

ZH_OBERGERICHT SB180129 vom 23. August 2018

ZH Obergericht, 2018-08-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180129

FR: ZH_OBERGERICHT SB180129 du 23 août 2018

IT: ZH_OBERGERICHT SB180129 del 23 agosto 2018

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'400.– fest- zusetzen.

E. 1.2

Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in

- 21 - welchem Ausmass ihre vor Beschwerdeinstanz bzw. Berufungsgericht gestellten Anträge gutgeheissen wurden (BSK StPO-DOMEISEN, Art. 428 N 6).

E. 1.3

Der Beschuldigte liess mit seiner Berufung beantragen, er sei anstatt mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten mit einer solchen von 15 Monaten zu bele- gen, wobei die Strafe bedingt zu vollziehen sei unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren. Eventualiter sei die Freiheitsstrafe auf 24 Monate festzusetzen, al- lerdings seien 12 Monate davon bedingt zu vollziehen unter Ansetzung einer Pro- bezeit von 3 Jahren (Urk. 60 S. 1). Die Staatsanwaltschaft beantragte eine Bestä- tigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 46 S. 1).

E. 1.4

Die Verteidigung obsiegt mit ihren Anträgen zumindest teilweise, da zwar die durch die Vorinstanz ausgefallte Strafhöhe zweitinstanzlich geschützt wird, dem Beschuldigten hierfür aber abweichend von der Vorinstanz der teilbedingte Vollzug gewährt wird. Diese Ausgangslage gewichtend rechtfertigt es sich des- halb, die Kosten des Berufungsverfahrens zu zwei Dritteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu einem Drittel auf die Staatskasse zu nehmen. 2. Entschädigung amtliche Verteidigung Es erscheint unter Berücksichtigung der von der amtlichen Verteidigung einge- reichten Honorarnote (Urk. 57) angemessen, die amtliche Verteidigung mit Fr. 3'200.– zu entschädigen. Diese Kosten sind zu zwei Dritteln einstweilen und zu einem Drittel definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungs- pflicht des Beschuldigten im Umfang von zwei Dritteln gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO ist vorzubehalten. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil und der Beschluss des Bezirksgerichts Dietikon vom 28. November 2017 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

- 22 - "Es wird beschlossen: 1. Das Verfahren wird in Bezug auf – die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG im Zeitraum vom 2. Juli 2013 bis 27. November 2014, – den

Diebstahl im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB, – die Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 Abs. 1 StGB, – den Hausfriedensbruch im Sinne von Art. 186 StGB, – die mehrfache Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. a, Art. 7 Abs. 1, Art. 12, Art. 16a und Art. 27 WG sowie Art. 12 Abs. 1 lit. g und Art. 48 WV, infolge Verjährung eingestellt. 2. [...] 3. [...] Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte ist schuldig – der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d sowie Art. 19 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, – des Raufhandels im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB, – der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG. 2. Der Beschuldigte wird bestraft [...], sowie mit einer Busse von Fr. 300.00. 3. [...]. Die Busse ist zu bezahlen.

- 23 - 4. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.

E. 2

Umfang der Berufung

E. 2.1

Die Vorinstanz hat den konkret anwendbaren Strafraumen korrekt wieder- gegeben und die theoretischen Grundsätze der Strafzumessung angeführt, wo- rauf zur Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen ist (Urk. 39 S. 8 ff.). Kor- rekterweise ist die Vorinstanz auch von der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz als schwerstem Delikt für die Festlegung der Ein- satzstrafe ausgegangen (Urk. 39 S. 11). Nur der Vollständigkeit halber ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass sich mit Blick auf den Strafbefehl vom 24. September 2015 und den Strafbefehl vom 27. Juni 2017 die Frage der Zusatzstrafenbildung nicht stellt, da heute eine Freiheitsstrafe auszufällen sein wird und folglich das Erfordernis der Gleichartigkeit der Strafen für die Zusatz- strafenbildung nicht erfüllt ist (BGE 137 IV 58).

- 8 -

E. 2.2

Im Sinne einer Kontrolle und im Interesse von Rechtsgleichheit und -sicherheit ist im Bereich von Betäubungsmitteldelikten ein Vergleich mit der em- pirischen Strafmasstabelle von FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER (OF-Kommentar zum BetmG, 3. Aufl., Zürich 2016) bei der Einsatzstrafe hilfreich. Darin wird an- hand verschiedener Modelle und der Gerichtspraxis in der Schweiz zu Be- täubungsmitteldelikten ein grober Raster für die Strafhöhe vorgeschlagen.

