

ZH_OBERGERICHT SB210385 vom 10. Januar 2022

ZH Obergericht, 2022-01-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210385

FR: ZH_OBERGERICHT SB210385 du 10 janvier 2022

IT: ZH_OBERGERICHT SB210385 del 10 gennaio 2022

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Die Vorinstanz führte zutreffend aus, dass sich der Beschuldigte einer Katalogtat schuldig gemacht hat und er hierfür gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB grundsätzlich für die Dauer von 5 bis 15 Jahren des Landes zu verweisen ist (Urk. 44 S. 21 f.). Mit der Vorinstanz stellt eine Landesverweisung für den gemäss eigenen Aussagen sich nur zu Besuch in der Schweiz aufhaltenden Beschuldig-

- 14 - ten keinen schweren persönlichen Härtefall dar (Art. 66a Abs. 2 StGB; Urk. 44 S. 22). Dies wird seitens der Verteidigung anerkannt (Urk. 36 S. 13; Urk. 47 S. 3).

E. 1.2

Mit ihrer Berufung wendet sich die Verteidigung jedoch gegen die von der Vorinstanz ausgesprochene Dauer der Landesverweisung: Während die Vorinstanz aufgrund des nicht mehr leichten Verschuldens eine Verweisungsdauer von 7 Jahren für angemessen befand, beantragt die amtliche Verteidigung im Berufungsverfahren lediglich eine Landesverweisung für die Dauer von 5 Jahren (Urk. 44 S. 22; Urk. 47 S. 3). Zur Begründung verweist die Verteidigung insbesondere auf die ihrer Ansicht nach zu reduzierende Strafe, welche eine kürzere Dauer der Landesverweisung rechtfertigt (Prot. II S. 9).

E. 1.3

Die Rechtsfolge einer Landesverweisung ist aufgrund des Verschuldens und der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu bestimmen (Urteile des Bundesgerichts 6B_249/2020 vom 27. Mai 2021 E. 6.2.1; 6B_627/2018 vom 22. März 2019 E. 1.3.4). Die Dauer der ausgesprochenen Landesverweisung muss verhältnismässig sein (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 36 Abs. 3 BV, Art. 8 Ziff. 2 EMRK). Dem Sachgericht kommt bei der Festlegung der Dauer der Landesverweisung ein weites Ermessen zu (Urteile des Bundesgerichts 6B_249/2020 vom 27. Mai 2021 E. 6.2.1; 6B_690/2019 vom 4. Dezember 2019 E. 5, nicht publ. in: BGE 146 IV 105).

E. 1.4

Ausgehend vom nicht mehr leichten bis mittelschweren Verschulden des Beschuldigten bei der Begehung der vorliegend zu beurteilenden Taten ist eine Landesverweisung für die Dauer von 7 Jahren keineswegs überhöht. Bei einem keineswegs minimalen Tatverschulden ist entgegen der Verteidigung auch keine gesetzlich-minimale Dauer der Wegweisung angezeigt. Sodann tätigte der Beschuldigte nicht nur Drogengeschäfte innerhalb der Schweiz, sondern organisierte darüber hinaus auch die Einfuhr einer beträchtlichen Menge

Kokaingemischs in die Schweiz. Er stellt damit eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit in der Schweiz dar. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte gar kein gesteigertes Interesse daran hat, in die Schweiz einzureisen respektive sich hier aufzuhalten. An der Hauptverhandlung erklärte der Beschuldigte persönlich, eine Landesverweisung von 7 Jahren "mache ihm nichts aus" (Prot. I S. 18), was die

- 15 - Verteidigung ausdrücklich bestätigte (Prot. I S. 25). Auch im Rahmen der Berufungsverhandlung gab der Beschuldigte zu Protokoll, er plane nicht, jemals in die Schweiz zurückzukehren (Urk. 58 S. 6). Die vorinstanzliche Dauer der Landesverweisung für 7 Jahre ist daher zu bestätigen. 2. Ausschreibung im Schengener Informationssystem (SIS)

E. 2

Umfang der Berufung Die amtliche Verteidigung wendet sich mit ihrer Berufung gegen die von der Vorinstanz bemessene Strafe und deren Vollzug (Dispositiv-Ziffer 2), die Landesverweisung und deren Ausschreibung im Schengener Informationssystem SIS (Dispositiv-Ziffer 3) sowie die vorinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziffer 9; Urk. 47 S. 2). Im vorliegenden Berufungsverfahren nicht angefochten – und damit in Rechtskraft erwachsen – sind der vorinstanzliche Schuldspruch (Dispositiv-Ziffer 1), die Anordnungen betreffend Verwendung von beschlagnahmten Betäubungsmitteln und Barschaften (Dispositiv-Ziffern 4 und 5) und betreffend Zivilforderungen (Dispositiv-Ziffer 6), die Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffern 7 und 8) und die Festsetzung der Entschädigung der amtlichen Verteidigerin

- 5 - (Dispositiv-Ziffer 10), was vorab mittels Beschluss festzustellen ist (Art. 404 StPO).

