

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB200281-O/U/as

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Wasser-Keller und Oberrichterin lic. iur. Bertschi sowie Gerichtsschreiber  
MLaw Andres

## Urteil vom 30. April 2021

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. sc. nat. et lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

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

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom  
2. März 2020 (DG190250)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 10. September 2019 (Urk. 16) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 38 S. 40 ff.)

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig
  - der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 83 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.
4. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See / Oberland vom 26. März 2018 ausgefallten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je CHF 80.– wird widerrufen und vollzogen.
5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
6. Die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem wird angeordnet.
7. Die folgenden sichergestellten und bei der Stadtpolizei Zürich unter der BM-Lagernummer S01179-2019 bzw. S01183-2019 lagernden Betäubungsmittel sowie Betäubungsmittelutensilien werden eingezogen und vernichtet:
  - A012'639'122            1 Minigrip mit Heroin in Celluphan und Zeitungspapier eingewickelt
  - A012'639'291            5 Kartonschachteln mit Sojamehl

8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

CHF 2'000.00; die weiteren Kosten betragen:

CHF 2'100.00 Gebühr für das Vorverfahren

CHF 110.00 Auslagen Gutachten/Expertisen etc.

CHF 280.00 Auslagen Untersuchung

CHF 15'840.40 amtliche Verteidigung RA Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens gemäss vorstehender Dispositiv-Ziffer 8, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.

10. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten, Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_, wird mit CHF 15'840.40 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

11. Von einer Genugtuung an den Beschuldigten wird abgesehen.

12. [Mitteilungen]

13. [Rechtsmittel]

14. [Rechtsmittel amtlicher Verteidiger]

### **Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 49 S. 2 f.)

" 1. Der Berufungskläger sei von Schuld und Strafe vollumfänglich freizusprechen.

2. Von einem Widerruf der Vorstrafe sei abzusehen.

3. Der Berufungskläger sei für die zu Unrecht erlittene Untersuchungshaft mit CHF 16'600.00 zu entschädigen.
  4. Es sei von einer Landesverweisung abzusehen und es sei auf eine Ausschreibung im Schengener Informationssystem zu verzichten.
  5. Die Kosten dieses sowie des vorinstanzlichen Verfahrens, inklusive der Kosten der amtlichen Verteidigung, seien vollumfänglich und definitiv auf die Staatskasse zunehmen."
- b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:  
(Urk. 43, schriftlich, sinngemäss)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

## **Erwägungen:**

### **I. Verfahrensgang und Gegenstand der Berufung**

1. Das eingangs im Dispositiv erwähnte Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 2. März 2020 wurde den Parteien nach durchgeführter Hauptverhandlung am selben Tag mündlich eröffnet und im Dispositiv mitgeteilt (Prot. I S. 40 ff.). Die Vorinstanz verhandelte gleichzeitig mit dem vorliegenden Fall auch die separaten Anklagen gegen die Mitbeschuldigten B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_. Sie fällte am gleichen Tag die Urteile gegen die drei Mitbeschuldigten je in getrennten Verfahren (Urk. 38 S. 4). Der Beschuldigte meldete am 12. März 2020 Berufung an (Urk. 33), worauf die begründete Ausfertigung des Urteils (Urk. 38) den Parteien am 11. bzw. 12. Juni 2020 zugestellt wurde (Urk. 37/1-2). Die Berufungserklärung des Beschuldigten vom 23. Juni 2020 erfolgte rechtzeitig (Urk. 40). Die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (nachfolgend Staatsanwaltschaft) verzichtete innert angesetzter Frist auf Anschlussberufung und verlangte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 43).

Auch der Mitbeschuldigte C.\_\_\_\_\_ legte Berufung ein, welche von der hiesigen Kammer unter der Verfahrensnummer SB200280 zusammen mit dem vorliegenden Fall verhandelt wird. Die Parteien beider Verfahren wurden nach Terminrücksprache im August 2020 zur gemeinsamen Berufungsverhandlung auf den 30. April 2021 vorgeladen (Urk. 45). An der Verhandlung erschien allerdings nur der Beschuldigte mit seinem amtlichen Verteidiger. Der Mitbeschuldigte C.\_\_\_\_\_ blieb der Verhandlung unentschuldigt fern, wurde aber durch seinen erschienenen amtlichen Verteidiger vertreten (Prot. II S. 3 und 5 f.). Nach erfolgter Befragung des Beschuldigten in Anwesenheit seines Verteidigers erweist sich das Verfahren als spruchreif.

2. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Auch wenn das Berufungsgericht nur die angefochtenen Punkte neu beurteilt, fällt es am Ende ein

insgesamt neues Urteil (Art. 408 StPO), worin es jedoch anzugeben hat, welche Punkte bereits früher in Rechtskraft erwachsen sind (BGE 141 IV 244 E. 1.3.3; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_533/2016 vom 29. November 2016 E. 4.2 mit Hinweisen).

Der Beschuldigte ficht mit seiner Berufung das vorinstanzliche Urteil in der Sache vollumfänglich an. Lediglich die Nebenfolgen wie die Festsetzung der Kosten und der Entschädigung des amtlichen Verteidigers sowie die Einziehung der sichergestellten Gegenstände (Dispositivziffern 7-8 und 10 teilweise) blieben unangefochten (Urk. 40 S. 2). Bei Anfechtung des Schuldspruchs mit Antrag auf Freispruch gelten für den Fall der Gutheissung automatisch auch damit zusammenhängenden Folgepunkte des Urteils, wie zum Beispiel die Nebenfolgen, vor allem der Zivilpunkt sowie Kosten- und Entschädigungsregelungen, aber auch Entscheidungen über Einziehungen, als angefochten. Bestätigt das Berufungsgericht den Schuldspruch, sind die weiteren nicht angefochtenen Urteilspunkte bei einer Beschränkung der Berufung nicht zu überprüfen (vgl. dazu SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar [kurz: Praxiskommentar StPO], 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 399 N 18; HUG/SCHIEDDEGGER in: Donatsch/ Lieber/Summers/Wohlens [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO [kurz: ZH Kommentar StPO], 3. Aufl. 2020, N 19 und 20 zu Art. 399; SPRENGER in: Niggli/Heer/ Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung [kurz: BSK StPO], 2. Aufl., Basel 2014, Art. 437, N 31 f.). Demzufolge ist das vorinstanzliche Urteil in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen und vollumfänglich zu überprüfen.

## **II. Prozessuales**

1. Der Beschuldigte macht – wie schon vor Vorinstanz – in prozessualer Hinsicht geltend, die aktive und beharrliche Einflussnahme der verdeckten Fahnder sei widerrechtlich erfolgt und als Anstiftung zu werten. Die verdeckten Fahnder hätten die Tatbereitschaft des Beschuldigten absichtlich auf eine qualifizierte Katalogtat im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG i.V.m. Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB

gelenkt, so dass von einer Bestrafung der direkt oder mittelbar Angestifteten abgesehen werden müsse (Urk. 29 S. 4 f.; Urk. 40 S. 3; Urk. 49 S. 3 ff.).

2. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen der verdeckten Fahndung und der verdeckten Ermittlung sowie deren Grenzen gestützt auf Art. 293 Abs. 4 StPO einlässlich und zutreffend dargelegt, so dass in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO vorab vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 38 S. 5 ff.). Lediglich als Ergänzung sei auch mit Blick auf die neuste Rechtsprechung des Bundesgerichts auf das Folgende hingewiesen:

2.1. Eine genehmigungspflichtige verdeckte *Ermittlung* im Sinne von Art. 285a StPO liegt vor, wenn Angehörige der Polizei oder Personen, die vorübergehend für polizeiliche Aufgaben angestellt sind, unter Verwendung einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (*Legende*) durch täuschendes Verhalten zu Personen Kontakt knüpfen mit dem Ziel, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und in ein kriminelles Umfeld einzudringen, um besonders schwere Straftaten aufzuklären. Um eine nicht genehmigungsbedürftige verdeckte *Fahndung* gemäss Art. 298a StPO handelt es sich hingegen, wenn Polizeiangehörige im Rahmen kurzer Einsätze ohne Erkennbarkeit ihrer wahren Identität und Funktion Verbrechen und Vergehen aufzuklären versuchen und dabei insbesondere Scheingeschäfte abschliessen oder den Willen zum Abschluss vortäuschen. Verdeckte Fahnder werden dabei nicht mit einer *Legende* ausgestattet (Abs. 2 Satz 1).

