

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB200311-O/U/as

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

Urteil vom 6. November 2020

in Sachen

A. _____,

Beschuldiger und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw X1. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom
17. März 2020 (DG200005)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 3. Februar 2020 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 32).

Urteil und Beschluss der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. März 2018 gewährte bedingte Strafvollzug für eine Freiheitsstrafe von 8 Monaten wird widerrufen.
3. Der Beschuldigte wird unter Miteinbezug der unter Ziff. 2 widerrufenen Strafe bestraft mit 22 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 267 Tage durch Haft erstanden sind.
4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
5. Der Beschuldigte wird in Anwendung von Art. 66a StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen.
6. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem angeordnet.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 4. Dezember 2019 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten:
 - a) Knittersäcke und Alufolie (A013'025'633, B02782-2019)
 - b) 1 Feinwaage mit Rückständen von weissem Pulver (A013'025'655, B2782-2019)
 - c) 1 Löffel (A013'025'666, B02782-2019)
 - d) 1 Schlüssel mit schwarzem Griff (A013'025'688)
 - e) 1 Mobiltelefon Nokia (A013'025'826)
 - f) 1 Mobiltelefon Huawei (A013'025'837)

- g) Notizblock/Agenda 2020 mit handschriftlichen Einträgen (A013'025'848)
 - h) Unterlagen zu Autokäufen und Verkehrs-Unfallbericht vom 28.08.2019 (A013'025'860)
 - i) Papiertüte schwarz mit diverser Briefpost (A013'026'045)
 - j) 1 Kunststoffbox "Combat", olivegrün (A013'026'125, B02783-2019)
 - k) 1 metall-Dose "Petalini" (A013'026'136, B02783-2019)
 - l) 1 Portion Heroin, ca. 53 Gramm (A013'026'147, B02783-2019)
 - m) 1 Kunststoffbox rot, "Mc Donalds" (A013'026'158, B02784-2019)
 - n) 1 Portion Kokain, 102 Gramm (A013'026'238, B02784-2019)
8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 23. September 2019 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 13'747.85 (entspricht Fr. 10'840.– und EUR 2'710.–) wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
9. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
- Fr. 4'500.–; die weiteren Auslagen betragen:
 - Fr. 3'000.– Gebühr für das Vorverfahren
 - Fr. 6'377.25 Auslagen (Gutachten)
 - Fr. 11'596.50 amtl. Verteidigungskosten (RAin X2.____)
 - Fr. 7'153.40 amtl. Verteidigungskosten (RA X1.____)
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
- Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Gerichtsgebühr um einen Drittel.
10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 108 S. 2 f.)
1. Der Berufungskläger sei von Schuld und Strafe vollumfänglich freizusprechen.
 2. Eventualiter sei der Berufungskläger des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz nach Art. 19 Abs. 1 BetmG schuldig zu sprechen.
 3. Im Falle der Schuldigsprechung sei
 - 3.1 vom Widerruf der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. März 2018 ausgefallten bedingten Freiheitsstrafe abzusehen und stattdessen die Probezeit um ein Jahr zu verlängern;
 - 3.2 der Berufungskläger mit einer tieferen, angemessenen Freiheitsstrafe zu bestrafen; und
 - 3.3 der Vollzug der Freiheitsstrafe vollumfänglich aufzuschieben; eventualiter sei der Vollzug teilweise aufzuschieben und der zu vollziehende Teil auf sechs Monate festzulegen.
 4. Im Falle eines Freispruchs bzw. einer Bestrafung mit einer tieferen Freiheitsstrafe als derjenigen, die der Berufungskläger bereits verbüsst hat, sei ihm in Anwendung von Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO eine angemessene Genugtuung für den erstandenen Freiheitsentzug zuzusprechen.
 5. Von der Anordnung einer Landesverweisung und deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem sei abzusehen.
 6. Die mit Verfügung der Anklägerin vom 23. September 2019 beschlagnahmte Barschaft von insgesamt Fr. 13'747.85 sei nicht einzuziehen, sondern B._____ nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils herauszugeben.

7. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens inklusive der Kosten der amtlichen Verteidigung seien ausgangsgemäss neu zu verlegen.
8. Unter ausgangsgemässen Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.).

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Winterthur Unterland:
(Urk. 74, schriftlich, sinngemäss)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang und Umfang der Berufung

1. Erstinstanzliches Verfahren

1.1. Zum Verfahrensgang ab dem Zeitpunkt der Verhaftung des Beschuldigten am 17. September 2019 bis zur Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (fortan Staatsanwaltschaft) vom 3. Februar 2020 und Durchführung der erstinstanzlichen Hauptverhandlung kann auf die Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 17. März 2020 verwiesen werden (Urk. 68 S. 3f.).

1.2. Mit Urteil vom 17. März 2020 wurde der Beschuldigte des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen. Der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. März 2018 in einem früheren Strafverfahren gewährte bedingte Strafvollzug für die dannzumal ausgefallte Strafe von 8 Monaten (abzüglich 85 Tage Haft) Freiheitsstrafe wurde widerrufen. Unter Miteinbezug dieser widerrufenen Strafe wurde der Beschuldigte gesamthaft mit 22 Monaten Freiheitsstrafe unter Anrechnung von 267 Tagen erstandener Haft verurteilt, welche Strafe unbedingt ausgefällt wurde. Es wurde eine Landesverweisung von 10 Jahren ausgesprochen und deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem angeordnet. Im weiteren wurde über die sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Einziehung) und weitere sichergestellte Gegenstände (Einziehung von diversen Mobiltelefonen etc.) entschieden. Schliesslich wurde die durch die Staatsanwaltschaft beschlagnahmte Barschaft von Fr. 10'840.– und EUR 2'710.– zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet (Urk. 68 S. 31 ff.).

2. Berufungsverfahren

2.1. Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 15 ff.) erhob die Verteidigung mit Eingabe vom 17. März 2020 Berufung (Urk. 56). Das begründete Urteil wurde dem Beschuldigten resp. der Verteidigung am 25. Juni 2020 zugestellt (Urk. 62). Die Berufungserklärung der Verteidigung datiert vom 14. Juli 2020 (Urk. 70). Da-

rin focht diese die Ziffern 1 - 8 sowie 10 an und beantragte einen vollumfänglichen Freispruch; eventualiter verlangte sie einen Schuldspruch wegen eines Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz nach Art. 19 Abs. 1 BetmG, das Absehen von einem Widerruf der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. März 2018 ausgefallten Strafe und die Bestrafung mit einer tieferen, angemessenen Freiheitsstrafe unter (vollständigem, eventualiter teilweise) Aufschub des Strafvollzugs sowie das Absehen von einer Landesverweisung und Herausgabe der beschlagnahmten Barschaft an B._____ (Urk. 70 S. 2 f.).

2.2. Mit Eingabe vom 23. Juli 2020 verzichtete die Staatsanwaltschaft sinngemäss auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils. Sie ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung, welches Gesuch von der hiesigen Strafkammer bewilligt wurde (Urk. 74). Die Parteien wurden in der Folge zur Berufungsverhandlung auf den 6. November 2020 vorgeladen (Urk. 77).

2.3. Innert mit Präsidialverfügung vom 27. August 2020 angesetzter Frist nahm die Verteidigung zum Haftentlassungsgesuch (Gesuch um bedingte Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug) des Beschuldigten vom 30. Juli 2020 Stellung und beantragte, dass letzterer am 12. September 2020 aus dem vorzeitigen Strafvollzug zu entlassen sei (Urk. 78 - 81 und 84). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Stellungnahme (Urk. 83). Dem Gesuch wurde mit Präsidialverfügung vom 10. September 2020 entsprochen und der Beschuldigte per 12. September 2020 aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen. Der Beschuldigte wurde darauf hingewiesen, dass er nach wie vor zum persönlichen Erscheinen an der Berufungsverhandlung vom 6. November 2020 verpflichtet sei und nach seiner vorgesehenen Rückreise nach C._____ [Staat in Europa] rechtzeitig die notwendigen Abklärungen betreffend Reisebeschränkungen - und Quarantänevorschriften etc. im Zusammenhang mit der Corona-Krise vorzunehmen und seine Wiedereinreise rechtzeitig zu planen habe (Urk. 87).

2.4. Die Verteidigung beantragte mit Eingabe vom 2. Oktober 2020, das Gericht habe das Notwendige zu veranlassen, damit der Beschuldigte trotz erlassener Einreisesperre für drei Tage zur Teilnahme an der Berufungsverhandlung in die

Schweiz reisen könne. Ferner ersuchte die Verteidigung um Gewährung des freien Geleits i.S.v. Art 204 StPO, damit der Beschuldigte nicht bei der Ein- oder Ausreise verhaftet würde (Urk. 91 und 92/1-2). Der Vorsitzende teilte dem Verteidiger mit Schreiben vom 5. Oktober 2020 mit, dass der Beschuldigte mit seiner Hilfe selber beim Staatssekretariat für Migration (SEM) um vorübergehende Suspendierung der Einreisesperre nachsuchen müsse. Über die Frage des freien Geleits werde nach Gewährung des rechtlichen Gehörs gegenüber der Staatsanwaltschaft entschieden. Bei Weigerung des SEM, die Einreisesperre vorübergehend zu sistieren, bestünde die Möglichkeit, den Beschuldigten auf Antrag vom persönlichen Erscheinen an der Berufungsverhandlung zu dispensieren (Urk. 94). Nach Eingang der Stellungnahme der Staatsanwaltschaft wurde dem Beschuldigten vom Präsidenten mit Verfügung vom 9. Oktober 2020 das freie Geleit für die Teilnahme an der Berufungsverhandlung vom 6. November 2020 gewährt (Urk. 97).

