des objektiven Tatverschuldens dennoch von Relevanz. Der Reinheitsgrad von mindestens 94 % bezüglich des grössten Teils des gelagerten Kokaingemischs (98.4 Gramm) und derjenige von 74 % (eine Portion à 0.29 Gramm) bzw. 66 % (eine Portion à 4.0 Gramm) bezüglich der beiden kleineren Portionen lassen den Schluss zu, dass der Beschuldigte hochwertiges, ausgesprochen reines Kokain lagern, respektive handeln, wollte. Dass der Beschuldigte diesbezüglich ein Kenner der Materie ist, wurde bei der Sachverhaltserstellung dargetan, so dass bezüglich des Verschuldens davon auszugehen ist, dass er ganz genau wusste, dass es sich um äusserst hochwertiges Kokain handelte. Das ist in objektiver Hinsicht verschuldenserschwerend zu berücksichtigen. Welche Stellung der Beschuldigte in der Drogenhandelshierarchie einnahm, kann nur gemutmasst werden, da solches nicht nachgewiesen wurde. Jedenfalls lässt sich ohne weiteres aufgrund des erstellten Sachverhaltes darauf schliessen, dass der Beschuldigte nicht der Endabnehmer, sondern ein Zwischenhändler war. Ob er das hochwertige Kokain ungestreckt weiterverkaufen wollte und damit bereits in der mittleren Händlerhierarchie anzusiedeln wäre oder wie die Vorinstanz annimmt, dies für eine leicht erhöhte Stellung spricht (Urk. 52 S. 13), wurde nicht ermittelt und erscheint rein spekulativ. Jedenfalls kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie das Verschulden im Rahmen des qualifizierten Falles als leicht bezeichnet (Urk. 52 S. 13). Betrachtlich verschuldenserschwerend ist namentlich zu würdigen, dass der Beschuldigte (nebst Erwerb und Lagerung von hochprozentigem besonders reinen Kokain) dieses auch selbst verkaufen wollte, wodurch er einen wesentlichen und aktiven Beitrag an die Inverkehrsetzung dieser Betäubungsmittel leistete, der über das blosses Lagern weit hinausgeht, selbst wenn man - mit der Vorinstanz - von lediglich 18 Gramm Reinsubstanz ausgeht, die der Beschuldigte zum Verkauf vorgesehen hatte. Innerhalb des grossen Strafrahmens des qualifizierten Falles kann man wohl mit der Vorinstanz das Verschulden, das an sich bereits beträcht-

lich ist, dennoch als leicht, jedenfalls im untersten Drittel des Strafrahmens liegend, bezeichnen. In subjektiver Hinsicht ist dem Beschuldigten entgegen zu halten, dass die Delinquenz einfach zu vermeiden gewesen wäre, da er - ungebunden wie er war - einer legalen Arbeitstätigkeit hätte nachgehen und mit dem Einkommen seinen Lebensunterhalt hätte bestreiten können. Mithin sind ausser finanziellen und damit egoistischen Motiven keine anderen ersichtlich, so dass das objektive Tatverschulden jedenfalls nicht relativiert wird. Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen die hypothetische Einsatzstrafe auf 12 Monate festsetzt (Urk. 52 S. 14), erscheint das unangemessen wohlwollend, selbst wenn man dem Beschuldigten infolge seines Eigenkonsums ganz leicht verschuldensmindernde Umstände anrechnet. Auch wenn man vergleichsweise die Strafzumessungstabelle aus dem BetmG-Kommentar konsultiert, ergäbe sich gestützt auf die Drogenmenge eine Einsatzstrafe in der Grössenordnung von 20 Monaten (Fingerhuth/ Schlegel/Jucker, OFK-BetmG, N 45 zu Art. 19).

Der Vorinstanz ist darin zu folgen, dass die einzelne Verkaufshandlung von 8.5 Gramm reinem Kokain an E._____, welche aufgrund der Verhaftung des Beschuldigten nicht erfolgreich endete, nicht schwer wiegt, obwohl sich das Verschulden trotz des Anstaltentreffens praktisch nicht relativiert, da der Beschuldigte von sich aus alles unternommen hatte, um den Verkauf zu vollenden und ihn lediglich die Verhaftung, und damit äussere Umstände und nicht sein eigenes Verhalten, davon abhielt. In Anbetracht des deutlich milderen Strafrahmens von Art. 19 Abs. 1 BetmG erscheint eine Erhöhung der hypothetischen Einsatzstrafe - bereits asperiert - um drei Monate als angemessen (Urk. 52 S. 14).

