

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB230296-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. B. Gut, Präsident, lic. iur. C. Maira und
Ersatzoberrichterin lic. iur. C. Keller sowie Gerichtsschreiberin
MLaw A. Sieber

Urteil vom 25. September 2023

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Fürsprecher X1. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

vertreten durch Staatsanwalt MLaw D. Aepli,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 6. Abteilung,
vom 14. März 2023 (DG220230)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 14. Dezember 2022 (Urk. 14) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 45 S. 21 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von dessen Art. 19 Abs. 1 lit. b, d und g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 48 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 312 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB für 8 Jahre des Landes verwiesen.
5. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 14. Dezember 2022 beschlagnahmten und bei der Kasse der Staatsanwaltschaft Zürich, Stauffacherstrasse 55, Postfach 8036 Zürich lagernden Barschaften werden eingezogen und zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet:
 - Bargeld Fr. 110.– (Asservat-Nr. A016'143'661),
 - Bargeld Fr. 1'900.– (Asservat-Nr. A016'143'887).
6. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl am 14. Dezember 2022 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich unter der BM Lager-Nr. S00818-2022 und bei der Kantonspolizei Zürich unter der BM Lager-Nr. S00815-2022 lagernden Betäubungsmittel werden eingezogen und der Lagerbehörde nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zur Vernichtung überlassen:
 - 2 Blöcke Kokain (Asservat-Nr. A016'143'752),
 - 2 Säckchen Kokain (Asservat-Nr. A016'143'638).
7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 14. Dezember 2022 beschlagnahmten Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben und andernfalls nach unbenutztem Ablauf einer Frist von 30 Tagen der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:
 - 1 Navigationsgerät Tomtom mit Ladekabel (Asservat-Nr. A016'143'672),

- 1 USB Stick mit Ladevorrichtung (Asservat-Nr. A016'143'683),
- 1 Notizzettel (Asservat-Nr. A016'143'741),
- Diverse Notizen (Asservat-Nr. A016'143'774),
- 1 Mobiltelefon, weiss, mit Hülle (Asservat-Nr. A016'143'810),
- 1 Schlüssel (Asservat-Nr. A016'143'821),
- Diverse Notizen (Asservat-Nr. A016'143'843),
- 5 SIM-Karten, Lycamobile (Asservat-Nr. A016'143'854),
- 3 Schlüssel (Asservat-Nr. A016'143'876),
- Diverse Bankkarten (Asservat-Nr. A016'143'898),
- 2 Flugtickets (Asservat-Nr. A016'143'912),
- 1 Schlüssel (Asservat-Nr. A016'143'923).

Es wird davon Vormerk genommen, dass die Staatsanwaltschaft mit der sofortigen Herausgabe der Schlüssel (vor Eintritt der Rechtskraft) einverstanden ist. Entsprechend wird die Lagerbehörde angewiesen, diese Schlüssel (Asservat-Nr. A016'143'821, A016'143'876 und A016'143'923) dem Beschuldigten auf erstes Verlangen vor Ablauf der Rechtsmittelfrist herauszugeben.

8. Die beim Forensischen Institut Zürich unter der Referenznummer LBZH007296, ZZALLU2Q32-R0065FD05 (Asservate ZAL 1 Compactus) lagernden DNA-Spuren bzw. Spurenträger werden der Lagerbehörde nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zur Vernichtung überlassen.
9. Die beim Forensischen Institut Zürich auf dem Bild-Ton-Datenbank\XMedia FOR (Server) lagernde Atelier-Fotografie (Asservat-Nr. A016'150'473) wird der Lagerbehörde nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zur Vernichtung überlassen.
10. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
 - Fr. 3'900.- ; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 3'000.- Gebühr für das Vorverfahren;
 - Fr. 660.- Auslagen FOR-Zürich;
 - Fr. 1'028.- Auswertung Datenträger;
 - Fr. 650.- Gerichtsgebühr Siegelung GT220054-L;
 - Fr. 969.30 amtliche Verteidigung RA X2._____;
 - Fr. 16'300.- amtliche Verteidigung (inkl. Barauslagen und Mwst.).

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

11. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
12. (Mitteilung)
13. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 68 S. 1)

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 14. März 2023 sei in den Dispositivziffern 2 und 4 aufzuheben.
2. In Abänderung von Dispositivziffer 2 sei der Berufungskläger zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten unter Anrechnung der erstandenen Haft zu verurteilen.
3. In Abänderung von Dispositivziffer 4 sei der Berufungskläger im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB für 5 Jahre des Landes zu verweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

b) Der Staatsanwaltschaft:

(schriftlich; Urk. 56)

Verzicht auf Anschlussberufung und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil meldete der amtliche Verteidiger des Beschuldigten, Fürsprecher X1._____, am 15. März 2023 Be-

rufung an (Urk. 37). Das begründete Urteil wurde ihm am 8. Mai 2023 zugestellt (Urk. 44/2), worauf er am 26. Mai 2023 die Berufungserklärung einreichte (Urk. 47 und Urk. 48/1-3; innert angesetzter Nachfrist gültig digital signiert, vgl. Urk. 50, Urk. 52 und Urk. 53/1-3).

