

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB210379-O/U/cwo

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. M. Langmeier, Präsident, die Ersatzoberrichterinnen lic. iur. C. Keller und lic. iur. S. Fuchs sowie der Gerichtsschreiber MLaw L. Zanetti

## Urteil vom 18. November 2021

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

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

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,**

vertreten durch Staatsanwalt Dr. iur. T. Brändli,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

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

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 8. April 2021 (DG210016)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 4. Februar 2021 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 16).

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 43 S. 29 ff.)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist 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 und c BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 32 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 72 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 22 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (10 Monate, abzüglich 72 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind), wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Auf den Widerruf des mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 11. April 2016 für eine Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 100.– gewährten bedingten Vollzuges wird verzichtet.
5. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 5'680.– zu bezahlen.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 10. Dezember 2020 beschlagnahmte Barschaft wird in der Höhe von Fr. 9'920.– eingezogen.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 10. Dezember 2020 beschlagnahmte Barschaft wird in der Höhe von Fr. 13'000.– zur Deckung der Ersatzforderung und den Verfahrenskosten verwendet.
8. Die nachfolgenden, als Beweismittel sichergestellten Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:
  - Mobiltelefon Alcatel (A014'174'175),
  - Mobiltelefon Samsung (A014'174'186),

- Mobiltelefon Nokia (A014'174'448),
  - Mobiltelefon LG 624 (A014'174'471),
  - Mobiltelefon LG 228 (A014'174'482).
9. Die nachfolgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 25. September 2020 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:
- Feinwaage goldfarbig, Marke Gold Scale 200 (A014'174'266),
  - Diverse Fingerlinge mit Kokain (A014'174'335),
  - Tragtasche Stoff braun (A014'174'368),
  - Blechdose rot Aufschrift «Bayern München» (A014'174'391),
  - Präparierte Aludose weiss / rot (A014'174'506).
10. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides werden sämtliche unter der Referenz-Nr. K200908-079 bzw. der Geschäftsnr. 78661184 sichergestellten Aservate, Spuren und Spurenräger eingezogen und vernichtet.
11. Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ wird für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten mit Fr. 12'727.– (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
12. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
- |     |  |
|-----|--|
| Fr. | 3'500.00; die weiteren Kosten betragen:  |
| Fr. | 2'100.00 Gebühr für das Vorverfahren     |
| Fr. | 1'840.00 Auslagen (Gutachten/Expertisen) |
| Fr. | 12'727.00 amtliche Verteidigung          |
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
13. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt.
14. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
15. (Mitteilungen)
16. (Rechtsmittel)"

**Berufungsanträge:**

(Prot. II S. 3)

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 44 S. 2; Urk. 56 S.1 f.)

"1. Mit der Berufung wird die Abänderung der folgenden Dispositivziffern des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung vom 8. April 2021 (DG210016-L/U) verlangt:

- **Ziffer 1:** Der Beschuldigte sei schuldig zu sprechen 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.
- **Ziffer 2:** Der Beschuldigte sei zu bestrafen mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, unter Anrechnung der erstandenen Haft von 72 Tagen.
- **Ziffer 3:** Der Vollzug der Strafe sei aufzuschieben, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren."

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 49, 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. 43 S. 4)
2. Gegen das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. April 2021 (Urk. 43) meldete der Beschuldigte rechtzeitig Berufung an (Urk. 38), die fristgerechte Berufungserklärung erfolgte mit Eingabe vom 6. Juli 2021 (Urk. 44). Die Staatsanwaltschaft verzichtete nach entsprechender Fristansetzung mit Eingabe vom 30. Juli 2021 auf eine Anschlussberufung, beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und erklärte, sich am weiteren Verfahren nicht mehr aktiv zu beteiligen (Urk. 47 und 49). Beweisergänzungsanträge wurden für das Berufungsverfahren 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 die Dispositivziffern 1, 2 und 3 des erstinstanzlichen Urteils (Urk. 43 und 44). Die übrigen Punkte blieben unangefochten. Es ist deshalb vorab mittels Beschluss festzustellen, dass das erstinstanzliche Urteil vom 8. April 2021 in den Ziffern 4 (Verzicht Widerruf), 5 (Ersatzforderung), 6 (Einziehung beschlagnahmte Barschaft), 7 (Verwendung beschlagnahmte Barschaft), 8 (Einziehung sichergestellte Gegenstände), 9 (Einziehung beschlagnahmte Gegenstände), 10 (Einziehung und Vernichtung Asservate, Spuren und Spureenträger) und 11 - 14 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) in Rechtskraft erwachsen ist.

### **II. Sachverhalt**

1. Dem Beschuldigten wird von der Staatsanwaltschaft vorgeworfen, zirka 2015/2016 bis 8. September 2020, zirka 19.45 Uhr – mit einem Unterbruch von zwei Jahren zirka in den Jahren 2017 bis 2019 – in der Umgebung des Marktes in

B.\_\_\_\_\_ alle zwei Wochen zirka 30 bis 50 Gramm Kokaingemisch mit gutem Reinheitsgehalt an nicht näher bekannte Abnehmer und an C.\_\_\_\_\_ verkauft zu haben. Das Kokaingemisch habe er zu einem Preis von Fr. 80.00 pro 1 Gramm verkauft und es jeweils zuvor von einem nicht näher bekannten E.\_\_\_\_\_ zum Preis von Fr. 70.00 pro 1 Gramm gekauft. Der Beschuldigte habe derart mindestens 1.56 kg Kokaingemisch verkauft und einen Gewinn von mindestens Fr. 15'600.00 erzielt. Insbesondere habe er am 8. September 2020, zirka um 19.45 Uhr, an der D.\_\_\_\_\_ -strasse in Zürich C.\_\_\_\_\_ 10.5 Gramm Kokaingemisch mit einem guten Reinheitsgehalt zwischen 61% und 81% verkauft, wofür diese Fr. 800.00 bezahlt habe. Ausserdem habe in seiner Wohnung total 137.9 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgehalt zwischen 61% und 82%, mithin 91.1 Gramm reines Kokain, sichergestellt werden können (Urk. 16 S. 2 f.).

2. Der Beschuldigte ist hinsichtlich des Anklagevorwurfs betreffend den Vorfall vom 8. September 2020, zirka 19.45 Uhr (Verkauf von 10.5 Gramm Kokaingemisch an C.\_\_\_\_\_), vollumfänglich geständig, ebenso was das bei ihm in der Wohnung sichergestellte Kokaingemisch von 137.9 Gramm betrifft (Prot. I S. 13 ff., Urk. 34 S. 3; Urk. 55 S. 7).

