

# ZH\_OBERGERICHT SB230495 vom 2. Oktober 2024

ZH Obergericht, 2024-10-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB230495](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB230495)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB230495 du 2 octobre 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT SB230495 del 2 ottobre 2024

## Erwägungen

### E. 1

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 31. Mai 2023 wurde der Beschuldigte entsprechend dem eingangs aufgeführten Dispositiv des mehrfachen Verbrechens und Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes schuldig gesprochen und mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 36 Monaten (mit Vollzug von 12 Monaten) sowie mit einer zu bezahlenden Busse von Fr. 400.– bestraft. Es wurden zwei Vorstrafen widerrufen und der Beschuldigte mit einer Ersatzforderung von insgesamt Fr. 16'000.– belegt, während von einer Landesverweisung abgesehen wurde. Schliesslich wurde über die Beschlagnahmen und Sicherstellungen sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen befunden (Urk. 53 S. 34 ff.).

### E. 2

Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Beschuldigte meldeten gegen das erstinstanzliche Urteil rechtzeitig die Berufung an (Urk. 45 + 47). Nach Erstattung der Berufungserklärungen vom 7. und 11. September 2023 (Urk. 55 + 56) so-

- 9 - wie anschliessender Fristansetzung an die Parteien zwecks Erhebung von allfälligen Anschlussberufungen (Urk. 59) wurden keine Weiterungen beantragt, worauf auf den 10. September 2024 zur Berufungsverhandlung vorgeladen wurde (Urk. 61). Nach Beizug eines aktuellen Strafregisterauszuges wurde am 27. August 2024 der neu ergangene Strafbefehl gegen den Beschuldigten vom 25. September 2023 beigezogen und den Parteien zur Kenntnis zugestellt (vgl. Urk. 62 ff.).

### E. 3

Im Gegenzug ist aufgrund dieser neuen Entwicklungen im Berufungsverfahren festzuhalten, dass das erstinstanzliche Urteil nunmehr bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 2 - 4 (Strafpunkt), 9 - 10 (Beschlagnahmen

- 12 - der Gegenstände), 12 (Sicherstellung der Spuren) sowie 13 - 14 (Kostenfolgen) in Rechtskraft erwachsen ist, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist. In den nicht rechtskräftigen Punkten ist das Verdikt der Vorinstanz derweil entsprechend Art. 398 Abs. 2 StPO umfassend zu überprüfen.

### E. 4

Vor der Aussprechung einer Landesverweisung vermag den Beschuldigten auch die offenbar nach wie vor bestehende Flüchtlingseigenschaft (vgl. beigezogene Migrationsakten, Urk. 38/39) nicht zu bewahren. Zwar sind allfällige Vollzugshindernisse nach mittlerweile konstanter Rechtsprechung in der Tat bereits bei der strafgerichtlichen Anordnung der Landesverweisung zu berücksichtigen, soweit die Situation stabil und die rechtliche Durchführbarkeit der Landesverweisung definitiv bestimmbar ist. Trifft dies

nicht zu, so ist dem flüchtlingsrechtlichen Non- refoulement-Gebot (Art. 25 Abs. 2 BV und Art. 5 Abs. 1 AsylG) und anderen völkerrechtlich zwingenden Bestimmungen indessen erst auf der Stufe des Vollzuges der Landesverweisung gebührend Rechnung zu tragen, so dass für die Prüfung allfälliger Vollzugshindernisse, die zum Zeitpunkt des Sachurteils noch nicht definitiv feststehen, die Vollzugsbehörden zuständig sind (vgl. BGE 145 IV 455, E. 9.4.; vgl. auch Urteile 6B\_33/2022 vom 9. Dezember 2022, E. 3.2.5., 6B\_1368/2020 vom 30. Mai 2022, E. 4.3.1. und 6B\_45/2020 vom 14. März 2022, E. 3.3.3.). Im Übrigen kann sich ein Flüchtling gemäss Art. 5 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 66d Abs. 1 lit. a zweiter Teilsatz StGB ohnehin nicht auf das Rückschiebeverbot berufen, wenn erhebliche Gründe für die Annahme sprechen, dass er die Sicherheit der Schweiz ernsthaft gefährdet bzw. als gemeingefährlich einzustufen ist, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist (Urteil 6B\_1042/2021 vom 24. Mai 2023, E. 5.3.3. m.w.H.). Vor diesem Hintergrund ist nun aber namentlich zu beachten, dass dem Beschuldigten der Asylstatus vor Jahren zuerkannt und zuletzt nie mehr überprüft wurde, wobei der Beschuldigte keine konkreten Hinweise zu nennen vermochte, dass er bei einer Rückkehr in sein Ursprungsland tatsächlich besonderer Strafe oder individueller Verfolgung ausgesetzt sein könnte (vgl. dazu Urk. 67 S. 14: "Es ist vorliegend aber nicht auszuschliessen, dass für meinen Klient in Laos ein ernsthaftes Risiko von Folter bzw. unmenschlicher Behandlung oder einer anderen schweren Menschenrechtsverletzung besteht."), was von ihm aber durchaus verlangt werden

