

# ZH\_OBERGERICHT SB210351 vom 16. Juni 2022

ZH Obergericht, 2022-06-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB210351](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210351)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB210351 du 16 juin 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT SB210351 del 16 giugno 2022

## Erwägungen

### E. 1

Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidung von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 66 S. 3 f.).

#### E. 1.1

Mangels Katalogtat fällt eine obligatorische Landesverweisung, wie sie seitens der Vorinstanz angeordnet wurde, ausser Betracht (vgl. Art. 66a StGB). Da im vorinstanzlichen Urteil jedoch eine entsprechende Anordnung erging und die Verteidigung hierzu einen Antrag auf Abweisung stellte, ist vorliegend der

- 28 - Klarheit halber festzuhalten, dass von der Anordnung einer Landesverweisung im Sinne von Art. 66a StGB abgesehen wird.

#### E. 1.2

Der Vollständigkeit halber ist sodann zu bemerken, dass im vorliegend zu beurteilenden Fall auch keine fakultative Landesverweisung näher zu prüfen ist. Die Delinquenz des Beschuldigten erreicht weder die erforderliche Schwere noch Intensität, als dass sich vor dem Hintergrund seiner gesamten Integrationsleistungen eine konkrete Prüfung im heutigen Zeitpunkt rechtfertigen würde. Der Anwendungsfall der fakultativen Landesverweisung betrifft denn auch oftmals Serientäter, welche keinen engen Bezug zur Schweiz aufweisen (zum Ganzen: Urteil 6B\_429/2021 vom 3. Mai 2022 E. 3.1). 2. Beschlagnahmen Es spricht nichts dagegen, dem Beschuldigten das Imitat der Rolex-Uhr wie beantragt herauszugeben (Urk. 92 S. 2). Der Umstand, dass es sich um ein Imitat handelt, steht einer Herausgabe nicht entgegen (vgl. BGE 114 IV 6 E. 2a). Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. Dezember 2019 beschlagnahmte Uhr (Imitat Rolex, Asservat Nr. A012'693'037) ist dem Beschuldigten daher nach Eintritt der Rechtskraft innerhalb von drei Monaten auf erstes Verlangen herauszugeben und ansonsten der Lagerbehörde zur Vernichtung zu überlassen. VI. Kosten und Entschädigungsfolgen 1. Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren Fällt die Rechtsmittelinstanz selber einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Ausgangsgemäss sind die Kosten für die Untersuchung und das erstinstanzliche Verfahren, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten zur Hälfte aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Gleiches hat für die Kosten der vormaligen amtlichen Verteidigung zu gelten, wobei die diesbezüglichen Kosten zur Hälfte einstweilen und im Übrigen definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen sind, unter dem Rückforderungs-

- 29 - vorbehalt im hälftigen Umfang gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Dass die Kosten der vormaligen amtlichen Verteidigung – gemäss Antrag des Beschuldigten – definitiv und

vollumfänglich auf die Staatskasse zu nehmen seien, steht gemäss dem Verfahrensausgang sowie der verbindlichen Kostenregelung gemäss Art. 426 StPO nicht zur Diskussion. 2. Berufungsverfahren

### **E. 1.3**

Das Gesetz sieht für das Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG als vorliegend schwerste zu beurteilende Tat eine Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor. Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe führen mangels aussergewöhnlicher Umstände im hier zu beurteilenden Fall nicht dazu, die Grenzen des ordentlichen Strafrahmens zu verlassen (BGE 136 IV 55 E. 5.8 S. 63 m.H.). 2. Wahl der Sanktionsart und retrospektive Konkurrenz

### **E. 1.4**

Der Beschuldigte stellte den strittigen Anklagevorwurf in der Untersuchung konstant in Abrede und machte demgegenüber geltend, B.\_\_\_\_\_ habe das Kokain an ihn verkauft und nicht umgekehrt (Urk. 3/2 S. 2 F/A 6 f.; Urk. 3/3 S. 2 f.; Urk. 3/5 S. 9). Während der Beschuldigte vor Vorinstanz keine Fragen zur Sache beantwortete, machte er anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung neu geltend, er habe B.\_\_\_\_\_ sicherlich nicht insgesamt 150 Gramm verkauft, sondern vielleicht 5 bis 6 Mal minimale Portionen veräussert. Man habe sich gegenseitig ab und zu Kokain verkauft, um sich "auszuhelfen" (Urk. 91 S. 1 und S. 9; Urk. 94 S. 1 ff.). Die Verteidigung bringt im Wesentlichen vor, der Beschuldigte habe B.\_\_\_\_\_ bei ca. 5 bis 6 Gelegenheiten zwischen 1 und 5 Gramm Kokain verkauft. Die darüber hinaus in der Anklage erhobenen Vorwürfe würden auf falschen Aussagen des - 11 - genannten Abnehmers beruhen, weshalb nicht darauf abgestellt werden könne. Der Beschuldigte sei daher lediglich des mehrfachen Vergehens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG schuldig zu sprechen (Urk. 92 S. 13 ff.). 2. Grundsätze der Beweiswürdigung und Beweismittel

