

ZH_OBERGERICHT SB170494 vom 24. April 2018

ZH Obergericht, 2018-04-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB170494

FR: ZH_OBERGERICHT SB170494 du 24 avril 2018

IT: ZH_OBERGERICHT SB170494 del 24 aprile 2018

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 4. September 2017 wurde der Beschuldigte des mehrfachen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz und der mehrfachen Übertretung desselbigen schuldig gesprochen und mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 28 Monaten sowie mit einer Busse von Fr. 400.– bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 16 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Das Bezirksgericht sah von der Anordnung einer Landesverweisung ab. Weiter wurde die beim Beschuldigten beschlagnahmte Barschaft eingezogen, die Vernichtung von diversen Gegenständen angeordnet und der Beschuldigte verpflichtet, dem Staat eine Erbsatzforderung von Fr. 2'080.– zu bezahlen (Urk. 55 S. 25 f.).

E. 1.1

In Art. 66a StGB ist die obligatorische Landesverweisung normiert, wonach das Gericht den Ausländer, der wegen einer der unter lit. a - o genannten strafbaren Handlungen verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 - 15 Jahre aus der Schweiz verweist (Art. 66a Abs. 1 StGB). Das Gericht kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen In-

- 13 - teressen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB).

E. 1.2

Der Gesetzgeber hat mit seiner Formulierung klar zum Ausdruck gebracht, dass bei Vorliegen einer Anlasstat im Sinne von Art. 66a Abs. 1 StGB in der Regel eine Landesverweisung zu verhängen ist. Ein ausnahmsweises Absehen davon ist – mit Ausnahme von Art. 66a Abs. 3 StGB (entschuldbare Notwehr oder entschuldbarer Notstand) – nur dann zulässig, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen vorliegen: Ein schwerer persönlicher Härtefall und kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Landesverweisung (Marc Busslinger/Peter Uebersax, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, plädoyer 5/16, S. 96 ff., S. 97 f.). Erst wenn feststeht, dass die Landesverweisung einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, ist in einem zweiten Schritt das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz dem öffentlichen Interesse an einem Verlassen der Schweiz gegenüberzustellen. Resultiert daraus ein überwiegendes öffentliches Interesse, muss die Landesverweisung verhängt werden (Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 102).

E. 1.3

Der Beschuldigte wurde des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen und verurteilt (Urk. 55). Dabei handelt es sich um eine Katalogtat der obligatorischen Landesverweisung (Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB), welche in der Regel zur Landesverweisung des Täters führt. 2. Persönliche Verhältnisse des Beschuldigten

E. 2

Gegen das gleichentags mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 59) meldete die Staatsanwaltschaft am 6. September 2017 fristgerecht Berufung an (Urk. 48). Nach Erhalt des begründeten Urteils reichte sie ihre Berufungserklärung innert Frist am 12. Dezember 2017 ein (Urk. 56). Ihre Berufung richtet sich lediglich gegen das Absehen von einer Landesverweisung. Mit Präsidialverfügung vom 22. Dezember 2017 wurde dem Beschuldigten auf entsprechendes Gesuch hin

- 6 - (Urk. 61) Rechtsanwalt lic. iur.X1._____ als amtlicher Verteidiger bestellt (Urk. 62). Letzterer erhob im Namen des Beschuldigten mit Eingabe vom 27. Dezember 2017 Anschlussberufung und beschränkte diese auf die Strafzumessung sowie die Ersatzforderung (Urk. 64). Demzufolge ist das vorinstanzliche Urteil bezüglich der Dispositiv-Ziffern 1 (Schuldpunkt), 6 und 8 (Einziehungen) sowie 9 - 11 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen, was vorab mit Beschluss festzustellen ist.

