

# **ZH\_OBERGERICHT SB110516 vom 23. November 2011**

ZH Obergericht, 2011-11-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB110516](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB110516)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB110516 du 23 novembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT SB110516 del 23 novembre 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Erstinstanzliches Verfahren und Berufungsanmeldung

#### **E. 1.1**

Der amtliche Verteidiger der Beschuldigten beanstandet den Widerruf der Vorstrafe, die Bildung einer Gesamtstrafe sowie die Verweigerung des bedingten Strafvollzugs (Urk. 60).

#### **E. 1.2**

Die Staatsanwaltschaft beantragt Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 64).

### **E. 2**

Strafzumessung

#### **E. 2.1**

Der Verteidiger beanstandete ausdrücklich nicht die Strafzumessung der Vorinstanz (Urk. 68 S. 2). Soweit nachfolgend keine Ergänzungen oder Korrekturen erfolgen, kann auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 58 S. 8 - 13).

#### **E. 2.2**

Zum Strafraumen bei den Betäubungsmittelvergehen ist anzufügen, dass das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung auch bei Tat- oder Deliktsmehrheit grundsätzlich vom ordentlichen Strafraumen ausgeht, sofern keine aussergewöhnlichen Umstände vorliegen (BGE 136 IV 55). Vorliegend ist deshalb eine Strafe im Bereich von einem Tagessatz Geldstrafe bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe festzusetzen (Urk. 58 S. 9).

#### **E. 2.3**

Das Tatverschulden ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz als nicht mehr leicht einzustufen. Die Menge von 9 Gramm reinem Heroin ist relativ nahe an der Grenze von 12 Gramm, ab welcher ein qualifizierter Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 BetmG bzw. Art. 19 Abs. 2 BetmG vorliegt, bei welchem gemäss

- 8 - Gesetz eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe auszusprechen wäre.

Subjektiv ist entgegen der Vorinstanz keine Strafminderung wegen Drogenabhängigkeit anzunehmen (Urk. 58 S. 10 Erw. 2.2.2.). Ein eigentliches zwanghaftes Verhalten wegen Sucht hat auch die Beschuldigte nie geltend gemacht. Zudem hat sie nicht zwecks Finanzierung des Eigenkonsums gedealt. Der Umstand, dass die Hemmschwelle zum Drogenverkauf bei einer Person, die selbst Drogen konsumiert, niedriger sei, trifft zwar in der Regel zu, ist aber unter keinen Umständen zu Gunsten der Beschuldigten zu gewichten (Urk. 58 S. 10 Erw. 2.2.2.). Auch der Konsum von Heroin ist strafbar und es ist kaum im

Sinne des Gesetzes, wenn man durch strafbaren Konsum eine Strafminderung hinsichtlich Drogenverkaufs erwirken könnte. Zudem liesse sich ebenso gut behaupten, ein Autorennfahrer habe eine niedrigere Hemmschwelle für Geschwindigkeits-übertretungen oder ein Kampfsportler eine niedrigere Hemmschwelle für Gewalt. Man könnte auch umgekehrt argumentieren, wer Drogen aus eigener Erfahrung kenne, müsse um deren starke Wirkung und entsprechend um das Gefährdungspotential wissen, was strafferhöhend zu werten sei.

#### **E. 2.4**

Insgesamt ist die vom Einzelgericht erwogene Strafe von sieben Monaten, unter Anrechnung von 66 Tagen Haft, sowie eine Busse von Fr. 500.-- angemessen (Urk. 58 S. 13), was im Übrigen auch dem Antrag des Verteidigers entspricht (Urk. 74 S. 7).

#### **E. 3**

Widerruf

##### **E. 3.1**

Mit Urteil vom 19. März 2008 wurde die Beschuldigte wegen einfacher Körperverletzung mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 50.-- bestraft (Urk. 59). Der Vollzug wurde im Umfang von 15 Tagessätzen aufgeschoben, unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren. Innert dieser Probezeit hat die Beschuldigte die vorliegend zu beurteilenden Betäubungsmitteldelikte begangen, weshalb ein Widerruf des bedingten Vollzugs des erwähnten Teils der Geldstrafe zu prüfen ist.

##### **E. 3.2**

Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so

- 9 - widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe (Art. 46 Abs. 1 StGB).

