

ZH_OBERGERICHT SB170504 vom 6. Juli 2018

ZH Obergericht, 2018-07-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB170504

FR: ZH_OBERGERICHT SB170504 du 6 juillet 2018

IT: ZH_OBERGERICHT SB170504 del 6 luglio 2018

Erwägungen

E. 2

Am 23. Dezember 2017 (Datum des Poststempels) reichte der Beschuldigte der erkennenden Kammer rechtzeitig die schriftliche Berufungserklärung ein (Urk. 41; Urk. 36; Art. 399 Abs. 3 i.V.m. Art. 90 StPO). Die Staatsanwaltschaft beantragte unter dem 15. Januar 2018 (Datum des Poststempels) die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 44).

E. 2.1

Der Beschuldigte hat sich einer Katalogtat gemäss Art. 66a StGB schuldig gemacht und ist Ausländer (Staatsangehöriger von Portugal; Urk. 45 S. 1 f.). Die Voraussetzungen für eine Landesverweisung sind damit grundsätzlich erfüllt.

E. 2.2

Der Beschuldigte kam als gut 12jähriges Kind in die Schweiz und hat damit die prägende Lebensphase der Adoleszenz in der Schweiz verbracht. Er lebt inzwischen seit 22 Jahren hier. Seine Eltern und Geschwister wohnen ebenfalls in der Schweiz. Zu ihnen hat er ein gutes Verhältnis. Allerdings wissen nur seine Geschwister und seine Freundin, nicht aber seine Eltern von seiner erneuten Straffälligkeit. Ausserfamiliäre Beziehungen pflegt er ebenfalls schwergewichtig in der Schweiz. Als seine engsten Bezugspersonen bezeichnet er seine Freundin und seine Schwester. Zwar beteuerte der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung, seine Fehler zu bereuen, und machte geltend, er sei daran, sein Leben komplett zu ändern (Prot. II S. 24). Wie erwogen bestehen daran aber erhebliche Zweifel. Bis zu seinen Unfällen war der Beschuldigte trotz fehlenden Lehrabschlusses in der Schweiz sodann beruflich integriert. Nach langwierigen Bewerbungsbemühungen hat der Beschuldigte auch jetzt wieder eine Stelle gefunden. Bei dieser Stelle als Transportfahrer, die er im März 2018 antrat, handelt es sich bisweilen jedoch noch nicht um eine Festanstellung. Ausserdem beträgt sein Pensum derzeit lediglich 75 %. Des weiteren wird er durch die SUVA mit einer Viertelrente in der Höhe von Fr. 1'113.– pro Monat unterstützt (Urk. 51 S. 6; Prot. II S. 8, 12). Sein Heimatland Portugal ist dem Beschuldigten nicht unbekannt. Er hat dort die ersten 12 Jahre seines Lebens verbracht und die ersten - 21 - Jahre seiner Schulzeit absolviert. Persönliche Beziehungen hatte er in Portugal zwar einzig zu seiner inzwischen verstorbenen Grossmutter, bei der er seine Kindheit bis zum Umzug in die Schweiz verbracht hat. Allerdings spricht der Beschuldigte Portugiesisch (Prot. II S. 9) und bewegt sich auch in der Schweiz in einem multikulturellen Umfeld. Insbesondere ist auch seine Freundin Staatsbürgerin von Portugal. Das Knüpfen neuer Beziehungen in Portugal dürfte ihm daher keine grösseren Schwierigkeiten bereiten, jedenfalls keine grösseren als es bei einem Wohnortwechsel generell bzw. für Arbeitsmigranten innerhalb Europas üblich ist. Die Beziehungen zur Familie wird er

jedenfalls mittels gängiger Kommunikationsmittel weiter pflegen können. Ausserdem machen die vielen (günstigen) Flugbewegungen zwischen den Ländern bei Bedarf auch persönliche Kontakte in Portugal möglich (vgl. auch Prot. II S. 24 betr. einen Aufenthalt des Vaters in Portugal). Der Aufbau einer neuen beruflichen Existenz in Portugal ist für den unfallbedingt körperlich beeinträchtigten Beschuldigten sodann grundsätzlich mit den gleichen Schwierigkeiten verbunden wie in der Schweiz. Zusätzlich erschwerend fällt die gegenüber der Schweiz höhere Arbeitslosenquote, die allerdings nicht mehr wesentlich über dem EU-Durchschnitt liegt, ins Gewicht. Dagegen dürfte die strafrechtliche Vorbelastung in der Schweiz die Arbeitssuche nicht behindern. Sollte die inzwischen wieder zu 75% bestehende Erwerbsfähigkeit nicht weiter ausgedehnt werden können oder nicht erhalten bleiben, wird er auch dort weiterhin ein Ersatz Einkommen beziehen. Generell ist festzuhalten, dass die Sozialversicherungssysteme in Europa unter Einbezug der Schweiz koordiniert sind (FZA, Verordnung (EG) Nr. 883/2004, Durchführungsverordnung Nr. 987/2009) und der Beschuldigte seine sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche daher bei einem Wegzug nach Portugal nicht verlieren wird (vgl. Kieser, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich/St. Gallen, S. 29 ff. [insbes. N. 25, 29, 39]). Zusammengefasst ist ein Verlassen der Schweiz und ein Neuanfang in Portugal für den Beschuldigten zweifellos mit persönlichen Einschränkungen verbunden. Auf unüberwindbare Hindernisse wird der Beschuldigte bei der Reintegration in seinem Heimatland aber nicht treffen. Ein grobes Missverhältnis zwischen den mit der Ausweisung für den Beschuldigten verbundenen Nachteilen und seiner Tatschuld besteht ebenfalls nicht.

