

ZH_OBERGERICHT SB210525 vom 7. Februar 2023

ZH Obergericht, 2023-02-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB210525

FR: ZH_OBERGERICHT SB210525 du 7 février 2023

IT: ZH_OBERGERICHT SB210525 del 7 febbraio 2023

Erwägungen

E. 1

Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene, mündlich eröffnete Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 25. März 2021 liess der Beschuldigte mit Ein-

- 6 - gabe vom 1. April 2021 Berufung anmelden (Urk. 59). Nach Zustellung des begründeten Entscheides am 15. September 2021 (Urk. 62/2) liess er mit Eingabe vom 5. Oktober 2021 fristgerecht die Berufungserklärung folgen (Urk. 64).

E. 1.1

Die Verteidigung beantragt mit ihrer Berufung das Aussprechen einer bedingten Freiheitsstrafe von 8, eventualiter 18 Monaten, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren (Urk. 77 S. 1).

E. 1.2

Die Vorinstanz hat die relevanten Grundlagen der Strafzumessung korrekt wiedergegeben. So hat sie insbesondere den massgebenden Strafraumen zutref-

- 22 - fend festgelegt und die anwendbaren Strafzumessungsregeln auch spezifisch im Hinblick auf die Verstösse gegen das Betäubungsmittelgesetz umfassend rezipiert (vgl. Urk. 63 S. 17 ff.). Gemäss jüngerer Praxis des Bundesgerichts ist bei mehreren verwirkten Straftaten für die Festlegung der angemessenen Sanktion nach der sogenannten konkreten Methode vorzugehen und in diesem Zusammenhang für jede Tat grundsätzlich (zumindest gedanklich) eine selbständige Strafe auszufällen, für welche in der Folge die adäquate Strafart zu bestimmen ist (BGE 144 IV 217). Demzufolge sind nachfolgend für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (in Bezug auf das Kokain) einerseits und für die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (in Bezug auf das Haschisch) andererseits jeweils selbständige (hypothetische) Einzeleinsatzstrafen zu bestimmen, bei welchen sodann zu prüfen ist, ob sich für die jeweiligen Taten eine Geldstrafe oder eine Freiheitsstrafe als angemessen erweist.

E. 1.3

Das Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und lit. d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG stellt mit einem Strafraumen von einem bis zu zwanzig Jahren Freiheitsstrafe das schwerste Delikt dar. 2. Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz

E. 2

Mit Präsidialverfügung vom 18. Oktober 2021 (Urk. 66) wurde die Berufungserklärung in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO sowie Art. 401 StPO der Staatsanwaltschaft zugestellt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die

Berufung zu beantragen. Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 68). Das Dispensationsgesuch wurde formlos gutgeheissen (Urk. 71).

E. 2.1

Tatkomponente a) Mit Bezug auf die objektive Tatschwere des Besitzes und Transports von Kokain ist festzuhalten, dass es sich bei Kokain um eine gefährliche Droge handelt, welche bei wiederholtem Konsum bereits nach relativ kurzer Zeit zu einer hohen psychischen Abhängigkeit mit erheblichen Gesundheitsfolgen führen kann (vgl. HUG-BEELI, BetmG-Komm. Basel 2016, Art. 2 N 295 ff.). Dieser Umstand ist allgemein bekannt und muss auch dem Beschuldigten sehr wohl bewusst gewesen sein. Beim in Frage stehenden Kokaingemisch von rund 300 Gramm (reine Menge: 273 Gramm) handelte es sich um eine bedeutende Menge, welche deutlich über der Schwelle des schweren Falles liegt (vgl. dazu BGE 109 IV 145). Es