1.4.1. Bezüglich der *persönlichen Verhältnisse* kann vorab auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 52 S. 14). Der Beschuldigte sagte im vorliegenden Verfahren offensichtlich nur widerwillig zu seinen persönlichen Verhältnissen aus und machte nur zögerliche oder rudimentäre Angaben auch zu Fragen betreffend seine Einkommens- und Vermögenssituation und bezüglich allfälliger Schulden resp. finanzieller Unterstützung durch Staat oder Private (Urk. D2/4/1 S. 5; Urk. D2/4/6 S. 10 f.; Urk. D2/4/9 S. 5 f.) und will sich zum Beispiel auch nicht

daran erinnern können, seit wann er mit Frau G._____ liiert ist, bei welcher er in D._____ wohnte (Urk. D2/4/9 S. 5).

1.4.2. Aus dem Strafverfahren DG150255 ist zu den persönlichen Verhältnissen das Folgende ersichtlich, wobei anzufügen ist, dass der Beschuldigte dort noch deutlich mehr Angaben zu seiner Person machte und diese anlässlich der Berufungsverhandlung weitgehend bestätigte (Prot. II S. 18 ff.). Der Beschuldigte wurde am tt. Januar 1971 in ... [Ortschaft 1] in Italien geboren und besuchte neun Jahre die Grundschule in ... [Ortschaft 2], Italien. Er machte ca. drei Jahre eine Anlehre als Bodenleger in Italien, verfügt aber über keinen Abschluss und jobbte auf verschiedenen Baustellen. Er kam im Jahre 1993 in die Schweiz und arbeitete als Glaser als Saisonier bei einer Firma in Zug. Ende 1993 ging er wieder zurück nach Italien, wo er als Bodenleger arbeitete. Ungefähr drei bis vier Jahre später reiste er erneut in die Schweiz, wo er seine erste Frau heiratete. Er lebte dann von seinem Ersparten und dem Einkommen seiner Ehefrau, die als Barmaid ebenfalls arbeitete. Ab ca. 2003 / 2004 hatte er eine Anstellung als Hilfsmonteur bei der Firma B._____ in C._____. Zwei Mal wurde ihm dort gekündigt, weil die Firma zu wenig Arbeit hatte, jedoch wurde er dort ca. 2011 zu 100 % angestellt. Bereits ein halbes Jahr später sei er aber wegen zu wenig Arbeit nur noch zu 50 % angestellt gewesen. Von der ersten Frau wurde der Beschuldigte ca. zwischen 2001 und 2004 geschieden. Die zweite Ehe schloss er 2006 in Bulgarien, wobei auch diese 2012 wieder geschieden wurde. Der Beschuldigte, der mittlerweile über die Niederlassungsbewilligung C verfügt, ist Vater zweier Kinder. Eines wohnt in Italien und ist bereits volljährig und das zweite Kind, H._____, wohnt mit seiner Mutter in Bulgarien. 2013 hatte der Beschuldigte angegeben, aus einem Privatkredit heraus noch Schulden in der Höhe von ca. Fr. 43'000.– bis Fr. 44'000.– gehabt zu haben, was sich mit den betriebenen offenen Forderungen von damals Fr. 39'000.– deckt (Urk. 39A/10/4 S. 2 f. und S. 5; Urk. 39A/10/8 S. 2 und Urk. 39A/10/13 S. 3 f.). Gemäss seinen Angaben in der Berufungsverhandlung hat er noch ca. Fr. 30'000.– Schulden (Prot. II S. 23). Der Beschuldigte gab im damaligen Verfahren zudem an, dass er nach der Entlassung aus der damaligen Untersuchungshaft keine andere Arbeitsstelle gefunden habe als wieder bei B._____, bei welchem er aber wegen zu wenig Arbeit nur 50 % habe arbeiten

können (Urk. 39A/10/13 S. 1 f.), was sich bis zur Hauptverhandlung vom 12. Januar 2016 nicht mehr geändert habe (Urk. 39A [DG150255] Prot. I S. 6). Heute ist der Beschuldigte arbeitslos und auf Arbeitssuche (Prot. II S. 20 f.)

