

# ZH\_OBERGERICHT SB190087 vom 18. Dezember 2020

ZH Obergericht, 2020-12-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB190087](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190087)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB190087 du 18 décembre 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT SB190087 del 18 dicembre 2020

## Erwägungen

### E. 1

Zu erstellender Sachverhalt Das Berufungsgericht ist eine Rechtsmittelbehörde mit umfassender Kognition in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht (vgl. Art. 398 Abs. 2 und 3 StPO). Beschränkt sich die Berufung auf die Strafzumessung, so darf das Gericht die Prüfung auf Punkte des Urteils ausdehnen, welche mit der angefochtenen Strafhöhe eng zusammenhängen. Die Prüfungsbefugnis bezieht sich insbesondere auch auf straf- erhöhende oder strafmindernde Umstände. Die Berufungsinstanz muss somit die mit der Strafhöhe direkt zusammenhängenden Punkte in ihre Beurteilung einbeziehen (vgl. Urteil 6B\_297/2014 vom 24. November 2014 E. 1.3).

### E. 1.1

Anklagesachverhalt 1.1.1. Der Beschuldigte anerkannte vor Vorinstanz, dass er anstelle einer Rückzahlung von Fr. 35'000.– insgesamt 10 kg Marihuana bestellte und er dieses verkaufen wollte. Die Vorinstanz verwarf den Einwand des Beschuldigten und der Verteidigung, wonach er das Marihuana letztlich nicht übernommen habe, weil er sich unwohl gefühlt habe (Urk. 51 S. 10), mit zutreffender Begründung, worauf zur

- 7 - Vermeidung unnötiger Wiederholungen vorab verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 64 S. 28 ff., S. 32). Die nachfolgenden Erwägungen verstehen sich als Hervorhebungen: Die Vorinstanz hielt zu Recht fest, der Beschuldigte habe zunächst seinen Kurier in Spanien nicht erreichen können, weshalb die Übergabe nicht habe erfolgen können. Indessen ergibt sich aus dem Telefongespräch vom 20. Februar 2016, 14.14 Uhr, dass der Beschuldigte schliesslich für die Übergabe des Marihuanas bereit war ("Ja, ich bin ready, ja") und dass ein Kollege es in Empfang nehmen werde (auf Frage, ob er selber dort sein werde: "Nein, nein. Ein Kollege kommt", in Urk. D1/5/1/5). In den nachfolgenden Gesprächen wird der Übergabeort diskutiert ("C.\_\_\_\_", "D.\_\_\_\_", "E.\_\_\_\_, F.\_\_\_\_ ..., G.\_\_\_\_ [Ort in H.\_\_\_\_], H.\_\_\_\_ [Stadt in Spanien]"). Weil sie sich nicht absprechen können, vereinbarten sie ein Treffen und eine Übergabe am 21. Februar 2016 vor dem D.\_\_\_\_. Der von A.\_\_\_\_ bezeichnete Kollege werde I.\_\_\_\_ ein Auto mitgeben und ihm EUR 1'000 ("Mill") in die Hand drücken. Diesen Plan teilte J.\_\_\_\_ gleich nach dem eben erwähnten Treffen I.\_\_\_\_ mit und bestätigte anschliessend dem Beschuldigten den Plan der Übergabe. Und schliesslich teilte I.\_\_\_\_ J.\_\_\_\_ mit, dass er nun die Kollegen des Beschuldigten getroffen habe bzw. bestätigte hernach, dass die Übergabe erledigt sei. Folglich lässt sich anhand der Kommunikationsprotokolle erstellen, dass der Beschuldigte mit J.\_\_\_\_ die Übergabe von der Schweiz aus organisierte bzw. koordinierte. I.\_\_\_\_ hatte das Marihuana in Spanien dem angekündigten Kollegen des Beschuldigten übergeben. Entsprechend ist davon auszugehen, dass das Marihuana mit der Übergabe an den Kollegen des Beschuldigten in dessen Machtbereich (des Beschuldigten) gelangte. Seine Behauptung, der Kollege habe ihm das Marihuana gleichwohl nicht gebracht, erscheint angesichts

der umfangreichen Organisation und der zahlreichen Vorkehrungen un- glaubhaft. Den später abgehörten Telefongesprächen lässt sich entgegen den Be- teuerungen des Beschuldigten nicht entnehmen, dass er sich von der Polizei ver- folgt fühlte und den Kontakt abbrach. Im Gegenteil fanden auch nach der Überga- be vom 21. Februar 2016 bereits schon am 22. Februar 2016 Gespräche sowie ein Treffen zwischen dem Beschuldigten und J.\_\_\_\_\_ statt, an dem der Beschul- digte eine Probe Haschisch entgegennahm. Der Anklagesachverhalt 1.1.1. ist

- 8 - demnach mit der Vorinstanz mit einer Menge von 10 kg Marihuana erstellt. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Vorinstanz im Rahmen der rechtlichen Wür- digung von 8 kg Marihuana ausging (Urk. 64 S. 44), handelt es sich doch dabei um einen offensichtlichen Verschrieb (siehe Sachverhaltserstellung Urk. 64 S. 38, ebenso Strafzumessung S. 59) und ist der Beschuldigte hinsichtlich 10 kg Mari- huana geständig. Es ist deshalb – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 92 S. 3) – nicht zugunsten des Beschuldigten von 8 kg Marihuana auszuge- hen.