- 23 - kann ihm indessen gemäss erstelltem Sachverhalt nicht vorgeworfen werden, dass er selbst im grossen Stil mit harten Drogen gehandelt hat, jedoch dass er die Betäubungsmittel besass und transportierte. Insofern kann der Vorinstanz nicht zugestimmt werden, wenn sie davon ausgeht, der Beschuldigte nehme in der Drogenhierarchie eine Position mindestens im mittleren Bereich ein (Urk. 63 S. 19). Vielmehr ist aufgrund der gesamten Umstände mit der Verteidigung (Urk. 77 N 39) davon auszugehen, dass seine Rolle eher in der unteren Stufe der Organisation gelegen haben dürfte. Insgesamt ist die objektive Tatschwere im Bereich des im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz Möglichen als nicht mehr leicht einzustufen. b) Bezüglich der subjektiven Tatschwere ist zu konstatieren, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich Kokain besass und dieses transportierte. Zwar ist davon auszugehen, dass er den genauen Reinheitsgehalt des in Frage stehenden Kokaingemisches nicht effektiv kannte, aufgrund der beträchtlichen Menge von ca. 300 Gramm Kokaingemisch muss ihm aber bewusst gewesen sein, dass mit dieser die Gesundheit einer Vielzahl von Menschen gefährdet werden kann. Sein Motiv war offensichtlich vorwiegend finanzieller Natur, wobei er sich weder in einer wirtschaftlichen Notlage befunden hat, noch über namhafte Schulden verfügte (Urk. 3/4 Frage 98-110; Prot. I S. 11). Es sind demnach bei der subjektiven Schwere der Tat keine Umstände ersichtlich, welche die objektive Tatschwere zu relativieren vermögen. c) Insgesamt erscheint deshalb mit Bezug auf die Tatkomponente das Verschulden als nicht mehr leicht und eine Strafe von 30 Monaten als angemessen. Diese hypothetische Einsatzstrafe steht in etwa im Einklang mit der auf empirischen Daten der Rechtsprechung beruhenden Strafmasstabelle von FINGERHUTH/TSCHURR, welche indessen nicht schematisch zur Anwendung gelangt, bei Betäubungsmitteldelikten aber einen Vergleichsraster bietet (vgl. FINGERHUTH/TSCHURR, OFK-BetmG, 2. Aufl., Zürich 2007, N 30 zu Art. 47 StGB).

E. 2.2

Täterkomponente

- 24 - a) Der Beschuldigte sei gemäss seinen Angaben in Deutschland geboren und habe den Kindergarten und die Primarschule in der Schweiz besucht. Er habe einen Bruder und zwei Schwestern, von denen eine bereits verstorben sei. Im Alter von 18 Jahren habe er in England seinen Maturabschluss erlangt. Von 1981 bis 1986 habe er der US-Luftwaffe als Avioniker gedient. Danach habe er sich bis 1988 in Saudi Arabien aufgehalten und im Anschluss darauf in Spanien, wobei er auch viel in Afrika gewesen sei. Er sei nie sesshaft

gewesen, sondern sei viel ge- reist und habe gearbeitet, was gerade angefallen sei, wie zum Beispiel Hunde ausführen und "Housesitting", "Sachen vermitteln", Bauaufträge, Wechseln von Devisen etc. (zum Ganzen: Urk. 3/3 S. 5 ff.; 3/4 S. 12 ff.; Prot. I S. 10 ff.; Prot. II S. 5 ff.). Er sei selbständigerwerbend und arbeite auf Provision. Im Durchschnitt erwirtschaftete er ca. EUR 20'000.– bis EUR 30'000.– pro Jahr. Zusätzliche Einkünfte erziele er nicht. Er habe weder Vermögen noch namhafte Schulden. Nachdem er zunächst geltend gemacht hatte, alleinstehend zu sein und keine Kinder zu haben, für welche er finanziell aufkommen müsse (Urk. 3/4 Frage 104-106), führte er im Rahmen seiner Beschwerde gegen die Beschlagnahmungsverfügung der Staatsanwaltschaft aus, in Schottland drei erwachsene Töchter zu haben. Die beiden jüngeren Töchter würden studieren und seien auf die finanzielle Unterstützung angewiesen. Er leiste an diese Beiträge von rund Fr. 1'000.– pro Monat (Urk. 9/4 S. 4). Diesbezüglich reichte er im Rahmen des Beschwerdeverfahrens Unterlagen ins Recht, bei welchen es sich um Geburtsurkunden handeln soll (Urk. 9/17). Anlässlich seiner Einvernahme vom 9. Mai 2019 führte er, wiederum sehr unpräzise, auf entsprechende Frage aus, er müsse zwar keine Unterhaltsbeiträge bezahlen, aber er mache es, es seien seine Töchter. Seine Zahlungen seien unterschiedlich, im Durchschnitt Fr. 1'000.– (Urk. 3/5 Frage 11 bis 13). Anlässlich der Befragung vor Vorinstanz erklärte er sodann, drei Kinder zu haben, wobei zwei davon seine leiblichen und eines das Kind seiner Ehefrau aus einer früheren Beziehung sei. Die Kinder seien bei ihm aufgewachsen (Prot. I S. 10). Dies bestätigte er anlässlich der Berufungsverhandlung und ergänzte, seine Töchter würden I._____, J._____ und K._____ heissen und seien 1990, 1996 und 1998 zur Welt gekommen. Sie seien in Spanien und England bzw. Schottland aufgewachsen. Letzten Sommer habe er die letzte finanzielle Unterstützung für ih-

