

# ZH\_OBERGERICHT SB130284 vom 13. März 2014

ZH Obergericht, 2014-03-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB130284](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB130284)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB130284 du 13 mars 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT SB130284 del 13 marzo 2014

## Erwägungen

### E. 1

Am 28. Juli 2012 verhaftete die Stadtpolizei Zürich den Beschuldigten zusammen mit weiteren Personen in einer Wohnung, aus welcher gemäss Wahrnehmung der Fahnder Kokain verkauft worden war (Urk. 1/1). Nach Abschluss des Vorverfahrens klagte die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich den Beschuldigten mit Anklageschrift vom 27. November 2012 am Bezirksgericht Zürich an (Urk. 18). Sie macht ihm nebst dem Konsum von wöchentlich ca. 10 Gramm Kokaingemisch durch Schnupfen zusammengefasst zum Vorwurf, ab ca. Juni 2011 bis zu seiner Verhaftung monatlich ungefähr 50 Gramm bzw. total ungefähr 600 Gramm Kokaingemisch von diversen Kokainlieferanten zum Preis von CHF 40.00 pro Gramm bezogen und dieses in einer Menge von ungefähr 40 bis 50 Gramm pro Monat bzw. von total ca. 500 bis 600 Gramm an diverse Abnehmer zum Preis von CHF 50.00 veräussert zu haben, nachdem er es weiter gestreckt und in Kleinstportionen von 0,5 bis 1 Gramm mit einem Reinheitsgehalt von ca. 33% gepresst habe. Weiter wirft sie ihm vor, im Zeitpunkt der Verhaftung rund 5,5 Gramm Kokain bzw. Kokaingemisch zur gewinnbringenden Veräussderung aufbewahrt zu haben.

- 6 -

### E. 2

Nach durchgeführter Hauptverhandlung stellte das Bezirksgericht Zürich,

### E. 3

Wie die Verteidigung richtig bemerkt (vgl. Urk. 68 S. 4), bezieht sich die erstinstanzliche Verurteilung des Beschuldigten wegen mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG ausschliesslich auf den unter dem Titel "Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes" angeklagten Konsum von Kokain durch den Beschuldigten. Der vom Beschuldigten betriebene Kokainhandel wurde von der Vorinstanz rechtlich als Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und lit. d in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG gewürdigt und der Beschuldigte entsprechend verurteilt (Urk. 46 S. 5 und 18). Den Schuldpunkt hat der Beschuldigte nicht angefochten. Er ist daher in Rechtskraft erwachsen und kann vom Berufungsgericht nur noch überprüft werden, um eine qualifiziert unrichtige Rechtsanwendung zugunsten des Beschuldigten zu korrigieren (vgl. Art. 404 StPO). Eine qualifiziert fehlerhafte Rechtsanwendung durch die Vorinstanz macht die Verteidigung allerdings nicht geltend. Zu Recht. Der privilegierte Tatbestand von Art. 19a BetmG erfasst

- 10 - nämlich nur jene Beschaffungshandlungen, die ausschliesslich dem eigenen Drogenkonsum dienen und somit eine Gefährdung Dritter ausschliessen. Nicht privilegiert sind Beschaffungshandlungen, die zum Drogenkonsum Dritter führen oder konkret führen können, wie insbesondere Verkauf, Vermittlung oder entsprechendes Lagern (BGE 118 IV