E. 2.3

Einsatzstrafe für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungs- mittelgesetz Die Staatsanwaltschaft hielt vor Vorinstanz dafür, dass die objektive Tatschwere als nicht mehr leicht einzustufen sei. Es habe sich um rund 58 Gramm reines Am- phetamin gehandelt, welches der Beschuldigte habe eintauschen wollen. Er- schwerend falle ins Gewicht, dass der Beschuldigte selber nur geringe Mengen an Amphetamin konsumiert habe und eine Weitergabe der Betäubungsmittel ein- zig durch die Sicherstellung desselben durch die Polizei habe verhindert werden können. Subjektiv wiege sein Verschulden jedoch schwer. Er habe aus rein finan- ziellen Motiven im Wissen um die Schädlichkeit von Amphetamin

für die konsumierenden Personen gehandelt. Was der Abnehmer des Amphetamins anschliessend mit den Betäubungsmitteln gemacht hätte, habe er nicht wissen können und es schien ihm auch gleichgültig gewesen zu sein. Die Staatsanwaltschaft erachtete eine Einsatzstrafe von 18 Monaten für angemessen (Urk. 29 S. 4). Die Verteidigung machte geltend, dass man sich mengenmässig in einem Bereich knapp über dem durch das Bundesgericht für die Annahme eines qualifizierten Falls im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG festgelegten Grenzwert bewege. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts sei ab 36 Gramm reinem Amphetamin von einem schweren Fall auszugehen. Vorliegend gehe es um 58 Gramm, also nicht einmal die doppelte Menge. Das Verschulden wiege deshalb noch leicht. Da ein Fall des Anstaltentreffens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG vorliege, könne das Gericht die Strafe im Sinne von Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG nach freiem Ermessen mildern. Ausserdem sei zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte das Amphetamin gegen Marihuana für den Eigenbedarf habe eintau-

- 9 - schen wollen. Gemäss eigenen Angaben habe der Beschuldigte damals mindestens fünf Joints pro Woche geraucht (Urk. 30 S. 2 f.). Die Vorinstanz hat zur objektiven Tatschwere der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Wesentlichen erwogen, der Beschuldigte habe sich für die Erlangung von 58 Gramm reinem Amphetamin zu verantworten. Zudem habe er Anstalten zur Veräusserung der Drogen getroffen. Der für den qualifizierten Fall massgebende Grenzwert von 36 Gramm Amphetamin sei vorliegend deutlich – wenn auch nicht mehrfach – überschritten, weshalb das objektive Tatverschulden hinsichtlich der Menge im unteren Bereich des qualifizierten Verstosses anzusiedeln sei. In Bezug auf die Stellung des Beschuldigten sei davon auszugehen, dass er nicht als grosser Drahtzieher gehandelt habe und seine Idee, sich im Drogenhandel zu betätigen, vor allem dazu gedient habe, sich den Eigenkonsum zu finanzieren. Der Beschuldigte habe alleine gehandelt und somit die volle Entscheidungsfreiheit bezüglich seiner Taten gehabt. Hinsichtlich der Gefährlichkeit der Droge bewege sich das Amphetamin im mittleren Bereich. Es falle relativierend ins Gewicht, dass nur ein Vorfall zu beurteilen sei, wobei auch zu beachten sei, dass die Tathandlung des Besitzes weniger schwer wiege als beispielsweise die Veräusserung. Soweit die Bestimmung des Anstaltentreffens zur Anwendung gelange, könne das Gericht die Strafe nach freiem Ermessen mildern. Dabei sei zu berücksichtigen, dass es vorliegend einzig deshalb nicht zur Weiterverwendung der Drogen gekommen sei, weil der Beschuldigte den Schlüssel zum Schliessfach verloren habe und festgenommen worden sei, bevor er die Drogen in Umlauf setzen könne. Eine relevante Strafmilderung falle daher ausser Betracht, umso mehr, als der Beschuldigte bereits durch das Erlangen, den Besitz und die Aufbewahrung der Betäubungsmittel den Tatbestand erfüllt habe. Bezüglich der subjektiven Tatschwere sei hervorzuheben, dass das Tatmotiv des Beschuldigten rein finanzieller und profitorientierter Natur gewesen sei. Er habe angegeben, das Amphetamin für einen Umtausch in Marihuana zwecks Eigenkonsums benötigt zu haben. Dabei habe er sich nicht in einer finanziellen Notlage befunden. Immerhin vermöge sein Drogenkonsum und seine subjektiv empfundene Drucksituation das Verschulden geringfügig zu relativieren. Insgesamt sei bei der Tatkomponente innerhalb des qualifizierten Verstosses von

