

ZH_OBERGERICHT SB220631 vom 30. Mai 2023

ZH Obergericht, 2023-05-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB220631

FR: ZH_OBERGERICHT SB220631 du 30 mai 2023

IT: ZH_OBERGERICHT SB220631 del 30 maggio 2023

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Die Vorinstanz sprach gestützt auf Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB eine Landesverweisung für die Dauer von 10 Jahren aus (Urk. 33 S. 8 f.).

E. 1.2

Die Verteidigung beantragt demgegenüber, die Dauer der Landesverweisung sei auf 8 Jahre zu reduzieren (Urk. 22 S. 11; Urk. 36 S. 1; Urk. 44 S. 2). 2. Aussprechung der Landesverweisung Bezüglich der Aussprechung der Landesverweisung als solchen, also des Vorliegens einer Katalogtat und des Fehlens eines schweren persönlichen Härtefalls, ist vorab auf die zutreffenden Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil zu verweisen (Urk. 33 S. 8 f.), zumal dies von der Verteidigung zu Recht nicht in Frage gestellt wird. 3. Dauer der Landesverweisung

E. 2

Strafrahmen Vorliegend ist vom Strafrahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG auszugehen, der von nicht unter einem Jahr bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe reicht. Da vorliegend keine aussergewöhnlichen Umstände bestehen, die es rechtfertigen würden, vom ordentlichen Strafrahmen abzuweichen, ist der Strafrahmen nicht zu erweitern bzw. nach unten zu öffnen.

E. 2.1

In der Berufungsschrift ist anzugeben, ob das Urteil vollumfänglich angefochten wird (Art. 399 Abs. 3 lit. a StPO) oder, falls das Urteil nur in Teilen angefochten wird, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils verlangt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO). Die Verteidigung ficht das vorinstanzliche Urteil bezüglich der Strafe und der Landesverweisung (Dispositivziffern 2 und 3) an (Urk. 36; Urk. 44).

E. 2.2

Von der Berufung nicht umfasst sind somit der Schuldpunkt (Dispositivziffer 1), der Entscheid über die beschlagnahmten Betäubungsmittel (Dispositivziffer 4)

- 5 - und das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 5 und 6). Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 15. November 2022 ist mithin bezüglich diesen Dispositivziffern in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist. II. Strafzumessung 1. Ausgangslage Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 40 Monaten (Urk. 33 S. 8). Die Verteidigung

beantragt demgegenüber eine Freiheitsstrafe von nunmehr 34 Monaten bzw. eine teilbedingte Strafe (Urk. 44; ferner Urk. 22 S. 1; Urk. 36).

E. 3

Strafzumessung im engeren Sinne

E. 3.1

Art. 66a StGB sieht als Dauer der obligatorischen Landesverweisung einen Rahmen von 5 bis 15 Jahren vor. Die Bemessung der Dauer im Einzelfall liegt im Ermessen des Gerichts, welches sich dabei insbesondere am Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu orientieren hat (Botschaft vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes [BBl 2013 S. 5975 ff., 6021]).

E. 3.2

Der Beschuldigte wurde durch die Vorinstanz mit Urteil vom 15. November 2022 in Form des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG wegen eines schweren Delikts verurteilt, wobei sein Verschulden, wie vorstehend dargelegt, im Rahmen des schweren Falles als keineswegs mehr leicht zu bezeichnen ist. Unterzieht man den Deliktskatalog des Art. 66a Abs. 1 StGB einer genauen Betrachtung, so zeigt sich, dass der Gesetzgeber die mögliche Spannweite der Dauer der Landesverweisung von 5 bis 15 Jahren einerseits auf schwerste Delikte wie Mord oder vorsätzliche Tötung (lit. a), andererseits aber unter Umständen selbst auf gewisse Bagatelldelikte im Bereich der Vermögensdelikte, die unter lit.

- 15 - d, e und f der Bestimmung zu subsumieren wären, angewendet haben will. Das Verschulden des Beschuldigten ist mithin auch bei dieser Betrachtung im etwa mittleren Bereich anzusiedeln. Er weist keinerlei Bindung zur Schweiz auf, indem er am Verhaftungstag mit den Betäubungsmitteln von Brasilien herkommend lediglich auf Durchreise war. Die Landesverweisung aus dem Staatsgebiet der Schweiz trifft ihn daher kaum bzw. stellt für ihn keine Härte irgendwelcher Art dar, zumal die Landesverweisung aufgrund seiner italienischen Staatsbürgerschaft auch nicht im Schengener Informationssystem auszuschreiben ist (vgl. nachfolgend).

