

ZH_OBERGERICHT SB180044 vom 18. Juni 2018

ZH Obergericht, 2018-06-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180044

FR: ZH_OBERGERICHT SB180044 du 18 juin 2018

IT: ZH_OBERGERICHT SB180044 del 18 giugno 2018

Erwägungen

E. 1

Am 22. August 2017 erhob die Staatsanwaltschaft II Zürich–Sihl (fortan Staatsanwaltschaft) die diesem Urteil beigeheftete Anklage gegen den Beschuldigten an das Bezirksgericht Zürich wegen Verbrechens und mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie Vergehens gegen das Waffengesetz (Urk. 17). Die Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, fand am 8. November 2017 statt (Prot. I S. 6 ff.).

E. 2

Mit Urteil vom 8. November 2017 sprach das Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, den Beschuldigten des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG sowie des Vergehens gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. a, Art. 8, Art. 12, Art. 15 und 16a WG schuldig (Dispositivziffer 1). Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 27 Monaten, unter Anrechnung von 345 Tagen erstandener Haft und vorzeitigem Strafvollzug (Dispositivziffern 2 und 3). Auf den von der Staatsanwaltschaft beantragten Widerruf der mit Entscheid der Justizdirektion vom 6. November 2013 mit Bezug auf eine Freiheitsstrafe von 11 Jahren unter Ansetzung einer Probezeit bis am 23. Juli 2017 verfügten bedingten Entlassung und Anordnung des Vollzugs der Reststrafe von 3 Jahren und 242 Tagen verzichtete die Vorinstanz. Indes verlängerte sie die Probezeit um weitere 10 Monate (Dispositivziffer 4). Der Beschuldigte wurde sodann für die Dauer von 5 Jahren des Landes verwiesen und die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem angeordnet (Dispositivziffer 5). Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 22. August 2017 beschlagnahmten Barbeträge von Fr. 970.– und EUR 1'600.– wurden zugunsten des Staats eingezogen (Dispositivziffer 6). Ferner zog die Vorinstanz die mit Verfügungen der Staatsanwaltschaft vom 22. August 2017 beschlagnahmten Gegenstände ein und ordnete deren Vernichtung (Dispositivziffern 7 und 8), deren Belassung bei den Akten (Dispositivziffer 9), deren gutscheinende Verwendung

- 7 - (Dispositivziffer 10) sowie deren Herausgabe an den Beschuldigten (Dispositivziffer 11) an (Urk. 46 S. 28 ff.).

E. 3

Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 8 ff.) liess die Staatsanwaltschaft am 10. November rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 38). Am 28. November 2017 erfolgte die Mitteilung der Berufungsanmeldung an die amtliche Verteidigung (Urk. 44). Das Urteil

ging der Staatsanwaltschaft am 22. Januar 2018 (Urk. 45/1) sowie dem Beschuldigten am 23. Januar 2018 (Urk. 45/2) in be- gründeter Fassung (Urk. 46) zu.

E. 3.1

Hat sich der bedingt Entlassene bis zum Ablauf der Probezeit bewährt, so ist er endgültig zu entlassen (Art. 88 StGB). Begeht er während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen, so ordnet das für die Beurteilung der neuen Tat zu- ständige Gericht die Rückversetzung an (Art. 89 Abs. 1 StGB). Ist trotz des wäh- rend der Probezeit begangenen Verbrechens oder Vergehens nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf eine Rückversetzung (Art. 89 Abs. 2 Satz 1 StGB).

- 24 -

E. 3.2

Nach dieser Regelung ist die Rückversetzung grundsätzlich anzuordnen, wenn der bedingt Entlassene während der Probezeit ein Verbrechen oder Verge- hen begangen hat, es sei denn, es handle sich um eine bloss "Zufallstat", die nicht unbesehen darauf schliessen lässt, er werde weiter delinquieren. Angesichts der bloss relativen Sicherheit von Legalprognosen dürfen an die Erwartung, dass keine weiteren Straftaten begangen werden, keine übermässig hohen Anforde- rungen gestellt werden. Wie beim Entscheid über die bedingte Entlassung muss genügen, wenn dies vernünftigerweise erwartet werden darf. Für die prog- nostische Bewertung der neuen Straftat (Art. 89 Abs. 2 StGB) können die vom Bundesgericht entwickelten Prognosekriterien für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges (Art. 42 Abs. 1 StGB) beigezogen werden; eine analoge Anwen- dung von Art. 42 Abs. 2 StGB ist aber entgegen der so sinngemäss gemachten Ausführungen der Staatsanwaltschaft (Urk. 80 S. 5 f.) nicht statthaft. So ist bei der Prüfung, ob der Verurteilte für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet, eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Für die Einschätzung des Rückfallrisikos ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich. Rele- vante Faktoren sind etwa strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweise auf Suchtge- fährdungen usw. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides mit einzubeziehen. Es ist unzulässig, einzelnen Umständen eine vor- rangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen.

