

ZH_OBERGERICHT SB160160 vom 24. Juni 2016

ZH Obergericht, 2016-06-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB160160

FR: ZH_OBERGERICHT SB160160 du 24 juin 2016

IT: ZH_OBERGERICHT SB160160 del 24 giugno 2016

Erwägungen

E. 3

Rechtliche Würdigung

E. 3.1

Bezüglich der objektiven Tatschwere ist zunächst festzuhalten, dass die vom Beschuldigten verschaffte Menge des Kokaingemischs (27 Gramm reines Kokain) den Grenzwert eines leichten Falls gemäss Art. 19 Abs. 1 BetmG (18 Gramm reines Kokain) deutlich übersteigt. Hinzu kommt, dass der Reinheitsgrad des Kokains mit 45 % über der durchschnittlichen Gassenqualität von rund 33 % lag. Dabei ist zu beachten, dass es sich bei Kokain bekanntlich um eine der gefährlichsten Drogen überhaupt handelt, welcher nachgewiesenermassen eine grosse gesundheitsgefährdende und abhängigkeiterzeugende Wirkung zukommt. Zu berücksichtigen ist andererseits, dass der Beschuldigte zwar über einen Zeitraum von etwa einem Jahr mehrfach aktiv wurde, dass es sich dabei mit lediglich drei Transaktionen indes noch um eine relativ geringe Anzahl von Geschäften handelte. Auch handelte der Beschuldigte als Einzelperson und nicht etwa im Rahmen einer klassischen Drogenorganisation.

E. 3.2

Bezüglich der subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte und um die Gefährlichkeit von Kokain wusste. Zugunsten des Beschuldigten fällt allerdings ins Gewicht, dass er jeweils nicht aus eigener Initiative, sondern nur "auf Bestellung" tätig wurde. Für den Be-

- 12 - schuldigten spricht auch, dass er schliesslich aus eigenem Antrieb aufhörte, indem er seiner Schwester mitteilte, dass er nichts mehr mit C._____ und D._____ zu tun haben möchte (HD Urk. 7/7 S. 3; ND2 Urk. 6/4 S. 11). Weiter ist zugunsten des Beschuldigten zu berücksichtigen, dass er nicht aus finanziellen Interessen handelte, sondern zunächst lediglich seiner Schwester einen Gefallen erweisen wollte und sodann auch für die weiteren Bestellungen kein Geld verlangte, sondern jeweils nach Ermessen von C._____ und D._____ nach der Verschaffung mitkonsumieren durfte und einen Teil des Kokains zum Eigengebrauch erhielt. Eine eigentliche Kokainabhängigkeit ist beim Beschuldigten aber nicht als Motiv festzustellen.

E. 3.3

Gesamthaft betrachtet ist das Tatverschulden des Beschuldigten als noch leicht einzustufen und ist hierfür eine hypothetische Einsatzstrafe von 15 Monaten festzusetzen. 4. Täterkomponente 4.1. Hinsichtlich der Biographie des Beschuldigten kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (HD Urk. 76 Ziff. IV.2.4.1.), welche vom Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung als im

Wesentlichen unverändert bestätigt wurden (Prot. II S. 4 ff.). Die Lebensgeschichte des Beschuldigten wirkt sich auf die Strafzumessung neutral aus. 4.2. Straferhöhend zu berücksichtigen sind die drei Vorstrafen des Beschuldigten, deren gravierendste (Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 17. Mai 2001) teilweise einschlägig ist (HD Urk. 58). Zu Gunsten des Beschuldigten ins Gewicht fällt andererseits, dass diese Vorstrafen (namentlich die gravierendste) relativ weit zurückliegen. Diesbezüglich erscheint eine Erhöhung der Einsatzstrafe um 3 Monate gerechtfertigt. 4.3. Strafmindernd ist dem Beschuldigten sodann sein Geständnis zugute zu halten, auch wenn zu berücksichtigen ist, dass er nicht von Anfang an geständig war und anschliessend auch nicht mehr zugab, als ihm anhand der Aussagen

- 13 - der übrigen Beteiligten ohnehin nachgewiesen werden konnte. Hiefür erscheint eine Reduktion der hypothetischen Einsatzstrafe um 3 Monate angezeigt. 4.4. Aufgrund der ausgewiesenen gesundheitlichen Probleme des Beschuldigten (vgl. HD Urk. 41/3; Urk. 66 S. 17) kann ihm mit der Vorinstanz eine leicht erhöhte Strafempfindlichkeit zugebilligt werden und ist demzufolge eine weitere Reduktion der hypothetischen Einsatzstrafe um 1 Monat vorzunehmen.

