

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB210042-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Oberrichter lic. iur. Wenker
und Ersatzoberrichterin Dr. Bachmann sowie Gerichtsschreiberin
MLaw Wolter

Urteil vom 19. Oktober 2021

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

erbeten verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom
24. September 2020 (DG200062)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 26. März 2020 (Urk. 16) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Vom Vorwurf der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 21 Monaten, wovon 193 Tage durch Haft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 300.–.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.
5. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.
6. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 6 Jahre des Landes verwiesen.
7. Die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird angeordnet.
8. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 24. März 2020 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und vernichtet:

- 1 Latexhandschuh, enthaltend 1 Portion Kokain (Asservat-Nr. A013'258'316);
 - 1 Latexhandschuh, enthaltend 1 Portion Kokain (Asservat-Nr. A013'258'338);
 - 1 Knittersack, enthaltend 1 Portion Kokain (Asservat-Nr. A013'258'372);
 - 1 Minigrip mit Kokain (Asservat-Nr. A013'258'394);
 - 1 Top Case (Asservat-Nr. A013'258'305);
 - 1 Natel Samsung Galaxy (Asservat-Nr. A013'258'429).
9. Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____ wird für seine Bemühungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten mit Fr. 9'500.– (pauschal inkl. Barauslagen und MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
10. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
- Fr. 4'000.–; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 2'100.– Gebühr für das Vorverfahren
 - Fr. 2'910.– Gutachten/Expertisen usw.
 - Fr. 1'500.– Auslagen Untersuchung
 - Fr. 3'266.90 ehemalige amtliche Verteidigung (RAin X3. _____)
 - Fr. 9'500.– amtliche Verteidigung
11. Die Kosten der Untersuchung sowie des Gerichtsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
12. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten B._____:
(Urk. 72 S. 1 f., sinngemäss)

1. Disp. Ziff. 1 bis 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 24. September 2020 seien aufzuheben und es sei B._____ vollumfänglich freizusprechen.
2. Es sei B._____ eine angemessene Genugtuung und eine angemessene Entschädigung zuzusprechen, zzgl. 5% Zins ab mittlerem Verfall.
3. Von der Anordnung einer obligatorischen oder fakultativen Landesverweisung sei abzusehen.
4. Disp. Ziff. 5 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 24. September 2020 sei aufzuheben und es sei die beschlagnahmte Barschaft in CHF und Euro Herrn B._____ nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herauszugeben.
5. Disp. Ziff. 6 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 24. September 2020 sei teilweise aufzuheben und es seien B._____ die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 24. März 2020 beschlagnahmten Gegenstände (Disp. Ziff. 1 e - i, k - l, n - o, q - r, t - v, x - y) nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herauszugeben.
6. Disp. Ziff. 10 und 11 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, vom 24. September 2020 seien aufzuheben und es seien sämtliche Kosten der Untersuchung und des Gerichtsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Staatskasse.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten A. :

(Urk. 70 S. 1 f., sinngemäss)

1. In Abänderung der Dispositiv-Ziffern 1, 3 und 5 des vorinstanzlichen Urteils vom 24. September 2020 des Bezirksgerichtes Zürich, 7. Abteilung, Geschäfts-Nr. DG200062, sei der Beschuldigte vom Vorwurf des Verbrechens gegen das BetmG sowie vom Vorwurf der mehrfachen Übertretung des BetmG freizusprechen.
2. Eventualiter sei der Beschuldigte im Falle eines Schuldspruchs schuldangemessen, maximal jedoch mit einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten und einer Busse, zu bestrafen. Die erstandene Haft von 193 Tagen sei anzurechnen.
3. Von einer Landesverweisung sei abzusehen.
4. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens seien ausgangsgemäss aufzuerlegen.

c) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:

(Urk. 66, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Ersuchen um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 60 S. 4).
2. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich (Kollegialgericht) vom 24. September 2020 wurde der Beschuldigte A. _____ des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gesprochen. Vom Vorwurf der Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 5 StGB wurde er freigesprochen. Der Beschuldigte wurde mit einer Freiheitsstrafe von 21 Monaten unter Anrechnung der erstandenen Haft und mit einer Busse von Fr. 300.– bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt. Zudem wurde der Beschuldigte für sechs Jahre des Landes verwiesen und die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem angeordnet. Weiter wurde über diverse beschlagnahmte Gegenstände entschieden. Die Kosten des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens wurden mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung wurden unter Vorbehalt der Nachforderung auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 60 S. 26 ff.).
3. Gegen dieses Urteil des Bezirksgerichts Zürich meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 1. Oktober 2020 die Berufung an (Urk. 56). Mit Eingabe vom 8. Februar 2021 reichte der Beschuldigte die Berufungserklärung ein (Urk. 62). In der Folge wurde der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat mit Verfügung vom 9. Februar 2021 Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie Anschlussberufung erhebe oder ein Nichteintreten auf die Berufung beantrage (Urk. 63). Innert Frist teilte die Staatsanwaltschaft mit, sie verzichte auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 66). Mit seinen Berufungsanträgen ficht

der Beschuldigte die Ziffern 1, 3, 5, 6 und 7 (und wohl auch 11 und 12) des vorinstanzlichen Urteils an. Die Strafzumessung kann nicht losgelöst von der Frage des Strafvollzuges angefochten werden, da ein enger Zusammenhang besteht (Art. 399 Abs. 4 lit. b StPO; BGE 144 IV 383 E. 1.1). Folglich ist auch Ziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils mitangefochten bzw. im Rahmen der Berufung zu beurteilen. Nicht angefochten sind der Freispruch vom Vorwurf der Pornografie gemäss Ziffer 2, die Einziehung und Vernichtung beschlagnahmter Gegenstände gemäss Ziff. 8 sowie die Kostenfestsetzungen gemäss Ziffern 9 und 10 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 24. September 2020, welche damit in Rechtskraft erwachsen sind. Davon ist vorab Vormerk zu nehmen (Art. 404 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 402 StPO). Beweisanträge für das Berufungsverfahren wurden keine gestellt.

II. Sachverhalt

1. Die Vorinstanz hat zutreffend aufgezeigt, wie bei der Sachverhaltserstellung vorzugehen ist und welche Grundsätze bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sind (Urk. 60 S. 6). Darauf kann vollumfänglich verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

2. Dem Beschuldigten wird gemäss der Hauptvariante vorgeworfen, er habe am 25. November 2019, ca. um 16.25 Uhr, auf der Strasse vor der Liegenschaft ..., ... Zürich, in seinem Fahrzeug auf B._____ gewartet. Dieser sei mit einem Topcase eines Motorrades in das Auto eingestiegen und habe dem Beschuldigten insgesamt 217 Gramm brutto bzw. 144,9 Gramm netto Kokain gebracht. Die Übergabe habe im Auto des Beschuldigten stattgefunden. Dazu seien die beiden einige hundert Meter gefahren und hätten anschliessend eine Kehrtwendung gemacht. Schliesslich habe der Beschuldigte am Ausgangspunkt wieder angehalten und B._____ rausgelassen, wobei dieser das Auto ohne Topcase verlassen habe. Der Beschuldigte habe gewusst oder zumindest ernsthaft in Kauf genommen, dass die von B._____ erhaltene Menge an Kokain ausreichen würde, die Gesundheit einer Vielzahl von Konsumenten zu gefährden, insbesondere eine Abhängigkeit herbeizuführen.