E. 4

Mit Eingabe vom 1. Februar 2018 reichte die Staatsanwaltschaft dem Ober- gericht des Kantons Zürich die Berufungserklärung ein (Urk. 51). Sie focht dabei die Sanktion (Strafzumessung und Vollzug), die Verlängerung der für die bedingte Entlassung angesetzten Probezeit und die Dauer der ausgefallten Landesverwei- sung an. Auf die Stellung von Beweisanträgen verzichtete die Staatsanwaltschaft. Mit Präsidialverfügung vom 13. Februar 2018 wurde dem Beschuldigten in An- wendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO und Art. 401 StPO eine Kopie der Beru- fungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschluss- berufung erhoben werde, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 52). In der Folge erhob die amtliche Verteidigung mit Eingabe vom 28. Februar 2018 Anschlussberufung. Sie verlangte dabei,

es sei die Anordnung der Ausschreibung der Landesverweisung im SIS aufzuheben; im Übrigen beantragte die Verteidigung die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils. Beweisanträge stellte sie keine (Urk. 54). Mit Präsidialverfügung vom 1. März 2018 wurde der Staatsanwaltschaft das Doppel der Anschlussberufungserklärung des Beschuldigten zugestellt (Urk. 59).

E. 4.1

Unbestritten ist, dass der Beschuldigte einem sogenannten Drittstaat angehört, da Nigeria kein Mitgliedstaat des Schengen-Übereinkommens ist. Der Tatbestand des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sieht sodann eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe vor (vgl. Art. 24 Abs. 2 SIS-II-VO). Im Übrigen scheint der abstrakte Strafraum für sich allein ein wenig taugliches Abgrenzungskriterium zu sein, um über die Ausschreibung zu entscheiden. Viel entscheidender erscheint die Höhe der Strafe der konkreten Verurteilung (vgl. hierzu Urteil OGer ZH SB170246 vom 26. Dezember 2017 E. 3). Ob der Beschuldigte, wie er selber (Urk. 79 S. 6 f.) und sein Verteidiger vorbringen, einen Aufenthaltsanspruch in Deutschland hat und somit nicht als Drittstaatenangehöriger im eigentlichen Sinne zu bezeichnen ist, kann jedoch aufgrund der nachfolgenden Ausführungen offen bleiben.

E. 4.2

Denn es stellt sich vorliegend die Frage, ob die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS überhaupt rechtlich zulässig ist. Art. 20 N-SISVO trat im vorstehend wiedergegebenen und heute geltenden Wortlaut erst am 1. März 2017 in Kraft und damit nach der Tatbegehungen des Beschuldigten (Deliktszeitraum: August 2016 bis 28. November 2016). Die bis am 28. Februar 2017 geltende Fassung von Art. 20 aNSIS-VO lautete wie folgt: "Drittstaatenangehörige können zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben werden, wenn ein Einreiseverbot einer Verwaltungs- und Justizbehörde vorliegt." Eine Ausschreibung im SIS konnte also bereits vor dem 1. März 2017 angeordnet werden, allerdings bezog sich die gesetzliche Bestimmung lediglich auf (migrationsrechtliche) Einreiseverbote und eine Kompetenz zur Anordnung der Ausschreibung durch das Strafgericht bestand nicht. Aufgrund des geschilderten materiellen Charakters der SIS-Ausschreibung kommt das Rückwirkungsverbot von Art. 2 StGB zur Anwen-

- 33 - dung. Die Anordnung der Ausschreibung im SIS durch die Vorinstanz erscheint vor diesem Hintergrund daher als unzulässig, weshalb Dispositivziffer 5 Abs. 2 des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben bzw. keine Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im SIS anzuordnen ist. VIII. Kosten und Entschädigung 1. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen. 2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft unterliegt mehrheitlich beim Strafmass und teilweise bezüglich der Landesverweisung. Der Beschuldigte obsiegt lediglich hinsichtlich der Ausschreibung im SIS. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten zu drei Vierteln aufzuerlegen und zu einem Viertel auf die Staatskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren sind im Umfang von einem Viertel definitiv und für drei Viertel einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. BGE 135 I

91 E. 2.4.2.3). Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt im Umfang von einem Sechstel vorbehalten. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 8. November 2017 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig – des Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG); – des mehrfachen Vergehens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG; – des Vergehens im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. a, Art. 8, Art. 12, Art. 15 und Art. 16a des Waffengesetzes (WG). 2. (...)

