

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110276-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Vorsitzender, Dr. Bussmann und
Ersatzoberrichter lic. iur. Flury sowie der Gerichtsschreiber lic. iur.
Höfliger

Urteil vom 27. April 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc. und Rückver-
setzung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom
26. Januar 2011 (DG100427)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 30. August 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 17).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des Vergehens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 BetmG
 - der mehrfachen Übertretung im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG in Verbindung mit Art 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG
2. Der Beschuldigte wird **in den Vollzug der Reststrafe von 15 Tagen Freiheitsstrafe rückversetzt** nach seiner bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug gemäss Verfügung des Amtes für Justizvollzug St. Gallen vom 12. November 2009 bezüglich der vom kantonalen Untersuchungsamt St. Gallen am 4. Februar 2009 angeordneten Ersatzfreiheitsstrafe für die mit Strafbescheid des Untersuchungsamtes ... vom 18. März 2008 ausgefallte Geldstrafe und Busse.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der Reststrafe von 15 Tagen bestraft mit 12 Monaten Freiheitsstrafe als **Gesamtstrafe**, wovon 22 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 600.–.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
5. Es wird keine ambulante Massnahme angeordnet.
6. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen.

7. Der bedingte Vollzug der mit Strafmandat des Ministero pubblico del Cantone Ticino Bellinzona vom 20. Mai 2010 ausgefallten Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu Fr. 60.– wird widerrufen. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 27. August 2010 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich, ..., aufbewahrten Betäubungsmittel und die Feinwaage „...“ (Lagernummer ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 27. August 2010 beschlagnahmten Fr. 10.– (Barkaution Nr. ...) werden zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten herangezogen.
10. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	3'600.–	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.		Kosten der Kantonspolizei
Fr.		Kanzleikosten Untersuchung
Fr.	100.–	Auslagen Untersuchung
Fr.	1'328.85	amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr.		amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

11. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Staatskasse genommen.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 68 S. 1)

1. Dispositivziffer 3 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und der Beschuldigte sei mit einer Gesamtstrafe von höchstens 6 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen sowie mit einer Busse von Fr. 100.– zu bestrafen. Die erstandene Untersuchungshaft sei anzurechnen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:

(Urk. 47, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Das Gericht erwägt:

I.

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 26. Januar 2011 meldete der Beschuldigte gleichentags die Berufung an (Urk. 38). Nach Erhalt des begründeten Urteils reichte er fristgerecht seine Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO ein (Urk. 44). Die Staatsanwaltschaft beantragte mit Schreiben vom 5. Mai 2011, das vorinstanzliche Urteil sei zu bestätigen (Urk. 47).

2. Im Rahmen seiner Berufungserklärung liess der Beschuldigte den Antrag stellen, er sei im Hinblick auf die beantragte Suchtbehandlung im Sinne von Art. 56 Abs. 3 StGB sachverständig zu begutachten (Urk. 44). Diesem Antrag wurde entsprochen. Mit Beschluss der erkennenden Kammer vom 4. Juli 2011 wurde die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens über den körperlichen und geistigen Zustand des Beschuldigten, dessen Schuldfähigkeit zur Zeit der Tat sowie die Zweckmässigkeit einer Massnahme nach den Artikeln 56 bis 63 StGB angeordnet (Urk. 49). Mit der Begutachtung wurde med. pract. B. _____ von der Praxis ... beauftragt (Urk. 53). Dessen Gutachten datiert vom 2. Februar 2012 (Urk. 61). Weitere Beweisanträge wurden nicht gestellt.

3. Mit Eingabe seines Verteidigers vom 19. April 2012 zog der Beschuldigte die mit Berufungserklärung vom 21. April 2011 gestellten Berufungsanträge auf Anordnung von Massnahmen umfassend zurück und beschränkte damit die Berufung (weiter) auf die Bemessung der Strafe im Sinne von Art. 399 Abs. 4 lit. b StPO (Urk. 65).

4. Gemäss Art. 402 i.V. mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Nachdem die Urteilsdispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 2 (Rückversetzung), 7 (Widerruf), 8 und 9 (Einziehung und Beschlagnahme) sowie 10 und 11 (Kostendispositiv) nicht angefochten worden sind bzw., die Anfechtung von Ziff. 5 (Absehen von einer Massnahme) wieder zurückgezogen wurde und diesbezüglich keine Anschlussberufungen erhoben wurden, ist mittels Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

5. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen.

II.

1. Bei der Strafzumessung hat die Vorinstanz die gesetzlichen Zumessungsregeln wie auch die hier massgeblichen belastenden und entlastenden Faktoren,

namentlich die in Frage kommenden Strafschärfungs-, -erhöhungs-, -milderungs- und -minderungsgründe grundsätzlich zutreffend dargelegt.

Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann vorab auf alle diese Erwägungen im angefochtenen Entscheid mit einer sogleich zu erörternden Ausnahme verwiesen werden (Urk.43 S. 8 ff).

2. Die Vorinstanz ging davon aus, dass keine Strafmilderungsgründe ersichtlich seien. Demgegenüber gelangte das psychiatrische Gutachten, das im Berufungsverfahren eingeholt wurde, zum Schluss, dass beim Beschuldigten von einer leichten Verminderung der Schuldfähigkeit auszugehen sei. Es wurden die Diagnosen "Antisoziale Persönlichkeitsstörung, schädlicher Gebrauch von Cannabinoiden und schädlicher Gebrauch von Kokain" gestellt und darauf hingewiesen, dass bei den vom Beschuldigten verübten strafbaren Handlungen von voll erhaltener Einsichtsfähigkeit und leicht verminderter Steuerungsfähigkeit auszugehen sei (Urk. 61 S. 68 f.). Diese gutachterlichen Schlussfolgerungen, die auf eingehenden Untersuchungen und einer fundierten Beurteilung des Vorlebens und der Persönlichkeit des Beschuldigten beruhen, sind ohne weiteres nachvollziehbar. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Beschuldigte die ihm vorgeworfenen Taten bei einer leicht verminderten Schuldfähigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 StGB verübt hat. Aufgrund des Vorliegens dieses Strafmilderungsgrundes ist der Strafraum nach unten offen (Art. 48a Abs. 1 und 2 StGB).

3. Ausgangspunkt bei der Bemessung des Verschuldens ist die objektive Tatschwere, d.h. der schuldhaft verursachte Erfolg und die Art und Weise der Tatbegehung. Ebenso massgeblich ist die subjektive Tatschwere, die sich aus der Intensität des deliktischen Willens sowie den Beweggründen für die Tat ergibt. Mit zu berücksichtigen sind schliesslich das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 StGB, Trechsel et al, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, N 18 ff. zu Art. 47 StGB; BGE 104 IV 37; 117 IV 8; 118 IV 16 ff).

Der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung darf damit bei der Bemessung der Strafe keine vorrangige Rolle zukommen (vgl. etwa BGE 118

IV 342 ff.; 121 IV 206). 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.

Zu beachten ist sodann, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Präventionszwecke bei der Strafzumessung bis zum Ausgleich des verschuldeten Unrechts berücksichtigt werden dürfen (BGE 118 IV 342)

4.1. Was nun den Beschuldigten betrifft, so wiegt das Tatverschulden in objektiver Hinsicht im Rahmen eines Vergehens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 aBetmG schon erheblich. Er erwarb für Fr. 3'000.-- insgesamt 49,8 Gramm Kokain (Reinsubstanz 20,5 Gramm), wovon ein Drittel (16,6 Gramm; Reinsubstanz ca. 6,8 Gramm) für den Eigenkonsum bestimmt waren. Zwei Drittel, d.h. insgesamt 33,2 Gramm Kokain (Reinsubstanz ca. 13,6 Gramm) kaufte er für zwei Kollegen, von welchen er zuvor je Fr. 1'000.-- als Gegenleistung erhalten hatte. Diese Betäubungsmittelmenge von 13,6 Gramm reinem Kokain liegt nur unwesentlich unter dem Grenzwert von 18 Gramm für die Begründung des schweren Falles im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 aBetmG (BGE 109 IV 143 ff.), der eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe vorsieht.

Der vom Beschuldigten vorgenommenen Tathandlung (Kauf und beabsichtigte Weitergabe eines Teils der Drogen an zwei Kollegen) kommt keine besonders herausragende Bedeutung zu, welche grosse kriminelle Energie erforderte, darf aber auch nicht bagatellisiert werden.

Als Motiv für seine Handlung hat der Beschuldigte "die Lust auf einen Absturz-Abend gemeinsam mit Kollegen" angegeben (vgl. PG, Urk. 61 S. 59). Aufgrund seiner einschlägigen Erfahrungen ist ihm die verheerende Wirkung des Kokainkonsums bekannt, weshalb das subjektive Verschulden unter diesem Gesichtspunkt nicht unerheblich erscheint. Aufgrund der leicht verminderten Schuldfähigkeit wird das subjektive Tatverschulden allerdings deutlich reduziert.

Aufgrund der objektiven Tatschwere und des subjektiven Verschuldens unter Berücksichtigung der leicht verminderten Schuldfähigkeit erscheint eine Einsatzstrafe von acht Monaten Freiheitsstrafe als angemessen.