E. 2.1

Der Beschuldigte ist Staatsbürger von I._____ und somit Drittstaatsangehöriger, dessen Verweisung aus dem Staatsgebiet eines Mitgliedstaates grundsätzlich im Schengener Informationssystem ausgeschrieben werden muss, sofern die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Der Beschuldigte verfügt überdies über einen Aufenthaltstitel für die H._____ und somit für ein Mitgliedstaat des Schengen-Raumes (Urk. 15/5 Beilage A).

E. 2.2

Die amtliche Verteidigerin bringt gegen eine Ausschreibung der Landesverweisung im Berufungsverfahren vor, dass dadurch seine Bewegungsfreiheit und sein Recht auf Familie in unangemessener Weise verletzt würden. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass seine Familie in der H._____ lebe und seine Ehefrau in J._____ nahe der Grenze arbeite (Prot. II S. 9).

E. 2.3

Nach Art. 24 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS-II-VO) wird die Ausschreibung im Schengener Informationssystem eingetragen, wenn die Anwesenheit des Drittstaatsangehörigen eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt. Dies ist gemäss Art. 24 Abs. 2 lit. a SIS-II-VO insbesondere der Fall bei einem Drittstaatsangehörigen, der in einem Mitgliedstaat wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist. Gemäss neuster bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dabei aber auch unabhängig von einer abstrakten Strafandrohung jeweils zu prüfen, ob auf Grundlage einer

individuellen Bewertung und unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips von der betroffenen Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht, in welchem Fall

- 16 - die Ausschreibung im Schengener Informationssystem zwingend anzuordnen ist (BGE 147 IV 340 E. 4.4.3., 4.6. und 4.7.1.; BGE 146 IV 172 E. 3.2.2.).

E. 2.4

Nachdem die vom Beschuldigten begangenen mehrfachen qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz eine Mindeststrafe von einem Jahr vorsehen (vgl. Art. 19 Abs. 2 BetmG), sind die Voraussetzungen für eine SIS-Ausschreibung grundsätzlich erfüllt. Auch hat er durch seine Beteiligung am grenzüberschreitenden Drogenhandel bewiesen, dass sich die von ihm ausgehende Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit nicht lediglich auf das Gebiet der Schweiz beschränkt, sondern dass von ihm auch eine konkrete Gefahr für die Mitgliedstaaten des Schengen-Raumes ausgeht. Im vorliegenden Fall ist im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte über eine Ehefrau und ein Kind in der H. _____ verfügt, zu welchen er ein gutes Verhältnis habe (Urk. 26/2 F/A 15 ff. und 35). Es kann dem Beschuldigten nicht widerlegt werden, dass er zu seiner Kernfamilie in der H. _____ eine tatsächliche und gelebte Beziehung pflegt (Prot. I S. 25 f.), weshalb ein Einreiseverbot für den Schengen-Raum unbestritten zu einer Einschränkung seines Rechts auf Familienleben führen würde (Art. 8 Ziff. 1 EMRK). Dennoch ist eine Ausschreibung der Landesverweisung vorliegend erforderlich und geeignet, um der vom Beschuldigten ausgehenden Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit für sämtliche Schengen-Mitgliedstaaten entgegenzuwirken. Gesamthaft besteht daher ein erhebliches Interesse der Schengen-Mitgliedstaaten, über die vorliegend auszusprechende Landesverweisung in Kenntnis gesetzt zu werden, welches das persönliche Interesse des Beschuldigten am Absehen einer Ausschreibung klar überwiegt.