E. 2.1

Aus den Akten und den Befragungen des Beschuldigten bei der Staatsanwaltschaft sowie vor erster Instanz ergibt sich Folgendes zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten (Urk. 5/2 S. 4 f., Urk. 5/4 S. 10 ff., Prot. I S. 10 ff., Prot. II S. 7 ff.):

- 14 - Der Beschuldigte kam im April 2001 im Alter von 15 Jahren im Rahmen eines Familiennachzugs mit seinen beiden Schwestern in die Schweiz. Sein Vater war politischer Flüchtling, weshalb er ein Jahr zuvor Asyl in der Schweiz erhielt, die Mutter lebt in Frankreich. In Tunesien hat der Beschuldigte Verwandte, diese kennt er aber nicht und pflegt auch sonst zu niemandem dort Kontakt. In der Schweiz absolvierte der Beschuldigte die Sekundarschule und begann eine Lehre als Karosserie-Spengler, welche er jedoch abbrach. Er arbeitete dann in einer Autogarage, später im Sicherheitsdienst und als Chauffeur. Vor seiner Verhaftung arbeitete der Beschuldigte seit knapp drei Jahren am B._____ in der Abteilung ... als Teamleiter. Dort verdiente er zwischen monatlich Fr. 4'000.- und Fr. 4'500.- netto. Aufgrund der Verhaftung wurde dieses Arbeitsverhältnis jedoch gekündigt. Im Moment erhalte er Arbeitslosentaggelder und könne dank Temporäreinsätzen Zwischenverdienste generieren. Bis vor Kurzem wohnte er mit seiner Frau und dem am tt.mm.2017 geborenen gemeinsamen Sohn zusammen. Sie stammt aus Tunesien und ist vor rund zwei Jahren in die Schweiz gezogen. In der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, er habe sich aufgrund von Integrationsschwierigkeiten ihrerseits Ende März 2018 von ihr getrennt. Mit seinem Vater und den Schwestern kommuniziere er auf Deutsch. Tunesisch-Arabisch habe er grösstenteils vergessen; auch die Mentalität kenne er nicht mehr. Mit seiner von ihm getrennt lebenden Ehefrau kommuniziere er auf Französisch. Aus einer früheren Ehe und einer früheren Beziehung gingen mit der jeweiligen Frau je ein Kind hervor. Pro Kind bezahlt der Beschuldigte Unterhaltsbeiträge von je Fr. 400.-. Die Mütter der beiden Kinder sind beide Schweizerinnen, der Beschuldigte hat die Kinder grundsätzlich jedes

Wochenende zu Besuch bei sich und die sechsjährige Tochter betreut er zum Teil auch unter der Woche, da sie in der Nähe wohne. Auch seine Schwestern und sein Vater haben einen engen Kontakt zu den Kindern des Beschuldigten. 3. Härtefallprüfung

E. 3

Anlässlich der geheimen Urteilsberatung äusserte die Ko-Referentin eine abweichende Meinung. Dieses Minderheitsvotum wurde mit Begründung ins Protokoll aufgenommen (Prot. II S. 37 ff.) und wird den Parteien zusammen mit dem vorliegenden Urteil zugestellt (§ 124 GOG; vgl. Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, Art. 232 N 7).

E. 3.1

Bei der Prüfung, ob im konkreten Einzelfall ein schwerer persönlicher Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB vorliegt, sind insbesondere die folgenden Aspekte zu berücksichtigen: Die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse,

- 15 - die Arbeits- und Ausbildungssituation, die Persönlichkeitsentwicklung, der Grad der Integration und die Resozialisierungschancen. Bei sämtlichen Aspekten ist der Fokus einerseits auf die Situation in der Schweiz und andererseits auf die Situation im Heimatland zu legen. Härtefallbegründende Aspekte müssen grundsätzlich den Betroffenen selbst treffen. Treten sie bei Dritten auf, sind sie nur dann zu berücksichtigen, wenn sie sich zumindest indirekt auch auf den Betroffenen auswirken. Ein schwerer persönlicher Härtefall ist dann anzunehmen, wenn die Summe aller Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt. Ob ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt, ist im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu eruieren. Dabei sind sämtliche härtefallbegründenden Aspekte zu berücksichtigen und zu bewerten (Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 101 f.). Alle gegen den Vollzug der Landesverweisung sprechenden Umstände (vgl. Art. 66d StGB) sind bereits im Rahmen der Härtefallprüfung zu beachten. Zudem sind die verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Bestimmungen einzuhalten (Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 99).

