

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB200476-O/U/mc

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Oberrichter lic. iur. Wenker
und Oberrichterin lic. iur. Haus Stebler sowie der Gerichtsschreiber
MLaw Andres

Urteil vom 21. Mai 2021

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht in
Strafsachen, vom 24. August 2020 (GB200007)**

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 20. November 2019 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 13).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG, sowie
 - der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen, wovon 2 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 100.–.

3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.

Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag.

4. Die folgenden sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich, Asservaten-Triage, gelagerten Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zur Vernichtung überlassen:
 - 1 Mobiltelefon, Marke Samsung (Asservat-Nr. A013'234'543),
 - 1 Knittersack mit Kokain (Asservat-Nr. A013'234'521; BM Lager-Nummer B03440-2019).

5. Die Entscheidungsbüher wird angesetzt auf:

Fr. 1'200.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'000.00 Gebühr für das Vorverfahren
Fr. 280.00 Auslagen (Vorbericht FOR)
Fr. 330.00 Auslagen (Gutachten FOR)

<u>Fr.</u>	<u>2'810.00</u>	Total
------------	-----------------	-------

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Entscheidgebühr auf zwei Drittel.

6. Die Kosten werden dem Beschuldigten auferlegt.
7. [Mitteilungen]
8. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 54 S. 3)

- "1. Die Dispositivziffern 2., 3. und 6. des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht Strafsachen, vom 24.08.2020 (GB200007-K) seien aufzuheben.
2. Herr B._____ sei mit einer bedingten, eventualiter einer unbedingten, Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.–, unter Anrechnung von 2 Tagen Haft, sowie einer Busse in der Höhe von Fr. 50.– zu bestrafen.
3. Die Kosten für das Vorverfahren und das erstinstanzliche Hauptverfahren seien Herrn B._____ aufzuerlegen, jedoch wegen offensichtlicher Uneinbringlichkeit definitiv abzuschreiben.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.
5. Herrn B._____ sei eine Entschädigung für seinen anwaltlichen Aufwand im Berufungsverfahren zuzusprechen."

b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(schriftlich, Urk. 48)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Prozessuales

1. Prozessuales

1.1. Dem Urteil der Vorinstanz kann der Verfahrensgang bis zum Erlass des erstinstanzlichen Entscheids entnommen werden (Urk. 40 S. 4, Art. 82 Abs. 4 StPO). Die vorinstanzliche Hauptverhandlung fand am 24. August 2020 statt (Prot. I S. 4 ff.).

1.2. Mit eingangs wiedergegebenem Urteil vom 24. August 2020 (Urk. 40 S. 17 ff.) sprach das Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht in Strafsachen, den Beschuldigten des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG sowie der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig. Es bestrafte den Beschuldigten mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Tagen unter Anrechnung von zwei Tagen erstandener Haft sowie zusätzlich mit einer Busse von Fr. 100.– unter Festsetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag. Weiter wurden ein Mobiltelefon sowie 1 Knittersack mit Kokain eingezogen und (nach Eintritt der Rechtskraft) der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens wurden dem Beschuldigten auferlegt. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte über seinen Verteidiger mit Eingabe vom 31. August 2020 fristgerecht Berufung an (Urk. 34). Das begründete Urteil wurde der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland (fortan Staatsanwaltschaft) am 11. November 2020 und dem Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, sowie dem Beschuldigten am 12. November 2020 zugestellt (Urk. 38).

1.3. Der Verteidiger erstattete mit Eingabe vom 27. November 2020 fristgerecht die Berufungserklärung (Urk. 43). In der Folge wurde der Staatsanwaltschaft mit Präsidialverfügung vom 3. Dezember 2020 Frist zur Anschlussberufung angesetzt (Urk. 46). Diese verzichtete sinngemäss auf Anschlussberufung, beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 48). Im Vorfeld der Verhandlung reichte Rechtsanwalt lic. iur. X._____, seine Plädoyernotizen zur Verteidigung des

Beschuldigten schriftlich ein (Urk. 54). Am 21. Mai 2021 fand die Berufungsverhandlung statt, anlässlich welcher der Beschuldigte die eingangs aufgeführten, gegenüber der Berufungserklärung leicht abgeänderten Anträge stellte (Prot. II S. 3 ff.; Urk. 43 S. 3; Urk. 54 S. 3). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Prozessuales

2.1. Der Beschuldigte liess das vorinstanzliche Urteil über seinen Verteidiger nur hinsichtlich der Strafe (Dispositivziffern 2 [Strafzumessung] und 3 [Vollzug]) sowie der Kostenaufgabe (Dispositivziffer 6) respektive des fehlenden Erlasses der Verfahrenskosten anfechten. Somit sind die vorinstanzlichen Schuldsprüche wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG und Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG (Dispositivziffer 1), die Einziehung zur Vernichtung (Dispositivziffer 4) sowie die Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 5) in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist.

