

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB220572-O/U/cwo

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. B. Amacker, Präsident, Oberrichterin lic. iur.  
M. Knüsel, Ersatzoberrichter lic. iur. Th. Vesely sowie die  
Gerichtsschreiberin MLaw T. Künzle

## Urteil vom 2. März 2023

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

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

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. D. Kloiber,  
Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Horgen, I. Abteilung,  
vom 14. Juni 2022 (DG210012)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 1. September 2021 (Urk. 22) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 46 S. 36 ff.)

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig **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.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 48 Tage durch Haft erstanden sind) und einer Busse von Fr. 800.00.
3. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 8 Tagen.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 28. Juli 2020 für eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu CHF 30.00 angesetzte Probezeit von 2 Jahren wird um 1 Jahr verlängert.
6. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für 7 Jahre des Landes verwiesen (obligatorische Landesverweisung).
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 19. Juli 2021 beschlagnahmte Barschaft in der Höhe von CHF 820.00 wird zur Deckung der Busse und der Verfahrenskosten zugunsten des Kantons Zürich eingezogen.
8. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids werden die folgenden sichergestellten und bei der Asservaten-Triage lagernden Gegenstände eingezogen und vernichtet:

- 1 Plastiksack enthaltend weisses Pulver (Kokain)  
(Asservate-Nr. A015'074'632);
  - 8 Portionen Kokain eingewickelt in Toilettenpapier  
(Asservate-Nr. A015'074'665);
  - 3 Minigrip mit weissem Pulver (Kokain), eingewickelt in einem Knittersack  
(Asservate-Nr. A015'074'723);
  - 1 Minigrip enthaltend weisses Pulver (Streckmittel)  
(Asservate-Nr. A015'074'745);
  - 1 Waage Triton (Asservate-Nr. A015'074'825);
  - 1 Plastiksack enthaltend weisses Pulver (Streckmittel)  
(Asservate-Nr. A015'074'858);
  - 1 Knittersack enthaltend div. Desinfektionstüchlein  
(Asservate-Nr. A015'074'905).
9. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids werden die folgenden sichergestellten und bei der Asservaten-Triage lagernden Gegenstände dem Beschuldigten auf erstes Verlangen herausgegeben:
- Mobiltelefon Nokia, grau (Asservate-Nr. A015'074'938);
  - Mobiltelefon Nokia, blau (Asservate-Nr. A015'074'961);
  - Mobiltelefon Samsung, schwarz (Asservate-Nr. A015'074'994);
  - 1 Mobiltelefon iPhone (Asservate-Nr. A015'075'146);
  - 1 Notizzettel, Aufschrift Adresse (Asservate-Nr. A015'075'204).
- Dem Beschuldigten wird eine Frist von 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids angesetzt, um die herauszugebenden Gegenstände selbst oder durch eine bevollmächtigte Person unter Vorlage eines amtlichen Ausweises nach telefonischer Voranmeldung bei der zuständigen Lagerbehörde abzuholen.
- Werden die herauszugebenden Gegenstände nicht innert Frist abgeholt, werden sie von der zuständigen Lagerbehörde vernichtet.
10. Die amtliche Verteidigung wird für ihre Bemühungen und Auslagen mit Fr. 8'696.90 (inkl. Fr. 621.80 Mehrwertsteuer) entschädigt.

11. Die Entscheidgebür wird festgesetzt auf:

- Fr. 3'600.00; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 2'100.00 Gebühr für das Vorverfahren  
Fr. 900.00 Kosten Kantonspolizei Zürich  
Fr. 3'845.50 Gutachten/Expertisen etc.  
Fr. 88.00 Auslagen Untersuchung (Flash Delivery, Sendung  
4. Juni 2021)  
Fr. 8'696.90 Entschädigung amtliche Verteidigung Rechtsanwältin  
X. \_\_\_\_\_

Verlangt keine der Parteien eine Begründung, ermässigt sich die Entscheidgebür um einen Drittel.

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

13. (Mitteilungen)

14. (Rechtsmittel)"

### **Berufungsanträge:**

(Prot. II S. 3 f.)

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 57)

1. Es sei Dispositiv Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Horgen vom 14.6.2022 aufzuheben und der Beschuldigte vom Vorwurfs des Verkaufs von 0.65 Gramm Kokain an B. \_\_\_\_\_ im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG freizusprechen.
2. Es sei der Beschuldigte für die Verurteilung wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten sowie einer Busse von Fr. 800.– zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Haft von 48 Tagen.