1.4.3. Damit ergeben sich aus den persönlichen Verhältnissen keine strafzumessungsrelevanten Faktoren.

1.5. Der Beschuldigte delinquierte gleich nach Abschluss des Verfahrens DG150255 im Januar 2016 wieder einschlägig. Eine Straferhöhung von drei Monaten erweist sich hierfür als angemessen. Für das Teilgeständnis ist dem Beschuldigten eine Strafminderung von zwei Monaten zu gewähren. Insgesamt verbleibt für die neu zu beurteilenden Delikte aufgrund der tatfremden Komponenten eine Erhöhung der Tatschwere.

1.6. Angesichts des insgesamt zwar beträchtlichen, aber letztlich noch im untersten Drittel des Strafrahmens des qualifizierten Delikts anzusiedelnden Verschuldens des Beschuldigten wäre somit eine hypothetische Freiheitsstrafe von zwei Jahren angemessen, wenn diese Delikte für sich allein zu beurteilen wären. Aspektiert zur Sanktion für das schwerste Delikt (vgl. oben E. V.1.2) ist die hypothetische Einsatzstrafe mindestens um 16 Monate anzuheben, was eine hypothetische Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens 40 Monaten ergibt.

1.7. Von dieser hypothetischen Gesamtfreiheitsstrafe ist als letzter Schritt die widerrufenen Strafe von 24 Monaten abzuziehen. Demzufolge ist der Beschuldigte mit 16 Monaten Freiheitsstrafe (abzüglich 177 Tage erstandene Haft) als Zusatz zur widerrufenen Strafe gemäss Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. Januar 2016 zu bestrafen, was auch mit dem Prinzip des Verschlechterungsverbot nach Art. 391 Abs. 2 StPO vereinbar ist.

1.8. Die von der Vorinstanz ausgefallte Busse von Fr. 500.– für die *Übertretung* des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG wurde vom Beschuldigten nicht substantiiert bestritten. Infolge des Verschlechterungsverbot und da keine Gründe für eine Reduktion ersichtlich sind, hat es bei dieser Über-

tretungsbusse zu bleiben, ebenso wie der für den Fall des Nichtbezahlens praxisgemäss angeordneten Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen (Urk. 52 S. 15).

1.9. Gestützt auf Art. 51 StGB rechnet das Gericht die *Untersuchungshaft*, die der Täter während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden hat, auf die Strafe an. Als Untersuchungshaft gilt jede in einem Strafverfahren verhängte Haft, Untersuchungs-, Sicherheits- und Auslieferungshaft (Art. 110 Abs. 7 StGB). Der Anrechnung der vom Beschuldigten bereits verbüsst 177 Tage Haft, wie es die Vorinstanz bereits tat (Urk. 52 S. 15), steht nichts entgegen.

2. Vollzug

Zufolge des Antrags auf Freispruch bezüglich des Hauptanklagevorwurfs hat sich die Verteidigung zu dieser Dispositivziffer nicht substantiiert geäussert bzw. erhob für den Fall eines Schuldspruchs und unter der Prämisse der Ausfällung einer Geldstrafe keine Einwände gegen den unbedingten Vollzug (Urk. 72 S. 13). Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten mit zutreffender Begründung unter dem Hinweis auf das Fehlen von besonders günstigen Umständen im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB den bedingten Strafvollzug gemäss Art. 42 StGB verweigert (Urk. 52 S. 15 f.). Auf ihre diesbezüglichen Erwägungen kann vollumfänglich verwiesen werden. Angesichts der eigentlichen Schlechtprognose, die dem Beschuldigten aufgrund seines bisherigen Verhaltens gestellt werden muss, ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen und die Freiheitsstrafe zu vollziehen.