### **E. 1.2**

Anklagesachverhalt 1.1.2.1. Der Beschuldigte anerkannte vor Vorinstanz, dass ihm J.\_\_\_\_\_ Marihuana in Ei- erform angeboten habe. Er habe ein Ei als Muster erhalten, welches er einem Kollegen weitergeschenkt habe. Eine grössere Menge Haschisch in Eierform, welche ihm die Anklage vorwerfe, habe er nicht erhalten (Urk. 51 S. 12). Anläss- lich der heutigen Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, das Ei, das er als Muster erhalten habe, sei um die 8 g schwer gewesen (Prot. II S. 21 f.). Die Vorinstanz erwog auch hier zu Recht, dass sich aus den weiteren Beweismit- teln keine genügenden Hinweise entnehmen liessen, welche auf eine grössere Menge als vom Beschuldigten eingestanden deuten würden. Entsprechend ging sie davon aus, dass er ein Haschischmuster mit unbekanntem Gewicht erhalten habe, welches nicht zum Weiterverkauf bestimmt gewesen sei. Auf die zutreffen- den Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 64 S. 40). Nach den heutigen Ausführungen des Beschuldigten kann von einer Menge von ca. 8 g ausgegangen werde.

### **E. 1.3**

Anklagesachverhalt 1.1.2.2. Der Beschuldigte war weiter in der Untersuchung wie auch in der Berufungsver- handlung geständig, die 83 an seinem Wohnort sichergestellten Ecstasy- Tabletten besessen zu haben. Zwar seien sie nicht für den Handel bestimmt ge- wesen, doch habe er sie einer Person schenken wollen (Urk. D1/5/1/8 S. 4;

- 9 - Urk. 51 S. 11; Prot. II S. 20). Mithin ist der Beschuldigte geständig, die Drogen zur Weitergabe an Dritte besessen zu haben. Das Geständnis des Beschuldigten deckt sich mit dem Untersuchungser- gebnis, insbesondere mit den sichergestellten Tabletten, weshalb der Sachverhalt ohne Weiteres als erstellt erachtet werden kann.

### **E. 1.4**

Anklagesachverhalt 1.2. Der Beschuldigte war ferner vor Vorinstanz wie auch in der Berufungsverhand- lung geständig, auf seinen Mobiltelefonen über das Internet bzw. WhatsApp im Zeitraum vom 21. Januar 2014 bis 6. März 2017 Erzeugnisse konsumiert bzw. angeschaut zu haben, welche sexuelle Handlungen mit Tieren, sexuelle Handlun- gen mit Gewalttätigkeiten sowie Gewalttätigkeiten gegen Menschen und Tiere zum Inhalt hatten. Er speicherte diese Erzeugnisse und leitete sie teilweise an weitere Personen weiter (Urk. 51 S. 12; Prot. II S. 20 und S. 22). Das Geständnis des Beschuldigten deckt sich mit

dem Untersuchungsergebnis, insbesondere mit der Auswertung der Mobiltelefone des Beschuldigten (Urk. D2/1), weshalb der Sachverhalt ohne Weiteres als erstellt erachtet werden kann.

## **E. 2**

Rechtliches Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Bildung einer Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB vorab der Strafraum für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafraums festzusetzen. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen (Urteil 6B\_157/2014 vom 26. Januar 2015 E. 2.2).

- 10 - Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung greift das Asperationsprinzip nur, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen (Urteil 6B\_157/2014 vom 26. Januar 2015 E. 2.2). Die Vorinstanz hat die gesetzlichen Zumessungsregeln zutreffend dargelegt. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann vorab auf diese Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 64 S. 53 ff.). Das Gericht hat mithin in einem ersten Schritt die Einzelstrafen für die konkreten Delikte festzulegen und anschliessend zu prüfen, aus welchen Einzelstrafen Gesamtstrafen zu bilden sind. Hält das Gericht für einzelne Delikte im konkret zu beurteilenden Fall unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Geldstrafe nicht mehr für schuldangemessen und zweckmässig, ist es nicht daran gehindert, auf Einzelfreiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten zu erkennen, wenn die daraus zu bildende Gesamtstrafe sechs Monate übersteigt. Es hat jedoch die Wahl der Sanktionsart zu begründen (BGE 144 IV 217 E. 4.3; Urteil 6B\_466/2013 vom 25. Juli 2013 E. 2.3.4).