- 10 - einem noch eher leichten Verschulden des Beschuldigten auszugehen. Aufgrund der Tatkomponente erscheine eine Einsatzstrafe von 15 Monaten Freiheitsstrafe schuldangemessen (Urk. 39 S. 11 f.). Die Drogenmenge ist in der Regel ein wesentliches

Strafzumessungskriterium, weil sie das Gefährdungspotential und damit das Ausmass der Rechtsgut- verletzung widerspiegelt. Auch der Gesetzgeber definiert den schweren Fall in Art. 19 Ziff. 2 aBetmG bzw. Art. 19 Abs. 2 BetmG unter anderem anhand der Drogenmenge. In der Praxis kommt diesem Kriterium häufig vorrangige oder ausschlaggebende Bedeutung zu. Die etwas unglückliche, weil zu absolute bundesgerichtliche Formulierung in BGE 118 IV 342, der Drogenmenge komme keine vorrangige Bedeutung zu ("prépondérant", Urteil des Bundesgerichtes 6B_107/2013 vom 15. Mai 2013 Erw. 2.1.1), wird in der Praxis oft zu wörtlich interpretiert bzw. verallgemeinert. Völlig richtig hielt das Bundesgericht nämlich fest, dass die Menge nur ein Gesichtspunkt der Strafzumessung neben andern Faktoren darstelle und insofern eine generelle, starre Rangordnung abzulehnen sei (BGE 118 IV 342 Erw. 2c). Das Bundesgericht wollte mit dieser Entscheidung vor allem einer strengen Tarifierung nach Menge eine Absage erteilen, aber wohl kaum ausschliessen, dass im Einzelfall der Menge eben doch die ausschlaggebende Bedeutung bei der Strafzumessung zukommen kann. In der Praxis bleibt die Menge denn auch häufig das gewichtigste Kriterium und ist in diesem Sinne oft vorrangig (Duden: u.a. bedeutsam, entscheidend, essentiell, wesentlich). So dürfte es beispielsweise der seltene Ausnahmefall bleiben, dass jemand, der vier Kilogramm reines Kokain erwirbt, milder bestraft wird als jener, der 15 Gramm desselben Stoffes kauft. Dies weil sich die übrigen Verschuldenselemente eben bei einem Vergleich der Fälle oftmals wenig voneinander unterscheiden. Selbstverständlich kann es im Einzelfall aber vorkommen, dass z.B. die Hierarchiestufe im Drogenhandel oder die kriminelle Energie das Strafmass mehr beeinflussen als die reine Drogenmenge (vgl. dazu auch FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, 3. Aufl., Zürich 2016, OF-Kommentar zum BetmG, Art. 47 StGB N 37 S. 542). Das Bundesgericht hat aufgrund eines breit abgestützten wissenschaftlichen Diskurses festgehalten, dass 36 Gramm Amphetamin genügen, um die Gesundheit

- 11 - vieler Menschen zu gefährden (BGE 113 IV 32 E. 4.b). Demzufolge legte es fest, dass ab einer Menge von 36 Gramm von einem schweren Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG mit einer Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe auszugehen ist. Vorliegend hat der Beschuldigte in einer einmaligen Kaufhandlung 58 Gramm reines Amphetamin erworben und danach in einem Schliessfach gelagert. Das ist gut 1 ½ Mal mehr als besagter Grenzwert. Dadurch hat der Beschuldigte den Grundstein dafür gelegt, das Leben und die Gesundheit vieler Menschen zu gefährden. Allerdings wollte der Beschuldigte die Betäubungsmittel nicht selber an Konsumenten veräussern, sondern er wollte das Amphetamin bei einer nicht näher bekannten Person namens "B._____" gegen ca. 150 bis 200 Gramm Marihuana, welches dann für den Eigenkonsum bestimmt gewesen wäre, eintauschen. Doch nicht einmal zu diesem Umtausch ist es gekommen, da der Beschuldigte bereits früher verhaftet werden konnte. Dass das Amphetamin mit hin nicht bis zu den Endkonsumenten gelangt ist, mindert sein Verschulden leicht. Ebenfalls leicht verschuldensmindernd wirkt sich in subjektiver Hinsicht der eigene Drogenkonsum des Beschuldigten aus. Der Beschuldigte handelte bei der Tat direktvorsätzlich. Er wusste, dass es sich um Betäubungsmittel handelte und wollte diese auch lagern, um sie später eintauschen zu können. Obwohl die finanzielle Situation des Beschuldigten als angespannt zu bezeichnen ist, hat es ihm nie an den Mitteln zur Deckung seiner grundlegenden Bedürfnisse (Nahrung, Kleidung, medizinische Grundversorgung etc.) gemangelt. So war es ihm auch möglich, mehrere Hundert Franken für den Kauf des Amphetamins aufzutreiben. Sein Motiv war rein finanzieller Natur und klar egoistisch. Eine finanzielle Notlage, welche auf eine erheblich reduzierte Entscheidungsfreiheit schliessen liesse und