E. 3.4

Entgegen der Vorinstanz (HD Urk. 76 S. 20 Ziff. II.A.3.) ist deshalb auch festzuhalten, dass sich die (drei) Verschaffungshandlungen des Beschuldigten nicht auf die gesamte Menge von 70 Gramm Kokaingemisch und damit 31,5 Gramm reinen Kokains beziehen, sondern davon die Teilmengen abzuziehen sind, die im Anschluss an die Verschaffungshandlungen vom Beschuldigten einerseits mitkonsumiert und ihm andererseits zum späteren Eigengebrauch überlassen wurden. Zum späteren Eigengebrauch wurde dem Beschuldigten laut Anklageschrift jeweils ca. 2 Gramm (demnach insgesamt ca. 6 Gramm) überlassen, derweil sein Anteil am Mitkonsum unmittelbar nach dem Drogenkauf auf jeweils ca. 1 Gramm (demnach insgesamt ca. 3 Gramm) zu schätzen ist. Zu Gunsten des Beschuldigten sind somit gerundet 10 Gramm für den Eigengebrauch abzuziehen. Damit beziehen sich die Verschaffungshandlungen (entgegen der von der Verteidigung errechneten Mengen, Urk. 88 S. 3 f.) noch auf 60 Gramm Kokaingemisch, bzw., bei einem Reinheitsgehalt von ca. 45%, auf 27 Gramm reines Kokain.

E. 3.5

Das Verhalten des Beschuldigten ist damit als qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG zu würdigen.

- 11 - III. Sanktion 1. Einleitung Die Vorinstanz hat die vom Gesetz und der Rechtsprechung für die Strafzumessung von Drogendelikten aufgestellten Grundsätze und Regeln zutreffend wiedergegeben (HD Urk. 76 S. 21-27, Ziff. IV.A.1.1., 2.1., 2.3.1., 2.3.5). 2. Strafrahmen Die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG ist mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 20 Jahren, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann, zu bestrafen. 3. Tatkomponente

E. 5

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'000.- ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 5'700.- amtliche Verteidigung

E. 5.1

Unter Würdigung aller für die Strafzumessung massgebenden Umstände erweist sich somit eine Strafe von 14 Monaten als angemessen.

E. 5.2

Die Verteidigung beantragte die Ausfällung einer Geldstrafe anstelle einer Freiheitsstrafe (wobei die Geldstrafe gestützt auf Art. 37 Abs. 1 StGB in gemeinnützige Arbeit umzuwandeln sei; HD Urk. 66 S. 17 f. und Urk. 88 S. 14 f.). Damit verkennt sie, dass gemäss Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 BetmG als Sanktion zwingend eine Freiheitsstrafe auszusprechen ist (und diese höchstens mit einer Geldstrafe verbunden werden kann).

E. 5.3

a) Laut Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug 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. Dabei kann – innerhalb der schuldangemessenen Gesamtstrafe – eine bedingte Strafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder Busse verbunden werden (Art. 42 Abs. 4 StGB, vgl. Trechsel/Pieth, StGB PK, 2. Aufl., Art. 42 N 19). Um dem akzessorischen Charakter einer solchen Verbindungsstrafe gerecht zu werden, ist die Obergrenze grundsätzlich auf einen Fünftel beziehungsweise 20 % festzulegen (BGE 135 IV 188, E. 3.4.4.). Demgegenüber kann das Gericht gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem und höchstens drei Jahren teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Bei der teilbedingten Freiheitsstrafe muss sowohl