Im Übrigen anerkennt der Beschuldigte grundsätzlich, über mehrere Jahre Kokaingemisch verkauft zu haben. Während er in der Untersuchung den angeklagten Sachverhalt noch vollumfänglich anerkannte, vertrat er schliesslich vor Vorinstanz die Meinung, nur alle drei Wochen oder mehr und im Umfang von je 20 bis 50 Gramm Kokaingemisch gekauft zu haben. Die Verteidigung ging im vorinstanzlichen Verfahren unter Hinweis auf den Grundsatz in dubio pro reo davon aus, dass der Beschuldigte insgesamt 34 Mal 25 Gramm Kokaingemisch verkauft habe, was bei einem Reinheitsgehalt von 52% total 442 Gramm reines Kokain ergebe und damit einen erzielten Erlös von Fr. 4'442.- (Fr. 10.- pro Gramm) (Prot. S. 13 ff., Urk. 34 S. 8). Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung führte die Verteidigung gestützt auf eigene Berechnungen, auf welche zurückzukommen sein wird, zusammengefasst aus, es müsse von einer Bruttomenge von 740 Gramm und einer Reinsubstanzmenge von 464.4 Gramm ausgegangen werden. Der Beschuldigte führte seinerseits aus, er habe bloss alle zwei Wochen mit 20

bis 30 Gramm Kokaingemisch gehandelt (Urk. 55 S. 8 ff.; Prot. II S. 5 ff.; Urk. 56). Es bleibt mithin zu prüfen, ob der Anklagesachverhalt hinsichtlich der verkauften Gesamtmenge von mindestens 1.56 kg Kokaingemisch, des Reinheitsgehalts und des erzielten Gewinns rechtsgenügend erstellt werden kann.

3. Die Vorinstanz hat eingangs die allgemeinen Grundsätze der Beweiswürdigung zutreffend angeführt (act. 43 S. 5 ff.), darauf wird verwiesen (Art. 82 Abs. 4 StPO). Sie erachtete den vorgeworfenen Sachverhalt als vollständig erstellt und sprach den Beschuldigten im Sinne der Anklage schuldig.

4.1. Die Vorinstanz hat sich zur Frequenz und der dabei massgeblichen Menge des Kokainverkaufs einlässlich und sorgfältig mit den Aussagen des Beschuldigten in der Untersuchung, seinen Depositionen anlässlich der Hauptverhandlung und den objektiven Beweismitteln auseinandergesetzt (Urk. 43 S. 7 ff.). Sie kam nach einer überzeugenden Würdigung zum Schluss, die Aussagen des Beschuldigten anlässlich der Hauptverhandlung erschienen im Vergleich zu den während der Untersuchung getätigten Aussagen unglaubhaft, es bestünden keine ernsthaften Zweifel, dass sich der Sachverhalt wie in der Anklageschrift zugetragen habe und der Sachverhalt folgerichtig rechtsgenügend erstellt sei (Urk. 43 S. 11). Dem Fazit der Vorinstanz ist vollumfänglich beizupflichten. Die nachfolgenden Ausführungen verstehen sich als Ergänzung.

Der Beschuldigte gab anlässlich der Hauptverhandlung zu Protokoll, er habe sich in der Untersuchung verschätzt, wie oft er Kokain gekauft habe, es seien nicht alle zwei Wochen, sondern vielleicht alle drei Wochen oder mehr gewesen (Prot. I S. 14). Auch korrigierte er sich dahingehend, dass es 20 bis 50 Gramm und nicht 30 bis 50 Gramm gewesen seien. Dies sei einfach eine Selbsteinschätzung (Prot. I S. 15 f.). Er habe sich in den Einvernahmen bei der Staatsanwaltschaft und der Polizei verschätzt, weil er sich selbst Druck gemacht habe und in einem Schockzustand gewesen sei. Er habe gedacht, man würde ihn nicht so lange dort behalten, wenn er irgendwas sage (Prot. I S. 13 f.).

Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung erklärte der Beschuldigte wiederum in Abweichung zu seinen Schilderungen anlässlich der Hauptverhandlung, er habe auch in der Untersuchung von 20 bis 30 Gramm, nicht aber 30 bis 50 Gramm gesprochen. Wenn es in den Untersuchungsakten anders festgehalten sei, müsse es wohl falsch protokolliert worden sein. Diese Mengen habe er etwa alle zwei Wochen verkauft (Urk. 55 S. 9).

Mit der Vorinstanz erscheint es als äusserst unglaubhaft, wenn der Beschuldigte sieben Monate nach der Verhaftung und nach insgesamt vier Einvernahmen bei der Polizei und der Staatsanwaltschaft, welche über einen Zeitraum von etwas mehr als zwei Monaten stattfanden, plötzlich genauer schätzen können will, in welcher Frequenz er welche Menge gekauft bzw. verkauft hat, zumal nun auch noch weitere sieben Monate später in der Berufungsverhandlung. Dass er in den zeitnah nach der Verhaftung durchgeführten Einvernahmen eine zu hohe Schätzung abgegeben haben könnte, erscheint ausgesprochen unwahrscheinlich. Seine geschätzten Korrekturen um 10 Gramm nach unten im erstinstanzlichen Verfahren bzw. die erwähnten Korrekturen der oberen Grenze um 20 Gramm im Berufungsverfahren erweisen sich als sehr spitzfindig, zumal er keinerlei objektiven Anhaltspunkte nennt, die diese Schätzungen stützen oder zumindest nachvollziehbar machen könnten. Es erweist sich zudem mangels anderweitiger, fassbarer Hinweise als äusserst unglaubhaft, dass der Beschuldigte im erstinstanzlichen Verfahren einen Unterschied von 10 Gramm bzw. im Berufungsverfahren hinsichtlich der oberen Grenze einen Unterschied von 20 Gramm im Rahmen von blossen Schätzungen erkennen will. Seine korrigierten Aussagen hinterlassen eher den Eindruck einer prozesstaktischen Aufweichung seines Geständnisses. Was die Vorbringen betrifft, er sei unter Schock gestanden, so ist auch das wenig glaubhaft. Die Antworten des Beschuldigten wirken durch sämtliche Einvernahmen hindurch präsent, sachlich und kooperativ, auch verstand er es durchaus, seine Anliegen einzubringen. Bei der Hafteinvernahme betonte er gar, er sei heute erschienen, um die Dinge beim Namen zu nennen und die Wahrheit zu sagen (Urk. 4/2 Frage 19). Auch betreffend die vom Beschuldigten erwähnte falsche Protokollierung bestehen keine Anhaltspunkte, zumal er die Einvernahmen alle-