- 18 - darf, denn es ist in dieser Hinsicht jeweils unter Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalles zu erörtern, ob das Risiko einer unmenschlichen Strafe oder Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK für den Fall einer Landesverweisung mit stichhaltigen Gründen konkret und ernsthaft glaubhaft gemacht wird (vgl. Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 23. März 2016, F.G. c. Schweden, Nr. 43611/11, § 113 und vom 28. Februar 2008, Saadi c. Italien, Nr. 37201/06], § 125 + 128; vgl. auch Urteile 6B\_33/2022 vom 9. Dezember 2022, E. 3.2.7. und 6B\_45/2020 vom 14. März 2022, E. 3.3.5.). Noch weniger im Sinne eines definitiven Vollstreckungshindernisses zu würdigen ist sodann der von der Verteidigung monierte Umstand, dass der Beschuldigte keine laotischen Ausweisschriften mehr besitzt, welche ihn zur Einreise in sein Heimatland befähigen könnten (Urk. 41 S. 15 + 17; Urk. 67 S. 12 f.), kann doch solch administrativen Schwierigkeiten in der Praxis regelmässig mit der Ausstellung eines besonderen Reisedokumentes begegnet werden, solange – wie vorliegend – die Identität und Herkunft der Person nicht konkret bestritten wird. An der Möglichkeit einer Rückführung des Beschuldigten in sein Heimatland ist demzufolge insofern nicht zu zweifeln, auch wenn derzeit (noch) kein Rückführungsabkommen mit dem Staat Laos besteht. Es ist vor diesem Hintergrund letztlich der Vollzugsbehörde zu überlassen, im Zeitpunkt der (aufgrund der teilweisen Strafverbüsung nicht unmittelbar bevorstehenden) Ausschaffung des Beschuldigten die aktuelle Gefährdungslage des Beschuldigten und die konkreten Rückführungsmöglichkeiten abschliessend zu prüfen und gegebenenfalls die Ausweisung in Anwendung von Art. 66d StGB aufzuschieben.

## **E. 5**

Der Beschuldigte ist nach dem Gesagten angesichts der überwiegenden öffentlichen Interessen an seiner Ausschaffung sowie des Fehlens eines definitiven Vollzugshindernisses in Anwendung von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB obligatorisch des Landes zu verweisen. Was die Dauer der Verweisung anbelangt, so erscheint der Antrag der

Anklagebehörde von 8 Jahren etwas zu hoch. Angesichts des moderaten Verschuldens im Rahmen der vorliegenden Delikte und der damit zusammenhängenden Strafhöhe sowie der in diesem Zusammenhang ebenfalls zu berücksichtigenden spezifischen Interessen des in der Schweiz längeren Zeit ansässigen Beschuldigten (vgl. Urteile 6B\_1079/2022 vom 8. Februar 2023, E. 9.2.1. und 6B\_445/2021 vom 6. September 2021, E. 2.) erscheint es vielmehr angemessen, die Landesverweisung auf die Dauer von 7 Jahren anzusetzen.