1.2. Innert angesetzter Frist gemäss Art. 400 Abs. 3 lit. b StPO erklärte die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (fortan Staatsanwaltschaft) den Verzicht auf Erhebung einer Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils (Urk. 56).

1.3. Bereits am 7. Mai 2023 sowie erneut am 15. September 2023 wurde je ein neuer Strafregisterauszug über den Beschuldigten eingeholt (Urk. 46 und Urk. 66). Sodann wurden am 15. August 2023 die Akten des Migrationsamtes Zürich über den Beschuldigten beigezogen (Urk. 61) und ein Führungsbericht der Justizvollzugsanstalt Pöschwies eingeholt (Urk. 63-64).

1.4. Am 12. Juli 2023 wurde zur heutigen Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 57), zu welcher der Beschuldigte sowie sein amtlicher Verteidiger erschienen sind (Prot. II S. 4). Der Staatsanwaltschaft war das Erscheinen freigestellt worden.

2. Umfang der Berufung

Der Beschuldigte beschränkte seine Berufung auf das Strafmass (Dispositivziffer 2) sowie die Dauer der Landesverweisung (Dispositivziffer 4; vgl. Urk. 47 bzw. Urk. 52 und Urk. 68).

Da die Vollzugsfrage gemäss Art. 399 Abs. 4 lit. b StPO unter den Strafpunkt zu subsumieren ist (BGE 144 IV 385; Zimmerlin, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers, StPO Komm., 3. Aufl., Art. 399 N 20), gilt vorliegend auch Dispositivziffer 3 als mitangefochten.

Entsprechend ist vorzumerken, dass der Schuldpunkt (Dispositivziffer 1) sowie die weiteren Anordnungen der Vorinstanz (Dispositivziffern 5-11) in Rechtskraft erwachsen sind.

3. Strafzumessung

3.1. In Übereinstimmung mit der amtlichen Verteidigung (vgl. Urk. 68 S. 2 f.) ist vom eingestandenem Sachverhalt und mithin vom Anklagesachverhalt auszugehen. Gemäss unbestrittenem Anklagesachverhalt bewahrte der Beschuldigte vom 3. bis 7. Mai 2022 für eine Drittperson (B. _____) bei sich zuhause 1'598.9 Gramm Kokaingemisch (netto 1'261.5 Gramm reines Kokain) auf, wobei er anlässlich seiner Verhaftung am 7. Mai 2022 davon 19.9 Gramm (15.5 Gramm Reinsubstanz) auf sich trug, um dieses Warenmuster einem möglichen Abnehmer zu übergeben (bei den abweichenden Angaben in der Anklageschrift handelt es sich um das jeweilige Bruttogewicht der sichergestellten Drogen samt Verpackung [1'743 sowie 25.3 Gramm, vgl. Urk. 1/1 sowie Urk. 6/4 S. 2], andererseits enthält die Angabe der Totalmenge des Kokaingemischs einen offensichtlichen Zahlenverdrehler [1'589.9 Gramm statt 1'598.9 Gramm, vgl. Urk. 6/4 S. 2]). Für seine Dienste sollte er mit Fr. 2'000.– entlohnt werden (vgl. Urk. 2/3 S. 4).

Die Vorinstanz würdigte das Verhalten des Beschuldigten zutreffend als qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, d und g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, was – wie oben festgestellt – in Rechtskraft erwachsen und von Gesetzes wegen mit einer Freiheitsstrafe von einem bis 20 Jahren zu sanktionieren ist (vgl. den massgebenden Strafrahmen gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG in der seit 1. Juli 2023 gültigen Fassung). Im Berufungsverfahren ist zusätzlich das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO zu berücksichtigen, nachdem einzig der Beschuldigte Berufung erhoben hat.

3.2. Innerhalb des massgebenden Strafrahmens misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt dabei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (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). Für die Zumessung der

Strafe ist zwischen Tat- und Täterkomponente zu unterscheiden. Das Gericht ist dabei nicht gehalten, in Zahlen oder Prozentsätzen anzugeben, wie es die einzelnen Strafzumessungsgründe innerhalb der Einzelstrafe gewichtet (BGE 136 IV 55, E. 5.6.). Jedoch ist grundsätzlich zu begründen, in welchem Grad die einzelnen Faktoren strafmindernd oder strafe erhöhend in die Waagschale geworfen werden (vgl. statt vieler Urteil des Bundesgerichts 6B_475/2011 vom 30. Januar 2020, E. 1.4.3.1.).