samt eigenhändig unterzeichnet hat und hierbei hinsichtlich des sehr wesentlichen Aspekts der gehandelten Menge bzw. der Frequenz jeweils keine Beanstandungen vorzubringen hatte. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte von Anbeginn amtlich verteidigt und damit rechtlich beraten und begleitet war. Schliesslich wurde im Rahmen der polizeilichen Einvernahme vom 12. November 2020 die gekaufte bzw. verkaufte Menge und die damit verbundene Schätzung des Beschuldigten einlässlich thematisiert und ihm Gelegenheit gegeben, sich zu erklären (Urk. 4/3 Fragen 7 ff.). So gab er auf die Frage, ob es nicht der Wahrheit entspreche, dass er alle zwei Wochen 30 - 50 Gramm Kokain gekauft und verkauft habe, zu Protokoll, es sei schon richtig, aber es habe variiert, man müsse diese kleinen Variationen berücksichtigen (Urk. 4/3 Frage 13). Als der einvernehmende Polizeibeamte dem Beschuldigten schliesslich erklärte, dass bei der errechneten Gesamtmenge von 1'560 Gramm von 30 Gramm pro Verkauf und nicht vom 50 Gramm ausgegangen worden sei, erklärte sich der Beschuldigte mit der Mindestgesamtmenge von 1'560 Gramm einverstanden und bekräftigte dieses Einverständnis bei nochmaliger Nachfrage (Urk. 4/3 Frage 14 f.). Nicht zu überzeugen vermag diesbezüglich das Argument der Verteidigung, der Beschuldigte habe dadurch, dass er gesagt habe, er akzeptiere diese Zahl, zum Ausdruck gebracht, dass er die Berechnung des Polizisten verstanden habe, er selber aber der Meinung sei, es sei weniger (Urk. 34 Rz. 14; Urk. 56 S. 8). Es ist sprachlich unmissverständlich, dass Akzeptieren über das blosses kognitive Wahrnehmen hinausgeht und vielmehr ein Einverständnis oder zumindest das Anerkennen von Gegebenheiten beinhaltet. Schliesslich gab der Beschuldigte sieben Tage später, anlässlich der Schlusseinvernahme, zu Protokoll, keine Korrekturen zu seinen polizeilichen Aussagen zu haben und anerkannte den Schlussvorhalt, namentlich die verkaufte Mindestgesamtmenge von 1.56 kg Kokaingemisch, vorbehaltlos (Urk. 4/6 S. 2 f.). Dem für den Beschuldigten wichtigen Anliegen, dass seine Käufe und Verkäufe im Rahmen von 30 - 50 Gramm variiert hätten und es letztlich eine Schätzung sei, wurde dadurch, dass schliesslich auf den tiefsten Wert (30 Gramm) abgestellt wurde, hinlänglich Rechnung getragen und lässt zu seinen Gunsten Abweichungen nach oben straffrei offen, obwohl der Beschuldigte ein-

räumte, teilweise innerhalb von zwei Wochen auch 50 Gramm verkauft zu haben, wenn auch nicht sehr oft (Urk. 3/4 Frage 11).

Auch anlässlich der Berufungsverhandlung brachten weder der Beschuldigte noch der Verteidiger nachvollziehbare Argumente oder Hinweise vor, die die Aussagen des Beschuldigten zu seiner neuen Schätzung glaubhafter erscheinen lassen würden als die in der Untersuchung getätigten. Es ist der Vorinstanz daher beizupflichten, dass der Beschuldigte mit seinen neu vorgebrachten Sachverhaltsdarstellungen anlässlich der Haupt- und Berufungsverhandlung nicht zu überzeugen vermag und von seinen in der Untersuchung gemachten Aussagen und Zugeständnissen auszugehen ist. Der Sachverhalt ist damit, unter Verweis auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (Art. 82 Abs. 4 StPO), hinsichtlich der Kauf- bzw. Verkaufsfrequenz (alle 14 Tage) und der jeweiligen Menge (zirka 30 bis 50 Gramm) erstellt. Es sei wiederholt, dass für die letztlich massgebliche Menge auf die Mindestwerte abgestellt wird, womit dem Grundsatz "in dubio pro reo" Rechnung getragen wird.

4.2. Die Staatsanwaltschaft geht in ihrer Anklage gestützt auf die Kauf- bzw. Verkaufsfrequenz und die jeweilige Menge von 30 Gramm davon aus, dass der Beschuldigte im fraglichen Zeitraum insgesamt mindestens 1.56 kg Kokaingemisch verkauft habe. Dieser Gesamtmenge liegt mithin die Berechnung zugrunde, dass der Beschuldigte 52 Mal (d.h. alle 2 Wochen während zweier Jahre) 30 Gramm Kokaingemisch verkauft hat (vgl. auch Urk. 4/3 S. 7). Die Verteidigung wendete dagegen ein (Urk. 34 S. 3 ff. und Urk. 56 S. 2 ff.), dies sei eine Scheinarithmetik, die Aussagen des Beschuldigten seien reine Schätzungen. Wenn der Beschuldigte ausführe, er habe seit zirka 4 - 5 Jahren gehandelt, so könnten es zum Beispiel auch nur 3.5 Jahre gewesen sein, und wenn er ausführe, er habe ca. 2 Jahre Pause gemacht, dann könnten das eben auch 2.5 Jahre gewesen sein (Urk. 34 S. 6). Unter Hinweis auf den Grundsatz in dubio pro reo und das Argument, dass der Beschuldigte lediglich Schätzungen abgegeben habe, legte der Verteidiger vor Vorinstanz der von ihm berechneten Gesamtmenge von 442 Gramm reinem Kokain schliesslich den Faktor 34, und nicht wie die Anklage 52, zugrunde (Urk. 34 S. 8). Im Berufungsverfahren machte der Verteidiger gestützt

auf seine eigenen Berechnungen geltend, es sei von einer mutmasslichen Bruttomenge von 740 Gramm und einer Reinsubstanzmenge von 464.4 Gramm auszugehen (Urk. 56 S. 10). Zur Begründung führt der Verteidiger aus, der Beschuldigte habe nur Angaben hinsichtlich des Zeitraums nach der eingelegten Pause gemacht, in welcher er Kokain von einem Lieferanten namens "E. \_\_\_\_\_" bezogen habe. Hinsichtlich des Zeitraumes vor der Pause sei er gar nie befragt worden und habe entsprechend dazu auch nie Angaben gemacht. Da der Beschuldigte für die Zeit nach der Pause angegeben habe, ca. 30 bis 50 Gramm alle zwei Wochen verkauft zu haben, sei eine Menge von 25 Gramm und eine Frequenz von 20 (Frequenz 12 = einmal pro Monat) anzunehmen. Hinsichtlich der ersten Phase, in welcher er das Kokain von einer unbekannt Person bezogen habe, sei indessen anzunehmen, dass der Beschuldigte langsam begonnen habe. Es sei daher davon auszugehen, dass er nicht mehr als einmal pro Monat ca. 20 Gramm verkauft habe, wobei die Qualität ca. 8 % unter dem Durchschnittswert im Jahr 2016 gelegen sein müsse (Urk. 56 S. 10).

Die Anklage geht von einem Tatzeitraum von zirka 2015/2016 bis 8. September 2020 aus bzw. davon, dass der Beschuldigte zirka vier bis fünf Jahre, mit Ausnahme von zwei Jahren (zirka in den Jahren 2017 bis 2019), Kokain verkaufte (Urk. S. 2). Der Beschuldigte sagte in der Untersuchung, mithin ab September 2020, zu dieser Thematik aus, er verkaufe seit zirka 4 - 5 Jahren Kokain (Urk. 4/1 Frage 40 und Urk. 4/2 Frage 6), habe danach während zwei Jahren nichts mehr verkauft und dann wieder angefangen zu verkaufen (Urk. 4/2 Frage 7). Nichts verkauft habe er glaublich von 2017 bis 2019 (Urk. 4/2 Frage 8). Auf Nachfrage bestätigte er diese Aussagen (Urk. 4/2 Frage 9). Zur Frage, wann er E. \_\_\_\_\_, den Lieferanten, kennengelernt habe, gab der Beschuldigte an, ungefähr 2016 (Urk. 4/3 Fragen 23 f.). Schliesslich bestätigte der Beschuldigte, dass er 2019 wieder mit dem Kokainhandel angefangen habe (Urk. 4/3 Fragen 21 f.) und dass C. \_\_\_\_\_ zirka seit einem Jahr Kokain bei ihm beziehe (Urk. 4/3 Frage 49). Die genannten Zeiträume hatte der Beschuldigte schliesslich nie in Frage gestellt, sondern beim Schlussvorhalt durch die Staatsanwaltschaft anerkannt (Urk. 4/6 S. 3 f.). Zwar ist seiner Aussage vom 9. September 2020 zu entnehmen, er