- 22 - Eine schwere persönliche Härte, die die Rückkehr für ihn unzumutbar machen würde, liegt damit ungeachtet seiner langen Aufenthaltsdauer in der Schweiz nicht vor. Das gilt insbesondere auch unter Berücksichtigung der medizinischen Versorgung in Portugal. Die medizinische Versorgung in Portugal mag nicht auf dem gleich hohen Niveau sein, wie diejenige in der Schweiz. Dass sie aber derart unterentwickelt wäre, dass eine angemessene medizinische Versorgung nicht gewährleistet wäre, hat bereits die Vorinstanz zutreffend verneint (Urk. 39 S. 27).

E. 2.3

Bewirkt die Landesverweisung für den Beschuldigten keinen schweren persönlichen Härtefall, erübrigt sich eine Abwägung der privaten Interessen des Beschuldigten am Verbleib in der Schweiz und der öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung. Es besteht von vornherein kein Raum, um in Anwendung der Kannvorschrift von Art. 66a Abs. 2 StGB von einer Landesverweisung abzusehen. Der Vollständigkeit halber ist allerdings festzuhalten, dass es sich bei der heute zu beurteilenden Tat des Beschuldigten im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zwar um einen eher leichten Fall handelt. Der Beschuldigte wurde aber nach dem Verbüssen einer Freiheitsstrafe erneut straffällig, und es kann ihm keine günstige Legalprognose gestellt werden. Das öffentliche Interesse an einer Ausweisung des Beschuldigten, der erneut in den die Gesundheit vieler Menschen gefährdenden Betäubungsmittelhandel involviert war, ist daher hoch und überwiegt das Interesse des Beschuldigten, in der Schweiz bleiben zu können.

E. 2.4

Der Beschuldigte ist folglich in Anwendung von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB des Landes zu verweisen.

E. 3

Die Berufungsverhandlung fand - nach einer Verschiebung (Urk. 47 und 48) - heute in Anwesenheit des Beschuldigten statt (Prot. II S. 3 ff.). Die Staatsanwaltschaft wurde von einer Teilnahme an der Berufungsverhandlung dispensiert (Urk. 44). II. Die Berufung des Beschuldigten richtet sich gegen die Bemessung und den Vollzug der Strafe sowie die Anordnung der Landesverweisung (Dispositiv-Ziffern 2, 3 und 4; Urk. 41; Urk. 51 S. 2). Nicht angefochten und in Rechtskraft erwachsen ist der vorinstanzliche Entscheid damit hinsichtlich der Dispositivziffern 1 (Schuldpruch), 5 und 6 (Verwendung beschlagnahmter Gegenstände) sowie 7 und 8 (Kostendispositiv), was vorab festzustellen ist. III. 1. Der Beschuldigte hat die zu beurteilende Straftat vor Inkrafttreten der seit 1. Januar 2018 geltenden neuen Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Änderung des Sanktionenrechts; AS 2016 1249) begangen. Das geltende (neue) Recht ist daher auf diese nur anzuwenden, sofern es für den Beschuldigten im konkreten Fall zu einem günstigeren Ergebnis führt (Art. 2 Abs. 2

- 6 - StGB; DONATSCH, in: Donatsch/Heimgartner/Isenring/Weder [Hrsg.], Kommentar zum StGB, 20. Auflage 2018, Art. 2 N 10). Das ist nicht der Fall, da das geltende (neue) Sanktionenrecht grundsätzlich keine mildere Bestrafung vorsieht und eine Gesamtstrafenbildung gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB, welche zu einem für den Täter günstigeren Ergebnis führt, vorliegend nicht zur Diskussion steht.

E. 3.1

Die Klärung der Frage, in welchem Verhältnis Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB zum FZA (SR 0.142.112.681) steht, erübrigt sich dabei. Zwar berechtigt das FZA den Beschuldigten als Bürger eines Mitgliedstaates der EU (Portugal) grundsätzlich zum Verbleib in der Schweiz (Art. 1 lit. a und Art. 4 Anh. I FZA). Gemäss Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA dürfen diese Rechte jedoch durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden. Ob eine Beschränkung des freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruchs zulässig ist, bestimmt sich dabei - wie bereits die Vorinstanz

- 23 - richtig erwogen hat (Urk. 39 S. 21 f.) - wesentlich nach einer Prognose künftigen Wohlverhaltens. Verlangt ist eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass die ausländische Person künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird, wobei u.a. Drogenhandel als schwerwiegende Rechtsgutverletzung gilt (BGE 2C_831/2016 E. 3.2.1; BGE 2C.406/2014 E. 2.3 und 4.2; BGE 139 II 121 E. 6.3; BGE 2C_238/2012 E. 2.3; BGE 2A.749/2004 E. 4.1; BGE 130 II 176 E. 3.4.1; BGE 129 II 215 E. 7.4).

