

# ZH\_OBERGERICHT SB180311 vom 8. November 2018

ZH Obergericht, 2018-11-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB180311](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180311)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB180311 du 8 novembre 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT SB180311 del 8 novembre 2018

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 47 S. 3 ff.).

#### E. 1.2

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 12. April 2018 wurde der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittel-

- 5 - telgesetz (BetmG) im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie der mehrfachen Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG schuldig gesprochen. Vom Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG gemäss Anklagesachverhalt Ziffer II (Handel mit Kokain) wurde der Beschuldigte demgegenüber freigesprochen. Das Gericht bestrafte ihn mit 36 Monaten Freiheitsstrafe unter Anrechnung von 161 Tagen Untersuchungshaft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Ausserdem wurde der Beschuldigte für 7 Jahre des Landes verwiesen (Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB). Weiter wurde die Einziehung und Vernichtung einer Präzisions-Waage, die Herausgabe von Papierware und die Einziehung des sichergestellten Bargeldes in der Höhe von Fr. 2'400.– angeordnet (Urk. 47 S. 25 ff.).

#### E. 1.3

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte durch seine Verteidigung mit Eingabe vom 14. April 2018 rechtzeitig Berufung an (Urk. 42). Das begründete Urteil wurde der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung des Beschuldigten am 18. bzw. 19. Juli 2018 zugestellt (Urk. 44-45).

#### E. 1.4

Am 6. August 2018 liess der Beschuldigte durch Eingabe seines Verteidigers ebenfalls fristgerecht die Berufungserklärung einreichen (Art. 399 Abs. 1 StPO; Urk. 50). Darin beantragte er sinngemäss eine mildere Bestrafung und einen Verzicht auf Anordnung einer Landesverweisung.

#### E. 1.5

Mit Präsidialverfügung vom 8. August 2018 wurde der Staatsanwaltschaft das Doppel der Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben oder ein Nichteintreten auf die Berufung beantragt werde (Urk. 52). Mit Eingabe

vom 10. August 2018 teilte die Staatsanwaltschaft mit, dass auf Anschlussberufung verzichtet werde und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteil beantragt werde (Urk. 54). Bereits am 30. Juli 2018 war überdies ein aktueller Strafregisterauszug über den Beschuldigten eingeholt worden (Urk. 49).

- 6 -

### **E. 1.6**

Zur heutigen Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte in Begleitung seines erbetenen Verteidigers, Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_, sowie Staatsanwalt lic. iur. P. Zanolla (Prot. II S. 3). Beweisanträge wurden im Berufungsverfahren nicht gestellt (Urk. 50; Urk. 59; Prot. II S. 5).

### **E. 2**

Tatverschulden Ausgangspunkt beim objektiven Tatverschulden ist die Menge des gehandelten Heroins von insgesamt 108 Gramm reinem Wirkstoff. Es handelt sich um das Neunfache der Menge von 12 Gramm, welche nach ständiger Bundesgerichtspraxis den schweren Fall mit einer Mindeststrafe von einem Jahr begründet (BGE 109 IV 145). Hinzu kommen 4,4 Gramm reines Kokain. Der Beschuldigte verkaufte während rund zwei Jahren Heroin und Kokain an diverse Abnehmer. Zutreffend ist, dass der Beschuldigte im unteren – aber nicht untersten – Bereich der Drogenhandelshierarchie anzusiedeln ist. Die Verteidigung bringt vor, beim Beschuldigten handle es sich nicht um einen gewichtigen Drogenhändler, denn er habe nicht im grossen Stil Drogen in Umlauf gebracht, sondern über einen langen Zeitraum die relativ geringe Menge von 108g Heroin verkauft, während ein grosser Drogenhändler diese Menge innert weniger Tage abgesetzt hätte (Prot. II S. 7). Der Beschuldigte handelte wohl tatsächlich nicht besonders intensiv mit Drogen, doch hielt er seinen deliktischen Willen über eine lange Zeit von rund zwei Jahren aufrecht. Weiter war der Beschuldigte nicht süchtig und handelte aus rein finanziellen Motiven. Die gesamten Umstände dokumentieren, dass er kein Alleintäter war, sondern Teil der organisierten Kriminalität, wenn auch nicht im Sinne einer Bandenmässigkeit gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. b BetmG. So hatte der Beschuldigte die Bereitschaft, gemäss Anweisungen an beliebig viele Abnehmer zu liefern und nahm dafür Geld entgegen, die Identität der Lieferanten wurde verdunkelt, der Beschuldigte wechselte mehrfach seine Handynummer und es konnte bei ihm zuhause eine Präzisionswaage zum Abwägen von Drogen sicher gestellt werden (Urk. 11/1-2; Prot. I S. 25). Wenn die Vorinstanz aufgrund der gesamten Umstände zu einer Einsatzstrafe von 30 Monaten bzw. zweieinhalb Jahren für das als nicht mehr leicht eingestufte Tatverschulden kam (Urk. 47 S. 15 f.), so erscheint dies eher hoch, aber durchaus angemessen. Entgegen der Ansicht der Verteidigung berücksichtigte die Vorinstanz die Vorstrafen des Beschuldigten bei der Festsetzung der Einsatzstrafe nicht strafehöhend (Urk. 59 S. 4), sondern sie begründete lediglich das beim Beschuldigten vorhandene Bewusstsein, dass er mit seinen Handlungen eine schwere Straftat begehe, mit der