- 34 - 3. (...) 4. (...) 5. (...) 6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. August 2017 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse lagernde Barschaft von Fr. 970.– und EUR 1'600.00 wird eingezogen und verfällt dem Staat. 7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. August 2017 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich, KA-FA-PL-EBMA, unter der Lager-Nr. S02864-2016 aufbewahrten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien werden definitiv eingezogen und vernichtet: – 1 Vakuumbbeutel enthaltend 1098,6 g Marihuana (Asservat-Nr. A009'871'583) – 1 Vakuumbbeutel enthaltend 231,5 g Marihuana (Asservat-Nr. A009'871'594) – diverse Fingerlinge mit Kokain in Knittersack (Asservat-Nr. A009'871'607) – 1 Plastikbeutel enthaltend weisses Pulver in Stoffsack (Asservat-Nr. A009'871'618) – lose Marihuana-Tabakmischung à 1,2 g (Asservat-Nr. A009'871'629) – 1 Marihuana-Mühle (Asservat-Nr. A009'871'630) – 2 Feinwaagen (Asservat-Nr. A009'871'641) – diverses Verpackungsmaterial zu Kokain-Fingerlingen (Asservat-Nr. A009'871'652) 8. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. August 2017 beschlagnahmten und bei der bei der Bezirksgerichtskasse lagernden Gegenstände werden definitiv eingezogen und vernichtet: – Mobiltelefon der Marke 'Samsung' (Asservat-Nr. A009'871'561) – Mobiltelefon der Marke 'Samsung' (Asservat-Nr. A009'871'743) – Mobiltelefon der Marke 'Samsung' (Asservat-Nr. A009'871'754) – Papierware, 1 Ausdruck Flugticket (Asservat-Nr. A009'871'674) – Papierware, div. Belege von Geldtransfer-Instituten (Asservat-Nr. A009'871'685) – 1 SIM-Verpackung Lebara (Asservat-Nr. A009'871'696) – 1 SIM-Verpackung Yallo (Asservat-Nr. A009'871'709) – 1 SIM-karten-Halterung Yallo (Asservat-Nr. A009'871'710) 9. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. August 2017 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse lagernden Gegenstände werden definitiv eingezogen und bei den Akten belassen:

- 35 - – 1 Führerausweis (Asservat-Nr. A009'871'721) – 1 Maestro-Karte ZKB (Asservat-Nr. A009'871'732) 10. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. August 2017 beschlagnahmten und beim Forensischen Institut Zürich, FOR-DISPO, lagernden Gegenstände werden definitiv eingezogen und der Stadtpolizei Zürich, Fachstelle Waffen (KA-ERZ-KAD-W) zur gutscheinenden Verwendung überlassen: – 1 Pistole 'Tovarev' mod. TT-33, Nr. ..., Kal. 7.62 x 25 mm, samt Magazin (Asservat-Nr. A009'871'663) – 3 Patronen zugehöriger Munition (Asservat-Nr. A009'875'347) 11. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 22. August 2017 beschlagnahmte Mobiltelefon der Marke 'Microsoft Lumina' (Asservat-Nr. A009'871'572) wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgegeben oder nach unbenutztem Ablauf einer dreimonatigen Frist von der Lagerbehörde vernichtet.

E. 4.3

Der Beschuldigte spricht wenig deutsch und hat in der Schweiz – abgesehen von seiner Arbeitstätigkeit im Strafvollzug – nie gearbeitet. In den Jahren 2005 und 2006 lebte er vom Verdienst seiner Exfrau E._____, welche er im Jahre 2006 geheiratet hatte und von welcher er zwischenzeitlich geschieden ist. Vor Vorinstanz wollte der Beschuldigte noch nach Frankreich ziehen und dort wieder Teilzeit arbeiten bzw. eine Ausbildung als Fitnesstrainer machen (Urk. 30 S. 6 f.). Heute hegt er den Plan, mit seiner aktuellen Ehefrau F._____ und dem gemeinsamen Kind nach Deutschland zu ziehen, wo der Bruder seines Schwiegervaters ihm eine Arbeit besorgen könne (Urk. 79 S. 6). Vermögenswerte besitzt der Beschuldigte keine (Urk. 30 S. 6). Vielmehr hat er Schulden gegenüber seinen Eltern (Schulgebühren für den Sohn) und dem Staat aus dem vorliegenden Strafverfahren. Der Beschuldigte hat am tt. Dezember 2014 zum zweiten Mal geheiratet. Aus der Ehe mit F._____ stammt die Tochter G._____, geboren tt.mm.2015. F._____ lebt mit der gemeinsamen Tochter G._____ seit Mitte 2016 in der Schweiz (Urk. 2/21 S. 6; Urk. 30 S. 7). Seine Frau hatte in Deutschland indes die Scheidung eingereicht und wollte keinen Kontakt mehr mit dem Beschuldigten (Urk. 30 S. 6). Seinen heutigen Aussagen zufolge, habe sie jedoch das Scheidungsbegehren zurückgezogen und wolle ihm noch einmal eine Chance geben (Urk. 79 S. 6). Seine Exfrau E._____ lebt mit dem gemeinsamen Sohn C._____ in Zürich. Diesen hat der Beschuldigte in den Jahren 2005 und 2006 während rund eineinhalb Jahren, als seine Exfrau einer Erwerbstätigkeit nachging, betreut (Urk. 30 S. 5). Den grössten Teil des Lebens des Sohnes verbrachte der Beschuldigte dann aber im Gefängnis oder im Ausland. Von einer intensiven und gefestigten Beziehung kann daher – wie die Vorinstanz korrekt festgestellt hat (Urk. 46 S. 24) – nicht die Rede sein. Nebst dem heute 13-jährigen Sohn C._____ aus erster Ehe hat der Beschuldigte einen weiteren 16-jährigen Sohn namens H._____, welcher in Nigeria lebt (Urk. 30 S. 6). Seine Eltern leben in Nigeria und sein Onkel, zu welchem er eine väterliche Beziehung hatte, ist inzwischen gestorben (Urk. 30 S. 8).