ihn zum deliktischen Verhalten gezwungen hätte, kann deshalb nicht ausgemacht werden. Das Verschulden des Beschuldigten ist insgesamt dennoch als eher leicht zu qualifizieren. Die von der Vorinstanz festgesetzte Einsatzstrafe von 15 Monaten erscheint deshalb als zu hoch. Ein Blick auf die Strafmassmodelle von FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER (a.a.O., S. 527 - 549) zeigt, dass dies die Ausgangsstrafe für 75 Gramm Amphetamin ist, was fast einem Drittel mehr als den vom Beschuldigten erworbenen 58 Gramm entspricht. Sodann ist der "Refe- renztäter" in FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER ein nicht Süchtiger, der die fragliche

- 12 - Drogenmenge in fünf Geschäften umgesetzt hat. Vorliegend war der Beschuldigte – wie gerade vorhin erwähnt – aber selbst süchtig und er hat auch nur ein Ge- schäft getätigt. Deswegen ist ein Abzug von dieser Ausgangsstrafe zu machen. Eine Einsatzstrafe von 13 Monaten erscheint den Umständen angemessen.

E. 2.4

Straferhöhung für den Raufhandel Bezüglich des Raufhandels hielt die Staatsanwaltschaft vor Vorinstanz dafür, dass der Beschuldigte seinen Kontrahenten klar unterlegen sei und unter ande- rem einen Nasenbeinbruch davongetragen habe, weshalb die objektive Tat- schwere als eher leicht einzustufen sei. Subjektiv müsse jedoch festgehalten wer- den, dass der Beschuldigte ohne offensichtlichen Grund eine Auseinandersetzung mit den weiteren am Raufhandel Beteiligten provoziert habe. Das Verschulden des Beschuldigten betreffend den Raufhandel wiege trotzdem noch eher leicht, weshalb diesbezüglich eine Strafe von 6 Monaten als angemessen erscheine. Dies führe unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips zu einer Erhöhung der Einsatzstrafe von 18 auf 22 Monate (Urk. 29 S. 4 f.). Zum Raufhandel lässt der Beschuldigte ausführen, dass er zum Tatzeitpunkt stark alkoholisiert gewesen sei. Allenfalls sei er demzufolge vermindert schulfähig ge- wesen. Hinzu komme, dass sich lediglich der Beschuldigte selber Körperverlet- zungen – eine Hirnerschütterung, einen Nasenbruch sowie ein Hämatom am rechten Auge – durch den Raufhandel zugezogen habe. Die anderen Beteiligten hätten keine Verletzungen erlitten. Das Verschulden des Beschuldigten wiege somit leicht (Urk. 30 S. 3). Die Vorinstanz hat erwogen, dass der Beschuldigte den Raufhandel ausgelöst habe, indem er eine Tötlichkeit begangen habe. Im Anschluss sei der Beschuldig- te jedoch passiv geblieben, und am Ende habe er sich als einziger Beteiligter Ver- letzungen zugezogen, weshalb die Strafe im unteren Bereich des Strafrahmens anzusiedeln sei. Betreffend die subjektive Tatschwere sei festzuhalten, dass der Beschuldigte aggressiv gehandelt habe. Mit 1.42 Promille sei er allerdings stark angetrunken gewesen, infolgedessen eine leichte Verminderung der Schuldfähig- keit anzunehmen sei. Insgesamt lasse sich das Verschulden des Beschuldigten

- 13 - unter Berücksichtigung der objektiven und subjektiven Tatkomponente als leicht qualifizieren, weshalb es sich rechtfertige, die Einsatzstrafe um 2 Monate auf 17 Monate Freiheitsstrafe zu erhöhen (Urk. 39 S. 12 f.). Festzuhalten ist, dass der Beschuldigte den Raufhandel zwar initiiert hat, sein effektiver Beitrag jedoch verhältnismässig gering war. Der Beschuldigte stiess C._____ mit beiden Händen gegen den Oberkörper und verpasste diesem Ohr- feigen mit der offenen Hand auf beide Gesichtshälften. Darauf reagierte C._____ seinerseits mit einem Schlag mit der rechten Faust auf die linke Wange des Be- schuldigten, woraufhin dieser zu Boden ging und fortan nur noch einstecken konnte. Die dem Beschuldigten zugefügten Verletzungen waren nicht besonders gravierend, von Lappalien zu sprechen wäre aber ebenfalls verfehlt. Immerhin zog sich der Beschuldigte eine Hirnerschütterung, einen Nasenbeinbruch und ein Hämatom am rechten Auge zu.

