

ZH_OBERGERICHT SB150274 vom 9. Oktober 2015

ZH Obergericht, 2015-10-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB150274

FR: ZH_OBERGERICHT SB150274 du 9 octobre 2015

IT: ZH_OBERGERICHT SB150274 del 9 ottobre 2015

Erwägungen

E. 1

Vorinstanzliches Urteil

E. 1.1

Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der schwersten anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen. Dieser Rahmen ist vom Gesetzgeber in aller Regel sehr weit gefasst worden, um sämtlichen konkreten Umständen Rechnung zu tragen. Entgegen einer auch in der Praxis weit verbreiteten Auffassung wird der ordentliche Strafrahmen nicht automatisch erweitert, worauf dann innerhalb dieses neuen Rahmens die Strafe nach den üblichen Strafzumessungskriterien festzusetzen wäre. Zwar ist auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darauf hingewiesen worden, das Gesetz sehe eine Strafrahmenerweiterung vor. Damit sollte aber nur ausgedrückt werden, dass der Richter infolge eines Strafschärfungs- bzw. Strafmilderungsgrundes nicht mehr in jedem Fall an die Grenze des ordentlichen Strafrahmens gebunden ist. Der ordentliche Rahmen ist nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint (BGE 136 IV 55 E. 5.8.).

E. 1.2

Diese geltende aktuelle Praxis des Bundesgerichts wurde seitens der Vorinstanz korrekt angewandt (s. Urk. 28 E.4.1.). Vorliegend ist demnach vom ordentlichen Strafrahmen von nicht unter einem Jahr Freiheitsstrafe bis zu 20 Jahren auszugehen, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann.

E. 1.3

Mit Präsidialverfügung vom 7. Juli 2015 wurde der Staatsanwaltschaft sowie der Privatklägerin unter Zustellung einer Kopie der Berufungserklärung der Verteidigung Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen.

E. 1.4

Mit Eingabe vom 15. Juli 2015 wurde seitens der Staatsanwaltschaft mitgeteilt, dass auf Anschlussberufung und auf Stellung eines Antrages verzichtet werde, wobei gleichzeitig ein Gesuch um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung gestellt wurde (Urk. 32). Seitens der Verteidigung wurde auf entsprechende Anfrage des Gerichts mitgeteilt, dass sie mit der Gutheissung des Dispensationsgesuchs der Staatsanwaltschaft einverstanden sei (Urk. 33).

E. 1.5

Am 6. August 2015 ergingen die Vorladungen zur heutigen Berufungsverhandlung (vgl. Urk. 34).

E. 2

Strafzumessungsfaktoren Seitens der Vorinstanz wurden zu den Kriterien der Strafzumessung die nötigen theoretischen Ausführungen gemacht. Darauf (Urk. 28 E.4.2.1.) und auf die aktu-

- 7 - elle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Thema (BGE 136 IV 55 E. 5.4. ff.; 135 IV 130 E. 5.3.1; 132 IV 102 E. 8.1; je mit Hinweisen) kann vorab verwiesen werden. Zutreffend wurde auch festgehalten, dass zwischen der Tat- und Täterkomponente sowie der objektiven und subjektiven Tatschwere zu unterscheiden ist. Auch wurden seitens der Vorinstanz die einzelnen Elemente der objektiven und subjektiven Tatschwere ausreichend und korrekt dargelegt (Urk. 28 E.4.2.2., 4.2.3.1. u. 4.2.4.1.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 3

Tatkomponente

E. 3.1

Objektive Tatschwere

E. 3.1.1

Der Beschuldigte hatte in casu – wie von der Vorinstanz zutreffend erwogen (Urk. 28 E. 4.2.3.2.) – gesamthaft mit rund 50 Gramm reinem Heroin zu schaffen, weshalb die Grenze für den mengenmässig schweren Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, welche bei einer Reinheroinmenge von 12 Gramm anzusiedeln ist (s. BGE 120 IV 334 E. 2.a), immerhin um mehr als das Vierfache und somit deutlich überschritten wurde. Nicht zu beanstanden ist in diesem Zusammenhang, dass seitens der Vorinstanz – wie dort seitens der Verteidigung gefordert (Urk. 20 S. 3) – zu Gunsten des Beschuldigten ein aus dem Gutachten des Forensischen Instituts Zürich betreffend Gehaltsbestimmung des aufgefundenen Heroins hervorgehender "Vertrauensbereich" von 4% berücksichtigt und abgezogen wurde (Urk. 28 E. 4.2.3.2.).