verkehre seit zirka zwei Jahren mit E.\_\_\_\_\_ (Urk. 4/1 Frage 85). Diese Aussage ergibt jedoch keinen Sinn und ist nicht weiter zu beachten. Träfe diese Angabe zu, würde dies bedeuten, dass der Beschuldigte seit zirka September 2018 mit dem Lieferanten E.\_\_\_\_\_ zu tun gehabt hätte. Während jener Zeit will der Beschuldigte jedoch für zwei Jahre mit dem Betäubungsmittelhandel ausgesetzt haben. Zudem gab er an, das Kokain immer von E.\_\_\_\_\_ bezogen zu haben und unbestrittenermassen seit vier bis fünf Jahren mit Kokain zu handeln. Der Beschuldigte bestätigte gar explizit, dass er E.\_\_\_\_\_ nach der zweijährigen Pause wieder in der gleichen Umgebung wie vorher angetroffen habe (Urk. 4/3 S. 5).

Die vom Beschuldigten anlässlich der Haupt- und der Berufungsverhandlungen vorgebrachten Mengenangaben bzw. die Verkaufsfrequenzen ergeben zudem wenig Sinn, wenn man berücksichtigt, dass der Beschuldigte eigenen Angaben zufolge in der Zeit, als er mit dem Kokainhandel pausiert habe, ca. Fr. 4'500.– bis Fr. 6'000.– aus dem Autohandel verdient habe, wohingegen er in der Zeit vorher und nachher, mithin während des Kokainhandels, ca. Fr. 3'000.– verdient habe (Urk. 55 S. 12). Da der Beschuldigte weiter ausführte, er habe mit dem Kokainhandel pausiert, da er in dieser Zeit genügend Geld mit dem Autohandel verdient habe (Urk. 4/3 Fragen 16 ff.), ist entsprechend daraus zu schliessen, dass er mit dem Kokainhandel die Lücke zwischen den verdienten Fr. 3'000.– und dem Bedarf seiner Familie decken wollte. Ginge man nun seinen Angaben folgend davon aus, dass er bloss 20 bis 30 Gramm alle zwei Wochen verkauft hätte, so würde dies unter Annahme der anerkannten Gewinnmarge von Fr. 10.– pro Gramm (Urk. 4/1 Frage 37, Urk. 4/2 Fragen 15 f. und Urk. 4/6 S. 4) bloss ca. Fr. 500.– pro Monat ausmachen. Dies würde nicht damit zusammen passen, dass er erst dann, als er ein Einkommen von ca. Fr. 4'500.– pro Monat verdient habe, über genügend finanzielle Mittel für seine Familie verfügt und mit dem Kokainhandel pausiert haben will.

Wenn die Staatsanwaltschaft nun davon ausgeht, der Beschuldigte habe im Rhythmus von 14 Tagen 52 Mal Kokain im Umfang von 30 Gramm gekauft bzw. verkauft, so führt dies zum Schluss, der Beschuldigte habe während insgesamt 2 Jahren mit Kokain gehandelt. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit den Aussa-

gen des Beschuldigten und ist durchaus zu seinen Gunsten, da auch ein Handel während insgesamt drei Jahren (fünf Jahre abzüglich zwei Jahre Unterbruch) denkbar wäre.

Die Berechnungen der Verteidigung hinsichtlich der gehandelten Mengen und der Frequenz beruhen sodann auf der – wie ausgeführt – nicht stichhaltigen Annahme, dass die angegebenen Mengen und Frequenzen nicht auch auf die Zeit vor der Pause bezogen werden könnten. Entsprechend sind die von der Verteidigung für diese erste Phase aufgestellten Mutmassungen nicht mit den Akten vereinbar, weshalb ihnen nicht gefolgt werden kann.

4.3. Es ist nach dem Gesagten erstellt, dass der Beschuldigte im fraglichen Zeitraum eine Gesamtmenge von mindestens 1.56 kg Kokaingemisch verkauft hat.

4.4. Die Staatsanwaltschaft geht in der Anklageschrift davon aus, dass das Kokaingemisch in der Gesamtmenge von mindestens 1.56 kg, welches der Beschuldigte im fraglichen Zeitraum jeweils bei E.\_\_\_\_\_ kaufte und dann weiterverkaufte, einen guten Reinheitsgehalt aufwies. Das Kokaingemisch, welches er am 8. September 2020 C.\_\_\_\_\_ verkaufte, soll einen Reinheitsgehalt zwischen 61% und 81% gehabt haben, jenes, das in seiner Wohnung sichergestellt wurde, einen solchen zwischen 61% und 82% (Urk. 16 S. 2 f.).

Die Vorinstanz hielt zu Recht fest, dass der Beschuldigte einen Reinheitsgehalt von 67.6% anerkannte (Urk. 43 S. 12) und berechnete ihrerseits einen Reinheitsgehalt von 66%. Sie stützte sich dabei auf die bei der Hausdurchsuchung in der Wohnung des Beschuldigten sichergestellte Bruttomenge von 137.9 Gramm Kokaingemisch (Urk. 34 S. 13 und Urk. 8/9) und setzte diese Menge in Relation zum reinen Kokain von 91.1 Gramm, welches vom Forensischen Institut Zürich mit Gutachten vom 28. Oktober 2020 (Urk. 4/4) festgestellt wurde. Diesbezüglich ist anzumerken, dass dem Gutachten eine Nettomenge Kokaingemisch von total 127.3 Gramm (89.6 Gramm + 4.9 Gramm + 12 Gramm + 20.8 Gramm) zugrunde lag (vgl. act. 4/4).

Der Verteidiger monierte im vorinstanzlichen Verfahren im Wesentlichen zusammengefasst, der von der Polizei errechnete Reinheitsgehalt von 67.6% sei zu hoch. Er verwies dabei auf die statistischen Werte der Gesellschaft für Rechtsmedizin für die Jahre 2016 bis 2019 und argumentierte, es sei dabei die Standardabweichung zu berücksichtigen und damit zugunsten des Beschuldigten der untere Bereich der Bandbreite. So müsse man von Reinheitsgraden von 42% für 2016, 45% für 2017, 48% für 2018 und 53.5% für 2019 ausgehen. Zusammenfassend käme man so auf einen Reinheitsgrad von 52%. Das Abstellen auf tabellarische Werte sei vorliegend jedoch nicht geeignet, um Basis für eine korrekte Strafzumessung zu liefern, da zu viele Parameter, die letztlich nur geschätzt seien, das Ergebnis beeinflussen würden. Schliesslich stellte der Verteidiger bei der Berechnung der Menge reinen Kokains auf einen durchschnittlichen Reinheitsgehalt von 52% ab (Urk. 34 S. 7 f.). In der Berufungsbegründung brachte der Verteidiger vor, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass das Feedback der Kunden immer mit Blick auf die zu jenem Zeitpunkt übliche Marktqualität zu sehen sei. Was heute nur durchschnittlich sei, sei vor ca. 5 Jahren noch überdurchschnittlich gewesen. Man müsse die Resonanz der Abnehmer entsprechend immer im historischen Zusammenhang sehen (Urk. 56 S. 5; Prot. II S. 6).

