

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB210259-O/U/as

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, und die Ersatzoberberrichterinnen lic. iur. Laufer und lic. iur. Fuchs sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. Schwarzenbach-Oswald

## Urteil vom 4. Februar 2022

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom  
10. März 2021 (DG200036)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 28. September 2020 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 16).

**Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte hat sich wie folgt schuldig gemacht:
  - Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG
  - Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG
  - mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. b und d BetmG
  
2. Der mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 3. Dezember 2019 für eine Freiheitsstrafe von 16 Monaten im Umfang von 10 Monaten und unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren gewährte bedingte Vollzug wird widerrufen.
  
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit insgesamt 22 Monaten Freiheitsstrafe sowie einer Busse von Fr. 500.–.  
  
Die erstandene Haft wird angerechnet.
  
4. Auf die Anordnung einer ambulanten Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 Abs. 1 StGB wird verzichtet.
  
5. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.  
  
Die Busse ist zu bezahlen.
  
6. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
  
7. Der Beschuldigte wird in Anwendung von Art. 66a StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen.

8. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 28. April 2020 beschlagnahmten Gegenstände werden zur Vernichtung eingezogen:
- 2 Quittungen ZKB vom 22. Januar 2020 (A013'548'226)
  - 1 Minigrip mit Betäubungsmittel-Rückständen (A013'548'124)
  - 22 Gramm Haschisch (A013'548'179)
  - 4 Minigrips à je 1 Gramm Kokain (A013'548'180)
  - 2 Minigrips à je 1 Gramm Kokain (A013'548'191)
  - 1 Tupperware mit 32 Gramm Kokain (A013'548'259)
  - 1 Feinwaage «Domo», DO9096W (A013'548'260)
  - diverse Minigrips, ungebraucht (A013'548'271)
  - schwarze Einweg-Handschuhe mit Rückständen von weissem Pulver (A013'548'282)
  - 2.3 Gramm Marihuana (A013'548'293)
  - 5 Gramm Haschisch (A013'548'306)
  - 5 Portionen Marihuana, total 400 Gramm (A013'548'328).
9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 28. April 2020 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 350.– (A013'548'033) wird eingezogen und verfällt dem Staat.
10. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 28. April 2020 beschlagnahmten Barschaften von total Fr. 1'241.85 (A013'548'135, A013'548'204 und A013'548'215) werden zur Deckung der Busse und der Verfahrenskosten herangezogen.
11. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
- Fr. 2'400.–; die weiteren Auslagen betragen:
  - Fr. 2'100.– Gebühr für die Strafuntersuchung
  - Fr. 6'240.– Gutachterkosten
  - Fr. 8'073.40 amtl. Verteidigungskosten (inkl. MwSt.)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Gerichtsgebühr um einen Drittel.

12. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.

### **Berufungsanträge:**

a) **Der Verteidigung des Beschuldigten:**

(Urk. 54)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 10. März 2021 sei betreffend die Ziff. 1/1, Ziff. 4 und Ziff. 7 aufzuheben.
2. Es sei eine ambulante Massnahme anzuordnen.
3. Der Vollzug der Freiheitstrafe sei zugunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben.
4. Von einer Landesverweisung sei abzusehen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates.

b) **Der Staatsanwaltschaft:**

(Urk. 39, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

## **Erwägungen:**

### **I. Verfahrensgang / Umfang der Berufung**

1. Zum Prozessverlauf bis zum erstinstanzlichen Urteil kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 33 S. 3 f.).
2. Gegen das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 10. März 2021 (Urk. 33) meldete der Beschuldigte anlässlich der mündlichen Eröffnung Berufung an (Prot. I S. 35). Die fristgerechte Berufungserklärung erfolgte mit Eingabe vom 4. Mai 2021 (Urk. 32 und 34). Die Staatsanwaltschaft verzichtete nach entsprechender Fristansetzung mit Eingabe vom 19. Mai 2021 auf eine Anschlussberufung, beantragt die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und erklärte, auf Beweisanträge und auf weitere Fristen für Stellungnahmen zu verzichten. Überdies ersuchte sie um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung, was bewilligt wurde (Urk. 37 und 39). Beweisergänzungsanträge für das Berufungsverfahren wurden auch seitens des Beschuldigten keine gestellt.
3. Zur heutigen Berufungsverhandlung erschien der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers (Prot. II S. 3).
4. Die Berufung des Beschuldigten richtet sich gegen den Schuldspruch des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (Urk. 33, Dispositivziffer 1, 1. Spiegelstrich), den Verzicht auf Anordnung einer ambulanten Behandlung (Urk. 33, Dispositivziffer 4) und die Anordnung der Landesverweisung (Urk. 33, Dispositivziffer 7) (Urk. 34). Die übrigen Punkte blieben unangefochten, wobei die Strafe (Urk. 33, Dispositivziffer 3) und die Ersatzfreiheitsstrafe für die Busse (Urk. 33, Dispositivziffer 6) infolge der teilweisen Anfechtung des Schuldspruchs als mitangefochten gelten. Es ist deshalb vorab mittels Beschluss festzustellen, dass das erstinstanzliche Urteil vom 10. März 2021 in den Ziffern 1 (2. und 3. Spiegelstrich, Schuldspruch Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz und mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes), 2 (Widerruf), 3 (Strafe), 5 (kein bedingter Strafvollzug), 6 (Ersatzfreiheitsstrafe), 8 (Einziehung Gegen-

stände), 9 (Einziehung Barschaft), 10 (Verwendung beschlagnahmte Barschaft) sowie 11 und 12 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

## **II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung**

1. Die Vorinstanz erachtete den vorgeworfenen Sachverhalt als erstellt und sprach den Beschuldigten im Sinne der Anklage schuldig (Urk. 33 S. 4 ff.). Sie würdigte mit der Staatsanwaltschaft das Verhalten des Beschuldigten in rechtlicher Hinsicht als qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, als Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG und als mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. b und d BetmG (Urk. 33, Dispositivziffer 1).

2. Der Beschuldigte anerkannte denn auch im Untersuchungsverfahren und anlässlich der Hauptverhandlung den Anklagevorwurf (vgl. Urk. 33 E. II.1.1. mit weiteren Verweisen). Entsprechend erfolgten die Anträge und Vorbringen der Verteidigung im vorinstanzlichen Verfahren (Urk. 24 S. 1 f.). Die Verteidigung relativierte jedoch die Zugeständnisse hinsichtlich des Kokains insofern, als sie zwar die von der Staatsanwalt errechnete Menge von zirka 43 Gramm reinem Kokain anerkannte (Urk. 23 S. 4, Urk. 24 S. 2 und Prot. I S. 27), und auch, dass der Beschuldigte einen Teil davon verkaufte. Jedoch stellte die Verteidigung in den Raum, dass der Beschuldigte einen Teil verkauft habe und man sich darüber unterhalten könne, ob es mehr als 18 Gramm gewesen wären, wie es mit dem Besitz aussehe und ob es sich noch um ein Vergehen handle (Urk. 24 S. 2 und Prot. I S. 27).

Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung lässt der Beschuldigte nun ausführen, dass er die rechtliche Würdigung mit Ausnahme der qualifizierten Widerhandlung (Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG) anerkenne. Die Verteidigung ist der Auffassung, der Beschuldigte habe sich bezüglich des Kokains lediglich des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG

schuldig gemacht. Zur näheren Begründung führt sie zusammengefasst aus, es sei richtig, dass beim Beschuldigten rund 30 Gramm Kokain sichergestellt worden seien, wobei dieses zu einem Teil für den Eigenkonsum bestimmt gewesen sei und zu einem anderen Teil für den Weiterverkauf. Zu welchen Teilen aber, das sei die entscheidende Frage. Der Beschuldigte sei nicht in den Besitz von rund 43 Gramm reinem Kokain gelangt, damit er es habe konsumieren oder verkaufen können, sondern als Sicherheit für eine Darlehensschuld. Er habe aber 9 Gramm weiterverkauft und ca. 6 Gramm konsumiert. Die sichergestellten ca. 30 Gramm Kokain hätte der Beschuldigte gemäss seinen Aussagen vermutlich geschnupft, vermutlich aber auch weitergegeben. Da dem Beschuldigten das Kokain im Dezember überlassen worden sei und Kokain sich bekanntlich gerade zum Jahreswechsel besonderer Beliebtheit erfreue, sei davon auszugehen, dass die Nachfrage seiner Bekannten zu diesem Zeitpunkt eher hoch gewesen sein dürfte und in den Folgemonaten abgeflacht wäre. Vollkommen ausser Acht lasse die Vorinstanz, dass ein Grossteil des Kokains weder für den Konsum noch für den Weiterverkauf, sondern für die Rückgabe an den eigentlichen Eigentümer bestimmt gewesen sei. Gestützt auf die Aussagen des Beschuldigten, dass er angedacht habe, insgesamt ca. 20 Portionen an Dritte abzugeben, sei die Vorinstanz davon ausgegangen, dass er um die 14 Gramm habe verkaufen wollen. Es sei aber keineswegs erstellt, dass der Beschuldigte vorgehabt habe, mehr als 14 Gramm reines Kokain an Dritte weiterzugeben, wie dies die Vorinstanz dem Beschuldigten anhängen möchte. Abgesehen davon, dass das Kokain nicht dem Beschuldigten gehört habe und der Plan gewesen sei, dass sein Bekannter das restliche Kokain wieder zurückbekommen würde, sei davon auszugehen, dass der Beschuldigte gerade über die Festtage Ende 2019 eine grössere Menge an seine Bekannten weitergegeben habe, als dies unter dem Jahr geschehe. Sodann habe der Beschuldigte eine Vorgeschichte mit Drogen und wegen der Inhaftierung habe er dem Kokain endlich abgeschworen und mache eine Therapie. Ohne die Verhaftung hätte er wohl munter weiter konsumiert, wobei es wohl eher mehr als weniger geworden wäre. Die Rechnung der Vorinstanz könne deshalb nicht aufgehen. Es sei nicht erstellt, dass der Beschuldigte mindestens 18 Gramm Kokain an Dritte habe weitergeben wollen. Entsprechend sei der Schuldspruch bezüglich

Art. 19 Abs. 2 BetmG aufzuheben und der Beschuldigte wegen eines Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig zu sprechen (Urk. 54 S. 2 ff.).

3. Was den Sachverhalt betrifft, ist ohne Weiteres erstellt und anerkannt, dass der Beschuldigte zirka Mitte Januar 2020 zirka 50 Gramm Kokaingemisch von einer namentlich nicht bekannten Person als Sicherheit für eine gewährtes Darlehen erhielt und in der Folge bei sich aufbewahrte. Weiter ist erstellt, dass er davon zu verschiedenen Zeitpunkten 6 Portionen à jeweils ca. 1 Gramm Kokaingemisch an nicht namentlich bekannte Abnehmer verkaufte, zirka 2 weitere Gramm übergab er B.\_\_\_\_\_ und eine weitere Portion von zirka 0.8 bis 0.9 Gramm verkaufte er C.\_\_\_\_\_. Zudem konsumierte er von besagtem Kokaingemisch selbst zirka 6 Gramm. Schliesslich wurden bei der Hausdurchsuchung an seinem Wohnort zirka 38 Gramm Kokaingemisch, mithin 31.98 Gramm reines Kokain, sichergestellt (Urk. 16). Mit diesem Verhalten hat der Beschuldigte die Tatbestände von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG erfüllt.

4. Im Zusammenhang mit der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG wirft die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten vor, er habe gewusst, dass die von ihm gelagerte Menge Kokain, welche allesamt für den Verkauf an Dritte vorgesehen gewesen sei, sei es durch den Beschuldigten selbst oder aber seinen Darlehensnehmer respektive von diesem beauftragte Dritte, geeignet gewesen sei, mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr zu bringen respektive habe er dieses zumindest in Kauf genommen (Urk. 16 S. 4).

5. Die Vorinstanz gelangte diesbezüglich im Rahmen einer zulässigen Sachverhaltsfeststellung zum Schluss, dass der Beschuldigte den Verkauf von rund 14 Gramm reinem Kokain direkt anstrebte, aber auch zur Veräusserung einer grösseren Menge bereit gewesen wäre. Der Beschuldigte habe es in Kauf genommen, von den 50 Gramm Kokaingemisch mindestens 18 Gramm reines Kokain an Dritte zu veräussern (Urk. 33 E.II.2.). In rechtlicher Hinsicht würdigte sie, dass der Beschuldigte rund 43 Gramm reines Kokain erworben bzw. bei sich aufbewahrt habe, rund 7 Gramm reines Kokain an Dritte veräussert habe, die Veräusserung

von weiteren rund 7 Gramm reinem Kokain direkt anstrebte und insgesamt in Kauf genommen habe, mindestens 18 Gramm reines Kokain an Dritte zu veräussern. Er habe durch den Besitz des Kokains in Verbindung mit den tatsächlich erfolgten Weitergabehandlungen ein Gefährdungspotential zur Veräusserung von einem 18 Gramm weit übersteigenden Umfang manifestiert. Damit habe der Beschuldigte davon ausgehen müssen, mit seinem Handeln die Gesundheit einer Vielzahl von Menschen in Gefahr zu bringen, insofern sei das Qualifikationsmerkmal im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG erfüllt (Urk. 33 E.III.)

Dem Fazit der Vorinstanz ist vollumfänglich beizupflichten, entsprechend ist auch auf ihre diesbezüglichen Erwägungen zu verweisen (Urk. 33 E.II. und E.III., Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Ausführungen verstehen sich als Rekapitulation und Ergänzung.