Weniger schwer lässt die Tat erscheinen, dass nur der Beschuldigte selber und nicht noch weitere Personen Verletzungen erlitten haben. Zu erwähnen ist aber, dass sich der Vorfall auf Gleis 3 des Bahnhofs D._____ abgespielt hat. Eine wechselseitige Auseinandersetzung birgt als dynamisches Geschehen insbesondere die Gefahr, dass Personen infolge der Auseinandersetzung auf die Gleise stürzen und von ein- oder durchfahrenden Zügen erfasst werden könnten. Der Beschuldigte initiierte völlig grundlos eine Auseinandersetzung mit C._____. Es genügt dem Beschuldigten, dass die Türe beim Öffnen gegen das Häuschen geschlagen wurde, um auf C._____ loszugehen (Urk. 59 S. 11). Allzu wohlwollend ist die Vorinstanz, wenn sie dem Beschuldigten aufgrund seiner Alkoholisierung von 1.42 Promillen eine verminderte Schuldfähigkeit attestiert. Gemäss BGE 122 IV 50 f. ist als Faustregel erst zwischen 2 und 3 Promillen eine Verminderung der Schuldfähigkeit anzunehmen. Diese Werte wurden durch den Beschuldigten bei weitem nicht erreicht. Ein zusätzlicher Konsum von Drogen, welcher die Wirkung des Alkohols hätte verstärken können, wird vom Beschuldigten verneint (D5 Urk. 3/2 S. 3 F/A 13). Entgegen der Vorinstanz ist deshalb das Vorliegen einer verminderten Schuldfähigkeit zu verneinen.

- 14 - Aufgrund des Gesagten ist die Einsatzstrafe für die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz infolge des Raufhandels leicht zu erhöhen.

E. 2.5

Täterkomponente Was das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse angeht, so ergeben sich diese aus den Vorakten (D1 Urk. 2/2 S. 24 F/A 144 ff.; Prot. I S. 7 ff.) und aus dem vorinstanzlichen Entscheid (Urk. 39 S. 13 f.). Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen ist zunächst auf diese zu verweisen. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung hat sich zudem ergeben, dass der Beschuldigte nun eine Lehrstelle finden konnte, welche er am 1. August 2018 angetreten hat (Urk. 59 S. 1 ff.). Wenn die Vorinstanz die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten leicht strafmindernd berücksichtigt, so ist sie damit zu wohlwollend (Urk. 39 S. 13 f.). Vorab erscheint fraglich, ob das forensische Gutachten aus dem Jahre 2012 überhaupt eine taugliche Entscheidungsgrundlage bilden kann für Taten, welche rund drei bis vier Jahre später stattfanden. Zudem ist es zwar richtig, dass der Beschuldigte in schwierigen Verhältnissen aufgewachsen ist. Allerdings sind diese Verhältnisse nicht dergestalt, dass der Beschuldigte weniger als andere Personen in der Lage gewesen wäre, die Rechtswidrigkeit seiner Taten zu erkennen oder den Antrieben zur rechtswidrigen Tat zu widerstehen (BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 146). Insbesondere im Lichte seiner zahlreichen Vorstrafen musste dem Beschuldigten bewusst sein, dass sein Verhalten Konsequenzen nach sich ziehen wird. Zudem wird dem Beschuldigten im erwähnten Gutachten gerade keine Beeinträchtigung der Einsichts- oder der Steuerungsfähigkeit attestiert (D1 Urk. 7/12 S. 57). Eine Strafminderung unter diesem Titel erscheint somit nicht angezeigt. Stark strafehöhend haben sich die zahlreichen, teils einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten auszuwirken (Urk. 56). Das umfassende Vorstrafenregister teilweise einschlägiger Verurteilungen – auch mit unbedingt zu vollziehenden Sanktionen – demonstriert, dass der Beschuldigte schon seit geraumer Zeit nichts aus seinen Strafen gelernt hat. Wenn gewisse Vorstrafen auch teilweise schon länger zurückliegen, belegen sie doch aufgrund ihrer Regelmässigkeit und Häufigkeit die Unbelehrbarkeit des Beschuldigten. Selbst mehrmonatige Freiheits-