Der Reinheitsgehalt des in der Wohnung des Beschuldigten sichergestellten Kokaingemischs von total 137.9 Gramm konnte durch das Forensische Institut Zürich gutachterlich ermittelt werden. Die vier Proben mit einem Nettogewicht von total 127.3 Gramm ergaben unterschiedliche Werte: 89.6 Gramm, verpackt in 9 Fingerlinge, wiesen einen Reinheitsgrad von 72% auf, 4.9 Gramm hatten eine Reinheit von 82%, 12 Gramm eine solche von 61% und 20.8 Gramm hatten einen Reinheitsgrad von 75% (Urk. 4/4).

Hinsichtlich des 1.56 kg verkauften Kokaingemischs konnten keine Betäubungsmittel sichergestellt werden, weshalb bezüglich des reinen Drogenwirkstoffs ein Beweisproblem besteht. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts darf vernünftigerweise davon ausgegangen werden, dass die Drogen von mittlerer Qualität sind, solange es keine Hinweise auf eine besonders reine oder gestreckte Substanz gibt (vgl. BGE 138 IV 100 E. 3.5 mit Hinweisen).

Das Heranziehen von Durchschnittswerten ist im vorliegenden Fall zulässig. Die in der Wohnung des Beschuldigten sichergestellten Kokaingemische wiesen einen guten bis sehr guten Reinheitsgehalt auf, nämlich 61%, 72%, 75% und 82%. Der Beschuldigte gab an, das Kokain immer beim selben Lieferanten (E.\_\_\_\_\_) gekauft zu haben, manchmal als Fingerlinge und manchmal als Block (Urk. 4/3 Fragen 32 ff.). Die Qualität sei mehr oder weniger immer die gleiche gewesen und die Abnehmer hätten sich nur selten über die Qualität des Kokains beschwert (Urk. 4/3 Frage 44; Urk. 55 S. 11). Schliesslich hat der Beschuldigte nach eigenen Angaben das Kokain in gleicher Qualität verkauft, wie er es bei seinem Lieferanten gekauft hatte, mithin ohne es zu strecken (vgl. Urk. 4/3 Frage 40 f.). Hinweise auf eine besonders reine oder gestreckte Droge bestehen nicht.

Zur Bestimmung der mittleren Qualität kann praxisgemäss auf die statistischen Werte der Gruppe Forensische Chemie der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM) ([www.sgrm.ch](http://www.sgrm.ch)) abgestellt werden. Folgt man den Aussagen des Beschuldigten, dass er seinen Lieferanten (E.\_\_\_\_\_) 2016 kennengelernt hatte (Urk. 4/3 Frage 23 f.), 2017 den Kokainhandel für zwei Jahre bis 2019 unterbrach und dann den Handel bis zu seiner Verhaftung im September 2020 wieder aufnahm, rechtfertigt es sich, die Mittelwerte der Jahre 2016, 2017, 2019 und 2020 näher zu betrachten. Dabei ist von der Konfiskatgrösse  $1 < 10$  auszugehen, zumal der Beschuldigte die Drogen auch als Fingerlinge bezog, welche üblicherweise zu 10 Gramm abgepackt sind, so auch die bei ihm sichergestellten neun Fingerlinge, welche total ein Nettogewicht von 89.6 Gramm aufwiesen (vgl. Urk. 4/4). Für Kokainhydrochlorid zeigen sich folgende Mittelwerte: 2016: 59%, 2017: 65%, 2019: 70.2% und 2020: 71.8%. Betrachtet man den mittleren Wert des Jahres 2020, der bei 71.8% liegt, und vergleicht ihn mit dem Ergebnis des Gutachtens für die beim Beschuldigten sichergestellten Kokaingemische (61%, 72%, 75% und 82%, Urk. 4/4), so zeigt sich, dass der Beschuldigte durchaus über Kokain mittlerer Qualität oder gar darüber hinaus verfügte. Umso mehr rechtfertigt es sich, auf die statistischen Mittelwerte abzustellen und nicht, wie von der Verteidigung eingebracht, auf die Werte am unteren Bereich der Standardabweichung.

Nachdem hinsichtlich der Gesamtmenge von 1.56 kg erstellt ist, dass der Beschuldigte in der Regel alle 14 Tage mindestens 30 Gramm Kokain kaufte und weiterverkaufte, ist sinnvollerweise für die Berechnung des Reinheitsgehalts auf den Durchschnittwert der Jahre 2016, 2017, 2019 und 2020 abzustellen, womit ein Wert von 66.5% resultiert. Von diesem Reinheitsgehalt ist für die verkaufte Gesamtmenge von 1.56 kg auszugehen, mithin von 1'037 Gramm reinem Kokain. Hinzu kommen die 91.1 Gramm reines Kokain, welches beim Beschuldigten in der Wohnung sichergestellt werden konnte. Somit ist in leichter Abweichung von der Vorinstanz von einer Menge von total 1'128 Gramm reinem Kokain auszugehen.

4.5. Die Vorinstanz gelangte mit der Staatsanwaltschaft zum Schluss, der Beschuldigte habe, basierend auf der Mindestverkaufsmenge von 1.56 kg Kokaingemisch und einem Gewinn von Fr. 10.– pro Gramm insgesamt einen Gewinn von mindestens Fr. 15'600.– erzielt (Urk. 43 S. 14).

Die Verteidigung brachte im Berufungsverfahren vor, es seien 740 Gramm Kokaingemisch verkauft worden, was bei einer Marge von Fr. 10.– pro Gramm einem Erlös von Fr. 7'400.– entspreche (Urk. 56 S. 10).

Nachdem erstellt ist, dass der Beschuldigte 1.56 kg Kokaingemisch verkauft hat und der erzielte Gewinn von Fr. 10.– pro Gramm vom Beschuldigten eingestanden ist (Urk. 4/1 Frage 37, Urk. 4/2 Fragen 15 f. und Urk. 4/6 S. 4), ist ohne Weiteres mit der Vorinstanz von einem erzielten Gewinn von mindestens Fr. 15'600.– auszugehen.

5. Der Anklagesachverhalt ist nach dem Gesagten rechtsgenügend erstellt und für die rechtliche Würdigung und die Sanktion darauf abzustellen.

### **III. Rechtliche Würdigung**

1. Die Vorinstanz würdigte mit der Staatsanwaltschaft das Verhalten des Beschuldigten in rechtlicher Hinsicht als qualifizierte Widerhandlung gegen das

Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und c BetmG.

2. Der Beschuldigte anerkennt die rechtliche Würdigung mit Ausnahme der Gewerbsmässigkeit gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG. Die Verteidigung argumentiert, der Beschuldigte habe einen maximalen Ertrag von Fr. 7'400.– erzielt und damit keinen erheblichen Gewinn im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG (Urk. 34 S. 9 und Urk. 56 S. 11).

3. Zunächst ist unter Anwendung von Art. 84 Abs. 2 StPO auf die zutreffenden allgemeinen Ausführungen der Vorinstanz zu Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG und der dazugehörigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu verweisen (Urk. 43 S. 15 f.).