VII. Landesverweisung

1. Die Staatsanwaltschaft beantragt mittels Verzicht auf Anschlussberufung sinngemäss die Bestätigung der Landesverweisung für die Dauer von 10 Jahren (Urk. 57). Dagegen ficht die Verteidigung die Anordnung der Landesverweisung infolge Freispruchs an und verlangt für den Eventualfall eines Schuldspruchs den Verzicht auf eine solche Anordnung (Urk. 54 S. 1 und Urk. 72 S. 13 f.). Konkret begründet die Verteidigung diesen Eventualantrag damit, dass sich der Beschul-

digte als italienischer Staatsbürger auf das Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit der Europäischen Union (EU) berufen könne, welches eine Landesverweisung nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zulasse. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte verlange diesbezüglich eine konkrete und qualifiziert nachzuweisende Gefährdung der Sicherheit durch die betroffene Person, d.h. das Vorliegen einer konkret nachgewiesenen Rückfallgefahr, wofür seines Erachtens ein Gutachten nötig sei. Dies sei vorliegend jedoch nicht der Fall. Ausgehend von einer Verurteilung allein wegen des beabsichtigten Verkaufs der 8.5 Gramm Kokain stellt sich die Verteidigung weiter auf den Standpunkt, dass das private Interesse des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz und auf sein Reisefreiheitsrecht das öffentliche Interesse an seiner Fernhaltung überwiege. Der Beschuldigte sei seit 20 Jahren in der Schweiz und habe hier auch Angehörige (Urk. 72 S. 13 f.).

2. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen der Landesverweisung und deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem knapp aber korrekt dargestellt (Urk. 52 S. 18), worauf vorab verwiesen werden kann.

2.1. In Art. 66a StGB ist die obligatorische Landesverweisung normiert, wonach das Gericht den Ausländer, der wegen einer der unter lit. a - o genannten strafbaren Handlungen verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 bis 15 Jahre aus der Schweiz verweist (Art. 66a Abs. 1 StGB). Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB).

2.2. Der Gesetzgeber hat mit seiner Formulierung klar zum Ausdruck gebracht, dass bei Vorliegen einer Anlasstat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB in der Regel eine Landesverweisung zu verhängen ist. Ein ausnahmsweises Absehen davon ist - mit Ausnahme von Art. 66a Abs. 3 StGB (entschuldbare Notwehr oder entschuldbarer Notstand) - nur dann zulässig, wenn kumulativ zwei Vorausset-

zungen vorliegen: Ein schwerer persönlicher Härtefall und kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Landesverweisung (Urteil des Bundesgerichts 6B_506/2017 vom 14. Februar 2018 E. 1.1.; Marc Busslinger / Peter Uebersax, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 5/16, S. 96 ff., S. 97 f.). Erst wenn feststeht, dass die Landesverweisung einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, ist in einem zweiten Schritt das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz dem öffentlichen Interesse an einem Verlassen der Schweiz gegenüberzustellen. Resultiert daraus ein überwiegendes öffentliches Interesse, muss die Landesverweisung verhängt werden (Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 102).

3. Der Beschuldigte wird vorliegend wegen einer Katalog-Straftat gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB verurteilt, so dass die Landesverweisung grundsätzlich obligatorisch auszusprechen ist, sofern nicht ein Ausnahmefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB gegeben ist.

3.1. Zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten, den Umständen seiner Einreise in die Schweiz und seinem Bezug zur Schweiz kann auf die vorstehenden Ausführungen unter Ziffer VI. 1.4.1. - 1.4.2. verwiesen werden. Der Beschuldigte verbrachte demzufolge die prägenden Jahre seiner Kindheit und Jugend in Italien. Er ist vertraut mit der Kultur des Landes und verfügt auch noch über persönliche Kontakte (Prot. II S. 19). Ausserdem beherrscht er seine Muttersprache Italienisch besser als die deutsche Sprache. Der Beschuldigte arbeitete in Italien als Bodenleger und in der Schweiz als Hilfsmonteur, was ihm beides grundsätzlich auch in Italien möglich sein dürfte, da er diesbezüglich alle Voraussetzungen mitbringt. Der Beschuldigte geht und ging schon seit Jahren auch in der Schweiz keiner geregelten Arbeit nach und es hat sich nicht schlüssig ergeben, womit er seinen Lebensunterhalt und seinen behaupteten Drogenkonsum finanziert. Entgegen seinen wiederkehrenden Beteuerungen gelang es dem Beschuldigten bis heute nicht, irgendeiner anderen regelmässigen und bezahlten Arbeit nachzugehen. Insgesamt ergibt sich, dass der Beschuldigte in der Schweiz eher schwach integriert ist, und es kann davon ausgegangen werden, dass er