E. 3.3

In Würdigung aller Umstände und entgegen der Verteidigung (vgl. Urk. 44 S. 13) erscheint die von der Vorinstanz ausgesprochene Dauer der Landesverweisung von 10 Jahren (Urk. 33 S. 9) trotz der nunmehr tiefer festzusetzenden Strafe nicht unangemessen. Der Beschuldigte ist daher gestützt auf Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für die Dauer von 10 Jahren des Landes zu verweisen. 4. Verzicht auf die Ausschreibung der Landesverweisung Eine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem SIS kommt aufgrund der italienischen Staatsbürgerschaft des Beschuldigten nicht in Betracht. Der Klarheit halber ist dies im Dispositiv festzuhalten. V. Kosten

E. 4

Tatkomponente

E. 4.1

Objektive Tatschwere Bezüglich objektiver Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass gemäss erstelltem Sachverhalt von einer Gesamtmenge von rund 2.335 Kilogramm Kokaingemisch

auszugehen ist, die bei einem Reinheitsgrad von 90% 2.099 Kilogramm reinem Kokain-Hydrochlorid entsprechen, was eine durchaus grosse Menge darstellt (vgl. zur in der Lehre entwickelten degressiven Mengentabelle SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2022, Anhang Nr. 6, Art. 47 StGB N 44 ff.). Die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung festgelegte Mindestmenge zur Annahme eines qualifizierten Falles von 18 Gramm reinem Kokain wird um mehr als das 110-Fache überschritten. Der Deliktszeitraum war demgegenüber kurz, indem sich die Tathandlung in der Mitführung des Kokains im Handgepäckkoffer bei der Einreise in die Schweiz erschöpfte. Als Kurier mit der Aufgabe, reines Kokain in relativ grosser Menge per Flugverkehr aus Südamerika nach Europa einzuführen und von hier weiter zu transportieren, ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte im Rahmen der gesamten Drogenhandelsorganisation auf eher tiefer Stufe angesiedelt war. Im Gegensatz etwa zu Ausläufern mit Kleinstmengen auf der Gasse war er aber keineswegs auf unterster Stufe. Zudem ist insbesondere das Bringen der Betäubungsmittel in grösseren Mengen nach Europa ein essentieller

- 8 - Tatbeitrag, ohne den ein internationaler Betäubungsmittelhandel letztlich kaum denkbar wäre. Die objektive Tatschwere ist daher keinesfalls mehr leicht. Wenn die Vorinstanz aufgrund der Menge an Betäubungsmitteln zu einer Strafe von 54 Monaten Freiheitsstrafe gelangte und diese aufgrund der Rolle des Beschuldigten (einmaliger Kurier aus dem Ausland mit der Absicht des Weitertransports in ein Drittland) um einen Fünftel auf 43 Monaten reduzierte (Urk. 33 S. 6 f.), so erscheint dies zu mild. Angemessen erscheint nach der objektiven Tatschwere eine Einsatzstrafe von 48 Monaten.

E. 4.2

Subjektive Tatschwere Bei der subjektiven Tatschwere ist festzustellen, dass das Motiv des Beschuldigten rein finanzieller Natur war, was letztlich ein egoistisches Motiv darstellt. Dabei handelte er mit direktem Tatvorsatz. Zwar befand er sich als IV-Rentner im Grossraum B._____ bei seinen Eltern lebend in ärmlichen bzw. prekären finanziellen Verhältnissen (Prot. I S. 5 f.; Prot. II S. 8; Urk. 44 S. 6 ff.). Von einer eigentlichen, tatsächlich verschuldensrelevanten Notlage, die für den Tatentscheid ursächlich gewesen wäre, kann aber – entgegen der Verteidigung (vgl. Urk. 44 S. 6 ff.) – keine Rede sein, zumal der Beschuldigte keine Rückzahlungs- oder Ratenzahlungspflicht vorbrachte. Wie auch die Vorinstanz zutreffend anmerkt, lebte er in Italien in einem funktionierenden Sozialstaat, der zumindest die Grundbedürfnisse eines jeden Bürgers abdeckt (Urk. 33 S. 7), was sich schon darin zeigt, dass der Beschuldigte eine staatliche Rente erhält. Die vom Beschuldigten geltend gemachten Drohungen seitens der Hintermänner in Brasilien (Prot. I S. 9 f.; Urk. 22 Rz. 21; Urk. 44 S. 11) sind im Übrigen für den Tatentschluss selbst im Falle deren Richtigkeit irrelevant, zumal sie sich nur auf den Fall von Aussagen gegen die Hintermänner beziehen und nicht auf die Bereitschaft des Beschuldigten zur Tatbegehung. Die objektive Tatschwere wird somit durch die subjektive Schwere der Tat nicht vermindert.