2.2. Die verdeckte Ermittlung im Sinne von Art. 285a StPO und die verdeckte Fahndung gemäss Art. 298a StPO *unterscheiden* sich nach der gesetzlichen Neuregelung insbesondere dadurch, dass verdeckte Ermittler mit einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (*Legende*) ausgestattet werden. Dies erfordert eine qualifizierte Form der Täuschung durch Verwendung von Urkunden. Konkret geht es darum, eine Scheinidentität mit fingierten Urkunden zu untermauern, bzw. den verdeckten Ermittler mit einer fiktiven Biographie auszustatten. Nach der *ratio legis* sind dabei grundsätzlich Urkunden gemeint, die eine falsche Identität analog eigentlicher Ausweisdokumente zu stützen vermögen. Zu denken ist in erster Linie an Pässe, Identitätskarten, Führer- und Fahrzeugausweise, Versicherungsausweise sowie Kredit- und andere Bankkarten. Daneben kommen zu

Aufbau und Aufrechterhaltung der Legende auch Schriften wie fingierte Verträge und weitere Dokumente mit falschen Personalien wie beispielsweise Kauf-, Arbeits- und Mietverträge sowie Quittungen oder Korrespondenzen mit falschen Briefköpfen und Unterschriften in Betracht. Die Legendenausstattung bildet dabei ein zentrales Abgrenzungselement (BGE 143 IV 27 E. 2.4 und 4.1.2). Eine verdeckte Ermittlung im Sinne von Art. 285a StPO ist im Regelfall auf eine längere Dauer ausgerichtet, d.h. auf den Zeitraum von mehreren Monaten, so dass in ein kriminelles Umfeld eingedrungen und mit der Zielperson ein eigentliches *Vertrauensverhältnis* aufgebaut werden kann. Das setzt voraus, dass der Ermittler durch täuschendes Verhalten mit der Zielperson Kontakt knüpft. Mit diesem Kriterium wird auf das Haupteinsatzgebiet der verdeckten Ermittlung – die organisierte Kriminalität – verwiesen. Die verdeckte Ermittlung ist aber auch ausserhalb dieses Bereichs und bezogen auf einen Einzeltäter als Zielperson möglich und zulässig (BGE 143 IV 27 E. 2.4, 4.2.1 und 4.4).

2.3. Demgegenüber legen verdeckte Fahnder zwar ihre wahre Identität oder Funktion nicht offen, sie bedienen sich aber grundsätzlich bloss einfacher Lügen, indem sie etwa über ihr Geschlecht, ihr Alter und ihren Wohnort unwahre Angaben machen oder in Chat-Räumen beispielsweise ein Pseudonym verwenden. Dabei muss der verdeckte Fahnder auch milieuangepasst oder szenetypisch auftreten können. Er darf sich dabei einer untergeordneten Legendierung bedienen, die durchaus auch raffiniert sein kann, solange sie nicht urkundengestützt ist (BGE 143 IV 27 E. 2.4. und 4.1.3). Die verdeckte Fahndung wird einerseits eingesetzt, um bestehende Angebote zu illegalen Handlungen oder zum Erwerb illegaler Gegenstände zu nutzen, z.B. als Probe- oder Scheinkäufer von Drogen. Sie kann andererseits dazu dienen, die allgemeine Tatbereitschaft eines potenziellen Täters auf ein konkretes Ziel zu lenken. Einem solchen Einsatz unterhalb der Schwelle zur verdeckten Ermittlung sind enge Grenzen gesetzt. Bezüglich Stellung, Aufgaben und Pflichten der verdeckten Fahnder sowie der Führungspersonen gelten nach Art. 298c StPO grundsätzlich die entsprechenden Bestimmungen für die verdeckten Ermittler nach Art. 291 - 294 StPO sinngemäss (OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2020, N 1640 S. 505; HANSJAKOB/PAJAROLA, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO],

3. Aufl. 2020, N 7 zu Art. 298c StPO; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, Rz 1204i S. 535; HUG-BEELI, Betäubungsmittelgesetz [BetmG], Basel 2016, Art. 23 N 45; ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19-28l BetmG], 3. Aufl. 2016, N 6 zu Art. 23 BetmG und Fn 8).

2.4. Das Mass der *zulässigen Einwirkung auf die beeinflusste Person* wird in Art. 293 StPO umschrieben. Deren Überschreitung ist bei der Bestrafung der beeinflussten Person gebührend zu berücksichtigen oder es ist ganz von Strafe abzusehen (Art. 293 Abs. 4 StPO). Nach Lehre und Rechtsprechung ist es nicht offen ermittelnden Angehörigen der Polizei lediglich erlaubt, auf ein allgemein oder zumindest in den einschlägigen Kreisen bekanntes Angebot einzugehen oder ein entsprechendes Angebot in Aussicht zu stellen. Sie dürfen zwar die allgemeine Tatbereitschaft ausnutzen; es ist ihnen aber verwehrt, diese in irgendeiner Weise zu provozieren. Zulässig kann eine verdeckte Fahndung deshalb nur sein, soweit die Zielperson bereit ist, jeden beliebigen Interessenten unbesehen um dessen Identität als Partner oder als Käufer zu akzeptieren. Zulässig ist nur das Hinwirken des Scheinkäufers auf die Konkretisierung eines bereits vorhandenen Tatent schlusses mit dem Ziel, den Zugriff der Polizei bei der Tatausführung zu ermöglichen (HANSJAKOB/PAJAROLA, a.a.O., N 6 zu Art. 293 StPO; OBERHOLZER, a.a.O., N 1638 S. 505; SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., Rz 1196 S. 528). Im Bereich des Betäubungsmittelhandels ist zudem auf die zu Art. 23 BetmG ergangene Rechtsprechung zu verweisen. Nach Art. 23 Abs. 2 BetmG bleibt der Beamte, der mit der Bekämpfung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs beauftragt ist und zu Ermittlungszwecken selber ein Angebot von Betäubungsmitteln annimmt, straflos, auch wenn er seine Identität und Funktion nicht bekannt gibt. Im Bereich des Betäubungsmittelhandels ist jede Aktivität gegenüber einem Verdächtigen unzulässig, die dessen Willenskraft einer stärkeren Beeinflussung aussetzt, als er sie täglich durch seine gewöhnliche Umgebung erfährt (HANSJAKOB/PAJAROLA, a.a.O., N 7 und 11 zu Art. 293 StPO; SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., Rz 1196 S. 528; HUG-BEELI, a.a.O., N 45 zu Art. 23 BetmG). Der verdeckte Fahnder muss zwar beim Scheinkauf nicht vollkommen passiv bleiben. Er muss aber immerhin in dem Sinne passiv bleiben, als es ihm lediglich erlaubt ist, sein Interesse am Betäubungs-

mittelkauf zu bekunden, den Preis auszuhandeln, Proben im Empfang zu nehmen etc. (BGE 124 IV 34 E. 3.bb). Zu diesem Zwecke darf sich der Beamte getarnt unter die Drogenszene mischen und dort durch sein Verhalten, etwa durch Vortäuschen von Entzugserscheinungen, ein generelles Kaufinteresse signalisieren und vortäuschen, weil darin noch keine unzulässige Einflussnahme auf die Willensbildung eines Drogenverkäufers zu erblicken ist (HUG-BEELI, a.a.O., N 47 zu Art. 23 BetmG). Umstritten ist jedoch, ob die Offerte bzw. die konkrete Drogenmenge auch vom Scheinkäufer ausgehen kann, da es nicht erlaubt ist, eine vorhandene Tatbereitschaft auf schwerere Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz zu leiten, sei es hinsichtlich der Art oder der Menge der zu verkaufenden Drogen (HOSTETTLER, "Das Mass der zulässigen Einwirkung bei der verdeckten Ermittlung bzw. Fahndung gemäss Art. 293 StPO, insbesondere bei Drogengeschäften" in: *forum poenale* 3/2018 S. 193; ALBRECHT, a.a.O. N 19 zu Art. 23 BetmG; HUG-BEELI, a.a.O., N 50 und N 180 ff. zu Art. 23 BetmG). Nach wohl vorherrschender Auffassung ist der Tatbestand der Anstiftung nicht erfüllt, wenn sich die Einwirkung des verdeckten Fahnders auf die Zielperson auf eine Konkretisierung des Handlungsablaufs einer Tat beschränkt, welche die Zielperson von sich aus zu verwirklichen bereit ist, da dieser dann nicht durch das Verhalten des Scheinkäufers zu der von ihm bereits beschlossenen Straftat angestiftet wird. Bei einem rollenadäquaten Verhalten des verdeckten Ermittlers kann es nur darum gehen, die Realisierung bereits vorhandener Herstellungspläne, Transportpläne oder Verkaufspläne zu fördern und nicht solche, noch nicht vorhandene Pläne in der Zielperson zu wecken (HUG-BEELI, a.a.O., N 66 und N 183 zu Art. 23 BetmG; SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., Rz 1196 S. 528 f.). Damit übereinstimmend ist gemäss HANSJAKOB/PAJAROLA für die Frage, ob eine Tatprovokation vorliegt, der konkrete Tatverdacht im Zeitpunkt des Einsatzes entscheidend. Liegt beispielsweise der Tatverdacht vor, dass die Zielperson mit Dutzenden Kilogramm Heroin handelt, stellt es keine Tatprovokation dar, wenn der verdeckte Ermittler die Zielperson darauf anspricht, ob er ihm 20 Kilogramm Heroin verkaufen könne. Wesentlich sei die Frage, ob die Zielperson ein solches Delikt auch ohne Zutun des verdeckten Ermittlers begangen hätte oder bereits begangen hat, womit eine gleichartige

Straftat im ähnlichen Ausmass gemeint ist HANSJAKOB/PAJAROLA, a.a.O., N 7 zu Art. 293 StPO).