sich in seinem Heimatstaat Italien ohne weiteres zurechtfinden und keine schlechteren Lebensbedingungen vorfinden wird als er sie heute in der Schweiz hat.

3.2. Die Landesverweisung stellt somit vorliegend keinen Härtefall im Sinne des Gesetzes dar. Im übrigen ist festzuhalten, dass selbst bei der Annahme eines Härtefalls aufgrund der wiederholten unablässigen Delinquenz und der offenkundigen sehr grossen Rückfallgefahr das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung durch Aussprechen der Landesverweisung höher zu gewichten ist als das private Interesse des Beschuldigten am Verbleib in einem Land, in dem er weder geboren noch aufgewachsen und auch sonst nicht verwurzelt und ausserdem ungenügend integriert ist.

3.3. Der Beschuldigte ist Bürger von Italien mit Niederlassungsbewilligung C und kann sich, da Italien ein Mitgliedstaat der EU ist, auf das FZA (SR 0.142.112.681) berufen. Dieses berechtigt ihn grundsätzlich zum Aufenthalt und zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz (Art. 1 lit. a und Art. 4 FZA, Art. 12 ff. Anh. I FZA). Gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen diese Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Weitere Präzisierungen finden sich vor allem in der Richtlinie 64/221/EWG. Ob eine Beschränkung des freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruchs zulässig ist, bestimmt sich gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 5 Anhang I FZA, welche im Grundsatz derjenigen des EuGH folgt (BGE 136 II 5 E. 3.4), wesentlich nach einer Prognose künftigen Wohlverhaltens. Verlangt ist eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass die ausländische Person künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird, wobei u.a. Drogenhandel als schwerwiegende Rechtsgutverletzung gilt (Urteile des Bundesgerichts 2C_831/2016 E. 3.2.1; 2C.406/2014 E. 2.3 und 4.2; 139 II 121 E. 6.3; 2C_238/2012 E. 2.3; 2A.749/2004 E. 4.1; 130 II 176 E. 3.4.1; 129 II 215 E. 7.4).

Das Ergebnis des Verfahrens hängt damit von der Klärung der Frage des Verhältnisses von Art. 66a StGB und dem FZA ab, zumal eine Koordination mittels völkerrechtskonformer Handhabung des Landesverweisungsrechts ausser Be-

tracht fällt. Zwar wäre es grundsätzlich denkbar, die Härtefallprüfung so auszugestalten, dass die vom FZA geforderte Betonung der von der straffälligen Person ausgehenden künftigen Gefährdung für Beschuldigte, die gemäss FZA in der Schweiz leben und arbeiten dürfen, Berücksichtigung finden könnte. Dies würde jedoch der Grundidee von Art. 66a StGB zuwider laufen. Die Bestimmung postuliert beim Vorliegen einer Katalogtat die Erforderlichkeit einer Landesverweisung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit für alle Ausländer ohne weiteres und lässt nur eine beschränkte Prüfung der Verhältnismässigkeit unter Berücksichtigung tatsächlicher enger Bindungen zur Schweiz zu.

3.3.1. Das Verhältnis von Art. 66a StGB und dem FZA wurde von der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts noch nicht geklärt. Ob die Erwägungen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts zum Vorrang des FZA in BGE 142 II 35 mehr als ein obiter dictum darstellen, ist umstritten (Burri/Priuli, Landesverweisung und Freizügigkeitsabkommen, AJP 2017 S. 886, S. 891 mit Hinweisen; vgl. auch Robert Baumann, Die Tragweite der Schubert-Praxis, AJP 2010 S. 1009, S. 1010 ff.).