2.5. Am 6. November 2020 fand die Berufungsverhandlung in Anwesenheit des Beschuldigten sowie seines amtlichen Verteidigers statt, in welcher dieser die eingangs aufgeführten Anträge stellte (Prot. II S. 9 ff.; Urk. 108 S. 2 f.).

3. Umfang der Berufung

Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Bei Anfechtung des Schuldspruchs mit Antrag auf Freispruch gelten für den Fall der Gutheissung automatisch auch damit zusammenhängenden Folgepunkte des Urteils, wie zum Beispiel die Nebenfolgen, vor allem der Zivilpunkt sowie Kosten- und Entschädigungsregelungen, aber auch Entscheidungen über Einziehungen, als angefochten. Bestätigt das Berufungsgericht den Schuldspruch, sind die weiteren nicht angefochtenen Urteilspunkte bei einer Beschränkung der Berufung nicht zu überprüfen (vgl. dazu SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar [kurz: Praxiskommentar StPO], 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 399 N 18; HUG/SCHIEDEGGER in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO [kurz: ZH Kommentar StPO], 3. Aufl. 2020, N 19 und 20 zu Art. 399; SPRENGER in: Niggli/Heer/ Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizeri-

sche Strafprozessordnung [kurz: BSK StPO], 2. Aufl., Basel 2014, Art. 437, N 31 f.).

Da der Beschuldigte das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich anfechtet und die Staatsanwaltschaft lediglich die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragt, ist dieses somit vollumfänglich zu überprüfen und in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen. Mangels Anschlussberufung seitens der Staatsanwaltschaft ist überdies das Verbot der reformatio in peius gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO zu beachten.

II. Schuldpunkt

1. Anklagevorwurf

Zum Anklagevorwurf kann auf die Anklageschrift und die Zusammenfassung im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 32 und Urk. 68 S. 4, Ziff. II.). Dem Beschuldigten wird kurz zusammengefasst die Übernahme von 51.1 Gramm Heroingemisch mit einem Reinheitsgehalt 37 % von D._____ zwecks Weiterverkaufs und das anschliessende Verstecken der Betäubungsmittel in einem Wurzelstock im Wald vorgeworfen. In subjektiver Hinsicht – so der Anklagevorwurf – habe der Beschuldigte zumindest annehmen müssen, dass es sich um eine Menge an Betäubungsmitteln handle, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen könne.

2. Sachverhalt

2.1. Das erstinstanzliche Gericht hat die Grundsätze der Beweiswürdigung sowie der Aussagenanalyse zutreffend dargestellt, es kann darauf verwiesen werden (Urk. 68 S. 5 f. Ziff. 2). Zu betonen ist mit der Vorinstanz, dass bei der Erstellung des Sachverhaltes das Augenmerk besonders auf die Glaubhaftigkeit der Aussagen einer Person und nicht in erster Linie auf deren Glaubwürdigkeit abzustellen ist. Indessen kann der Erwägung im erstinstanzlichen Urteil durchaus beigegeben werden und D._____ als recht glaubwürdig eingestuft werden, da er sich mit seinen Aussagen auch selber belastet hat respektive seine Belastung des Beschuldigten den eigenen Tatbeitrag nicht geringer erscheinen lässt (Urk. 68 S. 7).

2.2. Die Vorinstanz hat die Aussagen des Beschuldigten, von D._____ und des Zeugen E._____ sowie die weiteren Beweismittel – Wahrnehmungen der Polizeibeamten während der Fahndungspatrouille, sichergestellte Gegenstände, Telefondaten und DNA-Analysen – dargestellt (Urk. 68 S. 8 ff.), diese Beweismittel sorgfältig gewürdigt und schliesslich zutreffend den angeklagten Sachverhalt – mit Ausnahme des Reinheitsgrades, worauf zurückzukommen sein wird (siehe E. II.2.10.) – als erstellt betrachtet (a.a.O. S. 12 ff.). Es kann vorab darauf verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Soweit die Verteidigung hinsichtlich der Aussagen der im Polizeirapport dokumentierten Aussagen des Beschuldigten (Urk. 1 S. 2) vorbringt, diese seien nicht verwertbar, weil sie die strafprozessualen Anforderungen an eine Einvernahme nicht erfüllen würden und zudem in Abwesenheit der (notwendigen) Verteidigung durchgeführt worden seien (Urk. 108 S. 14 f.), ist sie damit nicht zu hören. Der Beschuldigte und D._____ wurden im Rahmen einer Fahndungspatrouille aufgrund ihres verdächtigen Verhaltens angehalten. Bei den besagten Aussagen handelt es sich um Feststellungen dieser Polizisten aus der unmittelbar vor Ort durchgeführten informellen Befragung des späteren Beschuldigten im Rahmen dieser polizeilichen Anhaltung, in welcher es zunächst einzig darum ging, festzustellen, ob eine mögliche Straftat vorliegen könnte und ob die Angetroffenen als beschuldigte Personen in Frage kommen (Art. 215 lit. b StPO; Urk. 9/2 S. 3 f.). Entgegen der Verteidigung handelt es sich dabei mithin nicht um eine Einvernahme im Sinne von Art. 158 f. StPO.

2.3. Anlässlich der Berufungsverhandlung beschränkte sich der Beschuldigte vorwiegend auf die pauschale Bestreitung, irgendetwas mit der Sache zu tun zu haben. Er sei am besagten 17. September 2019 zwar im Auto von D._____ gewesen und gerade erst ausgestiegen, um sein Portemonnaie holen zu gehen, als bereits die Polizei gekommen sei. Im Wald sei er nie gewesen. Von dem im Wald gefundenen Drogen wisse er nichts und habe auch nichts gesehen. Zum Autoschlüssel des VW Golf, den er bei der Anhaltung in der Hand hielt und im welchem für den Drogenhandel typische Utensilien gefunden wurden, gab er an, dies sei das Fahrzeug eines Bekannten gewesen, der den Wagen habe verkaufen wollen. Er habe diesen für eine Probefahrt gehabt. Von den im Fahrzeug gefundenen Drogenutensilien wisse er allerdings nichts (Prot. II S. 20 ff.). In Anbetracht seiner

pauschalen Bestreitungen und der sich bis ins Berufungsverfahren weiterziehenden Inkonsistenz der wenigen überhaupt vorhandenen Aussagen des Beschuldigten, beispielsweise was den VW Golf betrifft, ändert sich an der bereits von der Vorinstanz erlangten Einschätzung, wonach die Aussagen des Beschuldigten als unglaublich einzustufen seien, mithin nichts (vgl. Urk. 68 S.12).

2.4. Der Beschuldigte wird massgeblich durch die Aussagen von D._____ belastet, der in der polizeilichen Befragung am Tag nach der Verhaftung angab, er habe von einem gewissen F._____ das in der Wohnung seines Sohnes sichergestellte braune Pulver erhalten; er hätte diese Pulver mischen sollen und dafür Fr. 1'000.– bekommen. Nach der Menge befragt, gab D._____ an, er habe ein halbes Kilo Heroinpulver erhalten sowie ebensoviel Streckmittel, von welchem er ca. 250 Gramm mit 500 Gramm Heroin vermischt und so rund 750 Gramm gestrecktes Heroingemisch erhalten habe. Dieses habe er in Portionen zu 50 Gramm abgepackt. A'._____ (gemeint der Beschuldigte) habe auch 50 Gramm gekriegt (Urk. 7/1 S. 3 ff.). Er habe ihm dieses gegeben, als A._____ am Verhaftungstag in sein Auto gestiegen sei; der Beschuldigte sei dann ausgestiegen und habe diese Portion irgendwo gelassen und sei wieder eingestiegen; darauf habe er ihn zurück gefahren. Der Beschuldigte habe ihm Fr. 1'000.– in kleiner Stückelung gegeben, es seien die Fr. 1'000.– gewesen, die er in der Brusttasche gehabt habe (a.a.O. S. 6).

2.5. Diese Angaben wiederholte D._____ weitgehend anlässlich der Hafteinvernahme gegenüber der Staatsanwältin (Urk. 7/2). Entgegen der Verteidigung (Urk. 108 S. 22) ist diese Einvernahme auch durchaus verwertbar: Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist, sofern sich die Strafverfolgungsbehörden auf Aussagen eines Beschuldigten aus einem getrennt geführten Verfahren abstützen, dem Konfrontationsrecht Rechnung zu tragen. Solche Aussagen können verwertet werden, solange der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, die ihn belastenden Aussagen in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Beschuldigten im getrennten Verfahren zu stellen (BGE 140 IV 172 E. 1.2.3. und 1.3.). Diese Gelegenheit wurde dem Beschuldigten anlässlich der Konfrontationseinvernahme vom

29. November 2019 (Urk. 8/1) gewährt. In dieser entsprechend ohne Weiteres verwertbaren Einvernahme führte D._____ aus, die 50 Gramm habe er einfach abgezweigt und das Geld von A._____ wäre in seine eigene Tasche gegangen. Ebenso bestätigte D._____ seine Aussagen in der Konfrontationseinvernahme vom 29. November 2019, wobei er dieses Mal angab, er habe A._____ 50 Gramm übergeben und von diesem Fr. 1'090.– plus zweimal Fr. 5.– in Münzen, total mit hin Fr. 1'100.– für die 50 Gramm Heroingemisch erhalten. Das Geld habe er in der Jacken-Innentasche versorgt, die Münzen habe er im Hosensack gehabt. Die Fr. 1'000.– in der Brusttasche habe er von F._____ für das Mischen der Drogen erhalten. A._____ sei mit dem Heroingemisch in den Wald gegangen, er wisse aber nicht, wo er das deponiert habe, er sei ca. 5 Minuten weg gewesen, die Polizei habe alles gesehen. Danach gefragt, wie es dazu gekommen sei, dass er dem Beschuldigten dieses Heroin verkauft habe, erklärte D._____, er habe am 17. September 2019 um den Mittag zufällig den Beschuldigten im Zentrum G._____ [Ortschaft] getroffen und ihn gefragt, ob er ihm helfen könne, die 50 Gramm zu veräussern. A._____ habe darauf gesagt, er solle es ihm geben, er werde dann versuchen, es weiter zu geben. Sie hätten dann das Treffen für die Übergabe in H._____ abgemacht und er habe einfach Fr. 1'000.– dafür verlangt (Urk. 8/1 S. 5 ff.).