- 8 - einschlägigen Vorstrafe (vgl. Urk. 47 S. 15). Damit hat die Vorinstanz nicht gegen das Doppelverwertungsverbot verstossen. Kein Glaube geschenkt werden kann der Behauptung des Beschuldigten, wonach er von seinem Gläubiger und späteren Drogenlieferanten namens "B.\_\_\_\_\_" wegen einer Darlehensschuld von Fr. 15'000.– unter Androhung von Schlägen und dem Tod zum Drogenhandel gezwungen worden sei (Prot. I S. 12; Urk. 58 S. 10 f.). Insbesondere der Umstand, dass der Beschuldigte keinerlei

Angaben über seinen angeblichen Darlehensgeber und Drogenlieferanten machen konnte oder wollte, macht seine Schilderung unglaubhaft. Er blieb auch an der heutigen Berufungsverhandlung dabei, dass er weder den richtigen Namen, noch den Wohnsitz oder die Staatsangehörigkeit von "B. \_\_\_\_\_" kenne (Urk. 58 S. 11). Wenn ein Beschuldigter eine ihn entlastende Behauptung aufstellt, ohne dass er diese wenigstens in einem Mindestmass glaubhaft machen kann, findet der Grundsatz in «dubio pro reo» keine Anwendung (Urteile des Bundesgerichts 1P.641/2000 vom 24. April 2001, publ. in: Pra 90/2001 Nr. 110, E. 3 und 4; 6B\_562/2010 vom 28. Oktober 2010 E. 2.1; je mit Hinweisen). Es tritt nämlich insoweit eine Beweislastumkehr ein, als nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung von der Anklagebehörde durch hieb- und stichfeste Beweise widerlegt werden muss. Ein solcher Beweis ist nur dann zu verlangen, wenn gewisse Anhaltspunkte wie konkrete Indizien oder eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit der Behauptung sprechen bzw. diese zu Zweifeln Anlass gibt, oder wenn der Beschuldigte sie sonst wie glaubhaft macht (vgl. OGer ZH, SB160176-O/U vom 20. September 2016, E. III/3.3; Stefan Trechsel, SJZ 77 [1981] S. 320). Andernfalls könnte jede Anklage mit einer abstrusen Schutzbehauptung zu Fall gebracht werden. Es mag sein, dass der Darlehensgläubiger des Beschuldigten einen gewissen Druck aufsetzte. Die Auffassung des Verteidigers, wonach der Beschuldigte wegen der Drohungen in seiner Handlungs- bzw. Entscheidungsfreiheit in relevantem Masse eingeschränkt gewesen sei (Urk. 37 S. 8; Urk. 59 S. 5), geht jedoch zu weit. Wer Schulden hat, steht immer unter einem gewissen Druck diese zu begleichen. Trotzdem lässt dies das Verschulden für den Einstieg in den Drogenhandel nicht geringer erscheinen. Der Beschuldigte verfügte (wie auch seine Ehefrau) über ein Arbeitseinkommen und zeigte sich gegenüber seinem Gläubiger

- 9 - ger nach eigenen Angaben nicht generell zahlungsunwillig (Urk. 58 S. 10). Dass Letzterer seine angeblichen Drohungen wahr gemacht hätte, erscheint deshalb völlig unwahrscheinlich. Und wenn der Beschuldigte tatsächlich wegen einer Schuld von Fr. 15'000.– mit dem Tod bedroht worden wäre, hätte er sich an die Polizei wenden können. Diese hätte denn auch alles Interesse daran gehabt, den angeblich drohenden unbekanntem Drogenlieferanten namens „B. \_\_\_\_\_“ zu fassen. Bei einer Güterabwägung wäre eine Anzeige jedenfalls durchaus zumutbar gewesen. Auch der Umstand, dass er jeweils einen Teil der Einnahmen für sich selbst behalten konnte (Urk. 2/2 S. 5), spricht gegen die geltend gemachte Bedrohung durch "B. \_\_\_\_\_". Der Beschuldigte betätigte sich vorsätzlich im Drogenhandel – offenbar einzig, um einen unrechtmässigen Nebenverdienst zu erwerben.