3. Es sei dem Beschuldigten den bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe zu gewähren, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren.
  4. Es sei Dispositiv Ziff. 6 des Urteils des Bezirksgerichts Horgen vom 14.6.2022 aufzuheben und von der Anordnung einer Landesverweisung abzusehen. Eventualiter sei die Dauer der Landesverweisung auf 5 Jahre zu reduzieren.
  5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt.) zulasten der Staatskasse. Eventualiter im Fall der Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils sei gestützt auf Art. 425f. StPO auf eine Kostenaufgabe zu verzichten.
- b) Der Staatsanwaltschaft:  
(Urk. 53, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

### **Erwägungen:**

#### **I. Prozessgeschichte**

Mit Urteil vom 14. Juni 2022 sprach die Vorinstanz den Beschuldigten schuldig 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 und bestrafte ihn mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten abzüglich erstandener Haft von 48 Tagen und mit einer Busse in Höhe von Fr. 800.–. Weiter verlängerte die Vorinstanz die Probezeit für eine bedingte Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 28. Juli 2020. Die Vorinstanz ordnete die Landesverweisung für 7 Jahre an und befand über die beschlagnahmte Barschaft, Gegenstände und Betäubungsmittel, wobei die beschlagnahmte Barschaft von Fr. 820.– zur Deckung der dem Beschuldigten vollumfänglich auferlegten Verfahrenskosten und Busse verwendet wurden (Urk. 46 S. 36 ff.).

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte am 21. Juni 2022 fristgerecht Berufung an und liess mit Eingabe vom 1. November 2022 fristgerecht die schriftliche Berufungserklärung folgen (Urk. 41 und Urk. 47). Die Staatsanwaltschaft erklärte am 23. November 2022 innert Frist den Verzicht auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 53).

Zur heutigen Berufungsverhandlung erschien der Beschuldigte in Begleitung seiner amtlichen Verteidigerin (Prot. II S. 3).

## **II. Prozessuales**

Der Beschuldigte ficht mit der Berufung den Schuldspruch betreffend Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz an und verlangt einen Teilfreispruch in Bezug auf den Vorwurf des Verkaufs von 0.65 Gramm reinen Kokains an B.\_\_\_\_\_ (vgl. vorinstanzliches Urteil Urk. 46 S. 12 ff. und Urk. 57 S. 2 ff.). Unangefochten ist der vorinstanzlich festgestellte Besitz von 132.7 Gramm (netto) Kokaingemisch mit einem Reinheitsgehalt von 95%, entsprechend 125.7 Gramm reinem Kokain, und die Feststellung der Vorinstanz, dass der nicht konsumierende Beschuldigte dieses Kokain für den Konsum von anderen Personen vorgesehen hatte (vgl. Urk. 46 S. 7 und S. 9 ff., vgl. Urk. 47 S. 2).

Weiter ist die die vorinstanzlich ausgefallte Sanktion und damit zusammenhängend deren Vollzug angefochten (Disp. Ziff. 2 bis 4, vgl. Urk. 47 S. 2 und Urk. 57 S. 4). Und letztlich wendet sich der Beschuldigte mit der Berufung gegen die vorinstanzliche Anordnung der Landesverweisung (Disp. Ziff. 6 und Urk. 57 S. 4 ff.).

Unangefochten und damit in Rechtskraft erwachsen ist mithin der vorinstanzliche Schuldspruch betreffend Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. b und d i.V.m. Art. 19 Abs. 2 BetmG (Disp. Ziff. 1 ohne Verkauf an B.\_\_\_\_\_, d.h. ohne Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG), die Verlängerung der Probezeit für eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 28. Juli 2020 (Disp. Ziff. 5), die Regelung der beschlagnahmten Barschaft, Drogen und Gegenstände (Disp. Ziff. 7 - 9), so-

wie das vorinstanzliche Kostendispositiv (Disp. Ziff. 10 - 12). Die Rechtskraft ist vorab mittels Beschluss festzustellen (vgl. Prot. II S. 4).

### **III. Sachverhalt**

#### 1. Für das Berufungsverfahren relevanter Sachverhalt

Mit der Berufung wendet sich der Beschuldigte wie dargelegt einzig gegen Schuldspruch der Vorinstanz betreffend einen Verkauf von 0.65 Gramm reinen Kokains an B.\_\_\_\_\_.

Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten in der Anklage vor, er habe unmittelbar vor seiner Verhaftung am 2. Juni 2021, 14.30 Uhr, vom bei ihm aufgefundenen Kokaingemisch eine Portion von 0.69 Gramm (Reinheitsgehalt von 95%, entsprechend 0.65 Gramm reines Kokain) an B.\_\_\_\_\_ veräussert (Urk. 22).