2.6. Gemäss Polizeirapport wurde im Waldstück zwischen der I._____ -strasse und dem J._____ -weg in der Nähe der Wohnung der Schwester des Beschuldigten in einem hohlen Baumstumpf unter anderem eine Portion Heroin von ca. 53 Gramm sichergestellt (Urk. 1 S. 4 sowie Urk. 7/1 S. 11 und 19/1 S. 5). Dass es sich bei dem im Wald gefundenen Heroingemisch um eine Portion aus dem Bestand der – nach Angaben von D._____ – für F._____ gemischten Menge von rund 750 Gramm handelte, lässt sich sodann daraus schliessen, dass sowohl an den Verpackungen der in der Wohnung des Sohnes von D._____, wo letzterer logierte, sichergestellten Heroinportionen als auch an der im Wald gefundenen Heroin-Portion jeweils DNA gefunden wurde, die mit grösster Wahrscheinlichkeit von D._____ stammt (Urk. 17/1 S. 3 und Urk. 24/4 S. 2 betreffend A013'040'465 [A013025235], Urk. 17/1 S. 3 und Urk. 24/4 S. 3 betreffend A013'040'443

[A013'025'279] sowie Urk. 17/1 S. 11 und Urk. 24/4 S. 4 betreffend A013'040'476 [A013'026'147]).

2.7. Die Angaben von D._____, wonach er die Heroportion dem Beschuldigten im Auto übergeben gehabt habe, worauf dieser die Drogen im Wald deponiert habe und wieder zu ihm ins Auto zurückgekehrt sei, erscheinen insbesondere auch deshalb glaubhaft, weil sie sich mit den Wahrnehmungen des Polizeibeamten E._____ decken. Dieser gab als Zeuge an, er habe im Waldstück bei H._____ in seinem Wagen sitzend beobachtet, wie A._____ an seinem Auto (des Polizisten) vorbei gegangen und wenige Minuten später wieder zurückgekommen und dann auf der Beifahrerseite des – wie sich bei der Verhaftung herausstellte – von D._____ gelenkten und in der Nähe wartenden Fahrzeugs eingestiegen sei (Urk. 9/4 S. 2 f.). Dass beim Beschuldigten keine auffällig dreckigen Schuhe festgestellt und beim Drogenversteck keine Schuhspuren erhoben wurden, wie die Verteidigung vorbringt (Urk. 108 S. 10), vermag diese übereinstimmenden belastenden Momente keineswegs zu widerlegen.

2.8. Zum Einwand der Verteidigung, man hätte an der sichergestellten Kunststoffbox und am Minigrip DNA- oder Dakty-Spuren finden müssen, wenn die Version von D._____ der Wahrheit entsprechen sollte (Urk. 50 S. 5; Urk. 108 S. 5 ff.) ist Folgendes festzustellen: Es trifft zu, dass bei verschiedenen Spurenasservaten aufgrund der inkompletten DNA-Mischprofile sichere Interpretationen bezüglich Spurengewerkschaft nicht möglich waren (Urk. 24/4 S. 5). Dies war insbesondere bei den Asservaten A013'040'498 und 512 der Fall, die ab den im Waldstück zwischen I._____ -strasse und J._____ -weg aus einem hohlen Baumstrunk (Drogenbunker) sichergestellten Behältnissen – Kunststoffbox "COMBAT" olivgrün, in welcher das Heroingemisch gefunden wurde und Metall-Dose "Petalini" (A013026136) – genommen wurden (Urk. 17/1 S. 10 f.). Dies und der Umstand, dass keine Spuren vom Beschuldigten auf der Verpackung der im Wald sichergestellten Portion Heroingemisch gefunden wurden, schliesst mit der Vorinstanz (Urk. 68 S. 13) indessen nicht aus, dass der Beschuldigte die sichergestellte Portion über eine kurze Strecke getragen und im Wald versteckt hatte. Aus dem Sicherstellungsbericht ergibt sich nämlich, dass die im Waldstück bei H._____ ge-

fundene Heroportion in Zeitungspapier gewickelt war (Urk. 17/1 S. 11 und 19/1 S. 5). Um das Heroin gemäss Einwand der Verteidigung zuerst anschauen zu können, hätte der Beschuldigte einfach das Zeitungspapier aufwickeln können, ohne die Plastikverpackung zu berühren. Mithin verfängt die diesbezügliche Argumentation der Verteidigung nicht. Dass es der Beschuldigte war, der das sichergestellte Heroin im Wald versteckte, ergibt sich insbesondere aus den Beobachtungen der Polizei, sein Zusammensein mit D. _____ im Zeitpunkt der Verhaftung, der Auswertung der Telefondaten seiner beiden Mobiltelefone und der im VW Golf sichergestellten Betäubungsmittelutensilien.

2.9. So passte der Schlüssel, den der Beschuldigte bei der Verhaftung in der Hand hielt, zu einem ganz in der Nähe parkierten VW Golf. Im Kofferraum wurden Betäubungsmittelutensilien wie Digitalwaage, Löffel, etc. gefunden und an einigen dieser Gegenstände wurden Dakty-Spuren des Beschuldigten fest gestellt, so auf der Alufolie und dem Knittersack, die sich im Kofferraum befanden (Urk. 5 S. 6). Diese Indizien verstärken die Beweislage zusätzlich, so dass mit der Vorinstanz feststeht, dass der Beschuldigte im Drogenhandel tätig war (Urk. 68 S. 13). Dies wird im übrigen durch die Datenauslesung der beiden im Zimmer des Beschuldigten sichergestellten Mobiltelefone bestätigt. Aus dem polizeilichen Ermittlungsbericht ergibt sich, dass die Auslesung nur wenige Daten lieferte, was den Rückschluss zulässt, dass die Daten jeweils sofort oder zeitnah gelöscht wurden. Nach der Verhaftung des Beschuldigten erfolgten jedoch Dateneingänge auf seinem Nokia Handy, deren Rufnummern Personen zugeordnet werden konnten, die in der Vergangenheit polizeilich bereits als Betäubungsmittelkonsumenten in Erscheinung getreten waren. Auf dem zweiten Mobiltelefon, einem Huawei Handy, fanden sich wieder die gleichen Rufnummern jener Betäubungsmittelkonsumenten, welche auch im Nokia Handy gefunden wurden (Urk. 5 S. 8). Weiter ergibt sich aus der Datenauslesung des Huawei Gerätes, dass dieses Kontakt zu D. _____ hielt, der seine Beteiligung bezüglich der Heroinlieferung von "F. _____" zugab, und dass die vorgefundenen SMS verklausulierte Dialoge mit polizeilich bekannten Betäubungsmittelkonsumenten aus früheren Betäubungsmittelverfahren enthielten (Urk. 5 S. 9). Mithin ist auch der angeklagte Sachverhalt dahingehend erstellt, dass der Beschuldigte das versteckte Heroin weiterverkaufen wollte.

Weder machte der Beschuldigte geltend, das Heroin selber konsumieren zu wollen, noch liegen dafür objektive Anhaltspunkte vor. Ganz im Gegenteil weist das Ergebnis der Haaranalyse des Instituts für Rechtsmedizin (IRM) auf einen schwachen bis mittelstarken Kokainkonsum des Beschuldigten hin, zumindest im Zeitraum von ca. Ende August bis Ende September 2019. Damit steht fest, dass der Beschuldigte selbst kein Heroin konsumierte (Urk. 22/8 S. 3). Die gesamten Indizien zusammen verdichten sich derart zu einem logischen Ganzen, dass keinerlei unüberwindbare Zweifel daran bestehen, dass sich der angeklagte Sachverhalt – inklusive der Weitergabeabsicht bezüglich des Heroins – wie geschildert ereignete.

2.10. Hinsichtlich der von D. _____ an den Beschuldigten übergebenen Heroinmenge ist auf das Gutachten des Forensischen Instituts Zürich vom 11. Oktober 2019 abzustellen. Dieses kommt zum Schluss, das vom Beschuldigten entgegengenommene Heroin weise einen Gehalt von 37 % Hydrochlorid auf, was eine Reinsubstanz von 18.9 Gramm ergebe (Urk. 19/3/3 S. 2). Die Verteidigung wies wie bereits vor Vorinstanz darauf hin, die Anklage verschweige, dass der im Gutachten mit 4 % bezifferte Vertrauensbereich bei dieser Mengenangabe noch nicht berücksichtigt sei. Gemäss Gutachten betrage der Reinheitsgrad somit 33 % bis 41 % (Urk. 50 S. 12 f.; Urk. 108 S. 17, 23). Zugunsten des Beschuldigten ist vorliegend – insbesondere da dies für die rechtliche Qualifikation namentlich, ob ein qualifizierter Fall vorliegt und der Tatbestand von Art. 19 Abs. 2 lit. a. BetmG erfüllt ist (vgl. dazu nachfolgend), von Bedeutung sein könnte – von einem Reinheitsgehalt von 33 % auszugehen (vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 6B_632/2019 vom 20. August 2019 E. 1.2 - 1.4). Somit ergibt sich eine anrechenbare Menge von 16.86 Gramm reinem Heroin.