- 15 - strafen hielten ihn nicht davon ab, neue Delikte zu begehen, ebenso wenig wie die gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 28. Januar 2015 ab jenem Datum laufende dreijährige Probezeit. Kommt noch hinzu, dass der Beschuldigte auch während laufender Untersuchung erneut delinquierte, weswegen er mit Strafbefehl vom 27. Juni 2017 wegen Hausfriedensbruchs und Sachbeschädigung zu 80 Stunden gemeinnütziger Arbeit verurteilt wurde. Sodann kam es zu einem Vorfall in der Ex-Beziehung des Beschuldigten, anlässlich welcher er die Geschädigte im Drogenrausch mehrfach geschlagen, getreten und an den Haaren gezogen hat (Urk. 59 S. 6). Dieses Verfahren wurde aufgrund Desinteresseerklärung der Geschädigten schliesslich eingestellt.

E. 2.6

Bei der Strafzumessung ist das Nachtatverhalten eines Täters mit zu berücksichtigen. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren (wie zum Beispiel Reue, Einsicht und Strafempfindlichkeit, vgl. dazu TRECHSEL/ THOMMEN in TRECHSEL/PIETH (Hrsg.), StGB Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/ St. Gallen 2018, Art. 47 N 22; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 109). Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd (BSK StGB I- WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 130 f.). Das Bundesgericht hielt in seinen Entscheiden BGE 118 IV 349 und 121 IV 202 dafür, ein positives Nachtatverhalten könne zu einer Strafreduktion im Bereich von einem Fünftel bis zu einem Drittel führen (vgl. auch BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47 N 131). Korrekt erwogen hat die Vorinstanz, dass das umfassende Geständnis des Beschuldigten – entgegen der auch heute vertretenen Ansicht der Verteidigung (Prot. II S. 6) – nur zu einer marginalen Strafreduktion führen kann. Die Beweislage, sowohl was die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz als auch den Raufhandel angeht, ist sehr komfortabel. Das Geständnis des Beschuldigten hat die Untersuchung somit nicht entscheidend erleichtert. Gleichwohl ist es Ausdruck der Reue und Einsicht ins Unrecht der Tat beim Beschuldigten (vgl. Prot. I S. 7 und 14 f.; Urk. 59 S. 6 f.; Prot. II S. 8), was sich leicht strafmindernd auswirken hat. Eine besondere Strafempfindlichkeit ist beim Beschuldigten nicht aus-

- 16 - zumachen, was denn auch richtigerweise von der Verteidigung nicht geltend gemacht wird. Wie schon vor der Vorinstanz liess der Beschuldigte heute eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes monieren (Prot. II S. 6). Es habe ab Anklageerhebung bis zur Hauptverhandlung über ein Jahr gedauert. Auch wenn der Beschuldigte nicht in Haft gewesen sei, habe ihn das sehr belastet (Prot. II S. 6). Zwar erscheint die gesamte Dauer des Verfahrens – inklusive die Untersuchung – bis zum erstinstanzlichen Urteil von gut zwei Jahren nicht übermässig lang. Allerdings ist es unverständlich, dass dieser in sowohl tatsächlicher als auch rechtlicher Sicht einfache Fall nach Eingang der Anklage während einem Jahr und 2 Monaten ohne erkennbare Verfahrensschritte bei der Vorinstanz ruhte, bis zur Hauptverhandlung vorgeladen wurde. Dies stellt einen klaren Verstoss gegen das Beschleunigungsgebot dar. Hinzu kommt, dass nach der Hauptverhandlung vom 28. November 2017 nochmals knapp vier Monate vergingen, bis das begründete Urteil versandt worden ist. Eine erhebliche Reduktion der Strafe erscheint angemessen. Fazit: Die von der Vorinstanz ausgesprochene Freiheitsstrafe von 18 Monaten ist im Ergebnis zu bestätigen. Zwar hat die Vorinstanz eine etwas zu hohe Einsatzstrafe festgelegt und die Strafe wegen der Verletzung des Beschleunigungsgebotes zu wenig reduziert, aber die Straferhöhung wegen den unzähligen Vorstrafen des Beschuldigten ist gleichzeitig zu gering ausgefallen.

Der Anrechnung der vom Beschuldigten bereits erstandenen 26 Tage Haft (D1 Urk. 5/5 und D1 Urk. 5/23) an die Freiheitsstrafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). III. Vollzug 1. Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten. Die Freiheitsstrafe sei zu vollziehen (Urk. 39 S. 18). Diese Freiheitsstrafe von 18 Monaten wird wie soeben gesehen zweitinstanzlich bestätigt.