E. 3.2

Wie bereits erwogen, handelt es sich bei der heute zu beurteilenden Tat des Beschuldigten im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zwar um einen eher leichten Fall. Das ändert aber nichts daran, dass das Delikt zu denjenigen gehört, die als schwerwiegende Rechtsgutverletzung gelten, weil sie geeignet sind, die Gesundheit vieler Menschen zu gefährden. Der Beschuldigte hat sodann - was vorliegend (anders als im Rahmen der strafrechtlichen Beurteilung) bei der Beurteilung der

Rückfallgefahr zu berücksichtigen ist - nicht nur die bereits mehrfach erwähnte einschlägige Vorstrafe aus dem Jahr 2011, welche bis zur bedingten Entlassung nach 2/3 der Strafdauer während 20 Monaten vollzogen wurde, sondern eine weitere einschlägige Vorstrafen wegen qualifizierter Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, aus dem Jahr 2007 (Beizugsakten Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, Unt. Nr. 2007/3820; Urk. 49). Wie bereits erwogen ist nach wie vor keine nachhaltige grundlegende Veränderung der Lebensumstände erkennbar, die die Annahme rechtfertigen könnte, die Beteiligung am Drogenhandel gehöre nun endgültig der Vergangenheit des inzwischen 34jährigen Beschuldigten an. Vielmehr ist von einer erhöhten Rückfallgefahr und damit von einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit, dass der Beschuldigte künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung wieder durch Betäubungsmitteldelikte stören wird, auszugehen. Das FZA steht damit einer Ausweisung des Beschuldigten nicht entgegen. 4. Die Dauer der Landesverweisung ist mit der Vorinstanz ohne weiteres auf das gesetzliche Minimum von fünf Jahren festzusetzen; eine Erhöhung der Dauer würde dem Verschlechterungsverbot widersprechen.

- 24 - VI.

E. 3.3

Insgesamt ist das Verschulden des Beschuldigten innerhalb der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit der Vorinstanz als noch leicht zu qualifizieren. Bei dieser Ausgangslage ist die Einsatzstrafe innerhalb des weiten Strafrahmens auf um die 20 Monate Freiheitsstrafe festzulegen. 4.1 Der heute 34jährige Beschuldigte wuchs bis zum Alter von 12 Jahren zusammen mit seinen Geschwistern bei seinen Grosseltern in Portugal auf. Bei seinen Eltern in der Schweiz war er jeweils nur ferienhalber. Am 3. Juli 1996 kam er zusammen mit seinem Bruder und seiner Schwester definitiv in die Schweiz und lebte ab dann bei seinen Eltern in ... [Ort 1]. Er besuchte zunächst ein halbes Jahr lang eine Sonderklasse, um Deutsch zu lernen, dann ein halbes Jahr die Oberschule und schliesslich drei Jahre lang die Realschule. Danach machte er eine Maurerlehre, welche er jedoch kurz vor der LAP abbrach, weil er Probleme mit seinem Chef hatte. Danach arbeitete er während eineinhalb Jahren im Strassenbau, bis er als Maurer in den Hochbau zurückkehrte. Abgesehen von einer kurzen Phase der Arbeitslosigkeit blieb er in der Folge als Maurer tätig. Im Oktober 2005 zog er zusammen mit seiner Ehefrau nach Zürich. Die Ehe blieb kinderlos und wurde im Oktober 2013 geschieden. Bereits ab September 2009 lebte der

- 10 - Beschuldigte mit einer neuen Lebenspartnerin, welche aus der dominikanischen Republik stammte, zusammen. Die Ferien verbrachte er in der Dominikanischen Republik, wo er eine intime Beziehung zu einer weiteren Frau pflegte, die später Mutter eines Sohnes wurde. Während der Beschuldigte im Vorverfahren noch behauptete, er sei der Vater des Kindes, was die Frau jedoch bestreite (Urk. 3/2 S. 8), gab er anlässlich der Berufungsverhandlung gegenteilig an, dass die Vaterschaft durch jene Frau behauptet werde, er aber nicht der Vater sei und auch kein entsprechender DNA-Nachweis vorliege (Prot. II S. 10). Am 4. März 2011 wurde der Beschuldigte aus der Dominikanischen Republik kommend mit 381 Kokain gemisch (328 Gramm Reinsubstanz) verhaftet und in der Folge zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten verurteilt. Am 7. November 2012 wurde er vorzeitig aus der Haft entlassen. Nur zwei Wochen später erlitt er auf einer Baustelle einen Arbeitsunfall; er durchtrennte sich mit einer Baukreissäge an der rechten Hand Zeige- bis Kleinfinger teilweise. Nach dem Unfall begann er eine Um-

