

ZH_OBERGERICHT SB210034 vom 10. Juni 2021

ZH Obergericht, 2021-06-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210034

FR: ZH_OBERGERICHT SB210034 du 10 juin 2021

IT: ZH_OBERGERICHT SB210034 del 10 giugno 2021

Erwägungen

E. 1

Prozessverlauf

E. 1.1

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 4. November 2020 wurde der Beschuldigte des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen. Vom Vorwurf der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes wurde er freigesprochen. Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit 18 Monaten Freiheitsstrafe, wobei es den Vollzug der Freiheitsstrafe aufschob und die Probezeit auf 3 Jahre festsetzte. Weiter verwies es den Beschuldigten für die Dauer von 6 Jahren des Landes und ordnete die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem an. Schliesslich ordnete es die Einziehung und Vernichtung der sichergestellten Betäubungsmittel und verschiedener Gegenstände an und verwendete die beschlagnahmte Barschaft zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten (Urk. 32).

E. 1.2

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte rechtzeitig Berufung an (Urk. 34). Das begründete Urteil (Urk. 36 = Urk. 39) wurde dem Beschuldigten am 18. Januar 2021 zugestellt (Urk. 38/1). Die Berufungserklärung des Beschuldigten ging in der Folge fristgerecht ein (Urk. 41). Mit Eingabe vom 11. Februar 2021 verzichtete die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis (nachfolgend Staatsanwaltschaft) auf Anschlussberufung und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme

- 5 - an der Berufungsverhandlung (Urk. 45). Die Berufungsverhandlung, zu der der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers erschien, fand am 10. Juni 2021 statt (Prot. II S. 3 ff.).

E. 2

Umfang der Berufung

E. 2.1

Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO).

E. 2.2

Der Beschuldigte ficht die Strafe, die festgesetzte Probezeit und die Landesverweisung an (Urk. 41). Es ist deshalb vorab mittels Beschluss festzustellen, dass das Urteil des

Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 4. November 2020 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldpruch), 2 (Freispruch), 6 (Einziehung),

E. 7

(Verwendung beschlagnahmte Barschaft) sowie 8 und 9 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist. 3. Strafzumessung 3.1. Vorbemerkungen 3.1.1. Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten zu 18 Monaten Freiheitsstrafe. Den Vollzug der Freiheitsstrafe schob es auf und setzte die Probezeit auf 3 Jahre fest. Der Beschuldigte beantragt, er sei mit 14 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe aufzuschieben und die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen sei (Urk. 41). 3.1.2. Zum Strafrahmen und zur Strafzumessung im Allgemeinen hat sich die Vorinstanz zutreffend geäußert. Es kann auf die entsprechenden Ausführungen (Urk. 39 S. 10 ff.) verwiesen werden. 3.2.

Tatkomponente 3.2.1. Bei Drogendelikten spielt die Menge der Betäubungsmittel für die Beurteilung der objektiven Tatschwere eine wichtige Rolle. Dabei ist grundsätzlich auf

- 6 - den Reinheitsgrad abzustellen (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc; BGE 145 IV 312 = Pra 2020 Nr. 42 E. 2.1.). Diesbezüglich fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte innert weniger Tage insgesamt 2 mal 10 Gramm Kokaingemisch, Reinsubstanzen 6.8 Gramm resp. 7.1 Gramm Kokain, verkaufte und er weiter 38,3 Gramm Kokaingemisch, Reinsubstanz 27.193 Gramm, in der Wohnung von B._____ und 64.9 Gramm Kokaingemisch, Reinsubstanz 42.185 Gramm, in einer Garage in C._____ lagerte, das ebenfalls für den Verkauf resp. Handel bestimmt war. Zum Verkauf der gelagerten Betäubungsmitteln kam es nur deshalb nicht, weil der Beschuldigte verhaftet wurde. Insgesamt ist von einer Reinsubstanz von rund 83 Gramm auszugehen. Bei dieser Menge ist der vom Bundesgericht festgesetzte Schwellenwert von 18 Gramm Reinsubstanz, ab dessen Erreichen von einer Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen ausgegangen werden muss, um mehr als das Vierfache überschritten. Bei Kokain handelt es sich um eine sehr gefährliche Droge mit grossem Abhängigkeitspotential und entsprechendem Gesundheitsrisiko. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, kann nicht beurteilt werden, ob der Beschuldigte in einer grösseren Organisation tätig war. Die Aussage des Beschuldigten, die Drogen seien ihm von einem Bekannten eines Bekannten billig angeboten worden (Urk. 29 S. 24), erscheint nicht glaubhaft. Jedoch muss – mangels anderer Anhaltspunkte – zu seinen Gunsten davon ausgegangen werden, dass er hierarchisch nicht auf einer oberen Stufe stand. Insgesamt ist in Anbetracht des weiten Strafrahmens das objektive Tatverschulden als noch leicht zu beurteilen, wofür sich die Festlegung einer hypothetischen Einsatzstrafe von 18 Monaten rechtfertigen würde. 3.2.2. Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte vorsätzlich handelte und die Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen bewusst in Kauf nahm. Er selber konsumierte nie Kokain und handelte aus rein egoistischen finanziellen Motiven (Urk. 29 S. 23). Es liegt keine Beschaffungskriminalität zur Deckung des eigenen Konsums aufgrund einer Abhängigkeit vor. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte zu dieser Zeit einer Erwerbstätigkeit nachging und Fr. 5'600.– netto pro Monat verdiente und somit eigentlich über die nötigen finanziellen Mittel verfügte, den Lebensunterhalt von sich und seiner Familie zu decken, selbst wenn er wegen eines ihm von seinem Ar-