3. Vorliegend handelt es sich mit der Vorinstanz um eine zulässige verdeckte Fahndung im Sinne von Art. 298a StPO. Dass es sich bei den vorliegenden Aktivitäten der Polizeibeamten "D.\_\_\_\_\_" und "E.\_\_\_\_\_" um eine verdeckte Fahndung und nicht um eine verdeckte Ermittlung handelt, steht angesichts des Vorstehenden fest. Weder wurden die Fahnder mit einer Legende ausgestattet, noch mussten sie über die für einen Drogenkauf notwendige Kontaktaufnahme hinaus ein besonderes Vertrauensverhältnis aufbauen und ihr Einsatz dauerte auch nur acht Tage, nämlich von einer ersten telefonischen Kontaktaufnahme am 9. Mai 2019 bis zur Übergabe der Drogen am 16. Mai 2019 (Urk. 6/1 und 6/3). Diese verdeckte Fahndung wurde rechtmässig angeordnet, was die Vorinstanz zutreffend festhielt (Urk. 38 S. 6 und 8).

4. Ebenfalls erwog sie zutreffend, dass der Empfänger der telefonischen Anfrage des verdeckten Fahnders "D.\_\_\_\_\_" im Zeitpunkt der ersten Kontaktaufnahme bereits tatgeneigt war und den verbrecherischen Tatentschluss bereits gefasst hatte, zumal die albanische Rufnummer für die Beschaffung von Drogen bekannt war und der Empfänger des Anrufs auf die Frage des Fahnders, ob er etwas für ihn habe, zurückfragte, wieviel er haben müsse, und zudem auf eine rasche Abwicklung des Geschäfts drängte, sich auch aktiv verhielt, indem er dem verdeckten Fahnder mit einem Spezialpreis entgegenkam und die Übergabe organisierte (Urk. 38 S. 7). Auch ist der Vorinstanz zu folgen, wenn sie aus den konkreten Umständen folgert, dass der Empfänger des Telefonats durch den verdeckten Fahnder nicht zu einer schwereren Tat – insbesondere einem mengenmässig qualifizierten Betäubungsmitteldelikt – angestiftet wurde, nachdem er die nachgesuchte Menge von 75 (sc. Gramm) ohne Zögern akzeptiert hatte und als Entschädigung für die mehrmalige Verspätung des Läufers bzw. die Verschiebung der Übergabe 80 Gramm anbot (Urk. 6/3 und Urk. 38 S. 7 f.). Vor diesem Hintergrund erscheint unmassgeblich, dass die konkrete Menge von 75 zuerst vom verdeckten Fahnder und nicht vom Drogenverkäufer genannt wurde. Angesichts der Frage nach einer konkreten Menge musste sich der verdeckte Fahnder

szeneadäquat verhalten und eine realistische Menge nennen. Es erscheint keineswegs ungewöhnlich, dass der potenzielle Drogenverkäufer zuerst zurückhaltend das Kaufinteresse des verdeckten Fahnders sondiert (vgl. dazu HOSTETTLER, a.a.O., S. 192, 194). Dass dieser auf das genannte Kaufangebot des Fahnders ohne Zögern eintrat, einem Preis von Fr. 140.– pro Gramm zustimmte, wenn der Anrufer 75 nehmen würde, sich diese Menge durch spätere Nachfrage, ob er immer noch 75 wolle, gar ausdrücklich bestätigen liess (Urk. 6/3 S. 1) und im Gegenteil die Menge später als Entschädigung noch erhöhen wollte (Urk. 6/3 S. 2), lässt ohne weiteres den Schluss zu, dass ihn die geforderte Menge weder überraschte noch erschreckte oder überforderte und sie somit in dem Bereich lag, den er erwartete. Der Telefonteilnehmer von "D.\_\_\_\_\_" hat seinen Tatentschluss durch die Zurverfügungstellung des "Bestellanschlusses" mit der Mobiltelefonnummer +1 aus eigenem Antrieb und ohne Beeinflussung durch die Strafverfolgungsbehörden gefasst. Die Polizei hat ihn weder zum Drogenhandel angestiftet noch ihn dabei unterstützt. Im Gegenteil ist aufgrund des weiteren Tatablaufs davon auszugehen, dass Struktur und Aufgabenteilung der Durchführung und Abwicklung dieses Drogenkaufs von Seiten des Telefonteilnehmers von "D.\_\_\_\_\_" bereits vorher etabliert und organisiert war, wies er doch "D.\_\_\_\_\_" bei den Preisverhandlungen relativ am Anfang des Kontaktes darauf hin, dass er, der Käufer, nach F.\_\_\_\_ (sc. zur Übergabe) gehen müsse und war offensichtlich eine Frau rekrutiert, welche später mehrfach als Relaisstation fungierte, indem sie die Übergabeinformationen dem Käufer "E.\_\_\_\_\_" weitergab (Urk. 6/1 S. 1). Auch war es die Verkäuferseite, welche die Etappen der Lieferung des Heroins durch den Beschuldigten an den Fahnder organisierte, was sich einerseits anhand der Übergabeinformationen (Urk. 6/3 S. 1 ff.) und andererseits durch das Teilgeständnis des Beschuldigten betreffend den äusseren Ablauf ergibt (Urk. 38 S. 9 und nachstehende E. III.3.1). Es sind keinerlei Hinweise darauf ersichtlich, dass der Fahnder den Tatentschluss des Telefonteilnehmers erst hätte "wecken" müssen oder dass er dessen generellen Tatentschluss auf eine schwerere Tat respektive eine grössere Drogenmenge als ursprünglich geplant gelenkt hätte. Weder protestierte der unbekannte Telefonteilnehmer wegen einer zu grossen Menge oder gar Lieferschwierigkeiten, noch zeigte er sich verunsichert (Urk. 6/1 und 6/3). Aufgrund all

dieser konkreten Umstände ist noch nicht von einer unzulässigen Einwirkung auf den Tatentschluss des Telefonteilnehmers auszugehen und das Mass der zulässigen Einwirkung durch die verdeckten Fahnder "D.\_\_\_\_\_" bzw. "E.\_\_\_\_\_" im Sinne von Art. 293 i.V.m. Art. 298c StPO nicht überschritten. Die Frage einer Strafminderung oder einer Strafbefreiung der beeinflussten Person stellt sich daher vorliegend nicht und somit auch nicht die Frage nach einer allfälligen Wirkung einer solchen auf das Verschulden des Beschuldigten.

5. Da Art. 293 Abs. 4 StPO selbst bei Überschreitung der zulässigen Einwirkung auf die beeinflusste Person für diese nur Auswirkungen in Bezug auf die Strafe postuliert, entgegen dem Vorentwurf für das Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE; SR 312.8) keine Unverwertbarkeit der Ermittlungsergebnisse vorsieht und die Bestimmung von Art. 293 Abs. 4 StPO den Unverwertbarkeitsbestimmungen in Art. 141 StPO als *lex specialis* vorgeht (HANSJAKOB/PAJAROLA, a.a.O., N 40 zu Art. 293 StPO; KNODEL in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung, 2.Aufl. 2014 [kurz: BSK StPO], N 13 zu Art. 293 StPO), bleiben die Erkenntnisse aus der vorliegenden korrekt angeordneten und durchgeführten verdeckten Fahndung ohnehin uneingeschränkt verwertbar.

### **III. Sachverhalt und rechtliche Würdigung**

#### **1. Anklage**

Dem Beschuldigten wird in der Anklage zusammengefasst vorgeworfen, aufgrund gemeinsamer Planung und in gleich massgeblichem, arbeitsteiligen Zusammenwirken bei der Tatausführung zusammen mit C.\_\_\_\_\_ (separates Verfahren) im Auftrag desselben am 16. Mai 2019 nach G.\_\_\_\_\_ / SG gefahren zu sein und am Wohnort des Mitbeschuldigten B.\_\_\_\_\_ (separates Verfahren) 71.8 Gramm Heroinmisch, das heisst 18.3 Gramm reines Heroin, abgepackt in Frischhaltefolie, eingewickelt in Zeitungspapier, übernommen zu haben. Dieses Heroin habe der Beschuldigte auftragsgemäss mit einem Personenwagen nach Zürich transportiert und im H.\_\_\_\_\_ am ... in Zürich einem verdeckten Fahnder in Zivil ("E.\_\_\_\_\_") übergeben, von welchem er CHF 1'900.– entgegengenommen habe. Dieses Geld

hätte der Beschuldigte dem Mitbeschuldigten C. \_\_\_\_\_ in I. \_\_\_\_\_ übergeben sollen, wozu es jedoch infolge der Verhaftung nicht kam. Dem Beschuldigten sei für diesen Auftrag ein Entgelt von CHF 300.– versprochen worden, wobei er aufgrund der gesamten in der Anklageschrift punktweise aufgeführten Umstände gewusst bzw. zumindest habe annehmen müssen, dass er eine grössere Menge Heroin bzw. harter Drogen übernommen, transportiert und weitergegeben habe, welche mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen hätte in Gefahr bringen können. Dadurch habe sich der Beschuldigte der mengenmässig qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gemacht (Urk. 16 S. 2 ff.).