#### 2. Rechtliches

In einem Strafprozess sind an den Beweis von Täterschaft und Schuld hohe Anforderungen zu stellen. Gemäss der aus Art. 8 und 32 Abs. 1 BV fliessenden und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Maxime "in dubio pro reo" ist bis zum gesetzlichen Nachweis ihrer Schuld zu vermuten, dass die wegen einer strafbaren Handlung beschuldigte Person unschuldig ist (BGE 127 I 40, BGE 120 Ia 31 E. 2b). Angesichts der Unschuldsvermutung, die auch in Art. 10 Abs. 1 der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) statuiert ist, besteht somit Beweisbedürftigkeit, das heisst, der verfolgende Staat hat dem Beschuldigten alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen, woraus folgt, dass der Beschuldigte seine Unschuld nicht zu beweisen hat (BGE 127 I 40 f.).

Im Bereich rechtfertigender Tatsachen trifft den Beschuldigten indes eine gewisse Beweislast. Seine Behauptungen müssen plausibel sein; es muss ihnen eine gewisse Überzeugungskraft zukommen. Zumindest bedarf die Behauptung des Beschuldigten gewisser Anhaltspunkte, sei es in Form konkreter Indizien oder einer natürlichen Vermutung für seine Darstellung, damit sie als Entlastungstatsache dem Urteil zugrunde gelegt wird. Ein strikter Beweis kann hingegen vom Be-

schuldigten nicht verlangt werden; doch muss seine Behauptung glaubhaft sein. Wenn die belastenden Beweise nach einer Erklärung rufen, welche der Beschuldigte geben können müsste, dies jedoch nicht tut, darf nach Massgabe des gesunden Menschenverstandes der Schluss gezogen werden, es gebe keine mögliche Erklärung und er sei schuldig. Nichts anderes kann gelten, wenn er zwar eine Erklärung gibt, diese aber unglaubhaft oder gar widerlegt ist. Der Grundsatz "in dubio pro reo" zwingt somit nicht dazu, jede entlastende Angabe des Beschuldigten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit kein spezifischer Beweis vorhanden ist, als unwiderlegt zu betrachten. Nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung braucht durch einen hieb- und stichfesten Beweis widerlegt zu werden (vgl. Beschlüsse des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2005, AC050005, S.10 f.; Pra 90 (2001) Nr. 110 S.643, und vom 3. September 1991, 91/177S, S. 5 f.).

### 3. Würdigung

Vorliegend belasten den Beschuldigten folgende Umstände: Die Polizei beobachtete am 2. Juni 2021, wie der Beschuldigte sich mit B.\_\_\_\_\_ vor dem Restaurant "C.\_\_\_\_\_" in D.\_\_\_\_\_ traf und wie sie gemeinsam in das Vereinslokal gingen. Wenige Minuten später verliessen sie das Lokal gemeinsam und trennten sich. Bei der darauffolgenden Kontrolle wurden bei B.\_\_\_\_\_ bei der anschliessenden Personenkontrolle 0.69 Gramm Kokaingemisch bzw. 0.65 Gramm reines Kokain aufgefunden und der Beschuldigte war um 14.50 Uhr im Besitz von 132.7 Gramm Kokaingemisch bzw. 125.7 Gram reinen Kokains in diversen abgepackten Grössen (Urk. 1 S. 2, Urk. 16/1). Die bei B.\_\_\_\_\_ gefundene Kokainportion hatte denselben Reinheitsgrad von 95% (Urk. 14/3 S. 3, Urk. 14/2 S. 2). Unter den Fingernägeln des Beschuldigten wurden Spuren von Kokain gefunden (Urk. 14/2) und der Beschuldigte erklärte, er habe Kokain portioniert und konsumiere selbst kein Kokain (Urk. 6 F/A 14 und 20). Ferner wurden beim Beschuldigten Bargeld im Betrag von Fr. 820.—, eine Grammwaage und vier Mobiltelefone gefunden (Urk.16/9). Angesichts dieser Umstände liegt die Schlussfolgerung auf der Hand, dass es sich beim Beschuldigten um einen Drogenverkäufer handelt und bei

B.\_\_\_\_\_ um einen Abnehmer, der die bei ihm gefundene Kokainportion soeben beim Beschuldigten erworben hatte.