## **E. 2**

Rückweisung des Verfahrens

### **E. 2.1**

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind auf Fr. 3'000.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts). Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob eine Partei im Rechtsmittelverfahren als obsiegend oder unterliegend gilt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre gestellten Anträge gutgeheissen wurden (BSK StPO II-DOMEISEN, 2. Auflage 2014, Art. 428 N 6).

### **E. 2.2**

Der Beschuldigte hat ausgangsgemäss als überwiegend obsiegend zu gelten. Für den unterliegenden Teil seiner Berufung rechtfertigt es sich, ihm die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, zu 1/4 aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind ihm ebenfalls zu 1/4 einstweilen aufzuerlegen und im Übrigen definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten im Umfang von 1/4 ist gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten.

### **E. 2.3**

Der seitens der amtlichen Verteidigung geltend gemachte Aufwand von Fr. 5'996.– ist ausgewiesen und erscheint angemessen (Urk. 93/5). Zusätzlich sind dem Verteidiger die Aufwendungen im Zusammenhang mit der heutigen Berufungsverhandlung samt Wegentschädigung zu entrichten. Es rechtfertigt sich daher, Fürsprecher X1. \_\_\_\_\_ für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren pauschal und gesamthaft mit Fr. 7'000.– (inkl. Auslagen und MwSt.) zu entschädigen.

- 30 - Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, III. Abteilung, vom 1. März 2021 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte ist schuldig – (...) – der Gewaltdarstellungen im Sinne von Art. 135 Abs. 1bis StGB, – der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG. 2.-6. (...) 7. Nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides werden die folgenden, unter der Referenz-Nr. G-7/2019/10019089 sichergestellten Spuren, Spurenlagerer und Gegenstände, lagernd bei der Kantonspolizei Zürich, Asservaten-Triage, eingezogen und vernichtet: – 1 Minigrip mit Kokainrückständen (Asservat Nr. A012'692'910 / B01756-2019) – 1 Plastik mit Kokainrückständen (Asservat Nr. A012'692'921 / B01756-2019) – Div. Minigrips (Asservat Nr. A012'692'954 / B01756-2019) – 1 Handschuh schwarz mit Kokainrückständen (Asservat Nr. A012'692'965 / B01756-2019) – 2 Portionen Kokain (Asservat Nr. A012'693'048 / B01756-2019) – 1 Portion Kokain (Asservat Nr. A012'693'059 / B01756-2019) – Postfinance Karte (Asservat Nr. A012'692'909) – 2 Mobiltelefone (Asservat Nr. A012'692'976) – 1 Dokument mit Passwörtern (Asservat Nr. A012'693'071) – (...) 8. Rechtsanwältin lic. iur. X2. \_\_\_\_\_ wird für ihre Bemühungen und Auslagen als amtliche Verteidigerin des Beschuldigten mit Fr. 14'491.65 (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.

- 31 - 9. Die Entscheidegebühr wird festgesetzt auf: Fr. 4'500.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 2'100.00 Gebühr Strafuntersuchung Fr. 280.00 Kosten Kantonspolizei Fr. 14'491.65 amtliche Verteidigung