E. 2.5

Auch der eingereichte Aufenthaltstitel für die H. _____ steht dieser Ausschreibung der Landesverweisung im SIS nicht entgegen. Es liegt nicht an den schweizerischen Behörden, auf eine sonst gerechtfertigte Ausschreibung zu verzichten, nur weil eine drittstaatsangehörige Person in einem anderen Schengen-Mitgliedstaat aufenthaltsberechtigt ist. Die Schweiz hat somit das Einreiseverbot auszuschreiben und den Mitgliedstaat, welcher dem Beschuldigten einen Aufenthaltstitel ausgestellt hat, zu konsultieren, damit dieser prüft, ob

- 17 - ausreichende Gründe für die Einziehung des Aufenthaltstitels bestehen. Entschliesst sich dieser Mitgliedstaat, vorliegend die H. _____, den Aufenthaltstitel nicht einzuziehen, ist die Schweiz zur Rücknahme der Ausschreibung verpflichtet, wobei es ihr gemäss Art. 25 Abs. 2 SDÜ unbenommen bleibt, den betroffenen Drittausländer in die nationale Ausschreibungsliste aufzunehmen.

E. 2.6

Aufgrund des Gesagten ist die Landesverweisung gegen den Beschuldigten (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem SIS auszuschreiben und das Migrationsamt des Kantons Zürich ist zu ersuchen, das Konsultationsverfahren gemäss Art. 25 Abs. 2 SDÜ mit der H. _____ durchzuführen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Ausgangsgemäss ist die vorinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziffer 9) zu bestätigen.

Die amtliche Verteidigung stellt sinngemäss ein Gesuch um Erlass der Verfahrenskosten im Sinne von Art. 425 StPO (Urk. 47 S. 3; Prot. II S. 9), begründet dieses neben dem Verweis auf die "offensichtliche Uneinbringlichkeit" aber nicht weiter. Aufgrund der Aussagen des Beschuldigten ist davon auszugehen, dass er seinen Lebensunterhalt durch seinen Autoersatzteilhandel jeweils zu decken vermochte und es ihm zudem möglich war, mit jeweils rund Fr. 5'000.– in die Schweiz zu reisen, um hier entsprechende Teile zu erwerben. Vor diesem Hintergrund steht ein Erlass der Verfahrenskosten für das Untersuchungs- und das erstinstanzliche Gerichtsverfahren ausser Frage. Im Übrigen würde es aber ohnehin nicht der Praxis der hiesigen Kammer entsprechen, die Kosten des Verfahrens aufgrund schlechter finanzieller Verhältnisse bereits im Sachurteil definitiv abzuschreiben, zumal eine zukünftige Verbesserung der finanziellen Situation nicht von vornherein auszuschliessen ist. 2. Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Gerichtsverfahren ist auf Fr. 2'500.– festzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO i.V.m. § 16 Abs. 1 und § 14 GebV OG).

- 18 -

E. 2.7

Wenn die Vorinstanz nach Beurteilung der Tatkomponente für die Taten des Beschuldigten eine Einsatzstrafe von 48 Monaten Freiheitsstrafe festsetzt, so ist dies in keiner Weise überhöht: Als Orientierungshilfe kann für die Festsetzung einer Strafe ausgehend von der Menge an Betäubungsmitteln auf Berechnungsmodelle zurückgegriffen werden (Urteil des Bundesgerichts 6B_858/2016 vom 16. März 2017 E. 3.2.). Bei 1'305 Gramm reinem Kokain sieht die Strafzumessungstabelle von FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER eine Einsatzstrafe im Bereich von 48 Monaten Freiheitsstrafe vor, während die Strafzumessungstabelle von HANSJAKOB sogar eine solche von bis zu 56 Monaten vorsieht (HANSJAKOB, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen - eine Umfrage der KSBS, in: ZStrR 1997 S. 233 ff.; FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Kommentar BetmG, 3. Aufl. 2016, N 38 zu Art. 47 StGB). Weiter ist der Beschuldigte gemäss EUGSTER/FRISCHKNECHT auf der Hierarchiestufe 3 von 5 anzusiedeln, bei welcher diese zum Vergleich eine Einsatzfreiheitsstrafe von 5 bis 8 Jahren vorsehen

- 12 - (EUGSTER/FRISCHKNECHT, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, AJP 2014, S. 327 ff., S. 336).

