

ZH_OBERGERICHT SB130428 vom 29. August 2014

ZH Obergericht, 2014-08-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB130428

FR: ZH_OBERGERICHT SB130428 du 29 août 2014

IT: ZH_OBERGERICHT SB130428 del 29 agosto 2014

Erwägungen

E. 1

Der Beschuldigte A. _____ wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom 7. Juni 2013 der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a, lit. c und lit. d BetmG, teilweise in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und lit. c BetmG sowie des mehrfachen Vergehens gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG schuldig gesprochen. Er wurde mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 36 Monaten bestraft, wovon 145 Tage durch Haft erstanden waren. Sodann wurde er verpflichtet, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, wiederrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 10'000.– zu bezahlen. Schliesslich wurden diverse Betäubungsmittel, Betäubungsmittelutensilien, Waffen, Beschussmaterial, Mobiltelefone und Vermögenswerte eingezogen. Betreffend weitere Gegenstände wurde die Herausgabe an den Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft festgesetzt (Urk. 49). Das vorinstanzliche Urteil wurde dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft anlässlich der Hauptverhandlung vom 7. Juni 2013 mündlich eröffnet und im Dispositiv übergeben (Prot. I S. 17, Urk. 41). Mit Eingabe vom 14. Juni 2013 meldete der Beschuldigte fristgerecht die Berufung an (Urk. 43). Das begründete

- 10 - Urteil wurde der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten am 2. September 2013 zugestellt (Urk. 48/1-2). Mit Eingabe vom 19. September 2013 reichte die Verteidigung des Beschuldigten fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 50). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 53). Beweisergänzungen wurden keine beantragt. Der Beschuldigte liess mit Eingabe vom 11. Februar 2014 einen Wechsel seines Verteidigers mitteilen und wird nun nicht mehr von Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____, sondern von Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____ verteidigt (Urk. 59, Urk. 60).

E. 2

Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 402 N 1; Art. 437 StPO). Der Beschuldigte beschränkte seine Berufung auf die Bemessung der Strafe und den Widerruf (Urk. 50 S. 2; Urk. 67 S. 2). Damit ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom 7. Juni 2013 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 5 (Ersatzforderung), 6 (Einziehung Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien), 7 - 9 (Einziehung diverser Waffen und Beschussmaterial), 10 (Einziehung Mobiltelefone), 11 (Herausgabe Gegenstände), 12 und 13 (Beschlagnahme Vermögenswerte), 14 und 15 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

E. 3

Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Straftat gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Bildung einer Gesamtschuld nach Art. 49 Abs. 1 StGB vorab der Strafrahmen für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafrahmens festzusetzen. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Das Gericht hat mithin in einem ersten Schritt gedanklich die Einsatzstrafe des schwersten Delikts festzulegen, indem es alle diesbezüglichen strafferhöhenden und strafmindernden Umstände einbezieht. In einem zweiten Schritt hat es die Strafe zu erhöhen, um die weiteren Delikte zu sanktionieren. Auch dort muss es den jeweiligen Umständen Rechnung tragen (BGE 6B_865/2009 vom 25. März 2010 E. 1.2.2). Als schwerste Tat gilt jene, die gemäss abstrakter Strafdrohung des Gesetzes mit der höchsten Strafe bedroht ist (BGE 6B_885/2010 vom 7. März 2011 E. 4.4.1).

E. 4

Vorliegend ist der Tatbestand der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer Strafdrohung von Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bis zu 20 Jahren, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann, das schwerste vom Beschuldigten begangene Delikt. Er erfüllte diesen Tatbestand betreffend die Anklageziffern A.I.2.1-4 und A.III (Art. 19

- 12 - Abs. 1 lit. a, lit. c und lit. d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a) sowie A.II (Art. 19 Abs. 1 lit. a, lit. c und lit. d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG).