Sowohl B.\_\_\_\_\_ als auch der Beschuldigte verweigerten zum Treffen die Aussage (Urk. 3 S. 2, Urk. 4 S. 2 und Urk. 5 S. 2, Urk. 6 S. 2 f.). Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung anerkannte der Beschuldigte den gesamten Anklagevorwurf samt Verkaufs an B.\_\_\_\_\_ ohne Einschränkung und auf Nachfrage noch einmal vollumfänglich (Prot. I S. 11), bestritt jedoch in der Folge einen Verkauf an B.\_\_\_\_\_ oder dass er diesem Kokain gegeben habe (Prot. I S. 12). Anlässlich der Berufungsverhandlung hielt er daran fest, dass er kein Kokain an B.\_\_\_\_\_ verkauft habe (Urk. 56 S. 5 und Urk. 57 S. 2 ff.).

Im Lichte der oben genannten Rechtsprechung hat der Beschuldigte keine Erklärung, welche die ihn belastenden Umstände in einem anderen Licht zeigen würden. Er war im Besitz von 125.7 Gramm Kokain war, welches er zum Weiterverkauf besass. Wenn er sich mit einer anderen Person traf und diese nach dem Treffen im Besitz einer Kokainportion war, liegt der Schluss nahe, dass das Treffen zum Zweck des Verkaufs erfolgte. Der Einwand der Verteidigung, B.\_\_\_\_\_ habe möglicherweise das Kokain bereits vor dem Treffen besessen oder es sei ihm von einer anderen Person übergeben worden (Urk. 36 S. 3 und Urk. 57 S. 2) ist reine Spekulation und findet in den Akten keine Stütze. Keiner der beiden Teilnehmer des Treffens behauptet dies.

Zusammenfassend kommt auch die Berufungskammer aufgrund der angeführten Umstände zum Schluss, dass der Beschuldigte anlässlich des Treffens vom 2. Juni 2021 0.65 Gramm reines Kokain an B.\_\_\_\_\_ übergab. Dafür spricht der Umstand, dass es sich beim Beschuldigten eingestandenermassen um einen Drogenhändler handelt, dass das Kokain des Beschuldigten denselben Reinheitsgrad und dieselbe Verpackung wie das bei B.\_\_\_\_\_ aufwies und dass das Treffen nur wenige Minuten dauerte.

#### 4. Rechtliche Würdigung

Die rechtliche Würdigung des Verkaufs als Widerhandlung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG ist zutreffend. Der Beschuldigte ist mithin zusätzlich des Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne der genannten Bestimmung i.V.m. Art. 19 Abs. 2 BetmG schuldig zu sprechen. Die Veräusserungshandlung erfolgte im Rahmen des allgemeinen Verkaufswillens des Beschuldigten.

### **IV. Strafzumessung**

#### 1. Strafraahmen

Die Vorinstanz hat den Strafraahmen des Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S.v. Art. 19 Abs. 2 BetmG mit einer Freiheitsstrafe bis 20 Jahre korrekt abgesteckt.

#### 2. Objektive und subjektive Tatschwere

Zur objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte mit 126.35 Gramm reinen Kokains handelte. Die Menge setzt sich zusammen aus 125.7 Gramm, welche bei ihm gefunden wurden und 0.65 Gramm, welche er an B.\_\_\_\_\_ übergab. Letzterer Verkauf erfolgte im Rahmen des Betäubungsmittelhandels und führt zu keiner zusätzlichen Einzelstrafe. Die zum Verkauf bestimmte Menge ist ein Vielfaches über dem Grenzwert von 18 Gramm Kokain, welcher für die Annahme eines schweren Falles genügt. Die vom Beschuldigten zum Verkauf beabsichtigte Menge beinhaltete eine Gefährdung von zahlreichen Personen. Der Drogenmenge kommt indes bei der Strafzumessung keine vorrangige Bedeutung zu. Als weitere Gesichtspunkte sind unter anderem die Art und Weise der Tatbegehung, die Willensrichtung des Täters und das Vorleben des Beschuldigten zu berücksichtigen (vgl. BGE 118 IV 342 E. 2. c) und d)). In Bezug auf die hierarchische Rolle des Beschuldigten ist festzuhalten, dass er selbständig tätig war. Offenkundig war handelte er eigenverantwortlich, wobei er auch keine weiteren Personen wie Kuriere beschäftigte und das Kokain persönlich an B.\_\_\_\_\_ übergab. Auch wenn die bei ihm aufgefundene Menge gross ist, was auf ein hohes Vertrauen und eine hohe Verantwortung im Drogenhandel hinweist, ging er ohne Un-

tergebene ein grosses Risiko, selbst erwischt zu werden. Der Beschuldigte ist daher auf einer unteren Hierarchiestufe im Drogenhandel anzusiedeln, jedoch nicht auf unterster Hierarchiestufe wie blosse Kuriere.

Das Tatverschulden ist mit der Vorinstanz als nicht mehr leicht zu werten.