2.11. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der äussere Sachverhalt gemäss Anklage bis auf den Reinheitsgrad des Heroins, bei dem von 33 % auszugehen ist, aufgrund des Beweisergebnisses erstellt ist. Im übrigen ist festzuhalten, dass dem Beschuldigten in der Anklage nur der Besitz des beschlagnahmten Heroingemischs zwecks Weiterverkauf vorgeworfen wird, nicht aber tatsächlich erfolgte

Verkäufe an Drogenabnehmer und auch nicht das Anstaltentreffen dazu im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g i.V.m. lit. c BetmG.

2.12. Darauf, was der Beschuldigte bezüglich der Menge und Gefährlichkeit der von ihm übernommenen und versteckten Drogen annahm oder in Kauf nahm, wird im Rahmen der rechtlichen Würdigung zurückzukommen sein.

3. Rechtliche Würdigung

3.1. Einwand der Verteidigung

Die Verteidigung hält wie anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung jedoch dafür, es liege bloss ein leichter Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 1 BetmG vor. So stelle sich die Frage, welches Wissen dem Beschuldigten bezüglich der gekauften Menge und dem massgeblichen Reinheitsgehalt angerechnet werden könne und dürfe. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung habe das Gericht im Einzelfall zu prüfen, ob der Täter tatsächlich gewusst habe oder nach den Umständen wissen musste, dass die in Frage stehende Drogenmenge geeignet sei, eine gesundheitliche Gefahr für eine Vielheit von Menschen zu schaffen (Urk. 50 S. 7 ff.; Urk. 108 S. 17 ff.).

3.2. Rechtsgrundlagen

a) Gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. d StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer Betäubungsmittel unbefugt besitzt, aufbewahrt, erwirbt oder auf andere Weise erlangt. Art. 19 Abs. 1 BetmG untersagt alle Handlungen, die dazu führen, dass Drogen in den Umlauf geraten oder allfälligen Konsumenten zugänglich gemacht werden (Urteil des Bundesgerichts 6S. 229/2005 vom 20. Juli 2005 E. 1.1). Ein schwerer Fall nach Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG liegt vor, wenn der Täter weiss oder annehmen muss, dass die Widerhandlung mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. In diesem Fall wird er mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft; mit dieser kann eine Geldstrafe verbunden werden (Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG).

b) Ein mengenmässig schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG liegt vor, da die einzige objektive Voraussetzung, dass die Widerhandlung geeignet sein muss, die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr zu bringen, vorliegend erfüllt ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes sind "viele Menschen" ab einer Personenzahl von 20 gegeben und deren Gesundheitsgefährdung ist bei einer umgesetzten Menge von 12 Gramm Heroin erreicht. Im übrigen kann zur qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz auf die Rechtsprechung verwiesen werden (BGE 145 IV 312 E. 2.1.1; Urteil des Bundesgerichtes 6B_1226/2015 vom 5. August 2016 E. 2.4.4. [nicht publ. in BGE 142 IV 401]; je mit Hinweisen).

c) Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG gelangt auch zur Anwendung, wenn die Droge noch nicht an Dritte abgegeben wurde, aber zur Abgabe an Dritte bestimmt war. Bereits der Besitz einer qualifizierten Drogenmenge begründet in einer solchen Konstellation eine ausreichende Gefährdung einer Vielzahl von Menschen im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (Urteile des Bundesgerichtes 6B_1440/2019 vom 25. Februar 2020 E. 2.3.1; 6B_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 4.3.2; je mit Hinweisen; FINGERHUT/SCHLEGEL/JUCKER, Kommentar Betäubungsmittelgesetz, 3. Aufl. 2016 [kurz. Kommentar BetmG], N. 190 zu Art. 19 BetmG; HUG-BEELI, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, 2016 [kurz Hug-Beeli BetmG-Kommentar], N. 1026 zu Art. 19 BetmG). Eine mengenmässig qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG kann bereits in der Form des Anstaltentreffens nach Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG begangen werden. Selbst wer die Betäubungsmittel noch nicht besitzt, macht sich in diesem Sinne strafbar, sofern er beabsichtigt hat, eine qualifizierte Tat zu vollenden, welche ohne weiteres möglich ist (BGE 138 IV 100 E. 3.6).

d) Stehen die Menge des gehandelten Drogengemisches und der Reinheitsgrad d.h. die reine Drogenmenge – wie vorliegend – fest, ist zu prüfen, auf welche Menge sich der Vorsatz des Täters erstreckte und es ist zu fragen, welche reine Drogenmenge der Täter in Kauf nahm. Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Eventualvorsatz liegt vor, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Ver-

wirklichung des Tatbestandes für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein. Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm betrifft ein innerer geistiger Vorgang, der nur aufgrund äusserer Umstände geprüft werden kann (BGE 137 IV 1 E. 4.2.3; BGE 135 IV 12 E. 2.3.2; 134 IV 26 E. 3.2.2; je mit Hinweisen). Die Inkaufnahme durch Billigen oder Einverständnis im Sinne des Eventualvorsatzes erfasst auch den unerwünschten, aber um des Handlungsziels willen hingenommenen Erfolg (Urteil des Bundesgerichts 6B_939/2013 vom 17. Juni 2014 E. 2 mit Hinweis). Bei Drogendelikten ist ausserdem zu prüfen, welche reine Drogenmenge der Täter in Kauf nahm. Der Richter soll auch dann Vorsatz annehmen dürfen, wenn er Umstände feststellt, die diesem die Gemeingefährlichkeit seines Tuns aufdrängen mussten. Es ist zu prüfen, ob der Täter tatsächlich gewusst hat oder nach den Umständen wissen musste, dass die in Frage stehende Drogenmenge nach der Art des Betäubungsmittels geeignet ist, eine gesundheitliche Gefahr für eine Vielheit von Menschen zu schaffen (HUG-BEELI, BetmG-Kommentar, Art. 19 N 1013 ff.). Dafür muss dem Täter zumindest bekannt sein, ob die Droge eine harte oder eine weiche ist. Jedoch ist die exakte Kenntnis der massgebenden Grenzmenge nicht nötig, sondern es genügt das Bewusstsein, dass die Drogenmenge quantitativ erheblich ist. Ebenso genügt die Kenntnis, dass der Gebrauch des betreffenden Betäubungsmittels beträchtliche Schädigungen der menschlichen Gesundheit zu bewirken vermag, es braucht keine genaue Kenntnis der medizinischen Wirkungen des Stoffs (Kommentar BetmG N. 202 f. zu Art. 19 mit Verweis auf BGE 104 IV 214).

3.3. Subsumtion

a) Zunächst ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der Beschuldigte den objektiven Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG erfüllte, indem er von D._____ Heroin erwarb und dieses anschliessend im nahe gelegenen Wald versteckte (Urk. 68 S. 14 f.).

b) Der Beschuldigte erhielt 50 Gramm Heroingemisch. Dabei handelt es sich um eine erhebliche Menge. Aufgrund der Angaben von D._____ ist anzunehmen, dass der Beschuldigte 50 Gramm Heroingemisch übernehmen wollte. Jedenfalls

hatte er eine ungefähre Ahnung, um wieviel Drogen es sich handelte, als er das Heroingemisch in den Wald trug und versteckte. Was sein Wissen um den Reinheitsgehalt anbelangt, ist der Vorinstanz beizupflichten, dass mit Bezug auf den Vorsatz jeweils grundsätzlich vom Reinheitsgrad der sichergestellten Drogen ausgegangen werden darf. Dies jedenfalls solange, als einerseits keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Reinheitsgrad der beschlagnahmten Drogen deutlich von demjenigen von durchschnittlich sich im Umlauf befindlichem Heroin abweicht und andererseits keine Umstände ersichtlich sind, weshalb der Beschuldigte von besonders schlechter Qualität ausgegangen wäre. Vorliegend wird wie oben ausgeführt zugunsten des Beschuldigten von einem Reinheitsgrad von 33 % des von ihm übernommenen Heroingemischs ausgegangen. Dieser Wert liegt jedenfalls im Rahmen der gemäss Statistik der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM) im Jahr 2019 sichergestellten und analysierten Heroin-konfiskate (vgl. Verweis auf die massgebliche Website unten). Nachdem auch keine anderslautenden Angaben des Beschuldigten vorliegen, ist davon auszugehen, dass dieser zumindest in Kauf nahm, Heroin mit durchschnittlichem, d.h. mittlerem, Reinheitsgehalt zu übernehmen. Diese Annahme rechtfertigt sich auch aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichtes wonach für den Fall, dass keine Betäubungsmittel sichergestellt wurden, von einer durchschnittlichen Qualität von Drogen auszugehen sei, solange es keine Hinweise auf eine besonders reine oder gestreckte Substanz gebe (vgl. dazu auch 6B_1081/2018 Urteil vom 10. September 2019 E. 3.1. sowie 6B_1068/2014 Urteil vom 29. September 2015 E.1.5. mit Verweis auf BGE 138 IV 100 E. 3.5.). Die Vorinstanz hat bereits zutreffend die Argumentation der Verteidigung, wonach der Beschuldigte aufgrund des tiefen Preises für die 50 Gramm Heroingemisch auf eine schlechte Qualität hätte schliessen können (Urk. 50 S. 10 f.; Urk. 108 S. 18), entkräftet (Urk. 68 S. 17 f.). Aufgrund der Angaben von D._____, der am 18. September 2019 wie folgt aussagte (Urk. 7/2 S. 5): "Ich habe A._____ von dieser Sache erzählt. A._____ sagte, ich solle ihm 50 Gramm bringen. F._____ wusste davon nichts. Ich sollte F._____ einfach 700 Heroin-Gemisch übergeben. Die 50 Gramm für A._____ habe ich abgezweigt..." darf auf das Wissen des Beschuldigten, dass das ihm übergebene Heroin aus einer grösseren Menge von rund 750 Gramm stammte, geschlossen

werden. Somit kann mit der Vorinstanz auf den Reinheitsgehalt gemäss Tabelle SGRM für Konfiskate in der Grössenordnung $100 < 1'000$ Gramm abgestellt werden, welcher 38.9 % (Mittelwert für Heroinbase) respektive 43.8 % (Mittelwert für Heroinhydrochlorid) beträgt (vgl. Statistik der SGRM