E. 3.2

Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl beantragt, der Beschuldigte sei für 10 Jahre des Landes zu verweisen (Urk. 56 S. 3). Zusammengefasst führt sie aus, dass der Beschuldigte keinen Bezug zur Schweiz habe, da er aufgrund der Verhaftung seine Stelle verloren habe und seine Ehefrau Tunesierin sei und erst seit 2 Jahren in der Schweiz lebe. Der Beschuldigte habe nie eine Ausbildung abgeschlossen in der Schweiz und von einer erfolgreichen Integration oder einer positiven Persönlichkeitsentwicklung könne nicht gesprochen werden, da er seit Ankunft in der Schweiz immer wieder straffällig geworden sei. Ein schwerer persönlicher Härtefall könne nicht angenommen werden und es könne ohne Weiteres vom Beschuldigten erwartet werden, dass er sich – allenfalls zusammen mit seiner Ehefrau – zurück in sein Heimatland begeben, wo er Kollegen habe und in die Ferien gehe. Der Bezug zu seinen beiden älteren Kindern rechtfertigen keinen Härtefall (Urk. 56 S. 2 f., Urk. 45 S. 5 f., Urk. 71 S. 6).

- 16 -

E. 3.3

Der Beschuldigte lässt vorbringen, dass er seit über 16 Jahren in der Schweiz lebe, fließend schweizerdeutsch spreche und, weil er noch als Minder- jähriger in die Schweiz gekommen sei, zumindest teilweise hier aufgewachsen sei. Sein Vater und seine beiden Schwestern, mit welchen er seit Jahren eine en- ge Beziehung pflege, leben auch in der Schweiz. Zudem habe er in der Schweiz die Sekundarschule und einen Teil einer Berufslehre absolviert. In den letzten Jahren habe er regelmässig und vollzeitig gearbeitet. Mit seinen beiden älteren Kindern habe er einen regelmässigen Kontakt und er bezahle die vereinbarten Unterhaltsbeiträge. Würde er des Landes verwiesen, könne er den Kontakt zu seiner Familie nicht mehr pflegen. Daher würde in sein Recht auf Privat- und Fa- milienleben im Sinne von Art. 13 BV, Art. 8 EMRK und Art. 17 UNO Pakt II einge- griffen, was einen schweren persönlichen Härtefall begründe (Urk. 46 S. 16 ff.). Weiter macht der Beschuldigte geltend, dass er in Tunesien keine Beziehungen oder Kontakte pflege. Er kenne dort auch keinen einzigen Verwandten und weder die arabische Sprache noch die Mentalität seien ihm geläufig. Sämtliche Kollegen befänden sich in der Schweiz und auch seine Mutter lebe in Frankreich. Ferien- halber sei er zuletzt vor etwa 5 Jahren und im September 2015 wegen der stan- desamtlichen Hochzeit in Tunesien gewesen. Da er mit den tunesischen Verhält- nissen nicht vertraut sei, seien seine Chancen auf eine Resozialisierung in Tune- sien äusserst schlecht. Da er von seiner Ehefrau inzwischen getrennt lebe, würde er von ihrer Familie nicht aufgenommen werden. Daher scheide auch die Mög- lichkeit, von seiner Schwiegerfamilie unterstützt zu werden, aus (Urk. 46 S. 18 f., Urk. 72 S. 6, Prot. II S. 31). Zudem bringt die Verteidigung vor, dass die medizinische Behandlung der gravie- renden Geburtsgebrechen (Herzfehler und Klumpfuß) seines jüngsten Sohnes in Tunesien nicht gewährleistet wären (Urk. 46 S. 19).