Der Beschuldigte handelte direktvorsätzlich. Weshalb die Vorinstanz annahm, er habe "zuminddest eventualvorsätzlich" gehandelt (Urk. 46 S. 20), ist nicht nachvollziehbar. Der Beschuldigte nahm seinen Drogenhandel nicht bloss in Kauf sondern beabsichtigte diesen. Er ist selbst nicht süchtig, ja er konsumiert nach eigenen Angaben Kokain nicht einmal (Urk. 6 F/A 20). Er handelte mithin aus rein finanziellen Interessen, ohne Not und insbesondere nicht zur Finanzierung einer Drogensucht. Mangels anderer Hinweise und Aussagen ist davon auszugehen, dass er den Gewinn zur Finanzierung seines Lebensunterhaltes verwendete, zumal er angab, über keine nennenswerten Schulden zu verfügen (Urk. 6 F/A 48). So habe er Schulden bei der Familie, bei den Neffen, welche ihm Mieten und Handyrechnungen bezahlt hätten (Urk. 6 F/A 51). Er führte aus, im Jahr 2019 habe er die Schweiz verlassen müssen, weil seine Arbeitsbewilligung ausgelaufen sei. "Mit der Hilfe meiner Neffen kam ich dann in die Schweiz zurück" (Urk. 6 F/A 52). Beim Beschuldigten wurden vier Mobiltelefone gefunden wurden (iPhone, Nokia grau, Nokia blau und Samsung schwarz, Urk. 16/9). Hierfür ist kein legitimer Grund ersichtlich, zumal der Beschuldigte diese von seinen angeblichen Neffen finanziert erhielt. Es ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte von seinen angeblichen Neffen in die Schweiz zum Betreiben des Drogenhandels geschickt wurde. Ein anderer legitimer Grund für seinen Aufenthalt in der Schweiz oder für das Zurverfügungstellen von vier Mobiltelefonen ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht.

Die subjektive Tatkomponente ist verschuldenserhöhend zu berücksichtigen.

### 3. Täterkomponenten

In Bezug auf die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen sowie die Akten verwiesen werden (Urk. 46 S. 21,

Urk. 6 F/A 38 ff.). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte er, dass er gesundheitliche Probleme habe und nur 50% arbeiten könne. Er halte eine kleine IV-Rente und werde von seinen Neffen unterstützt. Aktuell habe er keine Aufenthaltsbewilligung (Urk. 56 S. 2 ff.).

Aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten lassen sich keine Umstände ersehen, welche sich auf die Strafzumessung auswirken.

Der Beschuldigte weist eine Vorstrafe auf: Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 28. Juli 2020 wurde der Beschuldigte wegen rechtswidrigen Aufenthalts mit einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie mit einer Busse in Höhe von Fr. 500.– bestraft (Urk. 49).

Die Vorinstanz erachtete die Vorstrafe als nicht einschlägig und den Beschuldigten als "in Bezug auf das BetmG" vorstrafenlos (Urk. 46 S. 21). In der Folge liess sie die Vorstrafe unbeachtet. Dem ist indes zu widersprechen. Eine Vorstrafe ist grundsätzlich strafe erhöhend zu berücksichtigen. Der Umstand, dass sie nicht einschlägig ist, führt allenfalls zu einer geringeren Berücksichtigung als eine einschlägige Vorstrafe. Die Vorstrafe ist mithin in geringem Umfang strafe erhöhend zu berücksichtigen. Weiter strafe erhöhend ist auch die Tatbegehung der zu beurteilenden Delikte während laufender Probezeit zu berücksichtigen, wobei die erneute Delinquenz massiv stärker ausfiel. Mithin wurde der Beschuldigte durch eine frühere bedingte Geldstrafe nicht hinreichend beeindruckt, um erneut und noch stärker zu delinquieren.

Die Vorinstanz rechnete dem Beschuldigten das Teilgeständnis strafmindernd an, obwohl er nur jene Sachverhaltselemente eingestanden hatte, welche im nachgewiesen worden seien. So habe er den Besitz des Kokains erst eingestanden nachdem er mit den Ergebnissen des Gutachtens des Forensischen Instituts konfrontiert worden war und zuerst mit der amtlichen Verteidigerin sprach (Urk. 46 S. 21).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann ein Geständnis bei der Beurteilung des Nachtatverhaltens im Rahmen der Strafzumessung zugunsten

des Täters berücksichtigt werden, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt oder der Täter dadurch zur Tataufdeckung über den eigenen Tatanteil hinaus beiträgt (vgl. BGE 121 IV 202 E. 2d S. 204 ff.; Urteil 6B\_296/2017 vom 28. September 2017 E. 6.3). Diese Praxis fusst auf der Überlegung, dass Geständnisse zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen können. Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, namentlich weil der Täter nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils geständig geworden ist (Urteil 6B\_296/2017 vom 28. September 2017 E. 6.3 mit Hinweis).