## **E. 3**

Vorstrafen / Widerruf Der Beschuldigte weist folgende Vorstrafen auf (Urk. 89): - Mit Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Januar 2005 wurde der Beschuldigte des Raubes sowie der Hinderung einer Amtshandlung schuldig gesprochen, und er wurde in eine Arbeitserziehungsanstalt eingewiesen. - Mit Urteil der 8. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juni 2005 wurde der Beschuldigte wegen einfacher Körperverletzung sowie Raufhandel erneut in eine Arbeitserziehungsanstalt eingewiesen, wobei deren Vollzug zu Gunsten der bereits laufenden Massnahme aufgeschoben wurde. - Mit Urteil des Bezirksgerichts Baden vom 25. November 2014 wurde der Beschuldigte wegen Gewaltdarstellungen, Fälschung von Ausweisen, dem

- 11 - Konsum harter Pornografie und bandenmässigen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt, deren Vollzug aufgeschoben wurde, unter Ansetzung einer Probezeit von

## **E. 4**

Strafraum Wie die Vorinstanz richtig festhielt, reicht der Strafraum sowohl für die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und

d, als auch die Gewaltdarstellung i.S.v. Art. 135 Abs. 1 StGB sowie die Pornografie i.S.v. Art. 197 Abs. 4 StGB, bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe. Da die Straftaten vor dem 1. Januar 2018 begangen wurden, ist bezüglich einer allfälligen Geldstrafe eine solche bis zu 360 Tagessätzen möglich (Art. 34 Abs. 1

- 13 - aStGB), da das neue Recht, welche eine Geldstrafe nur noch bis 180 Tagessätzen vorsieht (Art. 34 Abs. 1 StGB), nicht milder ist (vgl. Art. 2 Abs. 2 StGB).

- 14 -

## **E. 5**

Einsatzstrafe

### **E. 5.1**

Rechtliches Die Regelung der Nichtbewährung gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB hat im Rahmen der Revision des Sanktionenrechts eine Änderung erfahren. Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB in der Fassung, wie sie bis zum 31. Dezember 2017 in Kraft stand (Änderung des StGB [Änderungen des Sanktionenrechts] vom 19. Juni 2015; AS 2016 1249), lautete wie folgt: "Es [das Gericht] kann die Art der widerrufenen Strafe ändern, um mit der neuen Strafe in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe zu bilden." Die heute geltende Fassung von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB bestimmt Folgendes: "Sind die widerrufenen und die neue Strafe gleicher Art, so bildet es [das Gericht] in sinngemässer Anwendung von Artikel 49 eine Gesamtstrafe." Das Bundesgericht gelangte in BGE 134 IV 241 nach einer Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte zur Auffassung, dass Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB im Gesetzgebungsverfahren hätte ersatzlos gestrichen werden müssen (a.a.O. E. 4.1 S. 243 f.). Auf diese Auffassung kam es mit Urteil vom 24. Januar 2019 zurück (vgl. Urteil 6B\_932/2018) und hielt fest, dass sich aus dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte sowie der systematischen Stellung von Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB ergeben, dass das Gericht - die Gleichartigkeit der einzeln ausgesprochenen Strafen und den Widerruf der Vorstrafe vorausgesetzt - mit den früheren Taten und den während der Probezeit begangenen Taten eine Gesamtstrafe bilden müsse (a.a.O. E. 2.3.5). Bei der Gesamtstrafenbildung im Widerrufsfall ist namentlich dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es dem Gericht kaum möglich ist, die in Rechtskraft erwachsene, bedingte Geld- oder (teil-) bedingte Freiheitsstrafe nachträglich neu festzusetzen und dabei gleichwohl eine den gesetzlichen Anforderungen von Art. 47, Art. 49 und Art. 50 StGB genügende Strafzumessung vorzunehmen (vgl. BGE 142 IV 265 E. 2.4.2 S. 270 zu Art. 49 Abs. 2 StGB mit Hinweisen). Um-