E. 5

Innerhalb des festgelegten Strafrahmens misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird 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 der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Ausgangspunkt bei der Strafzumessung ist die objektive Tatschwere, d.h. die Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts bzw. der schuldhaft verursachte Erfolg. Ebenso massgeblich ist die subjektive Tatschwere, die sich aus der Intensität des deliktischen Willens sowie den Beweggründen für die Tat ergibt. Mit zu berücksichtigen sind schliesslich das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters. Der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung darf bei der Bemessung der Strafe keine vorrangige Bedeutung zukommen (vgl. etwa BGE 118 IV 342, BGE 121 IV 206). Es wäre verfehlt, im Sinne eines "Tarifs" überwiegend oder gar allein auf dieses Kriterium abzustellen. Falsch wäre aber auch die Annahme, diesem Strafzumessungselement komme eine völlig untergeordnete oder gar keine Bedeutung zu. Es ist nicht nebensächlich, ob jemand mit zwanzig oder zweihundert Gramm einer gefährlichen Droge handelt.

E. 5.1

In objektiver Hinsicht wiegt das Tatverschulden im Rahmen des schweren Falls von Art. 19 Abs. 2 BetmG nicht mehr leicht. Mit den Betäubungsmitteln, mit welchen der Beschuldigte handelte und deren Menge (43.2 Gramm reines Kokain und 1 Kilogramm Amphetamin mit einem minimalen Reinheitsgrad von 4.3%, entsprechend 43 Gramm, vgl. Urk. 49 S. 7 f.), die ohne Weiteres über dem kritischen Grenzwert für die Begründung des schweren Falls liegt, schuf der Beschuldigte ein grosses Gefährdungspotential für die Gesundheit vieler Menschen (vgl. BGE 109 IV 143, BGE 113 IV 32). Immerhin gab er jedoch einen grossen

- 13 - Teil des Amphetamins dem Lieferanten zurück. Zu berücksichtigen ist weiter, dass er insbesondere mit dem Handel mit Marihuana einen beachtlichen Gewinn - d.h. ein Nettogewinn von Fr. 50'000.-, weshalb von einem schweren Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG auszugehen ist - erzielte (vgl. dazu BGE 117 IV 314, BGE 129 IV 253). Hierarchisch ist er auf einer unteren bis mittleren Stufe anzusiedeln, da er nicht nur Betäubungsmittel kaufte und verkaufte, sondern (betreffend Marihuana) auch selber anbaute und sehr professionell vorging. So nahm er im Rahmen des gesamten Drogenhandels eine nicht unwesentliche Rolle ein. Sodann dealte er während über einem Jahr mit verschiedenen Drogen und mit einer grossen Häufigkeit. Was das subjektive Tatverschulden betrifft, so lassen die Dauer und die Häufigkeit der illegalen Tätigkeit des Beschuldigten auf einen ausgeprägten deliktischen Willen schliessen. Er handelte ausserdem aus rein finanziellen Interessen und direktvorsätzlich. Um seine Schulden abzubezahlen, hätte es auch legale Mittel und Wege gegeben. Das Verschulden ist damit auch in subjektiver Hinsicht als nicht mehr leicht zu qualifizieren. Folglich erweist sich für die mehrfache schwere Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz eine Freiheitsstrafe von 30 Monaten als angemessen.

E. 5.2

Straferhöhend wirken sich nun die weiteren Delikte, d.h. die mehrfache Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a. lit. c und lit. d BetmG betreffend die Anklageziffern A.I.1 und A.IV sowie das mehrfache Vergehen gegen das Waffengesetz aus. In objektiver Hinsicht kommt dem Beschuldigten zu Gute, dass es sich bei diesen weiteren Betäubungsmitteldelikten bezüglich des Kokains nur um einen Verkauf handelte. Bei den Ecstasy Pillen handelte es sich aber um eine nicht unerhebliche Anzahl, die er verkaufte. Allerdings erzielte er dabei einen nicht allzu hohen Gewinn. Bezüglich dieses Drogenhandels ist er auf der unteren Hierarchiestufe einzuordnen, betätigte er sich doch nur als Kleinhändler. Bezüglich des subjektiven Tatverschuldens ist auch hier der direkte Vorsatz und die rein finanzielle Motivation zu berücksichtigen. Das Tatverschulden wiegt insgesamt leicht.

