ZH_OBERGERICHT SB190484 vom 13. Februar 2020

ZH Obergericht, 2020-02-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190484

FR: ZH_OBERGERICHT SB190484 du 13 février 2020

IT: ZH_OBERGERICHT SB190484 del 13 febbraio 2020

Erwägungen

E. 1

Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren Nach durchgeführter Untersuchung erhob die Staatsanwaltschaft Winterthur/ Unterland am 4. März 2019 Anklage (Urk. 13). Das Bezirksgericht Bülach sprach den geständigen Beschuldigten mit Urteil vom 22. Mai 2019 der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a-d und lit. g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AIG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. d AIG, des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. d AIG, der Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. d WG und Art. 5 Abs. 1 lit. d WG sowie der mehrfachen Übertretung des

- 6 - Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig. Die mit Entscheid des Amtes für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 26. Januar 2015 verfügte bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug für eine Freiheitsstrafe von 7 Jahren unter Ansetzung einer Probezeit bis 1. Juli 2017 (verlängert um ein Jahr bis 1. Juli 2018 durch die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis mit Strafbefehl vom 29. Juni 2016) wurde widerrufen, und der Beschuldigte wurde unter Einbezug der dadurch vollziehbar gewordenen Reststrafe von 852 Tagen mit einer zu vollzie- henden Gesamtstrafe von 54 Monaten Freiheitsstrafe bestraft, unter Anrechnung von 301 Tagen erstandener Haft, sowie einer Busse von Fr. 300.–. Weiter wurde der Beschuldigte für 8 Jahre des Landes verwiesen (Urk. 32).

E. 1.1

Wird ein Ausländer wegen eines nach Inkrafttreten der entsprechenden Bestimmungen begangenen Verbrechens oder Vergehens verurteilt, ist vom zu- ständigen Strafgericht die Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung nach Art. 66a StGB bzw. einer fakultativen Landesverweisung gemäss Art. 66abis StGB zu prüfen. Art. 66a Abs. 1 StGB enthält dabei einen Katalog von Straftaten, für die das Gericht bei einer entsprechenden Verurteilung eine Landesverweisung auszusprechen hat. Gemäss Art. 66a StGB verweist das Gericht den Ausländer, der wegen einer der in lit. a bis lit. o genannten strafbaren Handlungen verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz (Art. 66a Abs. 1 Ingress StGB). Nach dem Willen des Gesetzgebers wird bei die- ser obligatorischen Landesverweisung die Möglichkeit des Gerichts, die Verhält- nismässigkeit der Anordnung dieser Massnahme zu prüfen, bewusst einge- schränkt (vgl. FIOLKA/VETTERLI, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB als strafrechtliche Sanktion, in: Plädoyer 5/16, S. 86).

E. 1.2

Vorliegend wurde der Beschuldigte, der … Staatsbürger [des Staates D._____] ist, wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelge- setz gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG und somit wegen einer Katalogtat gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB verurteilt. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer obligatorischen Landesverweisung sind damit grundsätzlich erfüllt.

- 19 - 2. Härtefall

E. 2

Berufungsverfahren Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte am 28. Mai 2019 Berufung anmelden (Urk. 26). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 26. September 2019 (Urk. 31) folgte mit Schreiben vom 15. Oktober 2019 fristgerecht die Berufungserklärung (Urk. 34). Der Beschuldigte beantragt, es sei von einem Widerruf der Reststrafe abzusehen und er sei mit einer zu vollziehenden Freiheitsstrafe von 22 Monaten und einer Busse von Fr. 300.– zu bestrafen. Weiter sei von der Anordnung einer Landesverweisung abzusehen. Mit Präsidialverfügung vom 18. Oktober 2019 wurde der Staatsanwaltschaft unter Hinweis auf die Berufungserklärung des Be- schuldigten Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung bzw. zum Antrag auf Nichteintreten auf die Berufung angesetzt (Urk. 36). Mit Schreiben vom 23. Oktober 2019 teilte die Staatsanwaltschaft mit, dass das Berufungsverfahren an AL Staatsanwalt lic. iur. O. Bertschy delegiert werde (Urk. 38). Dieser erklärte am 8. November 2019, dass er die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils be- antrage (Urk. 40). Die Parteien stellten keine Beweisanträge (Urk. 36 und Urk. 40). Die Berufungsverhandlung fand am 13. Februar 2020 in Anwesenheit des Beschuldigten und seines amtlichen Verteidigers statt (Prot. II S. 3 ff.). Das vorliegende Urteil wurde im Anschluss an die Berufungsverhandlung gefällt und sodann mündlich eröffnet (Prot. II S. 6 ff.).