Alternativ wird dem Beschuldigten unterstellt, er habe das Kokain an B._____ im Auto übergeben. B._____ habe es in das zuvor leere Topcase gelegt und anschliessend das Auto mit dem Topcase bzw. dem Kokain verlassen. Kurz darauf habe er das Topcase wieder in das Auto zurückgeworfen, als er die Polizei habe kommen sehen.

3. Zudem soll der Beschuldigte an seinem Wohnort im Besitz von zwei Paketen Kokain mit einem Gesamtgewicht von 214,3 Gramm brutto bzw. 158,9 Gramm netto gewesen sein. Der Beschuldigte habe auch hier um die Gefährlichkeit der Droge gewusst bzw. diese zumindest in Kauf genommen.

4. Der Beschuldigte ist geständig, B._____ 144,9 Gramm reines Kokain übergeben zu haben (D1/2/2 S. 2 ff.; D1/2/3 S. 3 ff.; Prot. I S. 28 ff.). Dies wird von B._____ bestätigt (Urk. 2/4 S. 2 f.; Prot. I S. 20). Unter diesen Umständen führt das Untersuchungsergebnis zum Schluss, dass die Alternativvariante der Anklage erstellt ist. Mit der Vorinstanz ist von einer Menge von 144,6 Gramm reinem Kokain auszugehen. Im Übrigen kann auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 60 S. 7). Sodann anerkennt der Beschuldigte, 158,9 Gramm reines Kokain an seinem Wohnort hinter der Lüftung im Badezimmer versteckt zu haben (D1/2/2 S. 2 ff.; D1/2/3 S. 3 ff.; Prot. I S. 28 ff.). Nachdem das im Badezimmer versteckte Kokain anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellt werden konnte (D1/8/3-4), kann auch dieser Anklagesachverhalt als erstellt betrachtet werden. Der vom Beschuldigten geltend gemachte Rechtfertigungsgrund ist im Rahmen der rechtlichen Würdigung zu behandeln.

5. Dem Beschuldigten wird weiter vorgeworfen, er habe in der Zeit von ca. September 2019 bis 25. November 2019, ca. 16.25 Uhr, an seinem Wohnort an der C._____ -strasse ... in D._____ regelmässig abends zwei bis drei Mal pro Woche Marihuana konsumiert (Urk. 16 S. 4).

Auch diesen Anklagesachverhalt anerkannte der Beschuldigte (D1/2/1 S. 4; D1/2/4 S. 6; Prot. I S. 35). Gestützt auf dieses Geständnis ist der Anklagesachverhalt als erstellt zu betrachten. Der vom Beschuldigten geltend gemachte

Rechtsirrtum bzw. die Verfahrenseinstellung in leichten Fällen ist im Rahmen der rechtlichen Würdigung zu behandeln.

III. Rechtliche Würdigung

1. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig. Gegen diese rechtliche Würdigung wehrt sich der Beschuldigte nicht. Sie ist auch korrekt. Hingegen macht der Beschuldigte geltend, es liege in Bezug auf das Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz ein rechtfertigender (Nötigungs-)Notstand im Sinne von Art. 17 StGB, allenfalls ein Putativnotstand, und in Bezug auf den Betäubungsmittelkonsum ein Rechtsirrtum vor. Allenfalls sei der Betäubungsmittelkonsum im Sinne von Art. 19a Ziff. 2 BetmG einzustellen (Urk. 49 S. 4 ff.).

2.1 Ein rechtfertigender Notstand gemäss Art. 17 StGB liegt vor, wenn jemand eine Straftat begeht, um ein eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten, und er dadurch höherwertige Interessen wahrt (höherwertig als das Rechtsgut, das durch den Straftatbestand geschützt wird).

Der rechtfertigende Notstand setzt zunächst eine Notstandslage voraus, was nur beim Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr bejaht wird. Die Gefahr muss mit einer solchen Dringlichkeit drohen, dass ein weiterer Aufschub das Gelingen von Rettungshandlungen in Frage stellen würde. Weiter ist nach dem Grundsatz der Subsidiarität erforderlich, dass die Gefahr nicht anders als durch die Notstandshandlung abwendbar ist (vgl. PK StGB-Trechsel/Geth 2018, Art. 17 N 5 und 7).

2.2 Der Verteidiger macht geltend, dass die Mutter des Beschuldigten so schwer am Herzen erkrankt sei, dass sie dringend operiert werden musste, ansonsten mit dem Schlimmsten zu rechnen wäre. Da der Beschuldigte über kein Geld verfügt habe, um seiner Mutter die lebensnotwendige Herzoperation zu bezahlen und ihm auch sonst niemand finanziell helfen konnte, befand er sich in einer verzweifelten

Lage. Er habe daher ein Angebot, das ihm einige Zeit zuvor eine Person gemacht habe, nämlich das Aufbewahren von Drogen, angenommen (Urk. 49 S. 3 f., Urk. 70 S. 2 f.).

2.3 Die Vorinstanz erwog, dass es zweifelhaft sei, ob die Mutter des Beschuldigten einer unmittelbaren Gefährdung ausgesetzt gewesen sei. Der Beschuldigte habe nicht geltend gemacht, ob sich der Gesundheitszustand der Mutter ohne diese Operation hätte verschlimmern können oder gar ihr Leben davon abgehängt sei. Vielmehr habe der Beschuldigte erklärt, seine Mutter lebe heute noch in der Dominikanischen Republik, woraus zu schliessen sei, dass sie die vorgebrachte Gefährdung auch ohne Zutun des Beschuldigten überstanden habe. Auch sei zu berücksichtigen, dass es mit der gesundheitlichen Situation der Mutter vereinbar gewesen sei, drei bis vier Monate auf die versprochenen Fr. 10'000.– zu warten, was gegen die Dringlichkeit der anstehenden Operation spreche. Zudem müsse auch die Subsidiarität der Notstandshandlung in Frage gestellt werden. Selbst wenn es dem Beschuldigten unangenehm gewesen sein mag, habe sein Ansehen gegenüber seinen Schwiegereltern hinter die Regeln der hiesigen Rechtsordnung zu treten. Seine Ehefrau bzw. deren Eltern in seine finanziellen Nöte einzuweihen, stelle ein wesentlich geringfügigeres Mittel dar, den Notstand seiner Mutter zu bewältigen, sodass die Flucht in den Drogenhandel nicht gerechtfertigt gewesen sei (Urk. 60 S. 12 f.).