200; BGE 119 IV 183). Die rechtliche Würdigung des angeklagten Sachverhaltes durch die Vorinstanz ist daher nicht nur nicht qualifiziert unrichtig, sondern eindeutig zutreffend. Die Strafzumessung ist entsprechend vorzunehmen. 4.1 In der Zwischenzeit wurde der Beschuldigte mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 21. November 2013 der versuchten schweren Körperverletzung für schuldig befunden und zu einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten unbedingte verurteilt (Urk. 66/54). Das Urteil wurde am 21. November 2013 rechtskräftig. Es fragt sich folglich, ob für die im Rahmen des vorliegenden Berufungsverfahrens zu beurteilenden Delikte in Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB eine Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 21. November 2013 auszusprechen ist. 4.2 Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer andern Tat verurteilt worden ist, so spricht es eine Zusatzstrafe aus, die so bestimmt ist, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB). Art. 49 Abs. 2 StGB gelangt zu Anwendung, wenn das Gericht Delikte beurteilen muss, die der Täter begangen hat, bevor er wegen anderer Straftaten verurteilt wurde. Die Bestimmung will im Wesentlichen das Asperationsprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleisten. Der Täter, der mehrere Freiheitsstrafen verwirkt hat, soll nach einem einheitlichen, für ihn relativ günstigen Prinzip der Strafschärfung beurteilt werden, unabhängig davon, ob die Verfahren getrennt durchgeführt werden oder nicht. Der Täter soll damit trotz Aufteilung der Strafverfolgung in mehrere Verfahren gegenüber jenem Täter, dessen Taten gleichzeitig beurteilt wurden, nicht benachteiligt und so weit als möglich auch nicht bessergestellt werden. Das Bundesgericht stellt für die Frage, ob überhaupt eine Zusatzstrafe auszusprechen ist, auf das Datum der ersten Verurteilung im ersten

- 11 - Prozess ab und zwar unabhängig davon, ob gegen diese ein Rechtsmittel ergriffen wurde. Massgeblich für die Anwendung des Asperationsprinzips ist gemäss dieser Praxis alleine, ob die zweite Tat vor der ersten Verurteilung im Rahmen des ersten Verfahrens verübt wurde. Eine Zusatzstrafe ist demnach nur auszusprechen, wenn die neue Tat vor der ersten Verurteilung im ersten Verfahren begangen wurde. Ist die Voraussetzung nicht erfüllt, kommt Art. 49 StGB nicht zum Tragen (BGE 138 IV 113 Erw. 3.4). 4.3 Der Beschuldigte beging die versuchte schwere Körperverletzung, für die er mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 21. November 2013 rechtskräftig verurteilt wurde am 16. März 2013. Die Tat ereignete sich mithin fünf Tage, nachdem der Beschuldigte im vorliegenden Verfahren erstinstanzlich verurteilt worden war (vgl. Prot. I S. 6 und 12ff.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kommt Art. 49 Abs. 2 StGB damit nicht zur Anwendung; es ist im vorliegenden Verfahren eine selbständige Strafe auszufallen. 5.1 Qualifizierte Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz werden mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zwanzig Jahren und fakultativ mit einer zusätzlichen Geldstrafe geahndet (Art. 19 Abs. 2 BetmG, Art. 39 StGB). Aussergewöhnliche Umstände, die es nahelegen würden, den ordentlichen Strafrahmen gegen unten zu öffnen, bestehen nicht. Der Strafmilderungsgrund der (leicht) verminderten Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 StGB ist mit der Vorinstanz innerhalb des ordentlichen Strafrahmens strafmindernd zu berücksichtigen (vgl. BGE 6S.73/2006; Urk. 46 S. 9). 5.2 Innerhalb des Strafrahmens ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird dabei nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach

bestimmt, wie weit dieser nach den gesamten Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Konkret ist bei Betäubungsmittel-