## 2. Rechtsgrundlagen

2.1. Gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer Betäubungsmittel unbefugt veräussert, verordnet, auf andere Weise einem anderen verschafft oder in Verkehr bringt. Strafbar sind somit nach der abschliessenden Aufzählung in Art. 19 Abs. 1 BetmG beinahe alle denkbaren Formen einer vorsätzlichen Beteiligung am unbefugten Drogenverkehr, d.h. sowohl die Verbreitung wie auch schon der Erwerb von Betäubungsmitteln.

2.2. Ein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG liegt vor, wenn der Täter weiss oder annehmen muss, dass die Widerhandlung mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. In diesem Fall wird er mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, die mit einer Geldstrafe verbunden werden kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind "viele Menschen" ab einer Personenzahl von 20 gegeben und deren Gesundheitsgefährdung ist bei einer umgesetzten Menge von 12 Gramm reinem Heroin erreicht. Im Übrigen kann zur qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz auf die Rechtsprechung verwiesen werden (BGE 145 IV 312 E. 2.1.; Urteil des Bundesgerichts 6B\_1226/2015 vom 5. August 2016 E. 2.4.4. [nicht publ. in BGE 142 IV 401]; je mit Hinweisen). Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG gelangt auch zur Anwendung, wenn die Droge noch nicht an Dritte abge-

geben wurde, aber zur Abgabe an Dritte bestimmt war. Bereits der Besitz einer qualifizierten Drogenmenge begründet in einer solchen Konstellation eine ausreichende Gefährdung einer Vielzahl von Menschen im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (Urteile des Bundesgerichts 6B\_1440/2019 vom 25. Februar 2020 E. 2.3.1; 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 4.3.2; je mit Hinweisen; FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Kommentar BetmG, N 190 zu Art. 19 BetmG; HUG-BEELI, a.a.O., N 1026 zu Art. 19 BetmG).

2.3. Die Bestrafung gemäss Art. 19 Abs. 1 und Abs. 2 BetmG verlangt Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., N 114 und 201 zu Art. 19 BetmG).

2.3.1. Bei Betäubungsmitteldelikten muss sich der Vorsatz auch auf die Menge und die Qualität bzw. den Reinheitsgrad und damit verbunden die Gemeingefährlichkeit der in Verkehr gebrachten Betäubungsmittel beziehen. Vorsatz ist anzunehmen, wenn der Täter um die objektiven Umstände weiss oder wenn er Umstände feststellt, wonach sich ihm die Gemeingefährlichkeit seines Tuns und damit die von den Drogen ausgehende gesundheitliche Gefahr für eine Vielzahl von Menschen aufdrängen musste. Dafür muss dem Täter zumindest bekannt sein, ob die Droge eine harte oder eine weiche ist. Jedoch ist die exakte Kenntnis der massgebenden Grenzmenge nicht nötig, sondern es genügt das Bewusstsein, dass die Drogenmenge quantitativ erheblich ist (BGE 104 IV 211 E. 2; FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., N 201 f. zu Art. 19 BetmG; HUG/BEELI, a.a.O., N 1008 ff. und 1019 zu Art. 19 BetmG).

2.3.2. Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Nach ständiger Rechtsprechung ist Eventualvorsatz gegeben, wenn der Täter mit der Tatbestandsverwirklichung rechnet, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt und sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3; 135 IV 152 E. 2.3.2; je mit Hinweis). Nicht erforderlich ist, dass er den Erfolg "billigt" (BGE 133 IV 9 E. 4.1).

Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm betrifft einen inneren geistigen Vorgang, der nur aufgrund äusserer Umstände geprüft werden kann (BGE 141 IV 369 E. 6.3; 137 IV 1 E. 4.2.3; BGE 135 IV 12 E. 2.3.2; je mit Hinweisen). Der Schluss, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen, darf nicht allein daraus gezogen werden, dass ihm dieses Risiko bewusst war und er gleichwohl handelte. Denn das Wissen um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung wird auch bei der bewussten Fahrlässigkeit vorausgesetzt. Für die Bejahung der Inkaufnahme der Tatbestandsverwirklichung müssen daher weitere dafür sprechende Umstände hinzukommen. Dazu gehören die Grösse des dem Täter bekannten Risikos der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung. Je grösser die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist und je schwerer die Sorgfaltspflichtverletzung wiegt, desto eher darf gefolgert werden, der Täter habe die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen (BGE 135 IV 12 E. 2.3.2). Der Richter darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich diesem die Verwirklichung der Gefahr als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3).

2.4. Nimmt der Täter irrtümlich an, es handle sich bei der Ware bzw. Sache nicht um ein Betäubungsmittel im Sinne von Art. 2 lit. a bzw. b BetmG oder nimmt er an, die Qualität sei schlecht und es läge daher keine qualifizierende Menge vor, so richtet sich seine Bestrafung nach den Regeln über den Sachverhaltsirrtum gemäss Art. 13 StGB, so dass die Tat zu seinen Gunsten danach zu beurteilen ist, was er sich vorgestellt hat (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., N 124 f. und N 203 zu Art. 19 BetmG; HUG/BEELI, a.a.O., N 19 f. zu Art. 26 BetmG).

### 3. Subsumption

3.1. Die Vorinstanz stellt zutreffend fest, dass der Beschuldigte den äusseren Sachverhalt, namentlich die Übernahme der Drogen, deren Transport und Übergabe an den verdeckten Fahnder, im Wesentlichen eingestanden hat, so dass angesichts der damit übereinstimmenden Aktenlage der objektive Tatbestand der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz erfüllt ist. Daran

hielt er auch anlässlich der Berufungsverhandlung fest (Prot. II S. 17). Der Beschuldigte transportierte und übergab dem verdeckten Fahnder "E. \_\_\_\_\_" ein in Zeitungspapier eingewickeltes und verpacktes Minigrip Säcklein enthaltend 71.8 Gramm Heroingemisch, das bei dem nachgewiesenen Reinheitsgrad von 25% 18.3 Gramm reinem Heroin entspricht (Urk. 38 S. 9). Die Vorinstanz hat aufgrund einer sorgfältigen Beweiswürdigung der konkreten Umstände eine detaillierte Sachverhaltserstellung bezüglich des subjektiven Tatbestandes vorgenommen (Urk. 38 S. 10-21), die vorbehaltlos überzeugt. Die der Befragung des Beschuldigten an der Berufungsverhandlung brachte sodann nichts wesentliches Neues hervor. Der Beschuldigte stellt sich nach wie vor auf den Standpunkt, weder gewusst noch geahnt zu haben, dass es sich beim Transportgut um eine grössere Menge Heroin bzw. harte Drogen handelte (Prot. II S. 18 ff.) Es kann daher vollumfänglich auf die nach wie vor zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Es ist auch ihrem Fazit zuzustimmen, dass der Beschuldigte aufgrund der gesamten Umstände zumindest damit rechnen musste, dass er eine grössere Menge harter Drogen übernahm, transportierte und dem verdeckten Fahnder als Käufer gegen Bargeldübergabe aushändigte (Urk. 38 S. 21). Bereits der grosse Aufwand einer Fahrt von über 100 Kilometern zur Abholung eines vergleichsweise kleinen und leichten Päckchens in G. \_\_\_\_\_ mit einem zur Verfügung gestellten Auto und der dem Beschuldigten bekannte vom Käufer zu bezahlende (ursprünglich vereinbarte) relativ hohe Preis von Fr. 2'100.– sowie die Art und Weise inklusive Ort der Übergabe des Päckchens gegen Bargeld würden als Kriterien genügen, anhand welcher dem Beschuldigten klar sein musste, dass sich in dem fraglichen Päckchen harte Drogen befinden mussten. Zumal es bei einer unverfänglichen Sache nicht einzuleuchten vermag, weshalb ein solches kleines Päckchen nicht zeit- und kostengünstiger per Post an den Empfänger hätte zugestellt werden können. Dazu kommen aber namentlich noch die registrierten Chatverläufe mit seiner Ehefrau, die von ihm eindringlich Abstand von der Sache mit den Drogen verlangte, und dem Mitbeschuldigten C. \_\_\_\_\_ sowie die konkrete Auftragserteilung, aufgrund welcher für den Beschuldigten klar sein musste, dass es sich bei diesem Auftrag um einen Transport von harten Drogen (Heroin oder Kokain) und nicht etwa "nur" von Cannabis oder Marihuana handelte, was die Vorinstanz

ebenfalls zutreffend feststellte (Urk. 38 S. 15) und was vor dem Hintergrund des geringen Umfangs und Gewichts des Päckchens im Vergleich zum Preis dafür vollends überzeugt.