- 27 - Auch wenn sich der Beschuldigte seinen Angaben zufolge danach sehnt und grundsätzlich gute Kontakte zu seinen Kindern unterhält, kann nicht gesagt werden, er verfügt über ein gefestigtes bzw. stabiles Beziehungsnetz. Auch in beruflicher Hinsicht besteht kein Setting, das dem Beschuldigten Halt bieten könnte. Dementsprechend weiss der Beschuldigte offenbar selbst auch nicht, wie er seine Zukunft sehen will. Seine beruflichen Aussichten sind jedenfalls vage und auch sonst sehen seine Zukunftsvorstellungen mehr nach Wunschdenken als nach konkreten Plänen aus. Ausserdem präsentiert sich seine finanzielle Situation als eher prekär.

E. 4.4

Zusammengefasst sprechen mehr oder weniger alle entscheidenden subjektiven Kriterien beim Beschuldigten gegen eine günstige Prognose. Es besteht die grosse Gefahr, dass der Beschuldigte nach alter schlechter Gewohnheit (wiederum) versuchen könnte, sich durch kriminelle Tätigkeit einen „Zustupf“ zu verschaffen und dabei rasch wieder ins alte, kriminelle Fahrwasser geraten würde. Nicht ersichtlich ist, inwiefern ihn seine guten Kontakte zu seinen Kindern davon abhalten könnten, da er solche immer gepflegt und trotzdem Straftaten begangen hat.

E. 4.5

In die Beurteilung der Bewährungsaussichten ist grundsätzlich auch mit- einzubeziehen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgefällt wird, denn allenfalls könnte der Vollzug der neuen Strafe eine günstige Wirkung haben, so- dass sich bei der Gesamtwürdigung ein Widerruf nicht mehr begründen liesse (BGE 135 IV 146, nicht publ. E. 2.3). Die neue Strafe wurde – wie gesehen – un- bedingt ausgefällt. Ausserdem wird der Beschuldigte – wie noch zu zeigen sein wird – für 8 Jahre des Landes verwiesen (vgl. nachfolgende Erwägungen unter Ziffer VI.). Eine erneute Delinquenz hätte einen mehr als vier Jahre dauernden Strafvollzug zur Folge (Rückversetzung in den Strafrest von 3 Jahren und

E. 5

Bereits unter dem 2. Februar 2018 war ferner ein aktueller Strafregisterauszug über den Beschuldigten eingeholt worden (Urk. 50), welcher mit den bereits bei den Akten liegenden (Urk. 14/1) inhaltlich übereinstimmt.

E. 5.1

Zur objektiven Tatschwere des mehrfachen Vergehens gegen das Betäu- bungsmittelgesetz erwoog die Vorinstanz, dass der Beschuldigte über einen Zeit- raum von drei Monaten eine nicht bestimmbare Menge an Marihuana mehrfach