- 12 - delikten die Art und Menge der umgesetzten Drogen mit zu berücksichtigen. Je grösser die Menge und je schädlicher die Gattung der vom Täter gehandelten, weitergegebenen oder transportierten Betäubungsmittel sind, umso gewichtiger erweist sich die von ihm mit der Tatverübung herbeigeführte gesundheitliche Gefährdung für Dritte. Allerdings darf der Drogenmenge – und damit verbunden auch der Gefährlichkeit – bei der Strafzumessung keine vorrangige Bedeutung zukommen. Auch kommt es nicht auf den genauen Reinheitsgrad der Droge an, wenn nicht feststeht, dass der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder ein besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern bzw. beziehen wollte (BGE 107 IV 62; BGE 122 IV 299, BGer 6B\_294/2010 vom 15. Juli 2010 E. 3.2.2.). Relevant sind auch die Stellung des Täters in der Hierarchie des Drogenhandels (BGer 6S.463/2006 vom 3. Jan. 2007, E. 5) und die Zahl der Geschäfte, welche ein Indiz für die kriminelle Energie und damit für die Gefährlichkeit des Täters ist (Hansjakob, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen, in ZStrR 1997, S. 243). Ein weiteres beachtliches Zumessungskriterium ist eine allfällige Drogenabhängigkeit des Täters (BGE 118 IV 349). Zu berücksichtigen ist ebenfalls, ob ein Beschuldigter ausschliesslich des Geldes wegen handelte, ohne in einer finanziellen Notlage zu sein (BGE 107 IV 62 f.), oder ob er es ablehnt, zu arbeiten, obwohl ihm das möglich wäre, und es vorzieht, durch Drogenhandel seinen Lebensunterhalt zu verdienen (BGE 118 IV 349). Von Bedeutung sind schliesslich allfällige Vorstrafen und das Verhalten des Delinquenten nach der Tat und im Strafverfahren, wie beispielsweise kooperatives Verhalten, ein umfassendes Geständnis, Reue und Einsicht (BGE 118 IV 349, Hansjakob, a.a.O., S. 244).

5.3.1 Die Vorinstanz hat sich bei der Strafzumessung an diesen sich aus Gesetz und Rechtsprechung ergebenden Leitlinien orientiert. Sie hat sich mit allen wesentlichen Zumessungskriterien auseinandergesetzt und diese im Rahmen ihres Ermessens grundsätzlich zutreffend gewichtet (Urk. 46 S. 7ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Insbesondere hat die Vorinstanz die Vorstrafe des Beschuldigten und die erneute Tatbegehung während laufender Probezeit zu Recht straf erhöhend

- 13 - berücksichtigt. Eine unzulässige Doppelverwertung liegt insoweit nicht vor. Zwar gehen im konkreten Fall beide Straferhöhungsgründe auf die gleiche Verurteilung zurück. Es handelt sich dabei aber um voneinander unabhängige Umstände. Der Beschuldigte hat sich vorwerfen zu lassen, dass er nicht nur trotz einschlägiger Vorstrafe erneute delinquierte, sondern auch noch während laufender Probezeit. Es trifft sodann nicht zu, dass die Vorinstanz die veranschlagte Einsatzstrafe aus diesem Grund um rund 40% erhöht hat, wie die Verteidigung vorbringt (Urk. 68 S. 5). Die prozentualen Strafveränderungen sind nicht von der Endstrafe, sondern von der Einsatzstrafe aus zu berechnen. Vorliegend reduzierte die Vorinstanz die Strafe, ausgehend von der Einsatzstrafe von 28 - 30 Monaten, letztlich auf 26 Monate (vgl. Urk. 46 S. 9 und 11), was bedeutet, dass die strafmindernde Auswirkung des Nachtatverhaltens um rund 10% höher gewichtet wurde als die Straferhöhung wegen der Vorstrafe bzw. des Delinquierens während der Probezeit. Die Vorinstanz reduzierte die Einsatzstrafe wegen des Nachtatverhaltens um rund einen Drittel, d.h. im Umfang von 33%. Damit beträgt die Straferhöhung wegen des strafrechtlichen Vorlebens des Beschuldigten rund einen Viertel. Diese Erhöhung ist unter Berücksichtigung der konkreten Umstände (Urk. 46 S. 10f.) nicht zu beanstanden. Wenn die Verteidigung das Verhalten des Beschuldigten, welches zum Strafbefehl vom 4.

November 2009 führte als nicht wirklich gravierend beschreibt (Urk. 68 S. 5), trifft das zwar insofern zu, als es damals im Wesentlichen bloss um das Anstaltentreffen zum Kokainhandel an einem Abend ging; entsprechend gering fiel die Strafe aus. Wie gravierend die zur Vorstrafe führende Tat war, ist vorliegend aber nicht entscheidend. Entscheidend ist und deutlich zu Ungunsten des Beschuldigten wirkt sich aus, dass er wieder in den Kokainhandel einstieg, obwohl ihm die Gültigkeit des Verbots des Drogenhandels durch eine nicht einmal zwei Jahre zurückliegende Verurteilung vor Augen geführt worden war und dass er dies während rund fünf Monaten auch noch während laufender Probezeit tat.