Vorliegend hat das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert. Das Geständnis erfolgte aufgrund einer erdrückenden Beweislage. Eine Einsicht oder Reue ist dem Geständnis nicht zu entnehmen. Entsprechend rechtfertigt sich keine Strafminderung für das Geständnis.

Dem Verschulden erscheint eine Freiheitsstrafe von 22 Monaten angemessen. Aufgrund des Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) hat es bei der vorinstanzlich festgesetzten Freiheitsstrafe von 18 Monaten sein Bewenden.

Unter Verweis auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 46 S. 30 f.) ist dem Beschuldigten sodann der bedingte Vollzug für die Freiheitsstrafe zu gewähren. Angesichts der bestehenden Vorstrafe erscheint zwar die erstinstanzlich festgesetzte Dauer für die Probezeit von 2 Jahren als zu gering und sie sollte mindestens 3 Jahre betragen. Aufgrund des auch hier geltenden Verschlechterungsverbots (Art. 391 Abs. 2 StPO) hat es jedoch bei der Probezeit von 2 Jahren sein Bewenden.

Die Vorinstanz hat sodann eine Busse von Fr. 800.– ausgefällt (Urk. 46 S. 36). Es ist nicht nachvollziehbar, auf welche gesetzliche Grundlage sie sich dabei stützte. Der Beschuldigte wird nicht wegen Konsums oder einer anderen Übertretung schuldig gesprochen. Die Vorinstanz verwies zur Festsetzung einer Busse einzig auf den Antrag der Staatsanwaltschaft, mit welcher eine Busse von Fr. 3'000.– gefordert wurde, und "reduzierte" diese auf Fr. 800.– (Urk. 46 S. 22). Der Antrag

auf Ausfällung einer Busse bildet noch keine gesetzliche Grundlage für die Ausfällung einer solchen. Dasselbe gilt für den Umstand die Freiheitsstrafe unter Ansetzung einer Probezeit ausgesprochen wird. Entsprechend ist keine Busse auszusprechen.

Zusammenfassend ist der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten zu bestrafen. Der Vollzug der Freiheitsstrafe ist aufzuschieben, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.

### **V. Landesverweisung**

Die Vorinstanz hat den Beschuldigten im Sinne von Art. 66a StGB für 7 Jahre des Landes verwiesen. Sie prüfte das Vorliegen eines Härtefalles und kam mit überzeugenden Argumenten zum Schluss, dass ein solcher nicht vorliegt. Ebenso kam die Vorinstanz zum Schluss, dass das FZA der Landesverweisung nicht entgegensteht. Die Verteidigung beantragt ein Absehen von einer Landesverweisung.

Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB sieht für Ausländer, die wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 BetrMG verurteilt wurden, unabhängig von der Höhe der Strafe, die obligatorische Landesverweisung für 5 - 15 Jahre aus der Schweiz vor. Gemäss Art. 66a Abs. 2 Satz 1 StGB kann das Gericht ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB). Die obligatorische Landesverweisung wegen einer Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB greift grundsätzlich unabhängig von der konkreten Tatschwere (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.2.1).

Der Beschuldigte ist italienischer Staatsangehöriger. Im vorliegenden Verfahren ist er unter anderem des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz schul-

dig zu sprechen. Dieses Delikt stellt eine Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB dar, weshalb grundsätzlich eine Landesverweisung auszusprechen ist.

Für einen Verzicht auf die Landesverweisung gestützt auf Art. 66a Abs. 2 StGB müssen die in dieser Bestimmung erwähnten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Erforderlich ist einerseits, dass die Landesverweisung für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, und andererseits, dass die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Das Gericht hat die öffentlichen und privaten Interessen gegeneinander abzuwägen. Dies kann kriteriengeleitet nach der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) erfolgen, wobei die Aufzählung in diesem Artikel nicht abschliessend ist. Da die Landesverweisung strafrechtlicher Natur ist, sind auch strafrechtliche Elemente wie die Aussichten auf soziale Wiedereingliederung des Täters in die Interessenabwägung miteinzubeziehen. Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der persönlichen und wirtschaftlichen Integration, einschliesslich familiäre Bindungen des Ausländers in der Schweiz bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen. Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholter Delinquenz Rechnung zu tragen. Dabei dürfen auch vor Inkrafttreten der Landesverweisung begangene Straftaten berücksichtigt werden. Obwohl Art. 66a Abs. 2 StGB als "Kann-Vorschrift" formuliert wurde, bedeutet das nicht, dass das Gericht frei entscheiden kann, ob es die Bestimmung zur Anwendung bringt oder nicht. Das Gericht muss von seinem Ermessen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grundsätze Gebrauch machen. Sind die Voraussetzungen von Art. 66a Abs. 2 StGB erfüllt, muss es daher nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit von einer Landesverweisung absehen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.2.2 mit weiteren Hinweisen).