- 15 - gekehrt hat der Gesetzgeber im Unterschied zur retrospektiven Konkurrenz nach Art. 49 Abs. 2 StGB bei Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB - wie im Übrigen auch bei Art. 62a Abs. 2 und Art. 89 Abs. 6 StGB - eine gesetzliche Grundlage geschaffen, um auf das in Rechtskraft erwachsene Urteil nachträglich zurückzukommen (BGE 142 IV 265 E. 2.4.1 S. 269 mit Hinweisen). Es muss insofern möglich sein, die zu widerrufende Strafe im Rahmen der Asperation nachträglich anzupassen, wobei sich bei zu widerrufenden, ursprünglich teilbedingt ausgesprochenen Gesamtstrafen Schwierigkeiten ergeben können. So lässt sich im Rahmen der Gesamtstrafenbildung nicht beurteilen, welche Delikte des Täters durch Strafverbüsung bereits "abgegolten" bzw. welche noch "offen" sind (vgl. BGE 135 IV 146 E. 2.4.1 S. 150 zu Art. 89 Abs. 6 StGB). Es erscheint nach dem Dargelegten sowie im Lichte einer kohärenten Rechtsprechung zweckmässig, bei der Gesamtstrafenbildung nach Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB auf die zu Art. 62a Abs. 2 und Art. 89 Abs. 6 StGB entwickelte

Methodik zurückzugreifen (BGE 135 IV 146 E. 2.4.1 S. 150; Urteil 6B\_297/2009 vom 14. August 2009 E. 3.3). Bei der Gesamtstrafenbildung hat das Gericht demnach methodisch von derjenigen Strafe als "Einsatzstrafe" auszugehen, die es für die während der Probezeit neu verübte Straftat nach den Strafzumessungsgrundsätzen von Art. 47 ff. StGB ausfällt. Anschliessend ist diese mit Blick auf die zu widerrufende Vorstrafe angemessen zu erhöhen. Daraus ergibt sich die Gesamtstrafe. Bilden die "Einsatzstrafe" für die neu zu beurteilenden Probezeitdelikte und die Vorstrafe ihrerseits Gesamtstrafen, kann das Gericht der bereits im Rahmen der jeweiligen Gesamtstrafenbildung erfolgten Asperation durch eine gemässigte Berücksichtigung bei der Gesamtstrafenbildung Rechnung tragen (BGE 145 IV 146 E. 2.4.1 und E. 2.4.2, vgl. auch BGE 142 IV 265 E. 2.4.4 S. 272 zu Art. 49 Abs. 2 StGB). Eine Einsatzstrafe für die schwerste in der Probezeit begangene Tat - wie vom Bundesgericht gefordert - lässt sich nicht eindeutig eruieren, zumal sich diese einzig nach der abstrakten Strafandrohung zu richten hat und nicht nach der konkret höchsten (verwirkten) Strafe zu bestimmen ist; insbesondere kann die Einsatzstrafe durchaus niedriger sein als andere im Rahmen der Gesamtstrafenbildung zu berücksichtigende (verwirkte) Einzelstrafen (BGE 144 IV 217 E. 3.5.1).

- 16 - Im vorliegenden Fall erscheint es angemessen, wie die Vorinstanz vom Anklagesachverhalt 1.1.1. (10 kg Marihuana) als Einsatzstrafe auszugehen.

## **E. 5.2**

Einsatzstrafe Anklagesachverhalt 1.1.1. Zur objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte mit 10 kg Marihuana zwar keine besonders gefährliche Drogen, jedoch eine nicht unerhebliche Menge bestellte. Hierfür betrieb er einen grossen Aufwand. Er sprach sich mit J. \_\_\_\_\_ ab, welcher die Anweisungen an I. \_\_\_\_\_ weiterleitete, der für die Übergabe des Marihuanas in Spanien zuständig war. Entgegen der Ansicht der Verteidigung vor Vorinstanz (Urk. 54 S. 2) war er bei der Organisation des Marihuanas stark involviert. Mit der Vorinstanz ist angesichts des betriebenen Aufwands von einer erheblichen kriminellen Energie auszugehen. Der Beschuldigte selbst benutzte einen Kollegen als Kurier, womit er die Gefahr verringerte, selbst erwischt zu werden und aktiv zum Aufbau einer kriminellen Struktur beitrug. Durch die Verwendung eines Läufers ist er in der Hierarchie des Drogenhandels auf mittlerer Stufe zu verorten, welcher massgeblich profitierte. So war das beschaffte Marihuana alleine für den Beschuldigten bestimmt. Unter Berücksichtigung dieser Umstände und angesichts des weiten Strafrahmens ist das Verschulden als leicht bis mittel zu würdigen. Mit der Vorinstanz erscheint eine Einsatzstrafe von

## **E. 5.3**

Einzelstrafen

### **E. 5.3.1**

Anklagesachverhalt 1.1.2.2. Zum objektiven Tatverschulden ist zu bemerken, dass der Beschuldigte 83 Ecstasy-Tabletten zum Zwecke der Weitergabe zuhause aufbewahrte. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass es sich um eine vergleichsweise harmlose Droge handelt. Es ist nicht erstellt, dass die Tat im Rahmen eines grösseren Drogenringes begangen wurde oder dass der Beschuldigte davon finanziell profitiert hätte. Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist das Verschulden innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens als leicht zu würdigen. In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte zwar vorsätzlich, jedoch nicht aus finanziellen Motiven handelte. Das

objektive Tatverschulden wird durch das subjektive Tatverschulden nicht relativiert. Angesichts der Drogenmenge und des Tatvorgehens erscheint innerhalb des Strafrahmens eine Einzelstrafe von 3 Monaten Freiheitsstrafe angemessen. Entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 92 S. 4) ergibt sich aus den seit