schulung. Er sollte die Lastwagenprüfung machen. Noch vor Abschluss der Um-
schulung erlitt er am 22. August 2014 in der Dominikanischen Republik einen schweren Unfall mit
einem Lastwagen, der ihn beinahe das Leben kostete, und musste sich darauf acht
Operationen unterziehen. Körperlich ist er insofern ein-
geschränkt, als seine Hand nach
Aktivitäten oder am Morgen immer geschwollen ist und er seinen Arm auch nicht ganz
heben kann. Er leidet immer wieder unter Schmerzen. Vor zwei Jahren erlitt er ausserdem
einen Herzinfarkt. Aufgrund sei-
ner gesundheitlichen Einschränkungen ist es ihm derzeit
nicht mehr möglich in seinem bisherigen Tätigkeitsgebiet im Baugewerbe zu arbeiten.
Gemäss den An-
gaben des Beschuldigten hat sich die Suche nach einer Anstellung in
einem an-
deren Arbeitsgebiet neben seinen körperlichen Einschränkungen nun aber auch
wegen seiner Einträge im Strafregisterauszug als schwierig erwiesen. Im Novem-
ber 2017
erlangte er jedoch seinen Führerausweis wieder zurück und konnte ab dann zwischendurch
Gelegenheitsjobs als Fahrer nachgehen. Um den Führe-
rausweis aber weiterhin behalten zu
können, ist der Beschuldigte an strenge Auf-
lagen gebunden. So muss er insbesondere
regelmässig den Nachweis erbringen, drogenfrei zu sein. In diesem Zusammenhang erklärte
der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung, seit rund eineinhalb Jahren keine
Drogen mehr kon-

- 11 - sumiert zu haben. Seit März 2017 ist er nun für eine Transportfirma tätig und trägt für
diese in einem 75 % Pensum Büromaterialien aus. Für diese Tätigkeit müsse er jeweils
morgens um drei Uhr aufstehen und dann bis um drei oder vier Uhr am Nachmittag
arbeiten. Weiter handle es sich dabei bislang um eine Anstellung auf Probe. Weiter erklärte
der Beschuldigte in der Berufungsverhandlung, dass er bei dieser Firma je nach Ausgang
dieses Verfahrens Aussicht auf eine Festanstellung habe. Von der SUVA wird der
Beschuldigte zusätzlich mit einer Viertelrente in der Höhe von Fr. 1'113.– pro Monat
unterstützt. Der Beschuldigte lebt momentan noch in einer kleinen Wohnung in ... [Ort 1],
plant jedoch, zu seiner Freundin und deren Tochter nach ... [Ort 2] zu ziehen. Seine
Freundin, mit welcher er seit An-
fang 2018 zusammen ist, lebt mittlerweile seit rund 12
Jahren in der Schweiz und ist Staatsangehörige von Portugal. Während der Beschuldigte
noch vor Vor-
instanz das Pokerspiel als sein Hobby bezeichnete, erklärte er im Rahmen der
Berufungsverhandlung, schon lange nicht mehr gespielt zu haben. Auch in einem Casino sei
er seit rund einem halben Jahr nicht mehr gewesen. Seine Familie lebt in der Schweiz. Den
Kontakt zu seinen Eltern und Geschwistern bezeichnet er als gut. Allerdings wissen nur
seine Geschwister, nicht aber seine Eltern vom laufen-
den Strafverfahren. Als seine
engsten Bezugspersonen bezeichnet er seine Freundin und seine Schwester. Er erklärte
aber, neben diesen auch Kontakt zu Schweizer Kollegen wie beispielsweise C._____ zu
haben, den er auch als brü-
derlichen Freund bezeichnete. Er fühle sich in der Schweiz wohl
und fühle sich auch als Schweizer. Ausser einem Onkel und einer Tante, zu welchen er aber
keinen Kontakt pflege, habe er niemanden in Portugal. Seine Grossmutter, bei welcher er in
Portugal aufgewachsen sei und zu welcher er grundsätzlich noch Kontakt gehabt habe, sei
am tt.mm.2018 verstorben. So sei er in den letzten 12 Jahren auch lediglich zweimal nach
Portugal gereist: zur Feier des 80. Geburtstages seiner Grossmutter und nun im mm.2018 zu
ihrer Beerdigung (Urk. 2 S. 6 f.; Urk. 3/1 S. 4; Urk. 3/2 S. 8 ff.; Urk. 3/4 S. 4 ff.; Prot. I S.
13 ff.; Prot. II S. 5 ff.). Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der Beschuldigte nicht unter
Umständen aufgewachsen ist, die gemeinhin als ideal bezeichnet werden. Aller-
dings ist
seine Beziehung zu seinen Eltern und Geschwistern intakt, die schuli-
sche Integration in
der Schweiz gelang ihm, und er hat abgesehen von einer län-

- 12 - ger andauernden gänzlichen Arbeitsunfähigkeit aufgrund der erlittenen Unfälle trotz fehlenden Lehrabschlusses stets am Berufsleben in der Schweiz teilgenommen. Die suboptimalen Bedingungen des Aufwachsens führten beim Beschuldigten somit tatsächlich nicht zu Schwierigkeiten beim Erlernen sozial angepassten Verhaltens, die unter Schuldgesichtspunkten zu berücksichtigen wären. Hingegen ist leicht strafmindernd zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte durch zwei Unfälle körperlich eingeschränkt ist und nachhaltig beruflich destabilisiert wurde, was das angeklagte Verhalten zumindest begünstigt haben dürfte.

4.2 Der Beschuldigte ist in Deutschland wegen eines Strassenverkehrsdelikts vorbestraft (Urk. 14/9) und im schweizerischen Strafregister heute noch mit zwei Vorstrafen verzeichnet (Urk. 49), wobei diejenige vom 20. Juli 2011 weitgehend einschlägig und relativ gewichtig ist; der Beschuldigte wurde damals vom Bezirksgerichts Bülach wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz, Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes und Fälschung von Ausweisen mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten bestraft. Die Strafe sass er bis zu seiner bedingten Entlassung am 7. November 2012 bis auf die Reststrafe von 306 Tagen ab; die Probezeit wurde auf ein Jahr festgesetzt. Die Tatsache, dass der Beschuldigte trotz einer einschlägigen Vorstrafe und der Tatsache, dass er deswegen rund 20 Monate im Strafvollzug verbrachte, lediglich rund vier Jahre später wieder gegen das Betäubungsmittelgesetz versties und dafür heute wegen qualifizierter Widerhandlung gegen dieses bestraft werden muss, wirkt sich deutlich strafehöhend aus.

