

ZH_OBERGERICHT SB230386 vom 24. Januar 2024

ZH Obergericht, 2024-01-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB230386

FR: ZH_OBERGERICHT SB230386 du 24 janvier 2024

IT: ZH_OBERGERICHT SB230386 del 24 gennaio 2024

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Die Vorinstanz sprach die Freiheitsstrafe unbedingt aus. Sie begründete dies damit, dass der Beschuldigte kurz vor dem erstinstanzlichen Urteil am 3. Dezember 2019 wegen einer anderen Tat bereits zu 16 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt worden war, weshalb sie eine ungünstige Legalprognose annahm (Urk. 33 S. 20 f.).

E. 1.2

Die Verteidigung beantragt eine teilbedingte Freiheitsstrafe von 20 Monaten, wovon für 10 Monate der bedingte Strafvollzug auszusprechen sei, unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren (Urk. 84 S. 2). 2. Rechtliche Grundlagen

- 21 -

E. 1.3

Zur Berufungsverhandlung vom 24. Januar 2024 erschien der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt Dr. X1._____ (Prot. III S. 3).

E. 2

Gegenstand des Verfahrens

E. 2.1

Wie bereits vorgängig festgehalten, hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich nur noch mit jenen Punkten zu befassen, die das Bundesgericht kassierte. In einem Leiturteil hielt das Bundesgericht jedoch fest, eine Berufung könne nicht darauf beschränkt werden, nur die Strafzumessung oder isoliert die Frage des bedingten Vollzuges anzufechten, da ein enger Zusammenhang zwischen dem Strafmass und dem bedingten Strafvollzug bestehe (BGE 144 IV 383 E. 1.1 m.H.). Dem Berufungsgericht kommt damit eine Prüfungsbefugnis nebst der Strafzumessung auch auf den Vollzug zu.

E. 2.1.1

Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das

- 8 - Höchstmass der angedrohten Strafe (Strafrahmen) nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart (z.B. 180 Tagesstrafe) gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB).

E. 2.1.2

Für die Bildung einer Gesamtstrafe hat das Gericht in einem ersten Schritt den Strafraum für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für diese Tat, unter Einbezug aller straf erhöhenden und strafmindernden Umstände, innerhalb dieses Strafraums festzusetzen. Bei der Bestimmung des Strafraums für die schwerste Tat ist von der abstrakten Strafandrohung auszugehen: Schwerer ist die Tat mit der höheren Höchststrafe; sieht eine weniger schwere Tat eine höhere Mindeststrafe vor, so bestimmt diese den unteren Rand des Strafraums (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_681/2013 vom 26. Mai 2014 E. 1.3.1). In einem zweiten Schritt hat das Gericht diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen (Urteil des Bundesgerichts 6B_157/2014 vom 26. Januar 2015 E. 2.2; TRECHSEL/THOMMEN, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 4. Aufl. 2021, N 8 zu Art. 49 StGB). Die Einzelstrafen sind unter Einbezug aller straf erhöhenden und strafmindernden Tatumstände grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafraums des jeweiligen Straftatbestandes und nicht desjenigen mit der abstrakt höchsten Strafandrohung festzusetzen (BGE 142 IV 265 E. 2.4.3 S. 271).

E. 2.1.3

Die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB ist nur bei gleichartigen Strafen möglich. Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen vorsehen, genügt nicht. Vielmehr ist nach der konkreten Methode für jeden einzelnen Normverstoss die entsprechende Strafe zu bestimmen. Ungleichartige Strafen – wie Geld- und Freiheitsstrafe – sind daher kumulativ zu verhängen (BGE 144 IV 313 E. 1.1.1; 144 IV 217 E. 2.2; 142 IV 265 E. 2.3.2).

E. 2.1.4

Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafraums der (schwersten) anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen. Dieser Rahmen ist vom Gesetzgeber in aller Regel sehr weit gefasst worden, um sämtlichen konkreten Umständen Rechnung zu tragen. Entgegen einer auch in der Praxis verbreiteten Auffassung wird der ordentliche Strafraum durch

- 9 - Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe nicht automatisch erweitert, worauf dann innerhalb dieses neuen Rahmens die Strafe nach den üblichen Zumessungskriterien festzusetzen wäre. Zwar ist auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darauf hingewiesen worden, das Gesetz sehe eine Strafraumerweiterung vor. Damit sollte aber nur ausgedrückt werden, dass der Richter infolge eines Strafschärfungs- bzw. Strafmilderungsgrundes nicht mehr in jedem Fall an die Grenze des ordentlichen Strafraums gebunden ist. Der ordentliche Rahmen ist nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint. Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafraums kann sich stellen, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren zusammentreffen, die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter relativieren, so dass eine Strafe innerhalb des ordentlichen Rahmens dem Rechtsempfinden widerspräche. Dabei hat der Richter zu entscheiden, in welchem Umfang er den unteren Rahmen wegen der besonderen Umstände erweitern will. Der vom Gesetzgeber vorgegebene ordentliche Rahmen ermöglicht in aller Regel, für eine einzelne Tat die angemessene Strafe festzulegen. Er versetzt den Richter namentlich in die Lage, die