E. 4.3

Fazit bezüglich Tatkomponente Insgesamt ist das Tatverschulden des Beschuldigten ausgehend von einem Strafrahmen von einer Freiheitsstrafe von nicht unter einem bis zu 20 Jahren als kei-

- 9 - neswegs mehr leicht zu qualifizieren. Gestützt auf die erwähnten Faktoren nach Würdigung der Tatkomponente rechtfertigt sich somit eine Freiheitsstrafe von 48 Monaten bzw. 4 Jahren.

E. 5

Täterkomponente

E. 5.1

Persönliche Verhältnisse/Vorleben Der Beschuldigte machte im Vorverfahren und vor Vorinstanz sowie anlässlich der Berufungsverhandlung Angaben zu seinen persönlichen Verhältnissen. So wuchs er in Italien auf, wo er fünf Jahre die Primarschule und drei Jahre die Oberstufe besuchte. Hernach und auch bereits als Kind und Jugendlicher in den Schulferien arbeitete er als Verkäufer auf Märkten, später auch als Maurer. Da 2003 sein Bein amputiert werden musste, erhält er eine IV-Rente von monatlich € 300.–. Der Beschuldigte lebt bei seinen Eltern in Italien. Zudem hat er Zwillingstöchter im Alter von 11 Jahren, die bei seiner ehemaligen Partnerin leben. Als sein Onkel gestorben sei, habe er zwar dessen Haus geerbt. Weil er jedoch Steuerschulden gehabt habe, habe der Staat ihm das Haus wieder weggenommen, so dass er bei null anfangen müsse. Er habe ca. € 70'000.– bis € 80'000.– Steuerschulden in Italien (Prot. I S. 5 ff.; Prot. II S. 7 ff.; Urk. 4/6; Urk. 44 S. 3 ff.). Die persönlichen Verhältnisse und das Vorleben des Beschuldigten bleiben insgesamt zumessungsneutral.

E. 5.2

Vorstrafen Der Beschuldigte weist in der Schweiz keine Vorstrafen auf (Urk. 13/1; Urk. 35). Im Strafregisterauszug aus Italien wird zwar ein Urteil vom 2. Dezember 2015 erwähnt (Urk. 13/2 Blatt 3), wobei es gemäss Aussagen des Beschuldigten offenbar um einen gefälschten Autoversicherungsnachweis ging und eine aufgeschobene Strafe von 4 Monaten resultierte (Prot. II S. 10). Der vom Beschuldigten erwähnte Vorfall könnte indessen auch bereits im Jahr 2008 stattgefunden haben (Prot. I S. 6), weswegen letztlich unklar bleibt, ob und falls ja, welche Verurteilung dort erfolgte. Der Beschuldigte gilt mithin als vorstrafenlos, was zumessungsneutral bleibt (BGE 136 IV 1).

- 10 -

E. 5.3

Geständnis/Reue und Einsicht Während der Beschuldigte den Sachverhalt im Vorverfahren trotz erdrückender Beweislast noch bestritt, legte er in der Hauptverhandlung vor Vorinstanz im letztmöglichen Zeitpunkt vor Fällung eines Urteils ein umfassendes Geständnis ab. Wie die Vorinstanz zutreffend anmerkt (Urk. 33 S. 8), erleichterte er das Verfahren dadurch nur geringfügig, musste doch die Untersuchung komplett bezüglich eines ungeständigen Beschuldigten durchgeführt werden, was zu einem grösseren Aufwand der Untersuchungsbehörden geführt haben dürfte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich aus den verschiedenen Befragungen des Beschuldigten und dem persönlichen Eindruck, den er dabei hinterliess, zeigte, dass es sich bei ihm um eine eher unbedarfte Persönlichkeit zu handeln scheint. Entsprechend nachvollziehbar ist es, dass er sich durch die Drohungen seitens der Hintermänner in Brasilien (Urk. 22 Rz. 21; Prot. I S. 9 f.; Urk. 44 S. 11) beeindrucken liess, weshalb das Geständnis erst sehr spät erging. Das Geständnis ist deshalb doch leicht strafmindernd zu berücksichtigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_891/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.5.2.).