4. Gemäss erstelltem Sachverhalt verkaufte der Beschuldigte während vier bis fünf Jahren, mit einem Unterbruch von zwei Jahren, mindestens 1.56 kg Kokaingemisch, welches er zu einem Einkaufspreis von Fr. 70.– pro Gramm erwarb und für Fr. 80.– pro Gramm weiterverkaufte und damit einen Gewinn von mindestens Fr. 15'600.– erzielte. Darauf ist, entgegen den anderslautenden Berechnungen der Verteidigung, abzustellen.

5. Die Vorinstanz hat zur Frage der Gewerbsmässigkeit zusammengefasst erwogen, der Beschuldigte habe die Grenze von Fr. 10'000.– um mehr als die Hälfte überschritten und damit das Erfordernis des erheblichen Gewinns erfüllt. Er habe nach eigenen Angaben mit dem Handel begonnen, weil sein Verdienst nicht ausgereicht habe, um die Familie durchzubringen. Von September 2017 bis September 2019 habe er keinen Handel betrieben, weil er gemäss eigenen Aussagen genug verdient habe. Erst als seine Secondhand-Verkäufe zum Stillstand gekommen seien, habe der den Betäubungsmittelhandel wieder aufgenommen, mit hin aus finanziellen Motiven. Es könne deshalb ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte den Betäubungsmittelhandel zumindest als nebenberufliche deliktische Tätigkeit ausgeübt habe (Urk. 43 S. 16).

Die Erwägungen der Vorinstanz sind allesamt zutreffend und nicht zu relativieren. Der erstellte Gewinn spricht für sich. Der Beschuldigte betrieb während mindestens vier Jahren, mit einem Unterbruch von zwei Jahren, sehr regelmässig und kontinuierlich Betäubungsmittelhandel, indem er alle zwei Wochen bei seinem Lieferanten E.\_\_\_\_\_ mindestens 30 Gramm Kokaingemisch bezog und dieses nachher einer Vielzahl von Konsumenten verkaufte. Sein Handeln war deutlich darauf ausgerichtet, ein regelmässiges Einkommen zu erzielen. So gab er unmissverständlich zu Protokoll, hauptsächlich mit dem Handel von Kokain begonnen zu haben, weil sein Verdienst nicht ausgereicht habe, um die Familie zu ernähren. Dies bestätigt sich auch in seiner Aussage anlässlich der Hauptverhandlung, auf die Frage, warum er mit Drogen gehandelt und Kokain verkauft habe, indem er angab, nachdem er das Haus, die Miete und die Krankenkasse bezahlt habe, sei kaum noch Geld zur Verfügung gestanden (Prot. I S. 14). Auch die Tatsache, dass er offenbar seine Tätigkeit als Drogenhändler unterbrochen hat, als es – so seine Worte – der Arbeitswelt gut ging und er mit seiner Arbeit genug verdienen konnte (Urk. 4/3 S. 3 f), ist ein klarer Hinweis für eine zumindest nebenberufliche deliktische Tätigkeit (vgl. dazu BGE 123 IV 113 E. 2b).

Unter Hinweis auf die von der Vorinstanz genannte bundesgerichtliche Rechtsprechung bestehen vor diesem Hintergrund und dem erzielten Gewinn keine Zweifel, dass der Beschuldigte gewerbsmässig gehandelt hat und dies auch seine Absicht war. Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz ist damit zu bestätigen und der Beschuldigte ist der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und c BetmG schuldig zu sprechen.

#### **IV. Strafzumessung**

1. Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit 32 Monaten Freiheitsstrafe (unter Anrechnung der erstandenen Haft von 72 Tagen), schob den Vollzug derselben im Umfang von 22 Monaten auf und setzte eine Probezeit von 2 Jahren fest (Urk. 43 S. 16 ff.).

2. Die Verteidigung stellt dagegen im Berufungsverfahren den Antrag, der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, unter Anrechnung der erstandenen Haft von 72 Tagen, zu bestrafen. Es sei weiter der Vollzug der Strafe aufzuschieben und eine Probezeit von zwei Jahren anzusetzen (Urk. 44 S. 2 und Urk. 56 S. 2). Überdies rügt sie den Beizug der Tabelle von Fingerhuth/Schlegel/Jucker (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, OFK-BetmG, 3. Aufl., Zürich 2016, N 45 zu Art. 47 StGB) als ungeeignet bzw. gar bundesrechtswidrig (Urk. 44 S. 2; Urk. 56 S. 13).

3. Zum anwendbaren Strafrahen und den allgemeinen Grundsätzen der Strafzumessung wird vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen (Urk. 43 S. 16 ff.).

Was die Kritik der Verteidigung bezüglich der Tabelle von Fingerhuth/Schlegel/Jucker (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., N 45 zu Art. 47 StGB) betrifft, so entspricht es der gängigen und bundesgerichtlich akzeptierten Praxis, diese bei der Strafzumessung als das Gericht nicht bindende Kontroll- und Orientierungshilfe beizuziehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B\_858/2016 vom 16. März 2017 E. 3.2). Dieser Praxis scheint sich die Verteidigung durchaus bewusst zu sein, hat sie in ihren Plädoyers für den Strafrahen ihrerseits besagte Tabelle konsultiert (Urk. 34 S. 11; Urk. 56 S. 13). Wenn die Vorinstanz, wie vorliegend geschehen, die von ihr sorgfältig erwogene Einsatzstrafe anhand der genannten Tabelle lediglich überprüft und vergleicht (vgl. Urk. 43 S. 21), so ist dies nicht zu beanstanden.

4.1. Zunächst ist die objektive Tatschwere für die Verschuldensbewertung festzulegen. Die Vorinstanz hat diese mit zutreffenden Argumenten hergeleitet (Urk. 43 S. 20), worauf zu verweisen ist (Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu erwähnen ist nochmals, dass der Beschuldigte mit einer durchaus beachtlichen Gesamtmenge gehandelt hat. Liegt die angelastete Betäubungsmittelmenge ein Vielfaches über dem Grenzwert für die Annahme eines schweren Falles, darf die Menge der umgesetzten Droge unter Berücksichtigung der damit einhergehenden Gesundheitsgefährdung vieler Menschen bei der Strafzumessung zusätzlich straf erhöhend berücksichtigt werden (Urteil des Bundesgerichts 6B\_294/2010 vom 15. Juli 2010,

E. 3.3.2). Auch wenn von dem vom Verteidiger noch vor Vorinstanz vorgebrachten Reinheitsgehalt von 52% für die verkauften 1.56 kg Kokaingemisch, mithin 811 Gramm reines Kokain, zuzüglich der in der Wohnung gefundenen 91.1 Gramm reines Kokain, total 902 Gramm reines Kokain, ausgegangen würde, wäre der Grenzwert eines schweren Falles immer noch massiv – rund um das 50-fache – überschritten. Jedenfalls rechtfertigt sich so oder anders eine Straferhöhung aufgrund der umgesetzten Menge. Hinzu kommt, dass sich das Vorliegen mehrerer Qualifikationsgründe (in casu Art. 19 Abs. 2 lit. a und c BetmG) als strafferhöhend auswirkt, was durch die Vorinstanz unberücksichtigt blieb. Ein leichtes Verschulden, wie von der Verteidigung vorgebracht, liegt jedenfalls nicht mehr vor.