denkbaren Abstufungen des Verschuldens zu berücksichtigen. Das Vorliegen eines Strafmilderungsgrundes allein führt deshalb grundsätzlich nicht dazu, den ordentlichen Straftäter zu unterschreiten. Dazu bedarf es weiterer ins Gewicht fallender Umstände, die das Verschulden als besonders leicht erscheinen lassen. Nur eine solche Betrachtungsweise vermag der gesetzgeberischen Wertung des Unrechtsgehaltes einer Straftat und damit letztlich der Ausgleichsfunktion (auch) des Strafrechts Rechnung zu tragen (BGE 136 IV 55 ff., 63).

E. 2.2

Der Vollzug einer Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von höchstens 2 Jahren ist aufzuschieben, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Die günstige Prognose wird vermutet, doch kann sie widerlegt werden (BGE 134 IV 97 E. 7.3). Für die Einschätzung des Rückfallrisikos ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich (BGE 134 IV 140 E. 4.4. m.w.H.). Dabei hat das Gericht eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen und insbesondere auch seit der Tat eingetretene positive Veränderungen (wie den Erhalt einer festen Arbeitsstelle, das Eingehen einer stabilen Beziehung) zu berücksichtigen. In erster Linie ist dabei die strafrechtliche Vorbelastung relevant, namentlich wenn der Täter sog. einschlägige Vorstrafen aufweist (HEIMGARTNER, in: Donatsch/Heimgartner/Isenring/Weder [Hrsg.], OFK Kommentar zum StGB, 21. Auflage, 2022, Art. 42 StGB N 7 f. m.w.H.).

E. 2.2.1

Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es nach Art. 49 Abs. 2 StGB die Strafe so, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären. Somit soll das Asperationsprinzip auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleistet werden.

- 10 -

E. 2.2.2

Bei der Gesamtstrafenbildung im Widerrufsfall gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 49 StGB hat das Gericht methodisch von derjenigen Strafe als "Einsatzstrafe" auszugehen, die es für die während der Probezeit neu verübte Straftat nach den Strafzumessungsgrundsätzen von Art. 47 ff. StGB ausfällt. Anschliessend ist diese mit Blick auf die zu widerrufende Vorstrafe angemessen zu erhöhen. Daraus ergibt sich die Gesamtstrafe. Bilden die "Einsatzstrafe" für die neu zu beurteilenden Probezeitdelikte und die Vorstrafe ihrerseits Gesamtstrafen, kann das Gericht der bereits im Rahmen der jeweiligen Gesamtstrafenbildung erfolgten Asperation durch eine gemässigte Berücksichtigung bei der Gesamtstrafenbildung Rechnung tragen (BGE 145 IV 146 E. 2.4.2 mit Hinweisen).

E. 2.3

Nach Art. 43 Abs. 1 StGB kann das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr und höchstens 3 Jahren teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Für die Festsetzung des aufzuschiebenden und des zu vollziehenden Strafteils gemäss Art. 43 StGB gelten die gleichen Massstäbe. Als Bemessungsregel ist das Ausmass des Verschuldens zu beachten,

dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte

- 22 - Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 134 IV 1 E. 5.6). Die Gewährung des teilbedingten Strafvollzuges ist mithin möglich, wenn eine Gesamtwürdigung aller massgebenden Faktoren den Schluss zulässt, dass trotz der Vortat eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Erst wenn keinerlei Aussicht besteht, dass sich der Täter in irgendeiner Weise durch den ganz oder teilweise gewährten Strafaufschub beeinflussen lassen wird, muss die Strafe in voller Länge vollzogen werden. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten bis zum Zeitpunkt des Entscheides in die Beurteilung der Legalprognose miteinzubeziehen (Urteil des Bundesgerichts 6B_1005/2017 vom 9. Mai 2018 E. 4.2.1. m.H.).