Bei der Tatkomponente ist als Ausgangspunkt die objektive Schwere des Delikts festzulegen. Dabei ist anhand des Ausmasses des Erfolgs sowie aufgrund der Art und Weise des Vorgehens zu beurteilen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut beeinträchtigt wurde. Ebenfalls von Bedeutung ist die kriminelle Energie, wie sie durch die Tat und die Tatausführung offenbart wurde. Bei allen Umständen ist zu fragen, ob sie vom Täter gewollt oder in Kauf genommen bzw. als möglich vorausgesehen wurden. Andernfalls können sie für die Verschuldensbewertung nicht herangezogen werden. In einem nächsten Schritt ist eine Bewertung des subjektiven Verschuldens vorzunehmen. Es stellt sich somit die Frage, wie dem Täter die objektive Tatschwere tatsächlich anzurechnen ist. Dazu gehören auch die Frage der Schuldfähigkeit, das Motiv, der unvollendete Versuch sowie einige der in Art. 48 StGB aufgeführten Strafzumessungsgründe. Bei Drogendelikten bemisst sich das Verschulden des Täters zu einem massgeblichen Teil nach Art und Menge des gehandelten oder verschobenen Stoffes. Je grösser die Menge und je schädlicher die Art des Betäubungsmittels ist, umso schwerer fällt die vom Täter in Kauf genommene gesundheitliche Gefährdung von Menschen ins Gewicht. Zu beachten ist weiter, wie der Täter in den Besitz der Drogen gelangte und welche Tat handlungen er ausführte, ob er selbst süchtig ist und ob er in einer grösseren Organisation tätig war und welche Funktion er sachlich und hierarchisch ausübte.

Die Täterkomponente umfasst zum einen die persönlichen Verhältnisse und das Vorleben des Täters, wobei hier vor allem frühere Strafen zu berücksichtigen sind. Zum anderen ist das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere gezeigte Reue und Einsicht oder ein abgelegtes Geständnis, zu berücksichtigen (BSK StGB-Wiprächtiger/Keller, 2019, Art. 47 N 120 ff.).

3.3. Tatkomponenten

Der Beschuldigte bewahrte einmalig eine grosse Menge Kokaingemisch (ca. 1,6 kg) leicht unterdurchschnittlicher Qualität (vgl. Urk. 6/4 S. 2: 78 % bzw. 79 % reines Kokain, entsprechend dem unteren Quartil der 2022 durch die Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin [SGRM] gemessenen Werte), mithin eine sogenannte harte, da äusserst gefährliche Droge, für (bloss) wenige Tage bei sich zuhause auf und transportierte zusätzlich ein Drogenmuster zu einem möglichen Käufer, wobei er vor Zielerreichung verhaftet wurde. Diese Handlungen siedeln ihn einerseits im Drogengrosshandel an, andererseits führte er aber lediglich eine untergeordnete Hilfstätigkeit aus, indem er das Kokaingemisch bei sich versteckt aufbewahrte. Allerdings darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass er es bei der Aufbewahrung nicht bewenden liess, sondern sich weiter im Hinblick auf einen Verkauf dieser grossen Menge einspannen liess und ein Drogenmuster zu einem Abnehmer transportieren wollte, was einzig aufgrund seiner Verhaftung scheiterte. Damit spielte er in der Drogenhandelshierarchie eine nicht zu vernachlässigende – wenn auch leicht austauschbare – Rolle. Die objektive Tatschwere ist aber insgesamt, trotz der x-fachen Überschreitung des massgebenden Grenzwerts, im umfassenden Strafraumen des qualifizierten Tatbestands als noch eher leicht zu qualifizieren.

Anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte sinngemäss an, aus einer Notlage gehandelt zu haben, um das für die Beerdigung seines Grossvaters aufgenommene Darlehen von Fr. 2'000.– begleichen zu können (Urk. 67 S. 2 f. und 8). Vor dem Hintergrund, dass der Beschuldigte gemäss eigenen Aussagen mit seinem Einkommen bei der Reinigungsfirma C._____ über eine monatliche Sparquote von mindestens Fr. 500.– bis Fr. 1'000.– verfügte, gar ein Hausbau in Santo Domingo finanzieren konnte (Urk. 2/3 S. 18), kann von keiner finanziellen Notlage gesprochen werden. Der selbst nicht drogenkonsumierende Beschuldigte handelte aus Gewinnsucht und direktvorsätzlich. Konkret wollte er durch sein Handeln innert weniger Tage auf schnelle Art Fr. 2'000.– verdienen, was das Verschulden nicht zu relativieren vermag. Dem noch eher leichten Verschulden entsprechend ist die Einsatzstrafe auf rund 33 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen.