- 25 - re Ausbildung geleistet. Zu seinem Zivilstand führte er aus, er sei zwar ledig. Seit 32 Jahren lebe er aber mit derselben Frau zusammen. Sie sei Engländerin (Prot. II S. 9 f.). Er selber sei sowohl amerikanischer als auch schweizerischer Staatsangehöriger (Prot. II S. 7). Aus den persönlichen Verhältnissen ergibt sich nichts, was im Rahmen der Strafzumessung relevant wäre. b) Der Beschuldigte gilt im vorliegenden Verfahren als nicht vorbestraft. Betreffend die in den Akten vermerkte Strafe aus Spanien ist auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen, wonach diese dem Beschuldigten nicht mehr entgegengehalten werden darf (Urk. 63 S. 20; Art. 369 StGB). c) 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 strafmindernd. 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, in welchem Stadium des Verfahrens das Geständnis erfolgte (WIPRÄCHTI-GER/KELLER, BSK-StGB, 4. Aufl., Basel 2019, N 169 ff. zu Art. 47 StGB). 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 (Urteil des Bundesgerichts 6B_426/2010 vom 22. Juli 2010 E. 1.5 mit Hinweisen). Der Beschuldigte ist bezüglich des Vorwurfs des qualifizierten Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz zwar insofern geständig, als er einräumt, das Kokain besessen zu haben. Dieses Geständnis erfolgte aber erst vor dem Hintergrund, dass das Paket in dem Tresor gefunden wurde, zu welchem der Beschuldigte den Schlüssel bei sich trug, weshalb dieses keine Strafreduktion nach sich ziehen kann. d) Die Täterkomponenten erweisen

sich insgesamt als strafzumessungsneutral.

E. 2.3

Fazit

- 26 - In Berücksichtigung sämtlicher Strafzumessungsgründe erscheint damit eine Einsatzstrafe von 30 Monaten als angemessen. 3. Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz

E. 3

Sachverhaltserstellung / Beweiswürdigung

E. 3.1

Tatkomponente Der Beschuldigte hat 10 Pakete Haschisch mit einem Gewicht von insgesamt rund 5 Kilogramm besessen und transportiert, womit eine erhebliche Menge an Betäubungsmitteln vorliegt. Im Übrigen kann betreffend die objektive und subjektive Tatschwere auf die Erwägungen in Bezug auf das Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz verwiesen werden (vgl. oben Erw. V.2.1.). Insgesamt liegt damit ein keineswegs mehr leichtes Verschulden vor.

E. 3.2

Sanktionsart a) Für das Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz sieht das Gesetz nebst einer Freiheitsstrafe alternativ auch eine Geldstrafe (bis zu 180 Tagessätzen, vgl. Art. 34 Abs. 1 StGB) als mögliche Sanktion vor (Art. 19 Abs. 1 BetmG). Hält das Gericht im Rahmen der Gesamtstrafenbildung für einzelne Delikte im konkret zu beurteilenden Fall unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine Geldstrafe nicht mehr für schuldadäquat und zweckmässig, hindert Art. 41 Abs. 1 StGB es nicht daran, auf Einzelfreiheitsstrafen von weniger als sechs Monaten zu erkennen, wenn die daraus zu bildende Gesamtstrafe sechs Monate übersteigt (BGE 144 IV 217 E. 4.3). Das Gericht hat im Urteil die Wahl der Sanktionsart zu begründen (Art. 50 StGB; Urteile des Bundesgerichts 6B_449/2011 vom 12. September 2011 E. 3.6.1 und 6B_210/2017 vom 25. September 2017 E. 2.2.1). b) Vor dem Hintergrund, dass die Resozialisierung des Beschuldigten durch das Bezahlen einer Geldstrafe nach dem Vollzug des unbedingten Teils der auszufällenden Freiheitsstrafe (vgl. dazu unten, Erw. VI.3.) beeinträchtigt würde, erscheint das Aussprechen einer solchen für das Nebendelikt als nicht zweckmässig. Infolgedessen ist für sämtliche Delikte eine Gesamtfreiheitsstrafe auszusprechen.