4.3 Der Beschuldigte bestritt im Rahmen der ersten Befragung zunächst eine Beteiligung am Drogenhandel und behauptete, nur kleinere Mengen Kokain zum Eigenkonsum zu besitzen. Dann gestand er ein, vielleicht einmal einem Kollegen ein Gramm verschenkt zu haben. Schliesslich erklärte er, dass er das in seinem Briefkasten sichergestellte Paket, in welchem sich, wie er vermute, Kokain befände, dort deponiert habe (Urk. 3/1 S. 1, 3, 5 ff.). Anlässlich der Hafteinvernahme gab er an, er habe das Kokaingemisch für jemanden aufbewahrt, dessen Namen er jedoch nicht nennen dürfe. Es handle sich um eine Zufallsbekanntschaft. Es hätte jemand geschickt werden sollen, der das Kokain hätte abholen sollen. Er

- 13 - habe jetzt aber schon seit drei, vier Monaten nichts mehr gehört und telefonisch erfahren, dass die Person umgebracht worden sein solle (Urk. 3/2 S. 4 f.). Zum im Wagen von D._____ sichergestellten Kokain macht er ausweichende Angaben (Urk. 3/2 S. 5 ff.). Den Verkauf an andere Personen bestritt er (Urk., 3/2 S. 7). In der dritten Befragung gab er schliesslich zu, D._____ unentgeltlich von dem Kokain gegeben zu haben, das im Briefkasten gefunden worden sei (Urk. 3/3 S. 7 f.). Das Kokain im Briefkasten habe er nie selber verkaufen wollen (Urk. 3/3 S. 8). Er gab dann aber zu, er habe davon ca. drei Wochen vor der Verhaftung ungefähr 10 Gramm für Fr. 450.- verkauft. Den Namen des Abnehmers wollte er nicht nennen (Urk. 3/3 S. 9). Auf weitere Frage erklärte er dann, "vielleicht" noch ein oder zwei Gramm für 50 Euro an einen Kartendealer aus der Pokerszene verkauft zu haben (Urk. 3/3 S. 9 f.). Schliesslich gab er zum in seinem Briefkasten sichergestellten Kokain das zu Protokoll, was Eingang in die Anklage fand (Urk. 3/3 S. 12). Diese Aussage bestätigte er dann in der Schlusseinvernahme (Urk. 3/4 S. 7 f.) und im Wesentlichen auch anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, behauptete dabei aber neu und wie erwogen wenig glaubhaft, aus Dankbarkeit gegenüber "B._____" gehandelt und - obwohl er im Monat vor der Verhaftung noch aus dem Depot Drogen veräussert hatte und dieses einen beträchtlichen Wert darstellte - vergessen zu haben, dass sich das Kokaingemisch noch in seinem Briefkasten befunden habe (Prot. I S. 6 ff.). Von einem vorbehaltlosen Geständnis bereits zu Beginn der Untersuchung oder

besonders kooperativem Verhalten kann mithin entgegen der von der Verteidigung vor Vorinstanz vertretenen Auffassung (Urk. 26 S. 7) keine Rede sein. Vielmehr entschloss sich der Beschuldigte erst unter dem Druck des Ermittlungsergebnisses zu einem dem jeweiligen Untersuchungsergebnis angepassten Geständnis und relativierte sein Verhalten dadurch, dass er sein Handeln mit Dankbarkeit gegenüber "B._____" zu rechtfertigen versuchte. Anlässlich der Berufungsverhandlung war zwar angesichts der drohenden Landesverweisung eine gewisse Verzweiflung des Beschuldigten spürbar, was verständlich ist. Echte Einsicht und Reue zeigte er jedoch auch dann nicht und blieb dabei, aus einer moralischen Verpflichtung heraus gehandelt zu haben bzw. behauptete weiterhin, die Drogen in seinem Briefkasten vergessen zu haben. Die Identität von "B._____" und die Namen seiner noch nicht polizeibe-