6. 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 bringt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dies in der Regel ab einer Menge von 18 Gramm reinem Kokain der Fall (BGE 138 IV 100, E. 3.2). Wie die Vorinstanz zutreffend wiedergibt, kann bereits der Besitz einer qualifizierten Drogenmenge eine ausreichende Gefährdung begründen, wenn die Droge zur Abgabe an Dritte bestimmt war (vgl. Urk. 33 E. III.3 und Urteil 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019, E. 4.3). Konkrete Weitergabehandlungen sind nicht erforderlich, es genügt gemäss Bundesgericht, wenn tatsächliche Anstalten getroffen werden, um die Droge zu veräussern (Urteil 6B\_932/2018 vom 24. Januar 2019, E. 1.2.4). Da Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet ist, kann grundsätzlich der Besitz einer qualifizierten Menge Betäubungsmittel genügen. Die Qualifikation hat einzig dann auszuscheiden, wenn die konkrete Gefahr der Weiterverbreitung nicht besteht, weil die Betäubungsmittel dem eigenen Konsum oder nur einer kleinen, bestimmten Zahl von Abnehmern dienen (vgl. dazu Fingerhuth/Schlegel/Jucker, BetmG Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 19 N 191).

7.1. Eine solche Ausnahme ist vorliegend nicht erkennbar. Der Beschuldigte lagerte unbestrittenermassen das Kokaingemisch von ursprünglich 50 Gramm für einen Bekannten, welchem er ein Darlehen gewährt hatte und welcher ihm die Droge als Sicherheit überliess. Zwar konsumierte er selbst ebenfalls Kokain und bediente sich auch von jenen 50 Gramm, jedoch gab er nicht an und ergeben sich auch aus den Akten keinerlei Hinweise, dass er das Kokain lediglich für seinen Eigenkonsum vorsah. Im Gegenteil, er beabsichtigte den teilweisen Verkauf, um mit dem Gewinn seinen eigenen Konsum zu finanzieren und sich für das Darlehen schadlos zu halten (Urk. 2/2 Frage 46 und Prot. I. S. 10 f.). Ausserdem gestand er ein, dass das anlässlich der Hausdurchsuchung gefundene Kokaingemisch im Umfang von 35 Gramm vermutlich für ihn zum Schnupfen gewesen wäre und vermutlich auch zum Weitergeben (Prot. I. S. 11). Zu den Verkaufsabsichten ist den anfänglichen Aussagen des Beschuldigten zu entnehmen, dass er sich ausgerechnet habe, etwa 20 Portionen zu verkaufen und den Rest selber zu konsumieren (Urk. 2/1 Frage 49). Im späteren Verlauf der Untersuchung ergänzte er dann, dies sei jedoch nicht gegangen, weil man es gefunden habe. Die Idee sei nicht gewesen, dass das Kokain bei ihm bleibe und er es verkaufe. Wenn derjenige, der es ihm gegeben habe, zurückgekommen wäre, hätte er (der Beschuldigte) ihm entweder die Box zurückgegeben und dieser ihm das Geld oder er (der Beschuldigte) hätte ihm einfach den Rest gegeben, weil er das Geld schon gemacht gehabt hätte (Urk. 2/2 Frage 46). Im Rahmen des Schlussvorhaltes erklärte der Beschuldigte sodann, dass er den Vorhalt anerkenne, aber festhalten möchte, dass er diese 50 Gramm nicht allesamt zu verkaufen beabsichtigte, sondern einen Teil davon auch selbst konsumiert hätte (Urk. 2/3 Frage 14). Schliesslich ist weder den Aussagen des Beschuldigten noch den übrigen Akten zu entnehmen, dass das Kokain einzig an einen genau bestimmbareren, kleinen Abnehmerkreis verkauft werden sollte. Der Beschuldigte deponierte diesbezüglich, dass er 5 Portionen "an Leute" verkauft habe, den einen oder anderen kenne die Verfahrensleitung schon, es sei auch eine Dame dabei und auch Staatsbeamte (Urk. 2/2 Fragen 35 ff.). Anlässlich der Hauptverhandlung erklärte er, er habe die Finger nicht davon lassen können, die Situation sei völlig aus dem Ruder gelaufen. Er habe das Kokain an Kumpels bzw. in seinem Umfeld in D. \_\_\_\_\_ [Ortschaft] verkauft.

Es seien drei oder vier Bekannte gewesen. Er sei angefragt worden und habe nicht ablehnen können. Er sei sich bewusst gewesen, dass er einen Fehler mache, habe aber nicht "Nein" sagen können (Prot. I S. 8 ff.).

7.2. Bei der fraglichen Menge Kokaingemisch von 50 Gramm (ca. 43 Gramm reines Kokain) wusste der Beschuldigte oder musste zumindest annehmen, dass dieses mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Umso mehr, als er einschlägig vorbestraft ist und nicht mehr als unbedarft gelten kann (vgl. Urk. 36). Nichtsdestotrotz bewahrte er dieses für seinen Bekannten bei sich auf und begann schliesslich, darüber zu verfügen und es zu verkaufen. Zwar gab der Beschuldigte an, sich vorgenommen zu haben, rund 20 Portionen zu verkaufen und dies in seinem Umfeld getan zu haben. Dies rechtfertigt jedoch vorliegend nicht, einen qualifizierten Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG zu verneinen. Das Handeln des Beschuldigten war vielmehr von Planlosigkeit und Willfährigkeit geprägt. Insbesondere sah er sich offenbar in der Position, frei über das Kokaingemisch zu verfügen, obwohl er es angeblich nur als Depot erhalten haben will. Aufgrund der Aussagen und des Verhaltens des Beschuldigten muss davon ausgegangen werden, dass er über die bei ihm vorgefundene Menge von insgesamt 31.98 reinem Kokain frei verfügt hätte, allenfalls bis es vollständig aufgebracht gewesen wäre. Auch ist nicht erkennbar, dass er das Kokain bewusst an einen kleinen, von ihm klar bestimmten Kreis von Abnehmern verkaufen wollte. Vielmehr liegt der Schluss nahe, dass er jedermann, der ihn nach Kokain gefragt hätte, solches verkauft hätte. Dies umso mehr, als ohnehin als Anlaufstelle für den Kauf von Suchtmitteln tätig war. Der Beschuldigte gefährdete durch seine Handlungen jedenfalls potentiell die Gesundheit einer grossen Zahl von Menschen und nahm dies auch ohne Weiteres in Kauf. Dabei spielt es letztlich keine Rolle, wie viel Kokain der Beschuldigte bereits exakt verkauft hatte. Die Tatsache, dass er reines Kokain im Umfang eines mehrfachen über dem Grenzwert für einen schweren Fall für einen Bekannten bei sich zu Hause lagerte, schliesslich auch nach eigenem Gutdünken darüber verfügte und es mit einer gewissen Planlosigkeit an Dritte veräusserte, manifestiert ohne Weiteres ei-

ne Gefährdung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, was der Beschuldigte durch sein Handeln zumindest in Kauf nahm.

8. Der Schuldspruch wegen des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG durch die Vorinstanz erfolgte nach dem Gesagten zu Recht und ist zu bestätigen.

### **III. Strafe**

1. Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten (unter Einbezug der widerrufenen Strafe) zu einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten und einer Busse von Fr. 500.–. Die erstandene Haft wurde angerechnet. Für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse legte sie eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen fest (Urk. 33 S. 36, Dispositivziffern 3 und 6).