E. 5.4

Nachtatverhalten Entgegen der vor Vorinstanz geäusserten Ansicht der Verteidigung (Urk. 22 Rz. 18) bleibt das Nachtatverhalten im Sinne einer guten Führung im vorzeitigen Strafvollzug zumessungsneutral (Urteil des Bundesgerichts 6B_1193/2020 vom 13. Oktober 2021 E. 2.4.1. m.w.H.).

E. 5.5

Strafempfindlichkeit

E. 5.5.1

Gemäss Rechtsprechung können gesundheitliche Probleme des Täters zu einer erhöhten Strafempfindlichkeit führen. Diese fällt als strafmindernder Faktor in Betracht, wenn das Abweichen vom Grundsatz einer einheitlichen Leidempfindlichkeit geboten ist, bspw. bei Gehirnverletzungen, Schwerkranken oder Taubstummen (Urteil des Bundesgerichts 6B_460/2020 vom 10. März 2021 E. 8.4.3. m.w.H.).

- 11 -

E. 5.5.2

Der Beschuldigte führte anlässlich der Berufungsverhandlung verschiedene gesundheitliche Einschränkungen aus und belegte diese (Prot. II S. 7; Urk. 44 S. 9 f.; Urk. 45). So leide er seit mehr als 20 Jahren an einer progredienten peripheren arteriellen Verschlusskrankheit (pAVK), chronischer venöser Insuffizienz und chronisch und rezidivierend auftretenden, gemischt venösen und arteriellen Ulzera (Geschwüren). Die Grunderkrankungen würden beide Beine betreffen. Insbesondere bereite ihm aber das amputierte rechte Bein Probleme. Die benötigte Oberschenkelprothese habe während seiner Inhaftierung nicht – wie eigentlich notwendig – im Mai 2022 ausgewechselt werden können. Deren Silikonbelag sei unterdessen hart geworden, weshalb sich am Beinstumpf schmerzhafte Hämatome gebildet hätten. Die veraltete, teilweise stark abgenutzte Prothese habe zwar notdürftig repariert und neu gepolstert werden können. In der Schweiz seien für dieses Modell aber keine Ersatzteile mehr vorhanden, und mangels Kostenträgerschaft sei eine neue Prothese zu teuer. Weiter habe er bei seinem Eintritt am 22. Dezember 2021 in die Justizvollzugsanstalt Pöschwies eine offene, komplexe, infizierte Wunde am linken Unterschenkel auf Höhe des Knöchels gehabt. In den darauffolgenden 14 Monaten seien praktisch täglich Wundversorgungen notwendig gewesen, wobei die Wundsprechtunde des Spitals C._____ konsiliarisch hinzugezogen werden müssen. Erst nach Einsatz aller involvierten Stellen über hunderte von Stunden und diverser teurer Spezialmaterialien habe am 20. Februar 2023 der Wundverschluss erreicht werden können. Der Leitende Arzt der JVA Pöschwies führt in seiner Stellungnahme abschliessend aus, die Zumutung für den Patienten, die teilweise schmerzhaften Behandlungen und haftbedingten Einschränkungen bezüglich einer perfekten medizinischen Versorgung hinzunehmen, seien medizinisch-ethisch grenzwertig gewesen. Aufgrund der Gesamtsituation sei die Inhaftierung des Beschuldigten nur im Rahmen eines Sondersettings in der Spezialabteilung "Alter und Gesundheit" umsetzbar und vertretbar gewesen. Das Risiko einer erneuten Wunde und des weiteren Verschleisses der Prothese bis zur Unbenutzbarkeit müsse jedoch als sehr hoch eingestuft werden.

E. 5.5.3

Diese Vorbringen sind plausibel und hinreichend belegt. Der ange- schlagene Gesundheitszustand des Beschuldigten begründet klarerweise eine

- 12 - erhöhte Strafempfindlichkeit und stellt einen aussergewöhnlichen Umstand dar, der deutlich strafmindernd zu berücksichtigen ist.