E. 3.1.2

Von der Vorinstanz wurde weiter zutreffend ausgeführt, dass die Funktion und Stellung des Täters innerhalb des Gesamtgefüges zu berücksichtigen sei (Urk. 28 E. 4.2.3.3.). Richtig wurde erwähnt, dass die Einbindung des Beschuldigten in eine Organisationsstruktur nicht nachgewiesen oder erkennbar ist. Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Beschuldigte auf einer unteren bzw. der untersten Hierarchiestufe anzusiedeln sei, da er das bei ihm im Garten aufgefundene Heroin in kleineren Mengen – in Portionen à fünf Gramm – an Einzelabnehmer verkauft habe (Urk. 28 E.4.2.3.3.), worin ihr dahingehend beizupflichten ist, dass sich der Beschuldigte auf einer unteren Hierarchiestufe bewegte. Erwähnenswert scheint immerhin der Umstand, dass der Beschuldigte in Abwesenheit jeglicher

- 8 - erkennbarer Organisationsstrukturen in der Gestaltung und Ausübung seines Drogenverkaufs frei war und keine Weisungen entgegenzunehmen hatte.

E. 3.1.3

Zutreffend verschuldenserschwerend in Betracht gezogen wurde von der Vorinstanz der Umstand des mehrfachen Verkaufs der Drogen, auch wenn der bereits realisierte Verkaufserlös von Fr. 500.– im unteren Bereich einzuordnen sei (Urk. 28 E.4.2.3.4.). Die Verteidigung führte zwar zu Recht aus, dass sich die Drogengeschäfte des Beschuldigten auf einen Zeitraum von nur einem Monat beschränkten (Urk. 36 S. 4), während dieser kurzen Zeit wurde der Beschuldigte aber gleich fünf Mal tätig. Sodann ist immerhin zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte nebst dem bereits verkauften Heroin in der Gesamtmenge von (reinen) 8.5 Gramm noch weitere 46.5 Gramm (reines) Heroin für den Verkauf vorgesehen hatte, womit sich der Deliktsbetrag bei nicht erfolgter Verhaftung des Beschuldigten noch vervielfacht hätte.

E. 3.1.4

Zu Gunsten des Beschuldigten zu veranschlagen ist seine von der Vorinstanz zutreffend als wenig professionell beurteilte Tatausführung, welche Rückschlüsse auf eine eher niedrige kriminelle Energie ziehen lasse (s. Urk. 28 E. 4.2.3.5.). Den Erwägungen der Vorinstanz, welche das Vorgehen des Beschuldigten als eher planlos erachtete und sein Handeln in erster Linie im Lichte der Verschaffung eines Zusatzverdienstes durch das Ausnutzen einer günstigen Gelegenheit betrachtete, ist gestützt auf den anerkannten Anklagesachverhalt und die sich aus den Akten ergebende Beweislage – so sagte der Beschuldigte u.a. aus, er "habe gedacht, ein bisschen Geld zu machen" (s. Urk. 2 S. 7 Frage 71) – vollumfänglich beizupflichten.

E. 3.2

Subjektive Tatschwere

E. 3.2.1

Hinsichtlich der Beurteilung der subjektiven Tatschwere wurde von der Vorinstanz zutreffend in Betracht gezogen, dass der Beschuldigte vorliegend mit direktem Vorsatz gehandelt hat (s. Urk. 28 E. 4.2.4.2.). Daran vermag das Vorbringen der Verteidigung, dass es zweifelhaft sei, dass dem Beschuldigten wirklich bewusst gewesen sei, was er gefunden und dann auch verkauft habe, wofür die Tatsache spreche, dass er das Heroin zuletzt für nur Fr. 20.– pro Gramm ver-

- 9 - kauft habe (Urk. 20 S. 4 Rz. 9; Urk. 36 S. 3), nichts zu ändern. So erwiderte der Beschuldigte auf die Frage des einvernehmenden Polizisten, wie er auf die Idee gekommen sei, das Heroin zu verkaufen, dass er erst kurze Zeit zuvor darauf gekommen sei. Er sei an die Langstrasse gegangen und habe sich erkundigt, wie das laufe und wie die Preise seien. Dann habe er erfahren, dass das Material "Sugar" heisse. Auch über das Portionieren habe er sich an der Langstrasse informiert. Die hätten ihm auch gesagt, dass man in 5 Gramm-Einheiten verkaufe und das bis zu Fr. 170.– koste (Urk. 2 S. 7 Fragen 77 u. 78). Demzufolge wusste der Beschuldigte – welcher seine vor Polizei gemachten Aussagen anlässlich der staatsanwaltlichen Einvernahme vom 20. November 2014 allesamt als richtig bezeichnete (Urk. 4 S. 2 Frage 7) – über den Marktpreis des Heroins wie auch den gängigen Verkaufsprozess Bescheid. Der Umstand, dass er das Heroin schliesslich zu einem tieferen Preis verkaufte, vermag seine Unkenntnis betreffend die von ihm gehandelten Drogen deshalb nicht zu belegen. Zudem ist zu beachten, dass der Beschuldigte gemäss eigener Aussage das auf der Gasse übliche Synonym für Heroin ("Sugar") kannte. Schliesslich räumte der Beschuldigte bereits vor der Polizei ein, zu wissen, dass Heroin eine gefährliche Droge sei, die rasch süchtig mache (Urk. 2 S. 7 Frage 72). Gestützt auf diese