- 14 - Was das Vergehen gegen das Waffengesetz betrifft, so fällt erschwerend ins Gewicht, dass er ohne Bewilligung gleich mehrere Waffen erwarb bzw. zu sich nahm, allerdings liegen keine Hinweise vor, dass er die Waffen auch benutzen und damit jemanden gefährden wollte (vgl. Urk. 5/1 S. 6, Urk. 5/2 S. 4). Auch diesbezüglich handelte er direktvorsätzlich. Sein Tatverschulden wiegt leicht. Zusammenfassend rechtfertigt es sich, die Einsatzstrafe von 30 Monaten Freiheitsstrafe um 6 Monate zu erhöhen, weshalb eine Strafe von 36 Monaten Freiheitsstrafe dem Verschulden des Beschuldigten angemessen ist.

E. 5.3

Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 49 S. 12 f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte ergänzend aus, dass er weiterhin in der von ihm und einem Partner gegründeten Firma D. _____ GmbH tätig sei, wobei er zur Zeit mit seinem Partner über dessen Ausstieg verhandle. Sein Einkommen sei in der Zwischenzeit höher und betrage aktuell Fr. 5'500.-; nach Ausstieg des Partners könne es möglicherweise noch weiter ansteigen. Seine Schulden gab er mit insgesamt Fr. 90'000.- an. Der Beschuldigte ist in zweiter Ehe verheiratet und hat eine drei Monate alte Tochter (Prot. II S. 8 ff.; auf seine aktuellen persönlichen Verhältnisse ausführlicher einzugehen ist nachstehend bei der Prüfung des Vollzugs und des Widerrufs). Aus der Biographie und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich keine Anhaltspunkte, die für die Strafzumessung von wesentlicher Bedeutung wären. Erheblich strafferhöhend wirken sich die drei Vorstrafen des Beschuldigten aus, von denen zwei einschlägig sind (Urk. 63). Deutlich strafferhöhend fällt sodann die Tatbegehung während laufender Probezeit ins Gewicht. Das Geständnis und die Kooperation des Beschuldigten sind erheblich strafmindernd zu berücksichtigen, ebenso seine Reue und Einsicht (vgl. Prot. I S. 9).

- 15 - Weitere Straferhöhungs- oder -minderungsgründe sind nicht ersichtlich. Im Ergebnis gleichen sich die strafferhöhenden und die strafmindernden Umstände in etwa aus.

E. 5.4

In Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe erweist sich eine Freiheitsstrafe von 36 Monaten als angemessen. Anzurechnen ist die erstandene Polizei- und Untersuchungshaft von 145 Tagen (Art. 51 StGB). III. Vollzug 1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 1 und 2 StGB). Gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB kann das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig erscheint, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. 2. Angesichts der Strafhöhe von drei Jahren kommt der bedingte Strafvollzug nicht in Betracht. Es ist einzig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den teilbedingten Strafvollzug gegeben sind. Gemäss BGE 6B_540/2007 vom 16. Mai 2008, E. 5.2 gelten die subjektiven Voraussetzungen von Art. 42 StGB auch für die Anwendung von Art. 43 StGB. Wo besonders günstige Umstände im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB fehlen, kommt mithin auch ein teilbedingter Vollzug der Freiheitsstrafe nicht in Betracht.

- 16 - Der Beschuldigte wurde am 14. Oktober 2008, und damit innerhalb der letzten fünf Jahre vor den heute zu beurteilenden Taten, vom Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, mit einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren bestraft (Urk. 63). Abgesehen davon, dass es sich dabei um eine einschlägige und nicht die erste Vorstrafe handelt, wird die Legalprognose des Beschuldigten weiter dadurch stark belastet, dass er während laufender Probezeit erneut delinquierte. Andererseits ist positiv zu werten, dass seit der Entlassung aus der Untersuchungshaft eine Stabilisierung des Beschuldigten eingetreten ist. Er lebt in