- 14 - kannten Abnehmer und die tatsächlichen Hintergründe seiner Tat legte er bis heute nicht offen, was ihm freisteht, es aber verunmöglicht, ihm (besondere) Kooperationsbereitschaft zugutezuhalten. Mehr als eine leichte Strafminderung kann dem Beschuldigten vor diesem Hintergrund unter dem Titel "Geständnis" folglich nicht zugestanden werden. 4.4 Die gesundheitlichen Schwierigkeiten des Beschuldigten sollen nicht bagatellisiert werden, sie begründen jedoch entgegen der Auffassung der Verteidigung keine besondere Strafempfindlichkeit (Urk. 51 S. 5 f.), zumal die bundesgerichtliche Rechtsprechung hohe Anforderungen an Abweichungen vom Grundsatz einer einheitlichen Leidempfindlichkeit stellt (vgl. BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N. 150 ff.; BGE 6B_570/2010 E. 2.5). Der Beschuldigte muss Medikamente nehmen und leidet immer (wieder) unter Schmerzen (Prot. I S. 23 f.; Prot. II S. 24 f.). Er ist nur eingeschränkt erwerbsfähig. Seine Freiheit in der Lebensgestaltung ist dadurch zweifellos eingeschränkt. Allerdings führt er heute letztlich dennoch ein relativ normales Leben, bewegt sich in der Freizeit gelegentlich zu Fuss und mit dem Fahrrad (Prot. II S. 15), hält Kontakt zu seinen Eltern und Geschwistern (Prot. II S. 17) und arbeitet in einem Pensum von ca. 75% in der Paketzustellung (Prot. II S. 12). Eine besondere, das normale Mass übersteigende Leidempfindlichkeit ist bei dieser Ausgangslage nicht ersichtlich. 4.5 Insgesamt überwiegen die straf erhöhenden Faktoren die strafmindernden massgeblich, was eine Erhöhung der Einsatzstrafe auf rund 24 Monate Freiheitsstrafe rechtfertigt. Weitere Strafminderungsgründe sind nicht ersichtlich. Insbesondere führen nach der Rechtsprechung ausländische Folgen einer Verurteilung nicht ohne Weiteres zu einer Strafminderung (BGE 6B_116/2012 E. 3.4 mit Hinweisen) und stellt auch die strafrechtliche Landesverweisung nach der Systematik des Gesetzes keine (Neben-)Strafe, sondern eine Massnahme dar. Sie trifft bei gegebenen Voraussetzungen alle Ausländer, wobei die Folgen einer Landesverweisung auf das Leben des Beschuldigten im Rahmen des Entscheids über dieselbe zu berücksichtigen sind. Dass der Beschuldigte von einer Landesverweisung schwerer getroffen wird als andere ausländische Personen, die ihr

- 15 - Aufenthaltsrecht in der Schweiz aufgrund ihrer Straffälligkeit verlieren, ist nicht ersichtlich.

E. 5

Zusammengefasst ist der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu bestrafen. Daran sind 54 Tage erstandener Haft anzurechnen (Art. 51 StGB; Urk. 39 S. 17). IV. 1.1 Die Vorinstanz hielt richtig dafür, dass die objektive Voraussetzung für die Gewährung des bedingten und auch des teilbedingten Strafvollzugs bei dieser Strafhöhe

gegeben ist. Weiter erwog sie korrekt, dass in subjektiver Hinsicht das Fehlen einer ungünstigen Prognose Voraussetzung der Gewährung des beding- ten bzw. teilbedingten Strafvollzug sei (Urk. 39 S. 17). Ferner ist ihr im Ergebnis zuzustimmen, dass dem Beschuldigten eine schlechte Legalprognose gestellt werden muss. So liess er sich insbesondere durch den Vollzug eines Strafteils von 20 Monaten Freiheitsstrafe gemäss Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 20. Juli 2011 nicht davon abhalten, lediglich vier Jahre nach dem Vollzugsende erneut einschlägig zu delinquieren. Dass die berufliche Destabilisierung als Folge zweier Unfälle dieses Verhalten begünstigt haben dürfte, wurde zu seinen Guns- ten bei der Strafzumessung berücksichtigt. Allerdings ist auch festzuhalten, dass der Beschuldigte im Zeitpunkt der Tat Taggelder der SUVA bezog und daher zwar in knappen, aber eigentlich geordneten finanziellen Verhältnissen lebte, wenn man von seinen Privatkrediten in der Höhe von insgesamt Fr. 40'000.– absieht (vgl. Urk. 3/2 S. 8). Er stand vor einem Termin beim Kreisarzt der SUVA, der ab- klären sollte, was er beruflich alles machen könnte (Urk. 3/2 S. 9). Kokain konsu- mierte er nur gelegentlich, weil er den Führerausweis wiedererlangen wollte und in diesem Zusammenhang Haarproben abgeben musste (Urk. 3/1 S. 3 f.; Urk. 3/2 S. 4), und er hatte eine Freundin, die in Italien lebte (Urk. 3/2 S. 8). Ferner gab er an, sich im Moment mehr in der Poker- als in der Dominikanerszene zu bewegen (Urk. 3/4 S. 7 f.). Vor Vorinstanz präsentierten sich seine Lebensumstände nicht wesentlich anders, jedenfalls war keine wesentliche Verbesserung eingetreten.