## **E. 6**

Die Staatsanwaltschaft hat weder im Rahmen ihrer Berufungserklärung noch anlässlich der Berufungsverhandlung eine Ausschreibung des Beschuldigten im Schengener Informationssystem (SIS) beantragt (vgl. Urk. 55 S. 3; Urk. 66 S. 1). Allerdings hat das mit der Sache befasste Gericht im Falle der Entscheidung über die Landesverweisung unabhängig von einem entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft zwingend auch über die Ausschreibung im SIS zu befinden. Es hat dabei die Frage materiell zu beurteilen und im Dispositiv des Strafurteils zu erwähnen, ob die Ausschreibung vorzunehmen ist oder ob darauf verzichtet wird (BGE 146 IV 172, E. 3.2.5.), was dem Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung auch so angezeigt worden ist (vgl. Prot. II S. 29). Zwar lässt sich mit Fug diskutieren, ob eine erstmalige Ausschreibung der Landesverweisung im Berufungsverfahren nicht gegen das Verbot der reformatio in peius verstösst (vgl. dazu MÄDER, a.a.O., recht 2024 S. 182 f.), doch beschlägt dies vorab die Konstellation, in welcher die Ausschreibung aufgrund einer Unachtsamkeit der Vorinstanz dann zumal unterblieben ist und dieses Versehen in der Folge im Rechtsmittelverfahren ohne in diesem Punkt erhobene Berufung korrigiert wird, während vorliegend ein bewusstes Absehen der Vorinstanz aufgrund einer entsprechenden Berufung der Staatsanwaltschaft neu zu beurteilen ist. Bezüglich der Ausschreibung der obligatorischen Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) gilt seit BGE 147 IV 340 in materieller Hinsicht Folgendes (E. 4.8): Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung setzt für die Ausschreibung einer Landesverweisung im SIS weder eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr voraus, noch einen Schuldspruch wegen einer Straftat, die mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr bedroht ist. Die Voraussetzung von Art. 24 Abs. 2 Bst. a SIS-II-Verordnung ist vielmehr bereits dann erfüllt, wenn der entsprechende Straftatbestand eine Freiheitsstrafe im Höchstmass von einem Jahr oder mehr vorsieht. Indes ist im Sinne einer kumulativen Voraussetzung stets zu prüfen, ob von der betroffenen Person eine Gefahr für

- 20 - die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgeht. Damit wird dem in Art. 21 SIS-II-Verordnung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen. An die Annahme einer solchen Gefahr sind jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Nicht verlangt wird insbesondere, dass das "individuelle Verhalten der betroffenen Person eine tatsächliche, gegenwärtige und hinreichend schwere Gefährdung darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt". Dass bei der Legalprognose eine konkrete Rückfallgefahr verneint und die Strafe bedingt ausgesprochen wurde, steht einer Ausschreibung der Landesverweisung im SIS daher nicht entgegen (vgl. Urteil 6B\_739/2020 vom 14. Oktober 2020, E. 2.2.). Ebenso wenig setzt Art. 24 Abs. 2 SIS-II-Verordnung die Verurteilung zu einer "schweren" Straftat voraus, sondern es genügen eine oder mehrere Straftaten, die einzeln betrachtet oder in ihrer Gesamtheit von einer "gewissen" Schwere sind, unter Ausschluss von blossen Bagatelldelikten.

Entscheidend ist zudem nicht das Strafmass, sondern in erster Linie die Art und Häufigkeit der Straftaten, die konkreten Tatstände sowie das übrige Verhalten der betroffenen Person. Insofern steht der Ausschreibung der Landesverweisung im Falle des Beschuldigten als Angehörigem eines Staates ausserhalb des Schengen-Raumes mithin nichts entgegen, zumal er wegen (teilweise qualifizierter) Betäubungsmittel-delinquenz vorliegend zu 36 Monaten Freiheitsstrafe zu verurteilen ist. Unter Berücksichtigung der weiteren Tatsachen, dass der Beschuldigte mehrere, teilweise einschlägige Vorstrafen aufweist, eine Progression seiner Delinquenz zu erkennen ist und er nur kurz nach dem vorinstanzlichen Urteil erneut ein Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz beging, hat demzufolge im nachfolgenden Dispositiv die entsprechende Ausschreibung des Beschuldigten im Schengener Informationssystem zu erfolgen. V. Ersatzforderung 1. Das Gericht kann Vermögenswerte, welche durch eine Straftat hervorgerufen worden sind, einer Sicherungseinziehung unterziehen (Art. 69 Abs. 1 StGB). Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden,