#### **E. 5.3.2**

Anklagesachverhalt 1.1.2.1. Der Beschuldigte nahm Haschisch in unbekannter Menge in Eierform entgegen. Die Vorinstanz wies darauf hin, dass die Eierform darauf hindeute, dass es sich nicht um eine "Kleinmenge" gehandelt haben könnte. Heute führte der Beschuldigte aus, das Ei habe ungefähr 8 g gewogen (Prot. II S. 21 f.). Infolge dieser kleinen Menge ist von einem sehr leichten Verschulden auszugehen. Eine Einzelstrafe von einem Monat erscheint angemessen.

- 19 -

#### **E. 5.4**

Anklagesachverhalt 1.2. Angesichts der Fülle der pornografischen Dateien bzw. Dateien mit Gewaltdarstellungen rechtfertigt sich eine gesamtheitliche Betrachtungsweise, wie sie bereits von der Vorinstanz vorgenommen wurde. Entsprechend ist zum objektiven Tatverschulden zu bemerken, dass der Beschuldigte im Besitz von acht Aufnahmen von sexuellen Handlungen mit Tieren war und drei Filmen mit Gewaltdarstellungen bzw. sexueller Handlungen mit Gewalttätigkeiten. Die Anzahl der Dateien ist im Verhältnis zu anderen Verfahren mit identischen Vorwürfen sehr gering. Zwar wurden die Dateien über drei Jahre gespeichert und in diesem Zeitraum auch weitergeleitet, doch ist gerade im Vergleich zu zahlreichen anderen Fällen das objektive Tatverschulden als sehr leicht zu qualifizieren, was eine Einzelstrafe von 3 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen erscheinen lässt. In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte die Dateien nicht aktiv suchte, sondern dass sie ihm gesendet wurden und damit Dritte die Dateien auf seinen Mobiltelefonen abspeicherten. Demgegenüber wusste der Beschuldigte von den Dateien und bewahrte diese weiterhin auf seinem Mobiltelefon auf, wobei der Umstand, dass er sie auch an Dritte weiterleitete, sein Einverständnis mit der Abspeicherung offenbarte. Die subjektive Tatschwere vermag die objektive Tatschwere daher nicht zu relativieren. Was die Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich betrifft, auf welche die Verteidigung wiederum verweist (Urk. 92 S. 7), so wird seit

#### **E. 10**

Monaten Freiheitsstrafe dem Verschulden des Beschuldigten angemessen. Betreffend die subjektive Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte merklich bereits eine gewisse Erfahrung im Betäubungsmittelhandel aufwies. Er handelte direktvorsätzlich und aus rein finanziellen Motiven, erklärte er doch vor Vorinstanz und auch anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung, er konsumiere kein Marihuana (Urk. 51 S. 12; Prot. II S. 20). Die subjektive Tatschwere erhöht die objektive Tatschwere leicht. Im Sinne eines Zwischenergebnisses erscheint aufgrund der organisatorischen Vorkehren und der hierarchischen Stellung des Beschuldigten sowie aufgrund des Marihuanas im Gegenwert von Fr. 35'000.– eine Einsatzstrafe von 10 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen, zumal – wie noch zu zeigen sein wird – die aus den Einzelstrafen resultierende Gesamtstrafe 12 Monate deutlich übersteigt. Die