2. Würde der Beschuldigte nur wegen eines *Vergehens* gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen werden und nicht wegen eines *Verbrechens* gegen das Betäubungsmittelgesetzes, wäre dies bei der Strafzumessung zu Gunsten des Beschuldigten zu berücksichtigen. Nachdem der vorinstanzliche Schuldspruch aber zu bestätigen und die Strafzumessung der Vorinstanz nachvollziehbar ist und die ausgesprochene Strafe angemessen erscheint, kann vollumfänglich auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 33 S. 9-20), zumal die Strafe von keiner Partei angefochten wurde. Der Beschuldigte ist damit unter Einbezug der widerrufenen Strafe mit 22 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind, als Gesamtstrafe sowie mit Fr. 500.– Busse zu bestrafen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.

### **IV. Massnahme**

1. Der Beschuldigte beantragt, wie bereits vor Vorinstanz (Urk. 24 S. 1), es sei eine ambulante Massnahme anzuordnen und der Vollzug der Freiheitsstrafe zu Gunsten einer ambulanten Massnahme aufzuschieben (Urk. 54 S. 1).

2. Die Vorinstanz sah von der Anordnung einer ambulanten Behandlung ab. Sie bestätigte zwar grundsätzlich das Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen nach Art. 63 Abs. 1 StGB, kam aber gestützt auf das vorliegende Gutachten von Dr. med. E.\_\_\_\_\_ vom 1. März 2021 (Urk. 22) zum Schluss, dass eine vollzugsbegleitende Massnahme keine oder nur eine geringe Wirkung zeitigen würde (Urk. 33 E. VII.2 ff.). Schliesslich verneinte sie auch den Strafvollzugaufschub zugunsten einer ambulanten Massnahme (Urk. 33 E. VII.4).

3. Nach Art. 56 Abs. 1 StGB ist eine Massnahme anzuordnen, wenn eine Strafe alleine nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen, ein Behandlungsbedürfnis besteht oder die öffentliche Sicherheit dies erfordert und die Voraussetzungen der einzelnen Massnahmen erfüllt sind. Darüber hinaus darf der mit der Massnahme verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten nicht unverhältnismässig sein (Art. 56 Abs. 2 StGB). Ist der Täter von Suchtstoffen oder in anderer Weise abhängig und hat er eine mit Strafe bedrohte Tat verübt, die mit seiner Abhängigkeit in Zusammenhang steht, so kann das Gericht eine ambulante Behandlung anordnen, sofern zu erwarten ist, dadurch lasse sich die Gefahr weiterer mit dem Zustand des Täters in Zusammenhang stehender Taten begegnen (Art. 63 Abs. 1 StGB).

4. Das Gericht stützt sich beim Entscheid über die Anordnung einer Massnahme auf eine sachverständige Begutachtung (Art. 56 Abs. 3 StGB). Ein solches Gutachten wurde von der Vorinstanz bei Dr. med. E.\_\_\_\_\_ in Auftrag gegeben (Urk. 22). Daraus ergibt sich deutlich, dass der Beschuldigte während Jahren Kokain konsumierte, zum Zeitpunkt der Tat eine Kokainabhängigkeit leichten bis mittleren Grades vorlag und diese Abhängigkeit in einem engen Zusammenhang mit den ihm zur Last gelegten Taten steht. Das Gutachten geht denn auch davon aus, dass die Wahrscheinlichkeit einer weiteren Delinquenz relativ hoch sei und bejaht die Behandlungsbedürftigkeit. Dr. med. E.\_\_\_\_\_ erachtet eine ambulante Behandlung als klar geeignet und erforderlich, um den Beschuldigten von weiterem Kokainkonsum und weiteren einschlägigen Delikten abzuhalten, beurteilt aber deren Verlauf während des Strafvollzuges als suboptimal. Für die Durchfüh-

nung der ambulanten Behandlung empfiehlt er sodann die Psychiaterin des Beschuldigten, welche ihn zum Zeitpunkt des Gutachtens (1. März 2021) bereits seit einem Jahr behandelt. Die Behandlungsbereitschaft des Beschuldigten ist gemäss Gutachten hoch (Urk. 22 S. 17 ff.). Auch die vom Beschuldigten aus eigenem Antrieb im Februar 2020 begonnene psychiatrische Behandlung bei Frau Dr. F.\_\_\_\_\_ zur Aufarbeitung seiner Problem- und Konfliktbewältigung sowie seiner Suchtthematik und der Behandlung einer offenbar bestehenden Depression (vgl. Prot. I S. 18 und Urk. 22 S. 8) spricht deutlich für seine Massnahmewilligkeit.

5. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass klarerweise eine Anlasstat vorliegt, der Beschuldigte zum Zeitpunkt der zu beurteilenden Taten seit mehreren Jahren kokainabhängig war und diese Abhängigkeit in einem engen Zusammenhang mit den genannten Taten steht. Das von der Vorinstanz eingeholte Gutachten erachtet sodann eine ambulante Behandlung als geeignet und erforderlich und den Beschuldigten als massnahmebedürftig. Die ausgeprägte Massnahmewilligkeit des Beschuldigten bestätigte sich schliesslich auch anlässlich der Berufungsverhandlung. So sagte er aus, nach wie vor bei Dr. F.\_\_\_\_\_ in psychiatrischer Behandlung zu sein und alle ein bis zwei Wochen Sitzungen bei ihr wahrzunehmen, was sich sehr positiv auf seine psychische Gesundheit und die Suchtthematik auswirke (Prot. II S. 16 f.). Sodann ergibt sich aus dem Arztbericht von Dr. F.\_\_\_\_\_ vom 1. Februar 2022, dass die Therapie erfolgversprechend ist. Die depressive Symptomatik des Beschuldigten habe sich bereits vor längerer Zeit zurückgebildet und er sei seit bald zwei Jahren abstinent. Allerdings sei für eine langfristige Abstinenz die Fortsetzung der ambulanten Behandlung notwendig (Urk. 55/2). Dies zeigt, dass die ambulante Massnahme nach wie vor erforderlich ist.

Nach dem Gesagten sind - mit der Vorinstanz - die Voraussetzungen für die Anordnung einer ambulanten Behandlung nach Art. 63 Abs. 1 StGB erfüllt.

6.1. Die Verteidigung beantragt den Aufschub der Freiheitsstrafe zu Gunsten der ambulanten Massnahme und verweist dabei auf das Gutachten, welches den Aufschub sinngemäss vorschlägt (Urk. 24 S. 1 und 8 f., Urk. 54 S. 6). Sie führte

anlässlich der Berufungsverhandlung dazu zusammengefasst aus, dass der Beschuldigte sämtliche Voraussetzungen für den Strafaufschub erfülle. Er sei ohne Weiteres als ungefährlich zu bezeichnen. Er habe sich keines Gewaltdelikts strafbar gemacht und selbst die Vorinstanz qualifiziere die Tatschwerde bzw. das Verschulden des Beschuldigten als sehr leicht bzw. leicht. Man müsse die Gesellschaft nicht vor dem Beschuldigten schützen, sondern eher den Beschuldigten vor sich selbst. Und dies gelinge am besten mit einer Therapie und nicht im Strafvollzug. Eine Versetzung hinter Gitter würde den bislang erarbeiteten Therapieerfolg ernstlich gefährden (Urk. 54 S. 8).