- 17 - an mehrere Abnehmer verkauft hat. Im Zeitpunkt der Verhaftung sei zudem eine grössere Menge von 1,33 Kilogramm Marihuana in seiner Wohnung aufgefunden worden, wovon der Beschuldigte die Hälfte verkaufen und die weitere Hälfte sel- ber konsumieren wollte. Zu Gunsten des Beschuldigten sei zu berücksichtigen, dass das Gefährdungspotential von Marihuana wesentlich tiefer sei als dasjenige sogenannter harter Drogen wie Kokain und Heroin und es sich um eine Droge mit tieferem Abhängigkeitspotential handle. Die in der Wohnung des Beschuldigten vorgefundenen Betäubungsmittelutensilien (verschiedene Mobiltelefone, zwei Feinwaagen und eine Marihuanamühle) würden auf ein geplantes und professio- nelles Vorgehen hinweisen. Zur Rolle des Beschuldigten führte die Erstinstanz sodann aus, dass er weitgehend selbstständig agiert habe und in keine Organisa- tion eingebunden gewesen sei. Seine Abnehmer seien Endverbraucher gewesen. Zu Gunsten des Beschuldigten sei daher seine Tätigkeit auf der untersten Hier- archiestufe anzusiedeln. In subjektiver Hinsicht stehe ein Handeln aus finanziellen Motiven im Vordergrund. Teilweise habe der Beschuldigte seinen eigenen Dro- genkonsum aus dem Deliktserlös finanziert. Zudem habe der Beschuldigte direkt- vorsätzlich gehandelt. Das Verschulden des Beschuldigten wiege daher gerade noch leicht (Urk. 46 S. 13 f.). Diese Erwägungen der Vorinstanz können vorab übernommen werden. Zu ergänzen ist, dass der Beitrag des Beschuldigten zum Betäubungsmittelhandel zwar gering gewesen ist. Seine kriminellen Energie ist insofern als nicht besonders hoch zu gewichten. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass der Beschuldigte in voller Kenntnis des Drogenelends Marihuana an ver- schiedenen Abnehmer verkauft hat. Seine Rolle als "Läufer" ist jedenfalls aus dem Gesamtgefüge des Drogenhandels nicht wegzudenken und das deliktische Handeln des Beschuldigten darf folglich nicht bagatellisiert werden.

E. 5.2

Insgesamt ist von einem in objektiver und subjektiver Hinsicht noch leichten Verschulden auszugehen. Die vom Beschuldigten mehrfach begangenen Ver- gehen gegen das Betäubungsmittelgesetz führen insgesamt (unter Berücksichti- gung des Asperationsprinzips) zu einer Straferhöhung um rund vier Monate.

E. 5.3

Mit der Vorinstanz fällt betreffend das Vergehen gegen das Waffengesetz zum einen ins Gewicht, dass der Beschuldigte die Schusswaffe mit einem Maga-

- 18 - zin und drei Schuss Munition während rund drei Monaten besessen hat, was doch eine eher kurze Dauer darstellt. Zum andern darf nicht übersehen werden, dass eine Schusswaffe ein hohes Gefährdungspotential aufweist, und es sich dabei, wie die Staatsanwaltschaft richtig ausführt, "nicht einfach um ein Messer mit et- was zu langer Klinge" handelt (Urk. 80 S. 4). Zu Recht weist die Vorinstanz auch auf den Umstand hin, dass der Beschuldigte die Pistole im Zeitpunkt der Haus- durchsuchung griffbereit hatte, ansonsten er diese bei Eintreffen der Polizei nicht aus dem Fenster hätte werfen können (Urk. 46 S. 14). Subjektiv hat der Beschuldigte zweifellos vorsätzlich gehandelt, was die Erstinstanz richtig gesehen hat (Urk. 46 S. 14). Eine plausible Erklärung, warum er die Pistole bei sich aufbewahrt hat, vermochte der Beschuldigte auch anlässlich der Berufungsverhandlung nicht vorbringen (Urk. 79 S. 11). Dennoch sind kriminelle Motive nicht ersichtlich. Das Tatverschulden ist insgesamt noch als leicht zu taxieren. Aber es rechtfertigt sich, insbesondere angesichts der Gefährlichkeit einer Pistole mit eingesetztem Magazin, bei gleicher Verschuldensbewertung die festgesetzte hypothetische Einsatzstrafe (unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips) – anders als die Vorinstanz (Urk. 46 S. 14 f.) – um zwei Monate zu erhöhen. 6. Ausgehend von einer Einsatzstrafe von 22 Monaten Freiheitsstrafe für das Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz und je einer leichten Erhöhung wegen mehrfachen Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz (vier Monate) und Vergehen gegen das Waffengesetz (zwei Monate) ist nach Würdigung der Tatkomponente eine das vorinstanzliche Strafmass übersteigende hypothetische Einsatzstrafe angezeigt. Es ist eine Gesamtstrafe für alle Delikte (vor Berücksichtigung der Täterkomponente) von 28 Monaten angemessen.

E. 6

Am 18. Juni 2018 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers Rechtsanwalt MLaw X._____ sowie der Leitende Staatsanwalt lic. iur. D. Kloiber als Vertreter der An-

- 8 - klagebehörde erschienen (Prot. II S. 4). Vorfragen waren keine zu entscheiden und – abgesehen von der Einvernahme des Beschuldigten (Urk. 79) – auch keine Beweise abzunehmen (Prot. II S. 5 ff.). Das Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 7 ff.), worauf hin der Beschuldigte sein Haftentlassungsgesuch zurück zog (Prot. II S. 12).