- 17 - Bestrafung mit einer (milderen) Geldstrafe fällt hier wie auch nachfolgend bei den Einzelstrafen angesichts des Ausmasses des (Einzeltat-)Verschuldens ausser Betracht. Auch unter Berücksichtigung der Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihrer Auswirkung auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihrer präventiven Effizienz (vgl. BGE 134 IV 97 E. 4.2) ist für sämtliche heute zu beurteilenden Delikte eine Freiheitsstrafe auszufällen. Angesichts der Vorstrafen des Beschuldigten, welche ihn, obwohl er auch zu einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilt worden war, nicht davon abhielten, erneut zu delinquieren, erweist es sich nicht als zweckmässig, ihn mit einer Geldstrafe zu bestrafen. Im Hinblick auf die präventive Effizienz erscheint es vorliegend einzig sinnvoll, den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe zu bestrafen. Eine solche erscheint geboten, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Die öffentliche Sicherheit kann vorliegend nur noch mit einer Freiheitsstrafe gewährleistet werden, welche gewichtiger ist, als die von der Verteidigung geltend gemachten Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld (vgl. Urk. 92 S. 14 f.), welche allenfalls eintreten könnten, wobei zu betonen ist, dass der Beschuldigte niemandem gegenüber unterstützungspflichtig ist. Was die Ausführungen der Verteidigung betrifft, wonach sich gemäss den Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich im Regelfall bei profitorientiertem Besitz und Handel mit Haschisch bzw. Marihuana in der Grössenordnung von sieben bis zehn Kilogramm eine Geldstrafe von 120 bis 180 Tagessätzen rechtfertigt (Urk. 92 S. 4), ist darauf hinzuweisen, dass diese Strafmassempfehlungen einerseits für das Gericht nicht bindend sind, zumal jeder Fall einzeln zu betrachten ist und nicht immer von einem Durchschnittsfall ausgegangen werden kann. Andererseits wurden die Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich bereits am 14. Januar 2015 dahingehend geändert, dass bei Besitz und Handel mit Haschisch bzw. Marihuana ab fünf Kilogramm die Erhebung einer Anklage empfohlen wird. Die Staatsanwaltschaft erhebt Anklage, wenn sie einen Strafe von über 180 Tagessätzen Geldstrafe bzw. 6 Monate Freiheitsstrafe beantragen möchte (Art. 324 Abs. 1 i.V.m. Art. 352 Abs. 1 StPO). Folglich ist auch gemäss den seit dem 14. Januar 2015 und auch heute

- 18 - noch geltenden Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich eine Einsatzstrafe von über 6 Monaten durchaus angemessen.

#### **E. 14**

Januar 2015 empfohlen, einen Ersttäter für das Weiterverbreiten von Pornografie mit einer Geldstrafe von ab 120 Tagessätzen zu bestrafen und bei einem Wiederholungstäter Anklage zu erheben. Die obgenannte Einzelstrafe ist demnach auch unter Berücksichtigung der Strafmassempfehlungen nicht zu hoch angesetzt. 6. Zwischenwürdigung Das rechnerische Total der Einzelstrafen beträgt 17 Monate Freiheitsstrafe. Sie ist auf insgesamt 13 Monate zu asperieren.

- 20 - 7. Täterkomponenten In Bezug auf die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen sowie die Akten verwiesen werden (Urk. 64 S. 61 f., Urk. D1/5/1/8 S. 12). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte er, dass er Kurde und damit an sich staatenlos sei. Im November 1988 sei er mit seinen Eltern und seinen beiden Schwestern in die Schweiz gekommen und habe hier Kindergarten, Primarschule und Sekundarschule besucht. Er habe keine Ausbildung abgeschlossen, sondern bei seinem Vater im Betrieb gearbeitet. Am 1. Dezember 2016 habe er das Familiengeschäft übernommen, 2017 zwei neue Firmen gegründet und alles umstrukturiert. Die

Unternehmen würden wachsen, er habe ca. 30 Angestellte und verdiene Fr. 8'000.– netto im Monat. Er sei ledig und habe keine Kinder. Seit kurzem sei er in einer neuen Beziehung. Zwar sei er noch bei seinem Vater angemeldet, er lebe aber mit seinen beiden Hunden in M. \_\_\_\_\_, wo sich auch sein Büro befinde. Sein ganzes Vermögen stecke in den Unternehmen. Die noch bestehenden Schulden von Fr. 60'000.– bezahle er seit zwei Jahren monatlich ab (Prot. II S. 6 ff.; Urk. 93/7-8). Aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten lassen sich keine Umstände ersehen, welche sich auf die Strafzumessung auswirken. Die drei Vorstrafen des Beschuldigten wurden bereits oben aufgeführt. Insbesondere die einschlägige Vorstrafe wie auch die Delinquenz während der Probezeit wirken sich im Umfang von je drei Monaten straf erhöhend aus. Demgegenüber ist das Geständnis des Beschuldigten strafmindernd zu berücksichtigen, was zu einer Reduktion um drei Monate führt. Sodann ist mit der Vorinstanz die Verfahrensverzögerung aufgrund der Erkrankung eines Mitbeschuldigten zu berücksichtigen. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots aufgrund der Zeitspanne zwischen Anklageerhebung und Vorladung der Parteien, liegt hingegen – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 92 S. 9) – nicht vor, musste doch zuerst die örtliche Zuständigkeit geprüft werden (vgl. Urk. 33). Ebenso wenig ist die Zeitspanne von einem halben Jahr zwischen Vorladung und (erster) Hauptverhandlung überlang. Es handelte sich