E. 5.6

Fazit bezüglich Täterkomponente Insgesamt erscheint es angemessen, die nach der Tatkomponente errechnete Freiheitsstrafe von 48 Monaten bzw. 4 Jahren aufgrund der strafmindernd zu be- rücksichtigen Umstände bedeutend, mithin auf etwas mehr als 36 Monate bzw. 3 Jahre zu senken.

E. 6

Anwendung Grenzwert

E. 6.1

Resultiert nach der Würdigung aller wesentlichen Umstände eine Freiheits- strafe im Bereich des gesetzlichen Grenzwertes von 36 Monaten bzw. 3 Jahren für den teilbedingten Vollzug (Art. 43 Abs. 1 StGB; vgl. nachfolgend Ziff. III.), hat das Gericht zu prüfen, ob eine Strafe bis zum Grenzwert noch innerhalb des Er- messensspielraums liegt (Urteil des Bundesgerichts 6B_1193/2020 vom 13. Oktober 2021 E. 2.4.4.; BSK StGB-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 43 N 9; je m.w.H.).

E. 6.2

Die aufgrund der strafmindernd zu berücksichtigenden Täterkomponente vorzunehmende bedeutende Senkung der bis dahin errechneten Freiheitsstrafe führt bereits in den nahen Bereich des Grenzwertes. Eine effektive Senkung auf 36 Monate bzw. 3 Jahre erscheint deshalb angemessen.

E. 7

Gesamtwürdigung

E. 7.1

Strafhöhe In Würdigung sämtlicher dargelegter Strafzumessungsgründe ist der Beschuldigte daher mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten bzw. 3 Jahren zu bestrafen.

E. 7.2

Anrechnung von Untersuchungshaft und vorzeitigem Strafvollzug Der Beschuldigte wurde am 11. Dezember 2021 verhaftet und befand sich bis zur vorinstanzlichen Verurteilung während 340 Tagen in Untersuchungs- und Sicher- heitshaft. Seither befindet er sich im vorzeitigem Strafvollzug (Urk. 27). Insgesamt

- 13 - befindet er sich seit 536 Tagen in Untersuchungshaft, Sicherheitshaft oder vorzei- tigem Strafvollzug. Die erstandene Haft ist gemäss Art. 51 StGB auf die ausge- sprochene Freiheitsstrafe anzurechnen. III. Vollzug 1. Ist eine Freiheitsstrafe von 3 Jahren auszufällen, kann kein vollbedingter Vollzug gewährt werden (vgl. Art. 42 Abs. 1 StGB). Bei einer Freiheitsstrafe von mindestens 1 und maximal 3 Jahren besteht aber die Möglichkeit des teilbeding- ten Vollzugs, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Der unbedingt vollziehbare Teil darf dabei die Hälfte der Strafe nicht übersteigen und sowohl dieser wie auch der aufgeschobene Teil müssen mindestens 6 Monate betragen (Art. 43 StGB). Materielle Grundvoraus- setzung für die

Gewährung des teilbedingten Vollzugs ist das Fehlen einer un- günstigen Legalprognose. Die günstige Prognose wird grundsätzlich vermutet, wobei eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen ist. In die Beurteilung einzufließen haben insbesondere das Vorleben, der Leumund, die Charaktermerkmale und alle Tatumstände, die gültige Schlüsse auf den Cha- rakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen (BGE 144 IV 277 E. 3.1; BGE 134 IV 1 E. 4; je m.w.H.). Für die teilbedingte Strafe ist eine Pro- bezeit von 2 bis 5 Jahren zu bestimmen (Art. 44 Abs. 1 StGB). 2. Beim als vorstrafenlos geltenden Beschuldigten liegen keinerlei Hinweise auf eine über die hier zu beurteilende Tat hinausgehende Verbindung privater o- der geschäftlicher Natur zum strafbaren Umgang mit Betäubungsmitteln oder sonstige illegale Aktivitäten vor. Mithin sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die Zweifel an der günstigen Legalprognose des Beschuldigten wecken oder für eine lange Probezeit sprechen würden. Gestützt darauf ist die Freiheitsstrafe im hälfti- gen Umfang von 18 Monaten aufzuschieben und die Probezeit auf die gesetzliche Mindestdauer von 2 Jahren festzulegen. Die übrigen 18 Monate Freiheitsstrafe sind zu vollziehen.

- 14 - IV. Landesverweisung 1. Ausgangslage

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