- 14 - der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil mindestens sechs Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 StGB). b) Für Freiheitsstrafen im überschneidenden Anwendungsbereich der Art. 42/43 StGB (zwischen einem und zwei Jahren) gilt laut der höchstrichterlichen Rechtsprechung Folgendes: Der Strafaufschub nach Art. 42 StGB ist die Regel, die grundsätzlich vorgeht. Der teilbedingte Vollzug bildet dazu die Ausnahme. Sie ist nur zu bejahen, wenn der Aufschub wenigstens eines Teils der Strafe aus spezialpräventiver Sicht erfordert, dass der andere Strafteil unbedingt ausgesprochen wird. Ergeben sich – insbesondere aufgrund früherer Verurteilungen – ganz erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Täters, die bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände eine eigentliche Schlechtprognose noch nicht zu begründen vermögen, so kann das Gericht an Stelle des Strafaufschubs den teilbedingten Vollzug gewähren. Auf diesem Wege kann es im Bereich höchst ungewisser Prognosen dem Dilemma "Alles oder Nichts" entgehen. Art. 43 StGB hat die Bedeutung, dass die Warnwirkung des Teilaufschubes angesichts des gleichzeitig angeordneten Teilvollzuges für die Zukunft eine weitaus bessere Prognose erlaubt. Erforderlich ist aber stets, dass der teilweise Vollzug der Freiheitsstrafe für die Erhöhung der Bewährungsaussichten unumgänglich erscheint. Das trifft nicht zu, solange die Gewährung des bedingten Strafvollzuges, kombiniert mit einer Verbindungsgeldstrafe bzw. Busse (Art. 42 Abs. 4 StGB), spezialpräventiv ausreichend ist. Diese Möglichkeit hat das Gericht vorgängig zu prüfen (BGE 134 IV 1, E. 5.5.2.). c) Das Gericht kann mit Zustimmung des Täters an Stelle einer Geldstrafe bis zu 180 Tagessätze gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden anordnen (vgl. Art. 37 Abs. 1 StGB).

E. 5.4

a) In Betracht zu ziehen ist einerseits, dass der Beschuldigte doch auf eine relativ lange kriminelle Karriere zurückblickt und damit eine ziemliche Unbelehrbarkeit aufweist. Aufgrund dessen bestehen grundsätzlich grosse Bedenken, ob sich der Beschuldigte bewähren wird. Zu berücksichtigen ist allerdings andererseits, dass die gravierendste Vorstrafe des Beschuldigten 15 Jahre und das ihr zugrundeliegende Verhalten rund 17 Jahre zurückliegen. Im Zeitraum danach

- 15 - weist der Beschuldigte lediglich zwei geringfügigere Vorstrafen auf, welche auf Tathandlungen in den Jahren 2006 bis 2008 zurückgehen. Dem Beschuldigten ist somit zugute zu halten, dass er sich bis zu den vorliegend zu sanktionierenden Handlungen im Jahr 2013 während rund fünf Jahren nichts zu Schulden kommen liess. Hinzu kommt, dass sich der Beschuldigte auch seither nichts mehr hat zu Schulden kommen lassen. Für eine günstige Legalprognose spricht weiter, dass der Beschuldigte glaubhaft dargetan hatte (vgl. Prot. I S. 9), dass er sich zu den aktuellen Drogenbeschaffungen allein deshalb hinreissen liess, weil es seine Schwester war, die ihn darum gebeten hatte, und dass er schliesslich aus eigenem Antrieb wieder damit aufhörte. b) Insgesamt erscheint es nur bei einer Sanktion mit einer spürbaren Warnwirkung möglich, nicht von einer ungünstigen Prognose ausgehen zu müssen. Die Gewährung eines ausschliesslich bedingten Strafvollzugs steht aufgrund der kriminellen Vergangenheit des Beschuldigten ausser Frage. Die Vorinstanz hielt es für angezeigt, dem Beschuldigten eine teilbedingte Freiheitsstrafe gemäss Art. 43 StGB auszusprechen (HD Urk. 76 S. 28 f., Ziff. V.A.). Die Möglichkeit einer Verbindungsgeldstrafe im Sinne von Art. 42 Abs. 4 StGB wurde von ihr nicht geprüft. Vor dem Hintergrund der vorstehend aufgezählten positiven prognostischen Elementen ist aber festzuhalten, dass die zur Verneinung einer Schlechtprognose führende ausreichende Warnwirkung im vorliegenden Fall nicht erst durch einen (minimalen) Teilvollzug der auszusprechenden Freiheitsstrafe, sondern auch schon durch eine unbedingte Verbindungsgeldstrafe im Sinne von Art. 42 Abs. 4 StGB erreicht werden kann. Zwar lässt sich fragen, ob sich der Beschuldigte – neben der bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe – durch eine zu bezahlende Geldstrafe genügend abschrecken liesse, welche vorliegend höchstens Fr. 2'000.– betragen könnte (darf eine solche doch einen Fünftel der Gesamtstrafe und damit vorliegend höchstens rund 100 Tage nicht übersteigen, wobei der Tagessatz in Anbetracht der prekären finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten bei höchstens Fr. 20.– anzusetzen wäre). Dass dem Beschuldigten ein spürbarer Denkkettel verpasst werden kann, der die Legalprognose nachhaltig positiv beein-