3.4. Täterkomponenten

Zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann der heutigen Befragung zur Person (Urk. 67) sowie den Akten (Urk. 2/2 S. 5 ff., Urk. 2/3 S. 18, Urk. 2/11 S. 6 f., Urk. 61 S. 1, 14, 153 ff., 231 ff. und 264 ff. sowie Prot. I S. 7 ff.) folgendes entnommen werden: Der Beschuldigte ist in der Dominikanischen Republik geboren, deren Staatsbürger er weiterhin ist und wo bis heute seine Mutter und seine drei Schwestern leben. Er besuchte dort die Schulen und absolvierte ein Hochschulstudium, das er mit einem Marketingdiplom abschloss. Nachdem er 2003 eine in der Schweiz eingebürgerte Dominikanerin geheiratet hatte, übersiedelte er in die Schweiz, die er indes nach der Scheidung 2006 wieder verliess. Danach lebte er in Spanien, wo er am 4. März 2013 eingebürgert wurde. Seit dem 11. April 2013 lebt er wieder in der Schweiz, wo er verschiedene Arbeitsstellen, zuletzt als Mitarbeiter einer Reinigungsfirma innehatte und über eine Aufenthaltsbewilligung B (EU/EFTA) verfügt, deren Gültigkeit allerdings nur bis 10. April 2023 aktenkundig ist. Seine Ehefrau, D._____, die er am tt. Juni 2014 in Spanien geheiratet hatte, verblieb zunächst in Spanien, während der Beschuldigte in der Schweiz mit E._____ zusammenlebte und zwei Söhne (geboren am tt.mm.2014 und am tt.mm.2017) zeugte. Ein weiterer Sohn aus einer früheren Beziehung, geboren 2001, der in Santo Domingo bei seiner Mutter aufgewachsen ist, lebt heute in Spanien. Nachdem sich der Beschuldigte von E._____ getrennt hatte, nahm ca. im August 2021 seine Ehefrau Wohnsitz bei ihm in der Schweiz. Sie stammt, wie der Beschuldigte, ursprünglich aus der Dominikanischen Republik, wurde später in Spanien eingebürgert und verfügt in der Schweiz über eine Aufenthaltsbewilligung B (EU/EFTA). Sie arbeitet, ebenfalls wie der Beschuldigte bis zu seiner Verhaftung, in der Reinigungsbranche. Das Paar hat keine gemeinsamen Kinder. Seine minderjährigen Söhne leben bei der Kindsmutter und verfügen – wie auch die Mutter – als Bürger von Spanien über eine Aufenthaltsbewilligung C. Soweit ersichtlich besteht weder ein Unterhaltsvertrag noch eine formelle Betreuungsregelung, jedoch beteiligte sich der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben in der Vergangenheit an den Kinderkosten und pflegte auch eine enge persönliche Beziehung zu seinen Söhnen. Am 9. August 2017 wurde der Beschuldigte durch das Regionalgericht Berner Jura-Seeland wegen Verbrechen, Vergehen und Übertretung

des Betäubungsmittelgesetzes zu einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten und einer Busse von Fr. 200.– verurteilt, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren bedingt aufgeschoben wurde. Im Rahmen der damaligen Strafuntersuchung hatte er 66 Tage in Haft verbracht. Sodann wurde er mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 25. Oktober 2019 wegen Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz, begangen am 20. September 2019 und damit nur rund einen Monat nach Ablauf der Probezeit gemäss erster Verurteilung, zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt, welche für vollziehbar erklärt, woraus er jedoch am 18. März 2020 bei einem Strafrest von 60 Tagen unter Ansetzung einer einjährigen Probezeit bedingt entlassen wurde. Offenbar hatte er die Strafe durch gemeinnützige Arbeit geleistet.

Auf die Strafzumessung hat dieser Lebenslauf – mit Ausnahme der einschlägigen Vorstrafen, vgl. sogleich – keinen Einfluss.

Nachdem die massgebende Drogenmenge bereits aufgrund der Verhaftung bzw. der Hausdurchsuchung feststand und das Geständnis samt Schilderung der Umstände, wie der Beschuldigte in den Besitz des Kokains gekommen war, eher spät im Verfahren, nachdem bereits umfangreiche Untersuchungsmassnahmen vorgenommen worden waren, erfolgte und keine weitergehenden Belastungen zu Tage brachte, vereinfachte der Beschuldigte das Verfahren in keiner Hinsicht. Immerhin ist eine gewisse Reue des Beschuldigten ersichtlich, was marginal im Umfang von drei Monaten strafmindernd berücksichtigt werden kann. Demgegenüber sind die beiden einschlägigen Vorstrafen deutlich straf erhöhend anzurechnen, zeugen sie doch von einer ausgeprägten Geringachtung des hiesigen Rechtssystems, die sich auch durch vollziehbare Strafen nicht beeinflussen lässt, und einer Gleichgültigkeit gegenüber der von Kokain ausgehenden gesundheitlichen Gefährdung der Öffentlichkeit. Dem Vorbringen der Verteidigung, dem Beschuldigten sei zugute zu halten, dass er bei den früheren Verurteilungen zwei Probezeiten zu bestehen und keine eigentliche Freiheitsstrafe zu vollbüßen hatte (Urk. 68 S. 7), kann nicht gefolgt werden, zumal der Beschuldigte im Rahmen der Strafuntersuchung im 2017 drei Monate im Freiheitsentzug verbracht hatte, was ihn offensichtlich nicht beeindruckt hat.