E. 3.4

Konkrete Prüfung

E. 3.4.1

Integration in der Schweiz

- 17 - Der Beschuldigte führte aus, dass er sich mit der Schweiz verbunden fühle und er zu Tunesien keinen Bezug mehr habe; dieses Land sei für ihn ein Ferienland, wie jedes andere auch. Er kenne dort niemanden und seine Familie lebe in Zürich bzw. in Frankreich. Er könne auch kein Arabisch-Tunesisch mehr; mit seiner Ehe- frau spreche er Französisch. Da er vor rund 17 Jahren im Alter von 15 Jahren in die Schweiz kam, zunächst die Sprache lernte und sodann die obligatorische Schulzeit hier beendete, ist nachvollziehbar, dass der Beschuldigte – nachdem er mehr als die Hälfte seines Lebens, und davon die prägende Jugendzeit, hier ver- brachte – die Schweiz als seine Heimat bezeichnet. Der Erwägung der Vor- instanz, wonach die ersten von (Jugend-)Delinquenz und Spannung gezeichneten Jahre in der Schweiz etwas relativiert werden können, da er sich von 2009 bis 2017, somit während rund 8 Jahren nichts mehr zu Schulden hat kommen lassen und einer redlichen Arbeit nachging, ist beizupflichten (Urk. 55 S. 20). Durch das Erlernen der Sprache, des Aufbaus eines sozialen Netzwerks und das Nachge- hen einer geregelten Arbeit hat sich der Beschuldigte nach einigen Startschwie- rigkeiten in der Schweiz integriert. Dies zeigt sich denn auch dadurch, dass er nach seiner Haftentlassung mehrere Festanstellungen hätte antreten können, was bisher lediglich aufgrund des Strafverfahrens bzw. des Eintrags im Strafregister und des ebenfalls aufgrund des Strafverfahrens vorsorglich entzogenen Führe- rausweises erschwert wurde. Immerhin kann er zur Zeit Temporäreinsätze leisten und

bemüht sich um eine Festanstellung (Prot. II S. 24).

E. 3.4.2

Resozialisierungschancen in Tunesien Sein Argument, dass die Familie seiner Ehefrau ihn nicht aufnehmen würde, da er inzwischen getrennt von ihr sei, leuchtet grundsätzlich ein. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Aufenthaltsrecht seiner Ehefrau und des gemeinsamen Sohns in der Schweiz an das seinige bzw. an den Bestand der Ehe geknüpft sind. Sowohl bei einer Landesverweisung als auch bei einer Scheidung ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass seine Ehefrau mit dem Sohn zurück nach Tunesien gehen müsste. Dass sie ein Interesse an der Wiedereingliederung des Beschuldigten als Vater ihres Kindes in Tunesien hätte, liegt auf der Hand. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass er bis zu seinem fünfzehnten Lebensjahr in Tunesien lebte und

- 18 - die Mentalität kennt. Voraussetzung für die erfolgreiche Wiedereingliederung ist ohnehin nicht, dass er über ein dichtes Beziehungsnetz verfügt. Natürlich hilft ein solches, es ist aber nicht notwendig. Seine Resozialisierung auf dem Arbeitsmarkt muss er auf jeden Fall, ob in Tunesien oder in der Schweiz, ohne abgeschlossene Berufsausbildung bestreiten. Dass er in der Schweiz wohl die besseren Chancen hat, da er hier über Berufserfahrung verfügt, ist evident. Jedoch führte er hier nicht Arbeiten mit einem derart lokalen Charakter aus, dass er seine Berufserfahrung an einer Arbeitsstelle in Tunesien nicht einbringen könnte.

E. 3.4.3

Medizinische Versorgung Dass sein jüngstes Kind an gravierenden Geburtsgebrechen leidet, kann aufgrund der medizinischen Grundversorgung in Tunesien nicht als Grund für die Annahme eines persönlichen Härtefalls gelten.