- 27 -

E. 3.3

Täterkomponente a) Im Rahmen der Täterkomponente kann in Bezug auf die persönlichen Verhältnisse auf die obigen Erwägungen verwiesen werden (Erw. V.2.2.). b) Das Geständnis des Beschuldigten in Bezug auf das Befördern und den Besitz der Betäubungsmittel erfolgte erst vor dem Hintergrund der erdrückenden Beweislage, weshalb sich auch dieses nicht strafreduzierend auszuwirken vermag. c) Insgesamt erweist sich damit die Täterkomponente auch in Bezug auf das Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz als strafzumessungsneutral.

E. 3.4

Fazit Unter Würdigung der relevanten Kriterien erscheint für das Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz eine Einsatzstrafe von 5 Monaten als angemessen.

E. 4

Es erscheint angemessen, die auszufällende Freiheitsstrafe von 33 Monaten im Umfang von 21 Monaten aufzuschieben und im Umfang von 12 Monaten unter Anrechnung von 63 Tagen bereits erstandener Haft zu vollziehen. Für den bedingt zu vollziehenden Teil erscheint, da es sich beim Beschuldigten um einen Ersttäter handelt, eine Probezeit von 2 Jahren angemessen.

- 29 - VII. Beschlagnahme 1. Wie die Verteidigung geltend macht (Urk. 55 S. 18) und von der Vorinstanz zutreffend bestätigt wurde (Urk. 63 S. 25), wurde in der Untersuchung nicht ermittelt, dass es sich bei den beim Beschuldigten beschlagnahmten Fr. 15'000.– und EUR 6'500.– (gewechselt in Fr. 7'270.–; Urk. 9/1 und 9/20-22) um deliktisch erlangtes Geld handelt. Gemäss Art. 263 StPO können Gegenstände und Vermögenswerte einer beschuldigten Person oder einer Drittperson beschlagnahmt werden, wenn diese voraussichtlich zur Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen benötigt werden (Abs. 1 lit. b). Bei Art. 263 Abs. 1 lit. b StPO handelt es sich um die sogenannte Deckungsbeschlagnahme, welche in Art. 268 StPO näher geregelt ist (HEIMGARTNER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, a.a.O., N 8 f. zu Art. 263 StPO). Ferner kann die Untersuchungsbehörde im Hinblick auf die Durchsetzung der Ersatzforderung Vermögenswerte des Betroffenen mit Beschlagnahme belegen (Art. 71 Abs. 3 1. Satz StGB). Dabei kann es sich auch um Vermögenswerte handeln, welche keinerlei Beziehung zur Straftat aufweisen. Die Beschlagnahme hat sich aber auf Vermögenswerte desjenigen zu beschränken, gegen den sich die Ersatzforderung richtet (BAUMANN, BSK-StGB, a.a.O., N 69 zu Art. 70/71 StGB). Über beschlagnahmte Gegenstände und Vermögenswerte ist bei Abschluss des Verfahrens zu entscheiden (Art. 267 Abs. 3 StPO). Wie bereits erwähnt, kann im Rahmen der Beschlagnahme zur Kostendeckung vom Vermögen der beschuldigten Person so viel herangezogen werden, als voraussichtlich nötig ist zur Deckung: a. der Verfahrenskosten und Entschädigungen; b. der Geldstrafen und Bussen (Art. 268 Abs. 1 StPO). Die Strafbehörde nimmt bei der Beschlagnahme auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der beschuldigten Person oder seiner Familie Rücksicht (Art. 268 Abs. 2 StPO). Nicht anzutasten ist, was die beschuldigte Person oder deren Familie für einen angemessenen Unterhalt benötigt. Von der Beschlagnahme ausgenommen sind deshalb auch Vermögenswerte, die nach den Artikeln 92-94 SchKG nicht pfändbar sind (Art. 268 Abs. 3 StPO), also zum Notbedarf der beschuldigten Person gehören (BOMMER/GOLDSCHMID, BSK-StPO, a.a.O., N 14 zu Art. 268 StPO). Als