##### **E. 3.3**

In die Beurteilung der Bewährungsaussichten im Falle des Widerrufs des bedingten Strafvollzugs einer Freiheitsstrafe ist im Rahmen der Gesamtwürdigung auch mit einzubeziehen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird. Der Richter kann zum Schluss kommen, dass vom Widerruf des bedingten Vollzugs für die frühere Strafe abgesehen werden kann, wenn die neue Strafe vollzogen wird. Auch das Umgekehrte ist zulässig: Wenn die frühere Strafe widerrufen wird, kann unter Berücksichtigung ihres nachträglichen Vollzugs eine Schlechtprognose für die neue Strafe im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB verneint und diese folglich bedingt ausgesprochen werden (vgl. BGE 134 IV 140, Erw. 4.5; 6B\_46/2011 v. 27.09.2011, Erw. 2.4). Aus diesem Grund ist die Frage des Widerrufs zusammen mit jener der Gewährung des bedingten Vollzugs für die vorliegend auszusprechenden Freiheitsstrafe von sieben Monaten zu prüfen.

#### **E. 4**

(...)

##### **E. 4.1**

Ist nicht zu erwarten, dass die Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf einen Widerruf. Es kann die Verurteilte verwarnen oder die Probezeit um höchstens die Hälfte der im Urteil festgesetzten Dauer verlängern. Für die Dauer der verlängerten Probezeit kann das Gericht Bewährungshilfe anordnen und Weisungen erteilen. Erfolgt die Verlängerung erst nach Ablauf der Probezeit, so beginnt sie am Tag der Anordnung (Art. 46 Abs. 2 StGB).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hat zu den Voraussetzungen und Kriterien bei der Prognose hinsichtlich zukünftiger Delinquenz unter Verweis auf BGE 134 IV 140 bereits die nötigen Ausführungen gemacht (Urk. 58 S. 6). Entscheidend bei der Frage des Widerrufs ist, ob trotz des neuen Delikts keine weiteren Straftaten, auch Übertretungen, mehr zu erwarten sind. Es kommt auf das Fehlen einer ungünstigen Prognose an. Dies hat die Vorinstanz zwar zunächst richtig ausgeführt (Urk. 58 S. 15), dann aber etwas irreführend festgehalten, die Vermutung einer positiven Prognose sei widerlegt (Urk. 58 S. 16). Das blosses Fehlen einer positiven

- 10 - Prognose müsste nach Gesetz zur Gewährung des bedingten Strafvollzugs führen.

#### **E. 4.3**

Die Prognose des künftigen Verhaltens der Täterin muss neu gestellt werden und ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen (BGE 134 IV 140 und 143; Schwarzenegger / Hug / Jositsch, Strafrecht II, 8. Aufl. Zürich/Basel/Genf, 2007, S. 144). In die Beurteilung einzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter der Täterin und die Aussichten ihre Bewährung zulassen. Das Rückfallrisiko muss gestützt auf ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit beurteilt werden. Relevante Faktoren sind etwa strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweise auf Suchtgefährdung usw. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides zu berücksichtigen.

#### **E. 4.4**

Wie aus dem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19. März 2008 hervorgeht, hatte die Geschädigte wegen einer Wohnungskündigung einen Streit mit einem Dritten, während dem sie sich gegenseitig heftig beschimpften. Die Beschuldigte holte daraufhin ihren Partner B.\_\_\_\_\_, der den Dritten zur Rede stellte, als die Beschuldigte den Dritten unvermittelt von hinten in den Rücken schlug (Urk. 36/13 S. 39, Beizugsakten DG070489). In der Folge wurde der Dritte sowohl von B.\_\_\_\_\_ als auch der Beschuldigten geschlagen, insbesondere als er bereits am Boden lag. Der Dritte hatte beim Streit anfänglich einen Sanitärschlüssel in der Hand und B.\_\_\_\_\_ hatte nach der Auseinandersetzung einen gebrochenen Finger. Zu dieser Vorstrafe führte der Verteidiger anlässlich der Berufungsverhandlung aus, jener Verurteilung liege keine schwerwiegende Verfehlung der Beschuldigten zugrunde. Sie habe damals nicht aus Eigennutz gehandelt, sondern sich im Rahmen einer Hilfeleistung an eine Freundin zu den strafbaren Handlungen hinreissen lassen (Urk. 74 S. 2).