E. 2.8

Die Vorinstanz hat zur Täterkomponente den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten angeführt (Urk. 44 S. 20 f.), worauf vorab verwiesen werden kann. An der Berufungsverhandlung bestätigte der Beschuldigte seine vor Vorinstanz gemachten Angaben zu den persönlichen Verhältnissen, welche sich in der Zwischenzeit nicht verändert hätten (Urk. 58 S. 2). Mit der Vorinstanz wirken sich sowohl die Biografie des Beschuldigten als auch dessen Vorstrafenlosigkeit strafzumessungsneutral aus. Zum Geständnis des Beschuldigten gilt es anzufügen, dass er während den ersten fünf Einvernahmen vollständig abtritt, an den aufgezeichneten Telefonaten beteiligt gewesen zu sein (Urk. 15/1-5). Erst in der sechsten Einvernahme gab er stellenweise zu, an den Telefonaten beteiligt gewesen zu sein (Urk. 15/6). Während er zu Beginn der Befragung noch an seiner früheren Aussage, es sei in den Gesprächen jeweils um Autos gegangen (Urk. 15/6 F/A 42), festhielt, gestand er im weiteren Verlauf – nach Vorhalt der Telefonüberwachungen –, dass bei den Telefonaten auch über Kokainübergaben gesprochen worden sein könnte (Urk. 15/6 F/A 63 ff.). Bezeichnend für das

Aussageverhalten des Beschuldigten ist auch, dass er sich jeweils zuerst die Audiodateien der überwachten Telefonate vorspielen liess, bevor er sich zum Anklagevorwurf äusserte (Urk. 15/6 F/A 18, "Ich weiss nicht was ich sagen soll. Fahren Sie fort mit dem Abspielen der Telefongespräche."; Urk. 15/7 F/A 3, "Ich kann im Moment nichts dazu sagen. Erst nachdem ich die Gespräche gehört habe, kann ich etwas sagen."; Urk. 15/8 F/A 15, "Ok, fahren Sie erst einmal fort mit den Gesprächen."). Bei dieser Vorgehensweise könnte man zugunsten des Beschuldigten davon ausgehen, dass er sich zuerst nicht an die einzelnen Vorgänge zu erinnern vermochte, weshalb er zuerst die Gespräche hören wollte, um seine Erinnerung an die Vorgänge auffrischen zu können. Selbst nach Abspielen der Telefonate gestand der Beschuldigte jedoch bis zur Schlusseinvernahme grossmehrheitlich nur diejenigen Taten ein, welche er aufgrund des eindeutigen Inhalts der Telefonüberwachungen nicht abstreiten konnte. Wo auch immer eine nur geringe Interpretationsmöglichkeit des Gesagten bestand, berief er sich auf diese und auf seine Unschuld. Der Beschuldigte hat mit

- 13 - anderen Worten nichts zu einer Tataufdeckung über seinen Tatanteil hinaus beigetragen. Auch wirkliche Reue und Einsicht in das Unrecht seiner Taten sind in den Aussagen des Beschuldigten – entgegen der Verteidigung (Urk. 36 S. 11; Prot. II S. 7) – bis zuletzt nicht erkennbar und eine besondere Strafempfindlichkeit kann nicht ausgemacht werden. Dass die Vorinstanz die festgesetzte Strafe aufgrund des (Teil-)Geständnisses um 6 Monate auf 42 Monate Freiheitsstrafe reduzierte, ist daher wohlwollend, aber zu übernehmen.

E. 2.9

Zusammenfassend ist die von der Vorinstanz festgesetzte Einsatzstrafe von 48 Monaten Freiheitsstrafe keineswegs überhöht. Auch die Strafreduktion aufgrund der Täterkomponenten um 6 Monate auf 42 Monate Freiheitsstrafe ist keineswegs zu streng ausgefallen. Aufgrund des Verschlechterungsverbots hat es daher bei der vorinstanzlich festgesetzten Strafe von 42 Monaten Freiheitsstrafe sein Bewenden (Art. 391 Abs. 2 StPO). Selbstredend kann bei dieser Strafhöhe eine allfällige Grenzwertproblematik ausser Acht gelassen werden (Urk. 36 S. 11; Prot. II S. 8). An diese Strafe sind die 566 Tage Untersuchungshaft sowie vorzei- tiger Strafvollzug anzurechnen (Art. 51 StGB).

E. 3

Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung vollumfänglich. Entsprechend sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, vollumfänglich aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten ist jedoch gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten. Betreffend sein Gesuch um Erlass der Verfahrenskosten kann auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden.