#### **E. 2.4**

Mit Blick auf den Strafbefehl vom 20. Februar 2019 ist die Vorinstanz zu Recht von keiner teilweisen Zusatzstrafe ausgegangen (Urk. 66 S. 23): Hat das Gericht mehrere Drogenverkäufe zu sanktionieren, von welchen der eine Teil der Einzeltaten vor und der andere Teil nach einer früheren Verurteilung begangen worden sind, ist es gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung gerechtfertigt, die einzelnen strafbaren Handlungen als Einheit zu betrachten, wobei sich die Einzelakte im Rahmen der Strafzumessung in denjenigen Teil des Delikts eingliedern, in welchen die letzte Einzeltat fällt. Dies führt mit Blick auf die Strafzumessung zur gleichen Betrachtungsweise, wie sie das Bundesgericht für gewerbsmässige Straftaten anwendet (Urteil 6B\_93/2021 vom 6. Oktober 2021 E. 2; Urteil 6B\_752/2021 vom 27. Januar 2022 E. 1.4; s.a. BGE 145 IV 377 E. 2.3.3.). Diesbezüglich stellt sich somit einzig die Frage eines möglichen Widerrufs

- 22 - 3. Drogenverkäufe

#### **E. 2.5**

Zur heutigen Berufungsverhandlung erschien der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers. Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf die Teilnahme an der Verhandlung, nachdem ihr diese mit der Vorladung vom 8. November 2021 bzw. 3. Februar 2022 freigestellt worden war (Urk. 75; Urk. 86). II. Prozessuales 1. Vorbemerkung Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen

Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen respektive jedes einzelne Vorbringen widerlegen muss. Die Berufungsinstanz kann sich bei der Entscheidungsfindung daher auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (vgl. BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; Urteil 1B\_242/2020 vom 2. September 2020 E. 2.2).

### **E. 3**

Berufungsumfang

#### **E. 3.1**

Bei der Beurteilung der objektiven Tatschwere ist die Drogenmenge in der Regel ein wesentliches Strafzumessungskriterium. Allerdings soll diesem Kriterium zwar eine wichtige, nicht aber eine vorrangige Bedeutung zukommen. So kommt es auch nicht nur auf den genauen Reinheitsgehalt der Droge an, wenn nicht feststeht, dass der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder ein besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte (BSK StGB I- WIPRÄCHTIGER/ KELLER, 4. Aufl. 2019, Art. 47 N 97 f.).

#### **E. 3.2**

Mit Bezug auf die objektive Tatschwere der Kokainlieferungen an B.\_\_\_\_\_ ist festzuhalten, dass der Beschuldigte eine gefährliche Droge umsetzte, welche bei wiederholtem Konsum bereits nach relativ kurzer Zeit zu einer hohen psychischen Abhängigkeit mit erheblichen Gesundheitsfolgen führen kann (vgl. HUG-BEELI, BetmG Kommentar, Basel 2016, Art. 2 N 295 ff.). Demgegenüber wird dem Beschuldigte gemäss erstelltem Sachverhalt nicht vorgeworfen, im grossen Stil mit Drogen gehandelt zu haben. Vielmehr verkaufte er Kokain, das rund

#### **E. 3.3**

Bezüglich der subjektiven Tatschwere ist zu konstatieren, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich mit Drogen handelte. Sein Motiv war primär finanzieller Natur, wobei er sich weder in einer wirtschaftlichen Notlage befunden hat, noch über Schulden verfügte (Urk. 3/5 Frage 63). Obwohl er in dieser Zeit selber Konsument war und sein wahres Konsumverhalten wohl unterschätzt worden sein

- 23 - mag, ist entgegen den Ausführungen der Verteidigung nicht von einer Sucht mit entsprechendem Beschaffungsdruck oder sogar von einer verminderten Schuldfähigkeit auszugehen (Urk. 92 S. 11). Der Beschuldigte erklärte in diesem Zusammenhang auch heute, er habe an keine weiteren Personen verkauft und man habe sich mit diesen gegenseitigen Drogenabgaben manchmal "ausgeholfen" (Urk. 94 S. 2 ff.). Eine eigentliche Finanzierung der Sucht durch Verkauf der Betäubungsmittel ist somit nicht ersichtlich. Es sind demnach in subjektiver Hinsicht keine Umstände auszumachen, welche das objektive Tatverschulden merklich zu relativieren vermögen. Es rechtfertigt sich daher, die Einsatzstrafe im Bereich von 6 Monaten zu belassen. Auch die Verteidigung des Beschuldigten erachtet eine solche Einsatzstrafe aufgrund der Menge des reinen Wirkstoffs und der weiteren Tatumstände als angemessen (Urk. 92 S. 20 f.). 4. Asperation betreffend Gewaltdarstellungen