E. 2.4

Schiebt das Gericht den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von 2 bis 5 Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB). 3. Würdigung 3.1. Die Vorinstanz erwog zu Recht, dass die mehrfache deliktische Tätigkeit des Beschuldigten im Rahmen der Legalprognose isoliert betrachtet klar als negativ zu werten ist, zeugt die wiederholte und einschlägige Delinquenz doch von einer erheblichen Uneinsichtigkeit in Bezug auf das verübte Unrecht. Die alleinige Tatsache, dass sich der Beschuldigte der Strafwürdigkeit seiner Handlungen im damaligen Zeitpunkt nicht bewusst geworden war, indiziert jedoch noch nicht zwingend eine ungünstige Prognose (SCHNEIDER/GARRÉ, BSK StGB I, a.a.O., Art. 42 N 47). In einer Gesamtschau ist zu berücksichtigen, dass sich der Beschuldigte im Gerichtsverfahren – wie bereits dargelegt – äusserst einsichtig und reuig zeigte. Sodann manifestiert er in beruflicher Hinsicht einen grossen Willen, seine finanziellen Verhältnisse und die seiner Familie stetig zu verbessern. Nebst seiner Aussen dienststätigkeit hat er zusammen mit seiner Ehefrau während den letzten zwei Jahren erfolgreich einen Online-Shop für Textilien und Accessoires aufgebaut (Prot. III S. 6). Auch wenn sich der Beschuldigte vor der vorliegend zu beurteilenden Tat nicht davon abhalten liess, mehrfach im Betäubungsmittelbereich straffällig zu werden, scheint ihn die Verhaftung am 19. Februar 2020 dennoch tief beeindruckt zu haben (Prot. III S. 10, 12). So hat der Beschuldigte sich seit nunmehr 4 Jahren nichts mehr zu Schulden kommen lassen, was auch aus seinem aktuellen Strafre-

- 23 - gisterauszug ersichtlich ist (Urk. 74). Der Beschuldigte scheint einen grossen Wandel durchgemacht und seinem Leben eine neue Richtung gegeben zu haben. Seit 4 Jahren ist er nun kokain- und alkoholabstinent und hat auch seinen Führerschein seit September 2021 wieder zurück erhalten (Urk. 85 S. 1; Prot. III. S. 9 ff.). Der Beschuldigte begab sich nach der Verhaftung im Februar 2020 in eine therapeutische Behandlung, zeigte Krankheits- und Behandlungseinsicht und war sehr motiviert, sich mit der Motivanalyse auseinanderzusetzen. Aus der Sicht der behandelnden Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, FMH MUDr. C. _____, sei die Legalprognose neu als günstig bzw. positiv einzustufen. Aufgrund des bisherigen Therapieverlaufs schätze sie die Wahrscheinlichkeit weiterer Straftaten relativ gering ein (Urk. 85 S. 1). Darüber hinaus hat der Beschuldigte überzeugend dargetan, dass er sein Leben um 180 Grad gewendet und sich von seinem

ursprünglichen Umfeld – seinen damaligen Kollegen und Abnehmer der verkauften Drogen – distanziert hat. Er zeigt Einsicht in sein Fehlverhalten, erkennbares Bedauern und Reue hinsichtlich seiner Taten, was auch die Fachärztin MUDr. C. _____ in ihrem Bericht festgehalten hat (Prot. III S. 9 ff.; Urk. 85). 3.2. Die Fortschritte des Beschuldigten in ein sucht- und deliktsfreies Leben sind sehr erfreulich und erscheinen für eine Person mit einer Suchtproblematik und einer deliktischen Vergangenheit, wie sie im Falle des Beschuldigten vorliegt, keinesfalls selbstverständlich. Die positive Entwicklung, welche sich schon im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Hauptverhandlung abgezeichnet hatte, hat sich bis heute deutlich weitergezogen und verstärkt. Für eine Person mit einer langjährigen Suchtproblematik ist eine derartige Entwicklung und Stabilisierung ohne eine stationäre Massnahme aussergewöhnlich und zeugt von einem grossen Sondereffort, den der Beschuldigte leistete und immer noch leistet. Der Beschuldigte hat damit grossen Durchhaltewillen bewiesen, sein Leben positiv zu verändern. Seine stabilen Arbeitsverhältnisse und sein wieder intaktes Familienleben – wobei er sich verantwortungsvoll um seine beiden minderjährigen Kinder kümmert – wirken sich prognostisch günstig aus. Die zu beurteilende Delinquenz stand sodann im Zusammenhang mit einer persönlichen Krise des Beschuldigten und seiner damit verbundenen Alkohol- und Kokainabhängigkeit, welche jedoch der Vergangenheit angehört. Es besteht aufgrund der aktuellen Aktenlage berechnete Hoffnung, dass sich die positive