E. 7

Soweit für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhaltes auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen wird, so erfolgt dies in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO, auch ohne dass dies jeweils explizit Erwähnung findet. Im Übrigen ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; BGE 139 IV 179 E. 2.2; BGE 138 IV 81 E. 2.2, je mit Hinweisen). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. II. Gegenstand der Berufung Die Staatsanwaltschaft hat die Berufung auf Dispositivziffern 2 (Strafzumessung), 3 (Vollzug), 4 (Verlängerung der für die bedingte Entlassung angesetzten Probezeit) und 5 Abs. 1

(Dauer der Landesverweisung) eingeschränkt. Der Beschuldigte hat mit der Anschlussberufung Dispositivziffer 5 Abs. 2 (Anordnung der Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem) angefochten. Diese Dispositivziffern des Urteils stehen zur Disposition. Unangefochten blieben hingegen der Schuldspruch (Dispositivziffer 1), der Entscheid betreffend die Einziehung der beiden Barbeträge von Fr. 970.– und EUR 1'600.– (Dispositivziffer 6), die Entscheide betreffend die Einziehung der mit Verfügungen der Staatsanwaltschaft vom 22. August 2017 beschlagnahmten Gegenstände (Dispositivziffern 7-11) und das Kostendispositiv (Dispositivziffern 12 und 13). Somit ist mittels separatem Vorabbeschluss festzustellen, dass die erstinstanzlichen Dispositivziffern 1 und 6-13 des Urteils rechtskräftig sind.

- 9 - III. Strafzumessung 1. Am 19. Juni 2015 beschloss die Bundesversammlung diverse Änderungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (AS 2016 1249 ff.), welche gemäss Mitteilung des Bundesrates vom 29. März 2016 auf den 1. Januar 2018 in Kraft gesetzt wurden. Die dadurch erfolgte Revision des Sanktionenrechts hat vorliegend auf die Sanktionsandrohungen der eingeklagten Straftatbestände und die damit einhergehende Möglichkeit der Ausfällung einer Geldstrafe Auswirkung. Da die mit der Revision vorgenommenen Änderungen primär den Anwendungsbereich der Geldstrafe betreffen bzw. einschränken (Wegfall des teilbedingten Vollzugs, Verkürzung der maximalen Anzahl Tagessätze auf 180, Festlegung einer Tagessatzuntergrenze) bzw. die Wiedereinführung der kurzen Freiheitsstrafen (bis sechs Monate) mit sich bringen, kann das neue Recht gegenüber dem bisherigen Recht grundsätzlich kaum als milder qualifiziert werden (vgl. Art. 2 Abs. 2 StGB). Im vorliegenden Fall, wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird, ist jedoch eine Gesamtfreiheitsstrafe auszufällen, welche weit über der Grenze einer allenfalls noch möglichen Geldstrafe liegt, weshalb der Beschuldigte von dieser Gesetzesrevision nicht betroffen ist. Das neue Recht ist für den Beschuldigten nicht das Mildere, weshalb das alte Recht anzuwenden ist. 2. Die Staatsanwaltschaft beantragt, dass der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 6 Jahren zu bestrafen sei. Zur Begründung ihres Antrags auf Erhöhung der Freiheitsstrafe führte die Staatsanwaltschaft aus, es müsse von einem mittleren Verschulden ausgegangen werden. Schliesslich handle es sich bei Kokain um eine höchst gefährliche Droge, welche ein hohes Abhängigkeitspotential aufweise. Der Beschuldigte sei zudem hierarchisch nicht auf der untersten Stufe gestanden, er sei schliesslich in der Lage gewesen, sich grössere Mengen Kokain direkt aus dem Ausland zu beschaffen, was klar darauf hindeute, dass es sich bei ihm nicht um einen einfachen Gassendealer handle, sondern um einen professionellen Drogenhändler mit besten Kontakten zu höheren Führungspersonen der Drogenmafia. Auch sei verschuldenserschwerend zu betrachten, dass es sich vorliegend nicht um einen einmaligen Vorfall gehandelt habe. Er habe sich bereits die notwendigen Utensilien für einen professionellen Drogenhandel wie Mobiltele-

- 10 - fone, Waagen, Verpackungsmaterial etc. beschafft und sei offenbar gewillt gewesen, langfristig in den Handel mit harten Drogen einzusteigen. Für die drei heute zu beurteilenden Delikte sei unter Berücksichtigung sämtlicher Faktoren eine Freiheitsstrafe von 42 Monaten angezeigt, hinzu komme dann noch die Rückversetzung (Urk. 80 S. 2 ff.).