<https://www.sgrm.ch/de/forensische-chemie-und-toxikologie/fachgruppe-forensische-chemie/statistiken-kokain-und-heroin/>; zuletzt besucht am

23. Oktober 2020). Aber auch bei kleineren Mengen von $10 < 100$ Gramm betrug der Reinheitsgehalt des im Jahr 2019 im Umlauf befindlichen Heroingemischs 28.5 % (Mittelwert Heroinbase) und 31.2 % (Mittelwert Heroinhydrochlorid). Diese Werte zeigen, dass angenommen werden darf, der Reinheitsgehalt von 33 % sei vom (Eventual-)Vorsatz des Beschuldigten gedeckt gewesen.

c) Im vorliegenden Fall hat der Beschuldigte das beschlagnahmte Heroingemisch besessen, um es einem unbestimmten Abnehmerkreis weiterzugeben, zumal er selbst kein Heroin konsumierte. In dieser Konstellation, in welcher das vom Beschuldigte von D._____ erworbene und alsdann aus dem Drogenbunker im Wald nahe des Logis des Beschuldigten beschlagnahmte Heroin grundsätzlich zur Weitergabe bestimmt war, schuf der Beschuldigte eine Gefahr für die Gesundheit vieler Menschen im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, selbst wenn eine konkrete Weitergabe im vorliegenden Fall noch nicht erstellt ist. Dies hat umso mehr zu gelten, als sich selbst der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz strafbar macht, wer die Betäubungsmittel zwar noch nicht besitzt, jedoch wissentlich und willentlich Anstalten trifft, eine qualifizierte Tat zu vollenden, welche ohne weiteres möglich ist (BGE 138 IV 100 E. 3.6 S. 106 betr. Anstaltentreffen zur Einfuhr von Betäubungsmitteln). Dass die reale Möglichkeit der Weitergabe vorliegend ebenfalls erfüllt ist, ergibt sich aus den erstellten Telefonkontakten des Beschuldigten zu polizeilich bekannten Betäubungsmittelkonsumenten.

d) Zusammengefasst ergibt sich, dass der Beschuldigte des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen ist.

III. Strafe und Widerruf

1. Strafzumessungskriterien

1.1. Die Vorinstanz hat die allgemeinen Strafzumessungskriterien und die für Betäubungsmitteldelikte im besonderen zu beachtenden Grundsätze zutreffend aufgeführt (Urk. 68 S. 19 ff.). Es kann vorab darauf verwiesen werden. Zu ergänzen bzw. deutlich zu machen ist jedoch, dass das Bundesgericht in BGE 145 IV 146 seine Rechtsprechung zur Gesamtstrafenbildung beim Widerruf einer Vorstrafe geändert und die Grundsätze zur Gesamtstrafenbildung nach Art. 49 Abs. 1 StGB in BGE 144 IV 217 festgehalten hat.

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

1.3. Da der Beschuldigte im vorliegenden Fall innert der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. März 2018 festgesetzten Probezeit von zwei Jahren für die ausgefallte Freiheitsstrafe von 8 Monaten delinquierte (Urk. 30/1), ist vorab zu prüfen, ob der gewährte bedingte Strafvollzug zu widerrufen ist. Im bejahenden Fall und unter der Voraussetzung gleichartiger Strafarten ist alsdann methodisch zuerst die Strafe für das während der Probezeit begangene Delikt des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz festzusetzen und hernach im Falle des Widerrufs mit der Vorstrafe eine Gesamtstrafe zu bilden, wie die Vorinstanz korrekt festhielt (Urk. 68 S. 25).

2. Widerruf

2.1. Bezüglich der rechtlichen Voraussetzungen für den Widerruf der vom Bezirksgericht Zürich am 28. März 2018 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 8 Monaten zufolge erneuter Delinquenz des Beschuldigten während der im gleichen Urteil angesetzten Probezeit kann – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – vollumfänglich auf die korrekten Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 68 S. 25 f.).

2.2. Den ebenfalls zutreffenden Erwägungen bezogen auf den vorliegenden konkreten Fall kann hinzugefügt werden, dass sich der Beschuldigte nicht nur durch die ausgesprochene Freiheitsstrafe nicht beeindrucken liess, sondern ebenso wenig durch die im dortigen Verfahren erstandene 85-tägige Untersuchungshaft. Durch sein trotz der Verurteilung sofort wieder aufgenommenes Delinquieren offenbart sich nicht nur die Unbelehrbarkeit des Beschuldigten, sondern auch dessen Ignoranz gegenüber der Rechtsordnung seines Aufenthaltsstaates und den fehlenden Willen, sich daran zu halten. Auch seine persönlichen Verhältnisse zeugen nicht von verlässlichen existenzsichernden Grundlagen, aufgrund welcher Anhaltspunkte für ein Absehen von deliktischem Verhalten gegeben wären. Der bedingte Vollzug der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. März 2018 ausgefallten Freiheitsstrafe ist somit zu widerrufen. Damit ist die Vorstrafe von 8 Monaten Freiheitsstrafe in Anwendung von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB in die Gesamtstrafenbildung einzubeziehen.

3. Strafzumessung im konkreten Fall

3.1. Strafraumen

a) Ausgehend von Art. 19 Abs. 1 lit. d. in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG ergibt sich der vorliegend massgebliche (sehr weite) Strafraumen von einem bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe (Art. 40 Abs. 2 StGB), womit eine Geldstrafe von einem bis zu 180 Tagessätzen verbunden werden kann (Art. 34 Abs. 1 StGB). Art. 19 Abs. 3 lit. b BetmG sieht einen fakultativen Strafmilderungsgrund bei einer qualifizierten Widerhandlung gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG vor, wenn

der Täter von Betäubungsmitteln abhängig ist und diese Widerhandlung zur Finanzierung des eigenen Betäubungsmittelkonsums hätte dienen sollen.

b) Schliesslich ist festzustellen, dass keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Beschuldigte das Heroin einzig zur Finanzierung seines Kokainkonsums verkaufen wollte, ebenso wenig wie für die von ihm behauptete gemachte Kokainsucht. Die Haaranalyse jedenfalls ergibt keine Hinweise auf eine Sucht, sondern nur auf einen schwachen bis mittelstarken Konsum während eines Monats (Urk. 5 S. 6 und 22/8 S. 3). Auch fehlen gemäss dem Vollzugsbericht der Justizvollzugsanstalt Cazis Tigne vom 25. August 2020 konkrete Hinweise auf eine aktuelle Suchtproblematik (Urk. 79), was vom Beschuldigten bestätigt wurde (Prot. II S. 15). Der fakultative Strafmilderungsgrund kommt hier somit nicht zur Anwendung und es bleibt bei einem Strafrahmen von einem bis 20 Jahren Freiheitsstrafe, wobei mit der Freiheitsstrafe eine Geldstrafe verbunden werden kann.

3.2. Tatkomponenten

a) Wie beim objektiven Sachverhalt festgehalten, ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte 51.1 Gramm Heroingemisch entgegennahm, wobei von einem Reinheitsgehalt von 33 % auszugehen ist, was 16.863 Gramm reinem Heroin entspricht. Diese knapp 17 Gramm liegen leicht, aber klar über dem Grenzwert für die Annahme eines qualifizierten Falles. Der Beschuldigte ist sodann angesichts der beträchtlichen, aber noch nicht allzu grossen Heroinmenge, die er übernommen hatte, nicht in der untersten Hierarchiestufe des Drogenhandels anzusiedeln. Trotz Vorliegens verschiedener Hinweise auf einen allfälligen Handel des Beschuldigten (einschlägige Utensilien für den Betäubungsmittelhandel im VW Golf, Waldversteck als Drogenbunker, umgehenden Löschen von eingehenden Anrufen auf dem Nokia Handy, Kontakt zu diversen Betäubungsmittelkonsumenten) ist nichts Genaueres über seine Rolle bekannt. Letztlich wird ihm in der Anklage auch nur – aber immerhin – der Besitz zum Zwecke des Verkaufs vorgeworfen. Insgesamt erscheint das objektive Tatverschulden, das an sich nicht unerheblich ist, angesichts des massgeblichen weiten Strafrahmens somit noch leicht und mit der Vorinstanz eine Einsatzstrafe von 13 Monate Freiheitsstrafe dem Verschulden des Beschuldigten gerade noch angemessen.

b) In subjektiver Hinsicht ist leicht entlastend zu gewichten, dass der Beschuldigte mit Bezug auf die übernommene Menge respektive den Reinheitsgehalt und die damit verbundene Gesundheitsgefährdung vieler Menschen eventualvorsätzlich handelte. Wie vorstehend dargelegt ist aufgrund der äusseren Umstände und des Beweisergebnisses davon auszugehen, dass der Beschuldigte mit Heroin handelt und zu diesem Zwecke als eigentlicher Kriminaltourist in die Schweiz reist. Dies zeugt von einer erheblichen kriminellen Energie, was sich verschuldenserhöhend auswirkt. Schliesslich ist dem Beschuldigten entgegen zu halten, dass die Delinquenz einfach zu vermeiden gewesen wäre, da er einer legalen Arbeitstätigkeit hätte nachgehen und mit dem Einkommen seinen Lebensunterhalt hätte bestreiten können. Mithin sind ausser finanziellen und damit egoistischen Motiven keine anderen ersichtlich, so dass das objektive Tatverschulden insgesamt nicht relativiert wird. Aufgrund der Tatkomponenten ergibt sich eine angemessene Strafe von 13 Monaten Freiheitsstrafe.