6.2. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen, unter denen die Freiheitsstrafe zu Gunsten der Behandlung aufgeschoben werden kann, zutreffend dargestellt und festgehalten, dass die gleichzeitige Durchführung der Massnahme und des Strafvollzuges den Regelfall darstelle (Urk. 33 E.VII.3 f. ). Darauf wird verwiesen, ebenso auf die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Strafaufschub Ausnahmecharakter hat, mithin ein möglicher Aufschub der besonderen Rechtfertigung bedarf (Urteil 6B\_1440/2019 vom 25. Februar 2020, E. 4.3; Urk. 33 E. VII.3.1).

6.3. Vorab kann auf die ausführlichen, differenzierten und zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz, welche sich gegen einen Aufschub ausspricht, verwiesen werden (Urk. 33 E. VII.4.3 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach der Strafaufschub dann anzuordnen ist, wenn eine tatsächliche Aussicht auf erfolgreiche Behandlung durch den sofortigen Vollzug der ausgefallten Freiheitsstrafe erheblich beeinträchtigt würde (BGE 129 IV 161, E. 4.1 ff.), ist festzuhalten, dass die Gefahr einer solchen Beeinträchtigung nicht erkennbar ist. Es liegen keinerlei Anzeichen vor, dass der Strafvollzug die Erfolgsaussichten einer Therapie erheblich vermindern würde. Auch ergibt sich keine solche Gefährdung aus der Einschätzung des Gutachters Dr. med. E.\_\_\_\_\_. Zwar führt der Gutachter aus, dass eine ambulante Behandlung während des Strafvollzuges "suboptimal verlaufen" würde, da es dem Beschuldigten nicht schwer fallen würde, hinter Gefängnismauern abstinent zu bleiben (Urk. 22 S. 20). Weitere Ausführungen dazu lässt das Gutachten allerdings vermissen und

vermag daher in diesem Punkt nicht derart zu überzeugen, dass ihm unbesehen gefolgt werden könnte. Zwar ist dem Gutachter Recht zu geben, dass es im Strafvollzug zwangsläufig einfacher ist, dem Betäubungsmittelkonsum zu entsagen. Jedoch ist diesbezüglich festzuhalten, dass dem Beschuldigten offenbar zum Zeitpunkt der Begutachtung keine Kokainabhängigkeit attestiert werden konnte (vgl. Urk. 22 S. 17). So bestätigte dieser in der Hauptverhandlung vom 10. März 2021 denn auch, seit Februar 2020, mithin seit der Untersuchungshaft, kein Kokain mehr konsumiert zu haben (Prot. I S. 15). Selbiges sagte der Beschuldigte auch anlässlich der Berufungsverhandlung aus (Prot. II 12). Insofern hat der Beschuldigte bereits unter Beweis gestellt, abstinent bleiben zu können, wenn auch die Rahmenbedingungen der Halbgefangenschaft dafür mitverantwortlich zu sein scheinen (Prot. I S. 15). Ungeachtet dieser einstweiligen Abstinenz erachtet das Gutachten nachvollziehbar eine ambulante Behandlung nach wie vor für notwendig und geeignet, um den Beschuldigten von weiterem Kokainkonsum und weiterer Delinquenz abzuhalten (vgl. Urk. 22 S. 19). Dies ergibt sich auch aus dem Arztbericht von Dr. F. \_\_\_\_\_ vom 1. Februar 2022 (Urk. 55/2). Der Beschuldigte hat sich im Februar 2020 freiwillig in Therapie bei Dr. F. \_\_\_\_\_ begeben und nimmt dort alle ein bis zwei Wochen Sitzungen wahr (Prot. II S. 16). Er äusserte sich vor Vorinstanz zu dieser psychiatrischen Behandlung äusserst positiv. So sagte er aus, es werde ihm der Weg aus der Sucht aufgezeigt und seine Depression behandelt. Es werde die Fähigkeit zur Selbsterkenntnis gefördert und den Gründen nachgegangen, weshalb er überhaupt mit den Drogen begonnen habe. Sodann werde ergründet, welche Umstände eine Sucht auslösen könnten, damit man lerne, wie man sich der Droge enthalten könne. Reflektierend erklärte er sodann, dass er verlernt habe, Konflikte auf normale Art zu lösen, er habe Streit gesucht oder die Probleme im Alkohol ertränkt. Im Falle eines "nervösen" Tages habe er den Weg des geringsten Widerstandes gewählt und einen Joint geraucht, um sich zu beruhigen (Prot. I S. 18). Dieser Therapieansatz zeigt, dass es primär darum geht, die Suchtproblematik des Beschuldigten zu thematisieren und die damit einhergehenden und dafür allenfalls ursächlichen psychischen Problemfelder zu therapieren, damit die Psyche und damit die Persönlichkeit des Beschuldigten derart gefestigt werden kann, dass er künftig sein Leben ohne den Konsum

von Betäubungsmitteln gestalten und in herausfordernden Lebenssituation auch ohne diese auskommen kann. Es ist anzunehmen, dass sich eine solche Entwicklung auch positiv auf die Legalprognose auswirkt. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb diese Form von Behandlung nicht während des laufenden Strafvollzuges weitergeführt werden könnte. Ein derartiges Therapiesetting, wie es für den Beschuldigten sinnvoll erscheint, kann ohne Weiteres auch im Strafvollzug fortgesetzt werden und erfährt qualitativ keine derartige Beeinträchtigung, dass der Behandlungserfolg zunichte gemacht würde. Auch das Gutachten erachtet die Weiterführung der Therapie bei Dr. F. \_\_\_\_\_ als zielführend, um der Suchtproblematik zu begegnen und damit die Legalprognose zu verbessern (Urk. 22 S. 17 und 19 f.). Dr. F. \_\_\_\_\_ wäre bei dieser Ausgangslage sinnvollerweise mit der Durchführung der ambulanten Behandlung zu beauftragen. Selbst wenn aber Dr. F. \_\_\_\_\_ die Behandlung nicht weiterführen könnte, wäre der Behandlungserfolg nicht gefährdet. Das Therapiesetting, welches der Beschuldigte benötigt, entspricht den üblichen Angeboten und kann im Bedarfsfall auch durch eine andere Fachperson in der Strafanstalt durchgeführt werden, ohne dass die Qualität und das Ergebnis darunter leiden würden. Zwar kann unter den Bedingungen des Strafvollzuges der Therapieerfolg, was die Abstinenz betrifft, nicht direkt wie in Freiheit überprüft werden. Insofern ist die Haltung des Gutachters betreffend des suboptimalen Verlaufs nachvollziehbar. Jedoch erscheint dies nicht derart beeinträchtigend für die Behandlung, dass deswegen ein Strafaufschub gewährt werden müsste. Einerseits lebt der Beschuldigte, wie erwähnt, bereits seit einiger Zeit abstinent, andererseits soll die Behandlung vor allem auch dazu dienen, das Suchtverhalten zu hinterfragen, Handlungsoptionen zu erlernen und die Psyche und die Persönlichkeit zu festigen. Zu erwähnen ist schliesslich, dass der Beschuldigte für den Strafvollzug aus seinem sozialen und beruflichen Netz gerissen werden wird. Dies liegt jedoch in der Natur der Sache und ist Folge der Delinquenz. Es liegen auch diesbezüglich keine Anzeichen vor, dass dies für den Beschuldigten derart unüblich destabilisierende Folgen haben könnte, dass der Behandlungserfolg ausbleiben würde. Der Strafvollzug und die ambulante Massnahme sind im vorliegenden Fall ohne Weiteres miteinander vereinbar. Dem Behandlungsbedürfnis des Beschul-

digten wird damit gerecht. Die Voraussetzungen für den Aufschub der ausgesprochenen Freiheitsstrafe sind nicht gegeben.