### **E. 4**

Kokainverkäufe an B.\_\_\_\_\_

#### **E. 4.1**

Wer Ton- oder Bildaufnahmen ohne schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert besitzt, welche grausame Gewalttätigkeiten gegen Menschen oder Tiere eindringlich darstellen und dabei die elementare Würde des Menschen in schwerer Weise verletzen, wird gemäss Art. 135 Abs. 1bis StGB mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Angesichts des Strafrahmens von einem Jahr ist die seitens der Verteidigung geforderte Festlegung einer Strafe von 15 Tagen am absolut untersten Rahmen, was nur bei sehr leichtem Verschulden in Frage käme. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, handelt es sich bei den drei Videodateien, welche der Beschuldigte besass, um gravierende Fälle von Gewaltdarstellungen (Urk. 66 S. 26 f.). Es ist indessen zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte die Videos gemäss glaubhaften Ausführungen mehr zufällig zugeschickt erhielt und in der Folge auch nicht weiterverbreitete. Subjektiv ist von einem direkten Vorsatz auszugehen, musste dem Beschuldigten doch bewusst sein, dass der Inhalt dieser Videos in keiner Art und Weise dem entspricht, was normalerweise auf elektronischen Kommunikationsmitteln beziehungsweise in Gruppenchats zirkuliert. Insgesamt ist daher von einem leichten Verschulden auszugehen und die Einzelstrafe auf 45 Tage festzusetzen.

- 24 -

#### **E. 4.2**

Die Einsatzstrafe ist in Anwendung des Asperationsprinzips um 30 Tage bzw. einen Monat zu erhöhen. 5. Tatumabhängige Strafzumessungsfaktoren

#### **E. 4.3**

Allein auf dieser Grundlage formulierte die Staatsanwaltschaft den streitgegenständlichen Anklagevorwurf, wonach der Beschuldigte bei ca. 20 Gele-

- 15 - genheiten jeweils 1 bis 10 Gramm Kokaingemisch, insgesamt jedoch mindestens 150 Gramm Kokaingemisch, an B.\_\_\_\_\_ verkauft haben soll. Selbst die Vorinstanz ortete im Aussageverhalten der Auskunftsperson einen "erheblichen Widerspruch", stellte in der Folge aber unbesehen auf diese Aussagen ab und erwog, es sei kein Grund ersichtlich, weshalb die Auskunftsperson mit einer unwahren Aussage nicht nur den Beschuldigten, sondern auch sich selbst mehr belasten sollte. Vielmehr – so die Vorinstanz weiter – entstehe der Eindruck, B.\_\_\_\_\_ habe sich von der angedrohten Straffolge wegen möglicher Falsch- aussage beeindrucken lassen und daher die Wahrheit gesagt (Urk. 66 S. 15). Dem kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden. Der Verteidigung ist zunächst dahingehend zuzustimmen, als dass die Untersuchungsbehörden trotz anderweitiger Angaben des Beschuldigten bereits relativ früh im Verfahren die Untersuchung einzig auf ihn als Verkäufer ausrichteten, bei B.\_\_\_\_\_ hingegen von einem Konsumenten ausgingen (Urk. 67 S. 3 f.; Urk. 92 S. 9 f.). Jedenfalls ist weder aktenkundig noch anderweitig bekannt, dass gegenüber der Auskunftsperson (weitere) Ermittlungen bezüglich allfälliger Kokainverkäufe erfolgten. Bei dieser Ausgangslage hatte B.\_\_\_\_\_ aufgrund seiner bisherigen Aussagen weder etwas zu befürchten, noch war er als Auskunftsperson gemäss Art. 178 StPO überhaupt zur Aussage geschweige denn zur Wahrheit verpflichtet. Zwar machte die Staatsanwaltschaft beide Beteiligten auf den Tatbestand der falschen Anschuldigung aufmerksam (Urk. 5/1). Weshalb B.\_\_\_\_\_ nunmehr unter dem Eindruck von irgendwelchen Straffolgen plötzlich seine Angaben nach oben hätte korrigieren müssen, ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich (so auch die Verteidigung: Urk. 92 S. 10).