- 7 - II. Umfang der Berufung Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 402 N 1; Art. 437 StPO). Der Beschuldigte beschränkt die Berufung auf den Widerruf der bedingten Entlassung und die Bemessung der Strafe (Dispositivziffern 2 und 3) sowie die Anordnung einer Landesverweisung und deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem (Dispositivziffern 6 und 7; Urk. 34). Die Busse ist unbestritten und daher rechtskräftig (Prot. II S. 4 f.). Darüber und über die Ersatzfreiheitsstrafe bei Nichtbezahlung der Busse ist im vorliegen- den Urteil nicht mehr zu befinden. Dispositivziffer 5 (Vollzug Freiheitsstrafe) ist konnex zum Sanktionspunkt, zumal der Beschuldigte die Ausfällung einer Strafe von 22 Monaten beantragt, bei welcher Strafhöhe der bedingte Vollzug noch ge- währt werden könnte. Dispositivziffer 5 ist daher, obwohl formell nicht angefoch- ten, nicht als rechtskräftig zu erachten. Im Übrigen ist der vorinstanzliche Entscheid unangefochten geblieben und daher bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 3 teilweise (Busse),

E. 2.1

Rechtliche Grundlagen Das Gericht kann gemäss Art. 66a Abs. 2 StGB ausnahmsweise von einer Lan- desverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persön- lichen Härtefall bewirken würde und die öffentlichen Interessen an der Landes- verweisung gegenüber dem privaten Interesse des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Es ist dabei der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 Satz 2 StGB). Bei der

Prüfung des Härtefalls ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob ein schwerer persönlicher Härtefall vorliegt, und in einem zweiten Schritt ist im Rahmen einer Interessenabwägung eine Gegenüberstellung der öffentlichen und privaten Interessen vorzunehmen (BRUN/FABBRI: Die Landesverweisung – neue Aufgaben und Herausforderungen für die Strafjustiz, recht 2017, S. 231 ff. und S. 244 m.w.H.). Bei der Beurteilung des schweren persönlichen Härtefalls sind unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Migrationsrechts, insbesondere Aspekte wie die Anwesenheitsdauer, die familiären Verhältnisse, die Arbeits- und Ausbildungssituation, der Grad der Integration, die Reintegrationschancen im Heimatland und die Resozialisierungschancen zu berücksichtigen, wobei ab- schliessend eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen ist (Urteil des Bundesgerich- tes 6B_1286/2017 vom 11. April 2018 E. 1.2; BRUN/FABBRI, a.a.O., S. 245 f. m.w.H.). Ein Härtefall ist gemäss den zitierten Autoren bei der Gesamtbetrach- tung zu bejahen, wenn die Summe aller durch die Landesverweisung verursach- ten Schwierigkeiten den Betroffenen derart hart treffen würden, dass ein Verlas- sen der Schweiz bei objektiver Betrachtung zu einem nicht hinnehmbaren Eingriff führen würde. Die Härtefallklausel ist nach Intention und Gesetzeswortlaut restriktiv anzu- wenden (Urteil des Bundesgerichtes 6B_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.4.1. m.w.H.; zur Härtefallklausel BGE 144 IV 332 E. 3.3 ff. S. 339 ff. und Urteil des Bundesgerichtes 6B_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.3). Ob eine Landesver-

 weisung anzuordnen ist, bestimmt sich nach dem Schweizer Recht. Ist sie zu bejahen, stellt sich gegebenenfalls die weitere Frage, ob sie im Sinne von Art. 66d StGB aufzuschieben ist oder ob ein völkerrechtlicher Vertrag wie das FZA (die Kriterien der EMRK werden regelmässig bereits bei der Härtefallbeurteilung zu prüfen sein) einen Hinderungsgrund für die Landesverweisung bildet (Urteile 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 2.1 [nicht publizierte Erwägung in BGE 145 IV 364] und 6B_907/2018 vom 23. November 2018 E. 2.4.2). Nach diesem Ge- samtkontext der für die Landesverweisung massgebenden Rechtsordnung ist davon auszugehen, dass trotz des rigiden Gesetzeswortlauts von Art. 66a StGB eine individuelle Einzelfallbeurteilung vorzunehmen ist (Urteil 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 2.1). Die Einzelfallbeurteilung ergibt sich zwingend sowohl bei der Anwendung der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK als auch nach der zu berücksichtigenden Rechtsprechung des EuGH bei Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU. Der individuelle Rechtsschutz in Strafsachen ist durch Verfassung und Gesetz gewährleistet (Art. 29a BV; Art. 81 BGG; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichtes 6B_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.4.2.). Die Landesverweisung ist eine eigenständige strafrechtliche Massnahme ohne jede migrationsrechtliche Komponente. Nach der Rechtsprechung bietet es sich dennoch an, zur kriteriengeleiteten Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB den Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwie- genden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE; SR 142.201, in der Fassung vom 1. Juni 2019) heranzuziehen (Urteil 6B_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.3.5 mit Hinweis auf BGE 144 IV 332 E. 3.3.2 S. 340 f. und Urteil 6B_371/2018 vom 21. August 2018 E. 2.4, 2.5, ferner u.a. Urteil 6B_143/2019 vom 6. März 2019 E. 3.3.1). Primär ist gemäss Bundesgericht aber die Recht- sprechung des EGMR zu beachten. Der EGMR anerkennt zwar das Recht der Staaten, die Einwanderung und den Aufenthalt von Nicht-Staatsangehörigen auf ihrem Territorium zu regeln (Urteil 6B_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.4 mit Hinweis auf BGE 144 I 266 E. 3.2 S. 272). Die Staaten sind berechtigt, Delinquen- ten auszuweisen. Berührt die Ausweisung indes Gewährleistungen