- 21 - so erkennt das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe (Art. 71 Abs. 1 StGB). Durch die Festlegung einer Ersatzforderung wird verhindert, dass derjenige, der die Vermögenswerte bereits verbraucht bzw. sich ihrer entledigt hat, besser gestellt wird als jener, der sie noch hat (BGE 140 IV 57, E. 4.1.2.; 123 IV 70, E. 3.). Die Ersatzforderung entspricht daher in ihrer Höhe grundsätzlich den Vermögenswerten, die durch die strafbaren Handlungen erlangt worden sind und somit der Vermögenseinziehung unterlägen, wenn sie noch vorhanden wären (Urteile 6B\_1354/2021 vom 22. März 2023, E. 4.3., 6B\_676/2022 vom 27. Dezember 2022, E. 3.3.2., 6B\_988/2017 vom 26. Februar 2018, E. 3.3. und 6B\_236/2015 vom 30. April 2015, E. 1.4.1.). Das Gericht kann die Ersatzforderung reduzieren, um dem Gedanken der Resozialisierung des Täters besser Rechnung zu tragen, denn dem Verurteilten soll nicht durch übermässige Schulden die Wiedereingliederung zusätzlich erschwert werden. Von der in Art. 71 Abs. 2 StGB vorgesehenen Möglichkeit des vollständigen oder teilweisen Absehens von einer Ersatzforderung ist nach der Rechtsprechung indessen nur mit Zurückhaltung Gebrauch zu machen. Es müssen bestimmte Gründe vorliegen, die zuverlässig erkennen lassen, dass sich die ernsthafte Gefährdung der Resozialisierung nicht durch Zahlungserleichterungen beheben lässt und die Ermässigung der Ersatzforderung für eine erfolgreiche Wiedereingliederung des Täters unerlässlich ist (vgl. BGE 106 IV 9, E. 2.; Urteile 6B\_676/2022 vom 27. Dezember 2022, E. 3.3.3. + 3.5.2. und 6B\_236/2015 vom 30. April 2015, E. 1.4.1.). Dies kann namentlich dann der Fall sein, wenn der Betroffene vermögenslos oder gar überschuldet ist und sein Einkommen sowie seine übrige persönliche Situation nicht erwarten lassen, dass Zwangsvollstreckungsmassnahmen in absehbarer Zeit von Erfolg gekrönt sein werden (Urteile 6B\_1354/2021 vom 22. März 2023, E. 4.3., 6B\_1256/2018 vom 28. Oktober 2019, E. 7.6. und 6B\_988/2017 vom 26. Februar 2018, E. 3.3.). Dem Sachgericht steht bei der Anordnung einer Ersatzforderung ein erheblicher Ermessensspielraum zu (Urteile 6B\_1354/2021 vom 22. März 2023, E. 4.3. und 6B\_676/2022 vom 27. Dezember 2022, E. 3.3.2.). Die Frage, ob sich eine Herabsetzung oder sogar ein Verzicht auf die Ersatzforderung rechtfertigt, setzt eine umfassende Beurteilung der finanziellen Lage der betroffenen Person voraus (BGE 122 IV 299, E. 3.b; Urteil 6B\_676/2022 vom 27. Dezember 2022, E. 3.3.3.). Dabei sind namentlich ihre Er-

- 22 - werbsmöglichkeiten respektive ihr Einkommen, ihr Vermögen, ihre Schulden und ihre familienrechtlichen Verpflichtungen zu berücksichtigen (Urteil 6B\_1354/2021 vom 22.

März 2023, E. 4.4.1.). 2. Inwiefern im Rahmen der strafrechtlichen Abschöpfung das Brutto- oder Nettoprinzip gilt, ist in Lehre und Praxis umstritten (vgl. BAUMANN, BSK StGB I, 4. Aufl., N 34 ff. zu Art. 70/71 StGB). Mehrheitlich durchgesetzt hat sich das gemässigte Bruttoprinzip, laut welchem zwar die unmittelbaren Anschaffungskosten, nicht jedoch weitere Aufwendungen im Zusammenhang mit der deliktischen Tätigkeit von der Bruttosumme in Abzug gebracht werden können (vgl. Urteil 6P.236/2006 vom 23. März 2007, E. 11.3. ff.; vgl. auch BGE 141 IV 317, E. 5.8.2.). Die Staatsanwaltschaft ist im Rahmen ihres diesbezüglichen Antrages vom reinen Bruttoprinzip ausgegangen und stellt nach Abzug eines Pauschalbetrages eine Ersatzforderung in der Höhe von Fr. 16'000.–, ohne auf den konkreten Einzelfall näher Bezug zu nehmen (vgl. Urk. 40 S. 10). Die Vorinstanz hat diese Argumentation ohne Einbezug der entsprechenden Lehre und Praxis unbesehen übernommen (Urk. 53 S. 28). 3. Vorliegend hat der Beschuldigte aufgrund der inkriminierten Straftaten nach Abzug der jeweiligen Anschaffungskosten für die ab 1. November 2019 gehandelten Betäubungsmittel einen Überschuss von Fr. 5'000.– (Kokain), Fr. 3'300.– (Marihuana) und Fr. 450.– (Ecstasy) erwirtschaftet, während er im Rahmen der übrigen deliktischen Tätigkeit keine nennenswerten Erlöse zu generieren vermochte. Es rechtfertigt sich demzufolge in casu in Anwendung des gemässigten Bruttoprinzips, für die Ersatzforderung den Betrag von Fr. 8'750.– festzulegen. Die Abschöpfung des teilweise auf ungefähren Angaben beruhenden Bruttoerlöses im Rahmen der nicht näher spezifizierten Einzelgeschäfte des Beschuldigten erschiene demgegenüber nicht gerechtfertigt. 4. Angesichts der relativ überschaubaren Höhe des Abschöpfungsbetrages von insgesamt Fr. 8'750.– erweist sich eine Reduktion des Betrages zwecks besserer Resozialisierung des Beschuldigten nicht als notwendig, zumal für die Deckung dieses Betrages ohnehin die beschlagnahmte Barschaft verwendet werden kann (vgl. hinten Ziffer VI./2.).