II. Strafe und Vollzug

1. Strafraahmen und Grundsätze der Strafzumessung

1.1. Der Strafraahmen für das Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz beträgt Freiheitsstrafe von drei Tagen bis zu drei Jahren (Art. 19 Abs. 1 BetmG in Verbindung mit Art. 40 Abs. 1 StGB) oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen (Art. 34 Abs. 1 StGB). Für die Übertretung desselben ist zusätzlich eine Busse auszufällen (Art. 19a Ziff. 1 BetmG in Verbindung mit Art. 106 Abs. 1 StGB).

1.2. Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Strafzumessung richtig aufgezeigt. Es kann zur Vermeidung von Wiederholungen darauf verwiesen werden (Urk. 40 S. 5 ff. E. 4).

2. Strafzumessung

Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten wie erwähnt mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Tagen, unter Anrechnung von zwei Tagen erstandener Haft, sowie zusätzlich mit einer Busse von Fr. 100.—. Die Verteidigung beantragte

in der Berufungsverhandlung mit ihren eingangs aufgeführten Anträgen die Bestrafung des Beschuldigten mit einer bedingten – eventualiter unbedingten – Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.–, unter Anrechnung von 2 Tagen Haft, sowie mit einer Busse in der Höhe von Fr. 50.–.

2.1. Tatkomponente beim Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz

Die Vorinstanz hat die massgeblichen Parameter der objektiven Tatschwere zutreffend dargestellt und richtig gewichtet: Der erstinstanzliche Richter kam angesichts des Strafrahmens, der wie gesehen bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe reicht, zum nachvollziehbaren Schluss, das objektive Verschulden des Beschuldigten sei als sehr leicht einzustufen (Urk. 40 S. 7 E. 3.1.).

Auch erweisen sich die Ausführungen des erstinstanzlichen Richters zum subjektiven Tatverschulden als sehr sorgfältig. Insbesondere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte nur gelegentlich konsumierte, wenn sich eine Gelegenheit bot, mithin nicht von einer eigentlichen Drogenabhängigkeit auszugehen ist. Aufgrund des Delinquierens zur Finanzierung dieses gelegentlichen Konsums ohne eigentliche Abhängigkeit, ist mit der Vorinstanz von einem finanziellen Motiv auszugehen. Sodann erwägt der erstinstanzliche Richter zutreffend, es sei zwar leicht verschuldensmindernd zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte durch den Einsatz eines Fahnders überführt wurde, jedoch war dessen Tatbeitrag angesichts des souveränen Vorgehens des Beschuldigten von untergeordneter Bedeutung (Urk. 40 S. 8 f. E. 3.2.). Ebenfalls überzeugt der Schluss, dass das objektive Tatverschulden in subjektiver Hinsicht nicht relativiert wird (Urk. 40 S. 9 E. 3.3.). Die Bemessung der Einsatzstrafe auf 30 Tagessätze Geldstrafe bzw. 30 Tage Freiheitsstrafe erscheint auch unter Berücksichtigung der Praxis durchaus angemessen. So führen etwa die Strafmassempfehlungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich bei Besitz und Handel von bis zu 15 Gramm Kokaingemisch eine Strafe von 90 Tagessätzen auf (Ausgabe vom 13. Mai 2019 S. 7). Namentlich ist es angezeigt, für die entgeltliche Weitergabe von Kokain auch im Bereich von Kleinmengen eine ernstzunehmende Strafe in dieser Grössenordnung auszusprechen. Nur der Vollständigkeit halber sei sodann erwähnt, dass es sich bei den Strafmassangaben der Kommentatoren FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER um Orien-