5.3.2 Nicht zu folgen ist der Vorinstanz einzig, soweit sie davon ausgeht, dass die subjektive Tatschwere die objektive Tatschwere insgesamt etwas zu erhöhen vermöge (Urk. 46 S. 9). Zwar ist richtig, dass der Beschuldigte sich ohne in einer

- 14 - finanziellen Notlage zu sein, direktvorsätzlich auf den Drogenhandel einliess. Das entspricht aber dem Normalfall und führt nicht zu einer Erhöhung der Tatschwere aus subjektiven Gründen. Hingegen ist beim Beschuldigten aufgrund seines eigenen Kokainkonsums von einer im leichten Mass verminderten Schuldfähigkeit auszugehen, was mit der Vorinstanz leicht strafmindernd zu berücksichtigen ist (Urk. 46 S. 9). Insgesamt wird die objektive Tatschwere aus subjektiven Gründen mithin leicht relativiert. Das führt allerdings nicht dazu, dass die Tatschwere mit der Verteidigung als insgesamt eher leicht zu bewerten wäre. Vielmehr bleibt es angesichts des Umfangs des Drogenhandels, den der Beschuldigte als selbständiger Kleindealer während gut eines Jahres betrieben hat und der bloss leicht verminderten Schuldfähigkeit (der Beschuldigte konsumierte zwar selber Kokain, konnte den Kokainkonsum in Haft aber ohne weiteres einstellen, vgl. Urk. 33 S. 7) bei einer Bewertung seines Verschuldens als insgesamt nicht mehr leicht. Die Einsatzstrafe ist vor diesem Hintergrund auf rund 28 Monate zu veranschlagen.

5.4 Ausgehend von einer Einsatzstrafe von rund 28 Monaten und unter Berücksichtigung einer Straferhöhung als Folge der Vorstrafe und des Delinquierens während laufender Probezeit von rund einen Viertel sowie einer Strafminderung im Umfang von rund einem Drittel aufgrund des Nachtatverhaltens des Beschuldigten (Urk. 46 S. 11) erweist sich eine Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 26 Monaten als angemessen. Die Angemessenheit dieser Strafe ergibt sich auch bei einer Vergleichsrechnung mit dem schematisierten Berechnungsmodell von Fingerhuth und Tschurr (vgl. Fingerhuth/Tschurr, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007, N 30-32 zu Art. 47 StGB; vgl. auch BSK StGB I - Wiprächtiger, N 163 ff. zu Art. 47 StGB).

5.5 Eine Freiheitsstrafe bis zu 24 Monaten kann vollumfänglich bedingt ausgefällt werden, während der Vollzug einer Strafe von 26 Monaten nur teilweise bedingt aufgeschoben werden kann, wobei der zu vollziehende Teil der Strafe mindestens sechs Monate betragen muss (vgl. Art. 42 und 43 StGB). Die objektiven starren Grenzen, die das Sanktionensystem des Strafgesetzbuches

- 15 - (notwendigerweise) vorsieht, führt im konkreten Fall also dazu, dass dem Beschuldigten aufgrund einer relativ geringfügig höheren Strafe der vollumfänglich bedingte Strafvollzug unabhängig von subjektiven Gesichtspunkten nicht mehr gewährt werden kann und er (mindestens) sechs Monate Freiheitsstrafe wird verbüssen müssen. Die Verteidigung weist vor diesem Hintergrund grundsätzlich zu Recht darauf hin, dass auch die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung unter Hinweis auf Art. 47 Abs. 1 StGB ("Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters") folgeorientierte Überlegungen bei der Strafzumessung zulässt und vom Richter verlangt, dass er sich bei Sanktionen, die im Bereich eines Grenzwertes liegen, die Frage stellt, ob zugunsten des Beschuldigten eine