3.2. Schliesslich vermag den Beschuldigten auch nicht zu entlasten, dass er gemäss eigenen Angaben die nicht alltägliche und durchaus aufwendige "Gefälligkeit" nur deshalb gemacht habe, weil er nicht nachgedacht habe (Urk. 5/1/3 S. 4; Prot. II S. 18 und 27) und die Sache trotz einem "schlechten Gefühl" nicht abbrach (Urk. 5/1/3 S 5; Prot. II S. 22 ff.). Über die Art der Drogen und über deren Reinheitsgrad wurde offensichtlich nicht gesprochen. Es ist aufgrund der Übernahme des Auftrages trotz Unkenntnis des genauen Transportgutes gestützt auf die gesamten Umstände davon auszugehen, dass es dem Beschuldigten gleichgültig war und er gar nicht wissen wollte, um welches Betäubungsmittel und welchen Reinheitsgrad es sich beim transportierten und übergebenen genau handelte. Er akzeptierte und führte den Auftrag dennoch gemäss den Anweisungen aus. Er entschloss sich mithin unbekümmert um den exakten Reinheitsgrad für die Rechtsgüterverletzung. Angesichts fehlender Hinweise auf eine besonders gute oder eine besonders schlechte Qualität der Droge, ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte stillschweigend einen handelsüblichen durchschnittlichen Reinheitsgrad der transportierten harten Droge in Kauf genommen hat, welcher nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei Kokain mit 33.3% (Urteil des Bundesgerichts 6B\_971/2017 vom 23. Juli 2018 E. 6; 6B\_361/2008 vom 9. Oktober 2008 E. 1.2.) und bei Heroin mit 25% (Urteil des Bundesgerichts 6B\_720/2018 vom 3. Oktober 2018 E. 4 mit Hinweisen) angenommen wird (vgl. dazu BGE 138 IV 100 E. 3.5; FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., N 187 zu Art. 19 BetmG). Das ergibt beim vorliegenden Heroingemisch von netto 71.8 Gramm eine reine Menge 18.3 Gramm. Unter der Annahme, dass das Päckchen 71.8 Gramm *Kokain*gemisch enthalten hätte, ergäbe sich eine reine Menge von 23.9 Gramm (Grenzwert Kokain bei 18 Gramm). Nichts anderes ergibt sich im übrigen, wenn man auf den Reinheitsgehalt der Statistik der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM) abstellt. Dieser beträgt gemäss der als pdf-Datei auf der Homepage der SGRM abrufbaren Statistik 2019 (

forensische-chemie/statistiken-kokain-und-heroin/) für Einzelkonfiskate in der Grössenordnung 10<100 Gramm 28.5% (Mittelwert für Heroinbase) bzw. 31.2% (Mittelwert für Heroinhydrochlorid) und 66.5% (Mittelwert für Kokainbase) bzw. 73.2% (Mittelwert für Kokainhydrochlorid) und fällt für den Beschuldigten mithin nicht günstiger aus. Es ist somit davon auszugehen, dass der Eventualvorsatz des Beschuldigten in jedem Fall eine reine Drogenmenge umfasste, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringt, die mithin die Grenze zum qualifizierten Delikt im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a BetmG deutlich übersteigt.

3.3. Dass das vom Beschuldigten transportierte und dem vermeintlichen Käufer übergebene Heroin effektiv nicht an Drittabnehmer gelangte und somit infolge der Sicherstellung durch die Polizei keine Menschen gefährdete, lässt die Erfüllung des Tatbestandes nicht dahinfallen, wie vorstehend unter Erwägung 2.2. dargelegt.

3.4. Der Beschuldigte ist daher anklagegemäss der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen.

#### **IV. Strafe / Vollzug / Widerruf**

##### 1. Urteil Vorinstanz

Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit 12 Monaten Freiheitsstrafe (unter Anrechnung von 83 Tagen Haft) und schob den Vollzug bei einer Probezeit von 4 Jahren auf (Urk. 38 S. 40).

##### 2. Grundsätze der Strafzumessung

2.1. Die Vorinstanz hat die allgemeinen Strafzumessungskriterien und die für Betäubungsmitteldelikte im Besonderen zu beachtenden Grundsätze zutreffend dargelegt (Urk. 38 S. 22 ff.). Es kann vorab darauf verwiesen werden.

2.2. Zu ergänzen bzw. deutlich zu machen ist jedoch, dass das Bundesgericht in BGE 145 IV 146 seine Rechtsprechung zur Gesamtstrafenbildung beim Widerruf einer Vorstrafe geändert und die Grundsätze zur Gesamtstrafenbildung nach

Art. 49 Abs. 1 StGB in BGE 144 IV 217 festgehalten hat. Bei der Gesamtstrafenbildung im Widerrufsfall gemäss Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB in Verbindung mit Art. 49 StGB hat das Gericht methodisch von derjenigen Strafe als "Einsatzstrafe" auszugehen, die es für die während der Probezeit neu verübte Straftat nach den Strafzumessungsgrundsätzen von Art. 47 ff. StGB ausfällt. Anschliessend ist diese mit Blick auf die zu widerrufende Vorstrafe angemessen zu erhöhen. Daraus ergibt sich die Gesamtstrafe. Bilden die "Einsatzstrafe" für die neu zu beurteilenden Probezeitdelikte und die Vorstrafe ihrerseits Gesamtstrafen, kann das Gericht der bereits im Rahmen der jeweiligen Gesamtstrafenbildung erfolgten Asperation durch eine gemässigte Berücksichtigung bei der Gesamtstrafenbildung Rechnung tragen (BGE 145 IV 146 E. 2.4.2). Allerdings ist auch hier zu berücksichtigen, dass eine Gesamtstrafenbildung voraussetzt, dass die widerrufene und die neue Strafe gleichartig sind (a.a.O. E. 2.3.1).

2.3. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsmittelinstanz gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten Person abändern darf, wenn das Rechtsmittel nur zu deren Gunsten ergriffen worden ist (sog. Verbot der *reformatio in peius*). Dies trifft vorliegend zu, nachdem allein der Beschuldigte Berufung erhoben und die Staatsanwaltschaft auf Anschlussberufung verzichtet hat. Somit darf das vorinstanzlich ausgefallte Strafmass von 12 Monaten Freiheitsstrafe nicht überschritten werden darf. Die Rechtsmittelinstanz hat aber dennoch eine eigene Strafe nach ihrem pflichtgemässen Ermessen festzusetzen und nachvollziehbar zu begründen (BGE 141 IV 244 E. 1.3.3; Urteile des Bundesgerichts 6B\_992/2020 vom 30. November 2020 E. 2.1; 6B\_466/2015 vom 28. September 2016 E. 2 [nicht publ. in: BGE 142 IV 329]).

2.4. Bei der Strafzumessung ist zudem das Doppelverwertungsverbot zu beachten. Dieses besagt, dass Umstände, die zur Anwendung eines höheren oder tieferen Strafrahmens führen, innerhalb des geänderten Strafrahmens nicht noch einmal als Straferhöhungs- oder Strafminderungsgrund herangezogen werden dürfen, weil dem Täter sonst der gleiche Umstand zweimal zur Last gelegt oder zugutegehalten würde (BGE 142 IV 14 E. 5.4 mit Hinweisen). Indessen darf der Richter zusätzlich berücksichtigen, in welchem Ausmass ein qualifizierender oder

privilegierender Tatumstand gegeben ist. Der Richter verfeinert damit nur die Wertung, die der Gesetzgeber mit der Festsetzung des Strafrahmens vorgezeichnet hat (BGE 120 IV 67 E. 2b und BGE 118 IV 342 E. 2b).

2.5. Hat das Gericht im gleichen Verfahren mehrere Mittäter zu beurteilen, so ist bei der Verschuldensbewertung mit zu berücksichtigen, in welchem gegenseitigen Verhältnis die Tatbeiträge stehen. Ist aus formellen Gründen nur über einen Mittäter zu urteilen, während die Strafe der anderen bereits feststeht, so geht es darum, einen hypothetischen Vergleich anzustellen. Das Gericht hat sich zu fragen, welche Strafen es ausfallen würde, wenn es sämtliche Mittäter gleichzeitig beurteilen müsste. Dabei hat es sich einzig von seinem pflichtgemässen Ermessen leiten zu lassen. Es wäre mit der richterlichen Unabhängigkeit unvereinbar, müsste es sich gegen seine Überzeugung einem anderen Urteil anpassen. Die Autonomie des Gerichts kann zur Folge haben, dass die Strafen von Mittätern, die nicht im selben Verfahren beurteilt werden, in einem Missverhältnis stehen. Dies ist verfassungsrechtlich unbedenklich und hinzunehmen, solange die in Frage stehende Strafe als solche angemessen ist. Allerdings ist zu verlangen, dass in der Begründung auf die Strafen der Mittäter Bezug genommen und dargelegt wird, weshalb sich diese nicht als Vergleichsgrösse eignen (BGE 135 IV 191 E. 3.2 f. mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B\_1366/2016 vom 6. Juni 2017 E. 4.8.2).