4.2. Dem Beschuldigten sind – auf den Tatzeitpunkt vom 6. Juni 2010 bezogen – heute noch vier Vorstrafen vorzuhalten (vgl. Urk. 28), da hinsichtlich der zwei Vorstrafen aus dem Jahr 2001 die Entfernungsfristen inzwischen verstrichen sind und das Strafmandat des ehemaligen Bezirksamtes Baden vom 19. Mai 2010 fälschlicherweise ins Strafregister eingetragen wurde, nachdem das entsprechende Verfahren auf Einsprache hin von der Staatsanwaltschaft Baden mit Verfügung vom 4. April 2011 eingestellt worden war (in Urk. 55: Beizugsakten ST.2010.2489 des Bezirksgerichts Baden). Die vier verbleibenden, grösstenteils nicht unerheblichen, teilweise einschlägigen, Vorstrafen führen zu einer deutlichen Straferhöhung. Zu berücksichtigen ist ausserdem, dass er am 9.12.2009 vom Bezirksgericht Zürich, 2. Abteilung, wegen Vergehens gegen das BetmG etc. mit 20 Monaten Freiheitsstrafe und einer Busse von Fr. 500.-- bestraft wurde. Dieser Entscheid wurde am 17.9.2010 von der erkennenden Kammer bestätigt. Der Beschuldigte hat somit das heute zu beurteilende Delikt während des laufenden Berufungsverfahrens - und auch während laufender Probezeit der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug (vgl. dazu Urk. 43 S. 6 f.) - verübt, was sich ebenfalls strafferhöhend auswirkt.

Anzufügen ist an dieser Stelle, dass die Vorinstanz zu Recht - entgegen dem Antrag der Verteidigung - keine Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichtes vom 17.9.2010 ausgefällt hat (Urk. 43 S. 13), denn eine solche kommt nicht in Frage, wenn jemand Delikte begeht, nachdem er wegen anderer Straftaten erstinstanzlich zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist (BGE 129 IV 113, Erw. 1.3), was hier der Fall ist.

Der Beschuldigte war von Anfang an geständig, was sich angesichts der zum vornherein klaren Beweislage nur ganz marginal strafmindernd auswirkt.

Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten ist auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen und auf die ausführliche Darstellung im

psychiatrischen Gutachten zu verweisen (Urk. 43 S.9 und 61 S. 22 - 31). Diese Angaben wurden vom Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung im Wesentlichen bestätigt (Urk. 67 S. 1 ff.)

Eine Gesamtwürdigung der wesentlichen Strafzumessungsgründe, auch unter Berücksichtigung der Generalprävention, soweit dies zulässig ist (BGE 118 IV 342), führt zum Schluss, dass eine Freiheitsstrafe von 10 Monaten als Gesamtstrafe - unter Einbezug der Reststrafe von 15 Tagen (bezüglich der in Rechtskraft erwachsenen Rückversetzung) - angemessen ist.

Der Anrechnung von 22 Tagen Untersuchungshaft steht nichts entgegen.

4.3. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten wegen der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes zusätzlich mit einer Busse von Fr. 600.-- bestraft. Aufgrund der leicht verminderten Schuldfähigkeit - welche die Vorinstanz nicht berücksichtigte - ist die Busse auf Fr. 500.-- zu reduzieren.

III.

Ein bedingter oder teilbedingter Strafvollzug fällt vorliegend ausser Betracht. Diesbezüglich kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 43 S. 14 f.).

IV.

Der Beschuldigte, welcher seine Berufung kurz vor der Berufungsverhandlung teilweise zurückgezogen hat, dringt mit seinem Antrag betreffend Strafreduktion nur zu einem kleinen Teil durch. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Berufungsverfahrens, exklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, zur Hälfte dem Beschuldigten aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zuzunehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind, unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht nach Art. 135 Abs. 4 StPO, einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 26. Januar 2011 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 2 (Rückversetzung), 5 (Absehen von einer ambulanten Massnahme), 7 (Widerruf), 8 und 9 (Einziehung und Beschlagnahme) sowie 10 und 11 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der Reststrafe von 15 Tagen bestraft mit 10 Monaten Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe, wovon 22 Tage durch Untersuchungshaft bis und mit heute erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 500.--.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
3. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so beträgt die Ersatzfreiheitsstrafe 5 Tage.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, exklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden zur Hälfte dem Beschuldigten auferlegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. **Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.**
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten(übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Gefängnis ... (durch die zuführenden Polizei)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
- die Bundesanwaltschaft

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten

7. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 27. April 2012

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Th. Meyer

lic. iur. Höfliger