Sanktion, welche die Grenze nicht überschreitet, noch innerhalb des Ermessensspielraumes liegt. Dementsprechend kann sich etwa der Umstand, dass ein Beschuldigter durch die Verbüssung einer Freiheitsstrafe aus einem günstigen Umfeld herausgerissen wird, nach wie vor strafmindernd auswirken und zur Folge haben, dass die auszufällende Strafe unter der schuldangemessenen Strafe liegt. Losgelöst davon hat der Richter bei der Strafzumessung angesichts der einschneidenden Konsequenzen des unbedingten Vollzugs den Umstand mit zu berücksichtigen, dass die subjektiven Voraussetzungen des Strafaufschubs im Sinne einer günstigen beziehungsweise nicht ungünstigen Prognose im konkreten Einzelfall an sich erfüllt sind (BGE 134 IV 17 S. 23). Vorliegend ist aber weder das eine noch das andere der Fall. Der Beschuldigte befindet sich seit dem 16. März 2013 aufgrund des Vorfalles, der zu seiner Verurteilung vom 21. November 2013 führte, in Haft. Er hat keine Arbeitsstelle und lebt von seiner Familie getrennt (vgl. Urk. 33 S. 5f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte an, er sei wieder mit seiner Exfrau zusammengekommen und werde nach seiner Entlassung wieder mit ihr und dem gemeinsamen Kind zusammenleben (Urk. 72 S. 2ff.). Dies allein vermag seine Prognose aber nicht zu verbessern. Die Tatsache, dass der Beschuldigte nur kurz nach einer ersten Verurteilung wegen eines Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz und innert laufender Probezeit erneut und deutlich gravierender im Drogenhandel tätig war, verbot es schon im Zeitpunkt

- 16 - des erstinstanzlichen Urteils, ihm für sein künftiges Wohlverhalten uneingeschränkt keine schlechte Prognose zu stellen. Das hat auch die Vorinstanz so gesehen und die schlechte Prognose nur unter Berücksichtigung des Widerrufs, des Verfahrens und der in dessen Rahmen erlittenen Untersuchungshaft sowie der auszufällenden Freiheitsstrafe von 26 Monaten verneint, wobei sie den bedingten Aufschub von 20 Monaten dieser Freiheitsstrafe nur unter Ansetzung einer langen Probezeit von vier Jahren gewährte und damit deutlich machte, dass selbst der Teilvollzug der Freiheitsstrafe ihre Zweifel an der künftigen Bewährung des Beschuldigten nicht vollumfänglich auszuräumen vermochte. Für die Vorinstanz war der Teilvollzug der Strafe somit Voraussetzung für die Verneinung einer eigentlichen Schlechtprognose und dies zu Recht. Auf eine zwischenzeitlich positive Entwicklung seiner Lebensumstände und seines Verhaltens, die eine andere Beurteilung ermöglichen würde, kann der Beschuldigte nicht verweisen. Im Gegenteil: Er wurde nur fünf Tage nach der Eröffnung des erstinstanzlichen Urteils vom 11. März 2013 erneut und klar ausserhalb des Bagatellbereichs straffällig. Die subjektiven Voraussetzungen für einen vollumfänglichen Strafaufschub waren damit bereits im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Urteils nicht gegeben und sind es auch heute noch nicht. Eine Veranlassung, die Freiheitsstrafe von 26 Monaten aufgrund folgeorientierter Überlegungen auf 24 Monate zu reduzieren, besteht vor diesem Hintergrund nicht. 5.6 Zusammenfassend ist die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe von 26 Monaten für den Drogenhandel zu bestätigen. An die Freiheitsstrafe anzurechnen sind 111 Tage erstandene Haft.

## **E. 6**

Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten für die Freiheitsstrafe von 26 Monaten den teilbedingten Vollzug gewährt und den zu vollziehenden Teil der Freiheitsstrafe auf das gesetzliche Minimum von sechs Monaten festgelegt. Eine Abänderung dieses Entscheids zum Nachteil des Beschuldigten würde dem Verschlechterungsverbot widersprechen. Er ist daher unter Ansetzung einer

- 17 - Probezeit von vier Jahren für den aufgeschobenen Teil der Freiheitsstrafe ohne weiteres zu bestätigen. III. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, sind ausgangsgemäss dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten für die amtliche Verteidigung im Berufungsverfahren sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten. Es wird beschlossen:

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