Seit 9. Dezember 2022 befindet sich der Beschuldigte im vorzeitigen Strafvollzug, wo er sich gemäss Führungsbericht der Justizvollzugsanstalt Pöschwies bisher tadellos verhält (Urk. 63). Solches darf allerdings erwartet werden, weshalb sich dies – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 59 und Urk. 68 S. 6) – nicht strafmindernd auswirkt (Urteile des Bundesgerichts 6B_27/2020 vom 20. April 2020, E. 3.3.2; 6B_974/2009 vom 18. Februar 2010, E. 5.5).

Insgesamt überwiegen die strafe erhöhenden Faktoren deutlich, weshalb die Einsatzstrafe aufgrund der Täterkomponenten insgesamt auf 42 Monate zu erhöhen ist.

Auf die Strafe anzurechnen sind 507 Tage, die der Beschuldigte bis und mit heute in Untersuchungshaft und vorzeitigem Strafvollzug erstanden hat (Art. 51 StGB).

3.5. Bereits aufgrund der Strafhöhe ist ein bedingter Vollzug ausgeschlossen (vgl. Art. 42 f. StGB). Allerdings käme ein Solcher – mit der Vorinstanz (Urk. 45 S. 10 f.) – angesichts der einschlägig belasteten Vorgeschichte des Beschuldigten auch bei einer tieferen Strafe nicht in Frage, da dem Beschuldigten die diesfalls hinsichtlich der Legalprognose nötigen "besonders günstigen Umstände" gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB jedenfalls abzusprechen wären. Im Übrigen hat auch die Verteidigung angesichts der Vorstrafen auf einen Antrag um Ausfällung einer bedingten oder teilbedingten Strafe verzichtet (Urk. 68 S. 8).

4. Landesverweisung

4.1. Der Beschuldigte, Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung B für die Schweiz (Urk. 11/4 bzw. Urk. 61 S. 273, gültig bis 10. April 2023), ist spanischer und dominikanischer Staatsbürger und hat gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB mit der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz eine Katalogtat begangen, die grundsätzlich zu einer obligatorischen Landesverweisung führt. Hiervor kann nur abgesehen werden, wenn dies für den Täter eine schwere persönliche Härte bedeuten würde und eine Abwägung zwischen seinen persönlichen Interessen an einem Verbleib in der Schweiz und den Interessen der Öffentlichkeit an einer Wegweisung zu seinen Gunsten ausfällt (Art. 66a Abs. 1 StGB; vgl. hierzu auch die Erwägungen der Vorinstanz in Urk. 45 S. 12 f.). Allenfalls kann auch das

Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Union und ihrem Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen; FZA) der Landesverweisung eines Bürgers eines EU-Staates entgegenstehen (vgl. hierzu die Ausführungen der Vorinstanz in Urk. 45 S. 15 ff.).

4.2. Die Vorinstanz erkannte in einer Landesverweisung keinen persönlichen schweren Härtefall und keinen Verstoss gegen das FZA und verwies den Beschuldigten entsprechend für eine Dauer von acht Jahren aus der Schweiz. Mit der Verteidigung (Urk. 68 S. 8) ist festzuhalten, dass in der Urteilsbegründung der Vorinstanz von einer Dauer von sieben Jahren gesprochen wurde, das Dispositiv sodann acht Jahre nannte. Hierzu ist festzuhalten, dass grundsätzlich nur das Urteilsdispositiv, nicht dagegen die Urteilsbegründung in materielle Rechtskraft erwächst (BSK StPO-Sprenger, 2023, Art. 437 N 10). Es ist auf das Entscheidungsdispositiv und nicht auf die wohl fehlerhafte Erwägung der Vorinstanz abzustellen.

Der Beschuldigte anerkannte, dass er sich nicht auf die Härtefallklausel berufen kann, beantragte jedoch – wie bereits vor Vorinstanz (Urk. 32 S. 10) – vor dem Hintergrund, dass seine zwei minderjährigen Kinder in der Schweiz leben und unter Bezugnahme auf Art. 8 EMRK, dass die Dauer der Landesverweisung auf fünf Jahre zu beschränken sei (Urk. 68 S. 8 f.).