E. 3.4.4

Familiäre Bindungen in der Schweiz Wie bereits angedeutet, würden seine Ehefrau und das gemeinsame Kind bei einer Landesverweisung – und auch bei einer Scheidung – dem Beschuldigten wohl nach Tunesien folgen müssen, da ihre Aufenthaltsbewilligungen an diejenige des Beschuldigten geknüpft sind. Daher sind insbesondere die Beziehungen des Beschuldigten zu seinen beiden älteren Kindern bei der Beurteilung des Vorliegens eines Härtefalls zu prüfen. Sein neunjähriger Sohn (tt.mm.2009) aus erster Ehe und seine siebenjährige Tochter (tt.mm.2011) hat der Beschuldigte jeweils jedes zweite Wochenende bei sich auf Besuch. Die Tochter, welche in der Nähe wohne, sehe er auch unter der Woche, indem er sie z.B. vom Hort abhole und mit ihr spiele. Auch die monatlichen Unterhaltsbeiträge für beide Kinder in der Höhe von je Fr. 400.– bezahlte er regelmässig (vgl. betreffend C._____ Urk. 44/8). Seit seiner Inhaftierung sei ihm dies nicht mehr möglich gewesen, weshalb die Alimtenhilfe diese Beiträge vorschiesse und er diese – sobald er eine Festanstellung habe – zurückzahle (Prot. II S. 22). Das enge Verhältnis zwischen dem Beschuldigten und seiner Tochter bestätigt auch die Kindsmutter, welche ausführt, nach Beendigung der Paarbeziehung den Kontakt zur ganzen Familie stets weiterhin zu pflegen. So seien sie und ihre Tochter auch regelmässig im Elternhaus des

- 19 - Beschuldigten eingeladen. Bei Betreuungsgängern hätten sowohl der Beschuldigte als auch seine Familie immer geholfen, eine Lösung zu finden (Urk. 22/2). Zudem tönte der Beschuldigte an, dass er seit der Trennung von seiner Ehefrau wieder einen intensiveren Kontakt zur Mutter seiner Tochter pflege (Prot. II S. 12). Dass die

Weiterführung seiner Vaterrolle sowie die Wahrnehmung seiner finanziellen Verpflichtungen beim beschriebenen engen Kontakt dem Beschuldigten ein grosses Anliegen ist, ist nachvollziehbar. Bei einer Landesverweisung könnte er insbesondere den Kontakt zu seinen beiden älteren Kindern nicht mehr pflegen. Gerade in diesem jungen Alter der Kinder ist die Eltern-Kind-Beziehung für beide Seiten von grosser Bedeutung. Es ist festzuhalten, dass der Härtefall nicht bei einer Drittperson begründet werden kann, sondern dass sich dieser bei der betroffenen Person persönlich auszuwirken hat. Bei einer allfälligen Landesverweisung würde der persönliche Kontakt zwischen dem Beschuldigten und seinen Kindern wohl deutlich eingeschränkt. Die Mütter der beiden Kinder sind Schweizerinnen und es ist nicht anzunehmen, dass sie nach Tunesien auswandern würden. Faktisch würde demnach die Vater-Kind-Beziehung auf einer telefonischen bzw. videoübertragenen Basis weiterexistieren. Selbst wenn er die Kinder einmal pro Jahr ferienhalber sehen würde, wäre dies kein Vergleich zum jetzigen persönlichen Kontakt, den er pflegt. Aufgrund der engen Bindung zu den Kindern ist eine gewisse Härte sicherlich zu bejahen.

E. 3.5

Interessenabwägung

E. 3.5.1

Aufgrund der bestehenden Kongruenz bezüglich der für den Härtefall relevanten Aspekte mit den für die Bestimmung des privaten Interesses wesentlichen Gesichtspunkten, ist die Interessensabwägung bereits bei der Prüfung des Vorliegens eines Härtefalls miteinzubeziehen. Das private Interesse wiegt umso schwerer, je länger ein Betroffener in der Schweiz lebt, je gravierender die Auswirkungen auf das Familienleben sind, je schwieriger sich die Reintegration im Heimatland gestaltet, je wahrscheinlicher eine positive Persönlichkeitsentwicklung zu nichte gemacht würde und je wahrscheinlicher eine Resozialisierung im Heimatland scheitern würde (Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 102 f.). Das Ziel der Landesverweisung ist die Verhinderung weiterer Straftaten in der Schweiz.