#### **E. 4.4**

Selbst wenn die Ausführungen von B.\_\_\_\_\_ ansonsten als konsistent angesehen werden könnten, sind sie bezüglich Anzahl der Käufe und der insgesamt gekauften Menge als vage, ungenau und widersprüchlich zu qualifizieren. So musste B.\_\_\_\_\_ bereits bezüglich der Anzahl der getätigten Käufe anlässlich der Konfrontationseinvernahme einräumen, die genaue Anzahl nicht zu kennen (Urk. 5/1 S. 4). Es ist zwar mit der Vorinstanz keine Motivlage für eine (bewusste) Falschaussage auszumachen. Weshalb jedoch gerade die in der Konfrontationseinvernahme vorgenommene Schätzung den Tatsachen ent-

- 16 - sprechen sollte, wonach er mindestens 10 Mal mehr bzw. gesamthaft 150 Gramm Kokaingemisch vom Beschuldigten bezogen haben soll, erscheint mehr als fraglich. Auch die Vorinstanz konnte dies nicht näher darlegen. Liegen ohne nachvollziehbare Gründe solch divergierende Angaben vor, bedarf es für einen rechtsgenügenden Schuldnachweis grundsätzlich weiterer Indizien, welche die Beweislage verdichten. Dass die Aussagen nicht per se unglaubhaft erscheinen, gereicht alleine vorliegend nicht. Umstände, welche Rückschlüsse auf die Überprüfung der hierzu seitens beider Beteiligten gemachten Angaben zulassen würden, sind jedoch nicht aktenkundig. So wurde zuvor zwar festgehalten, dass durchaus Belastungsmomente dafür bestehen, dass der Beschuldigte Kokain verkauft bzw. zum Verkauf angeboten habe. Daraus lässt sich jedoch nichts hinsichtlich der hier zu prüfenden Häufigkeit der Verkaufshandlungen bzw. der dabei umgesetzten Menge ableiten. Vielmehr muss an dieser Stelle berücksichtigt werden, dass ausser B.\_\_\_\_\_ sämtliche befragten polizeilichen Auskunftspersonen allesamt angegeben haben, der Beschuldigte habe ihnen keine Drogen verkauft (Urk. 7/1 F/A 39 ff.; Urk. 8/1 F/A 39 f.; Urk. 9/1 F/A 27 f.; Urk. 10/1 F/A 26; Urk. 11/1 F/A 30 f.; Urk. 12/1 F/A 18; Urk. 13/1 F/A 20 f.; Urk. 14/1 F/A 39 f.). Vor diesem Hintergrund kann mithin nicht von der Hand gewiesen werden, dass der Beschuldigte – wie von der Verteidigung geltend gemacht – allenfalls mehrheitlich im engeren Kollegenkreis Kleinstmengen im Sinne von gegenseitigen Dienstleistungen weitergab (Urk. 92 S. 17 f.). Auch die beim Beschuldigten sichergestellte Liste mit möglichen Schuldbeträgen sowie der Umstand, dass der Beschuldigte den fraglichen Verkauf vom 4. Juni 2020 gemäss den Aussagen von B.\_\_\_\_\_ auf Kredit gewährte, spricht vorliegend nicht unbedingt für die nunmehr von B.\_\_\_\_\_ angeführten, markant intensiveren Drogenhandelstätigkeit des Beschuldigten.

#### **E. 4.5**

Gemäss den im Strafprozess geltenden Grundsätzen darf eine Verurteilung nur erfolgen, wenn die Schuld der beschuldigten Person mit hinreichender Sicherheit erwiesen ist. Von diesen Grundsätzen kann insbesondere bei mangelden Beweismitteln auch nicht mit der Begründung abgewichen werden, dass sich die Sachdarstellung des Beschuldigten als unglaubhaft bzw. belastende Aussagen von Dritten nicht per se als unglaubhaft erweisen. Die Aussagen von

- 17 - B.\_\_\_\_\_ allein genügen somit nicht, um auf die in der Anklage aufgeführten Mengen und Verkaufshandlungen abstellen zu können. Es bestehen aufgrund der vorhandenen Beweismittel mehr als bloss theoretische Zweifel am eingeklagten Sachverhalt. In Anwendung von Art. 10 Abs. 3 StPO, wonach in solchen Fällen von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage ausgegangen werden muss, ist vorliegend auf die Erstaussage von B.\_\_\_\_\_ sowie das damit weitgehend übereinstimmende Geständnis des Beschuldigten abzustellen. Unter Berücksichtigung der am 4. Juni 2020 erfolgten Übergabe von rund 5 Gramm Kokaingemisch ist nachfolgend daher davon auszugehen, dass der

Beschuldigte im eingeklagten Zeitraum anlässlich von ca. 5-6 Gelegenheiten gesamthaft rund 15 Gramm Kokaingemisch an B.\_\_\_\_\_ verkaufte, wobei anlässlich der einzelnen Verkaufshandlungen jeweils 1 bis 5 Gramm übergeben wurden.