### 3. Konkrete Strafzumessung

3.1. Ausgehend von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG ergibt sich der massgebliche (sehr weite) Strafrahm von einem bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe (Art. 40 Abs. 2 StGB), womit eine Geldstrafe von einem bis zu 180 Tagessätzen verbunden werden kann (Art. 34 Abs. 1 StGB).

3.2. In objektiver Hinsicht fällt in Betracht, dass der Beschuldigte einmalig als Drogentransporteur und Mittelsmann beim Verkauf von 71.8 Gramm Heroingemisch mitwirkte. Dadurch wurde die Menge von 12 Gramm Reinsubstanz um knapp die Hälfte überschritten. Dennoch liegt sie aber mit 18.3 Gramm noch in der Nähe dieses Grenzwertes. Betreffend die Art und Weise der Tatbegehung ist ent-

scheidend und fällt erschwerend ins Gewicht, dass der Beschuldigte wesentliche Tatbeiträge geleistet hat. So hat er nicht nur die Drogen transportiert, sondern hat auch unmittelbar deren Weitergabe und damit die Abwicklung des Verkaufs mit Übergabe des Entgelts an C.\_\_\_\_\_ übernommen. Der Beschuldigte ist angesichts der beträchtlichen, aber noch nicht allzu grossen Heroinmenge, die er übernommen hatte, nicht in der ganz untersten Hierarchiestufe des Drogenhandels anzusiedeln. Allerdings hat er ausschliesslich auf Anweisung gehandelt und darüber hinaus – soweit ersichtlich – keine Eigeninitiative gezeigt, war auf die Zurverfügungstellung eines Fahrzeuges angewiesen und hatte auch über weitere Details wie zum Beispiel die Kontaktdaten des "Käufers" keine Kenntnis (Urk. 38 S. 24 f.). Das Verschulden ist angesichts des weiten Strafraumen als leicht zu bezeichnen und im untersten Drittel einzuordnen.

In subjektiver Hinsicht ist dem Beschuldigten zugute zu halten, dass er eventualvorsätzlich handelte, was leicht strafmindernd zu berücksichtigen ist. Allerdings gilt es trotz fehlendem Eingeständnis einer Entschädigung für sein Mitwirken festzuhalten, dass der Beschuldigte selbst kein Heroin konsumiert und die Tat nicht für die Finanzierung seines Drogenkonsums beging.

Die objektive Tatschwere wird durch die subjektiven Aspekte nicht massgeblich relativiert und das Verschulden bleibt insgesamt leicht. Es rechtfertigt sich daher die hypothetische Einsatzstrafe mit 12 Monaten Freiheitsstrafe zu bemessen.

3.3. Nachdem der Beschuldigte im Kosovo mit einem Bruder und zwei Schwestern aufgewachsen war, die Mittelschule abgebrochen und als Möbelschreiner gearbeitet hatte, kam er 2013 als 19-Jähriger in die Schweiz (Urk. 5/1/5 S. 6 f.; Prot. II S. 9). Der Beschuldigte ist verheiratet und Vater von mittlerweile drei Kindern im Alter von fast 6 und 2 Jahren sowie 4 Monaten (Prot. II S. 12, 14; Urk. 49 S. 22). Seine Frau, die ebenfalls aus dem Kosovo stammt, und die Kinder sind Schweizer Bürger. Der Beschuldigte verfügt über eine B-Aufenthaltsbewilligung. Zum Tatzeitpunkt war der Beschuldigte arbeitslos und beim RAV gemeldet. Zuvor hatte er temporär auf einer Baustelle und während drei Monaten in einem Restaurant gearbeitet. Seit Februar 2020 arbeitet der Beschuldigte bei J.\_\_\_\_\_, wo er ca. Fr. 3'600.– pro Monat netto verdient. Per 1. Mai 2021 wechselt er zurück ins

Gastgewerbe, wo er als Servicehilfe sowie später als Pizzaiolo Fr. 4'800.– verdienen werde (Urk. 50 und Prot. II S. 10 f., 15). Seine Ehefrau verdient mit einem 70%-Pensum rund Fr. 3'500.–, ist zurzeit jedoch im Mutterschaftsurlaub (Prot. II S. 12, 14). Aus dem Werdegang und den persönlichen Verhältnissen ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Aspekte.

3.4. Der Beschuldigte weist in der Schweiz zwei Vorstrafen auf (Urk. 39). Er wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Frauenfeld vom 30. August 2017 wegen Nichtabgabe von Ausweisen und/oder Kontrollschildern zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 5 Tagessätzen zu Fr. 70.– verurteilt. Die Staatsanwaltschaft See/Oberland verurteilte den Beschuldigten mit Strafbefehl vom 26. März 2018 wegen mehrfacher grober Verletzung von Verkehrsregeln zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 80.– und einer Busse von Fr. 2'200.–, wobei der bedingte Vollzug der Geldstrafe von 5 Tagessätzen aus der Verurteilung vom 30. August 2017 widerrufen wurde (Beizugsakten C-72017/10037087 act. 26). Diese zwei kurz nacheinander erfolgten Vorstrafen sind zwar nicht einschlägig, zeigen aber auf, dass der Beschuldigte nicht gewillt ist, sich an die hiesige Rechtsordnung zu halten oder auch nur die angesetzte Probezeit aus der ersten Verurteilung zu beachten. Ebenfalls strafferhöhend ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte vorliegend erneut während laufender Probezeit straffällig wurde. Beides wirkt sich deutlich strafferhöhend aus und führt zu einer Erhöhung der hypothetischen Einsatzstrafe um rund einen Drittel für die Wiederhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, ist das Teilgeständnis bezüglich des äusseren Ablaufs moderat strafmindernd zu berücksichtigen (Urk. 38 S. 27). Dies vermag jedoch die deutliche Straferhöhung nicht gänzlich zu relativieren, so dass für die tatfremden Komponenten eine Straferhöhung um zwei Monate resultiert.

3.5. Eine Strafreduktion wegen des Einsatzes der verdeckten Fahnder kommt wie erwähnt (siehe Erwägung II.4.) nicht in Betracht, so dass sich eine verschuldensangemessene Strafe von 14 Monate Freiheitsstrafe ergibt.

3.6. Diese Strafe hält auch einem Vergleich mit der dem Tatverschulden des Mitläufer C.\_\_\_\_\_ angemessenen Einsatzstrafe von 16 Monaten Freiheitsstrafe stand,

zumal dem Beschuldigten eine gegenüber jenem deutlich untergeordnete Funktion zukam und er ausschliesslich auf Anweisung von C. \_\_\_\_\_ und nicht auf eigene Initiative hin tätig wurde und handelte.

3.7. Einer Strafe von 14 Monaten Freiheitsstrafe für den Beschuldigten steht jedoch das Verschlechterungsverbot entgegen, so dass die Strafe gemäss der Vorinstanz auf 12 Monate Freiheitsstrafe zu festzusetzen ist. Der Anrechnung der vom Beschuldigten bis heute erstandenen Haft von 83 Tagen (Urk. 13/15) steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

#### 4. Widerruf

4.1 Der Beschuldigte delinquierte im vorliegenden Fall innert der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 28. März 2018 festgesetzten Probezeit von zwei Jahren für die ausgefallte Geldstrafe von 120 Tagessätzen. Angesichts der unterschiedlichen Strafarten von Geld- und Freiheitsstrafe kommt daher vorliegend eine Gesamtstrafenbildung bei Widerruf von vornherein nicht in Betracht.

4.2 Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen des Widerrufs nach Art. 46 StGB zutreffend dargelegt, worauf – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – verwiesen werden kann (Urk. 38 S. 29 f.). Wie bereits zu den Täterkomponenten erwähnt, liess sich der Beschuldigte weder vom inzwischen angeordneten Vollzug der Geldstrafe von 5 Tagessätzen zu Fr. 70.– noch von der Busse über Fr. 2'200.– und auch nicht vom drohenden Vollzug der Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 80.– von weiterer Delinquenz abhalten. Da aufgrund dieser klar zu Tage getretenen Ignoranz gegenüber der hiesigen Rechtsordnung die für den Verzicht auf den Widerruf erforderliche günstige Prognose für das künftige Wohlverhalten nicht gestellt werden kann, ist der bedingte Vollzug der Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 80.– gemäss dem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 28. März 2018 zu widerrufen.

## 5. Strafvollzug

5.1. Die Vorinstanz legte die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges zutreffend dar, so dass darauf verwiesen werden kann (Urk. 38 S. 28). Sie gewährte dem Beschuldigten trotz der beiden SVG-Vorstrafen den bedingten Strafvollzug vor dem Hintergrund der zu widerrufenden Geldstrafe, der erstandenen Haft und aufgrund des Umstands, dass erstmals eine Freiheitsstrafe gegen den Beschuldigten ausgefällt wurde. Sie ging folglich davon aus, dass diese Kombination den Beschuldigten vor weiterer Delinquenz abhalten werde, setzte aber angesichts der trotzdem bestehenden Bedenken die Probezeit auf 4 Jahre fest (Urk. 38 S. 28 f.).