tierungshilfen handelt und diese nicht auf Zehntelgramm genau umzurechnen sind (vgl. FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER in OFK-BetmG, 3. Auflage, Zürich 2016, Nr. 6 StGB 47 N 40 und 47 mit Verweisen), wie dies die Verteidigung anführt (Urk. 31 S. 6 f. mit Verweisen auf die genannten Kommentatoren, a.a.O., StGB 47 N 45; Urk. 54 S. 5). Ebenso wenig ist – entgegen den Vorbringen des Verteidigers – bei dieser Kleinmenge von 1.31 Gramm reinem Kokain zusätzlich zwingend ein Abzug von 10-20% von dem von den genannten Kommentatoren angesetzten Strafmass (30 Tagessätze) wegen deutlich weniger als fünf Geschäften angezeigt (Urk. 31 S. 7; Urk. 54 S. 6).

2.2. Täterkomponente beim Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz

Die Vorinstanz hat zunächst den Werdegang des Beschuldigten aufgezeigt und festgestellt, dass dessen Biographie auf einen schwierigen und steinigen Lebensweg hindeute. Der Beschuldigte hat in der Zwischenzeit geheiratet und konnte zunächst eine Stelle als Velokurier antreten, bevor er nun per 1. Juni 2021 eine vollzeitstelle in einem Restaurant in C._____ antreten kann, wo er monatlich Fr. 3'890.– netto verdienen wird (Prot. II S. 9 f.; vgl. Urk. 59). Er lebt mit seiner Ehefrau zusammen, welche ebenfalls berufstätig ist. Diese Vorgeschichte und die persönlichen Verhältnisse haben – so auch die zutreffende Einschätzung des Vorderrichters – keine direkte Auswirkung auf die Strafzumessung (Urk. 40 S. 9 E. 4.1.).

Die im vorinstanzlichen Urteil aufgeführten zahlreichen (8) Vorstrafen (vgl. Urk. 40 S. 10 E. 4.2.; Urk. 42) fallen zusammen mit dem Delinquieren während eines laufenden Strafverfahrens spürbar strafferhöhend ins Gewicht, auch wenn sie nicht einschlägig sind und zum Teil schon länger zurückliegen. Demzufolge schliesst die Vorinstanz richtig, dass dadurch jedenfalls die sich aus dem Geständnis des Beschuldigten ergebende Strafreduktion kompensiert wird; dies gilt ebenso für die vom Beschuldigten geäusserte Reue (Urk. 40 S. 11 Ziff. 4.3. und 4.4., Prot. I S. 13).

2.3. Zusammengefasst erweist sich die vorinstanzlich festgesetzte Strafe von 30 Strafeinheiten als angemessen. Aufgrund der diversen Vorstrafen gelangte die

Vorinstanz zum Schluss, der Beschuldigte habe mit Nachdruck bewiesen, dass er sich durch die Ausfällung von Geldstrafen nicht beeindrucken lasse. Aufgrund der (damaligen) finanziellen Situation sei nicht davon auszugehen, dass eine gegen den Beschuldigten unbedingt ausgesprochene Geldstrafe vollzogen werden könne. Deshalb sei zwingend eine Freiheitsstrafe für das Hauptdelikt auszufällen (Urk. 40 S. 11 f. E. 5). Zwar hat sich die finanzielle Situation des Beschuldigten jüngst verbessert (vgl. hiervor). Das ändert aber nichts daran, dass er sich in der Vergangenheit in der Tat gänzlich unbelehrbar zeigte und gar während dem vor Bezirksgericht Dietikon laufenden Gerichtsverfahren (Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürichs vom 4. März 2021, noch nicht rechtskräftig, da zum Urteilszeitpunkt am Bundesgericht hängig; vgl. Prot. II S. 14) erneut delinquierte. Dabei veräusserte er erstmals Kokain. Nachdem bereits die zahlreichen unbedingten oder widerrufenen Freiheitsstrafen in den letzten Jahren offensichtlich keine Wirkung zeigten (vgl. Urk. 42), ist jedenfalls nicht davon auszugehen, dass sich der Beschuldigte nun plötzlich von der milderen Sanktionsform der Geldstrafe beeindrucken lassen würde. Demzufolge ist mit der Vorinstanz auch heute auf eine Freiheitsstrafe zu erkennen.