#### **E. 4.6**

Vor diesem Hintergrund ist der Beweisantrag der Verteidigung obsolet und abzuweisen. Ein Beweisantrag kann abgelehnt werden, wenn er unzulässig ist oder die damit behauptete Tatsache unerheblich bzw. bereits rechtsgenügend erwiesen ist (FINGER-HUTH/GUT, in: Zürcher Kommentar StPO, 3. Auflage 2020, Art. 343 N 12). Das Berufungsgericht erhebt auf Antrag oder von Amtes wegen bereits im Vorverfahren ordnungsgemäss und vollständig erhobene Beweise nur dann erneut, wenn die unmittelbare Kenntnisaufnahme des Beweises für die Urteilsfällung notwendig erscheint (Art. 405 Abs. 1 StPO i.V.m. 343 Abs. 3 StPO; Urteil 6B\_1251/2014 vom 1. Juni 2015 E. 1.3.). Allein der Inhalt einer Aussage (was gesagt wird) lässt eine erneute Beweisabnahme nicht als notwendig erscheinen. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob das Urteil in entscheidender Weise vom Aussageverhalten der betreffenden Person (wie sie es sagt) abhängt (vgl. BGE 140 IV 196 E. 4.4.2). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Angaben von B.\_\_\_\_\_ beruhten schon in der Untersuchung auf seinerseits vorge-nommenen Schätzungen. Umgekehrt ist sodann festzuhalten, dass selbst wenn die genannte Auskunftsperson ihre erheblicheren Belastungen anlässlich einer (erneuten) Einvernahme vor Gericht bestätigen könnte, dies nichts am aufgezeigten Beweisergebnis zu ändern vermöchte.

- 18 -

#### **E. 5**

Reinheitsgehalt

##### **E. 5.1**

Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse kann auf die bisherigen Be-fragungen zur Person sowie die diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 3/5; Prot. I S. 6 ff.; Urk. 66 S. 27 f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte ergänzend aus, er sei nach wie vor mit seiner langjährigen Partnerin zusammen, wohne bei den Eltern und arbeite in der Logistik. Er verdiene monatlich netto rund Fr. 4'200.– und habe keine Schulden. Letztmals habe er im Mai 2020 Drogen konsumiert (Urk. 91 S. 2 ff.). Die persönlichen Verhältnisse sind als strafzumessungsneutral zu werten.

##### **E. 5.2**

Wenn die Verteidigung geltend macht, schwere Kriminalität sei in den Vorstrafen des Beschuldigten nicht auszumachen, weshalb diese nicht wirklich strafehörend ins Gewicht fallen würden, ist ihr zu widersprechen (Urk. 92 S. 22). Der Beschuldigte wies im relevanten Zeitraum vier Einträge im Strafregister auf und delinquierte mehrfach und während laufender Probezeit (Urk. 88). Ein solches Verhalten kann nicht allein mit dem damals bestehenden Kokainkonsum gerechtfertigt werden (vgl. Urk. 92 S. 23). insbesondere die erneute einschlägige Delinquenz in Bezug auf den Verkauf von Betäubungsmitteln zeugt von einer deutlichen Unbelehrbarkeit und ist massgeblich strafehörend zu berücksichtigen. Demgegenüber fallen die Geständnisse des Beschuldigten nur beschränkt ins Gewicht, war er hinsichtlich der Gewaltdarstellungen doch faktisch von Anfang an überführt und erfolgte das Eingeständnis bezüglich des

Vorwurfs des Betäubungsmittelhandels erstmals anlässlich der Berufungsverhandlung. Weshalb der Beschuldigte allein aufgrund des angeblich unzureichenden Vertrauensverhältnisses zur vormaligen amtlichen Verteidigung nicht schon früher hat "reinen Tisch" machen können, wie dies seitens der Verteidigung ins Feld geführt wird, kann nicht ersehen werden (Urk. 92 S. 23). Insgesamt rechtfertigt sich in Berücksichtigung der Vorstrafen und der Delinquenz während laufender Probezeit trotz der Geständnisse eine merkliche Erhöhung der Freiheitsstrafe auf rund 9 Monate. 6. Widerruf und resultierende Freiheitsstrafe

### **E. 5.3**

Die schlüssigen Ausführungen der Vorinstanz in Bezug auf den Reinheitsgehalt des verkauften Kokains, gemäss welchen sie im Gegensatz zur Anklage (und zugunsten des Beschuldigten) von einem Reinheitsgehalt von durchschnittlich 67,6% ausgeht, sind daher nicht zu beanstanden (act. 66 S. 15 f.). Selbst wenn die Verteidigung einen leicht tieferen Reinheitsgrad angewendet haben will, geht auch sie im Ergebnis von einer Reinmenge von rund 10 Gramm aus (Urk. 92 S. 14).