2.4 Erstmals vor Vorinstanz erwähnt der Beschuldigte, dass seine Mutter notfallmässig operiert werden musste und die Operation dringend war (Prot. I S. 28 f.). Dies stellt eine Schutzbehauptung dar. Das Aussageverhalten des Beschuldigten ist in diesem Punkt teils vage bis ausweichend, teils widersprüchlich und an das Verfahren angepasst. So erwähnt er die Dringlichkeit der Operation im Vorverfahren noch nicht, sondern wie erwähnt erst sehr spät im Verfahren, was nicht nachvollziehbar erscheint, zumal die Unterstützung der eigenen Mutter nichts Verwerfliches darstellt. Anlässlich der Berufungsverhandlung sagt der Beschuldigte erstmals, dass er oder seine Frau - seine Aussage ist hier uneinheitlich - bei der Bank um die Refinanzierung eines Kredits gebeten habe, wobei er bezüglich der Reaktion der Bank sehr vage bleibt (Prot. II S. 22 f.). Weiter sagt der Beschuldigte auch

hinsichtlich des Operationstermins widersprüchlich aus. So gibt er zunächst zu Protokoll, das Problem habe sich Wochen, nachdem er die Drogen aufbewahrt habe oder nachdem ihm die Drogen in den Briefkasten gelegt worden seien, gelöst. Später sagt er, die Operation sei vier oder fünf Monate vor seiner Verhaftung gewesen, was mit seiner Aussage, wonach er die Drogen etwa drei Monate aufbewahrt habe, nicht stimmig ist (Prot. II S. 28 f.). Denn dann hätte die Operation schon stattgefunden, bevor der Beschuldigte die Drogen erhalten hat. Auch sein Verhalten passt nicht zur angeblichen Dringlichkeit der Situation. Wäre die Operation tatsächlich so dringend gewesen, hätte der Beschuldigte sicher nicht während Monaten auf die Überweisung der Fr. 10'000.– gewartet, sondern hätte sich zumindest nach deren Verbleib erkundigt bzw. sich bereits im Vorfeld abgesichert, dass die Zahlung unmittelbar erfolgt. Da die versprochene Zahlung nicht zeitnah einging, wäre es bei einer unmittelbaren Gefahr naheliegend, die Ehefrau bzw. die Schwiegereltern um finanzielle Unterstützung anzugehen, zumal sich Letztere in guten finanziellen Verhältnissen befinden (D1/2/4 S. 13). Dass er dies nicht getan hat, ist nicht nachvollziehbar. Schliesslich konnte die Operation doch noch ohne illegale Gelder durch eine Sammelaktion bei Familienangehörigen, Freunden und Kirchenmitgliedern beschafft werden (Prot. II S. 22), was ebenfalls gegen das Vorliegen eines Notstands spricht. Im Übrigen kann vollumfänglich auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 60 S. 10 ff.). Es kann daher festgehalten werden, dass keine unmittelbare Gefahr vorlag. Zudem hätten dem Beschuldigten andere Alternativen zur Geldbeschaffung zur Verfügung gestanden. Es lag somit kein rechtfertigender Notstand vor. Auch ein Putativnotstand (der Täter nimmt irrtümlich an, es drohe eine nicht anders abwendbare unmittelbare Gefahr) kommt vorliegend nicht in Betracht.

2.5 Der Verteidiger macht weiter geltend, der Beschuldigte habe versucht, nachdem er die Drogen bereits einige Monate bei sich aufbewahrt habe und angewiesen worden sei, die Drogen an zwei Personen zu übergeben, sich zu wehren. Er habe nichts mehr mit den Drogen zu tun haben wollen und habe Angst gehabt. Die unbekannte Person, die den Beschuldigten kontaktiert habe, habe dem Beschuldigten gedroht, dass wenn er die Übergaben nicht vornehme, seine Familie in Gefahr sei (Urk. 49 S. 4 f., Urk. 70 S. 2 f.).

2.6 Die Vorinstanz erwog, dass die Aussagen des Beschuldigten betreffend die Drohung plötzlich karg, farblos und insbesondere ohne genaue Bezeichnung des Inhalts der Drohung erfolgt seien, sodass von einer Schutzbehauptung auszugehen sei. Ferner könne sich der Beschuldigte ohnehin nicht auf Notstand berufen, da er sich bereits durch das Herbeiführen der Notstandslage strafbar gemacht habe (Urk. 60 S. 11 f.).

2.7 Diesen vorinstanzlichen Erwägungen kann vollumfänglich gefolgt werden. Die Aussagen des Beschuldigten sind auch in diesem Punkt vage formuliert und nicht glaubhaft. Indem er die Drogen entgegennahm und bei sich lagerte, hat er den entscheidenden Schritt in die Strafbarkeit getan. Er hatte die Drogen monatelang bei sich und wusste, dass er sie irgendwann wieder herausgeben musste. Es erscheint daher nicht plausibel, dass er plötzlich nur aufgrund der Drohung gehandelt hätte. Der Beschuldigte kann sich daher nicht auf einen Notstand berufen. Auch hier kommt ein Putativnotstand nicht in Betracht.

3.1 Der Verteidiger macht geltend, der Beschuldigte habe das Marihuana einzig wegen seinen Rückenschmerzen konsumiert. Eine Bekannte habe dem Beschuldigten empfohlen, Marihuana zur Linderung der Rückenschmerzen zu rauchen. Er sei davon ausgegangen, dass der Konsum von Marihuana legal sei. Eventualiter sei das Verfahren gestützt auf Art. 19a Ziff. 2 BetmG einzustellen (Urk. 49 S. 7 f., Urk. 70 S. 8 f.).

3.2 Gemäss Art. 21 StGB handelt der Täter bei der Begehung der Tat nicht schuldhaft, wenn er nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält. Der Irrtum ist dann unvermeidbar, wenn der Täter nicht weiss und nicht wissen kann, dass er rechtswidrig handelt. Unvermeidbar ist der Irrtum, wenn sich der Täter auf zureichende Gründe berufen kann. Zureichend ist ein Grund nur dann, wenn dem Täter aus seinem Rechtsirrtum kein Vorwurf gemacht werden kann, weil er auf Tatsachen beruht, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen (BGE 98 IV 303).

Der Beschuldigte anerkannte in der Untersuchung und vor Vorinstanz, sich des Betäubungsmittelkonsums schuldig gemacht zu haben. Eine solche Anerkennung

setzt einerseits Vorsatz und andererseits auch das Wissen um die Widerrechtlichkeit des Betäubungsmittelkonsums voraus. Unter diesen Umständen kann sich der Beschuldigte nicht in einem Verbotsirrtum befunden haben. Kommt hinzu, dass der Beschuldigte lediglich ausführte, eine Bekannte habe ihm den Marihuanakonsum gegen Rückenschmerzen empfohlen, womit er eben nicht geltend macht, es sei ihm gesagt worden, es sei legal. Im Übrigen stellt die Empfehlung einer Bekannten auch keinen zureichenden Grund dar, weil sich ein gewissenhafter Mensch nicht hätte in die Irre führen lassen. Es ist zudem festzuhalten, dass jemandem, der hier jahrelang lebt, nicht entgehen kann, dass der Konsum von Marihuana illegal ist. Dass der Beschuldigte zudem einen verdeckten Kanal - die Beschaffung des Marihuanas über eine Kollegin - benutzen musste, zeigt, dass er sich des Verbots bewusst war. Der Beschuldigte kann sich daher nicht auf einen Verbotsirrtum berufen.