Umstände wäre es folglich lebensfremd, anzunehmen, dass der Beschuldigte nicht wusste, mit welchen Drogen er zu tun hatte.

E. 3.2.2

Auch ist in casu – wie seitens der Vorinstanz zutreffend ausgeführt (Urk. 28 E.4.2.4.2.) – davon auszugehen, dass der Beschuldigte nicht aus einer finanziellen Notlage heraus tätig geworden ist. So gab er im Vorverfahren an, monatlich Fr. 4'000.– bzw. Fr. 4'100.– an Arbeitslosenentschädigung zu erhalten und bezifferte die monatlichen Nettoeinkünfte seiner mit ihm lebenden Ehefrau mit etwa Fr. 3'300.– (Urk. 2 S. 9 Fragen 94 u. 95; Urk. 4 S. 4). Auch heute verfügen sowohl er als auch seine Ehefrau über ein regelmässiges Einkommen (Prot. II S. 8 f.). Gemäss seinen heutigen Aussagen tragen seine Kinder ausserdem einen finanziellen Beitrag an den familiären Haushalt bei (Prot. II S. 9; vgl. auch Urk. 2 S. 9 Frage 98). Abgesehen davon ist der Beschuldigte Eigentümer eines Hauses im Kosovo (Urk. 2 S. 9 Frage 96; Prot. II S. 9 f.). Von einer – wie seitens der Verteidigung vor Vorinstanz geltend gemachten (s. Urk. 20 S. 4 Rz. 8) – finanziellen

- 10 - Misere des Beschuldigten als Motivationshintergrund ist deshalb – auch unter Berücksichtigung seiner Schulden im Betrag von Fr. 5'000.– bis Fr. 6'000.– (Urk. 4 S. 4), welche heute Fr. 7'000.– oder Fr. 8'000.– betragen (Prot. II S. 10) – vorliegend nicht auszugehen. Der Beschuldigte delinquierte deshalb bei voller Entscheidungsfreiheit, zumal vorliegend auch nicht von einer Betäubungsmittelsucht bzw. der Finanzierung eines entsprechenden Eigenkonsums auszugehen ist.

E. 3.2.3

Wie bereits im Rahmen der Beurteilung der objektiven Tatschwere erwähnt wurde (s. vorstehend unter Ziffer 3.1.4.), hat der Beschuldigte vorliegend in erster Linie beabsichtigt, sich durch das Ausnützen einer günstigen Gelegenheit einen Zusatzverdienst zu verschaffen. Dieses Tatmotiv vermag ihn weder besonders zu belasten noch massgeblich zu entlasten.

E. 3.2.4

Aus den gemachten Erwägungen folgt, dass die subjektive Tatschwere die objektive Tatschwere nicht zu relativieren vermag.

E. 3.3

Verschulden und Hypothetische Einsatzstrafe Weder die seitens der Vorinstanz unter Berücksichtigung sämtlicher Elemente der Tatkomponenten vorgenommene Einschätzung des Verschuldens als gerade noch leicht (Urk. 28 E.4.2.4.1.) noch die daraus resultierende Festsetzung einer als angemessen erachteten hypothetische Einsatzstrafe von 20 Monaten (Urk. 28 E.4.2.5.) sind vorliegend gestützt auf die gemachten Erwägungen zu beanstanden.

E. 4

Täterkomponente

E. 4.1

Wie seitens der Vorinstanz zutreffend dargelegt umfasst die Täterkomponente die persönlichen Verhältnisse, das Vorleben (insbesondere frühere Straftaten oder bisheriges Wohlverhalten) und das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere gezeigte Reue und Einsicht, oder ein abgelegtes Geständnis (Urk. 28 E.4.3.1. unter

Verweis auf HUG, in: DONATSCH/FLACHSMANN/ HUG/WEDER, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 19. Auflage, Zürich 2013, Art. 47 N 14).