- 17 - 2. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Materiell ist demnach das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt. Das heisst in Anlehnung an die herrschende Praxis, dass auf das Fehlen von Anhaltspunkten für eine Wiederholungsgefahr abgestellt wird. Die günstige Prognose wird also vermutet. Bei der Beurteilung der Frage, ob die für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges erforderliche Voraussetzung des Fehlens einer ungünstigen Prognose vorliegt, ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen, wobei insbesondere Vorleben, Leumund, Charaktermerkmale und Tatumstände einzubeziehen sind. Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB). In einem solchen Fall wird die ungünstige Prognose vermutet. Das Gericht kann den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 StGB). Grundvoraussetzung für die teilbedingte Strafe im Sinne von Art. 43 StGB ist eine begründete Aussicht auf Bewährung. Zwar fehlt ein entsprechender Verweis auf Art. 42 StGB, doch ergibt sich dies aus Sinn und Zweck von Art. 43 StGB. Wenn und soweit die Legalprognose des Täters nicht schlecht ausfällt, verlangt die Bestimmung, dass zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung ausgesetzt wird. Die Auffassung, dass die subjektiven Voraussetzungen von Art. 42 StGB auch für die Anwendung von Art. 43 StGB gelten müssen, entspricht ganz überwiegender Lehrmeinung (vgl. BGE 134 IV 1 E. 5.3). Wenn das Gericht auf eine teilbedingte Strafe erkennt, hat es im Zeitpunkt des Urteils den aufgeschobenen und den zu vollziehenden Strafteil festzusetzen und die beiden Teile in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Nach Art. 43 StGB muss

- 18 - der unbedingt vollziehbare Teil mindestens sechs Monate betragen (Abs. 3), darf aber die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Abs. 2). Innerhalb des gesetzlichen Rahmens liegt die Festsetzung im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. Als Bemessungsregel ist das "Verschulden" zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist (Art. 43 Abs. 1 StGB). Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen (vgl. BGE 134 IV 1 E. 5.6). Die Vorinstanz ist unter Hinweis auf den Basler Kommentar der Auffassung, dass im Bereich einer Strafe zwischen einem und zwei Jahren im Fall einer Vorstrafe im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB eine teilbedingte Strafe nicht in Frage komme (Urk. 39 S. 17). Diese Ansicht erweist sich mit Blick auf den zur Publikation vorgeesehenen Entscheid des Bundesgerichts 6B_377/2017 vom 5. Juli 2018 als überholt. Die Aussprechung einer teilbedingten Strafe ist auch in diesem Bereich möglich.

E. 3

Die Verteidigung machte vor Vorinstanz zusammengefasst geltend, der Beschuldigte habe seit seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft eine 180 Grad-Drehung gemacht. Der Beschuldigte habe sich bei "E. _____", einer Institution der Stiftung Zürcher Kinder- und Jugendheime, angemeldet, er bemühe sich um Arbeit und habe einen Lehrlingsvertrag mit Beginn der Lehre im August 2018 unterschreiben können. Zudem erhalte er psychiatrische und psychologische Unterstützung und gehe ins Ambulatorium ..., wo er auch regelmässig Urinproben abgebe, um zu dokumentieren, dass er keine Drogen nehme. Der Beschuldigte habe so eine echte Perspektive. Er möchte sich diese nicht verbauen, weshalb bei ihm nicht von einer Rückfallgefahr ausgegangen werden müsse. Ihm könne eine positive Prognose gestellt werden, da er sich in psychiatrischer und psychologischer Betreuung befinde (Urk. 30 S. 4 f.). Auch heute machte die Verteidigung geltend, es sei beim Beschuldigten von besonders günstigen Umständen auszugehen, wobei sie die bereits vor Vorinstanz geltend gemachten Argumente im Wesentlichen nochmals wiederholte (Prot. II S. 7).

- 19 -

E. 3.1

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.

E. 3.2

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 mit Hinweisen). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken.

- 7 - II. Sanktion 1. Ausgangslage Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d sowie Art. 19 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, wegen Raufhandels im Sinne von Art. 133 Abs. 1 StGB sowie wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG schuldig. Dieser Schuldspruch ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Sie bestrafte den Beschuldigten hierfür mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten, wovon 26 Tage durch Haft erstanden seien. Die Verteidigung beantragt mit ihrer Berufung eine Bestrafung mit 15 Monaten, bedingt aufgeschoben bei einer Probezeit von 3 Jahren, eventualiter eine Bestrafung mit 24 Monaten, wovon 12 Monate zu vollziehen und 12 Monate bei einer Probezeit von 3 Jahren bedingt aufzuschieben seien (Urk. 60 S. 1). Nicht mehr Gegenstand der Strafzumessung bildet die für die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes durch die Vorinstanz ausgesprochene Busse in der Höhe von Fr. 300.–, welche unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Grundsätze der Strafzumessung und Strafrahmen