3.3 Gemäss Art. 19a Ziff. 2 BetmG kann das Verfahren betreffend Betäubungsmittelkonsum in leichten Fällen eingestellt werden. Der Beschuldigte anerkannte, seit ca. September 2019 bis 25. November 2019 regelmässig abends zwei bis drei Mal pro Woche Marihuana konsumiert zu haben. Die Möglichkeit der Verfahrenseinstellung ist für junge Personen gedacht, die aus Neugier ein- oder zweimal konsumieren. Zudem ist das Gesetz als Kannvorschrift ausgestaltet. Die Einstellung des Verfahrens stellt damit bloss eine Möglichkeit und keine Pflicht dar. Wie bereits die Vorinstanz festgehalten hat, konsumierte der Beschuldigte während knapp drei Monaten zwei bis drei Mal pro Woche, weshalb Art. 19a Ziff. 2 BetmG für den Beschuldigten nicht zur Anwendung kommen kann.

4. Der Beschuldigte ist daher des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig zu sprechen.

IV. Sanktion

1. Vormerkungen

Die Vorinstanz hat den Beschuldigten zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 21 Monaten und einer Busse von Fr. 300.– verurteilt. Der Beschuldigte verlangt mit seiner Berufung eine Strafe von höchstens 15 Monaten (Urk. 70 S. 9).

2. Strafraumen

Mit der Vorinstanz ist vom Strafraumen für eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz auszugehen. Demnach reicht der Strafraumen von einem bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann (Art. 19 Ziff. 2 BetmG in Verbindung mit Art. 34 und 40 StGB). Wie die Vorinstanz richtig gesehen hat, gibt es keinen Grund, diesen ordentlichen Strafraumen zu verlassen.

3. Strafzumessung

3.1 Allgemeines

Innerhalb des massgebenden Strafraumens ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

Der Begriff des Verschuldens muss sich jedenfalls auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen der Tat- und der Täterkomponente (Heimgartner in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 20. Auflage, Zürich 2018, Art. 47 N 6).

Bei der Tatkomponente sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, die Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe des Schuldigen zu beachten. So-

dann sind für das Verschulden auch das "Mass an Entscheidungsfreiheit" beim Täter sowie die Intensität des deliktischen Willens bedeutsam (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O., Art. 47 N 11). Je leichter es für ihn gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (Wiprächtiger/Keller in: BSK Strafrecht I, 4. Auflage, Basel 2019, Art. 47 N 85).

3.2 Tatkomponente

3.2.1 Zunächst ist die objektive Tatschwere als Ausgangskriterium für die Verschuldensbewertung festzulegen und zu bemessen. Es gilt zu prüfen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut überhaupt beeinträchtigt worden ist. Darunter fallen das Ausmass des Erfolges, die Gefährdung, das Risiko sowie die Art und Weise des Vorgehens. Von Bedeutung ist auch die kriminelle Energie, wie sie durch die Tat und die Tatausführung offenbart wird, ebenso die Grösse des Tatbeitrages bei mehreren Tätern und die hierarchische Stellung (Wiprächtiger/Keller in: BSK Strafrecht I, a.a.O., Art. 47 N 91 ff.).

Bei Drogenstraftätern sind bei der Verschuldensbeurteilung auch die Art und Menge der umgesetzten Drogen mit zu berücksichtigen. Je grösser die Menge und je schädlicher die Gattung der vom Täter gehandelten, weitergegebenen oder transportierten Betäubungsmittel, um so gewichtiger erweist sich die von ihm mit der Tatverübung herbeigeführte gesundheitliche Gefährdung für Dritte. Allerdings darf der Drogenmenge - und damit verbunden auch der Gefährlichkeit - bei der Strafzumessung keine vorrangige Bedeutung zukommen. Auch kommt es nicht auf den genauen Reinheitsgehalt der Droge an, wenn nicht feststeht, dass der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder ein besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte (Wiprächtiger/Keller in: BSK Strafrecht I, a.a.O., Art. 47 N 93 f.). Neben der Menge und der daraus folgenden Gesundheitsgefährdung sind denn auch bei Drogendelikten die Art und Weise der Tatbegehung zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 6S.463/2006 vom 3. Januar 2007, E. 5).

Grundsätzlich gilt es zu berücksichtigen wie der Beschuldigte mit den Drogen in Kontakt gekommen ist und was er damit gemacht hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts trifft den Transporteur einer bestimmten Betäubungsmittel-

menge ein geringeres Verschulden als denjenigen, der diese Betäubungsmittelmenge verkauft oder zum Zwecke des Weiterverkaufes erwirbt (Wiprächtiger/Keller in: BSK Strafrecht I, a.a.O., Art. 47 N 100). Wesentlich bei der Strafzumessung ist auch die Stellung des Beschuldigten in der Hierarchie des Drogenhandels und die Zahl der Geschäfte, welche ein Indiz für die kriminelle Energie und damit für die Gefährlichkeit des Täters ist (Hansjakob, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen, in: ZStrR 1997, S. 243). Auch ein Beschuldigter ohne Mitbestimmungsrecht, der auf einer tiefen Hierarchiestufe nur Anweisungen ausführt, kann unter Umständen eine wichtige und unabdingbare Rolle innerhalb des Verteilungsnetzes spielen und muss sich somit einem erheblichen strafrechtlichen Vorwurf aussetzen (BGE 135 IV 191 E. 3.4).

In diesem Zusammenhang ist auch das Doppelverwertungsverbot zu beachten. Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht für die konkrete Strafzumessungsentscheidung innerhalb des anzuwendenden gesetzlichen Strafrahmens berücksichtigt werden - weder zulasten noch zugunsten des Beschuldigten. Die Tatbestandserfüllung als solche hat sich bereits im Eröffnen des gesetzlichen Strafrahmens niedergeschlagen und darf nicht nochmals für die Strafmassfindung verwendet werden, ansonsten der gleiche Umstand einem Beschuldigten zwei Mal zur Last gelegt oder zu Gute gehalten würde. Der Richter ist aber nicht gehindert zu berücksichtigen, in welchem Ausmass ein qualifizierender oder privilegierender Tatumstand gegeben ist (Wiprächtiger/Keller in: BSK Strafrecht I, a.a.O., Art. 47 N 102).

Der Beschuldigte hat B._____ 144,6 Gramm reines Kokain-Hydrochlorid überbracht und 158,9 Gramm reines Kokain-Hydrochlorid in seiner Wohnung aufbewahrt. Bei Kokain handelt es sich um eine der gefährlichsten der bekannten Drogen. Der vom Bundesgericht festgelegte Grenzwert von 18 Gramm reinem Kokain-Hydrochlorid reicht aus, um die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr zu bringen (BGE 109 IV 143 E. 3b). Mit dem Überbringen und der Aufbewahrung von insgesamt 303,5 Gramm reinem Kokain-Hydrochlorid hat der Beschuldigte den oben erwähnten Wert um ein Vielfaches überschritten. Dadurch hat der Beschuldigte die Gesundheit einer grossen Zahl von Menschen in erhebliche Gefahr ge-

bracht. Entsprechend ist von einem hohen Gefährdungspotenzial auszugehen. Auch wenn die Menge nicht von vorrangiger Bedeutung ist, sondern nur ein Faktor von mehreren darstellt, fällt vorliegend erschwerend ins Gewicht, dass der qualifizierende Umstand in einem mehrfachen Ausmass gegeben ist.