- 11 -

E. 4.2

Die Vorinstanz ging gestützt auf die Akten und ihre Befragung des Beschuldigten anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung von folgenden Angaben über sein Vorleben aus (s. Urk. 28 E. 4.3.2.): Der Beschuldigte sei im Kosovo bei einer Stiefmutter aufgewachsen und habe einen Bruder und eine Schwester sowie zwei Halbgeschwister. Im Kosovo sei er zwölf Jahre zur Schule gegangen und dann mit 17 Jahren in die Schweiz gekommen. Sein Vater sei in der Schweiz gewesen, weshalb er zu ihm in die Schweiz gekommen sei. In der Schweiz hätte er dann sogleich zu arbeiten begonnen, wobei er verschiedene Arbeiten im Lager oder in der Produktion ausgeübt habe. Im Jahr 1991 habe er seine Ehefrau geheiratet und er habe nun vier Kinder (Jahrgänge 1993, 1995, 1997 und 1999) mit ihr. Er habe als Pflegehelfer im Altersheim in ... gearbeitet und sei dann aber arbeitslos geworden. Er sei während ca. acht oder neun Monaten arbeitslos gewesen und sei mit rund Fr. 4'100.– pro Monat von der Arbeitslosenkasse unterstützt worden. Seit kurzem arbeite er wieder in einem Altersheim in Zürich. Die Familienwohnung koste rund Fr. 1'500.– im Monat. Er habe Schulden im Umfang von Fr. 5'000.– bis 6'000.– (Urk. 4 S. 4; Prot. I S. 6). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergab sich zudem, dass er heute temporär bei der B. _____ AG angestellt ist und in verschiedenen Spitälern Sitzwachen macht. Dabei verdient er pro Stunde Fr. 30.–, was letzten Monat ein Einkommen von ca. Fr. 4'000.– ergab. Seine Ehefrau arbeitet 50 % und verdient ca. Fr. 2'500.– pro Monat. Die ältesten drei Kinder arbeiten ebenfalls bzw. sind in der Lehre. Die Schulden des Beschuldigten betragen inzwischen ca. Fr. 7'000.– oder Fr. 8'000.– (Prot. II. S. 7 ff.). Die Stelle im Altersheim musste der Beschuldigte aufgeben, weil bei ihm eine Leberzirrhose diagnostiziert wurde (Urk. 36 S. 4; Prot. II S. 10).

E. 4.3

Eine Strafminderndkeit des Beschuldigten, die sich strafmindernd auswirken würde, liegt nicht vor. Der Beschuldigte leidet zwar an Hepatitis B und einer Leberzirrhose, er ist aber nach wie vor in der Lage, zu arbeiten und daheim bei seiner Familie zu leben. Sodann ist die Verbüssung einer Freiheitsstrafe für jeden arbeitstätigen und in ein familiäres Umfeld eingebetteten Beschuldigten mit einer

- 12 - gewissen Härte verbunden (BSK StGB I-Wiprächtiger/Keller, 3. Auflage 2013, Art. 47 N 150).

E. 4.4

Der Beschuldigte ist mehrfach vorbestraft. Wie bereits seitens der Vorinstanz zutreffend festgestellt worden ist (Urk. 28 E.4.3.3.) wurde der Beschuldigte am 28. August 2007 wegen Hausfriedensbruchs zu einer bedingten Geldstrafe von zehn Tagessätzen verurteilt. Am 19. Mai 2009 erfolgte eine Verurteilung wegen Drohung zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen. Schliesslich wurde der Beschuldigte am 25. September 2014 wegen Urkundenfälschung zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen verurteilt (Urk. 35). Wie bereits die Vorinstanz richtig erwog (Urk. 28 E. 4.3.3.), vermochten weder die bedingten Geldstrafen noch die vollzogene Geldstrafe den Beschuldigten davon abzuhalten, weitere Delikte zu begehen. Auffällig ist insbesondere der Umstand, dass der

Be- schuldigte nur sehr kurze Zeit nach der rechtskräftigen Verurteilung vom 25. September 2014 das vorliegend zu beurteilende Delikt beging. Auch wenn die drei Vorstrafen – wie die Verteidigung zutreffend vorbringt (Urk. 20 S. 4 Rz. 8; Urk. 36 S. 4) – nicht einschlägig sind, vermag die Anzahl der Vorstrafen sowie insbesondere der Umstand der erneuten und ungebremst erscheinenden Delin- quenz dermassen kurz nach der letzten Verurteilung eine deutliche Straferhöhung zu begründen, welche sich deshalb nicht bloss in einem geringfügigen sondern vielmehr in einem mittleren Mass zu Lasten des Beschuldigten auswirkt.