- 19 -

## **E. 6**

Rechtliche Würdigung

### **E. 6.1**

Der Beschuldigte wurde am 20. Februar 2019 mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 4 Monaten verurteilt, wobei der Vollzug der Strafe unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren aufgeschoben wurde. Hinsichtlich der rechtlichen Grundlagen betreffend die Nichtbewährung des Täters innerhalb der Probezeit und der damit einhergehenden Frage des Widerrufs der Vorstrafe kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Zutreffend hat die Vorinstanz auch dargelegt, weshalb angesichts des belasteten Vorlebens keine günstige Prognose gestellt werden kann, zumal die neuerliche Delinquenz des Beschuldigten nicht als Bagatellen angesehen werden können (vgl. Urk. 66 S. 33 f.). Ebenfalls fällt ins Gewicht, dass der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe unter Erteilung der Weisung auf Totalabstinenz von Betäubungsmitteln für die Dauer der Probezeit erfolgte, welche Weisung vom Beschuldigten offensichtlich missachtet wurde (so auch die Verteidigung: Urk. 92 S. 23; vgl. Urk. 18 und 23 in Beizugsakten Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis, A-6 2018/10039629). In einem solchen Fall kann die frühere bedingte Strafe in aller Regel nicht nochmals aufgeschoben werden (vgl. BGE 134 IV 140 E. 4.5). Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 20. Februar 2019 gewährte bedingte Strafvollzug der Freiheitsstrafe von vier Monaten ist demnach zu widerrufen.

### **E. 6.2**

Nachdem bezüglich der zu widerrufenden sowie der heute auszufällenden Strafe gleichartige Sanktionen vorliegen, ist diesbezüglich gemäss Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB zwingend eine Gesamtstrafe auszufällen, welche sich sinngemäss an der Gesamtstrafenbildung nach Art. 49 StGB zu orientieren hat (vgl. zum Ganzen; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, 4. Aufl. 2019, Art. 46 N 36). Da sowohl die heute festzulegende Freiheitsstrafe als auch die Vorstrafe bereits Gesamtstrafen darstellen, ist bei der erneuten Gesamtstrafenbildung lediglich noch eine reduzierte Asperation vorzunehmen (BGE 145

IV 153). Deshalb

- 26 - erscheint es gerechtfertigt, die Einsatzstrafe von 9 Monaten aufgrund der widerrufenen Strafe (4 Monate) auf 12 Monate Freiheitsstrafe zu asperieren.

### **E. 6.3**

Diese Gesamtstrafe ist sodann als teilweise Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 15. Februar 2022 auszusprechen, da die heute zu beurteilenden Taten sich mit denjenigen im genannten Strafbefehl teilweise überschneiden (s.a. Urk. 88). Die im Strafbefehl vom 15. Februar 2022 verhängte Freiheitsstrafe von 2 Monaten wurde ihrerseits wiederum als teilweise Zusatzstrafe zum Strafbefehl vom 20. Februar 2019 ausgesprochen. Daraus folgt, dass bei der Festsetzung der Sanktion vom 15. Februar 2022 bereits eine beträchtliche Asperation erfolgte (Urk. 89). Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Vorgehen bei retrospektiver Konkurrenz, welche den Anwendungsbereich des Asperationsprinzips limitiert und eine nochmalige kumulative Anwendung desselben ausschliesst, kann bei einer solchen Konstellation hinsichtlich der neuerlichen (teilweisen) Zusatzstrafenbildung keine nochmalige (messbare) Asperation erfolgen. Vor diesem Hintergrund ist vorliegend auf weitergehende Ausführungen bezüglich der methodischen Vorgehensweise zur teilweisen Zusatzstrafenbildung zu verzichten. Es hat bei der Strafhöhe von 12 Monaten sein bewenden. Der Beschuldigte ist – unter Einbezug der widerrufenen Strafe – mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten als Gesamtstrafe zu bestrafen, welche als teilweise Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 15. Februar 2021 auszusprechen ist.