einem funktionierenden und ihn stützenden Umfeld: Er hat eine Ehefrau, die hinter ihm steht, und Eltern, die zu ihm stehen. Er ist Vater einer dreimonatigen Tochter, für welche er die Verantwortung wahrnimmt. Auch beruflich hat der Beschuldigte wieder Tritt gefasst. Zu Gunsten des Beschuldigten spricht auch, dass er sich aus freien Stücken in Therapie begeben hat und gewillt ist, diese weiterzuführen. In Berücksichtigung sämtlicher negativer und positiver Umstände kann dem Beschuldigten zusammengefasst dennoch höchstens eine knapp günstige Legalprognose gestellt werden. Jedenfalls aber liegen insgesamt (entgegen der Auffassung der Verteidigung, Urk. 67 S. 8 ff.) noch keine besonders günstige Umstände vor. Die Strafe ist folglich zu vollziehen. IV. Widerruf 1. Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe. Es kann die Art der widerrufenen Strafe ändern, um mit der neuen Strafe in sinn- gemässer Anwendung von Artikel 49 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden. Ist nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf einen Widerruf. Es kann den Verurteilten verwarnen oder die Probezeit um höchstens die Hälfte der im Urteil festgesetzten Dauer verlängern (Art. 46 Abs. 1 und 2 StGB). Ein während der Probezeit begangenes Verbrechen oder Vergehen führt nicht zwingend zum Widerruf des bedingten Strafaufschubs. Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwür-

- 17 - digung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. Bei der Beurteilung der Bewährungsaussichten ist mitzuberücksichtigen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wird. Der Entscheid über die Gewährung und derjenige über den Widerruf des bedingten Strafvollzugs können wegen unterschiedlicher Grundlagen für die Prognose divergieren, denn der Widerrufsverzicht setzt bei Vorverurteilungen im Gegensatz zum bedingten Strafaufschub keine besonders günstigen Umstände voraus. Die mögliche Warnwirkung der zu vollziehenden Strafe ist zwingend zu beachten (vgl. BGE 134 IV 140 E. 4.2., 4.4. und 4.5). 2. Mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 14. Oktober 2008 wurde dem Beschuldigten für die bedingt vollziehbare Freiheitsstrafe von 2 Jahren eine Probezeit von 5 Jahren angesetzt (Urk. 63). Die heute zu beurteilenden Taten des Beschuldigten beging dieser folglich während der laufenden Probezeit. Der Beschuldigte wurde bereits dreimal verurteilt, zweimal sogar wegen einschlägigen Delikten. Obwohl er bereits eine Freiheitsstrafe verbüsst hatte und ihm bei Begehung eines neuen Delikts das Verbüssen einer weiteren Freiheitsstrafe drohte, hinterliess dies bei ihm offensichtlich bis anhin keinen Eindruck. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass er sich heute in geregelten und stabilen Lebensverhältnissen befindet (vgl. vorstehend Ziff. III.2.). Hinzu kommt, dass die heute auszufällende Freiheitsstrafe von 3 Jahren zu vollziehen ist. Es darf erwartet werden, dass der erneute Vollzug einer Freiheitsstrafe den Beschuldigten endlich nachhaltig beeindrucken und damit die nötige Warnwirkung zeitigen wird. Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände darf verhalten und wohlwollend geschlossen werden, dass er sich künftig nicht mehr strafbar machen werde. Vom Widerruf der Vorstrafe ist deshalb abzusehen, wobei verbleibenden Restbedenken (entgegen der Auffassung der Verteidigung; Urk. 67 S. 2) allerdings nicht mit einer blossen Verwarnung, sondern einer Verlängerung der Probezeit um 2 Jahre Rechnung zu tragen ist.

- 18 - V. Kosten- und Entschädigungsfolgen In Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Ob- siegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der

Beschuldigte unterliegt bei der Strafzumessung und obsiegt (grösstenteils) in der Frage des Widerrufs. Bei diesem Ausgang sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens zu drei Fünfteln aufzuerlegen und zu zwei Fünfteln auf die Gerichtskasse zu nehmen. Sodann ist ihm eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 2'000.– (inkl. MwSt) zuzusprechen. Es wird beschlossen:

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