7. Es ist somit eine ambulante Behandlung gemäss Art. 63 StGB, ohne Aufschub des Strafvollzuges, anzuordnen.

## **V. Landesverweisung**

1. Die Vorinstanz hat, mit der Staatsanwaltschaft, den Beschuldigten für 5 Jahre des Landes verwiesen. Von einer Ausschreibung im Schengener Informationssystem sah sie ab (Urk. 33 E.VIII). Sie hat die Voraussetzungen der Landesverweisung umfassend und zutreffend dargestellt. Es kann vorab darauf verwiesen werden.

2. Die Verteidigung macht, wie bereits vor Vorinstanz, geltend, es sei von einer Landesverweisung abzusehen, es liege ein Härtefall vor. Zudem könne nicht von einer grossen Gefahr ausgegangen werden. Die privaten Interessen des Beschuldigten und seiner Familie an einem Verbleib in der Schweiz würden die öffentlichen Interessen am Verlassen der Schweiz überwiegen (Urk. 24 S. 9 ff. und Urk. 54 S. 1 und S. 9 ff.). Sie argumentiert anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzend, der Beschuldigte sei in der Schweiz aufgewachsen und habe hier seine Familie gegründet. Er spreche fließend Schweizerdeutsch und das einzige, was ihn von einem Schweizer unterscheide, sei nur der rote Pass. Der Vater des Beschuldigten sei zwar Italiener, sei aber bereits in den 60er Jahren in die Schweiz gekommen, wo er die aus Deutschland stammende Mutter des Beschuldigten kennengelernt hatte. Die Eltern des Beschuldigten lebten noch heute in der Schweiz und der Beschuldigte besuche sie dreimal in der Woche. Der Beschuldigte sei beruflich integriert, habe keine Schulden und sei niemals von der Sozialhilfe abhängig gewesen. Dennoch erwäge die Vorinstanz, dass die Integration des Beschuldigten als nicht sehr hoch eingestuft werden könne, da er eine andauernde erhebliche Delinquenz an den Tag legen würde. Es treffe zwar zu, dass der Beschuldigte vorbestraft sei, aber er habe ein ernsthaftes Suchtproblem und beinahe alle Vorstrafen würden im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln stehen

und auch das aktuelle Verfahren gründe einzig auf seiner Sucht. Eine Drogensucht sei aber eine psychische Krankheit und nicht ein mangelndes Integrationskriterium. Was die Familie des Beschuldigten betreffe, so sei er seit 2004 verheiratet. Seine ursprünglich aus der Ukraine stammende Ehefrau und die gemeinsamen Kindern hätten die Schweizer Staatsbürgerschaft. Sie arbeite 100 % als Verkäuferin in einem Kleiderladen und es sei ihr, die sich in der Schweiz zuhause fühle, nicht zumutbar, ihrem Ehemann ins Ausland zu folgen. Dasselbe gelte für die beiden 13-jährigen Kinder, die hier geboren seien und hier in die Schule gehen würden. Der Beschuldigte habe in den letzten zwei Jahren einen Grossteil der Betreuung der Kinder übernommen und lediglich Kontakte zum Vater anlässlich einigen wenigen Ferientagen pro Jahr würde nicht ausreichen, um diese enge Bindung aufrechterhalten zu können. Auch finanziell würde eine Landesverweisung die Familie vor Probleme stellen, denn weder in Italien noch in Deutschland würde der Beschuldigte einen ähnlich hohen Lohn erzielen können wie hier in der Schweiz. Insbesondere die fehlende Kenntnisse der italienischen Landessprache seien ein Hindernis. Das Interesse des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz sei als sehr hoch einzustufen und es handle sich bei ihm zweifellos um einen Härtefall. Was das öffentliche Interesse an der Landesverweisung betreffe, so sei dieses nicht sehr hoch und übersteige das private Interesse des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz nicht. Bei den vom Beschuldigten begangenen Betäubungsmitteldelikten handle es sich um Beschaffungskriminalität. Als Suchtkranker sei es für ihn schwierig gewesen, auf andere zu hören, auch wenn er um das Unrecht gewusst habe, das er begangen hatte. Es sei ihm aber nicht gleichgültig, was mit ihm und seiner Familie passiere und aus diesem Grund habe er eine Therapie begonnen, die erfolgreich verlaufe. Es liessen sich durchaus Anhaltspunkte für ein künftiges Wohlverhalten finden. Dr. med. E. \_\_\_\_\_ habe festgehalten, dass eine ambulante Behandlung der Suchterkrankung des Beschuldigten ihn von weiterem Kokainkonsum und damit auch von weiterer einschlägiger Delinquenz werde abhalten können. Der Beschuldigte besuche seit rund zwei Jahren regelmässig eine Therapie bei Frau Dr. F. \_\_\_\_\_ und lebe seit zwei Jahren abstinent. Er gelte für den Beschuldigten nicht nur wegen des Strafverfahrens ein drogen- und deliktfreies Leben zu führen, sondern auch für sein Familienglück.

Die Rückfallgefahr des Beschuldigten sei somit stark zu relativieren. Verlaufe die Therapie weiter wie bislang, so würden die Chancen sehr gut stehen, dass der Beschuldigte nie mehr mit der Justiz in Berührung kommen werde. Von einer Landesverweisung sei abzusehen (Urk. 54 S. 9 ff.).

3.1. Wird ein Ausländer wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 BetmG schuldig gesprochen, so verweist ihn das Gericht unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 bis 15 Jahre des Landes (Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB). Es kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und zudem die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB).

Die Härtefallklausel dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 146 IV 105 E. 3.4.2.; BGE 145 IV 364 E. 3.2; BGE 144 IV 332 E. 3.1.2, je mit Hinweisen). Sie ist restriktiv anzuwenden (BGE 146 IV 105 E. 3.4.2.; BGE 144 IV 332 E. 3.3.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur 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 vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) heranziehen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.2). Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, einschliesslich familiäre Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen. Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholter Delinquenz Rechnung zu tragen. Das Gericht darf auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB begangene Straftaten berücksichtigen (Urteil 6B\_873/2018 vom 15. Februar 2019, E. 3.1.).