3.3.2. Gemäss der mit BGE 99 Ib 39 begründeten Schubert-Praxis geht das Völkerrecht Bundesgesetzen im Konfliktfall vor, seien diese jünger oder älter. Hat sich aber die Bundesversammlung mit den völkerrechtswidrigen Auswirkungen eines Bundesgesetzes auseinandergesetzt, ist dieses für das Bundesgericht aufgrund von Art. 190 BV verbindlich. Es hat das Bundesgesetz anzuwenden. Die Schubert-Praxis wurde vom Bundesgericht bis heute nicht aufgegeben. Sie wurde in der Doktrin unterschiedlich aufgenommen. Während sie bei einem Teil der Lehre auf Kritik stiess, erfuhr sie von anderer Seite im Grundsatz Zustimmung. Zugunsten der Schubert-Praxis wurde einerseits argumentiert, das Völkerrecht schreibe zwar vor, dass die Staaten die sie bindenden völkerrechtlichen Verträge nicht verletzen dürften, dies aber unter Inkaufnahme der entsprechenden Konsequenzen tun könnten oder zur Weiterentwicklung der völkerrechtlichen Beziehungen unter Umständen gar tun müssten. Andererseits wurde die «Schubert-Praxis» als Ausfluss des Gewaltenteilungsgrundsatzes im Sinne einer Political-Question-Doktrin befürwortet, wonach das Bundesgericht seine Kognition bei Fragen von

vorwiegend politischem Charakter zurückzunehmen habe (Schindler/ Tschumi, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, 2014, Art. 5 N. 80 mit Hinweisen; vgl. auch Robert Baumann, Die Tragweite der Schubert-Praxis, AJP 2010 S. 1009, S. 1016; Astrid Epiney, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, in: Jusletter 14. März 2016, S. 14). Der Lehre, welche der Schubert-Praxis zustimmt, ist zu folgen.

3.3.3. Die Gesetzgebung zur Landesverweisung ist das Ergebnis heftiger politischer Auseinandersetzungen im Rahmen des Abstimmungskampfes über die Ausschaffungsinitiative und des darauf folgenden Gesetzgebungsprozesses, die sich von Beginn an wesentlich um die Einbettung von Normen über die Ausschaffung krimineller Ausländer in das verfassungsrechtliche Gesamtgefüge einschliesslich des Verhältnisses zu bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen drehten. Der Bundesrat wies schon in seiner Botschaft zur Volksinitiative "für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)" vom 24. Juni 2009 darauf hin, dass das Volksbegehren – welches allerdings noch keine Härtefallklausel enthielt – insbesondere mit dem FZA nicht vereinbar sei (BBI 2009 5112). Nachdem Volk und Stände die Initiative angenommen hatten, monierte der Bundesrat dies in der Botschaft zur Umsetzung der Initiative erneut (BBI 2013 6059). Im Parlament blieb sowohl ein Vorbehalt zugunsten internationaler Verpflichtungen betreffend Personenfreizügigkeit als auch ein solcher zugunsten innerstaatlichen Rechts chancenlos. Die Härtefallklausel sollte stattdessen dem in der Bundesverfassung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip zum Durchbruch verhelfen bzw. gröbste Verletzungen rechtsstaatlicher Prinzipien oder des Völkerrechts und stossende Entscheide in Ausnahmefällen verhindern (vgl. Protokoll der Ratsdebatten). Dass auch mit der Härtefallklausel die Verpflichtungen gemäss FZA nicht in jedem Fall würden eingehalten werden können, war dabei stets ein offenes Geheimnis. Mit den nun geltenden Bestimmungen über die Landesverweisung nahm der Gesetzgeber (Volk und Stände/Bundesversammlung) somit einen allfällig resultierenden Konflikt mit dem FZA bzw. die Verletzung der daraus resultierenden Ansprüchen von EU-Ausländern im Einzelfall bewusst in Kauf. Der Schubert-Praxis folgend gehen sie dem FZA daher vor.