- 7 - beitgeber gewährten Vorschusses in Höhe von Fr. 5'000.– etwas weniger Lohn ausbezahlt worden war (Urk. 29 S. 24). Den Vorschuss hatte der Beschuldigte für Ferien benötigt (Urk. 29 S. 24) und nicht für die Deckung von unumgänglichen, unvorhersehbaren Auslagen. Es ist weder ersichtlich, warum es erforderlich war, dass der Beschuldigte Ferien

machen musste, die er sich nicht leisten konnte, noch warum er die Schulden bei seinem Arbeitgeber nicht auf legale Weise zurückzahlen konnte, insbesondere mit diesem eine ratenweise Rückzahlung vereinbart war (Urk. 29 S. 24). Auch wenn das Arbeitsverhältnis des Beschuldigten bereits gekündigt war, musste er deswegen keine finanzielle Not fürchten. So gab er selber an, dass man als Metallbauer leicht eine neue Stelle findet (Urk. 29 S. 10), andererseits wären dem Beschuldigten Arbeitslosengelder zugestanden, wenn ihm – wie er geltend macht – schuldlos gekündigt worden ist. Zudem wäre auch die Möglichkeit offen gestanden, seinen Arbeitgeber um die Stundung der Raten zu bitten, bis er eine neue Stelle hat. Und schliesslich lebte der Beschuldigte nach Entlassung aus der Untersuchungshaft von seinen Ersparnissen (Urk. 29 S. 12) und verfügte sogar noch über finanzielle Mittel, um mit seinen drei Kindern in Italien Ferien zu machen (Urk. 29 S. 9 f.). Es ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass es dem Beschuldigten einzig darum ging, mit dem ihm gemachten Angebot leichtes Geld zu erwirtschaften. Entgegen der Argumentation der Verteidigung ist es hierbei auch nicht so, dass die genannten Umstände generell nicht strafzumessungsrelevant seien, da dem Betäubungsmittelhandel letztlich immer ein finanzielles Motiv zu Grunde liege (Urk. 52 S. 3). Im Gegensatz zu anderen Fällen, in welchen die Täter aus einer echten finanziellen Notlage oder aufgrund einer eigenen Sucht und dem entsprechenden Beschaffungs- und Konsumationsdruck handeln, hat der Beschuldigte aus mehr oder weniger freien Stücken entschieden, sich etwas Geld dazu zu verdienen, um damit in die Ferien zu verreisen, was erschwerend ins Gewicht fällt. Es sind entsprechend keine Umstände ersichtlich, die das objektive Tatverschulden zu relativieren vermöchten.

3.2.3. In Würdigung sämtlicher objektiver und subjektiver Tatkomponenten ist das Tatverschulden – unter Berücksichtigung des weiten Strafrahmens – als noch leicht zu qualifizieren. Es erscheint eine hypothetische Einsatzstrafe von 18 Monaten als dem Tatverschulden angemessen.

- 8 -

3.3. Täterkomponenten

3.3.1. Bezüglich der persönlichen Verhältnisse kann – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die zutreffende Zusammenfassung der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 39 S. 15 ff.). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte der Beschuldigte, seit dem 1. März 2021 wieder eine Festanstellung gefunden zu haben, bei welcher er gemäss eingereichten Unterlagen einen Nettolohn von ca. Fr. 4'500.– erzielt (Urk. 51 S. 4; Urk. 53/2). Aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann nichts Relevantes für die Strafzumessung abgeleitet werden.