Von einem schweren persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB ist bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV und Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privat-

und Familienlebens auszugehen. Das durch Art. 13 BV beziehungsweise Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens ist berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne weiteres möglich beziehungsweise zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen. Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern (Urteil 6B\_780/2020 vom 2. Juni 2021, E. 1.3.2, mit Hinweisen). Dem Kindeswohl ist bei jeder Entscheidung Rechnung zu tragen, insbesondere wenn eine enge Eltern-Kind-Beziehung wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Heimatstaat praktisch nicht aufrecht erhalten werden könnte (Urteil 6B\_1299/2019 vom 28. Januar 2020, E. 3.4.6, mit Hinweisen). Jedoch reichen eine normale familiäre und emotionale Beziehung nicht aus, um einen Aufenthaltsanspruch zu begründen. Selbst ein (gefestigtes) Anwesenheitsrecht stünde unter dem Vorbehalt der Eingriffsrechtfertigung im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK. Selbst bei einer stabilen Familie hat es der Täter, der den Fortbestand seines Familienlebens in der Schweiz selbstverschuldet und mutwillig aufs Spiel gesetzt hat, hinzunehmen, wenn die Beziehung zu seiner Ehefrau künftig nur noch unter erschwerten Bedingungen gelebt werden kann (Urteil 6B\_1044/2019 vom 17. Februar 2020, E. 2.5.3).

3.2. Erst wenn feststeht, dass die Landesverweisung einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, ist in einem zweiten Schritt das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz dem öffentlichen Interesse an einem Verlassen der Schweiz gegenüberzustellen. Resultiert daraus ein überwiegendes öffentliches Interesse, muss die Landesverweisung verhängt werden.

4. Der Beschuldigte ist italienischer Staatsangehöriger. Er hat sich der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG schuldig gemacht, weshalb er grundsätzlich obligatorisch des Landes zu verweisen ist.

5.1. Der Beschuldigte kam 1964, mithin ca. 1-jährig, in die Schweiz (vgl. Urk. 10/2), verbrachte sein gesamtes Leben hier, spricht die hiesige Sprache und besuchte auch die Schule in der Schweiz. Seine Berufslehre absolvierte er ebenfalls hierzulande (Prot. I S. 6 und 19 f.; Prot. II S. 7). Er lebt mit seiner aus der Ukraine stammenden Ehefrau, mit welcher er seit 2004 verheiratet ist, und den beiden gemeinsamen 13-jährigen Kindern zusammen (Prot. I S. 6 und Urk. 10/2). Seine Ehefrau und die Kinder verfügen über die Schweizer Staatsbürgerschaft (Urk. 54 S. 11). Den Ausführungen des Beschuldigten ist zu entnehmen, dass sich sein familiäres Umfeld in der Schweiz befindet, er weder einen verwandtschaftlichen noch einen sonstigen näheren Bezug zu Italien hat und auch der italienischen Sprache nicht mächtig ist (Prot. I S. 19 f.; Prot. II S. 6 f.). Vor ca. 20 bis 25 Jahren war er das letzte Mal in Italien (Prot. II S. 6). Er geht hierzulande einer beruflichen Tätigkeit nach und verdient damit, zusammen mit seiner Ehefrau, den Familienunterhalt. Über Vermögen verfügt der Beschuldigte keines und er ist schuldenfrei (Prot. II S. 10).

Bei dieser Ausgangslage ist festzuhalten, dass eine Landesverweisung den Beschuldigten sicherlich sehr hart treffen würde.

5.2. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist die Integration des Beschuldigten in die hiesige Gesellschaft trotz seiner wiederholten Delinquenz während der letzten 10 Jahre (vgl. Urk. 36) gegeben. Den grössten Teil seines Lebens liess sich der Beschuldigte nichts zu Schulden kommen. Vielmehr hat er eine Lehre abgeschlossen und war immer berufstätig (Prot. II S. 7 f.). Er lebt schon seit 58 Jahren und damit fast sein ganzes Leben in der Schweiz, spricht perfekt Schweizerdeutsch und hat hier seine Familie gegründet, mit welcher er zusammenlebt. Auch zu seinen Eltern, die ebenfalls in der Schweiz leben, pflegt er häufigen Kontakt (Prot. II S. 6; Urk. 54 S. 9). Er ist sowohl persönlich wie auch wirtschaftlich in der Schweiz integriert. Der wiederholten Delinquenz und der Rückfallgefahr ist aber auch Rechnung zu tragen. Das Gutachten schätzt die Rückfallgefahr als relativ hoch ein, geht jedoch davon aus, dass eine ambulante Behandlung geeignet ist, den Beschuldigten von weiterem Kokainkonsum und damit auch von weiterer einschlägiger Delinquenz abzuhalten (Urk. 22 S. 18 f.).

5.3. Unter dem Titel der Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK ist beim Beschuldigten relevant, dass er mit seiner Ehefrau und seinen beiden minderjährigen Kindern zusammenlebt und mit seiner Ehefrau den Lebensunterhalt für die vierköpfige Familie bestreitet. Heute führte der Beschuldigte aus, stark in die Betreuung und Erziehung der Kinder involviert zu sein, da seine Frau 100 % arbeite (Prot. II S. 13 und 16 f.; Urk. 54 S. 12). Sodann leben seine Eltern, seine Schwester, drei Cousinen, ein Cousin sowie seine Schwägerin und sein Schwager ebenfalls in der Schweiz (Prot. I S. 20; Prot. II S. 6). Insofern liegt grundsätzlich ein erhebliches privates Interesse des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz vor. Jedoch wird dieses durch die wiederholte Delinquenz empfindlich tangiert. So war der Beschuldigte beinahe seit Geburt der Kinder im Jahre 2008 wiederholt kriminell tätig. Bereits das Migrationsamt des Kantons Zürich drohte ihm deshalb 2012 den Widerruf der Niederlassungsbewilligung an, verzichtete letztlich jedoch im Sinne einer letzten Chance darauf (Urk. 10/2). Bei seiner letzten Verurteilung im Dezember 2019, welche im abgekürzten Verfahren erfolgte, wurde von einer Landesverweisung in Anwendung von Art. 66a Abs. 2 StGB abgesehen. Dem Beschuldigten muss bei dieser Vorgeschichte klar sein, dass er durch erneute Delinquenz seinen Aufenthalt in der Schweiz aufs Spiel setzt und eine Trennung von seiner Familie riskiert. Nichtsdestotrotz delinquierte er unmittelbar nach der letzten Verurteilung im Dezember 2019 einschlägig weiter. Sofern sich der Beschuldigte auf die Achtung des Familienlebens im Sinne der EMRK berufen will, ist ihm entgegenzuhalten, dass ein intaktes und stabiles Familienleben insbesondere auch das Verantwortungsbewusstsein der Eltern mitein-schliesst. Eltern minderjähriger Kinder sind aufgrund ihrer Verantwortung gehalten, ihre Lebensführung derart zu gestalten, dass die Eltern-Kind-Beziehung nicht gefährdet wird und man als Elternteil in der Lage bleibt, seine Verantwortung in erzieherischer, finanzieller und emotionaler Hinsicht wahrzunehmen. Der Beschuldigte liess diese Verantwortung in den letzten über 10 Jahren erheblich vermissen, als er sich durch sein Handeln nicht nur der Strafverfolgung, und damit der Gefahr eines mehrjährigen Freiheitsentzuges, sondern auch dem Risiko einer Ausweisung aus der Schweiz aussetzte. Dass er sich nun mit einer Landesverweisung konfrontiert sieht, hat er mehrfach und sehenden Auges selbst verschul-

det. Die beiden letzten Chancen des Migrationsamtes im Jahre 2012 und des Bezirksgerichtes Bülach im Jahre 2019 hat er nicht genutzt. Daran vermag auch die bloss leicht verminderte Schuldfähigkeit (vgl. Urk. 22) nichts zu ändern. Dennoch würde ein Landesverweis die nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung des in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Beschuldigten stark beeinträchtigen, ohne dass es diesem ohne weiteres möglich beziehungsweise zumutbar wäre, sein Familienleben andernorts zu pflegen.