- 24 - Entwicklung weiterziehen wird. Die Legalprognose ist daher im heutigen Zeitpunkt nicht mehr – wie dies noch im Gutachten von Dr. med. D. _____ vom 1. März 2021 festgehalten wurde – als ungünstig zu werten, weshalb ein teilbedingter Vollzug der Freiheitsstrafe durchaus in Betracht zu ziehen ist. Dies auch mit dem Zweck, dass der Beschuldigte seine erfolversprechende Therapie bei MUDr. C. _____ weiterführen kann. 3.3. Unter Berücksichtigung der konkreten Warnwirkung eines solchen teilweisen Vollzugs der Freiheitsstrafe und angesichts der durchaus positiven Veränderungen in den Lebensumständen des Beschuldigten rechtfertigt es sich daher, dem Beschuldigten nunmehr im Sinne einer allerletzten Chance keine eigentliche Schlechtprognose mehr zu stellen und ihm für die Freiheitsstrafe den teilbedingten Vollzug zu gewähren. Hierfür erscheint es angemessen, den vollziehbaren Teil der Strafe auf etwas weniger als die Hälfte (10 Monate) festzusetzen. Angesichts der gesamten Umstände und um den verbleibenden Bedenken hinsichtlich der strafrechtlichen Vorbelastung des Beschuldigten Ausdruck zu verleihen, erscheint es angezeigt, eine Probezeit von 5 Jahren festzusetzen. IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Nachdem der Beschuldigte das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziffern 11 und 12) nicht angefochten und der diesbezügliche Rechtskraftsbeschluss im (ersten) Berufungsurteil vom 4. Februar 2022 nicht Gegenstand der strafrechtlichen Beschwerde beim Bundesgericht war, ist auf die erstinstanzliche Kostenfestsetzung und -verlegung nicht mehr zurückzukommen. Die Rechtskraft dieser Entscheidung ist vorab ebenfalls mit Beschluss festzustellen. 2. Die Gerichtsgebühr für das vorliegende zweite Berufungsverfahren (SB230386) fällt ausser Ansatz, nachdem die Aufhebung des Urteils des Obergerichts vom 4. Februar 2022 durch das Bundesgericht nicht von den Parteien zu verantworten ist. Der Kostenentscheid für das (erste) Berufungsverfahren ist demgegenüber unverändert zu belassen, nachdem lediglich ein einziger Punkt in der Strafzumessung zu korrigieren ist, was mit dem vorliegenden Verfahren (kostenlos)

- 25 - nachgeholt wird. Zur Kostenaufgabe kann daher auf die Erwägungen im (ersten) Berufungsurteil vom 4. Februar 2022 verwiesen werden (Urk. 60 S. 26). 3. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten ist für das vorliegende Berufungsverfahren mit Fr. 4'612.60.– (Urk. 86, inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Kosten sind definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass - das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung, vom 10. März 2021 bezüglich der Dispositivziffern 1 teilweise (Schuldpruch Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz und mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes), 2 (Widerruf), 8 (Einziehung Gegenstände), 9 (Einziehung Barschaft), 10 (Verwendung beschlagnahmte Barschaft) sowie

E. 2.5

Massgeblicher Strafrahmen Vorliegend ist vom Strafrahmen des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG auszugehen, der von einem Jahr bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe reicht, allenfalls verbunden mit einer Geldstrafe von 3 bis 180 Tagessätzen. Da keine aussergewöhnlichen Umstände bestehen, die es rechtfertigen würden, vom ordentlichen Strafrahmen abzuweichen, ist der Strafrahmen nicht zu erweitern bzw. nach unten zu öffnen. 3. Strafzumessung im engeren Sinne 3.1.

Zumessungsgrundsätze Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung die Regeln zur Strafzumessung modifiziert, worauf zu verweisen ist (BGE 136 IV 55 ff., 59 ff.; m.w.H.). 3.2. Strafzumessung im Betäubungsmittelstrafrecht 3.2.1. Im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts ist zu berücksichtigen, dass der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung bei der Bemessung der Strafe keine vorrangige Rolle zukommen darf (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc; 118 IV 342 E. 2.c; Urteile des Bundesgerichts 6B_668/2022 vom 31. August 2022 E. 2.2.2; 6B_460/2013 vom 17. Dezember 2013 E. 3.2). Doch ist offensichtlich, dass das Ausmass der mengenmässig bewirkten Gesundheitsgefährdung zu gewichten ist (Urteil des Bundesgerichts 6B_668/2022 vom 31. August 2022 E. 2.2.2).

- 12 - Es wäre verfehlt, im Sinne eines Tarifs überwiegend oder gar allein auf dieses Kriterium abzustellen. Falsch wäre aber auch die Annahme, diesem Strafzumessungselement komme eine völlig untergeordnete oder gar keine Bedeutung zu. Es ist nicht nebensächlich, ob jemand mit zwanzig oder zweihundert Gramm einer gefährlichen Droge handelt. 3.2.2. Der Reinheitsgrad der Betäubungsmittel kann für das Verschulden von Bedeutung sein. Handelt der Täter wissentlich mit ausgesprochen reinen Drogen, ist das Verschulden schwerer, handelt er wissentlich mit besonders stark gestreckten Drogen, ist es leichter (BGE 122 IV 299). Steht indes nicht fest, dass der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte, spielt der genaue Reinheitsgrad für die Gewichtung des Verschuldens und bei der Strafzumessung keine Rolle. Die genaue Betäubungsmittelmenge und gegebenenfalls ihr Reinheitsgrad verlieren zudem an Bedeutung, wenn mehrere Qualifikationsgründe gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG gegeben sind, und sie werden umso weniger wichtig, je deutlicher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG überschritten ist (BGE 121 IV 193). 3.2.3. Die objektive Tatschwere bestimmt sich bei Drogendelikten neben der erwähnten Drogenmenge (BGE 121 IV 202) und der daraus folgenden Gesundheitsgefährdung namentlich auch nach der Art und Weise der Tatbegehung (BGE 118 IV 342 E. 2c). Massgebend sind dabei u.a. die