von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, ist der Eingriff nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu rechtfertigen. Bei der

- 21 - Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK sind folgende Elemente zu beachten: Die Natur und Schwere der begangenen Straftat, die Dauer des Aufenthalts im ausweisenden Staat, die seit der Straftat abgelaufene Zeit und das Verhalten während dieser Zeit, die sozialen, kulturellen und familiä- ren Bindungen zum Aufnahmestaat und zum Herkunftsland, der Gesundheits- zustand sowie die mit der aufenthaltsbeendenden Massnahme verbundene Dauer der Fernhaltung (vgl. zum Ganzen: Urteile des Bundesgerichtes 6B_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.5. und 6B_1070/2018 vom 14. August 2019 E. 6.3.3).

E. 2.2

Persönlicher Härtefall Zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten und zu seinem Werdegang kann vorerst auf die diesbezüglichen Ausführungen im vorliegenden Entscheid verwiesen werden (vgl. vorstehend Ziff. III.4.1.). Demzufolge reiste der in D._____ geborene Beschuldigte im Alter von rund 10 Jahren in die Schweiz ein und be- suchte die hiesigen Schulen. Er wuchs somit weitgehend in der Schweiz auf und spricht neben diversen weiteren Sprachen (Urk. 59 S. 9 f.) fliessend Schweizer- deutsch. Des Weiteren lebt seine Lebenspartnerin (Verlobte) und seine mittlerwei- le etwas mehr als dreijährige Tochter hier in der Schweiz, ebenso sein Bruder und seine Eltern, wenn er auch keine ausgesprochen gute und innige Beziehung zu ihnen hat (a.a.O. S. 9). Selbst wenn beim Beschuldigten, abgesehen von der Sprache, keine hinreichende Integration festgestellt werden kann (hierzu nachfol- gend), ist zu berücksichtigen, dass seine nächsten Angehörigen hier leben, er Christ ist (a.a.O. S. 20) und er immerhin die letzten 23 prägenden Jahre in der Schweiz lebte. Demzufolge ist ein schwerer persönlicher Härtefall für den heute 34jährigen Beschuldigten zu bejahen. Nichts anderes ergibt sich unter Berücksichtigung des erst kürzlich ergange- nen Bundesgerichtsentscheides 6B_690/2019 vom 4. Dezember 2019 (zur Publi- kation vorgesehen). In jenem Entscheid kam das Bundesgericht zum Schluss, bei einem 28jährigen Chilenen, der mit dreizehn Jahren in die Schweiz kam, liege kein Härtefall vor. Im Unterschied zu jenem Chilenen kam der Beschuldigte – wie erwähnt – bereits im Alter von zehn Jahren in die Schweiz, weist – ebenfalls an- ders als der Chilene im genannten Bundesgerichtsentscheid – keine Beziehungen

- 22 - zu seinem Heimatland mehr auf und es blieb bis heute unklar, ob er sich in D._____ in einer Landessprache verständigen kann (insbesondere führte er aus, Dari "nicht so zu können"; Urk. 59 S. 10).