Ebenfalls straf erhöhend ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte sämtliche Betäubungsmittel während vier bis fünf Monaten (D1/2/2 S. 4) bzw. während drei bis vier Monaten (Prot. I S. 29 und 32) und somit eine lange Zeit bei sich zuhause aufbewahrte.

Was die Stellung des Beschuldigten innerhalb der Drogenorganisation anbelangt, führte die Vorinstanz zutreffend an, dass der Beschuldigte aufgrund der ihm anvertrauten Menge nicht auf der untersten Hierarchiestufe angesiedelt werden kann, was straf erhöhend zu berücksichtigen ist. Demgegenüber hatte der Beschuldigte lediglich einen Einsatz im Betäubungsmittelhandel. Diesen Einsatz führte er unselbständig aus, indem es sich an die Weisungen des unbekanntem Auftraggebers hielt. Das Vorgehen um die Übergabe des Kokains an B._____ war wenig durchdacht, lenkte der Beschuldigte doch durch seine kurze Fahrt am Nachmittag die Aufmerksamkeit der Polizeibeamten auf sich. Das Drogenversteck hinter der Lüftungsabdeckung im Badezimmer war besser durchdacht. Trotzdem leistete der Beschuldigte mit seinem Handeln innerhalb des Verteilnetzes einen unerlässlichen und nicht zu verharmlosenden Tatbeitrag und offenbarte einige kriminelle Energie. Dass das Entgelt für die Tätigkeit des Beschuldigten demgegenüber eher bescheiden ausfiel, kann ihm nicht strafmindernd angerechnet werden. Da jedoch nicht erstellt ist, dass der Beschuldigte um den Reinheitsgehalt wusste bzw. in besonderem Bewusstsein darum handelte, wirkt sich der Reinheitsgehalt bei der Strafzumessung nicht besonders aus.

Obwohl das Drogenversteck hinter der Lüftungsabdeckung im Badezimmer einige Sicherheit bot, darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Beschuldigte zusammen mit seiner Ehefrau und der vierjährigen Tochter in dieser Wohnung lebte. Mit der Wahl dieses Versteckes setzte der Beschuldigte seine Tochter einer Gefahr aus, ist doch bekannt, wie neugierig Kinder sein können und sich immer wieder auf Entdeckungstouren machen.

Insgesamt ist die objektive Tatschwere und damit die Schwere des Verschuldens in Anbetracht des weiten Strafrahmens von Art. 19 Abs. 2 BetrMG mit der Vorinstanz als noch leicht zu gewichten.

3.2.2 Bei der subjektiven Tatschwere ist festzustellen, wie dem Täter die objektive Tatschwere tatsächlich anzurechnen ist. Zum subjektiven Verschulden gehören etwa die Frage der Schuldfähigkeit, die Intensität des verbrecherischen Willens, das Motiv sowie das Mass an Entscheidungsfreiheit.

a) Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte für eine verminderte Schuldfähigkeit. Dies wurde auch nicht geltend gemacht.

b) Was die Intensität des verbrecherischen Willens anbelangt, handelte der Beschuldigte mit direktem Vorsatz.

c) Zu seinen Beweggründen für die Tat gilt es festzuhalten, dass der Beschuldigte aus rein finanziellen Interessen delinquierte, zumal er sich in finanziellen Schwierigkeiten befand. Immerhin kann zugunsten des Beschuldigten berücksichtigt werden, dass er eine Herzoperation seiner Mutter finanzieren wollte.

d) Der Beschuldigte konsumiert keine harten Drogen (D1/2/1 S. 4). Beschaffungskriminalität fällt somit ausser Betracht.

e) Weiter ist das Mass an Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten zu berücksichtigen. Je leichter es für ihn gewesen wäre, die von ihm übertretene Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt seine Entscheidung gegen sie und damit seine Schuld (BGE 127 IV 101 E. 2a).

Der Verteidiger macht geltend, beim Beschuldigten lägen die Strafmilderungsgründe von Art. 48 lit. a Ziffern 1 (achtenswerte Beweggründe), 2 (schwere Bedrängnis) und 3 (Eindruck einer schweren Drohung) sowie lit. c (grosse seelische Belastung) StGB vor (Urk. 49 S. 6, Urk. 70 S. 8). Bereits bei den Beweggründen zur Tat wurde dem Beschuldigten zugute gehalten, dass er eine Herzoperation seiner Mutter finanzieren wollte. Eine weitere Berücksichtigung dieses Umstandes als achtenswerter Beweggrund kommt vorliegend nicht in Betracht. Der Beschul-

digte handelte auch weder in schwerer Bedrängnis noch unter dem Eindruck einer schweren Drohung. So wurde er zwar gemäss eigenen Angaben bedroht, was jedoch nicht glaubhaft ist. Ebenso wenig liegt ein Handeln unter schwerer seelischer Belastung vor.

f) Insgesamt wird die objektive Tatschwere durch die subjektiven Komponenten minim relativiert.

3.2.3 Zusammenfassend ist das Verschulden des Beschuldigten in Anbetracht des vorgegebenen weiten Strafrahmens als noch leicht zu qualifizieren. Eine hypothetische Einsatzstrafe aufgrund der Tatkomponente von 24 Monaten erscheint angemessen.

3.3 Täterkomponente

3.3.1 Die Täterkomponente umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse, die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren (vgl. Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB). Bei der Beurteilung des Vorlebens fallen einerseits früheres Wohlverhalten, andererseits Zahl, Schwere und Zeitpunkt von Vorstrafen ins Gewicht. Unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Verhältnisse ist etwa zu berücksichtigen, ob sich der Täter im Strafverfahren kooperativ verhielt, ob er Reue und Einsicht zeigt sowie ob er mehr oder weniger strafempfindlich ist.

3.3.2 Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen kann auf die Untersuchungsakten, die Erwägungen im angefochtenen Entscheid (Urk. 60 S. 17) sowie die Erwägungen zur Landesverweisung (Ziffer V.5.1) verwiesen werden. Aus dem Werdegang des Beschuldigten und seinen persönlichen Verhältnissen ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren.

3.3.3 Vorstrafen

Der Beschuldigte weist keine Vorstrafen auf (Urk. 61), was strafzumessungsneutral zu werten ist.

3.3.4 Nachtatverhalten

Bei der Strafzumessung ist auch das Nachtatverhalten eines Täters zu beachten.

Darunter fallen das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren. Insbesondere wirken ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und aufrichtige Reue strafmindernd (Wiprächtiger/Keller in: BSK Strafrecht I, a.a.O., Art. 47 N 169).