3.3.2. Der Beschuldigte weist eine zwar nicht einschlägige, jedoch schwere Vorstrafe auf. Im Jahr 2005 wurde er der versuchten vorsätzlichen Tötung, der Hehle- rei und des Diebstahls schuldig gesprochen (Urk. 40; Urk. 17/5). Entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 52 S. 3) ist auch diese bereits längere Zeit zurückliegende Vorstrafe in die Strafzumessung miteinzubeziehen, da sie nach wie vor im Strafregister eingetragen ist. Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers, der mit den Löschungsfristen gemäss Art. 369 StGB festgelegt hat, nach welcher Zeitdauer eine Verurteilung keine Beachtung mehr finden soll. Gleichwohl zu berücksichtigen ist, dass die genannte Verurteilung über 15 Jahre zurückliegt und der Beschuldigte im Zeitpunkt der Tatbegehung erst knapp 19-jährig war. Die angeordnete Einweisung in eine Arbeitserziehungsanstalt wirkte sich positiv auf sein weiteres Leben aus und blieb er in der Folge – mit Ausnahme des heute zu beurteilenden Delikts – straffrei. Die Vorstrafe des Beschuldigten wirkt sich deshalb insgesamt nur leicht, im Umfang von 1 Monat, strafehöhend aus.

3.3.3. Nachtatverhalten

3.3.3.1. 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 wirken sich strafmindernd aus. Umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse können eine Strafreduktion von bis zu einem Drittel bewirken (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Der Grad der Strafminderung hängt aber insbesondere davon ab,

- 9 - in welchem Stadium des Verfahrens das Geständnis erfolgte. Ein Geständnis kann bei der Analyse des Nachtatverhaltens im Rahmen der Strafzumessung so- mit zugunsten des Täters berücksichtigt werden, wenn es Ausdruck von Einsicht und Reue ist. Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich demgegenüber aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, namentlich weil der Täter nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils gestand (Urteile des Bundesgerichtes 6B_891/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.5.2 und 6B_426/2010 vom 22. Juli 2010 E. 1.5, jeweils mit Hinweisen). Die bundesgerichtliche Praxis zeigt, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer maximalen Strafreduktion von einem Drittel führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorlage entsprechender Beweise oder gar erst nach Ergehen eines erstinstanzlichen Schuldspruches. Ferner gehört kooperatives Verhalten in der Untersuchung dazu, wenn beispielsweise aufgrund des Verhaltens eines Beschuldigten weitere Delikte aufgeklärt oder Mittäter zur Rechenschaft gezogen werden können, was ohne sein kooperatives Mitwirken nicht möglich gewesen wäre. Schliesslich gehört Einsicht ins Unrecht der Tat und Reue dazu. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine Strafreduktion von einem Drittel erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu mindern (BSK StGB-WIPRÄCHTIGER/KELLER, 4. Aufl., 2019, Art. 47 N 169 ff.). 3.3.3.2. Der Beschuldigte verweigerte in der Strafuntersuchung zunächst die Aussage, was sein gutes Recht ist. Erst nachdem er von B._____ erheblich belastet wurde (Urk. 4/3 S. 3 ff.), legte der Beschuldigte in der Schlusseinvernahme ein Geständnis ab (Urk. 3/4). Das späte Geständnis vermochte die Strafuntersuchung kaum zu erleichtern. Der Beschuldigte machte sodann keine konkreten Angaben dazu, woher er das Kokain hatte (Urk. 3/4 S. 7). Weiter war die Beweislage angesichts der sichergestellten Betäubungsmittel, der Observationen der Polizei und der Aussagen von B._____ erdrückend. Schliesslich weist die Vorinstanz – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 52 S. 4) – zutreffend darauf hin, dass sich der Beschuldigte an der Hauptverhandlung nur bedingt einsichtig und reuig

- 10 - zeigte (Urk. 29 S. 23 ff.). Entsprechend rechtfertigt sich insgesamt lediglich eine leichte Strafminderung im Umfang von einem Monat. 3.3.4. Schliesslich liegt keine Konstellation mit aussergewöhnlichen Umständen vor, woraus eine besondere Strafeempfindlichkeit aus persönlichen, familiären oder beruflichen Gründen resultieren würde. 3.3.5. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich die strafe erhöhenden und strafmindernden Täterkomponenten neutral auswirken. 3.4. In Würdigung aller relevanten Strafzumessungsgründe erweist sich eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten als dem Verschulden des Beschuldigten angemessen. Bei dieser Strafhöhe ist eine Geldstrafe von Gesetzes wegen nicht möglich (Art. 34 Abs. 1 StGB). Die erstandene Untersuchungshaft von 51 Tagen ist dem Beschuldigten auf die auszusprechende Strafe anzurechnen (Art. 51 StGB). 4. Vollzug 4.1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe sowie 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). Nachdem nur der Beschuldigte das Urteil angefochten hat, kann nicht zu Ungunsten des Beschuldigten von dem von der Vorinstanz gewährten Aufschub der Vollstreckung der Strafe abgewichen werden (Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO). Entsprechend ist der Vollzug der Freiheitsstrafe aufzuschieben. 4.2. Die Vorinstanz hat die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Der Beschuldigte beantragt, es sei die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen (Urk. 41). Die Verteidigung macht geltend, dass nicht ersichtlich sei, weshalb von der für einen Ersttäter üblichen Probezeit von 2 Jahren abgewichen werden soll (Urk. 31 S. 4 f.; Urk. 52 S. 4 ff.) Auch wenn die Vorstrafe schon mehr als 15 Jahre zurückliegt, weist der Beschuldigte eine Vorstrafe auf und ist kein Ersttäter. Der Beschuldigte handelte nicht aus