E. 2.3

Interessenabwägung Ein grosses privates Interesse am Verbleib in der Schweiz implizieren bereits die Tatsache, dass der Beschuldigte zu einem wesentlichen Teil in der Schweiz auf- gewachsen ist, und die erwähnten familiären Bindungen hier in der Schweiz. Die familiären Kontakte sind zwar bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, Art. 8 EMRK oder Art. 13 BV stehen einer Landesverweisung jedoch nicht entge- gen. Zu den öffentlichen Interessen ist festzuhalten, dass zum einen die vom Be- schuldigten begangenen Drogendelikte mit der gefährlichen Droge Kokain als schwere strafbare Handlungen einzustufen sind. Es liegt ein geradezu klassischer Anwendungsfall von Art. 66a StGB vor: Ratio legis der Einführung dieser Ge- setzesbestimmung war unstreitig, gefährliche

ausländische Täter aus dem Land zu entfernen und so die Bevölkerung zu schützen. Wer Drogendelikte wie die vor- liegenden begeht, ist ein gefährlicher Täter und verdient keinen Schutz seiner persönlichen Interessen an einem Verbleib in der Schweiz. Sein Tatverschulden ist insgesamt als nicht mehr leicht zu qualifizieren, weshalb er zu einer mehrjähri- gen Freiheitsstrafe zu verurteilen ist. Der Beschuldigte stellt demnach eine Gefahr für die öffentliche Ordnung dar. Ein weiterer gewichtiger Aspekt hinsichtlich der öffentlichen Interessen ist der Umstand, dass sich der Beschuldigte trotz seines langjährigen Aufenthalts und den ihm gewährten Ausbildungschancen in diesem Land nicht nachhaltig zu integrieren vermochte. Weder schloss er die Schule oder gar eine Berufslehre ab. Der Beschuldigte hält sich hier seit Jahren illegal auf und darf hier auch nicht arbeitstätig sein. Er ist zudem seit seiner Jugend regelmässig straffällig geworden und zwar teilweise wegen gravierender Delikte (u.a. wegen versuchter Tötung). Auch der Vollzug einer langjährigen Strafe hat ihn offensicht- lich nicht beeindruckt. Von den letzten gut zehn Jahren hatte er fast deren acht im Gefängnis zu verbringen. Er ist, wie im Übrigen die zahlreichen Strafen wegen Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung in den letzten Jahren zeigen, über- haupt nicht gewillt, sich an die Rechtsordnung zu halten. Eine Zukunft in der

 Schweiz ist mithin in keiner Weise gewährleistet. Auch wenn vorliegend ein per- sönlicher Härtefall zu bejahen ist, überwiegen die öffentlichen Interessen an der Wegweisung des Beschuldigten seine privaten Interessen an einem Verbleib in der Schweiz ganz deutlich.

E. 2.4

Zwischenfazit Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist ein Härtefall im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB zu verneinen. Die vom Beschuldigten selbst (Urk. 59 S. 20) und seinem Verteidiger (Urk. 60 S. 6) geltend gemachte Gefährdung des Lebens bei einer Ausweisung nach D._____ ist im Rahmen des Vollzuges einer allfälligen Landesverweisung zu prüfen (vgl. Art. 66d StGB). 3. Dauer Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Dauer der Landes- verweisung in einem adäquaten Verhältnis zur Dauer der ausgefällten Freiheits- strafe stehen (Urteil des Bundesgerichtes 6B_549/2019 vom 29. Mai 2019 E. 2.3; BGE 123 IV 107 E. 3). Das ergibt sich auch aus dem in der Bundesverfassung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV; Art. 36 Abs. 2 und 3 BV). Da vorliegend eine Freiheitsstrafe im untersten Drittel des Strafrahmens auszusprechen ist, hat dies auch für die Landesverweisung mit einer möglichen Dauer von fünf bis 15 Jahren (Urk. 66a Abs. 1 StGB Ingress) zu gelten. Die Lan- desverweisung ist damit mit der Vorinstanz auf 8 Jahre festzusetzen. Das Siche- rungsbedürfnis der Schweiz rechtfertigt dies ohne Weiteres. 4. Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS)

E. 4

Täterkomponente

E. 4.1

Am 1. März 2017 ist die Verordnung über die Einführung der Landes- verweisung in Kraft getreten. Art. 20 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems und das SIRENE-Büro (N-SIS-Verordnung vom 8. März 2013) wurde dahingehend geändert, dass Drittstaatangehörige nur zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung ausgeschrieben werden können, wenn der