3.3.4. In BGE 142 II 35 stellte das Bundesgericht unter Hinweis auf BGE 133 V 367 in Aussicht, dass es dem FZA im Fall eines durch die Ausführungsgesetzgebung zu Art. 121a BV bewirkten tatsächlichen Normenkonflikts Vorrang vor innerstaatlichen Regelungen geben werde. Es argumentiert, dass das FZA durch Annahme in einer Volksabstimmung demokratisch legitimiert sei, dieses den unter das Abkommen fallenden Personen gerichtlichen Rechtsschutz garantiere, was toter Buchstabe bliebe, wenn die Gerichte abweichendes nationales Recht anwenden müssten, und schliesslich, dass die Vertragsstaaten der EU einerseits verpflichtet seien, dem Abkommen den Vorrang gegenüber ihrem jeweiligen innerstaatlichen Recht zu geben. Beim FZA gehe es über die Realisierung der teilweise übernommenen Grundfreiheiten um eine Angleichung der Rechtsordnung, welche für die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits direkt anwendbar sei und für welche kraft Unionsrecht der Vorrang der Rechtsordnung ebenfalls Geltung habe (BGE 142 II 35 E. 3.2). Das ist alles richtig. Ausserdem haben die Bilateralen Abkommen für die Schweiz eine grosse wirtschaftliche Bedeutung. Das hebt das FZA aber (auch wertungsmässig) nicht auf die Ebene zwingenden Völkerrechts, dessen unbedingte Geltung sich auch aus der Bundesverfassung ergibt (Art. 139 Abs. 3 BV; Art. 193 Abs. 4 BV; Art. 194 Abs. 2 BV), und der Menschenrechtsgarantien der EMRK, denen als zentrale Grundwerte der Rechtsordnung auch gegen den Willen des Gesetzgebers zum Durchbruch verholfen werden muss.

3.3.5. Der Schubert-Praxis folgend bleibt es im konkreten Fall folglich bei der Anwendung von Art. 66a StGB und an der Anordnung einer Landesverweisung gegenüber dem Beschuldigten.

4. Eine Dauer der Landesverweisung von 8 Jahren erweist sich in Relation zur Schwere des erfüllten Straftatbestandes und der ausgefallenen Strafe sowie unter Berücksichtigung des von jeglichen Strafen und Strafverfahrens unbeeindruckten Weiterdelinquierens des Beschuldigten als verhältnismässig und angemessen.

5. Auch hinsichtlich der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 52 S. 19). Nachdem es sich bei Italien, dem Heimatstaat des Beschuldigten, um ein Mitgliedsstaat des Schengen-

Übereinkommens handelt, ist von einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS abzusehen.

VIII. Beschlagnahmen

1.1. Das Gericht verfügt gemäss Art. 69 StGB ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von *Gegenständen*, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (Abs. 1) und kann anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Abs. 2). Überdies verfügt das Gericht die Einziehung von *Vermögenswerten*, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ausgehändigt werden (Art. 70 Abs. 1 StGB). Ausserdem können von der beschuldigten Person gestützt auf Art. 263 Abs. 1 lit. b StPO und Art. 268 StPO Vermögenswerte zur Deckung der Verfahrens- und Vollzugskosten beschlagnahmt werden.

1.2. Ist die Beschlagnahme eines Gegenstandes oder Vermögenswertes nicht vorher aufgehoben worden, so ist über seine Rückgabe an die berechtigte Person, seine Verwendung zur Kostendeckung oder über seine Einziehung im Endentscheid zu befinden (Art. 267 Abs. 3 StPO).

2.1. Die Verteidigung focht die von der Vorinstanz in Dispositivziffer 10 bezüglich der beschlagnahmten Mobiltelefone und der SIM-Karten angeordnete Vernichtung ausdrücklich an, äusserte sich jedoch nicht zur Verwendung der beschlagnahmten Fr. 409.30 für die Verfahrenskosten (Urk. 54 S. 2), die jedoch im Zuge der Anfechtung der Kostenaufgabe zufolge Antrags auf Teilfreispruch als mitangefochten gelten.