5.4. Bei gesamtheitlicher Betrachtung aller relevanter Kriterien zeigt sich, dass die Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz eine äusserst harte Konsequenz darstellt und mit einem empfindlichen Eingriff in sein Familienleben verbunden ist. Seiner in der Schweiz integrierten Familie wäre es nicht zuzumuten, ihm ins Ausland zu folgen. Er ist in der Schweiz sowohl persönlich wie auch wirtschaftlich integriert und lebt bereits seit 58 Jahren in der Schweiz. In Italien oder einem anderen Land eine neue Existenz aufzubauen, wäre mangels Sprachkenntnissen und Kontakten sowie aufgrund seines Alters äusserst schwierig. Ein schwerer persönlicher Härtefall ist damit zu bejahen.

6.1. Zweite Voraussetzung für einen ausnahmsweisen Verzicht auf eine Landesverweisung ist, wie bereits erwähnt, dass die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers oder der Ausländerin am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Art. 66a Abs. 2 StGB). Für das öffentliche Interesse wesentlich sind die Art und Schwere der begangenen Delikte, das Verschulden, d.h. die ausgesprochene Strafe, sowie die vom Täter oder der Täterin ausgehende Gefahr, d.h. die Legalprognose. Je gravierender das Delikt, desto höher hat das persönliche Interesse an einem Verbleib zu sein, damit die Härtefallklausel zu einem ausnahmsweisen Verzicht auf eine Landesverweisung führt. Überwiegen die öffentlichen Interessen, muss die Landesverweisung ausgesprochen werden (BUSSLINGER/ÜBERSAX, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, Plädoyer 2016 5, S. 102 ff.; Urteil 6B\_560/2020 vom 17. August 2020, E.1.1.1, mit Hinweisen). Bei Straftaten gegen das BetmG hat sich das Bundesgericht hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen

Sicherheit stets besonders streng gezeigt ("sempre mostrato particolarmente rigoroso"); diese Strenge bekräftigte der Gesetzgeber mit Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB. "Drogenhandel" führt von Verfassungen wegen in der Regel zur Landesverweisung (Urteil 6B\_736/2019 vom 3. April 2020 E. 1.1.1). Bei Betäubungsmitteldelikten überwiegt regelmässig das öffentliche Interesse (Urteil 6B\_1299/2019 vom 28. Januar 2020 E. 3.4.8).

6.2. Der Beschuldigte hat sich des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gemacht und damit eine schwere Straftat begangen. Er hat durch sein Handeln die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr gebracht. Insgesamt wird er, zusammen mit den anderen Schuldsprüchen, eine Freiheitsstrafe von 22 Monaten zu verbüssen haben. Schliesslich weist der Beschuldigte, ebenfalls im Zusammenhang mit qualifizierten Betäubungsmitteldelikten, eine strafrechtlich stark belastete Vorgeschichte auf (vgl. vorstehend Ziff. IV.5.3, Urk. 33 E.VIII.2.5 und Urk. 36). Ganz offensichtlich haben den Beschuldigten die bisherigen Strafverfahren, seine Vorstrafen und insbesondere die drohende Landesverweisung nicht beeindruckt. Dies umso mehr, als er nach der letzten Verurteilung im Dezember 2019 umgehend einschlägig weiter delinquierte. Zudem muss ihm eine klare Rückfallgefahr für weitere Straftaten attestiert werden (vgl. Urk. 22 S. 18). Es besteht ein deutliches öffentliches Interesse an einem Landesverweis. Die vom Beschuldigten ausgehende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wird aber dadurch relativiert, dass das Gutachten davon ausgeht, dass eine ambulante Behandlung geeignet ist, den Beschuldigten von weiterem Kokainkonsum und damit auch von weiterer einschlägiger Delinquenz abzuhalten (Urk. 22 S. 19). Der Beschuldigte besucht bereits seit zwei Jahren eine Therapie bei Dr. F. \_\_\_\_\_ und diese zeigt bereits Erfolge, wie sich aus deren Arztbericht ergibt (vgl. Urk. 55/2). Ausserdem ist der Beschuldigte seit zwei Jahren abstinent. Da vorliegend eine ambulante Massnahme anzuordnen ist, ist davon auszugehen, dass sich die Suchtproblematik des Beschuldigten noch mehr verbessern und damit auch die Rückfallgefahr reduziert wird. Auch wenn der Beschuldigte vermehrt Drogendelikte beging, so tat er dies nicht berufsmässig oder in einem gross angelegten Drogenhandel. Bezüglich der von ihm verkauften Drogenmengen handelte er am unteren Rahmen der qualifizierten Handlung. Die vom Beschuldigten aus-

gehende Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wiegt nicht derart erheblich, dass das öffentliche Interesse an einem Landesverweis die privaten Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz zu überwiegen vermögen. Von der Anordnung einer Landesverweisung ist deshalb abzusehen.

## **VI. Kostenfolgen**

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 GebV OG).

2. Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt bei seinem Antrag hinsichtlich der ambulanten Behandlung teilweise und betreffend die Landesverweisung vollumfänglich, mit seinem Antrag bezüglich der rechtlichen Würdigung unterliegt er. Es rechtfertigt sich deshalb, ihm die Kosten des Berufungsverfahrens zur Hälfte aufzuerlegen und die andere Hälfte der Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche auf Fr. 7'000.– (inkl. MwSt.) festzusetzen sind (vgl. Urk. 53), sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 Satz 2 StPO), unter Vorbehalt der Rückforderung im Umfang der Hälfte (Art. 135 Abs. 4 StPO).

## **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung, vom 10. März 2021 bezüglich der Dispositivziffern 1 teilweise (Schuldspruch Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz und mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes), 2 (Widerruf), 5 (kein bedingter Strafvollzug), 8 (Einziehung Gegenstände), 9 (Einziehung Barschaft), 10 (Verwendung beschlagnahmte Barschaft) sowie 11 und 12 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist zudem schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der widerrufenen Strafe bestraft mit 22 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Haft erstanden sind, als Gesamtstrafe sowie mit Fr. 500.– Busse.
3. Es wird eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung illegale Drogen) ohne Aufschub des Strafvollzuges angeordnet.
4. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Von der Anordnung einer Landesverweisung wird abgesehen.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 7'000.– amtliche Verteidigung
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden zur Hälfte dem Beschuldigten auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt im Umfang der Hälfte vorbehalten.
8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandsowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- Bundesamt für Polizei fedpol, Hauptabteilung Bundeskriminalpolizei, Kriminalanalyse KA2, Guisanplatz 1A, 3003 Bern

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die 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.

9. 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 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, 4. Februar 2022

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Schwarzenbach-Oswald