E. 4.5

Deutlich zu Gunsten des Beschuldigten ist sein Geständnis zu berücksichti- gen. Die Vorinstanz hielt diesbezüglich zutreffend fest, dass der Beschuldigte die Straftaten nach anfänglichem Abstreiten gestanden und das Vorgehen geschildert hat (Urk. 2 S. 3 ff.), wobei insbesondere die Drogenverkäufe von fünf Säcklein zu je fünf Gramm Heroin ohne das Geständnis des Beschuldigten schwierig nach- zuweisen gewesen wären (Urk. 28 E.4.3.4.). Zentral ist in casu die Frage, ob sich das Geständnis in einem deutlicheren Umfang zu Gunsten des Beschuldigten auszuwirken vermag als es die Berücksichtigung seiner Vorstrafen zu seinen Las- ten tut. Dies ist zu bejahen: Das Geständnis des Beschuldigten erfolgte bereits weniger als 24 Stunden nach seiner Verhaftung (vgl. Urk. 1 u. 2). Zwar war das Beweiser-

- 13 - gebnis aufgrund der auf seiner Ehefrau bzw. zu Hause aufgefundenen Betäu- bungsmittel erdrückend, doch gab der Beschuldigte – wie zuvor erwähnt – auch mehr zu, als ihm die Untersuchungsbehörden hätten nachweisen können. Nicht zu seinen Lasten zu berücksichtigen sind schliesslich der dubios anmutende Um- stand des Heroinfunds im Garten und die damit verbundenen Unklarheiten, zumal der Beschuldigte den ihm seitens der Anklagebehörde zur Last gelegten Anklage- sachverhalt vollumfänglich eingestanden hat. Insgesamt resultiert deshalb aus der Würdigung der für die Täterkomponente massgebenden Umstände eine geringfügige Reduktion der hypothetischen Ein- satzstrafe.

E. 5

Ergebnis Unter Berücksichtigung sämtlicher massgebender Strafzumessungsgründe er- weist sich eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen.

E. 6

Seitens der Vorinstanz wurde in Erwägung gezogen, dass der zu vollzie- hende Anteil der Freiheitsstrafe angesichts der eher schlechten Legalprognose des Beschuldigten auf die Hälfte anzusetzen sei (Urk. 28 E.6.7.). Zu berücksichti- gen ist jedoch andererseits, dass das Verschulden des Beschuldigten gerade noch leicht wiegt und sich deshalb im unteren Rahmen bewegt. Aufgrund des Um- stands, dass der Beschuldigte bis anhin nie einen längeren Freiheitsentzug als einen solchen von zehn Tagen zu vergegenwärtigen hatte, und davon ausgegan- gen werden kann, dass ihn bereits ein zu vollziehender Strafteil von sechs Mona- ten genügend beeindruckend dürfte, um seine Legalprognose massgeblich zum Positiven zu wenden, rechtfertigt es sich in casu, insgesamt sechs Monate (ab- züglich zehn Tagen, die durch Untersuchungshaft erstanden sind) der ausgespro- chenen Strafe zu vollziehen und den Rest der Strafe (zwölf Monate) aufzuschie- ben.

E. 7

Schiebt das Gericht den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB).

- 17 -

E. 8

Um allfälligen Restbedenken der Bewährung des Beschuldigten hinsichtlich des bedingt ausgesprochenen Strafteils genügend Rechnung zu tragen, rechtfertigt es sich vorliegend angesichts der immerhin drei Vorstrafen des Beschuldigten – wie die Vorinstanz (Urk. 28 E.6.7.) – eine Probezeit von drei Jahren anzusetzen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Dem im Berufungsverfahren unterliegenden Beschuldigten sind die Kosten des Berufungsverfahrens – ausgenommen die Kosten der amtlichen Verteidigung – vollumfänglich aufzuerlegen, weil der angefochtene Entscheid nur geringfügig zu Gunsten des Beschuldigten abgeändert wurde bzw. ein wohlwollender Ermessensentscheid ist (Art. 428 Abs. 2 lit. b StPO). Die Rückzahlungspflicht für die Kosten der amtlichen Verteidigung nach Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.– festzusetzen.
3. Der vom amtlichen Verteidiger für seine Bemühungen im Berufungsverfahren verrechnete Betrag von Fr. 2'860.50 (Urk. 36) steht im Einklang mit den Sätzen der AnwGebV und erscheint als angemessen, weshalb der amtliche Verteidiger unter Berücksichtigung der heutigen Berufungsverhandlung mit Fr. 3'100.– (inkl. 8 % MWST) zu entschädigen ist. Es wird beschlossen:

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