- 11 -

#### **E. 4.5**

Bei dieser früheren Straftat ist korrekterweise zu berücksichtigen, dass es sich um eine Straftat aus einer emotionalen Reaktion und bestimmten Situation heraus handelte und darüber hinaus in Mittäterschaft begangen wurde. Die Wiederholungsgefahr solcher Delikte ist in der Regel geringer als bei Drogen- delikten, insbesondere angesichts des Umstands, dass die Beschuldigte gemäss Strafregisterauszug noch nie Körperverletzungsdelikte oder Tötlichkeiten be- gangen hat und auch sonst nicht durch einen Hang zu Gewalttätigkeit aufgefallen ist. Die vorliegend zu beurteilenden Drogendelikte sind ganz anderer Art und nicht einschlägig, weshalb bei der Prognosebildung die genannte Vorstrafe nicht allzu negativ ins Gewicht fällt. In diesem Zusammenhang ebenfalls zu erwähnen ist die Vorstrafe aus dem Jahr 2003, welcher Verfehlungen der Beschuldigten im Bereich des Strassenverkehrsrechts zugrunde liegen und welche für die Progno- sebildung ebenfalls etwas nachteilig ins Gewicht fällt (Urk. 59). Die im Urteil vom 19. März 2008 erwähnten früheren, inzwischen gelöschten Vorstrafen (Urk. 58 S. 15), dürfen allerdings entgegen der Vorinstanz aufgrund von Art. 369 Abs. 7 StGB auch bei der Prognosebildung nicht mehr berücksichtigt werden (Trechsel / Stöckli, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, N 16 zu Art. 46 StGB).

#### **E. 4.6**

Die Vorinstanz hat zu Recht hervorgehoben, dass Delinquenz während der Probezeit in der Regel deutlich zeigt, dass sich jemand nicht durch eine bedingte Strafe beeindrucken lässt (Urk. 58 S. 15). Offenbar fällt die hier zu beurteilende Delinquenz überdies in die Zeitperiode einer laufenden Strafuntersuchung (vgl. Urk. 58 S. 15, Urk. 36/7 S. 2). Nachdem jedoch keine weiteren konkreten Angaben zu jener Strafuntersuchung vorliegen, hat diese für die Prognose im vor- liegenden Fall unbeachtlich zu bleiben. Es geht die Unschuldsvermutung vor. Jedoch ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die vom Verteidiger geschilderte Entwicklung der persönlichen Situation der Beschuldigten ihre Bewährungs- prognose nicht in einem entscheidend besseren Licht erscheinen lässt (Urk. 58 S. 15 f.). Die Verhältnisse sind nicht wesentlich anders als bei der früheren Ver- urteilung. Auch in dem vom Verteidiger neu eingereichten Bericht von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ sind keine grösseren Entwicklungsschritte der Beschuldigten erkennbar. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Beschuldigte nach wie vor über keine stabile Lebensführung verfügt. Jedoch sind die Ansätze zu einer positiven Verän-

- 12 - derung seitens der Beschuldigten nicht völlig ausser Acht zu lassen (Urk. 75). Zudem fällt vorliegend in Betracht, dass die Beschuldigte mit den Drogenverkäufen keine grossen Gewinne erzielte und hier in der Schweiz ein genügendes finanzielles Auskommen hat, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten (Prot. II S. 2). Ihr Rückfallrisiko ist deshalb geringer einzustufen als bei einem Täter, welcher mangels anderer beruflicher und sozialer Perspektiven in seinem Heimatland oder wegen therapiebedürftiger Drogensucht in den Drogenhandel eingestiegen ist. Dessen Möglichkeiten durch legale Tätigkeit zu einem genü- gen oder guten Erwerbseinkommen zu gelangen, sind oft auch nach einer Ver- urteilung nicht besser.

#### **E. 4.7**

Von Bedeutung ist vorliegend allerdings, dass die Beschuldigte rund 66 Tage in Haft gesessen hat. Aufgrund ihres Vorlebens und ihrer persönlichen Verhältnisse ist davon auszugehen, dass dieser Freiheitsentzug nicht spurlos an ihr vorüber gegangen ist. Weiter drängt es sich auch auf, den bedingten Vollzug der restlichen Geldstrafe zu widerrufen,

denn ein Verzicht auf den Widerruf unter gleichzeitigem Aufschub der neuen Strafe wäre spezialpräventiv ein falsches Signal. Schliesslich hat die Beschuldigte auch die Busse nebst den Verfahrenskosten zu bezahlen. Der Widerruf des bedingten Vollzugs der am 19. März 2008 ausgefallenen Geldstrafe ist entscheidend für die Beurteilung der Prognose für die neu auszufällende Strafe. Denn grundsätzlich spricht nach der Gesamtwürdigung aller Umstände vieles für das Vorliegen einer Schlechtprognose. Unter Berücksichtigung des Widerrufs der bedingt ausgefallenen Geldstrafe vom 19. März 2008 und der damit zu erwartenden Wirkung kann insgesamt festgehalten werden, dass der Beschuldigten bei einem Aufschub der Strafe zwar keine günstige Prognose gestellt werden, aber immerhin auch keine ungünstige. Letzteres führt dazu, dass auf einen Vollzug einstweilen zu verzichten und stattdessen eine Probezeit anzusetzen ist.