E. 7.1

Aus der Biographie des Beschuldigten ergeben sich zunächst keine strafzumessungsrelevanten Elemente (vgl. dazu Urk. 46 S. 15 ff.). Auch seine anlässlich der Berufungsverhandlung gemachten Ausführungen zu seinen familiären Verhältnissen und

seinen Zukunftsplänen, mit seiner Ehefrau und seiner Tochter in Deutschland wieder eine Existenz aufbauen zu wollen (Urk. 79 S. 2 ff.), vermögen daran nichts zu ändern. Ganz deutlich strafferhöhend wirkt sich jedoch der Um-

- 19 - stand aus, dass der Beschuldigte bereits zwei Mal vorbestraft ist. Der Beschuldigte wurde vom Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 12. Juli 2010 wegen vorsätzlicher Tötung (Versuch), Raufhandel und einfachen Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von 11 Jahren verurteilt. Am 26. November 2016 bestrafte sodann die Staatsanwaltschaft Schaffhausen den Beschuldigten wegen Fälschung von Ausweisen und Führen eines Motorfahrzeugs ohne erforderlichen Führerausweis zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– (Urk. 14/1, Urk. 50). Gemäss gefestigter Rechtsprechung messen die Gerichte dem Umstand, dass der Täter durch Vorstrafen (auch im Ausland: BGE 105 IV 226) oder nur schon durch frühere Strafverfahren gewarnt worden war, strafferhöhende Wirkung zu. Dabei spielt es für die grundsätzliche Berücksichtigung als Strafzumessungsfaktor keine Rolle, ob mit dem früheren Entscheid eine Busse oder eine Freiheitsstrafe ausgefällt worden ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 17. Juli 2002 Nr. 6S,26/2002kra). An dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht auch in der Folge festgehalten (BGE 121 IV 62, 122 IV 241). Von dieser gefestigten Rechtsprechung abzuweichen, besteht vorliegend kein Anlass. Ausserdem hat der Beschuldigte während laufender Probezeit delinquent, was ebenfalls strafferhöhend zu berücksichtigen ist. Den Beschuldigten scheinen Interventionen durch die Behörden offenkundig nicht nachhaltig zu beeindrucken, zumindest hat er sich die Konsequenzen erneuter Verfehlungen nicht verinnerlicht. Vom 25. Juli 2006 bis Januar 2014 und seiner Verhaftung im vorliegenden Verfahren am 28. November 2016 bis heute war der Beschuldigte in verschiedenen Gefängnissen bzw. Strafanstalten inhaftiert. Die Inhaftierungen des Beschuldigten vermochten keine Korrektur seines strafbaren Verhaltens zu bewirken. 7.2.1. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein Geständnis bei der Analyse des Nachtatverhaltens im Rahmen der Strafzumessung zugunsten des Täters berücksichtigt werden, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt oder der Täter dadurch zur Tataufdeckung über den eigenen Tatanteil beiträgt (vgl. BGE 121 IV 202 E. 2d/cc S. 206). Diese Praxis fusst auf der Überlegung, dass Geständnisse zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen können. Ein Verzicht auf eine Strafminderung kann sich demgegenüber deshalb aufdrängen, wenn das

- 20 - Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, namentlich weil der Täter nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils geständig geworden ist (Urteile 6B_974/2009 vom 18. Februar 2010 E. 5.4, 6B_737/2007 vom 14. April 2008 E. 1.2 sowie 6S.531/2006 vom 24. Januar 2007 E. 3.6.3 mit Hinweisen). 7.2.2. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte zu Beginn der Untersuchung jegliche Kooperation im Zusammenhang mit den Betäubungsmitteldelikten vermissen liess. Er hat nicht einmal zu seinen persönlichen Verhältnissen Auskünfte erteilt (Urk. 2/2 S. 2; Urk. 2/6, Urk. 2/20, Urk. 46 S. 18). Erst in der letzten Einvernahme war der Beschuldigte geständig. Es ist nun aber offensichtlich, dass dem Beschuldigten bei der gegebenen Beweislage die Taten auch hätte nachgewiesen werden können, wenn er nicht geständig gewesen wäre. Das Geständnis vereinfachte die Untersuchung daher nicht. Lediglich hinsichtlich des Vergehens gegen das Waffengesetz hat das Geständnis des Beschuldigten die Untersuchung ein wenig vereinfacht. Insgesamt

führen die Geständnisse des Beschuldigten daher nur zu einer marginalen Strafreduktion. 7.2.3. Richtig gesehen hat die Vorinstanz, dass beim Beschuldigten indes Einsicht und Reue auszumachen sind. So entschuldigte er sich sowohl in der Untersuchung als auch anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung und der heutigen Berufungsverhandlung für seine Taten (Urk. 2/21 S. 10, Urk. 30 S. 11; Urk. 79 S. 10 f.; Prot. II S. 7) und erklärte, dass er sich für das, was er getan habe, schäme. Es sei klar, dass er bestraft werden müsse; er übernehme die ganze Verantwortung dafür (Urk. 30 S. 10 f.). Allerdings relativierte er gleichzeitig sein Verhalten im Kokainhandel. So erklärte er, dass es nicht seine Aufgabe gewesen sei, die Drogen an Personen zu verteilen und diese zu schädigen. Er habe das Kokain nur entgegengenommen und dann einem Abnehmer übergeben (Urk. 30 S. 9). Insgesamt kann dem Beschuldigten aber unter dem Titel von Einsicht und Reue eine weitere Strafminderung gewährt werden. 7.3.1. Schliesslich hat die Vorinstanz dem Beschuldigten eine Strafreduktion wegen einer erhöhten Strafeempfindlichkeit gewährt. Sie hat erwogen, dass aufgrund der wiederholten Suizidversuche des Beschuldigten während seiner Inhaftierung,