E. 3.1

Die Verteidigung brachte im Rahmen der Berufungsverhandlung als Vorfrage vor, die Schweizerischen Gerichte seien für die Beurteilung der Vorgänge 116 und 132 nicht zuständig, da das dem Beschuldigten gemäss Anklageschrift vorgeworfene Verhalten im Ausland begangen worden sei (Urk. 57, Prot. II S. 4 f.). Der Beschuldigte hat indessen – wie ausgeführt – den vorinstanzlichen Schuldspruch, mit welchem er betreffend alle Anklagedossiers schuldig gesprochen wurde, nicht angefochten. Entsprechend ist der

Schuldpunkt im Berufungsverfahren auch nicht mehr zu überprüfen. Wenn der Beschuldigte nun geltend macht, die Schweizerischen Gerichte seien für die Beurteilung von zwei Anklagedossiers gar nicht zuständig gewesen, so stellt er damit den bereits in Rechtskraft erwachsenen Schuldpunkt in Frage. Auf den diesbezüglichen vorfrageweise gestellten Antrag ist daher nicht einzutreten.

E. 3.2

Doch selbst wenn auf den entsprechenden Antrag einzutreten wäre, erschiene die Zuständigkeit der Schweizerischen Gerichte betreffend die zwei Vorgänge als gegeben. So wird dem Beschuldigten in Vorgang 116 (Anklageziffer 6) – entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Prot. II S. 5) – nicht bloss vorgeworfen, in den Niederlanden eine Kokainlieferung organisiert zu haben. Vielmehr wird ihm auch der Vorwurf gemacht, das Kokain sei sodann beim Beschuldigten in der Schweiz eingetroffen. Zudem habe ein Abnehmer mit dem Pseudonym "C._____" das Kokain vom Beschuldigten teilweise übernommen. Ein anderer Abnehmer habe ihm für einen Teil des Kokains zudem CHF 7'000.– bezahlt (Urk. 28 S. 3). Damit erfolgten gewisse Tathandlungen auch auf dem Schweizerischen Staatsgebiet, was einen ausreichenden Anknüpfungspunkt für die Schweizerische Zuständigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 1 StGB begründen würde. Auch betreffend den Vorgang 132 (Anklageziffer 10) ist festzuhalten, dass dem Beschuldigten nicht etwa ein einzig im Ausland vorgefallenes Geschehen zur Last gelegt wird. Vielmehr wird in der Anklageschrift auch bei diesem Vorgang festgehalten, dass das vom Beschuldigten organisierte Kokain teilweise auch für

- 6 - ihn in F._____ aufbewahrt worden sei, womit ihm ein mittelbarer Besitz vorgeworfen wird. Demnach würde auch betreffend diesen Vorgang ohnehin ein ausreichender Bezug zur Schweiz bestehen, welcher eine Zuständigkeit der hiesigen Justiz im Sinne von Art. 3 Abs. 1 StGB begründen würde. II. Sanktion 1. Vorbemerkung Die Vorinstanz sah den Anklagesachverhalt grösstenteils als erstellt an. Lediglich betreffend den Vorgang 95 sei in Abweichung zur Anklageschrift und zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass D._____ (von der Polizei "D'._____" genannt) lediglich 13 Kokainfingerlinge à ca. 10 Gramm Kokaingemisch im Auftrag des Beschuldigten in E._____ übernommen und im Auftrag des Beschuldigten noch am gleichen Tag nach F._____ gebracht habe, für was "D'._____" vom Beschuldigten Fr. 30.– pro Fingerling und somit insgesamt Fr. 390.– bezahlt erhalten habe (Urk. 28 S. 2 f.; Urk. 44 S. 5 ff.). Gesamthaft liesse sich erstellen, dass der Beschuldigte am Handel von 1'865 Gramm Kokaingemisch beteiligt gewesen sei, was die Vorinstanz als mehrfache Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c, lit. d und lit. g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG würdigte und ihn hierfür schuldig sprach (Urk. 44 S. 15). 2. Strafzumessung

E. 4

Die Aufwendungen und Auslagen der amtlichen Verteidigung sind aus- gewiesen (Urk. 56) und erscheinen angemessen. Die amtliche Verteidigerin des Beschuldigten ist entsprechend für das Berufungsverfahren – unter Berück- sichtigung einer gegenüber der Schätzung gemäss eingereichter Honorarnote etwas längeren Dauer der Berufungsverhandlung – mit pauschal Fr. 5'400.– (inkl. MwSt. und Auslagen) zu entschädigen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Strafgericht, vom 1. April 2021 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt:

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