3.3. Täterkomponenten

a) Der Beschuldigte wurde nach Verbüßung von zwei Dritteln der erstinstanzlich ausgesprochenen Strafe bedingt aus dem Strafvollzug entlassen (Urk. 89 und 90) und hat die Schweiz verlassen, nachdem seine Wegweisung verfügt wurde (Urk. 91 und 92/1-2). Für die heutige Verhandlung ist er – nach Gewährung des freien Geleits sowie kurzzeitiger Suspension der Einreisesperre (Urk. 107) – erneut in die Schweiz gereist (Prot. II S. 17 f.). Gemäss seinen Angaben an der Berufungsverhandlung arbeitet der Beschuldigte seit seiner Rückkehr in sein Heimatland im Restaurant seines Vaters und wohnt mit seiner Freundin B. _____ zusammen, mit der er ein gemeinsames Kind hat. Finanziell gehe es ihm gut und er sei zufrieden so. Er plane die Eröffnung mehrerer Restaurants in C. _____ (Prot. II S. 12 ff.).

Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass sich aus dem Werdegang und den persönlichen Verhältnissen keine strafzumessungsrelevanten Aspekte ergeben. Seine Panikstörung wird nun auch medikamentös behandelt, und es bestehen keine Hinweise auf eine aktuelle Suchtproblematik (Urk. 79).

b) Der Beschuldigte weist in der Schweiz drei Vorstrafen auf. Er wurde am 7. Februar 2011 wegen Fahrens in fahruntfähigem Zustand zu einer bedingten Geldstrafe von 50 Tagessätzen, am 2. Mai 2014 wegen Hehlerei und Vergehen gegen das Waffengesetz zu einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen bei einer Probezeit von 5 Jahren sowie mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. März 2018 wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung, Misswirtschaft und Unterlassung der Buchführung zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten abzüglich 85 Tage Untersuchungshaft bei einer Probezeit von 3 Jahren verurteilt (Urk. 71). Diese Vorstrafen sind zwar nicht einschlägig, zeigen jedoch deutlich, dass der Beschuldigte grosse Mühe bekundet, sich an die hiesige Rechtsordnung zu halten. Der Beschuldigte weist nicht nur drei Vorstrafen auf, sondern delinquierte ausserdem während der Probezeit. Beides wirkt sich deutlich strafe erhöhend aus und führt zu einer Erhöhung um rund einen Drittel auf 17 Monate Freiheitsstrafe für die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz.

c) Zusammengefasst erweist sich aufgrund der relevanten Strafzumessungsfaktoren und dem Verschulden des Beschuldigten für das heute zu beurteilende Betäubungsmitteldelikt eine Freiheitsstrafe von 17 Monaten als angemessen.

3.4. Einbezug der zu widerrufenden Vorstrafe

Die relevante Vorstrafe beträgt 8 Monate Freiheitsstrafe, womit das Erfordernis der gleichartigen Strafen zur Bildung einer Gesamtstrafe erfüllt ist.

Die Vorstrafe stellt ihrerseits eine Gesamtstrafe dar, denn der Beschuldigte delinquierte gemäss der damaligen Anklage, die dem Urteil zugrunde liegt, indem er ohne betriebswirtschaftliche Ausbildung oder praktische Kenntnisse als Gesellschafter und Geschäftsführer eine GmbH übernahm, zwischen dem 21. Dezember 2012 und dem 13. März 2013 firmenzweckfremde Waren bezog, für seinen privaten Gebrauch verwendete, ohne die GmbH dafür zu entschädigen und weder eine Buchhaltung führte noch eine Zwischenbilanz erstellte oder die Bilanz deponierte, obwohl die begründete Besorgnis einer Überschuldung bestand (Beizugsakten GG170229 Urk. 10 S. 2 ff. [Anklage] und Urteil vom 28. März 2018). Dem Umstand des Vorliegens zweimaliger Asperation in Einsatz- und Vorstrafe ist mit

einer gemässigten Berücksichtigung Rechnung zu tragen (BGE 145 IV 146 E. 2.4.2).

Die Vorinstanz erhöhte die Einsatzstrafe für das Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz von 17 Monaten Freiheitsstrafe asperierend um $\frac{2}{3}$ der zu widerrufenden Vorstrafe und gelangte so zu einer Strafe von 22 Monaten Freiheitsstrafe (Urk. 68 S. 25). Wie die vorstehende Strafzumessung aufzeigt, wäre eine zufolge Widerrufs gebildete Gesamtstrafe aus den neuen Delikten und der fraglichen Vorstrafe allerdings im Bereich von rund 24 Monaten Freiheitsstrafe anzusiedeln, denn aufgrund der bereits zweimaligen Asperation rechtfertigt sich eine erneute Reduktion um mehr als einen Monat nicht. Zuzufolge des Verbots der reformatio in peius hat es jedoch bei einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten als Gesamtstrafe zu bleiben.

3.5. Anrechenbare Haft

Gestützt auf Art. 51 StGB sind an diese Freiheitsstrafe die in beiden Verfahren zusammengezählten, bereits erstandenen Hafttage anzurechnen. Im vorliegenden Verfahren betrifft dies die verbüssten Tage im vorzeitigen Strafvollzug ab 17. September 2019, 16.40 Uhr (Urk. 29/1) bis zum 11. September 2020 (die effektive Entlassung aus dem Strafvollzug erfolgte am 11. September 2020 um 13 Uhr, vgl. dazu Urk. 90), mithin total 360 Tage. Dazu kommen die 85 Tage erstandene Untersuchungshaft gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. März 2018. Es sind folglich an die 22 Monate Freiheitsstrafe insgesamt 445 Tage erstandene Haft und vorzeitiger Strafvollzug anzurechnen.

IV. Vollzug

1. Der Vollzug der für das Betäubungsmitteldelikt auszusprechenden Strafe kann aufgrund des Umstandes, dass der Beschuldigte innerhalb der letzten fünf Jahre vor dieser Tat bereits zu einer bedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt wurde, nur aufgeschoben werden, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB). Dies führte bereits die Vorinstanz zutreffend aus und sah aufgrund der wiederholten Delinquenz und dem nicht mehr

leichten Tatverschulden keine Möglichkeit für einen Strafaufschub (Urk. 68 S. 26 f.).

2. Besonders günstig sind Umstände, die ausschliessen, dass die Vortat die Prognose verschlechtert. Der bedingte Strafvollzug ist nur möglich, wenn eine Gesamtwürdigung aller massgebenden Faktoren den Schluss zulässt, dass trotz der Vortat eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Dabei ist zu prüfen, ob die indizielle Befürchtung durch die besonders günstigen Umstände zumindest kompensiert wird. Das trifft etwa zu, wenn die neuerliche Straftat mit der früheren Verurteilung in keinerlei Zusammenhang steht, d.h. wenn frühere und spätere Tat nicht demselben Verhaltensmuster entsprechen. Ebenfalls liegen solche vor bei einer besonders positiven Veränderung in den Lebensumständen des Täters (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6B_23/2018 vom 26. März 2019 E. 2.2. mit Verweis auf BGE 134 IV 1 E. 4.2.3 mit weiteren Hinweisen sowie SCHNEIDER/GARRÉ, in: BSK StGB I, 4. Aufl. 2019, N 42 zu Art. 42).

3. Die Vorinstanz legte mit zutreffender Begründung dar, dass im vorliegenden Fall solche besonders günstigen Umstände nicht ersichtlich sind. Der Beschuldigte wurde innerhalb der letzten 9 Jahre wiederholt straffällig, unbesehen von bedingt gewährten Geld- und Freiheitsstrafen und trotz erstandener Untersuchungshaft. Die bisherigen bedingten Strafen haben sich ganz offensichtlich als wirkungslos erwiesen und den Beschuldigten in keiner Weise von weiterer Delinquenz abgehalten. Dem Beschuldigten muss mit der Vorinstanz eine eigentliche Schlechtprognose zu gestellt werden (Urk. 68 S. 26), weshalb die Freiheitsstrafe zu vollziehen ist.

V. Landesverweisung

1. Voraussetzungen der Anordnung bzw. des Absehens von einer Landesverweisung

1.1. Gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB verweist das Gericht einen Ausländer, der eine Katalogtat im Sinne Art. 66a Abs. 1 lit. a-o StGB begangen hat, unabhängig von der Höhe der Strafe für die Dauer von 5 bis 15 Jahren des Landes. Ein Verzicht auf eine Landesverweisung ist nur ausnahmsweise dann möglich, wenn die-

se für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Art. 66a Abs. 2 StGB).

1.2. Der Beschuldigte wird heute wegen einer qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG verurteilt. Es handelt sich um eine Katalogtat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB. Der Ausweisgrund des „Drogenhandels“ soll sich nach dem Willen des Gesetzgebers nicht bloss auf den Kauf und Verkauf von Betäubungsmittel beschränken, sondern die ganze Fülle der in Art. 19 Abs. 1 BetmG umschriebenen Sachverhalte umfassen. Die vom Beschuldigten begangene qualifizierte Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG stellt somit eine Anlasstat der Landesverweisung dar (Urteil des Bundesgerichts 6B_1424/2019 vom 15. September 2020 E. 2.4.6).