Häufigkeit und Dauer der deliktischen Handlungen, die aufgewendete persönliche Energie, das gezeigte kriminelle Engagement, die hierarchische Stellung sowie die Grösse der erzielten oder angestrebten Gewinne. Daneben kommt es darauf an, wie der Täter mit der Droge in Kontakt gekommen ist und was er mit dieser gemacht hat (HUG-BEELI, Kommentar Betäubungsmittelgesetz, Basel 2016, N 279 ff. zu Art. 26 BetmG). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts trifft beispielsweise den Transporteur einer bestimmten Drogenmenge grundsätzlich ein geringeres Verschulden als denjenigen, der diese Betäubungsmittelmenge verkauft oder zum Zwecke des Weiterverkaufs erwirbt (BGE 121 IV 206; WIPRÄCHTIGER/KELLER, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], a.a.O., Art. 47 StGB N 93 f.). Weiter beachtlich ist auch eine allfällige Drogenabhängigkeit des Täters, ob er ausschliesslich des Geldes wegen handelte,

- 13 - ohne sich in einer finanziellen Notlage zu befinden, oder ob er es ablehnt zu arbeiten, obwohl es ihm möglich wäre, und er es vorzieht, durch den Drogenhandel seinen Lebensunterhalt zu verdienen (BGE 118 IV 342 E. 2e; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 6B_912/2023 vom 18. Oktober 2023 E. 3.1.1). Daraus ergibt sich, dass nicht einem einzelnen der aufgeführten Kriterien für die Beurteilung des Verschuldens eine überwiegende Bedeutung zukommt. Der Einbezug all dieser Kriterien und deren Gesamtwürdigung führt schliesslich zur Gewichtung der Tatschwere und des Verschuldens.

3.3. Vorgehen Nachfolgend wird zunächst die vom Beschuldigten gesetzte objektive Tatschwere und das subjektive Verschulden aufgrund der konkreten Verhältnisse beurteilt (Tatkomponenten). Vorweg ist das Verschulden für den Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu würdigen. Im Anschluss ist das Verschulden für die weiteren Vorwürfe einzeln zu prüfen. Darauf werden weitere Aspekte dargestellt, welche keinen unmittelbaren Zusammenhang mit den verübten Taten aufweisen (Täterkomponenten) und schliesslich wird eine Gesamtwürdigung vorgenommen. Im Anschluss daran ist unter sinngemässer Anwendung des Asperationsprinzips mit dem widerrufenen Teil der Vorstrafe eine Gesamtstrafe zu bilden. Es versteht sich dabei von selbst, dass der Strafzumessung derjenige Sachverhalt zugrunde zu legen ist, welcher durch das vorstehend dargelegte Beweisergebnis erstellt ist (vgl. zur Strafzumessung: MATHYS, Zur Technik der Strafzumessung, SJZ 100 [2004] Nr. 8 S. 173 ff.; ders., Leitfaden Strafzumessung, 2. Aufl., Basel 2019, N 53 ff.).

E. 4

Tatkomponenten

E. 4.1

Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz

E. 4.1.1

Objektive Tatschwere Bezüglich objektiver Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass die relevante Menge an reinem Kokain mit 25 Gramm im untersten Bereich dessen liegt, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als qualifizierter Fall gilt bzw. die diesbezüg-

- 14 - lich Menge von 18 Gramm reinen Kokains wird nur relativ geringfügig überschritten. Der Beschuldigte erwarb das Kokain zumindest teilweise auf Kommission für den kommerziellen Handel damit. Der für eine Kleinmenge vergleichsweise hohe Reinheitsgehalt des von ihm portionierten Kokains von rund 80% barg für die Konsumenten ein besonders hohes Gefährdungspotential. Der Umstand, dass er lediglich mit

Kleinmengen handelte, deutet aber darauf hin, dass der Beschuldigte innerhalb der Drogenorganisation im unteren bzw. unwesentlichen Rang tätig war. In objektiver Hinsicht ist daher innerhalb des weiten Strafrahmens von einem sehr leichten Verschulden auszugehen. Aufgrund der objektiven Tatschwere erscheint eine Einsatzstrafe von 15 Monaten angemessen.