- 16 - Die Beziehung zu seiner Freundin in Italien war in der Schwebe, die Abklärungen der SUVA im Gang, Anspruch auf Taggelder der SUVA hatte er nur noch rund ei- nen Monat (Prot. I S. 16, 19 f.). Er gab an, bei einem Kollegen als Kurierfahrer an- fangen zu können, wenn er den Führerschein habe; die dafür nötige Haarprobe müsse er am 5. September 2017 abgeben (Prot. I S. 20 f.). Er spiele Poker (Prot. I S. 20). Drogen nehme er schon lange nicht mehr (Prot. I S. 21). Bis zur Berufungsverhandlung veränderten sich seine persönlichen Verhältnisse insofern zum Besseren, als er den Führerausweis wieder erhielt und bei E._____ Trans- port als Kurierfahrer anfangen konnte. Er stehe morgens um drei auf und arbeite bis drei oder vier Uhr (Prot. II S. 8). Er verdiene im Schnitt zwischen Fr. 3'000.– und Fr. 4'000.– und habe zusätzlich eine SUVA-Rente von Fr. 1'113.– (Prot. II S. 12). Er hat eine Freundin, die portugiesische Staatsangehörige ist. Sie hat ein Kind und lebt seit 12 Jahren in der Schweiz. Er möchte mit ihr eine Familie planen (Prot. II S. 10, 15 f.). Drogen konsumiere er nicht mehr (Prot. II S. 13). Poker spie- le er schon lange nicht mehr (Prot. II S. 15). Auf den ersten Blick scheinen sich die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten damit stabilisiert zu haben. Bei genauerer Betrachtung erweist sich die Situation des Beschuldigten aber weiter- hin als labil. Die Anstellung bei E._____ Transport erfolgte auf Probe. Gemäss den Angaben des Beschuldigten hänge eine Festanstellung vom Urteil im vorlie- genden Verfahren ab (Prot. II S. 8). Die strafrechtliche Vorbelastung schränkt den Kreis möglicher anderer Arbeitgeber stark ein, zumal der Beschuldigte auch nicht über einen Lehrabschluss verfügt (Prot. II S. 8, 16). Mit seiner Freundin ist er, ob- wohl er bereits die Zukunft mit ihr plant, erst seit Januar diesen Jahres zusammen (Prot. II S. 16). D._____ bezeichnete er weiterhin als guten Kollegen, auch wenn er behauptet, mit ihm nur noch sporadischen Kontakt zu haben. Jedenfalls ent- springt der reduzierte Kontakt aber nicht der Einsicht, sich von einem alten Be- kannten aus der Drogenszene zu trennen, sondern hat gemäss seinen Angaben damit zu tun, dass er nur noch arbeite und bei seiner Freundin sei (Prot. II S. 11, vgl. auch S. 15). Die Frage danach, ob er noch in der dominikanischen Szene verkehre, beantwortete er ausweichend (Prot. II S. 15). Nach dem Pokerspielen gefragt, gab er - wie erwähnt - an, er habe schon lange nicht mehr gespielt, er

habe keine Zeit dazu, was reichlich beschönigend wirkt, bedenkt man, dass er an-

- 17 - lässig der erstinstanzlichen Hauptverhandlung Ende August 2017 Poker noch als sein Hobby bezeichnet hatte. Im Kasino und in der Dominikanischen Republik war er zudem auch schon mit seiner jetzigen Freundin (Prot. II S. 11, 15), was bedeutet, dass er sich auch im letzten halben Jahr in einer Umgebung bewegte, die mit seiner früheren Delinquenz in Verbindung steht. Eine grundlegende Veränderung seiner Lebensverhältnisse hat mithin nicht stattgefunden. Dazu kommt, dass - wie im Rahmen der Strafzumessung erwogen - echte Einsicht und Reue beim Beschuldigten nicht erkennbar ist. Er beschönigt sein Verhalten weiterhin, sei es mit der Geschichte um "B._____" oder wenn er geltend macht, das Drogendepot vergessen zu haben. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der Beschuldigte bis November 2012 während 20 Monaten eine Freiheitsstrafe verbüsst und nur vier Jahre nach der Haftentlassung erneut einschlägig delinquierte. Die Legalprognose ist allein aufgrund dieses Umstands belastet. Echte Einsicht und Reue, die ein Indiz für eine innere Umkehr wären, fehlen sodann. Den Eindruck fehlender nachhaltiger innerer Umkehr verstärkt, dass es den Beschuldigten weiterhin ins Kasino und in die Dominikanische Republik zieht, ferner dass sein ausweichendes Aussageverhalten dazu, ob er noch in Dominikanerkreisen verkehre, Zweifel begründet, dass er mit dieser Szene wirklich gebrochen hat und zudem fest steht, dass er weiterhin Kontakt zu D._____ hat, er den Kontakt zu Bekannten aus dem drogenkriminellen Milieu also nicht vollständig aufgegeben hat. Die Bemühungen des Beschuldigten um eine Stabilisierung seiner Lebenssituation sind vor diesem Hintergrund zwar anzuerkennen. Sie erscheinen aber nicht nachhaltig genug, um etwas an der schlechten Legalprognose zu ändern. Dies gilt um so mehr, als nicht zu übersehen ist, dass der Beschuldigte vor allem auf äusseren Druck und mit dem Ziel handelt, gegenüber den Behörden ein gutes Bild abzugeben. Exemplarisch sind in diesem Zusammenhang seine Bemühungen um die Wiedererlangung seines Fahrausweises und den damit zusammenhängenden Verzicht auf den Kokainkonsum. Und seine Aussagen im Berufungsverfahren zur Frage, weshalb in Zukunft nicht mehr mit Delikten seinerseits zu rechnen sei, zeigen ein ähnliches Muster (Prot. II S. 25 ff.). Es kann bei dieser Sachlage daher nicht davon ausgegangen werden, dass eine bedingte Strafe den Beschuldigten davon abhalten würde, nochmals straffällig zu werden.