1.3. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt, weist der Beschuldigte keinen näheren Bezug zur Schweiz auf und ein schwerer persönlicher Härtefall liegt nicht vor, wie die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 68 S. 27 f.; Prot. II S. 16 ff.). Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass sich das Bundesgericht bei Straftaten gegen das BetmG hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit stets besonders streng gezeigt hat: Drogenhandel führt von Verfassungen wegen in der Regel zur Landesverweisung (Urteile des Bundesgerichts 6B_1424/2019 vom 15. September 2020 E. 3.4.10; 6B_861/2019 vom 23. April 2020 E. 3.7.4; 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 2.2. [nicht publ. in BGE 145 IV 364], 6B_1107/2019 vom 27. Januar 2020 E. 2.2; 6B_131/2019, E. 2.5.1). Auch der EU-Gerichtshof weist auf die verheerenden Folgen der mit diesem Handel verbundenen Kriminalität hin. Die Rauschgiftsucht sei ein grosses Übel für den Einzelnen und eine soziale und wirtschaftliche Gefahr für die Menschheit (Urteil in Sachen *Land Baden-Württemberg gegen Panagiotis Tsakouridis* vom 23. November 2010 [Rs. C-145/09], Ziff. 46 f., zit. in: Urteil 6B_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.8.1). Auch nach der Praxis des EGMR, in welcher der Drogenhandel als Ausbreitung dieser Geissel der Menschheit

("propagation de ce fléau) bezeichnet wird (Nachweise in den Urteilen 6B_242/2019 vom 18. März 2019 E. 1.3; 6B_50/2020 vom 3. März 2020 E. 1.4.2) bzw. als "ravages de la drogue dans la population" (Urteil *DIALA et autres*, a.a.O., Ziff. 36), überwiegt bei der Betäubungsmitteldelinquenz regelmässig das öffentliche Interesse an der Beendigung des Aufenthalts, falls keine besonderen persönlichen oder familiären Bindungen im Aufenthaltsstaat bestehen (Urteile 6B_300/2020 vom 21. August 2020 E. 3.4.1; 6B_1299/2019 vom 28. Januar 2020 E. 3.4.8 mit Hinweisen). Solche liegen hier nicht vor. Die qualifizierte Widerhandlung gegen das BetmG aus rein pekuniären Motiven – wie vorliegend – gilt als schwere Straftat, von welcher eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung ausgeht (Urteile 2C_99/2019 vom 28. Mai 2019 E. 4.4; 6B_143/2019 vom 6. März 2019 E. 3.4.2; je mit Hinweisen). Das öffentliche Interesse an der Verhinderung von derartigen Taten ist als stark zu gewichten. Die von der Vorinstanz ausgesprochene Landesverweisung ist aufgrund der Abwägung der gesamten Interessenlage zu bestätigen.

2. Dauer der Landesverweisung

2.1. Gemäss Art. 66a StGB ist die Landesverweisung für 5 bis 15 Jahre auszusprechen. Dem Gesetz sind keine Hinweise zu entnehmen, wie die Dauer der obligatorischen Landesverweisung zu bemessen ist. Die Bemessung der Dauer im Einzelfall liegt im Ermessen des Gerichts, welches sich dabei insbesondere am Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu orientieren hat (Botschaft vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes, BBl 2013 5975 ff., S. 6021; BERTOSSA, in: Praxiskommentar StGB, 3. Aufl. 2018, N 7 zu Art. 66a). Dabei sind insbesondere die privaten Interessen des zu einer Landesverweisung Verurteilten mit dem je nach Art der begangenen Rechtsgutverletzung unterschiedlich starken öffentlichen Entfernungs- und Fernhalteinteresse miteinander in Einklang zu bringen. Sodann ist die Dauer der ausgesprochenen Landesverweisung wegen ihres Strafcharakters auch unter Berücksichtigung der allgemeinen Strafzumessungskriterien gemäss Art. 47 StGB nach dem Verschulden des Täters zu bemessen (ZURBRÜGG/HRUSCHKA, in: BSK StGB I, a.a.O., N 28 f. zu Art. 66a).

2.2. Wie oben gesehen, überwiegt das öffentliche Interesse an der Fernhaltung bei Betäubungsmitteldelikten das persönliche Interesse des nicht in der Schweiz ansässigen Beschuldigten am Verzicht auf eine Fernhalte- und Einreiseverbotsmassnahme deutlich, zumal die Delinquenz vorliegend aus rein pekuniären Gründen motiviert ist. Mit der Vorinstanz ist daher die Dauer der Landesverweisung auf zehn Jahre festzusetzen.

3. Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS)

3.1. Die Vorinstanz ordnete in Dispositivziffer Ziffer 6 ihres Urteils die Ausschreibung der in Dispositivziffer 5 verhängten zehnjährigen Landesverweisung im SIS an (Urk. 68 S. 28 und 31).

3.2. Landesverweisungen gegenüber Ausländern aus Staaten, die nicht zum Schengen-Raum gehören, werden im Schengen-Informationssystem ausgeschrieben, wenn davon auszugehen ist, dass die Anwesenheit der betreffenden Person im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Drittstaatsangehörige wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-VO, vgl. Art. 96 Abs. 2 lit. a SDÜ).

3.3. Wie das Bundesgericht im zur Publikation vorgesehenen Urteil 6B_572/2019 vom 8. April 2020 (E. 3.2.2) festgehalten hat, darf eine Ausschreibung von Drittstaatsangehörigen im Sinne von Art. 3 lit. d SIS-II-Verordnung im SIS gemäss dem in Art. 21 SIS-II-Verordnung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip nur vorgenommen werden, wenn die Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Falles dies rechtfertigen. Eine Ausschreibung im SIS bedingt, dass die Ausschreibungsvoraussetzungen von Art. 21 und 24 SIS-II-Verordnung erfüllt sind (Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz [BJ] vom 20. Dezember 2016 zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung, S. 11). Eine Ausschreibung im SIS darf gemäss Art. 21 und Art. 24 Ziff. 1 SIS-II-Verordnung nur auf der Grundlage einer individuellen Bewertung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips ergehen. Im Rahmen dieser Bewertung ist bei der Ausschreibung gestützt auf Art. 24 Ziff. 2 SIS-II-Verordnung insbesondere zu prüfen, ob von der be-

troffenen Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht. Verhältnismässig ist eine Ausschreibung im SIS immer dann, wenn eine solche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gegeben ist. Sind die Voraussetzungen von Art. 21 und 24 Ziff. 1 und 2 SIS-II-Verordnung erfüllt, besteht eine Pflicht zur Ausschreibung im SIS (a.a.O. E. 3.2.2 mit Hinweisen). Nach der Praxis des hiesigen Obergerichts sind diese Voraussetzungen in der Regel beim Vorliegen einer schweren Straftat und der Verurteilung zu einer Sanktion von über einem Jahr Freiheitsstrafe gegeben (vgl. SB170246, Urteil vom 6. Dezember 2017, E. III.3.; SB180036, Urteil vom 3. Juli 2018, E. V.3; SB170394, Urteil vom 16. Oktober 2018, E. VI.6.1 sowie SB180400, Urteil vom 2. April 2019, E. IV.4.).

3.4. Es ist unbestritten, dass der Beschuldigte einem sogenannten Drittstaat angehört, da C._____ erst ein offizieller EU-Beitrittskandidat, aber noch kein Mitgliedstaat des Schengen-Übereinkommens ist. Der Beschuldigte wird vorliegend wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer Freiheitsstrafe von 17 Monaten bestraft. Beim Drogenhandel mit mengenmässig qualifiziertem Heroin wie vorliegend handelt sich um eine schwere Straftat und die Ausschreibung im SIS erscheint vor diesem Hintergrund verhältnismässig. Die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im SIS ist deshalb anzuordnen.

VI. Beschlagnahmung / Einziehung / Verwendung zur Kostendeckung

1. Antrag Verteidigung und erstinstanzlicher Entscheid

1.1. Die Verteidigung beantragte bereits vor Vorinstanz, das beschlagnahmte Bargeld von insgesamt Fr. 13'747.85 sei nicht einzuziehen, sondern B._____ nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils herauszugeben (Urk. 50 S. 3). In der Begründung kam sie zum Schluss, zumindest die sichergestellten Fr. 8'000.– und EUR 2'700.–, also die Asservate A013'026'067 und A013'026'078, gehörten der Freundin des Beschuldigten, B._____ (Urk. 50 S. 23 mit Verweis auf Urk. 17/1 S. 10). Auf diesen Standpunkt stellt sich die Verteidigung auch im Rahmen des Berufungsverfahrens (Urk. 108 S. 29 f.; Prot. II S. 23).

1.2. Die Vorinstanz erachtete die Angabe von B._____, es handle sich um Geld, das sie von ihrem Vater erhalten habe, aufgrund ihrer widersprüchlichen Angaben als nicht glaubhaft. In der Folge zog sie die gesamte im Verfahren gegen den Beschuldigten beschlagnahmte Barschaft von Fr. 13'747.85 (entsprechend Fr. 10'840 und EUR 2'710) in Anwendung von Art. 70 StGB definitiv ein und ordnete die Verwendung zur Deckung der Verfahrenskosten an (Urk. 68 S. 30 f.).

2. Voraussetzungen der Einziehung gemäss Art. 70 StGB

2.1. Gemäss Art. 70 StGB verfügt das Gericht die Einziehung von Vermögenswerten die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands ausgehändigt werden. In der Wohnung der Schwester des Beschuldigten wurden im Zimmer, in welchem gemäss Angaben der Wohnungsinhaberin der Beschuldigte und seine Freundin logiert hatten, aus zwei verschiedenen Taschen Bargeldbeträge sicher gestellt und später durch die Staatsanwaltschaft beschlagnahmt (Urk. 17/1 S. 6 ff. und Urk. 17/4/1).

2.2. Dem Beschuldigten wird in der Anklage lediglich vorgeworfen, von D._____ etwas mehr als 50 Gramm Heroingemisch entgegen genommen zu haben, wofür er diesem Fr. 1'000.– übergeben habe. Auch wenn die beschlagnahmten Geldbeträge zum Teil drogenhandelsübliche Stückelung aufwiesen, lassen sie sich keiner Straftat zuordnen. Sie können folglich nicht gestützt auf Art. 70 StGB eingezogen werden.