2.2. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. März 2017 (Urk. 24/9) beschlagnahmten Gegenstände (Mobiltelefone, SIM-Karten und SIM-Kartenhalterung) dienten der Begehung von Widerhandlungen gegen das Betäu-

bungsmittelgesetz und sollen für solches auch nicht weiter zur Verfügung stehen. Die auf Art. 69 StGB gestützte Anordnung der Vorinstanz zur Vernichtung dieser Gegenstände ist ohne weiteres zu bestätigen. Bei der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom gleichen Tag angeordneten Beschlagnahme der Barschaft von Fr. 409.30 (Urk. 24/9) handelt es sich - wie schon die Vorinstanz zutreffend bemerkte - nicht erstelltermassen um Deliktserlös, auch wenn diese Annahme naheliegend wäre. Der Vermögenswert ist daher nicht zugunsten der Staatskasse einzuziehen, sondern gestützt auf Art. 267 Abs.3 StPO i.V.m. Art. 268 StPO zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden.

IX. Kostenfolgen

1. Bei diesem Verfahrensausgang - der Beschuldigte wird verurteilt - ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, vorbehaltlich der Rückforderung beim Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
- 2.1. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob bzw. inwieweit eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor der zweiten Instanz gestellten Anträge gutgeheissen werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_1025/2014 vom 9. Februar 2015 E. 2.4.1 mit Hinweisen; bestätigt in 6B_10/2015 vom 24. März 2015 E. 4.2.1).
- 2.2. Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen vollumfänglich, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind.
- 2.3. Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten beantragte für das Berufungsverfahren eine Entschädigung von Fr. 3'552.95, inklusive Mehrwertsteuer und Barauslagen (Urk. 63A/2 und 74). Der geltend gemachte Aufwand steht im Einklang mit den Ansätzen der Anwaltsgebührenverordnung und erweist sich grundsätzlich als angemessen. In Berücksichtigung der Dauer der Berufungsverhandlung, des Anfahrtsweges und der voraussichtlichen

Dauer der Nachbesprechung ist der amtliche Verteidiger mit Fr. 4'200.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 12. Dezember 2017 bezüglich der Dispositivziffern 1 alinea 3 (Schuldspruch betreffend Übertretungen BetmG), 9 (Einziehung Betäubungsmittel und -utensilien), 11 (Herausgabe Bankkarten) sowie 12 und 13 (Entschädigung amtliche Verteidigung und Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte **A. _____** ist ferner schuldig
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG und
 - der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG.
2. Der bedingte Vollzug von 24 Monaten Freiheitsstrafe (abzüglich 179 Tage erstandene Haft) gemäss Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. Januar 2016 wird widerrufen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 16 Monaten Freiheitsstrafe (abzüglich 177 Tage erstandene Haft) als Zusatz zur widerrufenen Strafe sowie mit Fr. 500.– Busse.
4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.

5. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
6. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für acht Jahre des Landes verwiesen.
7. Die Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) wird nicht im Schengener Informationssystem ausgeschrieben.
8. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. März 2017 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:
 - 1 Mobiltelefon Nokia inkl. SIM-Card "Yallo" (Asservat Nr. A009'834'940)
 - 1 Mobiltelefon Nokia inkl. SIM-Card "No Name" (Asservat Nr. A009'835'056)
 - 2 SIM-Karten Yallo (Asservat Nr. A009'835'067)
 - 1 Mobiltelefon Nokia inkl. SIM-Card "Yallo" (Asservat Nr. A009'835'078)
 - 1 Mobiltelefon Nokia inkl. SIM-Card "Yallo" (Asservat Nr. A009'835'089)
 - 1 SIM-Karte Swisscom (Asservat Nr. A009'835'103)
 - 1 SIM-Kartenhalterung Vodafone (Asservat Nr. A009'835'114)
 - 1 SIM-Karte "Yallo" (Asservat Nr. A009'835'208)
9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. März 2017 beschlagnahmte Barschaft von insgesamt Fr. 409.30 wird eingezogen und zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
10. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 14) wird bestätigt.
11. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'600.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'200.- amtliche Verteidigung.
12. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der

amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt vorbehalten.

13. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
- das Migrationsamt des Kantons Zürich

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
- das Bundesamt für Polizei

und nach unbenütztem 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 KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- an das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, unter Beilage der Akten SB150255, in dieselben
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

14. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 19. Juni 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Karabayir