Der Beschuldigte wurde im Jahr 1969 in Kalabrien / Italien geboren und kam 1988 Jahren erstmals in die Schweiz. Er arbeitete drei Jahre lang als Saisonnier. "Dann ging ich wieder zurück und kam 2001 wieder in die Schweiz". Er arbeitete bei ei-

ner Baufirma, hatte zwei Arbeitsunfälle und wurde während drei Jahren durch die Suva entschädigt. Im Jahre 2019 lief die Arbeitsbewilligung des Beschuldigten aus und er verliess die Schweiz über Deutschland. Mit Hilfe seiner "Neffen" kehrte er dann in die Schweiz zurück (Urk. 6 F/A 52). Er habe mehrere Jahre in Italien gelebt. Ein Bruder lebt in der Schweiz, zwei Geschwister leben in Kalabrien und ein Bruder lebt in Kanada. In den letzten zehn Jahren war er 5 Mal in Italien. Er hält sich gerne in der Schweiz auf, weil es ihm hier gefalle "und weil ich meine Rechte wahrnehmen wollte wegen der Rente, die mir zugesprochen wurde." Er sei seit 2020 wieder in der Schweiz. Er habe keine Perspektive (Urk. 6 F/A 55 ff.). Neben einer Partnerin (Urk. 36 S. 8), mit der er weder zusammenlebt noch verheiratet ist (Urk. 3 S. 7, F/A 76; Urk. 5 S. 6, F/A 44, 46), gibt er an, einige lose Bekanntschaften zu haben, mit welchen er Kaffee trinken geht, welche er aber nicht direkt als Freunde bezeichnet (Prot. I S. 9). Er habe vor allem Zeit im Vereinslokal verbracht, welches ein "Treff [...] für Italiener" ist (act. 3 S. 2). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung spricht eher gegen die Annahme einer gelungenen Integration, wenn sich das gesellschaftliche Leben einer ausländischen Person primär mit Angehörigen des eigenen Landes abspielt (BGer, 6B\_689/2019 vom 25. Oktober 2019, E. 1.7.2 m.w.H.).

Der Beschuldigte wurde weder in der Schweiz geboren noch wuchs er hier auf. Er war Saisonnier, der letztmals 2019 die Schweiz verliess, weil seine Aufenthaltbewilligung ablief. Aktuell besitzt er auch keinen Aufenthaltstitel. Offenkundig hat der sich nie auf einen ständigen Verbleib in der Schweiz eingerichtet. Er ist weder beruflich, sozial noch familiär in der Schweiz integriert. Eine Kernfamilie ist nicht vorhanden. Allfällige gesundheitliche Probleme können auch in Italien behandelt werden, welches über ein funktionierendes Gesundheitssystem verfügt. Wenn der Beschuldigte seinen Rentenanspruch geltend machen will, kann dies auch aus Italien erfolgen. Zudem hat sich der Beschuldigte - soweit ersichtlich - einzig zum Zweck des Drogenhandels in der Schweiz aufgehalten. Ein besonderer Härtefall liegt nicht vor.

Gegen den Verbleib des Beschuldigten in der Schweiz und für ein öffentliches Interesse an dessen Wegweisung spricht die von diesem ausgehende Gefahr für

weitere Straftaten. Die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz aus pekuniären Motiven gilt als schwere Straftat, von welcher eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung ausgeht. Das Kokain war für Dritte bestimmt, womit er die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr brachte. Das vom Beschuldigten begangene Delikt widerspricht dem öffentlichen Sicherheitsinteresse. Zur Zeit der Begehung der vom Beschuldigten begangenen Straftat war er schon über 30 Jahre alt.

Sodann steht nach den zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 46 S. 28 f.) auch das FZA im vorliegenden Fall einer Landesverweisung nicht entgegen, zumal auch das FZA Drogendealern kein Aufenthaltsrecht in der Schweiz gewährleistet (Urteil des Bundesgerichts 6B\_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 4.5)

Insgesamt erweist sich die Landesverweisung als angebracht, liegt weder ein schwerer persönlicher Härtefall vor noch überwiegen die privaten Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz die öffentlichen Interessen. Auch das FZA schliesst vorliegend eine Landesverweisung nicht aus. Es ist daher eine Landesverweisung anzuordnen.