E. 4

Die Vorinstanz hat erwogen, besonders günstige Umstände lägen dann vor, wenn frühere und spätere Taten nicht demselben Verhaltensmuster entsprechen würden oder wenn in der Zwischenzeit eine deutlich positive Wandlung der Lebensumstände des Täters eingetreten

sei. Der Beschuldigte verfüge vorliegend nicht nur über diverse einschlägige Vorstrafen, sondern er habe auch während laufender Probezeit und insbesondere während laufender Untersuchung erneut delinquent, was in einen Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See / Oberland vom 27. Juni 2017 gemündet habe. Der Beschuldigte habe zwar positive Ansätze gezeigt, indem er sich etwa in medizinische Behandlung begeben habe und sich um eine Berufslehre bemüht habe, was prognostisch günstig wirke. Jedoch sei für die Beurteilung des Gesamtbildes der Täterpersönlichkeit eine umfassende Kenntnis der aktuellen Lebenssituation unerlässlich, wozu auch die Aufklärung über laufende Strafuntersuchungen gehöre, über die sich der Beschuldigte jedoch ausschweige. So habe er Auskünfte darüber verweigert, was es mit einer hängigen Strafuntersuchung wegen einfacher Körperverletzung auf sich habe. In Würdigung aller wesentlichen Umstände könne vorliegend die Vermutung der ungünstigen Prognose nicht wiedergelegt werden, weshalb der bedingte Strafvollzug nicht bewilligt werden könne und die Freiheitsstrafe zu vollziehen sei (Urk. 39 S. 18).

E. 5

Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 28. Januar 2015 für eine Geldstrafe von 25 Tagessätzen zu Fr. 40.00 angesetzte Probezeit von 3 Jahren wird um 1 Jahr verlängert.

E. 6

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 30. März 2016 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 700.00 (eingebucht bei der Bezirksgerichtskasse Dietikon) wird eingezogen und primär zur Deckung der Busse und hernach zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

E. 7

Die nachfolgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 30. März 2016 beschlagnahmten Mobiltelefone (lagernd bei der Bezirksgerichtskasse Dietikon) werden eingezogen und nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen: – Mobiltelefon Nokia, weiss (A008'492'817), – Mobiltelefon Samsung, schwarz (A008'492'828), – Mobiltelefon Switel, schwarz (A008'492'862).

E. 8

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 30. März 2016 beschlagnahmten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (lagernd bei der Kantonspolizei Zürich, BM-Lager Nr. B-03793-2015) werden eingezogen und nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

E. 9

Die sichergestellten DNA-Spur-Wattetupfer (Asservat-Nr. A008'417'456 und Nr. A008'417'478) werden eingezogen und der Lagerbehörde (Forensisches Institut Zürich) zur Vernichtung überlassen.

E. 10

Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 4'500.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 2'000.00 Gebühr Vorverfahren Fr. 1'006.00 Auslagen Polizei. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

E. 11

Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____ wird für ihre Aufwendungen als amtliche Verteidigerin des Beschuldigten aus der Gerichtskasse mit Fr. 7'086.40 (inkl. Barauslagen und 8 % MwSt.) entschädigt.

E. 12

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch sofort und definitiv abgeschrieben, soweit nicht durch die sichergestellte Barschaft gedeckt.

E. 13

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: 1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 26 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind. 2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 9 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (9 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen. 3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 2'400.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 3'200.00 amtliche Verteidigung 4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden zu zwei Dritteln dem Beschuldigten auferlegt und zu einem Drittel auf die Gerichtskasse genommen. 5. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden zu zwei Dritteln einstweilen und zu einem Drittel definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt im Umfang von zwei Dritteln gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

- 25 - 6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis – die Bezirksgerichtskasse Dietikon (im Dispositivauszug) – die Kantonspolizei Zürich, TEU AssTri, BM-Lager, Postfach, 8021 Zürich (im Dispositivauszug) – das Forensische Institut Zürich, Postfach, 8021 Zürich (im Dispositivauszug) sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B – die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten – die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis, in die Akten mit der Geschäfts-Nr. A-7/2015/1182, unter Hinweis auf Disp.-Ziff. 5 des vorinstanzlichen Urteils. – die Kantonspolizei Zürich, TEU-ZD-DA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs 1 PolG) 7. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

- 26 - Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des

Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 23. August 2018 Der Präsident: Der
Gerichtsschreiber: lic. iur. R. Naef lic. iur. R. Bretscher

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