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Geständnis zugunsten des Täters zu berücksichtigen, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt oder der Täter dadurch zur Tataufdeckung über den eigenen Tatanteil beiträgt (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Diese Praxis beruht auf der Überlegung, dass Geständnisse zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen können. Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich demgegenüber deshalb aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichterte, namentlich weil der Täter nur aufgrund der erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils geständig wurde (Urteile des Bundesgerichts 6B_426/2010 vom 22. Juli 2010, E.1.5; 6B_312/2016 vom 23. Juni 2016, E. 1.3.2).

In der ersten Einvernahme verweigerte der Beschuldigte sämtliche Aussagen im Zusammenhang mit dem Kokain. In der am nächsten Tag durchgeführten Haftenvernahme legte der Beschuldigte dann ein vollumfängliches Geständnis ab. Nachdem man bei seiner Verhaftung bei ihm im Auto 144,6 Gramm reines Kokain-Hydrochlorid und bei der anschliessenden Hausdurchsuchung bei ihm zuhause ohne sein Zutun 158,9 Gramm reines Kokain-Hydrochlorid fand, hat dieses Geständnis die Untersuchung allerdings nicht erleichtert und ist wohl eher Folge der erdrückenden Beweismittel. Dem Beschuldigte kann jedoch kooperatives Verhalten attestiert werden, indem er B._____ belastete. Auch zeigte sich der Beschuldigte während des Verfahrens einsichtig und reuig. Das Nachtatverhalten des Beschuldigten kann minim strafmindernd berücksichtigt werden.

3.3.5 Schliesslich ist die Wirkung der Strafe auf das Leben des Beschuldigten zu berücksichtigen. Damit ist die Strafempfindlichkeit des Täters angesprochen. Die Berücksichtigung der Strafempfindlichkeit kommt namentlich in Betracht, wenn der Täter aus medizinischen Gründen wie Krankheit, Alter oder Haftpsychose be-

sonders empfindlich ist (Urteil des Bundesgerichts 6P.161/2004/6S.428/2004 vom 16. März 2005, E. 3.4.6).

Der Beschuldigte macht keine besondere Strafempfindlichkeit geltend und es sind auch keine aussergewöhnlichen Umstände erkennbar, die zu einer erhöhten Strafempfindlichkeit führen würden.

3.3.6 Aufgrund der Täterkomponente ist insgesamt eine minime Strafminderung angezeigt.

3.4 Ergebnis der Strafzumessung

In Berücksichtigung sämtlicher relevanter Strafzumessungsgründe erweist sich die von der Vorinstanz gegen den Beschuldigten ausgefallte Freiheitsstrafe von 21 Monaten als angemessen. Die vom Beschuldigten erstandenen 193 Tage Untersuchungs- und Sicherheitshaft sind anzurechnen (Art. 51 StGB).

4. Die Vorinstanz gewährte dem Beschuldigten den bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe unter Ansetzung der minimalen Probezeit von zwei Jahren. Aufgrund des Verschlechterungsverbot es ist dies zu bestätigen.

5. Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten für die mehrfache Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG mit einer Busse von Fr. 300.– und setzte die Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall des schuldhaften Nichtbezahlens der Busse auf drei Tage fest. Der Beschuldigte äusserte sich weder zur Höhe der Busse noch zur Ersatzfreiheitsstrafe. Die Vorinstanz legte die rechtlichen Grundlagen und die Verhältnisse des Beschuldigten zutreffend dar. Sie bewertete die objektive und die subjektive Tatschwere zutreffend. Zwecks Vermeidung von Wiederholungen kann daher vollumfänglich auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 60 S. 17 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Der Beschuldigte ist daher für den Betäubungsmittelkonsum mit einer Busse von Fr. 300.– zu bestrafen. Die Ersatzfreiheitsstrafe ist auf drei Tage festzusetzen.

V. Landesverweisung

1. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten im Sinne von Art. 66a StGB für sechs Jahre des Landes verwiesen und die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem angeordnet. Sie prüfte das Vorliegen eines Härtefalles und kam mit überzeugenden Argumenten zum Schluss, dass ein solcher nicht vorliegt. Die Verteidigung beantragt ein Absehen von einer Landesverweisung.

2. Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB sieht für Ausländer, die wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 BetrM verurteilt wurden, unabhängig von der Höhe der Strafe, die obligatorische Landesverweisung für 5 - 15 Jahre aus der Schweiz vor. Gemäss Art. 66a Abs. 2 Satz 1 StGB kann das Gericht ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB). Die obligatorische Landesverweisung wegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB greift grundsätzlich unabhängig von der konkreten Tatschwere (Urteil des Bundesgerichts 6B_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.2.1).

3. Für einen Verzicht auf die Landesverweisung gestützt auf Art. 66a Abs. 2 StGB müssen die in dieser Bestimmung erwähnten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Erforderlich ist einerseits, dass die Landesverweisung für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, und andererseits, dass die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Das Gericht hat die öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abzuwägen. Dies kann kriteriengeleitet nach der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) erfolgen, wobei die Aufzählung in diesem Artikel nicht abschliessend ist. Da die Landesverweisung strafrechtli-

cher Natur ist, sind auch strafrechtliche Elemente wie die Aussichten auf soziale Wiedereingliederung des Täters in die Interessenabwägung miteinzubeziehen. Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der persönlichen und wirtschaftlichen Integration, einschliesslich familiäre Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen. Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholter Delinquenz Rechnung zu tragen. Dabei dürfen auch vor Inkrafttreten der Landesverweisung begangene Straftaten berücksichtigt werden. Obwohl Art. 66a Abs. 2 StGB als "Kann-Vorschrift" formuliert wurde, bedeutet das nicht, dass das Gericht frei entscheiden kann, ob es die Bestimmung zur Anwendung bringt oder nicht. Das Gericht muss von seinem Ermessen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grundsätze Gebrauch machen. Sind die Voraussetzungen von Art. 66a Abs. 2 StGB erfüllt, muss es daher nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit von einer Landesverweisung absehen (Urteil des Bundesgerichts 6B_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.2.2 mit weiteren Hinweisen).

4.1 Gemäss Kinderrechtskonvention ist das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen (Art. 3 KRK). Diese Maxime und zahlreiche weitere Normen der KRK sind ähnlich oder inhaltsgleich auch in anderen Menschenrechtsverträgen wie der EMRK kodifiziert. Von einem schweren persönlichen Härtefall ist bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV und Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens auszugehen. Zum geschützten Familienkreis gemäss Art. 8 EMRK gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. Andere familiäre Verhältnisse fallen in den Schutzbereich, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Hinweise für solche Beziehungen sind das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bindungen, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person. Bei hinreichender Intensität sind auch Beziehungen zwischen nahen Verwandten wie Geschwistern oder Tanten und Nichten von Bedeutung, doch muss in diesem Fall ein über die üblichen familiären Beziehungen bzw. emotionalen Bindungen hinausgehendes, besonderes Abhängigkeitsverhältnis

bestehen. Das geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens ist berührt, wenn eine staatliche Entfernung- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt ist, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen (Urteil des Bundesgerichts 6B_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.3.1 und E. 6.3.2 mit weiteren Hinweisen).