3. Beschlagnahme Art. 267 und 268 StPO

3.1. Erheben mehrere Personen Anspruch auf Gegenstände oder Vermögenswerte, deren Beschlagnahme spätestens mit dem Endentscheid aufzuheben ist, kann das Gericht darüber entscheiden. Sind die Berechtigten nicht bekannt, so schreibt das Gericht die Gegenstände oder Vermögenswerte öffentlich aus (Art. 267 Abs. 3, 4 und 6 StPO). Die Strafbehörde hat sich bei der Zusprechung zunächst nach dem materiellen Strafrecht zu richten und Art. 70 Abs. 1 StGB geht

vor und der Gegenstand oder Vermögenswert ist dem Geschädigten zuzusprechen. Ansonsten sind beschlagnahmte Gegenstände und Vermögenswerte, die nicht gemäss Art. 69 und Art. 70 Abs. 1 StGB der Einziehung unterliegen, gestützt auf die Eigentumsvermutung gemäss ZGB Art. 930 zuhanden des Besitzers freizugeben. Eine Beschlagnahme von Vermögenswerten gestützt auf Art. 268 StPO ist nur bei Vermögenswerten des Beschuldigten erlaubt (HEIMGARTNER in: Zürcher Kommentar StPO, 3. Aufl. 2020, Art. 267 N 7 und Art. 268 N 6).

3.2. Im Zimmer der Wohnung der Schwester des Beschuldigten, in welchem die fraglichen Gelder gefunden wurden, wohnten zur Zeit der Hausdurchsuchung dieser und seine Freundin B._____. Somit kommen nur diese beiden als Besitzer der sichergestellten Gelder in Frage. B._____ gab nach der Verhaftung des Beschuldigten in der polizeilichen Befragung vom 18. September 2019 an, sie sei mit Fr. 8'000.– und etwa EUR 2'000.–, welches Geld ihr Vater ihr für den Kauf von 1 - 2 Autos geschickt habe, in die Schweiz eingereist (Urk. 9/1 S. 4 f.). Er habe ihr das Geld genauso gegeben, wie sie es mitgenommen habe. Es seien Tausendernoten gewesen. Die EUR seien 2x 500.–, 2x 100.–, 4 oder 5x 50.–, und der Rest 20er und 10er gewesen (Urk. 9/1 S. 9). Tatsächlich wurden im fraglichen Zimmer Fr. 8'000.– in acht Tausendernoten (vgl. Asservat Nr. A013'026'067) und EUR 2'700.–, welche zumindest bezüglich der Stückelung 2x 500.– und 2x 100.– exakt den Angaben von B._____ entsprachen (vgl. Asservat Nr. A013'026'078) in einer schwarzen Tasche sichergestellt (Urk. 17/1 S. 10, Urk. 17/4/1 sowie Urk. 18/1 S. 2). Somit können die sichergestellten Fr. 8'000.– und die EUR 2'700.– nicht ohne weiteres dem Beschuldigten zugeordnet werden. Mit Bezug auf die übrigen beschlagnahmten Bargeldbeträge kann jedoch davon ausgegangen werden, dass diese dem Beschuldigten gehören; sie sind entsprechend zur Kostendeckung heranzuziehen.

3.3. Nachdem als Besitzerin dieser Fr. 8'000.– und der EUR 2'700.– nebst dem Beschuldigten nur B._____ in Frage kommt und ersterer selber keinen Anspruch auf diese Beträge erhebt, ist keine Ausschreibung nach Art. 267 Abs. 6 StPO vorzunehmen. Entsprechende Abklärungen haben ergeben, dass die Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland, Büro D-3, am 19. September 2019 einen Strafbe-

fehl gegen B._____ wegen Widerhandlung gegen das AIG erlassen und ihr Kosten auferlegt hat. Dagegen hat B._____ Einsprache erhoben, zufolge Abwesenheit der Beschuldigten B._____ wurde das Verfahren jedoch sistiert (Urk. 99 sowie Urk. 100/1 - 4). Die zwei Bargeldbeträge von Fr. 8'000.- (Asservat Nr. A013'026'067) und EUR 2'700.- (Asservat Nr. A013'026'078) sind B._____ folglich grundsätzlich herauszugeben. Zur Wahrung allfälliger Ansprüche der Staatskasse – insbesondere mittels Beschlagnahmung durch die zuständige Staatsanwaltschaft – hat die Herausgabe jedoch frühestens 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Gerichtskasse auf Verlangen und bei entsprechendem Identitätsnachweis an B._____ zu erfolgen. In analoger Anwendung von Art. 267 Abs. 6 StPO fallen diese Bargeldbeträge bei Nichtverlangen nach fünf Jahren seit Rechtskraft des Urteils an den Staat.

4. Beschlagnahmte Gegenstände

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 4. Dezember 2019 beschlagnahmten Gegenstände wie die Utensilien für den Betäubungsmittelhandel aus dem VW Golf, die beiden Mobiltelefone Nokia und Huawei sowie die sichergestellten Betäubungsmittel (Kokain und Heroin) und die für ihren Transport benutzten Gegenstände haben zur Begehung einer Straftat gedient oder waren dazu bestimmt und sind mit der Vorinstanz ohne Zweifel gestützt auf Art. 69 StGB einzuziehen und zu vernichten (siehe Urk. 68 S. 29).

VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

Gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO hat die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu befinden, wenn sie selber ein neues Urteil fällt und nicht kassatorisch entscheidet. Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Das ist vorliegend der Fall, so dass ausgangsgemäss die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen sind. Die vorinstanzliche Kostenfestsetzung wurde in-

haltlich nicht angefochten, so dass das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 9 und 10) zu bestätigen ist.

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren

2.1. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen im Berufungsverfahren weitestgehend. Einzig hinsichtlich der Herausgabe der beiden Bargeldbeträge an B._____ wird seinem Antrag entsprochen, wobei es sich allerdings um einen Nebenpunkt mit nur sehr geringem Gewicht handelt. Insgesamt rechtfertigt es sich somit, dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, vollständig aufzuerlegen. Die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO für die Kosten der amtlichen Verteidigung bleibt vorbehalten.

2.2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'500.– anzusetzen. Für das Berufungsverfahren macht der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt X1._____, Aufwendungen in der Höhe von Fr. 6'813.80 (inkl. Barauslagen und MwSt.; Urk. 103 und Urk. 109) geltend. Seine Aufwendungen erweisen sich angesichts des Aktenumfangs und der Komplexität des Falles als angemessen, so dass er unter Einbezug der effektiven Dauer der Berufungsverhandlung insgesamt mit Fr. 7'000.– (inkl. MwSt.) zu entschädigen ist.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. März 2018 hinsichtlich einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten gewährte bedingte Strafvollzug wird widerrufen.

3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der widerrufenen Freiheitsstrafe gemäss Ziff. 2 hiavor bestraft mit 22 Monaten Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe, wovon 445 Tage durch Haft erstanden sind.
4. Die Gesamtfreiheitsstrafe wird vollzogen.
5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen.
6. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 4. Dezember 2019 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten:
 - a) Knittersäcke und Alufolie (A013'025'633, B02782-2019)
 - b) 1 Feinwaage mit Rückständen von weissem Pulver (A013'025'655, B2782-2019)
 - c) 1 Löffel (A013'025'666, B02782-2019)
 - d) 1 Schlüssel mit schwarzem Griff (A013'025'688)
 - e) 1 Mobiltelefon Nokia (A013'025'826)
 - f) 1 Mobiltelefon Huawei (A013'025'837)
 - g) Notizblock/Agenda 2020 mit handschriftlichen Einträgen (A013'025'848)
 - h) Unterlagen zu Autokäufen und Verkehrs-Unfallbericht vom 28.08.2019 (A013'025'860)
 - i) Papiertüte schwarz mit diverser Briefpost (A013'026'045)
 - j) 1 Kunststoffbox "Combat", olivegrün (A013'026'125, B02783-2019)
 - k) 1 metall-Dose "Petalini" (A013'026'136, B02783-2019)
 - l) 1 Portion Heroin, ca. 53 Gramm (A013'026'147, B02783-2019)
 - m) 1 Kunststoffbox rot, "Mc Donalds" (A013'026'158, B02784-2019)
 - n) 1 Portion Kokain, 102 Gramm (A013'026'238, B02784-2019)
8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 23. September 2019 beschlagnahmten Barbeträge werden mit Ausnahme

von Fr. 8'000.– (Asservat Nr. A013'026'067) und mit Ausnahme von EUR 2'700.– (Asservat Nr. A013'026'078) eingezogen und die verbleibenden Fr. 2'840.– sowie EUR 10.– werden zur Vollstreckung des Urteils verwendet.

9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 23. September 2019 beschlagnahmten zwei Bargeldbeträge von Fr. 8'000.– (Asservat Nr. A013'026'067) und EUR 2'700.– (Asservat Nr. A013'026'078) werden frühestens 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils durch die Gerichtskasse auf Verlangen und bei entsprechendem Identitätsnachweis an B. _____ ausgehändigt. Diese Bargeldbeträge fallen bei Nichtverlangen nach fünf Jahren seit Rechtskraft des Urteils an den Staat.
10. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziffern 9 und 10) wird bestätigt.
11. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 7'000.– amtliche Verteidigung
12. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
13. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - im Auszug (Ziff. 8 und 9) an den Beschuldigten zu Handen von B. _____sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (unter Beilage einer Kopie von Urk. 112)

- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (unter Beilage einer Kopie von Urk. 112)
- das Bundesamt für Polizei

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung in die Akten GG170229 (Urteil vom 28. März 2018, betr. Widerruf)
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B
- die Kantonspolizei Zürich, Asservate-Triage, Postfach, 8021 Zürich (betr. Ziff. 7)
- die Kasse des Bezirksgerichts Bülach (betr. Ziff. 8 f.)
- Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau, z.Hd. Staatsanwalt K. _____, Bahnhofstrasse 4, 5600 Lenzburg (Aktenbeizug gem. Urk. 102)

14. Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 6. November 2020

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Andres