### **E. 2.1**

Der Beschuldigte beschränkte seine Berufung gemäss Berufungserklärung vom 6. August 2018 (Urk. 50) auf die Strafzumessung (Dispositivziffern 2 und 3) und die Anordnung der Landesverweisung (Dispositivziffern 4 und 5). Nicht angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen sind die genannten Schuldsprüche betreffend qualifizierte Widerhandlung gegen das BetmG und betreffend mehrfache Widerhandlung gegen das BetmG sowie der Freispruch betreffend qualifizierte Widerhandlung gegen das BetmG gemäss Anklagesachverhalt Ziffer II (Dispositivziffer 1), die Einziehung und Vernichtung der Präzisions-Waage (Dispositivziffer 6), die Herausgabe der Papierware (Dispositivziffer 7), die Einziehung der Barkaution von Fr. 2'400.– (Dispositivziffer 8), die Kostenfestsetzung und -auferlegung (Dispositivziffern 9 und 10).

### **E. 2.2**

Von der Rechtskraft der nicht angefochtenen Ziffern des Urteilsdispositivs der Vorinstanz ist mittels Vorabbeschluss Vormerk zu nehmen (Art. 404 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 402 StPO). II. Strafzumessung 1. Strafraum Die Vorinstanz hat den Strafraum korrekt abgesteckt, was auch von der Verteidigung anerkannt wurde (Urk. 59 S. 3). Es ist eine Strafe im Bereich zwischen einem und zwanzig Jahren festzusetzen (Urk. 47 S. 13, Art. 19 Abs. 2 BetmG i.V.m. Art. 40 Abs. 2 StGB).

- 7 -

### **E. 3**

Verstoss gegen EMRK und die KRK Die Verteidigung bringt vor, dass eine Landesverweisung aufgrund der familiären Verhältnisse gegen die EMRK verstosse (Urk. 37 S. 10; Urk. 59 S. 9). Gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gewährt Art. 8 EMRK dem Ausländer nicht ein Recht, in das Hoheitsgebiet eines Staates einzureisen oder sich dort aufzuhalten (BGE 142 II 35 Erw. 6). Dasselbe gilt hinsichtlich der Uno- Kinderrechtskonvention (KRK). Demgegenüber kann die Ausweisung einer Person aus einem Land, in welchem seine nahen Verwandten wohnen, einen Eingriff in das durch Art. 8 EMRK gewährte Recht auf Achtung des Familienlebens darstellen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_506/2017 vom 14. Februar 2018 E. 2.2; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Hasanbasic gegen die Schweiz vom 11. Juni 2013 [requête no 52166/09] § 46). Im Rahmen ihrer Aufgabe, die öffentliche Ordnung aufrechtzuerhalten, sind die Vertragsstaaten befugt, einen wegen Straftaten verurteilten Ausländer des Landes zu verweisen. Sofern ein solcher Entscheid jedoch einen Eingriff in die durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK gewährten Rechte zur Folge hat, muss dieser im geltenden Recht vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein, was voraussetzt, dass der Eingriff durch ein dringendes soziales Bedürfnis gerechtfertigt und gegenüber dem verfolgten legitimen Ziel verhältnismässig ist (Urteil des Bundesgerichts 6B\_506/2017 vom 14. Februar 2018 E. 2.2; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 10. Januar 2017 Salija gegen die Schweiz [requête no 55470/10] § 41; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 18. Oktober 2006 Üner gegen die Niederlande [requête no 46410/99], Recueil de la CourEDH 2006-XII p. 177 § 57). Es ist zu prüfen, ob die ins Auge gefasste Massnahme in einem ausgewogenen Verhältnis zwischen dem Recht des Betroffenen auf Achtung seines Privat- und Familienlebens einerseits und dem Schutz der öffentlichen Ordnung und der Verhinderung von Straftaten andererseits steht (Urteil des Bundesgerichts 6B\_506/2017 vom 14. Februar 2018 E. 2.2; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Hasanbasic gegen die Schweiz vom 11. Juni 2013 [requête no 52166/09] § 56). Handelt es sich wie vorliegend um einen betroffenen Ausländer, welcher erst im jugendlichen oder erwachsenen Alter in die Schweiz kam – der Beschuldigte kam 1986 im Alter von