- 21 - welche teilweise nur mit intensivmedizinischen Massnahmen abgewendet werden konnten und der damit verbundenen ärztlichen Diagnosen, beim Beschuldigten eine klar überdurchschnittliche Strafeempfindlichkeit vorliege (Urk. 46 S. 17). Diese Einschätzung der Vorinstanz ist wohlwollend, aber nicht zu beanstanden. 7.3.2. Im Übrigen ist dem Beschuldigten unter dem Titel der Strafeempfindlichkeit keine weitere Strafminderung zuzubilligen. Was die wirtschaftliche Verantwortung für seine Familie bzw. Kinder betrifft, wird in der Rechtsprechung immer wieder betont, dass die Verbüssung einer Freiheitsstrafe für jeden in ein familiäres Umfeld eingebetteten Beschuldigten mit einer gewissen Härte verbunden ist. Als unmittelbare gesetzmässige Folge jeder Sanktion darf diese Konsequenz daher nur bei Vorliegen aussergewöhnlicher Umstände erheblich strafmindernd wirken. Solche aussergewöhnliche Umstände sind auch hier nicht erkennbar. Insbesondere muss alleine dem Beschuldigten angelastet werden, dass er sich in genauer Kenntnis der Verantwortung gegenüber seinem Umfeld zur Organisation der beiden Kokaintransport und zum Verkauf bzw. zur Aufbewahrung von Marihuana entschlossen hat, obwohl ihm durch frühere Verurteilungen schon zweimal vor Augen geführt worden war, welche Konsequenzen deliktisches Verhalten haben kann. Er hat mithin das Risiko, als Folge einer Verhaftung und anschliessender Strafverbüssung für längere Zeit von seiner Familie getrennt zu sein, bewusst in Kauf genommen und offensichtlich einfach gehofft, die Behörden würden ihn nicht erwischen.

E. 7.4

Zusammenfassung Im Rahmen der Täterkomponente wirken sich die beiden Vorstrafen und das Delinquieren während laufender Probezeit massiv strafferhöhend aus. Je leicht strafmindernd fallen das Nachtatverhalten des Beschuldigten und seine Strafeempfindlichkeit ins Gewicht. Insgesamt fallen die Straferhöhungsgründe deutlich stärker ins Gewicht als der Strafminderungsgründe. Die Täterkomponente erhöht die hypothetische Einsatzstrafe daher erheblich.

E. 8

Monaten, allfälliger Strafreue aus der bedingten Entlassung des Vollzug der heute ausgefallten Freiheitsstrafe, weitere Freiheitsstrafe wegen neuer Straftat). In einer Gesamtbetrachtung kann entgegen der Vorinstanz jedoch nicht davon ausgegangen

werden, dass dies den Beschuldigten ausreichend von der Begehung einer neuen Straftat abschrecken und warnen sollte (Urk. 46 S. 22). Wie die

- 28 - Staatsanwaltschaft sinngemäss zutreffend darlegte (Urk. 80 S. 5), ist nach Art. 89 Abs. 1 StGB die Rückversetzung grundsätzlich ein Regelfall. Auch wenn der drohende Vollzug sicherlich seine Wirkung zeigen wird, ist dennoch festzuhalten, dass der Beschuldigte zweimal während laufender Probezeit delinquent hat und ihn die dadurch drohenden Konsequenzen ganz offensichtlich nicht gekümmert haben. Daran ändert sich auch nichts, dass dem Beschuldigten zumindest ansatzweise eine positive Persönlichkeitsentwicklung zugutezuhalten ist. Die belastenden Elemente wiegen zu stark, als dass sich ein (nochmaliger) Verzicht auf eine Rückversetzung rechtfertigen liesse. 5. Es ergibt sich somit, dass durch Vorleben, persönliche Verhältnisse und Sozialisationsbiographie des Beschuldigten trotz Vollzug der neu ausgefallten Strafe von 33 Monaten und die anzuordnende achtjährige Landesverweisung klar eine günstige Prognose nicht zu rechtfertigen ist, weshalb der Beschuldigte in den Vollzug der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom

E. 12

Die Entscheidgebür wird angesetzt auf: Fr. 3'600.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 1'100.00 Gebür für das Vorverfahren Fr. 3'111.55 Auslagen Gutachten Fr. 999.00 Auslagen Gutachten Fr. 852.50 Auslagen Fr. 18'742.20 amtliche Verteidigung Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

E. 13

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO." 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt:

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