- 21 - um ein aufwändiges Verfahren, welche diese Vorbereitungszeit notwendig machte, insbesondere da sich der Beschuldigte erst an der Hauptverhandlung vollumfänglich geständig zeigt, eine komplexe Auswertung der Telefonkontrollen nötig war und zudem zwei Mittäter involviert waren. Hingegen führte die Verteidigung zu recht aus (Urk. 92 S. 9), dass für den Stillstand des Berufungsverfahrens zwischen März 2019, als die prozessleitenden Schritte erledigt waren, und September 2019, als es zum Wechsel des Verteidigers kam, kein Grund ersichtlich ist. Diese leichte Verletzung des Beschleunigungsgebots ist strafmindernd zu berücksichtigen. Was die Verschiebung der Berufungsverhandlung vom 21. April 2020 auf den 18. Dezember 2020 betrifft, so lag dies daran, dass infolge der Corona-Pandemie der Verhandlungsbetrieb am Obergericht zu dieser Zeit eingestellt war, was von niemandem verschuldet war. Danach wurde wieder rasch vorgeladen auf einen Termin, der angesichts der vielen Fälle, die neu vorgeladen werden mussten, im angemessenen Rahmen lag. Insgesamt ist den Verfahrensverzögerungen mit einer Strafreduktion von 4 Monaten Rechnung zu tragen. 8. Gesamtstrafe der Delikte des vorliegenden Verfahrens Insgesamt erscheint vorerst eine Gesamtstrafe von 12 Monaten dem Verschulden des Beschuldigten angemessen. Diese Strafe ist indessen mit der Strafe des Bezirksgerichts Baden zu asperieren. 9. Strafe des Bezirksgerichts Baden Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung die Unabänderlichkeit des rechtskräftigen Ersturteils verstärkt betont. Dem Zweitgericht ist es nicht mehr möglich, im Rahmen der gedanklich zu bildenden hypothetischen Gesamtstrafe eine andere Strafart zu wählen als das Erstgericht. Die Rechtskraft und Unabänderlichkeit der Grundstrafe kann nicht beschränkt werden, sondern umfasst deren Art, Dauer und Vollzugsform (BGE 142 IV 265 E 2.4.2). Das Bezirksgericht Baden verurteilte den Beschuldigten wie erwähnt zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten sowie zu einer Busse von Fr. 4'000.–. An diese Strafe ist die hiesige Instanz gebunden. Der Beschuldigte hatte banden-

- 22 - mässig eine Hanfplantage betrieben und ca. 6.2 kg Marihuana geerntet, wovon er 4 kg verkaufte. Ein massgeblicher finanzieller Profit wurde nicht eingeklagt. Sodann scannte er

den ungetrübten Betreibungsregisterauszug von Patrick Roth zwischen Juni und November 2011 und ersetzte dessen persönlichen Angaben digital mit seinen eigenen. Diesen Auszug legte er als Bewerber für eine Mietwohnung in N.\_\_\_\_\_ der O.\_\_\_\_\_ AG vor. Weiter hatte der Beschuldigte per WhatsApp insgesamt 7 Dateien pornografischen Inhalts bzw. mit Gewaltdarstellungen erhalten, welche er auf seinem Mobiltelefon abgespeichert hatte. 10. Gesamtstrafe unter Einbezug der Strafe des Bezirksgerichts Baden Die Gesamtstrafe der Delikte des vorliegenden Verfahrens von 12 Monaten Freiheitsstrafe und die Strafe des Bezirksgerichts Baden ergeben 30 Monate Freiheitsstrafe. Bei der Asperation ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte im Wesentlichen die früher begangenen Taten fortsetzte und zum früheren Anbau von 6.4 kg Marihuana weitere 10 kg Marihuana hinzu kommen. Dasselbe gilt für die Dateien, welche er über WhatsApp erhielt. Unter Berücksichtigung der gleichartigen Delikte und da beide Strafen ihrerseits bereits Gesamtstrafen sind, der Beschuldigte also bereits zweimal vom Asperationsprinzip profitiert hat, rechtfertigt sich eine gemässigte Asperation (vgl. BGE 145 IV 146 E. 2.4.2) und die Festlegung einer Gesamtstrafe auf 26 Monate Freiheitsstrafe. Die erstandenen 113 Tage (53 Tage vorliegendes Verfahren und 60 Tage Verfahren Bezirksgericht Baden) sind dem Beschuldigten im Sinne von Art. 51 StGB auf die Strafe anzurechnen. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz in ihren Erwägungen die bereits erstandene Haft richtig berechnete (Urk. 64 S. 64), im Dispositiv hingegen einen Rechnungsfehler beging (Urk. 64 S. 74). IV. Vollzug Aufgrund der Strafhöhe von 26 Monaten Freiheitsstrafe sind die objektiven Voraussetzungen für die Ausfällung einer teilbedingten Strafe grundsätzlich erfüllt (Art. 43 Abs. 1 StGB). Es stellt sich folglich die Frage, ob für den Beschuldigten auch die subjektiven Voraussetzungen bejaht werden können.