- 23 - 5. Der Beschuldigte ist mithin nach dem Gesagten zu verpflichten, dem Staat für den nicht mehr vorhandenen unrechtmässigen Gewinn aus der deliktischen Tätigkeit den Betrag von Fr. 8'750.– zu bezahlen. VI. Beschlagnahmungen / Sicherstellungen 1. Die im Verfahren angeordneten Beschlagnahmungen und Sicherstellungen sind mit Ausnahme der beschlagnahmten Barschaft bereits in Rechtskraft erwachsen (vgl. vorne Ziffer II./3.). 2. Die beschlagnahmte Barschaft in der Höhe von Fr. 14'620.– ist zur Deckung der Busse und der widerrufenen Geldstrafe sowie der Ersatzforderung und teilweise auch der Verfahrenskosten zu verwenden. VII. Kostenfolgen 1. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens haben die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens zu tragen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Inwiefern eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt insbesondere davon ab, in welchem Ausmass ihre in zweiter Instanz gestellten Anträge gutgeheissen werden (Urteil 6B\_1344/2019 vom 11. März 2020, E. 2.2.). Als unterliegend gilt auch die Partei, auf deren Rechtsmittel nicht eingetreten wird oder die das Rechtsmittel zurückzieht. Ausnahmen von der allgemeinen Kostenregelung gemäss Art. 428 Abs. 1 StPO sind entsprechend Art. 428 Abs. 2 StPO für jene Fälle vorgesehen, in denen die Voraussetzung für das Obsiegen erst im Rahmen des Weiterzuges geschaffen oder der angefochtene Entscheid in diesem Stadium nur unwesentlich abgeändert wurde. 2. Die Entscheidgebühr für den obergerichtlichen Prozess ist vorliegend auf Fr. 3'000.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 lit. b GebV OG).

- 24 - 3. Die amtliche Verteidigung des Beschuldigten macht für ihre Bemühungen und Barauslagen im Berufungsverfahren den Betrag von Fr. 6'372.15 (inkl. MWST) geltend (Urk. 70). Der Aufwand ist ausgewiesen und das geltend gemachte Honorar steht auch im Einklang mit den Ansätzen der kantonalen Anwaltsgebührenverordnung. Unter Berücksichtigung des im Nachgang zur Verhandlung eingereichten Schreibens betreffend Berufungsrückzug erscheint es mithin angemessen, den amtlichen Verteidiger mit insgesamt Fr. 6'500.– (inkl. MWST) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. 4. Der Beschuldigte zog im Nachgang zur vertagten Berufungsverhandlung seine Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil bezüglich der Dispositivziffern 2 und 3 zurück, was insoweit einem Unterliegen gleichkommt. Im Übrigen vermag sich der Beschuldigte im Berufungsverfahren mit seinen Anträgen nur insofern durchzusetzen, als von einem der beiden beantragten Widerrufe abgesehen und die Ersatzforderung hälftig reduziert wird. Allerdings erfolgten diese Entscheide infolge einer während des Berufungsverfahrens eingetretenen Voraussetzung bzw. aufgrund einer rechtlich anderen Einschätzung des Zweitgerichtes in einem Nebepunkt, welche im Übrigen nicht als Korrektur eines Fehltriteiles der Vorinstanz zu verstehen ist, was die Kostenverteilung im Endeffekt nicht zu Gunsten des Beschuldigten zu beeinflussen vermag (vgl. GRIESSER, Zürcher Kommentar zur StPO, 3. Aufl., N 12 zu Art. 428 StPO). Im Gegenzug obsiegt die Staatsanwaltschaft mit ihrem Antrag auf Anordnung der Landesverweisung. Es ergibt sich somit für das zweitinstanzliche Verfahren die vollständige Kostenpflicht des Beschuldigten, dies mit Ausnahme der Kosten seiner amtlichen Verteidigung, welche unter Vorbehalt der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Es wird beschlossen:

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