- 16 - flussen wird, ist vorliegend aber deshalb anzunehmen, da die Verbindungsgeldstrafe (dem Antrag des Beschuldigten entsprechend) in Anwendung von Art. 37 StGB in gemeinnützige Arbeit umzuwandeln ist. Die Verpflichtung zur Leistung von mehrtägiger gemeinnütziger Arbeit wird beim Beschuldigten einen nachhaltigen Eindruck hinterlassen, als die Verpflichtung zur Bezahlung einer (objektiv) relativ geringfügigen (und möglicherweise uneinbringlichen) Geldsumme. Restzweifeln hinsichtlich der Legalprognose ist bei der Bestimmung der Probezeit (vgl. Art. 44 Abs. 1 StGB) Rechnung zu tragen.

E. 5.5

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen erscheint es angemessen, den Beschuldigten in Anwendung von Art. 42 Abs. 4 StGB mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 12 Monaten sowie mit einer unbedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu bestrafen. Die Probezeit für die bedingte Freiheitsstrafe ist auf 5 Jahre festzusetzen. Anstelle der Geldstrafe ist zu

vollziehende gemeinnützige Arbeit von 240 Stunden anzuordnen. Aufgrund der hier vorgenommenen Umwandlung der Geldstrafe in gemeinnützige Arbeit kann auf die Festsetzung eines Tagessatzes zum vorliegenden Zeitpunkt verzichtet werden. Sollte der Beschuldigte die gemeinnützige Arbeit trotz Mahnung (der Vollzugsbehörden) nicht leisten, so wird das Gericht in Anwendung von Art. 39 StGB und Art. 363 StPO (auf Antrag der Vollzugsbehörden) ein nachträgliches Umwandlungsverfahren zur Anordnung einer Ersatzsanktion (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe) vorzunehmen haben, wobei auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten im dannzumaligen Zeitpunkt abzustellen sein würde. Einer Anrechnung der erstandenen Haft von drei Tagen (11. Dezember 2012 bis 12. Dezember 2012 sowie 3. Juni 2014; HD Urk. 16 S. 4) an die Freiheitsstrafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). IV. Kostenfolge Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten aufzu-

- 17 - erlegen, in Anbetracht seiner wirtschaftlichen Verhältnisse jedoch zu erlassen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung – welche gestützt auf die Honorarnote der Verteidigung auf Fr. 5'700.– festzusetzen sind (Urk. 89) – sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Verzicht eines Rückforderungsvorbehalts. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 21. Januar 2016 bezüglich Dispositivziffern 1 teilweise (Schuldspruch wegen mehrfacher Übertretung des BetmG/Teilfreispruch), 2 teilweise (Busse), 4 (Ersatzstrafe für Busse), 5 und 6 (Kostenregelung) sowie der gleichentags ergangene Beschluss hinsichtlich Dispositivziffer 1 (Teileinstellung des Verfahrens) in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A._____ ist ferner schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG i. V. m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG. 2. Der Beschuldigte wird hierfür bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten, wovon 3 Tage durch Haft erstanden sind, sowie mit einer unbedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen. 3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 5 Jahre festgesetzt. 4. Anstelle der Geldstrafe wird zu vollziehende gemeinnützige Arbeit von 240 Stunden angeordnet.

- 18 -

E. 6

Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch erlassen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.

E. 7

Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland – das Bundesamt für Polizei, Nussbaumstrasse 29, 3003 Bern und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A – die KOST Zürich mit dem Formular

"Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"

E. 8

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung

- 19 - 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, 24. Juni 2016 Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Oberrichter Dr. Bussmann lic. iur. Höfliger Zur Beachtung: Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht: Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe. Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB), - wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht, - wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.

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