E. 4.1.2

Subjektives Verschulden In subjektiver Hinsicht ist festzustellen, dass das Motiv des Beschuldigten einerseits finanzieller Natur war, was letztlich ein egoistisches Motiv darstellt. Gemäss unangefochtener Feststellung der Vorinstanz und entsprechendem Verweis im ersten Entscheid des hiesigen Gerichts (vgl. Urk 33 S. 6 Erw. II.2.4. bzw. Urk. 60 S. 8 f. Erw. II.5.) handelte der Beschuldigte hinsichtlich der Menge des Kokains eventuell vorsätzlich, was allerdings keine zumessungsrelevante Auswirkung hat. Verschulden relativierend ist dagegen die leichte bis mittelgradige Kokainabhängigkeit des Beschuldigten gemäss Gutachten vom 1. März 2021, das ihm unter Anwendung des Diagnosesystems der Weltgesundheitsorganisation eine leichte Kokainabhängigkeit an der Grenze zu einer mittelgradigen attestiert (Urk. 22 S. 12 ff.), mit der daraus folgenden leichten Verminderung der Schuldfähigkeit zu berücksichtigen.

E. 4.1.3

Zwischenfazit In objektiver wie in subjektiver Hinsicht ist innerhalb des weiten Strafrahmens von einem sehr leichten Verschulden auszugehen, wobei die objektive Tatschwere durch die subjektiven Zumessungsgründe, insbesondere die leicht verminderte Schuldfähigkeit noch relativiert wird. Mit der Vorinstanz (Urk. 33 S. 15) erscheint es angemessen, die nach den objektiven Zumessungsgründen erhaltene Einsatzstrafe von 15 Monaten aufgrund der subjektiven Elemente auf 13 Monate Freiheitsstrafe zu senken.

- 15 -

E. 4.2

Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz

E. 4.2.1

Objektive Tatschwere In objektiver Hinsicht war der Beschuldigte im Besitz von teilweise für den Handel vorgesehenen 32 Gramm Haschisch und 472 bis 482 Gramm Marihuana. Im Gegensatz zu Kokain handelt es sich bei THC-haltigem Cannabis um vergleichsweise weniger gefährliche Betäubungsmittel. Der Beschuldigte handelte dabei zwar nicht mit grossen Mengen, aber auch nicht mit ganz kleinen. Die objektive Tatschwere ist innerhalb des von einer Geldstrafe bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe gehenden Strafrahmens als leicht einzustufen. Der Beschuldigte weist im heutigen Zeitpunkt noch zwei Vorstrafen auf, wobei insbesondere die weitgehend einschlägige, erst kurz vor Begehung der heute zu beurteilenden Delikte erfolgte Verurteilung mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 3. Dezember 2019 zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 16 Monaten von Relevanz ist, während er im Fall der ersten Verurteilung vom 5. Januar 2017 mit einer unbedingten Geldstrafe bestraft wurde (Urk. 74 S. 2 f.). Eine gute Prognose kann dem Beschuldigten daher nicht gestellt werden, wobei hierzu auch auf die Erwägungen im Urteil vom 4. Februar 2022 zur Frage der Massnahmebedürftigkeit zu verweisen ist (Urk. 60 S. 13 ff.). Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Beschuldigte von der Aussprechung einer Geldstrafe für den Tatbestand des Vergehens gegen das

Betäubungsmittelgesetz in genügendem Masse von der Begehung erneuter Delikte abschrecken liesse. Zudem steht dieser Vorwurf in sehr engem Zusammenhang mit dem Vorwurf des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_798/2021 vom 2. August 2022 E. 5.1). Es erscheint in Anwendung von Art. 41 Abs. 1 lit. a StGB für den Vorwurf des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz als die einzige adäquate Sanktionsart eine Freiheitsstrafe, um einen spezialpräventiven Effekt beim Beschuldigten zu bewirken. Gemessen an dem leichten objektiven Verschulden ist die hypothetische Einzelstrafe mit 60 Tagen Freiheitsstrafe zu bemessen.

E. 4.2.2

Subjektives Verschulden

- 16 - In subjektiver Hinsicht kann auf die Ausführungen zum subjektiven Verschulden beim Kokainhandel (Erw. 4.1.2.) verwiesen werden. Wiederum fällt die leicht verminderte Schuldfähigkeit straf- bzw. verschuldensmindernd ins Gewicht.

E. 4.2.3

Zwischenfazit In objektiver wie in subjektiver Hinsicht ist von einem leichten Verschulden auszugehen, wobei die objektive Tatschwere durch die subjektiven Zumessungsgründe, insbesondere die leicht verminderte Schuldfähigkeit noch relativiert wird. Es erscheint angemessen, die nach den objektiven Zumessungsgründen erhaltene Strafe von 60 Tagen Freiheitsstrafe aufgrund der subjektiven Elemente auf 50 Tage Freiheitsstrafe zu senken.

E. 4.3

Asperation Einsatzstrafe bilden die 13 Monate Freiheitsstrafe für das Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Aufgrund der Gleichartigkeit der Strafart ist die Freiheitsstrafe von 50 Tagen für das Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz mit der Vorinstanz (Urk. 33 S. 16) unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips mit 30 Tagen bzw. 1 Monat Freiheitsstrafe strafehöhend zu berücksichtigen.