- 20 - Bei der Bestimmung des öffentlichen Interesses spielen daher die folgenden Aspekte eine Rolle: Die ausgefallte Strafe, die Art der begangenen Delikte, eine grosse Rückfallgefahr, eine wiederholte Straffälligkeit, eine erneute Straffälligkeit nach einer verbüsstes Freiheitsstrafe, eine Straffälligkeit nach einer migrationsrechtlichen Verwarnung. Das gesamte öffentliche Interesse ist dem gesamten privaten Interesse gegenüberzustellen. Resultiert dabei ein überwiegendes öffentliches Interesse, ist die Landesverweisung auszusprechen (Marc Busslinger/Peter Uebersax, a.a.O., S. 103).

E. 3.5.2

Die Staatsanwaltschaft macht geltend, dass selbst wenn ein Härtefall zu bejahen wäre, das öffentliche Interesse an einer Landesverweisung aufgrund des verbrecherischen Verhaltens des Beschuldigten und der wiederholten Straffälligkeit überwiege (Urk. 45 S. 6, Urk. 71 S. 6).

E. 3.5.3

Bei der Bewertung des öffentlichen Interesses fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte die harte Droge Kokain verkaufte und damit die Gesundheit vieler Menschen gefährdete. In einer finanziellen Notlage befand er sich nicht. Weder mit Betreibungen noch besonders

hohen Kreditschulden sah sich der Beschuldigte konfrontiert. Obschon er legale Möglichkeiten gehabt hätte, um seine finanziellen Schwierigkeiten zu bewältigen (Aufnahme [Privat-]Kredit), griff er aus nichtigem Anlass zu kriminellen Massnahmen. Aus der auszufällenden Sanktionshöhe geht hervor, dass ein schweres Delikt im Rahmen der Katalogtat vorliegt. Auch die Vorstrafe aus dem Jahre 2008 betraf schon eine Katalogtat (Raub). Unter diesen Umständen besteht ein grosses öffentliches Interesse an der Landesverweisung.

E. 3.5.4

Zum privaten Interesse des Beschuldigten ist auf die bereits gemachten Erwägungen zu verweisen (vgl. E. IV.3.4.). Das private Interesse des Beschuldigten an der Aufrechterhaltung seiner familiären Bindungen in der Schweiz überwiegt bei einer Gesamtbetrachtung die öffentlichen Interessen nicht. Es liegt kein schwerer persönlicher Härtefall vor, welcher es als gerechtfertigt erscheinen liesse, ausnahmsweise von einer Landesverweisung abzusehen. Der Beschuldigte ist daher des Landes zu verweisen. Aufgrund der familiären Bindungen in der

- 21 - Schweiz ist die Landesverweisung jedoch lediglich für eine Dauer von 5 Jahren auszusprechen. V. Ersatzforderung Das Gericht verfügt die Einziehung von Vermögenswerten, die unter anderem durch eine Straftat erlangt worden sind (Art. 70 Abs. 1 StGB). Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe (Art. 71 Abs. 1 StGB). Das Gericht kann von einer Ersatzforderung ganz oder teilweise absehen, wenn diese voraussichtlich uneinbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde (Art. 71 Abs. 2 StGB; Urteil des Bundesgerichts 6B_430/2012 vom 8. Juli 2013, E. 3). Der Beschuldigte nahm mit dem Verkauf des Kokains Fr. 9'000.– ein. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 8. Februar 2017 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 6'920.– wurde in Anwendung von Art. 70 Abs. 1 StGB als anerkannter Deliktserlös zu Gunsten der Staatskasse eingezogen (Urk. 55 Dispositiv-Ziffer 6). Die Verteidigung beantragt, von einer Ersatzforderung der Differenz von Fr. 2'180.– sei abzusehen. Unstrittig ist, dass dieses Geld beim Beschuldigten nicht mehr vorhanden ist. Wie sich aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergibt, sind seine wirtschaftlichen Verhältnisse eher knapp, momentan erhält er Arbeitslosentaggelder und generiert teilweise einen Zwischenverdienst, wobei ein grosser Teil seiner Einkünfte an das Sozialamt gehen. Er hat unter Schulden anderem aufgrund der bevorschussten Alimenten. Da sich die Ersatzforderung unter den gegebenen Umständen angesichts der Landesverweisung und der Unterhaltspflichten des Beschuldigten gegenüber drei minderjährigen Kindern voraussichtlich als uneinbringlich herausstellen dürfte, ist entgegen der Vorinstanz von einer Verpflichtung des Beschuldigten zur Leistung der beantragten Ersatzforderung an den Staat abzusehen.