4.2 Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens gilt nicht absolut. Bei der Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK sind folgende Elemente zu beachten: (1) die Art und Schwere der begangenen Straftat und ob sie als Jugendlicher oder Erwachsener verübt wurde; (2) die Aufenthaltsdauer des Betroffenen im Land; (3) die seit der Tatbegehung vergangene Zeit und das Verhalten des Ausländers während dieser; (4) die sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zum Aufnahmestaat und zum Herkunftsland; (5) der Gesundheitszustand sowie (6) die mit der aufenthaltsbeendenden Massnahme verbundene Dauer der Fernhaltung. Keines dieser Elemente ist für sich allein ausschlaggebend. Erforderlich ist vielmehr eine Würdigung der gesamten Umstände im Einzelfall. Art. 66a StGB ist EMRK-konform auszulegen. Die Interessenabwägung im Rahmen der Härtefallklausel von Art. 66a Abs. 2 StGB hat sich an der Verhältnismässigkeitsprüfung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu orientieren (Urteil des Bundesgerichts 6B_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.3.3 und E. 6.3.4 mit weiteren Hinweisen).

5.1 Der Beschuldigte ist Staatsangehöriger der Dominikanischen Republik. Er wurde 1975 in der Dominikanischen Republik geboren und ist dort zusammen mit seinen Geschwistern bei den Eltern aufgewachsen bis sich diese, als er elf oder zwölf Jahre alt war, scheiden liessen. Von da an wuchs er zusammen mit seinen Geschwistern bei der Mutter auf. Nach dem Besuch der Schulen bis zum 17. Altersjahr ging er an die Universität, wo er eine Ausbildung in Phytotherapie, Körpermassage und Ernährungsberatung machte. Nach einer Ausbildung zum therapeutischen Masseur eröffnete er sein eigenes Geschäft. In seiner Heimat führte er drei Beziehungen, aus denen insgesamt fünf Kinder entstanden. Mit seiner ersten

Frau war er zehn Jahre lang zusammen. Aus dieser Ehe hat er drei Kinder, die heute 26, 24 und 20 Jahre alt sind. Seine zweite Beziehung dauerte drei Jahre und brachte ein Kind hervor, das heute 14 Jahre alt ist. Die letzte Beziehung hielt acht Jahre, aus der eine heute neun Jahre alte Tochter hervorging. Neben seinen Kindern leben heute noch sein Vater, seine Mutter, seine Geschwister sowie seine Neffen und Nichten in der Dominikanischen Republik. Ein Bruder ist Politiker; er ist der ...-Chef des ehemaligen Präsidenten. Auch die anderen Geschwister haben politische Ämter. So arbeitet einer in der Universität und der andere als Kontrolleur für ... (D1/2/4 S. 11 ff., Prot. I S. 14 ff.). Seine aktuelle Ehefrau lernte der Beschuldigte in der Dominikanischen Republik kennen. Sie ist Schweizer Staatsbürgerin mit dominikanischen Wurzeln. In E. _____ unterzog sie sich einer Operation und war in der Praxis des Beschuldigten in Behandlung. Nach eineinhalb Jahren Partnerschaft heirateten sie 2014 in E. _____ und zogen im Januar 2015 in die Schweiz. Der Beschuldigte wollte jedoch ursprünglich, dass seine Ehefrau zu ihm in die Dominikanische Republik zieht. In der Schweiz leben sie gemeinsam mit ihren zwei Kindern in einer Mietwohnung. Ein Kind ist fünf Jahre alt und das andere ein Jahr alt. Im Übrigen lebt auch die Familie seiner Ehefrau und wohnen einige seiner Cousinen in der Schweiz. Zu Letzteren hat er keinen Kontakt, weil er keine Zeit hat. Diese verbringt er lieber zuhause mit seiner Familie. Der Beschuldigte verdient zwischen Fr. 4'300.– und Fr. 4'500.– netto pro Monat. Neben seinem 50-60 %-Pensum in der Wäscherei und seiner Tätigkeit als Masseur arbeitet er noch bei "F. _____". Seine Ehefrau arbeitet als Zahnarztassistentin und steuert monatlich etwa Fr. 4'000.– an den Familienunterhalt bei. Sie leidet zudem an einer Autoimmunerkrankung, weshalb sie nach der Arbeit stets erschöpft ist. Die fünfjährige Tochter wird heilpädagogisch und logopädisch betreut (Urk. 71/4). In seiner Freizeit singt er in einer Musikgruppe, mit der er auch schon Konzerte gegeben und Musikvideos gedreht hat (D1/2/4 S. 12, Prot. I S. 17 ff.). In Zukunft möchte der Beschuldigte Psychologie studieren. In seiner Heimat hat er in der Vergangenheit Motivationsgespräche vor allem für Jugendliche gemacht. Dies möchte er fortführen. In der Schweiz könnte er sich vorstellen, Massagen anzubieten und erneut eine Praxis zu eröffnen. Dies hatte er in der

Schweiz bereits einmal versucht, musste nach drei Monaten jedoch wieder schliessen (D1/2/4 S. 12 f., Prot. I S. 18, Prot. II S. 7 ff.).

Die Deutschkenntnisse des Beschuldigten sind nicht so gut. Er versteht zwar etwas Hochdeutsch, spricht es jedoch nicht so gut (D1/2/1 S. 5). Im vorliegenden Verfahren musste der Beschuldigte durchwegs die Dienste eines Dolmetschers in Anspruch nehmen. Insgesamt lebt der Beschuldigte soweit in geregelten Verhältnissen, hat sich in der Schweiz jedoch nur mässig integriert. Seine sozialen Kontakte beschränken sich hauptsächlich auf seine Kernfamilie. Zudem nimmt der Beschuldigte mit seiner Musik am gesellschaftlichen Leben teil. Eine Verwurzelung in der Schweiz durch regelmässige Erwerbstätigkeit erfolgte nicht. Zur Zeit geht er mit einem Teilzeitpensum einer ausserhäuslichen Arbeitstätigkeit nach. Früher war er als selbständiger Masseur mit eigenem Geschäft tätig (Prot. I S. 18), arbeitete temporär z.B. als Taxifahrer oder arbeitete zeitweise nicht (D1/2/1 S. 5; D1/2/4 S. 10). Er spricht keine Landessprache. Der Beschuldigte ist erst seit 2015 und damit noch nicht sehr lange hier. Seine lebensprägenden Jahre, wozu auch seine Ausbildung zu zählen ist, hat er in der Dominikanischen Republik verbracht. Die persönlichen Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz ergeben sich hauptsächlich aus dem Umstand, dass seine Ehefrau und seine Kinder hier leben. Sowohl die Ehefrau als auch die Kinder besitzen die schweizerische Staatsangehörigkeit. Die Kinder sind noch relativ klein und könnten sich in einem neuen Umfeld schnell integrieren, weshalb es der Familie zuzumuten ist, mit dem Vater in die Dominikanische Republik zu gehen.