#### **E. 4.8**

Die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19. März 2008 ausgefallene und im Umfang von 15 Tagessätzen à Fr. 50.-- bedingt ausgesprochene Geldstrafe ist deshalb zu widerrufen. Für die neu auszusprechende Freiheitsstrafe von sieben Monaten, abzüglich 66 Tage Haft, ist demgegenüber, im Sinne einer letzten

- 13 - Chance, der bedingte Vollzug zu gewähren. Eine Probezeit von vier Jahren erscheint daher als angemessen.

#### **E. 4.9**

Wie die Vorinstanz es befunden hat, ist für die Busse im Falle der Nichtbezahlung eine Ersatzfreiheitsstrafe von fünf Tagen festzusetzen, was dem gerichtlichen Umwandlungssatz entspricht (Urk. 58 S. 16 Ziff. 3). IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen  
1. Die Beschuldigte unterliegt mit ihrer Berufung gegen den Widerruf des Vollzugs der Vorstrafe. Demgegenüber obsiegt sie hinsichtlich des Absehens der Bildung einer Gesamtstrafe sowie der Gewährung / Verweigerung des bedingten Strafvollzugs. Dabei handelt es sich allerdings weitgehend um einen gerichtlichen Ermessensentscheid. Es rechtfertigt sich deshalb, die Kosten des Berufungsverfahrens zu vier Fünfteln auf die Gerichtskasse zu nehmen und zu einem Fünftel der Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind, soweit sie nicht mit den eingezogenen Vermögenswerten oder dem Erlös aus der Verwertung der eingezogenen Gegenstände gedeckt werden können, auf die Staatskasse zu nehmen. Das Nachforderungsrecht des Staates bleibt vorbehalten (Art. 426 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 135 Abs. 4 StPO).  
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 2'500.- festzusetzen.

- 14 - Das Gericht beschliesst: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Einzelgerichts des Bezirks Dietikon vom 19. April 2011 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: 1. Die Beschuldigte ist schuldig - der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 BetmG sowie - der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG. 2. (...) 3. (...)

#### **E. 5**

(...)

#### **E. 6**

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 2. August 2010 beschlagnahmte Barschaft von Euro 10.- und Fr. 100.- sowie die von der Kantonspolizei

Zürich sichergestellte Barschaft von Fr. 410.– (Lagerort Kasse Bezirksgericht, Beleg-Nr. ...) wird definitiv beschlagnahmt und zur Vollstreckung des Urteils, primär zur Deckung der Busse und sekundär zur Deckung der Verfahrenskosten, verwendet.

#### **E. 7**

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 2. August 2010 beschlagnahmten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Aufbewahrungsort: ..., Lagernummer ...) werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur Vernichtung überlassen.

#### **E. 8**

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 2. August 2010 beschlagnahmten Gegenstände (Sachkaution ...), nämlich - 1 Mobiltelefon "Nokia", IMEI-Nr.: ... - 1 Mobiltelefon "Nokia", IMEI-Nr.: ... - 1 Mobiltelefon "Nokia", IMEI-Nr.: ... - 1 Mobiltelefon "Samsung", IMEI-Nr.: unbekannt

- 15 - werden definitiv beschlagnahmt und sind durch die Bezirksgerichtskasse zu verwerten. Der allfällige Erlös wird zur Vollstreckung des Urteils, primär zur Deckung der Busse und sekundär zur Deckung der Verfahrenskosten, verwendet.

#### **E. 9**

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 2. August 2010 beschlagnahmten Gegenstände (Sachkaution 23726), nämlich - 1 Elektronische Waage, Marke Kern - 1 Agenda mit diversen Notizen - 1 Sack mit diversen Minigrips - 1 Verpackung "Nokia" werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

#### **E. 10**

Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf: Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. Kosten Kantonspolizei Fr. Gebühr Anklagebehörde Fr. 48.00 Kanzleikosten Untersuchung Fr. 699.50 Auslagen Untersuchung Fr. 6'417.25 amtliche Verteidigung Über die weiteren Kosten wird die Gerichtskasse Rechnung stellen.

#### **E. 11**

Die Verfahrenskosten werden der Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Staatskasse genommen; eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten. 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

- 16 - Sodann erkennt das Gericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.