- 22 - VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht des Beschuldigten. Das Honorar der amtlichen Verteidigung ist gestützt auf die eingereichte Honorarnote auf pauschal Fr. 4'000.– (inkl. MwSt.) festzusetzen. Es wird beschlossen:

E. 4

Täterkomponente

E. 4.1

persönliche Verhältnisse Die Vorinstanz hat das Vorleben des Beschuldigten korrekt zusammengefasst und zutreffend festgestellt, dass die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten nicht strafzumessungsrelevant sind (Urk. 55 S. 11 f.). Es ist darauf im Rahmen der Härtefallprüfung nachstehend näher einzugehen (vgl. E. IV.2.).

E. 4.2

Vorstrafen Der Beschuldigte weist zwei Vorstrafen auf (Urk. 57). So wurde er mit Urteil des Obergerichts vom 4. Dezember 2008 unter anderem wegen diversen Vermögens- und Gewaltdelikten, sowie wegen mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes, zu einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten, davon 24 Monate bedingt vollziehbar, bei einer Probezeit von vier Jahren, verurteilt. Aus den Bezugsakten geht hervor, dass es sich bei den Betäubungsmitteldelikten um den Konsum von Kokain und Marihuana handelte. Am 3. Februar 2009 wurde er mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat wegen Strassenverkehrsdelikten und wiederum wegen mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes sowie mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz, verurteilt. Von der Ausfällung einer Zusatzstrafe wurde in Berücksichtigung der mit Urteil vom 4. Dezember 2008 ausgefallenen Strafe abgesehen, da bei einer Gesamtbeurteilung aller Delikte kaum

- 10 - eine höhere Strafe zu erwarten gewesen wäre (vgl. Strafbefehl vom 3. Februar 2009). Bei den mit Strafbefehl beurteilten Betäubungsmitteldelikten handelte es sich gemäss den Bezugsakten um Handel mit und Konsum von Marihuana. Die Vorstrafen sind zum Teil einschlägig, liegen jedoch schon einige Zeit zurück (Tatbegehung in den Jahren 2003 bis 2008), weshalb sie erheblich strafferhöhend ins Gewicht fallen.

E. 4.3

Geständnis und Reue/Einsicht Das Geständnis erfolgte nicht bereits zu Beginn weitgehend umfassend, sondern schrittweise. Er anerkannte nach Auswertung seines Mobiltelefons, mindestens 100 Verkäufe getätigt zu haben. Dadurch wurde die Untersuchung sicher erheblich erleichtert, da rund 6900 weitere Seiten Chat-Verläufe auszuwerten gewesen wären. Der Beschuldigte sah sich jedoch mit diesen, ihn belastenden Beweismitteln konfrontiert und wusste wohl, dass weitere Bestreitungen keinen Sinn machten, da ihm die entsprechenden Verkäufe mittels Auswertung der Beweismittel ohnehin hätten nachgewiesen werden können. Das Geständnis ist daher deutlich strafmindernd anzurechnen. Der Beschuldigte erklärte wiederholt, dass er eine Dummheit gemacht habe und am liebsten die Zeit zurückdrehen wolle. Er bringt damit sicher Reue zum Ausdruck; in erster Linie bezieht er aber die Reue auf sein eigenes Handeln. Es ist ihm indes zugute zu halten, dass er reinen Tisch machen wollte und auch den Namen seines Lieferanten bekanntgegeben hatte bzw. gegen diesen auch in einer Konfrontationseinvernahme aussagte.