3. Strafzumessung Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes

Zur Strafzumessung betreffend den Betäubungsmittelkonsum kann vollumfänglich auf den erstinstanzlichen Entscheid – auch was die Verneinung eines leichten Falles nach Art. 19 Ziff. 2 BetmG anbelangt – verwiesen werden (Urk. 40 S. 12 f.). Die vorinstanzlich moderat auf Fr. 100.– angesetzte Busse ist zu bestätigen unter Festsetzung von einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall der schuldhaften Nichtzahlung. Einer Erhöhung der Busses stünde sodann ohnehin das Verschlechterungsverbot entgegen.

4. Zusammenfassung Strafe und Vollzug

Unter Berücksichtigung aller relevanten Strafzumessungsgründe ist der Beschuldigte heute mit einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen unter Anrechnung von 2 Tagen erstandener Haft zu bestrafen. Unter Verweis auf die vorinstanzlichen überzeugenden Ausführungen zum Vollzug (Urk. 40 S. 14) ist die Freiheitsstrafe zu voll-

ziehen. Weiter ist der Beschuldigte mit Fr. 100.– Busse zu bestrafen und die Ersatzfreiheitsstrafe auf einen Tag festzusetzen. Die Busse ist zu bezahlen.

III. Kosten

1. Vorverfahren und erstinstanzliches Verfahren

1.1. Die Verteidigung beantragt, die Kosten des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Verfahrens seien dem Beschuldigten aufzuerlegen, jedoch wegen offensichtlicher Uneinbringlichkeit definitiv abzuschreiben (Urk. 43 S. 2 und Urk. 54 S. 18 und Prot. II S. 14).

1.2. Die Beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 StPO). Ausgangsgemäss ist demnach die vorinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 6) zu bestätigen.

1.3. Gemäss Art. 425 StPO können Forderungen aus Verfahrenskosten von der Strafbehörde gestundet oder unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der kostenpflichtigen Person herabgesetzt oder erlassen werden. Nach der Kostenaufgabe kann die kostenpflichtige Person bei der Strafbehörde ein Gesuch um Herabsetzung, Erlass oder Stundung stellen. Stundung und Erlass können nicht nur auf Gesuch der zahlungspflichtigen Person, sondern auch von Amtes wegen erfolgen. Bei ihrer Entscheidung hat die Behörde den wirtschaftlichen Verhältnissen (und auch dem Resozialisierungsgedanken) Rechnung zu tragen. Damit Art. 425 StPO zur Anwendung gelangt, müssen die wirtschaftlichen Verhältnisse der kostenpflichtigen Person derart angespannt sein, dass eine (ganze oder teilweise) Kostenaufgabe als unbillig erscheint. Das ist dann der Fall, wenn die Höhe der auferlegten Kosten unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage die Resozialisierung bzw. das finanzielle Weiterkommen ernsthaft gefährden kann (BSK StPO - DOMEISEN, 2. Aufl. 2014, N 2 ff. zu Art. 425 StPO).

1.4. Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass die definitive Abschreibung der Kosten nur in Ausnahmefällen erfolgen sollte (Urk. 40 S. 16). Nachdem der Beschuldigte noch jung ist, nun über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt und insbesondere einer Erwerbstätigkeit nachgeht, ist keineswegs unwahrscheinlich, dass

er künftig in günstigere finanzielle Verhältnisse kommen wird. Es besteht sodann die Möglichkeit, den aktuellen finanziellen Verhältnissen beim Kostenbezug Rechnung zu tragen. Dem Beschuldigten ist es unbenommen, ein Gesuch um Stundung oder Ratenzahlung zu stellen.

2. Berufungsverfahren

2.1. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Vorliegend unterliegt der Beschuldigte mit seiner Berufung, weshalb ihm die Kosten des hiesigen Verfahrens aufzuerlegen sind.

2.2. Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'800.– festzusetzen, da vorliegend nur die Strafe zu beurteilen war.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 24. August 2020 hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 1 (Schuldspruch), 4 (Einziehungen) und 5 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ wird bestraft mit 30 Tagen Freiheitsstrafe, wovon 2 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind, und mit Fr. 100.– Busse.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
3. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag.
4. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 6) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'800.– festgesetzt.

6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- die Verteidigung des Beschuldigten im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- sowie in vollständiger Ausfertigung an
- die Verteidigung des Beschuldigten im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- 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
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Bewährungs- und Vollzugsdienste, mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Löschungsdaten
 - die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A.
8. 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, 21. Mai 2021

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Andres