4.2. In subjektiver Hinsicht ist mit der Vorinstanz (Urk. 43 S. 20 f., Art. 82 Abs. 4 StPO) festzuhalten, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Sein Motiv war ausschliesslich finanzieller und damit eigennütziger Natur. Weder liegt ein Fall von Beschaffungskriminalität vor, noch befand sich der Beschuldigte in einer unausweichlichen Notlage, die kein anderes Handeln zugelassen hätte. Im Gegenteil, als autonomer Händler hatte er jederzeit die volle Entscheidungsfreiheit. Es stand ihm immer frei, mit dem Drogenverkauf aufzuhören, bzw., insbesondere nach dem Unterbruch, erst gar nicht damit anzufangen. Zwar vermochte er darzulegen, dass er und seine Familie in angespannten finanziellen Verhältnissen zu leben hatten, dies rechtfertigt jedoch ein derart verpöntes deliktisches Handeln keinesfalls, zumal er sich eine Arbeitsstelle hätte suchen oder Sozialhilfe beantragen können.

4.3. Gesamthaft ist in Bestätigung der Vorinstanz von einem nicht mehr leichten Verschulden auszugehen, was durchaus eine festzusetzende Einsatzstrafe im Übergang vom unteren zum mittleren Drittel des weiten Strafrahmens rechtfertigen würde. Die von der Vorinstanz unter Berücksichtigung der objektiven und subjektiven Tatschwere noch deutlich im unteren Drittel festgesetzte Einsatzstrafe von 48 Monaten erweist sich ohne Weiteres als angemessen, jedenfalls nicht zu hoch. Dies auch vor dem Hintergrund, dass das Vorliegen mehrerer Qualifikationsgründe strafferhöhend zu berücksichtigen gewesen wäre.

4.4. Zur Täterkomponente hat die Vorinstanz den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten zutreffend angeführt (Urk. 43 S. 21 f.). Darauf wird verwiesen (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die persönlichen Verhältnisse sind vorliegend strafzumessungsneutral. Die Vorstrafe des Beschuldigten, welche aus einem Strafbefehl vom 11. April 2016 (Urk. 12/2) resultiert, ist nicht einschlägig und liegt ein paar Jahre zurück, was nur zu einer geringen Straferhöhung führt. Jedoch wäre merkbar strafferhöhend zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte einen Teil der heute zu beurteilenden Betäubungsmitteldelikte mutmasslich bereits zum Zeitpunkt der Ausfällung des Strafbefehls, sicher aber während der laufenden Probezeit von zwei Jahren beging, was von einer Uneinsichtigkeit und Unbelehrbarkeit zeugt. Demgegenüber wirkt sich das Geständnis und die Kooperation des Beschuldigten mit der Vorinstanz zu Recht im Umfang rund eines Drittels der Einsatzstrafe strafmindernd aus. Wenn die Verteidigung diesbezüglich geltend macht, der vorliegende Fall rechtfertigte aufgrund des Geständnisses gar eine noch weitergehende Strafminderung, da keinerlei Beweise oder Anhaltspunkte vorgelegen hätten, dass der Beschuldigte neben den sichergestellten Mengen in der Vergangenheit mit weiteren Betäubungsmitteln gehandelt habe (Urk. 56 S. 14), so ist ihr nicht zu folgen. Einerseits wird für ein die Untersuchung erheblich erleichterndes Geständnis nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung höchstens eine Strafreduktion von bis zu einem Drittel vorgenommen (BGE 121 IV 202, S. 205), weshalb die von der Vorinstanz vorgenommene Reduktion bereits das Maximum darstellt. Andererseits erscheint das Geständnis des Beschuldigten durch seine Relativierungen hinsichtlich Menge, Frequenz und Qualität auch nicht mehr als inhaltlich uneingeschränkt, weshalb eine weitergehende Reduktion auch aufgrund dieses Gesichtspunkts nicht angezeigt wäre.

Wenn die Vorinstanz unter Würdigung der Täterkomponente die Einsatzstrafe von 48 Monaten auf 32 Monate, und damit um einen Drittel, reduziert, so ist dies, vor dem Hintergrund des Delinquierens während der Probezeit, als wohlwollend zu bezeichnen, jedoch unter Beachtung des Verbots der reformatio in peius (Art. 391 Abs. 2 StPO) dabei zu belassen.

4.5. Die angefochtene Strafe von 32 Monaten Freiheitsstrafe ist, entgegen der Berufungsbegründung (Urk. 56 S. 11 ff.), keinesfalls zu hoch und ist zu bestätigen.

5. Die erstandene Untersuchungshaft ist anzurechnen (Art. 51 StGB), wobei in Abweichung zur vorinstanzlichen Berechnung 73 Tage als durch Haft erstanden gelten.

## **V. Vollzug**

1. Der bedingte Vollzug der ausgefallten Freiheitsstrafe fällt ausser Betracht (Art. 42 StGB). Jedoch kann das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 StGB). Grundvoraussetzung für die teilbedingte Strafe im Sinne von Art. 43 StGB ist, dass eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Zwar fehlt ein entsprechender Verweis auf Art. 42 StGB, doch ergibt sich dies aus Sinn und Zweck von Art. 43 StGB. Wenn und soweit die Legalprognose des Täters nicht schlecht ausfällt, verlangt die Bestimmung, dass zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung ausgesetzt wird. Umgekehrt gilt, dass bei einer Schlechtprognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe nicht gerechtfertigt ist. Denn wo keinerlei Aussicht besteht, der Täter werde sich in irgendeiner Weise durch den – ganz oder teilweise – gewährten Strafaufschub beeinflussen lassen, muss die Strafe in voller Länge vollzogen werden (BGE 134 IV I E. 5.3.1.). Subjektiv ist mit anderen Worten das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt.

2. Die objektive Voraussetzung zur Gewährung eines teilbedingten Strafvollzuges ist mit der ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 32 Monaten erfüllt.

3. In subjektiver Hinsicht attestierte die Vorinstanz dem Beschuldigten stabile Verhältnisse und damit grundsätzlich günstige Umstände, hielt jedoch zu Recht fest, dass die Vorstrafe negativ ins Gewicht falle. Sie relativierte jedoch dahingehend, dass diese bereits einige Zeit zurückliege, nicht einschlägig sei und bloss eine Geldstrafe und keine Freiheitsstrafe ausgesprochen worden sei. Sodann ha-

be sich der Beschuldigte im Nachgang der Tat teilweise geständig und kooperativ gezeigt und habe sich nun zum ersten Mal einer längeren Freiheitsstrafe zu unterziehen. Es sei davon auszugehen, dass der sich durch einen Teilvollzug genügend beeindrucken lasse, um von künftiger Delinquenz abzusehen (Urk. 43 S. 24).

Diese Einschätzung der Vorinstanz ist im Grundsatz zu teilen. Jedoch ist ergänzend festzuhalten, dass die Prognose des Beschuldigten insofern getrübt ist, als er einen Teil der heute zu beurteilenden Betäubungsmitteldelikte während laufender Probezeit der genannten Vorstrafe beging und sich damit offensichtlich unbeeindruckt von der bedingten Geldstrafe zeigte. Nichtsdestotrotz ist im vorliegenden Fall, gerade auch mit dem Geständnis und der Kooperation des Beschuldigten in der Untersuchung, eine gewisse Reue und Einsicht erkennbar und deshalb damit zu rechnen, dass eine mehrmonatige zu vollziehende Freiheitsstrafe, anders als die damals bedingte Geldstrafe, den Beschuldigten nun genügend beeindruckt, um ihn künftig von deliktischem Handeln abzuhalten. Der teilbedingte Vollzug kann ihm deshalb gewährt werden.