4.3. Hinsichtlich des bisherigen Werdegangs des heute 47 Jahre alten Beschuldigten kann zunächst auf die Ausführungen zu den Täterkomponenten (Ziff. 3.4 hiavor) verwiesen werden. Hieraus ergibt sich zusammengefasst, dass der Beschuldigte seit 2013 (wieder) in der Schweiz lebt und sich beruflich eine selbsttragende Existenz aufbauen konnte. Sprachlich konnte er sich in diesen mittlerweile zehn Jahren nicht hinreichend integrieren, spricht er doch kaum Deutsch und war er anlässlich der Gerichtsverhandlungen auf Übersetzung angewiesen. Er lebte vor seiner Verhaftung mit seiner Frau, nicht aber mit seinen beiden ausserehelichen Söhnen, geboren im 2014 und 2017, zusammen. Eine verpflichtende Betreuungs- und Unterhaltsregelung besteht nicht, allerdings hat sich der Beschuldigte offenbar in der Vergangenheit soweit möglich finanziell an den Kinderkosten beteiligt und pflegte auch regelmässigen Kontakt zu seinen Kindern. Seit seiner Inhaftierung hat

er gemäss eigenen Angaben die Kinder zunächst nicht mehr persönlich gesehen, da er ihnen einen Besuch im Gefängnis nicht zumuten wollte, und lediglich brieflich und fernmündlich den Kontakt gepflegt, ohne die Kinder über den wahren Grund seiner Abwesenheit zu informieren (Urk. 32 S. 7, vgl. auch Urk. 9/41 Briefe vom 11. Mai 2022 und Prot. I S. 21; so auch dem neu beigezogenen Führungsbericht der Justizvollzugsanlage Pöschwies zu entnehmen, vgl. Urk. 63 S. 3). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte – entgegen des Führungsberichts sowie des Insassenstamblatts (Urk. 63 S. 3 und Urk. 64 S. 2) – an, dass ihn seine Kinder seit April oder Mai dieses Jahres einmal wöchentlich am Sonntag zusammen mit der Kindsmutter sowie seiner Ehefrau im vorzeitigen Strafvollzug in der JVA Pöschwies besuchen würden, wobei sie die Kinder im Glauben belassen, ihren Vater bzw. den Beschuldigten an seiner Arbeitsstelle besuchen zu kommen. Ausserdem schilderte er, dass er nach Möglichkeit täglich mehrmals mit seinen Kindern telefonieren und mit der Kindsmutter kontinuierlich Gespräche über sämtliche Belange der Kinder sprechen würde (Urk. 67 S. 4 und 7 sowie Urk. 68 S. 6 f.).

Der Kontakt zu seinen Kindern wird – wenn zwar erschwert – auch bei einer Landesverweisung möglich sein. Gemäss eigenen Aussagen beabsichtigt der Beschuldigte, nach seiner Landesverweisung so nahe wie möglich bei seinen Kindern zu sein und möglicherweise nach Süddeutschland ins grenznahe Konstanz zu ziehen (Urk. 67 S. 5). Somit würden dann auch persönliche Besuche im nahen europäischen Ausland im Rahmen von Feiertagen und Ferien oder sogar von Wochenenden in Frage kommen. Seine Ehefrau, die er 2014 in Spanien geheiratet hatte, verblieb zunächst dort und zog erst 2021 zu ihm in die Schweiz, wo ihr ebenfalls eine Aufenthaltsbewilligung B (EU/EFTA) erteilt wurde. Eine Rückkehr nach Spanien (oder in die Dominikanische Republik, deren Staatsbürgerin sie ebenfalls ist), wo sie in der Vergangenheit lebte und arbeitete, scheint ohne weiteres zumutbar, sofern sie nicht wieder – wie in den Jahren 2014 bis 2021, einfach mit umgekehrten Vorzeichen – eine Fernbeziehung führen will.

In Spanien, wo der Beschuldigte mehrere Jahre lebte und arbeitete, verfügt er über die Staatsbürgerschaft. Sodann ist er weiterhin auch Bürger der Dominikanischen

Republik, wo seine Herkunftsfamilie lebt, die er regelmässig besucht und wo er offenbar für sich ein Haus baut und sich zuhause fühlt. Eine Reintegration scheint vor diesem Hintergrund in beiden Ländern ohne weiteres möglich und auch zumutbar, wovon auch die Verteidigung ausgeht, indem sie sich nicht gegen die Landesverweisung als Solche zur Wehr setzt.