- 24 - entsprechende Entscheid einer Verwaltungs- oder einer Justizbehörde vorliegt. Entsprechend hat das urteilende Gericht zu prüfen, ob die Ausschreibung der Landesverweisung im SIS anzuordnen ist. Landesverweisungen gegenüber Ausländern aus Staaten, die nicht zum Schengen-Raum gehören, werden im Schengen-Informationssystem ausge- schrieben, wenn davon auszugehen ist, dass die Anwesenheit der betreffenden Person im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Drittstaatsange- hörige wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist (Art. 24 Abs. 2 SIS-II-VO, vgl. Art. 96 Abs. 2 lit. a Schengener Durchführungsübereinkommen [SDÜ]). Das SDÜ ist in diesem Punkt aber unklar formuliert, ob eine Höchststrafe von mindestens einem Jahr oder eine Mindeststrafe von einem Jahr gemeint ist. Ersteres kann indessen nicht die richti- ge Auslegung des Abkommens sein, denn so würden von der Ausschreibung im Schengen-Informationssystem nicht nur schwere Straftaten erfasst, sondern auch eine Vielzahl eher geringfügiger Delikte.

E. 4.2

Der Beschuldigte ist … Staatsbürger [des Staates D._____] und gehört da- mit einem Drittstaat im genannten Sinne an. Er ist folglich vom persönlichen An- wendungsbereich erfasst. Ferner ist festzuhalten, dass Art. 24 Abs. 2 der SIS-II- VO mit Blick auf das nationale Strafrecht so auszulegen ist, dass es für die Zuläs- sigkeit einer Ausschreibung auf eine ausgefällte Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ankommt, wofür auch der Verweis auf die nationalen Verfahrensre- geln und Rechtsbehelfe anhand der nationalen Gegebenheiten des materiellen Strafrechts in Absatz 1 der Bestimmung spricht. Im Übrigen sieht der vom Be- schuldigten (unter anderem) erfüllte Tatbestand von Art. 19 Abs. 2 BetmG ohne- hin eine Freiheitsstrafe von nicht unter einem Jahr vor. Vorliegend ist der Be- schuldigte mit einer Freiheitsstrafe von deutlich mehr als einem Jahr zu bestrafen, womit die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsver- weigerung) im Schengener Informationssystem (SIS) anzuordnen ist, zumal auch die Verhältnismässigkeitsprüfung – Verurteilung unter anderem auch wegen ei-

- 25 - nem schweren Delikt (qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittel- gesetz) – zu keinem anderen Ergebnis führt. 5. Fazit Der Beschuldigte ist aufgrund des Ausgeführten im Sinne von Art. 66a StGB für 8 Jahre des Landes zu verweisen, was entsprechend im Schengener Informa- tionssystem auszuschreiben ist. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Auch wenn der Be- schuldigte etwas milder bestraft wird, unterliegt er mit seinen Anträgen weit- gehend. Es sind ihm daher die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, vollumfänglich aufzuerlegen. Vom soforti- gen Abschreiben der Kosten ist abzusehen, da insbesondere angesichts seines noch jungen Alters nicht auszuschliessen ist, dass der Beschuldigte dereinst in bessere finanzielle Verhältnisse kommen wird. Seiner prekären finanziellen Situa- tion ist vielmehr praxisgemäss beim Bezug der Kosten Rechnung zu tragen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten vorbehalten bleibt (Art. 135 Abs. 4 StPO). Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 2'500.– festzusetzen. 2. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten reichte eine Honorarnote für Aufwendungen von 935 Minuten sowie Auslagen von Fr. 118.95 ein (Urk. 58). Dieser Aufwand ist belegt und erscheint

angemessen. Zusätzlich sind drei Stun- den für die Berufungsverhandlung zu vergüten (der Weg zu dieser wurde bereits berücksichtigt). Auch für das Studium des Berufungsurteils und eine Besprechung hat der Verteidiger bereits eine Stunde Aufwand veranschlagt. Der amtliche Ver- teidiger ist demgemäss im Berufungsverfahren mit pauschal Fr. 4'600.– (inkl. MwSt.) zu entschädigen.

- 26 - Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 22. Mai 2019 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: 1. Der Beschuldigte ist schuldig: – der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a-d und lit. g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, – der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AIG in Ver- bindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. d. AIG, – des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AIG in Ver- bindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. d AIG, – der Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. d WG und Art. 5 Abs. 1 lit. d WG, – der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG. 2. (…) 3. Der Beschuldigte wird (…) bestraft mit (…) einer Busse von Fr. 300.–. 4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen. 5.-7. (…) 8. Der Beschuldigte wird verpflichtet Fr. 2'310.– als Ersatzforderung für den unrecht- mässig erlangten Vermögensvorteil an den Staat zu bezahlen. 9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 30. Januar 2019 beschlagnahmten Gegenstände: – SIM-Kartenhalter, Sunrise (A011'704'486), – SIM-Kartenhalter Yallo (A011'704'497), – SIM-Karte, Lebara (A011'704'873), – Mobiltelefon, iPhone, weiss (A011'704'566), werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft des Urteiles herausgegeben.