- 23 - Die Vorinstanz begründete den von ihr angeordneten Vollzug der Freiheitsstrafe damit, dass der Beschuldigte innerhalb der letzten fünf Jahre zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt worden sei. Es sei fraglich, ob besonders günstige Umstände aufgrund des Widerrufs und einer damit einhergehenden Schock- bzw. Warnwirkung vorlägen. Aus dem Strafregisterauszug des Beschuldigten sei ersichtlich, dass er bereits im Jahre 2002 zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt worden sei, welche in der Folge nach zwei Verwarnungen aufgrund weiterer Delikte im Jahre 2005 widerrufen und vollzogen worden ist, jedoch zu Gunsten einer Massnahme (Arbeitserziehungsanstalt) aufgeschoben worden ist. Nachdem die Massnahme im Jahre 2007 aufgehoben worden sei, sei eine Reststrafe von 42 Tagen vollzogen worden. Zusätzlich habe sich der Beschuldigte im Zusammenhang mit seinen Vorstrafen insgesamt bereits während 196 Tagen in Untersuchungshaft befunden (act. D1/21/1). Da vor diesem Hintergrund dem Vollzug der Vorstrafe keine Schock- oder Warnwirkung zukomme, lägen keine besonders günstigen Umstände vor, welche die ungünstige Prognose zu widerlegen vermögen (Urk. 64 S. 54). Die Verteidigung verzichtete auf eine konkrete Antragstellung bezüglich des Vollzugs (Urk. 92 S. 17). Der Beschuldigte wurde im Jahre 2014 zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt (Art. 42 Abs. 2 StGB). Innerhalb der vierjährigen Probezeit wurde er 2016 erneut einschlägig straffällig bzw. delinquierte gar noch in stärkerem Umfang bzw. mit einer grösseren Marihuanamenge weiter. Ebenso wenig hielt ihn die frühere Verurteilung davon ab, Dateien mit pornografischem oder gewalttätigem Inhalt zu löschen. Im Gegenteil, er speicherte diese bzw. sendete sie an Dritte weiter. Insofern muss dem Beschuldigten wie bereits erwähnt eine gewisse Unbelehrbarkeit attestiert werden. Erneut ist festzuhalten, dass bereits bei der letzten Verurteilung im Jahre 2014 günstige Umstände vorlagen und ihn diese nicht von erneuter,

schwererer Delinquenz abhielten. Er wurde gar ausdrücklich darauf angesprochen, weshalb er die entsprechenden Bilder nicht gelöscht habe (Prot. BG Baden S. 18). Es ist ihm daher - trotz positiven Lebensumständen - eine eigentliche Schlechtprognose in Bezug auf erneute Betäubungsmitteldelikte und auf Da-

- 24 - teien mit pornografischem bzw. gewalttätigem Inhalt zu stellen. Daran ändert der Umstand des Widerrufs der früher bedingt ausgefallenen Strafe nichts, liess er sich doch auch durch die im früheren Verfahren erstandene Untersuchungshaft offensichtlich nicht beeindrucken. Die Strafe ist daher zu vollziehen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen Im Berufungsverfahren erfolgt die Kostenaufgabe im Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen im Berufungsverfahren fast vollumfänglich, wird doch einzig die angefochtene Strafe vorliegend leicht reduziert, wenngleich nicht im beantragten Umfang von 90 Tagessätzen. Der Beschuldigte unterliegt indes im Punkt der Strafart sowie im Punkt des Widerrufs. Ausgangsgemäss rechtfertigt es sich daher, dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens vollumfänglich aufzuerlegen. Aus demselben Grunde ist dem Beschuldigten keine Prozessentschädigung für seine erbetene Verteidigung zuzusprechen. An den erstinstanzlichen Kostenfolgen ändert der Umstand einer tieferen Strafe im Berufungsverfahren nichts. Entsprechend ist die vorinstanzliche Regelung derselben zu bestätigen. Zwar nahm die Vorinstanz eine rechtlich mildere Würdigung als eingeklagt vor. Dabei handelt es sich jedoch um eine Rechtsfrage. Der Beschuldigte wurde letztlich wegen aller angeklagten Taten verurteilt, weshalb sich entgegen der Ansicht der früheren Verteidigung (Urk. 66 S. 2) eine vollumfängliche Kostenaufgabe rechtfertigt, zumal nicht ersichtlich ist, dass die schwerere Anklage zu zusätzlichem Aufwand für die Vorinstanz und die Verteidigung geführt hätte. Es wird beschlossen:

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