E. 4.4

Fazit bezüglich Tatkomponente Insgesamt ist das Tatverschulden des Beschuldigten sowohl von der objektiven Tatschwere her wie auch unter Berücksichtigung seines subjektiven Verschuldens ausgehend von einem Strafrahmen von einer Freiheitsstrafe von 1 bis zu 20 Jahren als sehr leicht zu qualifizieren. Gestützt auf die erwähnten Faktoren nach Würdigung der Tatkomponente, gelangt man somit zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 14 Monaten.

E. 5

Täterkomponenten

E. 5.1

Persönliche Verhältnisse/Vorleben Der Beschuldigte machte zu seinem Vorleben in der Untersuchung wie auch vor Vorinstanz und in der ersten Berufungsverhandlung Angaben. Er kam 1964, mithin

- 17 - ca. 1-jährig, in die Schweiz (vgl. Urk. 10/2), verbrachte sein gesamtes Leben hier, spricht die hiesige Sprache und besuchte auch die Schule in der Schweiz. Seine Berufslehre absolvierte er ebenfalls hier (Prot. I S. 6 und 19 f.; Prot. II S. 7). Er lebt mit seiner aus der

B._____ [Staat in Osteuropa] stammenden Ehefrau, mit welcher er seit 2004 verheiratet ist, und den beiden gemeinsamen im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Hauptverfahrens 13-jährigen Kindern zusammen (Prot. I S. 6 und Urk. 10/2). Seine Ehefrau und die Kinder verfügen über die Schweizer Staatsbürgerschaft (Urk. 54 S. 11). Den Ausführungen des Beschuldigten ist zu entnehmen, dass sich sein familiäres Umfeld in der Schweiz befindet, er weder einen verwandtschaftlichen noch einen sonstigen näheren Bezug zu Italien hat und auch der italienischen Sprache nicht mächtig ist (Prot. I S. 19 f.; Prot. II S. 6 f.). Vor ca. 20 bis 25 Jahren war er das letzte Mal in Italien (Prot. II S. 6). Er geht hierzulande einer beruflichen Tätigkeit nach und verdient damit, zusammen mit seiner Ehefrau, den Familienunterhalt. Über Vermögen verfügt der Beschuldigte keines (Prot. II S. 10). Anlässlich der heutigen (zweiten) Berufungsverhandlung ergänzte er, dass er nebst seiner Aussendiensttätigkeit einen eigenen Online-Shop aufgebaut habe, den er mit seiner Ehefrau betreibe. Ferner habe er Schulden in Höhe von Fr. 50'000.–, welche er in Raten zurückzahle (Prot. III S. 5 ff.). Die persönlichen Verhältnisse und das Vorleben des Beschuldigten bleiben strafzumessungsneutral.

E. 5.2

Vorstrafen Der Beschuldigte weist aktuell noch zwei Vorstrafen auf. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 5. Januar 2017 wurde er wegen mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz und Vergehens gegen das Waffengesetz verurteilt und mit einer unbedingten Geldstrafe zu 100 Tagessätzen zu Fr. 50.– bestraft. Sodann wurde der Beschuldigte mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 3. Dezember 2019 wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz, mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz, Fahrens eines Motorfahrzeugs in angetrunkenem Zustand und wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetz verurteilt und mit einer Freiheitsstrafe von 16 Monaten bestraft, wovon sechs Monate vollzogen wurden und 10 Monate bedingt aufgeschoben wurden unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren ab Urteilsdatum (Urk. 74;

- 18 - Urk. 13/2-3). Die Vorstrafen sind somit einschlägig und zudem delinquente der Beschuldigte während laufender Strafuntersuchung, was straf erhöhend zu berücksichtigen ist.

E. 5.3

Geständnis/Reue und Einsicht Der Beschuldigte war seit Beginn des Verfahrens geständig. Er wurde zwar auf frischer Tat ertappt und ein Grossteil der von ihm sogleich offenbarten Betäubungsmittelbestände wären in seiner Wohnung ohne Weiteres bei der Hausdurchsuchung gefunden worden (vgl. Urk. 1). Indessen hat er jedoch mehr als nötig preisgegeben (Prot. III S. 10, 14). Sein Geständnis und seine Kooperationsbereitschaft wirken sich daher strafmindernd aus. Die gezeigte Reue (vgl. beispielhaft Prot. I S. 16 f. und 30 f.) wäre vor dem Hintergrund der Beweislage sowie der Deliktshistorie grundsätzlich bloss als leicht strafmindernd zu berücksichtigen. Der Beschuldigte begab sich jedoch erstmals und – wenn auch unter dem Druck des Strafverfahrens – freiwillig in psychiatrische Behandlung (Prot. I S. 18, 22 und 24; vgl. auch zum behaupteten Lebenswandel des Beschuldigten im Ganzen das Plädoyer der amtlichen Verteidigung anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom

E. 5.4

Fazit bezüglich Täterkomponente Insgesamt halten sich die strafe erhöhenden Zumessungsgründe der Vorstrafen und des Delinquierens während laufender Probezeit und die strafmindernden Elemente

- 19 - des Geständnisses und der gezeigten Einsicht die Waage. Es bleibt daher bei einer Einsatzstrafe von 14 Monaten Freiheitsstrafe. 6. Gesamtwürdigung 6.1. Bildung der Gesamtstrafe mit der widerrufenen Strafe Wie eingangs dargelegt, ist zunächst unter Miteinbezug des widerrufenen beding- ten Teils der Vorstrafe von 10 Monaten Freiheitsstrafe in sinngemässer Anwendung des Asperationsprinzips eine Gesamtstrafe zu bilden, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Strafe, die Gegenstand des Widerrufs ist, ihrerseits ebenfalls eine Ge- samtstrafe darstellt. Die Vorinstanz erwähnte dies zwar zutreffend, berücksichtigte dann aber von den 10 Monaten nur die Hälfte strafe erhöhend (Urk. 33 S. 18), was eine zu starke Anwendung des Asperationsprinzips darstellt. Vielmehr erscheint es vor dem nun erneut zur Anwendung gelangenden Asperationsprinzip gerechtfertigt, von den 10 Monaten des widerrufenen Teils der Vorstrafe deren 8 Monate strafe- höhend im Rahmen der Bildung der Gesamtstrafe zu berücksichtigen. 6.2. Strafhöhe In Würdigung sämtlicher dargelegter Strafzumessungsgründe ist der Beschuldigte daher unter Einbezug des widerrufenen bedingten Teils von 10 Monaten der Vor- strafe mit einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten als Gesamtstrafe zu bestrafen. 6.3. Anrechnung von Untersuchungshaft Der Beschuldigte befand sich vom 19. Februar 2020, 18.30 Uhr, bis am 21. Februar 2020, 13.15 Uhr, während 2 Tagen in Untersuchungshaft. Die erstandene Haft ist gemäss Art. 51 StGB auf die ausgesprochene Freiheitsstrafe anzurechnen. 7. Busse betr. Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes 7.1. Bemessung In objektiver Hinsicht konsumierte der Beschuldigte rund 6 Gramm Kokain, womit noch von einer eher geringen Menge auszugehen ist. Zu berücksichtigen sind die

- 20 - nicht ungefährliche Betäubungsmittelart sowie die mehrfache Tatbegehung und der Umstand, dass der Konsum immerhin über rund ein dreiviertel Jahr hinweg statt- fand, wobei die objektive Tatschwere insgesamt als noch leicht zu qualifizieren ist. Insofern erscheint eine Einsatzstrafe von Fr. 500.– Busse als angemessen. Die Einsatzstrafe ist analog zum Verbrechen bzw. Vergehen gegen das Betäubungs- mittelgesetz im Rahmen der subjektiven Tatschwere leicht zu reduzieren (leicht verminderte Schuldfähigkeit) und im Rahmen der Täterkomponente moderat zu er- höhen. Daraus resultiert eine hypothetische Erhöhung der Einsatzstrafe auf Fr. 550.– Busse. Mit der Vorinstanz, auf deren diesbezügliche Angaben zu verwei- sen ist (Urk. 33 S. 19 f.), erscheint es aufgrund der relativ bescheidenen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten gerechtfertigt, die Busse letztlich auf Fr. 500.– an- zusetzen. 7.2. Ersatzfreiheitsstrafe In Übereinstimmung mit der Vorinstanz, auf deren zutreffende Erwägungen zu ver- weisen ist (Urk. 33 S. 21), ist für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen festzusetzen. III. Vollzug 1. Ausgangslage

E. 10

März 2021 [Urk. 24 S. 3 ff.]). Anlässlich der Berufungsverhandlung brachte der Beschuldigte zum Ausdruck, dass er sein Leben um 180 Grad gekehrt habe. Er lebe nun seit vier Jahren abstinent und habe weder Berührungspunkte zu Alkohol noch zu Drogen, was er durch regelmässige Tests überprüfen lässt (Urk. 85). Er sehe ein, dass er mit seinem Handeln Menschen in grosse Gefahr gebracht habe und möchte sich für sein unverzeihbares Verhalten entschuldigen (Prot. III S. 9,

E. 11

und 12 (Kostendispositiv), - der Schuldspruch betreffend die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (Dispositivziffer 1 des ersten Berufungsurteils SB210259 vom 4. Februar 2022), - die Anordnung einer ambulanten Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung illegale Drogen; Dispositivziffer 3 des ersten Berufungsurteils SB210259 vom 4. Februar 2022) und - das Absehen von einer Landesverweisung (Dispositivziffer 5 des ersten Berufungsurteils SB210259 vom 4. Februar 2022) rechtskräftig sind. 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

- 26 - Es wird erkannt:

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