- 11 - einer tatsächlichen finanziellen Not heraus, sondern weil ihm das Kokain günstig angeboten worden war und ihn das schnelle Geld lockte. Seine Schulden hätte er ohne weiteres auf legalem Weg tilgen können. Unterdessen hat sich die finanzielle Situation des Beschuldigten nicht wesentlich verbessert, zumal er zwar eine Arbeitsstelle gefunden hat, substantielle Teile seines Gehalts aber für die Unterhaltsbeiträge zu Gunsten seiner Kinder aufwenden muss (vgl. Urk. 51 S. 5). Er befindet sich zwar auch heute nicht in einer finanziellen Notlage, doch die wirtschaftlichen Verhältnisse sind nach wie vor als nicht komfortabel zu bezeichnen. Es besteht deshalb ein reales Risiko, dass der Beschuldigte bei einer sich bietenden entsprechenden Gelegenheit wiederum aus finanziellen Motiven im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität oder der Vermögensdelikte straffällig werden könnte. Es rechtfertigt sich deshalb, die Probezeit auf 3 Jahre festzusetzen. 4.3.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Vollzug der Freiheitsstrafe aufzuschieben und die Probezeit auf 3 Jahre festzusetzen ist. 5. Landesverweisung 5.1. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten für 6 Jahre des Landes verwiesen und die Landesverweisung im Schengener Informationssystem ausgeschrieben (Urk. 39 S. 21 ff.). Der Beschuldigte macht geltend, es liege ein Härtefall vor, weshalb von einer Landesverweisung abzusehen sei (Urk. 31 S. 5 ff.; Urk. 52 S. 6 ff.). 5.2. Wird ein Ausländer wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 BetrM schuldig gesprochen, so verweist ihn das Gericht unabhängig von der Höhe der Strafe für 5 bis 15 Jahre des Landes (Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB). Es kann ausnahmsweise von einer Landesverweisung absehen, wenn diese für den Ausländer einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und zudem die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB).

- 12 - 5.3. Der Beschuldigte ist Staatsangehöriger der Dominikanischen Republik. Er beanstandet zu Recht nicht, dass er aufgrund des Schuldspruchs der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz grundsätzlich obligatorisch des Landes zu verweisen wäre (Urk. 31 S. 5; Urk. 52 S. 6). Er macht jedoch geltend, dass ein Härtefall vorliege und das private Interesse an einem Absehen von einer Landesverweisung gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer solchen Landesverweisung vorgehen würde (Urk. 31 S. 5 ff.; Urk. 52 S. 6 ff.). 5.4. Von der Anordnung der Landesverweisung kann nur "ausnahmsweise" unter den kumulativen Voraussetzungen abgesehen werden, dass sie (1.) einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und (2.) die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art.

66a Abs. 2 StGB; sog. Härtefallklausel). Die Härtefallklausel dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 146 IV 105 E. 3.4.2.; BGE 145 IV 364 E. 3.2; BGE 144 IV 332 E. 3.1.2, je mit Hinweisen). Sie ist restriktiv anzuwenden (BGE 146 IV 105 E. 3.4.2.; BGE 144 IV 332 E. 3.3.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur kriteriengeleiteten Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) heranziehen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.2). Erst wenn feststeht, dass die Landesverweisung einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde, ist in einem zweiten Schritt das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz dem öffentlichen Interesse an einem Verlassen der Schweiz gegenüberzustellen. Resultiert daraus ein überwiegendes öffentliches Interesse, muss die Landesverweisung verhängt werden.

5.5. Schwerer persönlicher Härtefall 5.5.1. Der Beschuldigte ist in der Dominikanischen Republik zur Welt gekommen und verbrachte dort, bei einer Tante, auch seine ersten Lebensjahre. Im Alter von

E. 9

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

E. 10

[Mitteilungen]

E. 11

[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.