5.2. Die objektive Voraussetzung für den bedingten Strafvollzug ist ohne weiteres gegeben, nachdem der Beschuldigte innerhalb der letzten 5 Jahre vor der Tat nicht zu einer Freiheitsstrafe von mehr als 6 Monaten verurteilt worden ist (Art. 42 Abs. 2 StGB). Angesichts der bisher ausgefallten Geldstrafen, davon eine im Bagatellbereich, ist den Erwägungen der Vorinstanz zu folgen und dem Beschuldigten eine letzte Chance zur Bewährung zu geben und die Freiheitsstrafe bedingt auszusprechen. Nachdem es sich beim vorliegenden Delikt jedoch um eine gravierende Tat geht, die sich auf eine Vielzahl von Menschen auswirkt und der Beschuldigte bisher von bedingt ausgesprochenen Geldstrafen offenkundig nicht beeindruckt und von der weiteren Delinquenz abgehalten wurde, ist den Bedenken bezüglich seines Wohlverhaltens mit einer Probezeit von 4 Jahren Rechnung zu tragen.

5.3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe von 12 Monaten ist daher aufzuschieben und die Probezeit auf 4 Jahre festzusetzen.

## **V. Landesverweisung**

### 1. Urteil Vorinstanz / Parteistandpunkte

1.1. Die Vorinstanz bejahte das Vorliegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o BetmG, verneinte einen schweren persönlichen Härtefall und sprach

gegenüber dem Beschuldigten eine Landesverweisung für die Minimaldauer von 5 Jahren aus (Urk. 38 S. 31 ff.).

1.2. Der Beschuldigte stellt nicht in Frage, dass die Voraussetzungen für eine obligatorische Landesverweisung gegeben sind. Er macht aber im Wesentlichen einen schweren persönlichen Härtefall geltend, indem er auf seine Ehefrau und die drei Kinder, K.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2015), L.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2019) und M.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2021) hinweist, welche Schweizer Bürger seien, so dass seine Wegweisung das Familienleben unmittelbar tangiere (Urk. 49 S. 22, 25.). Ein Umzug in den Kosovo könne der Familie nicht zugemutet werden, zumal sie dort über kein Beziehungsnetz verfüge. Auch seien den Kindern die dortigen Lebensumstände nicht zumutbar. Eine Übersiedlung sei prägend für das gesamte Leben der Kinder und bedeute einen massiven Einschnitt in die Möglichkeit, deren Leben und Zukunft zu planen und gestalten zu können. Eine Ausweisung führe faktisch dazu, dass die Familie getrennt würde, was ein klarer Verstoss gegen Art. 8 EMRK darstelle. Zudem habe der Beschuldigte mit seiner Anstellung bei J.\_\_\_\_\_ sowie ab Mai 2021 in einem Gastrobetrieb auch beruflich endlich in der Schweiz Fuss fassen können, weshalb das öffentliche Interesse an seiner Ausweisung im Vergleich zu seinen persönlichen Interessen am Verbleib in der Schweiz praktisch vernachlässigt werden könne (Urk. 29 S. 17; Prot. II S. 22 ff.).

## 2. Rechtsgrundlagen

2.1. Gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB verweist das Gericht einen Ausländer, der eine Katalogtat im Sinne Art. 66a Abs. 1 lit. a-o StGB begangen hat, unabhängig von der Höhe der Strafe für die Dauer von 5 bis 15 Jahren des Landes. Ein Verzicht auf eine Landesverweisung ist nur ausnahmsweise dann möglich, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Art. 66a Abs. 2 StGB).

2.2. Die Härtefallklausel dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 145 IV 364 E. 3.2; 144 IV 332 E. 3.1.2; je mit Hinwei-

sen). Sie ist restriktiv anzuwenden. Nach der Rechtsprechung lässt sich zur individuellen kriteriengeleiteten Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE; SR 142.201, in der Fassung vom 1. Juni 2019) heranziehen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.2). Ein Härtefall lässt sich erst bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK gewährleistete Privat- und Familienleben annehmen (BGE 144 IV 332 E. 3.3 ff.). Soweit ein Anspruch aus Art. 8 EMRK in Betracht fällt, ist die Rechtsprechung des EGMR zu beachten. Danach haben sich die nationalen Instanzen von den im Urteil *Üner c. Niederlande* vom 18. Oktober 2006 (Req. 46410/99) resümierten Kriterien leiten zu lassen. Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, zu der die Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die Respektierung der Werte der Bundesverfassung, die Sprachkompetenzen, die Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung und die familiären Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat zählen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.1; 144 IV 332 E. 3.3.2; Urteile des Bundesgerichts 6B\_1027/2020 vom 24. Februar 2021 E. 2.1; 6B\_1388/2019 vom 30. November 2020 E. 2.1.2; je mit Hinweisen). Unter dem Titel der Achtung des Privatlebens im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK genügen selbst eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration nicht; erforderlich sind besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur. Es ist auch nicht schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer eine Verwurzelung in der Schweiz anzunehmen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.4; Urteile des Bundesgerichts 6B\_994/2020 vom 11. Januar 2021 E. 2.1.1; 6B\_1299/2019 vom 28. Januar 2020 E. 3.4.2). Da die Landesverweisung strafrechtlicher Natur ist, sind auch strafrechtliche Elemente wie die Aussichten auf soziale Wiedereingliederung des Täters in die Interessenabwägung miteinzubeziehen (BGE 144 IV 332 E. 3.3.2; Urteile des Bundesgerichts 6B\_75/2020 vom 19. Januar 2021 E. 2.2; 6B\_1424/2019 vom 15. September 2020 E. 3.3.2; 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.6.2; je mit Hinweisen).

### 3. Anwendung auf den vorliegenden Fall

3.1. Der Beschuldigte, der nicht über das Schweizer Bürgerrecht verfügt, wird heute wegen einer qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von 19 Abs. 2 BetmG verurteilt, die er nach Inkrafttreten der Bestimmungen über die Landesverweisung beging. Es handelt sich um eine Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB. Die vom Beschuldigten begangene qualifizierte Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG stellt eine Anlasstat der Landesverweisung dar, was der Beschuldigte zu Recht nicht bestreitet.

3.2. Die Vorinstanz begründet einlässlich und überzeugend, dass kein persönlicher schwerer Härtefall vorliegt, das öffentliche Interesse an der Landesverweisung das persönliche Interesse des Beschuldigten am Verbleib in Schweiz übersteigt und keine das normale Mass an Integration übersteigende Bindungen des Beschuldigten in die Schweiz entgegenstehen (Urk. 38 S. 32 ff.).

Das Bundesgericht hat sich bei Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz hinsichtlich der Landesverweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit stets besonders streng gezeigt. Diese Strenge bekräftigte der Gesetzgeber mit Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB. "Drogenhandel" führt von Verfassungen wegen in der Regel zur Landesverweisung (Art. 121 Abs. 3 lit. a BV). Das öffentliche Interesse an der Landesverweisung wiegt daher bei Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz – wie vorliegend – praxisgemäss besonders schwer (Urteile des Bundesgerichts 6B\_1027/2020 vom 24. Februar 2021 E 2.1; 6B\_1299/2019 vom 28. Januar 2020 E. 3.3; je mit Hinweisen). Der Beschuldigte wuchs mit einem Bruder und zwei Schwestern im Kosovo auf, brach die Mittelschule ab und arbeitete als Möbelschreiner, um seine Familie finanziell zu unterstützen. Die Beziehung zur Schweiz entstand beim Beschuldigten erst und namentlich durch die Heirat seiner Ehefrau, welche zwar vom Kosovo stammt, aber in der Schweiz aufgewachsen ist und das Schweizer Bürgerrecht besitzt. Der Beschuldigte kam 2013 als 18-Jähriger zu seiner Ehefrau in die Schweiz. Seine Eltern leben nach wie vor im Kosovo, eine seiner Schwestern in N.\_\_\_\_\_ [Stadt in Österreich], eine in Zürich und der Bruder in O.\_\_\_\_\_