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

Der Beschuldigte ist auch Staatsangehöriger von Italien, weshalb von einer Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem abzusehen ist.

## **VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit Art. 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts). Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt im Berufungsverfahren mit seinen Anträgen vollumfänglich. Ausgangsgemäss sind dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine allfällige Rückerstattungspflicht bleibt vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO).

Die amtliche Verteidigung des Beschuldigten macht ein Honorar von insgesamt Fr. 2'899.70 geltend (Urk. 59), was ausgewiesen und angemessen ist. Die amtliche Verteidigung ist daher mit Fr. 2'899.70 aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, I. Abteilung, vom 14. Juni 2022 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:
- "1. Der Beschuldigte ist schuldig **des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz** im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. - 4. ...
5. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 28. Juli 2020 für eine Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu CHF 30.00 angesetzte Probezeit von 2 Jahren wird um 1 Jahr verlängert.
6. ...
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 19. Juli 2021 beschlagnahmte Barschaft in der Höhe von CHF 820.00 wird zur Deckung der Busse und der Verfahrenskosten zugunsten des Kantons Zürich eingezogen.

8. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids werden die folgenden sichergestellten und bei der Asservaten-Triage lagernden Gegenstände eingezogen und vernichtet:

- 1 Plastiksack enthaltend weisses Pulver (Kokain)  
(Asservate-Nr. A015'074'632);
- 8 Portionen Kokain eingewickelt in Toilettenpapier  
(Asservate-Nr. A015'074'665);
- 3 Minigrip mit weissem Pulver (Kokain), eingewickelt in einem Knittersack  
(Asservate-Nr. A015'074'723);
- 1 Minigrip enthaltend weisses Pulver (Streckmittel)  
(Asservate-Nr. A015'074'745);
  
- 1 Waage Triton (Asservate-Nr. A015'074'825);
- 1 Plastiksack enthaltend weisses Pulver (Streckmittel)  
(Asservate-Nr. A015'074'858);
- 1 Knittersack enthaltend div. Desinfektionstüchlein  
(Asservate-Nr. A015'074'905).

9. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids werden die folgenden sichergestellten und bei der Asservaten-Triage lagernden Gegenstände dem Beschuldigten auf erstes Verlangen herausgegeben:

- Mobiltelefon Nokia, grau (Asservate-Nr. A015'074'938);
- Mobiltelefon Nokia, blau (Asservate-Nr. A015'074'961);
- Mobiltelefon Samsung, schwarz (Asservate-Nr. A015'074'994);
- 1 Mobiltelefon iPhone (Asservate-Nr. A015'075'146);
- 1 Notizzettel, Aufschrift Adresse (Asservate-Nr. A015'075'204).

Dem Beschuldigten wird eine Frist von 30 Tagen ab Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids angesetzt, um die herauszugebenden Gegenstände selbst oder durch eine bevollmächtigte Person unter Vorlage eines amtlichen Ausweises nach telefonischer Voranmeldung bei der zuständigen Lagerbehörde abzuholen.

Werden die herauszugebenden Gegenstände nicht innert Frist abgeholt, werden sie von der zuständigen Lagerbehörde vernichtet.

10. Die amtliche Verteidigung wird für ihre Bemühungen und Auslagen mit Fr. 8'696.90 (inkl. Fr. 621.80 Mehrwertsteuer) entschädigt.

11. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	3'600.00;	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	2'100.00	Gebühr für das Vorverfahren
Fr.	900.00	Kosten Kantonspolizei Zürich
Fr.	3'845.50	Gutachten/Expertisen etc.
Fr.	88.00	Auslagen Untersuchung (Flash Delivery, Sendung 4. Juni 2021)
Fr.	8'696.90	Entschädigung amtliche Verteidigung Rechtsanwältin X._____

Verlangt keine der Parteien eine Begründung, ermässigt sich die Entscheidgebühr um einen Drittel.

12. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausser diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO."

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist weiter schuldig **des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz** im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 48 Tage durch Haft erstanden sind).
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für 7 Jahre des Landes verwiesen (obligatorische Landesverweisung).

5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 2'899.70 amtliche Verteidigung.
6. 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.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (versandt)
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich (versandt)
- sowie in vollständiger Ausfertigung an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich
  - 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"
8. 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, 2. März 2023

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. B. Amacker

MLaw T. Künzle

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.