4. Der unbedingt vollziehbare Teil muss mindestens 6 Monate betragen, darf aber die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 und 3 StGB). Vorliegend ergibt sich dadurch für den vollziehbaren Teil ein Rahmen zwischen 6 und 16 Monaten. Als Bemessungsregel ist das Ausmass des Verschuldens zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Bewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf das unter Verschuldensgesichtspunkten gemäss Art. 47 StGB gebotene Mass nicht unterschreiten (Urteil des Bundesgerichts 6B\_632/2016 vom 6. September 2016 E. 1.3).

Das Verschulden des Beschuldigten wurde als nicht mehr leicht eingestuft. Hinzu kommt, dass die Legalprognose etwas getrübt ist und gewisse Restbedenken

bestehen, ob sich der Beschuldigte tatsächlich bewähren wird. Ein zu vollziehender Strafteil im untersten Bereich von 6 Monaten würde diesen Umständen nicht gerecht werden. Ein zu vollziehender Teil im oberen Bereich bei 16 Monaten wäre ebenso unverhältnismässig, zumal das Verschulden nicht allzu schwer wiegt und bei der Prognose durchaus auch positive Aspekte vorliegen. Der von der Vorinstanz festgesetzte zu vollziehende Strafteil von 10 Monaten und der bedingt aufgeschobene Anteil von 22 Monaten stehen in einem angemessenen Verhältnis und werden sowohl dem Verschulden als auch der nicht ganz günstigen Legalprognose gerecht. Damit erscheint es angezeigt, den Entscheid der Vorinstanz zu bestätigen, und die auszufällende Freiheitsstrafe von 32 Monaten im Umfang von 22 Monaten aufzuschieben und im Umfang von 10 Monaten zu vollziehen (abzüglich der bereits durch Untersuchungshaft erstandenen 73 Tage). Die Probezeit (Art. 44 Abs. 1 StGB) ist bei zwei Jahren zu belassen.

Die Verteidigung brachte im Berufungsverfahren vor, eine Strafe von 32 Monaten bzw. ein zu vollziehender Teil von 10 Monaten könne nicht mehr in Halbfangenschaft vollzogen werden, was bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit der Sanktion im Sinne einer folgenreorientierten Überlegung miteinzubeziehen sei (Urk. 56 S. 14 f.). Die Verteidigung verkennt indessen, dass die besondere Vollzugsform der Halbfangenschaft bloss dann ausgeschlossen ist, wenn bei einer teilbedingten Freiheitsstrafe der zu vollziehende Teil mehr als 12 Monate beträgt (Art. 77b Abs. 1 StGB; vgl. BGer Urteil 6B\_668/2007 vom 15. April 2008, E. 5.4; Richtlinien für die besonderen Vollzugsformen [gemeinnützige Arbeit, elektronische Überwachung [electronic Monitoring, EM], Halbfangenschaft] der Ostschweizer Strafvollzugskommission vom 31. März 2017, Ziff. 1.2; BSK-Koller, N 8 zu Art. 77b StGB, m.w.H.). Entsprechend steht dem Beschuldigten bei einem zu vollziehenden Strafteil von 10 Monaten die Vollzugsform der Halbfangenschaft zu Verfügung, wenn er denn die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 77b StGB erfüllt, was von der Vollzugsbehörde zu prüfen sein wird.

## **VI. Kosten**

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.– festzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts).
2. Der Beschuldigte unterliegt im Berufungsverfahren mit seinen Anträgen vollumfänglich, weshalb ihm ausgangsgemäss die Kosten dieses Verfahrens aufzuerlegen sind (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 Satz 2 StPO), unter Vorbehalt der Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
3. Die amtliche Verteidigung macht für das Berufungsverfahren eine Entschädigung von total Fr. 5'732.45 (inkl. MwSt.) geltend (Urk. 54). Der Aufwand ist ausgewiesen und angemessen. Im mündlich eröffneten Urteilsdispositiv, welches im Anschluss an die Berufungsverhandlung den Parteien übergeben bzw. versandt worden ist (Urk. 57), wurde irrtümlicherweise der Honorarbetrag ohne Berücksichtigung der Auslagen (Kopien / Porti) sowie ohne Mehrwertsteuer aufgeführt. Da dies weder so beraten wurde noch beabsichtigt war, ist dieses rechnerische Versehen in der vorliegenden schriftlich begründeten Version in Anwendung von Art. 83 Abs. 1 StPO zu korrigieren. Die Entschädigung für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten ist demnach auf Fr. 5'732.45 (inkl. Barauslagen und MwSt.) festzusetzen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 8. April 2021 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

**"Es wird erkannt:**

1. (...)
2. (...)
3. (...)

4. Auf den Widerruf des mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 11. April 2016 für eine Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 100.– gewährten bedingten Vollzuges wird verzichtet.
5. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 5'680.– zu bezahlen.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 10. Dezember 2020 beschlagnahmte Barschaft wird in der Höhe von Fr. 9'920.– eingezogen.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 10. Dezember 2020 beschlagnahmte Barschaft wird in der Höhe von Fr. 13'000.– zur Deckung der Ersatzforderung und den Verfahrenskosten verwendet.
8. Die nachfolgenden, als Beweismittel sichergestellten Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:
  - Mobiltelefon Alcatel (A014'174'175),
  - Mobiltelefon Samsung (A014'174'186),
  - Mobiltelefon Nokia (A014'174'448),
  - Mobiltelefon LG 624 (A014'174'471),
  - Mobiltelefon LG 228 (A014'174'482).
9. Die nachfolgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 25. September 2020 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:
  - Feinwaage goldfarbig, Marke Gold Scale 200 (A014'174'266),
  - Diverse Fingerlinge mit Kokain (A014'174'335),
  - Tragtasche Stoff braun (A014'174'368),
  - Blechdose rot Aufschrift «Bayern München» (A014'174'391),
  - Präparierte Aludose weiss / rot (A014'174'506).
10. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides werden sämtliche unter der Referenz-Nr. K200908-079 bzw. der Geschäftsnr. 78661184 sichergestellten Asservate, Spuren und Spurenträger eingezogen und vernichtet.
11. Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ wird für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten mit Fr. 12'727.– (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.

12. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

- Fr. 3'500.00; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 2'100.00 Gebühr für das Vorverfahren
- Fr. 1'840.00 Auslagen (Gutachten/Expertisen)
- Fr. 12'727.00 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

13. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden der Beschuldigten auferlegt.

14. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

15. (Mitteilungen)

16. (Rechtsmittel)"

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist 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 und c BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 32 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 73 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 22 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (10 Monate, abzüglich 73 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 5'732.45 amtliche Verteidigung
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (versandt)sowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
  - das Bundesamt für Polizei, fedpolund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
  - die Vorinstanz
  - Justizvollzug und Wiedereingliederung Kanton Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
  - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A und Formular B
  - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
  - das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Bereich Administrativmassnahmen (PIN Nr. 00.015.0253.913).
7. 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  
I. Strafkammer

Zürich, 18. November 2021

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Langmeier

MLaw L. Zanetti

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.