E. 4.3

Beim Nachtatverhalten ist dem Verhalten des Täters nach der Tat und im Strafverfahren Rechnung zu tragen. Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wir- ken strafmindernd. Umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse kön- nen eine Strafreduktion von bis zu einem Drittel bewirken (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Die Vorinstanz hat die diesbezüglichen theoretischen Grundlagen und die Rechtsprechung des Bundesgerichtes dazu korrekt wiedergegeben, worauf zwecks Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen ist (Urk. 30 S. 17 f.). Der Beschuldigte ist vollumfänglich geständig. Er gab die gegen ihn erhobe- nen Vorwürfe praktisch von Beginn der Untersuchung an zu. Es ist hervorzu- heben, dass er von sich aus angegeben hat, etwa 400 Gramm Kokaingemisch zur Aufbewahrung erhalten zu haben. Dieser Sachverhalt bzw. das Aufbewahren von rund 300 Gramm Kokaingemisch (hinausgehend über die bei ihm aufgefundenen rund 100 Gramm Kokaingemisch) hätte ihm ohne seine Zugabe nicht bzw. jeden- falls nicht ohne Weiteres nachgewiesen werden können. Weiter ist zu betonen, dass diese Menge zudem auf einer Schätzung des Beschuldigten beruht; ebenso die Annahme, dass es sich um ein Kokaingemisch sehr guter Qualität gehandelt habe. Sodann hat der Beschuldigte nach anfänglichem kurzen Bestreiten zuge- geben, dass die bei ihm aufgefundene Menge von 100 Gramm Kokaingemisch zum Verkauf durch ihn (auf Provision) bestimmt gewesen sei (und nicht etwa ebenfalls zur Aufbewahrung für Dritte), und er hat von sich aus angegeben, die

 zum Verkauf durch ihn bestimmten Drogen selber gestreckt und abgepackt zu haben. Er hat mit seinem Geständnis somit durchaus zur Vereinfachung und Ver- kürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beigetragen. Der Beschuldigte hat des Weiteren zumindest teilweise auch Reue und Einsicht in das Unrecht seiner Taten gezeigt. Insbesondere schämte er sich, dass er in der Wohnung Drogen aufbewahrte, wo sich auch sein Kind aufgehalten habe, und es täte ihm leid, dass er seine Freundin in diese Situation gebracht habe (Prot. I S. 26, S. 38, S. 41 und D1 Urk. 2/9 S. 13). Es kann der Vorinstanz gefolgt werden, dass der Beschuldigte es diesmal ernst meine mit seiner Reue und Einsicht und er als Vater künftig bemüht sein werde, eine Vorbildfunktion für seine Tochter einzu- nehmen (Urk. 59 S. 17). Einschränkend ist allerdings festzuhalten, dass der Be- schuldigte die Schuld für sein Verhalten auch bei Dritten sucht und er das Unrecht seines Handelns bezüglich den Verstössen gegen das Waffengesetz nicht wirk- lich einsieht. Insgesamt kann das Geständnis und die gezeigte Reue merklich strafmindernd berücksichtigt werden. Nach dem Gesagten ergibt sich unter dem Titel Nachtatverhalten eine deutliche Strafreduktion und erscheint eine Herab- setzung der Strafe von rund einem Fünftel bzw. um 5 Monate angemessen.

E. 4.4

Schliesslich ist den Ausführungen der Vorinstanz beizupflichten, wonach dem Beschuldigten eine Strafminderung wegen erhöhter Strafempfindlichkeit nicht zugestanden werden kann (Urk. 30 S. 19). Auch wenn die Trennung von seiner Tochter für den Beschuldigten sicherlich hart ist, ist dies als Folge des Ver- haltens des Beschuldigten zu sehen, führt doch jede Verurteilung zu einer länge- ren Freiheitsstrafe zu einer Trennung vom familiären Umfeld im Alltag. Es kommt hinzu, dass der Beschuldigte die heutige und die vier letzten Verurteilungen er- wirkte, obwohl seine Tochter bereits geboren war (Urk. 59 S. 17).

E. 5

Zwischenfazit In Abweichung von den vorinstanzlichen Erwägungen ergibt sich insgesamt bei der Gewichtung der Täterkomponenten, dass die straferhöhenden Faktoren die strafmindernden Aspekte nur leicht überwiegen und eine Gesamtstrafe von 30 Monaten Freiheitsstrafe angemessen erscheint.