[Stadt in Deutschland]. Der Beschuldigte pflegt zu seinen Eltern im Kosovo einen guten Kontakt und unterstützt diese auch regelmässig. 2018 war er zuletzt im Kosovo in den Ferien, wobei er im letzten Jahr aufgrund der Corona-Pandemie auf einen Besuch verzichtete. Der Beschuldigte hat mithin den prägenden und weitestgehend grössten Teil seines bisherigen Lebens im Kosovo verbracht. Er ist in der Schweiz, abgesehen von seiner Kernfamilie, nicht verwurzelt. Seine Freizeit verbringt er mehrheitlich mit seiner Familie und pflegt darüber hinaus keine massgeblichen gesellschaftlichen Kontakte in Vereinen. Zwar hatte der Beschuldigte seit der vorinstanzlichen Hauptverhandlung endlich eine Festanstellung gefunden. Angesichts seiner bislang temporären Anstellungen und seiner Phasen ohne Arbeit kann insgesamt dennoch nicht von einer gelungenen beruflichen Integration gesprochen werden, zumal der Beschuldigte im Vorfeld des zu beurteilenden Delikts vom RAV unterstützt wurde und seine Ehefrau bis vor rund einem Jahr jeweils den Haupterwerb der Familie erwirtschaftet hat. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass dem Beschuldigten eine Wiedereingliederung in seinem Heimatland ohne weiteres möglich und zumutbar ist, zumal er erst in seinem 19. Lebensjahr vom Kosovo hierher migriert ist und einen guten Kontakt zu seinen Eltern in der Heimat pflegt. Ebenso wie seine Ehefrau, die ebenfalls aus dem Kosovo stammt, dort auch noch Verwandten hat, ferner die dortige Sprache spricht und das Land bzw. die Verwandten mit dem Beschuldigten regelmässig besucht (vgl. zum Ganzen Prot. I S. 11 ff.; Prot. II S. 7 ff. sowie Urk. 38 S. 33 ff.). Es ist vor diesem Hintergrund unerfindlich, wieso eine Umsiedlung der Familie in ihr Heimatland den gemeinsamen Kindern nicht zugemutet werden könnte, zumal die beiden jüngeren Kinder im Alter von 2 Jahren bzw. viereinhalb Monaten grundsätzlich an ihre Bezugspersonen und noch nicht massgeblich an ihre bisherige Umgebung gebunden ist und der knapp 6-jährige Sohn noch keine lebensprägenden schulischen Erfahrungen in der Schweiz gemacht hat. Hinzu kommt, dass der Beschwerdeführer mit der Art und Weise der Tatbegehung gezeigt habe, dass er seine eigenen Bedürfnisse über die Verantwortung als Vater und Betreuungsperson der Kinder stellt und dies trotz der wiederholten Bitte seiner Frau, mit der Sache mit den Drogen aufzuhören. Mit oder ohne ihn lag die Hauptverantwortung für die Kinder und deren Unterhalt bislang weitestgehend ohnehin bei der Mutter.

Sollten die Frau und die Kinder nicht mit dem Beschuldigten in den Kosovo zurückkehren wollen, ist ihnen das selbstverständlich unbenommen und würde diese Trennung sie klarerweise hart treffen. Dennoch ist eine Rückkehr des Beschuldigten in sein Heimatland weder existenzbedrohend noch unzumutbar. Angesichts des bei Betäubungsmitteldelikten grundsätzlich höher zu gewichtenden öffentlichen Interesses an der Landesverweisung vermag der Beschuldigte keine genügenden persönlichen Interessen, mithin keine besonders intensive Integration bzw. eine besonders intensive Bindung in die Schweiz, darzutun. Der Beschuldigte ist daher des Landes zu verweisen. Der bestehenden Bindung an seine Ehefrau und die beiden Kinder sowie der Strafe von 12 Monaten Freiheitsstrafe, die dem gesetzlichen Minimum entspricht, ist in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips mit der Befristung der Landesverweisung auf das Minimum von 5 Jahren Rechnung zu tragen.

Der Beschuldigte ist demnach für 5 Jahre des Landes zu verweisen.

#### 4. Ausschreibung im Schengener Informationssystem

4.1. Wie das Bundesgericht in BGE 146 IV 172 festgehalten hat, darf eine Ausschreibung von Drittstaatsangehörigen im Sinne von Art. 3 lit. d SIS-II-Verordnung im SIS gemäss dem in Art. 21 SIS-II-Verordnung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip nur vorgenommen werden, wenn die Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Falles dies rechtfertigen. Eine Ausschreibung im SIS setzt voraus, dass die Ausschreibungsvoraussetzungen von Art. 21 und 24 SIS-II-Verordnung erfüllt sind (Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz [BJ] vom 20. Dezember 2016 zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung, S. 11). Eine Ausschreibung im SIS darf gemäss Art. 21 und Art. 24 Ziff. 1 SIS-II-Verordnung nur auf der Grundlage einer individuellen Bewertung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips ergehen. Im Rahmen dieser Bewertung ist bei der Ausschreibung gestützt auf Art. 24 Ziff. 2 SIS-II-Verordnung insbesondere zu prüfen, ob von der betroffenen Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht. Verhältnismässig ist eine Ausschreibung im SIS immer dann, wenn eine solche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gegeben ist. Sind die Voraussetzungen von Art. 21 und 24 Ziff. 1 und 2 SIS-II-Verordnung er-

füllt, besteht eine Pflicht zur Ausschreibung im SIS (a.a.O. E. 3.2.2 mit Hinweisen).

4.2. Es ist unbestritten, dass der Beschuldigte einem sogenannten Drittstaat angehört. Der Beschuldigte wird vorliegend wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten bestraft. Beim Drogenhandel mit mengenmässig qualifiziertem Heroin wie vorliegend handelt sich um eine schwere Straftat, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung auch in den übrigen Schengenstaaten gefährdet. Angesichts des Umstands, dass sich der Beschuldigte an einem Drogendeal beteiligte, der länderübergreifend (albanische Telefonnummer, Abnehmer und Geldempfänger in der Schweiz) stattfand, erscheint die Ausschreibung im SIS als der Verhinderung weiterer Drogendelikte gerechtfertigt und verhältnismässig, so dass die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) des Beschuldigten im SIS anzuordnen ist.

## **VI. Einziehung**

Die Vorinstanz zog auf Antrag der Staatsanwaltschaft die sichergestellten Betäubungsmittel und -utensilien ein und ordnete deren Vernichtung an (Urk. 38 S. 41), was der Beschuldigte nicht anfocht. Entsprechend ist diese Anordnung der Vorinstanz zu bestätigen und unverändert ins Dispositiv zu übernehmen.

## **VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

### **1. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO hat die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu befinden, wenn sie selber ein neues Urteil fällt und nicht kassatorisch entscheidet (GRIESSER in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020 [kurz: ZH Komm. StPO], N 14 zu Art. 428). Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Das ist vorliegend der Fall, so dass ausgangsgemäss die in ih-

rer Höhe unangefochten gebliebenen Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen sind. Ausgenommen sind die – ebenfalls in der Höhe unangefochten gebliebenen – Kosten der amtlichen Verteidigung, wobei Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt, wonach für diese Kosten auf den Beschuldigten Rückgriff genommen werden kann, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben. Die vorinstanzliche Kostenfestsetzung wurde inhaltlich nicht angefochten, so dass das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 8 bis 10) zu bestätigen ist.

## 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren

2.1. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen im Berufungsverfahren vollumfänglich. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten aufzuerlegen. Seine Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO für die Kosten der amtlichen Verteidigung bleibt vorbehalten.

2.2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von Art. 424 Abs. 1 StPO i. V. m. §§ 16, 2 Abs. 1 lit. b, c und d sowie 14 GebV OG unter Berücksichtigung der Bedeutung und Schwierigkeit des Falles sowie des Zeitaufwands des Gerichts auf Fr. 3'500.– anzusetzen. Für das Berufungsverfahren macht der amtliche Verteidiger Dr. sc. nat. et lic. iur. X. \_\_\_\_\_ Aufwendungen in der Höhe von Fr. 10'058.25 (inkl. Barauslagen und MwSt.; Urk. 51) geltend. Seine Honorarforderung steht im Einklang mit den Ansätzen der Anwaltsgebührenverordnung und erweist sich angesichts des Aktenumfangs und der Komplexität des Falles als angemessen, so dass er unter zusätzlicher Berücksichtigung des Zeitaufwands für die Berufungsverhandlung samt Hin- und Rückreise sowie kurzer Nachbesprechung insgesamt mit Fr. 11'000.– (inkl. MwSt.) zu entschädigen ist.

## 3. Genugtuungsforderung des Beschuldigten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens bleibt kein Raum für Genugtuungsansprüche des Beschuldigten (Art. 429 ff. StPO).

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 83 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.
4. Der bedingte Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 28. März 2018 ausgefallten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 80.– wird widerrufen.
5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.
6. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet.
7. Die folgenden sichergestellten und bei der Stadtpolizei Zürich unter der BM-Lagernummer S01179-2019 bzw. S01183-2019 lagernden Betäubungsmittel sowie Betäubungsmittelutensilien werden eingezogen und vernichtet:
  - A012'639'122 1 Minigrip mit Heroin in Cellophan und Zeitungspapier eingewickelt
  - A012'639'291 5 Kartonschachteln mit Sojamehl
8. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 8 bis 10) wird bestätigt.
9. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'500.– ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 11'000.– amtliche Verteidigung

10. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

11. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

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

sowie in vollständiger Ausfertigung an

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

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Staatsanwaltschaft See/Oberland, Uster, betreffend Dispositivziffer 4 in die Akten C-7/ 2017/37087 (im Dispositiv)
- 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 und B
- Stadtpolizei Zürich betreffend Dispositivziffer 7.

12. 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, 30. April 2021

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Andres

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.