### **E. 6.4**

Daran anzurechnen ist die erstandene Haft von insgesamt 155 Tagen (Art. 51 StGB; 127 Tage Haft im vorliegenden Verfahren sowie 28 Tage Haft gemäss widerrufenem Strafbefehl vom 20. Februar 2019). 7. Mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes Die vorinstanzlich festgelegte Busse von Fr. 500.– für die mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes wurde von der Verteidigung nicht beanstandet und ist unter Berücksichtigung der finanziellen Situation des Beschuldigten und des- sen Geständnis zu bestätigen (Urk. 52 S. 43 f.).

- 27 - 8. Vollzug 8.1. Bezüglich der rechtlichen Grundlagen zur Gewährung des bedingten oder teilbedingten Vollzugs kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 66 S. 35 f.). 8.2. Wie schon erwähnt, weist der Beschuldigte im heutigen Zeitpunkt bereits fünf Einträge im Strafregister auf (Urk. 88). Es liegt zwar innerhalb der letzten fünf Jahren keine Verurteilung zu einer Strafe von mehr als 6 Monaten vor, weshalb keine besonders günstige Prognose gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB vorliegen muss. Jedoch ist an dieser Stelle erneut zu betonen, dass der Beschuldigte wiederholt, einschlägig und während laufender Probezeit sowie laufender Untersuchung (in Bezug auf die Untersuchung, welche zum Strafbefehl vom 20. Februar 2019 geführt hatte) delinquierte. Auch die bereits verbüsste Untersuchungshaft von 28 Tagen (vom 20. November 2018 bis am 17. Dezember 2018) schien bei ihm nicht genügend Eindruck hinterlassen zu haben, um von weiteren Delikten abzu- sehen. Vielmehr verkaufte er fortan wiederum Kokaingemisch, konsumierte Kokain und missachtete die ihm auferlegte Weisung zur Drogenabstinenz. Trotz momentaner Arbeitstätigkeit des Beschuldigten und bereits erfolgtem Widerruf der Vorstrafe vom 20. Februar 2019 ist daher in einer Gesamtbetrachtung von einer eigentlichen Schlechtprognose auszugehen. Die Freiheitsstrafe ist deshalb zu vollziehen.

8.3. Die Busse ist zwingend zu bezahlen. Für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, ist eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen auszusprechen (Art. 106 Abs. 2 StGB). V. Landesverweisung und Beschlagnahmungen 1. Landesverweisung

**E. 10**

(...)

**E. 11**

(Mitteilungen.)

**E. 12**

(Rechtsmittel.)" 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist zudem schuldig des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG. 2. Der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 20. Februar 2019 für eine Freiheitsstrafe von 4 Monaten gewährte bedingte Vollzug wird widerrufen. 3. Der Beschuldigte wird – unter Einbezug der widerrufenen Strafe gemäss Ziff. 2 – bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten als Gesamtstrafe (wovon 155 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind), als teilweise Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom

**E. 15**

Februar 2021, sowie mit einer Busse von Fr. 500.–. 4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen. 5. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen. 6. Von der Anordnung einer Landesverweisung im Sinne von Art. 66a StGB wird abgesehen.

- 32 - 7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. Dezember 2019 beschlagnahmte Uhr (Imitat Rolex, Asservat Nr. A012'693'037) wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft innerhalb von drei Monaten auf erstes Verlangen herausgegeben und ansonsten der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen. 8. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. 9. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für die Untersuchung und das erstinstanzliche Verfahren werden zur Hälfte einstweilen und im Übrigen definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten im hälftigen Umfang bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 10. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 7'000.– amtliche Verteidigung. 11. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden zu 1/4 dem Beschuldigten auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. 12. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden zu 1/4 einstweilen und im Übrigen definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten im Umfang von 1/4 bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 13. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (versandt) – die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (versandt) – das Migrationsamt des Kantons Zürich (versandt)

- 33 - sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl – das Bundesamt für Polizei, fedpol, 3003 Bern und nach unbenütztem Ablauf der

Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – das Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A und Formular B – die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten – die Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis, in die Akten Geschäfts- Nr. 2018/10039629 – die Kantonspolizei Zürich, TEU AssTri, Postfach, 8021 Zürich, betr. Vorabbeschluss und Dispositivziff. 7. 14. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

- 34 - Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 16. Juni 2022 Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. B. Amacker lic. iur. M. Keller

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