E. 6

Widerruf der bedingten Entlassung

E. 6.1

Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen zum Widerruf einer bedingten Entlassung sowie die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zum methodischen Vorgehen bei der Gesamtstrafe im Rückversetzungsverfahren korrekt aufgeführt, worauf zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen zu verweisen ist (Urk. 30 S. 19 f.).

E. 6.2

Es ist unbestritten, dass die verlängerte Probezeit der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug bis zum 1. Juli 2018 dauerte. Die Verteidigung brachte dazu indessen vor Vorinstanz – und auch heute (Urk. 60 S. 1-4) – vor, dass nur ein Teil der vorliegend zu beurteilenden Verkaufshandlungen noch vor dem 1. Juli 2018 stattgefunden habe, nämlich

gemäss Anklageschrift der Verkauf von rund 6 bis

E. 6.3

Es trifft zwar zu, dass nur ein Teil der Verkaufshandlungen vor dem 1. Juli 2018 stattfanden und diesbezüglich (noch) nicht von einem schweren Fall auszu- gehen ist. Die Verteidigung übergeht aber, dass der Beschuldigte bereits zuvor,

- 16 - im Juni 2018, rund 300 Gramm Kokaingemisch aufbewahrt hat. Der Beschuldigte hat von Anfang an ausgesagt, dass er zuerst Drogen zur Aufbewahrung erhalten und erst später selber mit dem Verkauf begonnen habe und zwar etwa zwei bis drei Wochen vor seiner Spanienreise (D1 Urk. 2/2 S. 2 f.). Der Beschuldigte war gemäss eigenen Angaben vom 10. Juni 2018 bis 14. Juli 2018 in Spanien und hat die Drogen gemäss eigenen Angaben jedenfalls grösstenteils vor seiner Spanien- reise zur Aufbewahrung erhalten (D1 Urk. 2/9 S. 5; Urk. 59 S. 19). Es ist somit davon auszugehen, dass der Beschuldigte durchaus einen gewichtigen Teil sei- ner Handlungen noch während der laufenden Probezeit begangen hat.

E. 6.4

Das Bezirksgericht Bülach hat sodann zutreffend erwogen, dass der Be- schuldigte während der Probezeit mehrmals straffällig geworden ist, diese verlän- gert und er viermal verwarnt wurde. Es wurde dem Beschuldigten somit mehrfach noch eine Chance gegeben, sich zu bewähren, und es musste ihm nicht zuletzt aufgrund dieser Verwarnungen klar sein, dass die Probezeit läuft und er sich kei- ne Straftaten mehr erlauben kann. Trotzdem hat er sich dazu hinreissen lassen, Kokain in grossen Mengen aufzubewahren, und hat gar angefangen, dieses zu verkaufen. Das Argument der Verteidigung, die lange Haft bzw. der Vollzug habe nun Wirkung gezeigt und der Beschuldigte sehe nun auch ein, dass er Verantwor- tung für seine – mittlerweile etwas mehr als dreijährige – Tochter trage, vermag vor dem Hintergrund, dass der Beschuldigte bis zum 2. März 2015 zwei Drittel seiner siebenjährigen Freiheitsstrafe abgesessen hat (davon 739 Tage Untersu- chungshaft), er seit Geburt seiner Tochter vier Strafbefehle erwirkte und er im Zeitpunkt seiner heute zu beurteilenden Taten bereits mit seiner Tochter zusam- menlebte, nicht zu überzeugen. Der Beschuldigte weist zahlreiche Vorstrafen auf und hat seit seiner Jugend immer wieder delinquiert. Hinzu kommt, dass der Be- schuldigte keine stabilen Verhältnisse aufweist. Insbesondere darf er sich nicht in der Schweiz aufhalten, hat keine Berufsausbildung und konnte hier auch nicht le- gal arbeiten. Die Verteidigung macht zudem geltend, es sei nicht verhältnis- mässig, wenn der Beschuldigte die doch noch sehr lange Reststrafe verbüssen müsse (Urk. 60 S. 3). Dem ist zu entgegnen, dass der Beschuldigte – einschliess- lich der heute zu beurteilenden Taten – während der Bewährungszeit nicht weni- ger als neun Mal straffällig wurde und nach der bedingten Entlassung acht Straf-

- 17 - befehle erwirkte. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Rückversetzung mehr als angemessen, selbst wenn nicht sämtliche heute zu beurteilenden Handlungen in die Probezeit fallen. Aufgrund der Schwere der neuen Tat und des nicht unerheb- lichen Verschuldens des Beschuldigten kann ihm einzig gestützt auf den Vollzug der für die neuen Taten auszufällenden Strafe keine günstige Prognose bezüglich künftiges Wohlverhalten mehr gestellt werden. Es ist deshalb mit Bezug auf die Reststrafe aus der Verurteilung durch das Obergericht des Kantons Zürich vom 5. Juli 2012 von 7 Jahren Freiheitsstrafe wegen versuchter Tötung etc. die Rück- versetzung des Beschuldigten in den Strafvollzug anzuordnen, wobei ein Strafrest von 852 Tagen Freiheitsstrafe zum Vollzug verbleibt. Anzufügen ist, dass auch die Verteidigung einräumt, dass für die neuen Taten eine zu

vollziehenden Frei- heitsstrafe auszufällen ist.