- 18 - 1.2 Erscheint die Prognose wie vorliegend zu ungünstig, um einen vollständigen Aufschub der Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 42 StGB zu gewähren, so gilt dies nicht notwendigerweise auch im Hinblick auf einen teilweisen Aufschub. Die Beurteilung nach Art. 43 StGB muss auf einer eigenständigen legalprognostischen Grundlage erfolgen. Bei einer Freiheitsstrafe, die teilweise vollzogen und teilweise aufgeschoben wird, kann die Einschätzung der Wiederholungsgefahr in zweifacher Hinsicht günstiger ausfallen als bei einer vollständig bedingten resp. vollständig unbedingten Freiheitsstrafe. So erhöht sich bei teilweisem Vollzug die Warnwirkung der Strafe gegenüber dem vollständigen Aufschub. Komplementär dazu bildet der zum anderen Teil ausgesetzte Vollzug einen Anreiz, nicht rückfällig zu werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_1005/2017 vom 9. Mai 2018 E. 4.2.4). Der Beschuldigte verbüsst bereits 20 Monate der insgesamt 30-monatigen Freiheitsstrafe, zu welcher er mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 20. Juli 2011 verurteilt wurde (Urk. 49), delinquierte danach aber dennoch wieder einschlägig. Eine echte und damit mutmasslich nachhaltige innere Umkehr hat - wie erwogen - nicht stattgefunden. Die Lebensverhältnisse des Beschuldigten sind weiterhin labil. Der Vollständigkeit halber

ist zudem anzufügen, dass der Beschuldigte, als er das Delikt beging, welches zum Urteil vom 20. Juli 2011 führte) beruflich integriert war und in einer Beziehung lebte. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Warnwirkung des Vollzugs lediglich eines (von seiner Dauer her zwingend unter den bereits verbüsst 20 Monaten Freiheitsstrafe liegenden) Teils der heute auszufällenden Freiheitsstrafe von 24 Monaten, den Beschuldigten von der Begehung weiterer einschlägiger Straftaten abzuhalten vermöchte. Da somit auch ein teilbedingter Vollzug der Freiheitsstrafe nicht in Frage kommt, ist diese zu vollziehen. 1.3 Dass der Beschuldigte gemäss den Ausführungen seiner amtlichen Verteidigung nur bei Verbüsung seiner Strafe in Halbgefangenschaft im Arbeitsprozess verbleiben könne (Urk. 51 S. 9), ändert an diesem Ergebnis nichts. Eine Strafe, welche ihrer Höhe nach die Verbüsung in Halbgefangenschaft ermöglichen würde, wäre nicht schuldangemessen und darf daher nicht ausgefällt werden (vgl. BGE 118 IV 342). Die Gewährung des teilbedingten Strafvollzuges hängt sodann allein von der Legalprognose ab, die vorliegend - wie erwogen - nicht nur zweifel-

- 19 - haft, sondern ungünstig ist und keinen Spielraum offen lässt. Abgesehen davon wären die Arbeitszeiten des Beschuldigten (Prot. II S. 8/11) mit dem Regime der Halbgefangenschaft, das Ein- und Austritt in der Nacht bekanntermassen nicht zulässt, nicht vereinbar. 2. Die Freiheitsstrafe von 24 Monaten ist somit zu vollziehen. V. 1.1 Gemäss Art. 66a StGB verweist das Gericht einen Ausländer, der wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 BetmG verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für fünf bis fünfzehn Jahre aus der Schweiz. Ein Verzicht auf eine Landesverweisung ist nur ausnahmsweise dann möglich, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen (Art. 66a Abs. 2 StGB). Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren und aufgewachsen sind, wobei in Anlehnung an die im schweizerischen Migrationsrecht geltenden Fristen zum Nachzug von Kindern von einem Aufwachsen in der Schweiz auszugehen ist, wenn die Einreise in die Schweiz vor Abschluss des zwölften Altersjahrs erfolgte (Busslinger/Übersax, Härtefallklausel und migrationsrechtliche Auswirkungen der Landesverweisung, plädoyer 5/16 S. 101). 1.2 Ein schwerer persönlicher Härtefall ist dann anzunehmen, wenn die Summe aller mit der Landesverweisung verbundenen Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart trifft, dass ein Verlassen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff in seine Daseinsbedingungen führt (Busslinger/Übersax, a.a.O., S. 101). Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind alle potentiell härtefallbegründenden Aspekte zu bewerten. Relevant sind dabei die persönliche Situation des Beschuldigten in der Schweiz und die Bedingungen im Heimatstaat (a.a.O., S. 101; Fiolka/Vetterli, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB, plädoyer 5/16 S. 85) sowie die Tatschuld (Fiolka/Vetterli, a.a.O., S. 87). Ein

- 20 - Härtefall ist jedoch nicht leichthin anzunehmen, da der Strafrichter bei Katalogtaten gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB nur ausnahmsweise von der Landesverweisung absehen darf (Busslinger/Übersax, a.a.O., S. 97). Steht fest, dass die Landesverweisung zu einer schweren persönlichen Härte führen würde, sind sodann die privaten Interessen des Beschuldigten an einem Verbleib in der Schweiz den öffentlichen Interessen an der Landesverweisung, deren Gewicht wesentlich von der Art und Schwere der begangenen Delikte und der Legalprognose abhängt, gegenüberzustellen. Überwiegen die öffentlichen Interessen, muss die Landesverweisung ausgesprochen werden (Busslinger/Übersax, a.a.O.

S. 102 ff.).

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