Insgesamt hat die Vorinstanz zu Recht keinen Härtefall angenommen. Selbst bei Annahme eines Härtefalls würde die Interessenabwägung zu Ungunsten des Beschuldigten ausfallen, überwiegt doch das Interesse der Öffentlichkeit, vor (bereits mehrfach rückfällig gewordenen) Drogendelinquenten geschützt zu werden, jedenfalls sein Interesse an einem weiteren Verbleib in der Schweiz. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte im Nachgang zu seiner ersten Verurteilung im Januar 2018 durch das Migrationsamt ausdrücklich verwarnt und auf mögliche ausländerrechtliche Entfernungsmassnahmen, insbesondere auch auf eine Landesverweisung als Folge von Betäubungsmitteldelikten, hingewiesen wurde (Urk. 61 S. 264 ff.). Im Rahmen des ihm vorgängig hierzu gewährten rechtlichen Gehörs hatte er unter Hinweis auf seine Kinder ausdrücklich um Entschuldigung gebeten und erklärt, "so etwas" nicht wieder zu machen. Jeder Mensch könne Fehler machen. "Eine Wiederholung würde aber schwer wiegen. Ich verspreche hier, dass dies nicht wieder passieren wird". Er habe zwei wichtige Gründe, um solche Machenschaften nicht zu wiederholen, seine Kinder und seine Mutter, die vor Kummer fast gestorben sei, als sie erfahren habe, dass er im Gefängnis sei (Urk. 61 S. 249). Gleichwohl kam es in der Folge jedoch zu zwei weiteren Verstössen gegen das Betäubungsmittelgesetz, was zeigt, dass sich der Beschuldigte durch frühere Strafen und selbst durch die Androhung einer Landesverweisung nicht von neuen Taten hat abschrecken lassen, und zwar auch nicht mit Blick auf eine mögliche Trennung von seinen Söhnen. Entsprechend ist beim Beschuldigten weiterhin trotz Beteuerung zukünftigen Wohlverhaltens von einer realen Rückfallgefahr auszugehen, hat sich doch seither an seiner (familiären) Situation nichts Wesentliches verändert. Aus dem gleichen Grund (andauernde Gefährdung der öffentlichen Ordnung) verstösst eine Landesverweisung vorliegend auch nicht gegen das Freizügigkeitsgesetz (vgl. zum Ganzen auch die überzeugenden Ausführungen der Vorinstanz, Urk. 45 S. 15 ff.).

4.4. Gemäss Art. 66a StGB ist die Landesverweisung für fünf bis 15 Jahre auszusprechen. Die Bemessung der Dauer liegt im Ermessen des Gerichts, welches sich dabei insbesondere am Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu orientieren hat (Botschaft vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes, BBl 2013 5975 ff., S. 6021), wobei das Verschulden und die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit in die Beurteilung miteinzubeziehen sind.

Der Beschuldigte hat sich einen qualifizierten Verstoss gegen das Betäubungsmittelgesetz zu Schulden kommen lassen. Auch wenn diesbezüglich von einem eher noch leichten Verschulden auszugehen ist, darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass diese Qualifikation vor dem Hintergrund eines bis zu 20 Jahre Freiheitsstrafe reichenden Strafrahmens zu lesen ist und effektiv eine Strafe von dreieinhalb Jahren Freiheitsstrafe resultierte, weshalb konkret von einem schweren Verstoss gegen eine die öffentliche Gesundheit und Sicherheit schützende Norm auszugehen ist. Bei dieser Sachlage ist von vornherein ausgeschlossen, auf eine bloss minimale Dauer der Landesverweisung zu erkennen. Vielmehr ist zu beachten, dass das Fernhalteinteresse gegenüber dem – zumal bereits mehrfach rückfälligen – Beschuldigten aufgrund der Gemeingefährlichkeit seines Handelns als hoch einzustufen ist. Auf der anderen Seite ist jedoch die familiäre Bindung des Beschuldigten zu seinen in der Schweiz lebenden Kindern in Betracht zu ziehen, die durch die Landesverweisung beeinträchtigt wird. Allerdings wohnten die Kinder bereits vor seiner Verhaftung getrennt vom Vater bei der Kindsmutter und bestand kein geregeltes Betreuungsregime, wie eine gemeinsame Obhut oder dergleichen. Zudem hat er sich bewusst entschieden, bereits während der Haftzeit auf persönliche Kontakte zu verzichten und zunächst lediglich brieflich/fernmündlich in Beziehung zu bleiben, was sich die Kinder entsprechend gewohnt sind und dem Beschuldigten und ihnen auch während der Landesverweisung weiterhin möglich sein wird. Ergänzend wird er sie dann aber auch zu sich oder mit sich im Ausland auf Besuch nehmen können. Wenn die Vorinstanz in Würdigung dieser Umstände auf eine Landesverweisung von acht Jahren und damit im unteren Bereich des Möglichen erkannte, trägt dies den massgebenden Faktoren wohlwollend Rechnung und kann somit bestätigt werden, zumal eine Verlängerung aufgrund des Verschlechterungsverbots ausgeschlossen ist.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Für das Berufungsverfahren ist eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– zu erheben (§ 14 Abs. 1 lit b GebV OG in Verbindung mit § 16 Abs. 1 GebV OG). Sodann ist die Entschädigung des amtlichen Verteidigers, ausgehend von der eingereichten Honorarnote (Urk. 69), auf Fr. 4'949.05 (inkl. Mwst. und Barauslagen) festzusetzen (§ 23 in Verbindung mit § 17 f. AnwGebV).