In Bezug auf die Ehefrau und die Tochter wurde vorgebracht, dass eine Übersiedlung in die Dominikanische Republik aufgrund der Autoimmunerkrankung der Ehefrau bzw. der therapeutischen Behandlung der Tochter besonders schwierig wäre (Prot. II S. 33 f.). Dem kann nicht gefolgt werden. Dass die Autoimmunerkrankung der Ehefrau in der Dominikanischen Republik schwerer würde, stellt lediglich eine nicht begründete Hypothese dar. Eine heilpädagogische- bzw. logopädische Betreuung ist zudem eine nicht sehr aussergewöhnliche Therapie, welche auch in der Dominikanischen Republik vorgenommen werden könnte. Darüber hinaus ist die Sonderbetreuung nur für das Schuljahr 2020/2021 belegt; eine

im jetzigen Zeitpunkt andauernde Betreuung ist daher nicht ausgewiesen (Urk. 71/4).

5.2 Im Heimatland des Beschuldigten leben noch seine Eltern, seine Geschwister, fünf Kinder und weitere Verwandte. Zu ihnen hat er einen guten Kontakt. Durch sein Aufwachsen und seine Ausbildung und seine erfolgreiche berufliche Tätigkeit in der Dominikanischen Republik ist der Beschuldigte mit der Sprache und der Kultur in der Dominikanischen Republik bestens vertraut. Wohl scheint es für den Beschuldigten schwierig, jedoch nicht unmöglich, sich in seinem Heimatland wieder zurechtzufinden.

5.3 In Bezug auf die finanziellen Verhältnisse gilt es zu beachten, dass seine Ehefrau mit einem monatlichen Einkommen von rund Fr. 4'000.– die Familie mitfinanziert. Mit der Wegweisung des Beschuldigten würde die Familie, sollte sie in der Schweiz bleiben, ihren Ernährer nicht verlieren.

5.4 Gegen den Verbleib des Beschuldigten in der Schweiz und für ein öffentliches Interesse an dessen Wegweisung spricht die von diesem ausgehende Gefahr für weitere Straftaten. Die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz aus pekuniären Motiven gilt als schwere Straftat, von welcher eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung ausgeht. Wohl war der Beschuldigte nicht in grösserem Stil im Drogenhandel tätig. Dennoch übergab er am 25. November 2019 B. _____ 144,6 Gramm reines Kokain und lagerte weitere 158,9 Gramm reines Kokain in seiner Wohnung. Das Kokain war für Dritte bestimmt, womit er die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr brachte. Das vom Beschuldigten begangene Delikt widerspricht dem öffentlichen Sicherheitsinteresse. Zur Zeit der Begehung der vom Beschuldigten begangenen Straftat war er schon über 44 Jahre alt.

6. Insgesamt erweist sich die Landesverweisung als angebracht, liegt weder ein schwerer persönlicher Härtefall vor noch überwiegen die privaten Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz die öffentlichen Interessen. Es ist daher eine Landesverweisung auszusprechen.

7. Die Vorinstanz sprach eine Landesverweisung für die Dauer von sechs Jahren aus.

Gemäss Art. 66a StGB ist die Landesverweisung für 5 bis 15 Jahre auszusprechen, wobei die Dauer verhältnismässig sein muss. Die vom Beschuldigten begangenen Drogendelikte überschritten die Grenze des schweren Falls deutlich und um ein Mehrfaches. Das Verschulden des Beschuldigten ist als noch leicht zu qualifizieren. Folglich ist auch die Dauer der Landesverweisung entsprechend anzuordnen. Die von der Vorinstanz ausgesprochene Landesverweisung für die Dauer von sechs Jahren erscheint angemessen.

8. Am 1. März 2017 ist die Verordnung über die Einführung der Landesverweisung in Kraft getreten. Art. 20 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems und das SIRENE-Büro (N-SIS-Verordnung vom 8. März 2013) wurde dahingehend geändert, dass Drittstaatangehörige nur zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben werden können, wenn der entsprechende Entscheid einer Verwaltungs- oder einer Justizbehörde vorliegt. Entsprechend hat das urteilende Gericht zu prüfen, ob die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS anzuordnen ist.

Gemäss Art. 96 des Schengener Durchführungsübereinkommens ist eine Landesverweisung für sogenannte Drittstaatenangehörige - damit sind Personen gemeint, die keinem Mitgliedsstaat des Übereinkommens angehören - ohne Weiteres im SIS einzutragen, wenn diese auf einer Verurteilung wegen einer Straftat beruht, welche mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist und wenn die betroffene Person über kein Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedsstaat verfügt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4656/2012 vom 24. September 2015). Die Voraussetzungen von Art. 24 Abs. 1 und 2 SIS-II-VO sind enger als die des nationalen Rechts, weshalb eine SIS-Ausschreibung wohl nur unter diesen Voraussetzungen erfolgen kann. Nach Art. 24 Abs. 2 SIS-II-VO wird die Ausschreibung nur eingetragen, wenn die Anwesenheit des Drittstaatangehörigen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt. Dies ist insbesondere der Fall a) bei einem Drittstaatangehörigen, der in einem Mitgliedsstaat wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit Freiheitsstrafe von mindes-

tens einem Jahr bedroht ist; b) bei einem Drittstaatsangehörigen, gegen den ein begründeter Verdacht besteht, dass er schwere Straftaten begangen hat, oder gegen den konkrete Hinweise bestehen, dass er solche Taten im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaats plant. Sinn dieser Bestimmung ist, dass die SIS-Ausschreibung nur bei schweren Straftaten erfolgen soll. Nachdem die vom Beschuldigten begangene qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz eine Mindeststrafe von einem Jahr vorsieht, sind die Voraussetzungen für eine SIS-Ausschreibung erfüllt. Es ist daher die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem anzuordnen.

VI. Kostenfolgen

1. Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe zu bestätigen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– anzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und §14 Abs. 1 lit. b GebV OG). Ausgangsgemäss und antragsgemäss sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens vollumfänglich dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung. Diese sind unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht (Art. 135 Abs. 4 StPO) auf die Gerichtskasse zu nehmen.
3. Die amtliche Verteidigung des Beschuldigten macht ein Honorar von Fr. 6'981.40 geltend (Urk. 73), was ausgewiesen und angemessen ist. Die amtliche Verteidigung ist daher, unter Berücksichtigung des Aufwands für die Berufungsverhandlung und eine Nachbesprechung, mit insgesamt Fr. 7'000.– zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 24. September 2020 bezüglich der Dispositivziffern 2 (Freispruch vom Vorwurf der Pornografie), 8 (Entscheid über beschlagnahmte Gegenstände),

9 (Entschädigung des amtlichen Verteidigers) und 10 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 21 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 193 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind, sowie mit Fr. 300.– Busse.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.
5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für 6 Jahre des Landes verwiesen.
6. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet.
7. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 11 und 12) wird bestätigt.
8. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 7'000.– amtliche Verteidigung.

9. 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 gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

10. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

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

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche und die erbetene Verteidigung je im Doppel für sich und zuhänden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.

11. 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. Oktober 2021

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Wolter