E. 6.5

Nach Art. 89 Abs. 6 StGB hat das Gericht sodann aus dem Strafrest und der neuen Freiheitsstrafe in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Ge- samtstrafe zu bilden, wobei die für die neuen Straftaten ausgefällte Freiheitsstrafe als Einsatzstrafe die Grundlage der Asperation bildet. Das Gericht hat diese mit Blick auf den Vorstrafenrest angemessen zu erhöhen, was voraussetzt, dass so- wohl bei der neuen Strafe, als auch bei der Reststrafe die Voraussetzungen des unbedingten Vollzugs gegeben sind (BGE 135 IV 146 E. 2.4.1.). Mit der Vor- instanz erscheint es unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips ange- messen, vorliegend die Einsatzstrafe von 30 Monaten aufgrund des Strafrests von 852 Tagen um 14 Monate Freiheitsstrafe zu erhöhen. 7. Fazit In Würdigung aller Strafzumessungsgründe erweist sich demnach unter Einbezug des genannten Strafrestes eine Freiheitsstrafe von 44 Monaten als Gesamtstrafe den Taten und dem Täter angemessen. Der Anrechnung von 568 Tagen, die im vorliegenden Verfahren durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug bis heute erstan- den sind, auf die heute auszufällende Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

- 18 - IV. Strafvollzug Bei der heute auszufällenden Strafe kommt ein bedingter oder teilbedingter Vollzug nicht mehr in Frage (Art. 42 und Art. 43 StGB). Die Freiheitsstrafe ist zu vollziehen. V. Landesverweisung 1. Obligatorische Landesverweisung

E. 10

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 30. Januar 2019 beschlagnahmten Gegenstände: – 1 Schlagstock, schwarz, ausfahrbar mit Schutzhülle (A011'704'679),

- 27 - – 1 Schlagring, schwarz/silberfarben, (A011'704'782), werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten.

E. 11

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 30. Januar 2019 beschlagnahmten gefälschten Dokumente (drei), alle lautend auf B._____, geb. tt. März 1989: – 1 gefälschte italienische Identitätskarte, Nr. 1 (A011'705'343), – 1 gefälschter italienischer Führerausweis, Nr. 2 (A011'705'354), – 1 gefälschter italienischer Versicherungsausweis, Nr. 3 (A011'705'387), werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zu Vergleichs-, Versuchs- und In- struktionszwecken überlassen.

E. 12

Die sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer B02361-2018 aufbewahrten Betäubungsmittel: – 1 roter Plastiksack mit 10 Minigrip Kokain (A011'704'453), – 1 Minigrip mit Marihuana (A011'704'464), – 1 Minigrip mit Marihuana (A011'704'657), – 1 Minigrip mit Haschisch (A011'704'668), – 1 roter Plastiksack mit zwei Minigrip und 3 Plastikverpackungen mit Kokain (A011'704'680), – 2 Portionierlöffel und diverse Minigrip (A011'704'691), – diverse leere Verpackungen (A011'704'704), – 2 Minigrip mit Kokain (A011'704'715), – diverses Verpackungsmaterial (A011'704'737), – 1 Behältnis mit Ammoniak (A011'704'768), – 1 Betäubungsmittelwaage mit Kokainrückständen (A011'704'760), – 1 Minigrip mit MDMA (A011'704'771), – 1 Plastikkiste mit diversem Zubehör (A011'704'806), werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten.

E. 13

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 3. August 2018 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 2'310.– wird eingezogen und zur Deckung der Ersatzforderung verwendet.

E. 14

Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 4'000.– ; die weiteren Auslagen betragen: Fr. 2'500.– Gebühr für die Strafuntersuchung, Fr. 1'320.– Auslagen (Gutachten), Fr. 1'100.– Auslagen Polizei (Mobiltelefonauswertung), Fr. 16'000.– amtl. Verteidigungskosten.

E. 15

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt und werden infolge Uneinbringlichkeit per sofort und endgültig abgeschrieben. Davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden. 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.