5.2. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind den Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Nachdem der Beschuldigte lediglich im Strafpunkt bezüglich der Strafhöhe teilweise obsiegt, sind ihm die Kosten, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, zu sieben Achteln aufzuerlegen und im Übrigen zu einem Achtel auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Die Verteidigungskosten sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 6. Abteilung, vom 14. März 2023 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von dessen Art. 19 Abs. 1 lit. b, d und g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a.
2. (...)
3. (...)
4. (...)
5. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 14. Dezember 2022 beschlagnahmten und bei der Kasse der Staatsanwaltschaft Zürich, Stauffacher-

strasse 55, Postfach 8036 Zürich lagernden Barschaften werden eingezogen und zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet:

- Bargeld Fr. 110.– (Asservat-Nr. A016'143'661),
- Bargeld Fr. 1'900.– (Asservat-Nr. A016'143'887).

6. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl am 14. Dezember 2022 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich unter der BM Lager-Nr. S00818-2022 und bei der Kantonspolizei Zürich unter der BM Lager-Nr. S00815-2022 lagernden Betäubungsmittel werden eingezogen und der Lagerbehörde nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zur Vernichtung überlassen:

- 2 Blöcke Kokain (Asservat-Nr. A016'143'752),
- 2 Säckchen Kokain (Asservat-Nr. A016'143'638).

7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 14. Dezember 2022 beschlagnahmten Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben und andernfalls nach unbenutztem Ablauf einer Frist von 30 Tagen der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:

- 1 Navigationsgerät Tomtom mit Ladekabel (Asservat-Nr. A016'143'672),
- 1 USB Stick mit Ladevorrichtung (Asservat-Nr. A016'143'683),
- 1 Notizzettel (Asservat-Nr. A016'143'741),
- Diverse Notizen (Asservat-Nr. A016'143'774),
- 1 Mobiltelefon, weiss, mit Hülle (Asservat-Nr. A016'143'810),
- 1 Schlüssel (Asservat-Nr. A016'143'821),
- Diverse Notizen (Asservat-Nr. A016'143'843),
- 5 SIM-Karten, Lycamobile (Asservat-Nr. A016'143'854),
- 3 Schlüssel (Asservat-Nr. A016'143'876),
- Diverse Bankkarten (Asservat-Nr. A016'143'898),
- 2 Flugtickets (Asservat-Nr. A016'143'912),
- 1 Schlüssel (Asservat-Nr. A016'143'923).

Es wird davon Vormerk genommen, dass die Staatsanwaltschaft mit der sofortigen Herausgabe der Schlüssel (vor Eintritt der Rechtskraft) einverstanden ist. Entsprechend wird die Lagerbehörde angewiesen, diese Schlüssel (Asservat-Nr. A016'143'821, A016'143'876 und A016'143'923) dem Beschuldigten auf erstes Verlangen vor Ablauf der Rechtsmittelfrist herauszugeben.

8. Die beim Forensischen Institut Zürich unter der Referenznummer LBZH007296, ZZALLU2Q32-R0065FD05 (Asservate ZAL 1 Compactus) lagernden DNA-Spuren

bzw. Spurenräger werden der Lagerbehörde nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zur Vernichtung überlassen.

9. Die beim Forensischen Institut Zürich auf dem Bild-Ton-Datenbank\XMedia FOR (Server) lagernde Atelier-Fotografie (Asservat-Nr. A016'150'473) wird der Lagerbehörde nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zur Vernichtung überlassen.

10. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'900.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 3'000.– Gebühr für das Vorverfahren;

Fr. 660.– Auslagen FOR-Zürich;

Fr. 1'028.– Auswertung Datenträger;

Fr. 650.– Gerichtsgebühr Siegelung GT220054-L;

Fr. 969.30 amtliche Verteidigung RA X2._____

Fr. 16'300.– amtliche Verteidigung (inkl. Barauslagen und Mwst.).

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

11. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

12. (Schriftliche Mitteilung)

13. (Rechtsmittel)"

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 42 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 507 Tage durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für 8 Jahre des Landes verwiesen.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'949.05 amtliche Verteidigung (inkl. MwSt.).
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu sieben Achteln auferlegt und zu einem Achtel auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt im Umfang von sieben Achteln gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (versandt)
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich (versandt)
 - das Bundesamt für Polizei, fedpol (versandt)
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (versandt)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - das Bundesamt für Polizei, fedpolund 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 Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten.

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der gemäss Art. 35 und 35a BGerR zuständigen strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 25. September 2023

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. B. Gut

MLaw A. Sieber