- 16 - 16 Jahren in die Schweiz – sind zur Beurteilung der Frage, ob der Eingriff in seine Rechte in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und gegenüber dem verfolgten Ziel verhältnismässig ist, die nachfolgenden Kriterien heranzuziehen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_506/2017 vom 14. Februar 2018 E. 2.2; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 22. Mai 2008 [requête no 42034/04] § 68; Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 18. Oktober 2006 Üner gegen die Niederlande [requête no 46410/99], Recueil de la CourEDH 2006-XII p. 177 § 57): - die Art und Schwere der durch den Beschuldigten begangenen Straftat; - die Dauer des Aufenthalts des Beschuldigten in dem Land, aus dem er ausgewiesen werden soll; - die seit der Tatzeit

verstrichene Zeitspanne und das Verhalten des Beschuldigten in dieser Zeit sowie - die Festigkeit der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zum Gaststaat und zum Bestimmungsland. Auch die Abwägung dieser Kriterien spricht nicht gegen eine Landesverweisung. Beim Drogenhandel mit qualifizierten Mengen gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG handelt es sich um eine schwere Straftat. Das Verhalten des Beschuldigten in den letzten Jahren mit sieben, zum Teil einschlägigen Vorstrafen muss in strafrechtlicher Hinsicht als gravierend bezeichnet werden. Seine serbische Ehefrau ist zudem weder hier geboren, hat ihre Aufenthaltsbewilligung nur wegen der Heirat mit dem Beschuldigten und lebt erst seit 2016 mit ihm hier in der Schweiz zusammen. Es wäre ihr und dem noch ungeborenen Kind auch zumutbar, in der Türkei zusammen mit dem Ehemann und Vater leben. Zum weiteren hiezulande wohnenden Kind des Beschuldigten hat dieser wie erwähnt, zwar regelmässigen Kontakt aber keine besonders enge Beziehung, welche über das normale Verhältnis zu einem Kind hinausginge, das beim anderen Elternteil lebt. Es ist im Übrigen daran zu erinnern, dass das Staatssekretariat für Migration bei Landesverweisungen auch temporäre Einreisebewilligungen zur Wahrung eines Besuchsrechts gewähren kann.

- 17 -

#### **E. 4**

Dauer der Landesverweisung Aufgrund der Schwere des begangenen Deliktes und der fortwährenden Delinquenz in den letzten zehn Jahren kann die Dauer der Landesverweisung nicht am untersten Rahmen von fünf Jahren gemäss Art. 66a Abs. 1 StGB liegen. Die von der Vorinstanz erwogene Dauer von sieben Jahren ist keinesfalls zu hoch, kann wegen Art. 391 Abs. 2 StPO aber auch nicht erhöht werden. Gemäss dieser Bestimmung darf ein Rechtsmittelentscheid nicht strenger ausfallen, wenn das Rechtsmittel nur vom Beschuldigten erhoben wurde.

#### **E. 5**

(...)

#### **E. 6**

Die von der Stadtpolizei Winterthur sichergestellte und beim Forensischen Institut Zürich (FOR-Asservate-Triage) gelagerte Präzisions-Waage (A010'367'972) wird eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

#### **E. 7**

Die von der Stadtpolizei Winterthur sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich, Digitale-Forensik, aufbewahrte Papierware (A010'367'961) wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieser Dispositivziffer auf erstes Verlangen herausgegeben. Wird innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieser Dispositivziffer keine Herausgabe verlangt, wird die Lagerbehörde berechtigt erklärt, die Papierware (A010'367'961) innert weiterer 30 Tage zu verwerten oder zu vernichten.

#### **E. 8**

Die von der Stadtpolizei Winterthur anlässlich der Verhaftung sichergestellten und als Barkaution bei der Kasse der Staatsanwaltschaft II verbuchten Fr. 2'400.- werden eingezogen.

- 19 -

**E. 9**

Die Entscheidgebür wird angesetzt auf: Fr. 3'600.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 2'500.00 Gebühr für das Vorverfahren Fr. 999.00 Auslagen (Gutachten) Fr. 1'190.00 Auslagen (Polizei) Fr. 5'880.00 Telefonkontrolle Fr. 29'910.25 ehemalige amtliche Verteidigung Fr. 44'079.25 Total Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

**E. 10**

Die Kosten gemäss Disp.-Ziff. 9 werden dem Beschuldigten zu 3/4 auferlegt, mit Ausnahme der Kosten für die ehemalige amtliche Verteidigung, welche einstweilen auf die Gerichtskasse genommen werden und wofür gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von 3/4 eine Nachzahlungspflicht vorbehalten bleibt. Die übrigen Kosten werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.

**E. 11**

(Mitteilungen.)

**E. 12**

(Rechtsmittel.)" 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.