E. 4.4

Fazit Insgesamt überwiegen die strafmindernden Faktoren des Geständnisses und des Nachtatverhaltens den strafferhöhenden Faktor der Vorstrafen leicht. Die von der Vorinstanz ausgefallene Freiheitsstrafe von 28 erweist sich daher als angemessen und ist zu bestätigen. Insofern kann offenbleiben, ob die Staatsanwaltschaft das Verschlechterungsverbot verletzt,

wenn sie – nachdem sie mit ihrer Berufung lediglich die Landesverweisung anfocht – eine höhere Strafe erst in Beantwortung der Anschlussberufung fordert (vgl. Urk. 71 S. 1).

- 11 - Die von der Vorinstanz ausgefallene Busse von Fr. 400.– für die Konsumhandlungen ist angemessen und wurde vom Beschuldigten nicht angefochten, weshalb die Busse zu bestätigen ist. III. Vollzug 1. Teilbedingter Vollzug Bei einer Dauer von 28 Monaten Freiheitsstrafe fällt der vollbedingte Strafvollzug ausser Betracht (Art. 42 Abs. 1 StGB). Das Gericht kann jedoch den Vollzug einer Freiheitsstrafe einem bis drei Jahren teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 StGB). Dabei darf der unbedingt vollziehbare Teil die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB). In subjektiver Hinsicht ist für die Gewährung des teilbedingten Strafvollzuges das Fehlen einer ungünstigen Prognose bezüglich weiterer künftiger Verbrechen oder Vergehen vorausgesetzt. Die günstige Prognose wird vermutet, doch kann diese Vermutung widerlegt werden (BGE 134 IV 5, 134 IV 117). Bei der Prognosestellung, das heisst bei der Einschätzung des Rückfallrisikos, ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich. Zu beachten sind die Tatumstände, das Vorleben, der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen (Hug in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, OFK-StGB, Zürich 2013, 19. Auflage, Art. 42 N 7). Der Beschuldigte ist zwar einschlägig vorbestraft, seine letzte Verurteilung liegt aber schon rund 9 Jahre zurück. Angesichts der rund sechsmonatigen Haft (Untersuchungshaft und vorzeitigem Strafantritt), welche der Beschuldigte kurz vor der Geburt seines Kindes antrat, verpasste er eine wichtige Phase in seinem Leben. Es ist davon auszugehen, dass die erstandene Haft gerade unter diesen Umständen Eindruck hinterlassen hat und der Beschuldigte die richtigen Schlüsse und Lehren daraus gezogen hat und sich künftig wohl verhalten wird. Es kann daher von günstigen Bewährungsaussichten ausgegangen werden, welche die Gewährung des teilbedingten Strafvollzuges erlauben.

- 12 - Bei der Bemessung des vollziehbaren Teils der Strafe ist sowohl die Prognose als auch das Verschulden zu berücksichtigen. Das Verschulden wiegt nicht mehr leicht und die Prognose ist aufgrund der Vorstrafen belastet. Mit der Festlegung des vollziehbaren Teils der Strafe auf 12 Monate und dem Aufschub des Strafvollzuges für die verbleibenden 16 Monate hat die Vorinstanz allen massgebenden Faktoren angemessene Rechnung getragen, weshalb ihr Entscheid auch in diesem Punkt zu bestätigen ist. 2. Probezeit 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). Die Dauer der Probezeit ist dabei nach den Umständen des Einzelfalls insbesondere nach Persönlichkeit und Charakter des Verurteilten sowie der Gefahr seiner Rückfälligkeit zu bemessen (BGE 95 IV 121 S. 122). In Anbetracht der teilweise einschlägigen Vorstrafen und des bereits einmal erlittenen Vollzuges einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten scheint die Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren zur Ausräumung von gewissen Bedenken angemessen. 3. Anrechnung der erstandenen Haft Die erstandene Haft (Untersuchungshaft und vorzeitiger Strafvollzug vom 3. Februar 2017 bis 26. Juli 2017) von 173 Tagen sind an die Freiheitsstrafe anzurechnen. IV. Landesverweisung 1. Obligatorischen Landesverweisung

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