- 30 - Folge des Verhältnismässigkeitsprinzips ist eine solche Beschlagnahme nur zulässig, wenn ein begründeter Verdacht besteht, ein späterer Zugriff sei nicht möglich oder es entstehe eine Deckungslücke mangels liquider Geldmittel. Selbstredend dürfen nur so viele Vermögenswerte beschlagnahmt werden, als voraussichtlich zur Deckung der genannten Posten notwendig sind (RIKLIN, OFK-StPO, 2. Aufl., Zürich 2014, N 2 f. zu Art. 268 StPO). Art. 268 StPO bezieht sich auf Vermögenswerte, die nicht in mutmasslichem Zusammenhang mit der inkriminierten Tat stehen. 2. Der Beschuldigte verfügt über keinen festen Wohnsitz in der Schweiz und machte während der Untersuchung geltend, einen grossen Teil seiner Zeit (anscheinend ebenfalls ohne festen Wohnsitz) im Ausland zu verbringen, beziehungsweise zu reisen (Urk. 3/2 Frage 31-33; Urk. 3/3 Frage 31). Seine Aussagen und Angaben zu seinen finanziellen Verhältnissen, seinen Einkünften, Vermögenswerten, Verpflichtungen und/oder Schulden waren im gesamten Verfahren

wenig präzise und teilweise ausweichend. Übereinstimmend mit der Vorinstanz besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Beschuldigte sich der Zahlung der ihm auferlegten Verfahrenskosten und der Nachforderung der Entschädigung der amtlichen Verteidigung entziehen könnte. Der Beschuldigte führte weder im vorinstanzlichen Verfahren (Urk. 55 S. 17 f.) noch im Berufungsverfahren (Urk. 77 S. 22 f.) aus, dass er für die Deckung seines Bedarfes auf diese Vermögenswerte angewiesen sei. Da er sich seit längerer Zeit nicht mehr in Haft befindet, ist nicht ersichtlich, was ihn davon abhalten sollte, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und durch diese seinen Lebensunterhalt finanzieren zu können. Es wird weder geltend gemacht noch ist für das Gericht ersichtlich, dass die beschlagnahmten Vermögenswerte in anderer Weise gemäss Art. 91-94 SchKG nicht pfändbar wären. Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte zwar aus, dass es sich beim beschlagnahmten Geld nicht nur um seines gehandelt habe (Prot. II S. 14 f.). Tatsache ist jedoch, dass während des ganzen Verfahrens keine Drittpersonen Anspruch darauf geltend gemacht haben, weshalb davon auszugehen ist, dass die beschlagnahmte Barschaft dem Beschuldigten alleine gehört. Da zudem nicht eruierbar ist, in welchem Verhältnis mögliche legale und allfällige illegale

- 31 - le Anteile stehen könnten, ist die vorinstanzliche Anordnung nicht zu beanstanden. 3. Somit sind die mit den Verfügungen der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 1. April 2019 beschlagnahmten Fr. 15'000.- und die mit Verfügung vom 2. September 2019 beschlagnahmten EUR 6'500.- (entspricht Fr. 7'270.25) zur Deckung der dem Beschuldigten auferlegten Verfahrenskosten (inkl. Kosten der amtlichen Verteidigung) zu verwenden. Ein allfälliger Überschuss wäre dem Beschuldigten zwar herauszugeben, allerdings übersteigen bereits die Kosten der Untersuchung und des vorinstanzlichen Verfahrens die beschlagnahmten Beträge. VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Fällt die Rechtsmittelinstanz selber eine neue Entscheidung, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Bei dieser Ausgangslage des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe zu bestätigen. 2. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Im Berufungsverfahren unterliegt der Beschuldigte letztlich mit seinen Anträgen. Weder erfolgt ein Freispruch noch ist die Strafe zu reduzieren. Demnach sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, vollumfänglich aufzuerlegen und soweit möglich, vorerst aus der beschlagnahmten Barschaft zu decken. Die amtliche Verteidigung ist entsprechend der eingereichten Honorarnote (Urk. 78) für ihre Bemühungen und Auslagen im Berufungsverfahren unter Hinzurechnung des Aufwandes für die Berufungsverhandlung inkl. Weg und Nachbesprechung mit insgesamt Fr. 8'500.- (inklusive MwSt.) zu entschädigen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind unter Vorbehalt des Rückforderungsrechts des Staates gegenüber dem Beschuldigten auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 135 Abs. 4 StPO).

- 32 - Es wird beschlossen:

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