Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer

Geschäfts-Nr. SB110223-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Verfahrensleitung, lic. iur. Ruggli und lic. iur. et phil. Glur sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Höfliger

Urteil vom 5. Juli 2011

in Sachen

A._____,
Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,
Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom 8. März 2011 (DG100155)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 16. Dezember 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 12).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 26 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 145 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind.

3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 13 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (13 Monate, abzüglich 145 Tage, die durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafantritt bis und mit heute erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

4. Die sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer … aufbewahrten Betäubungsmittel werden eingezogen und sind durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten.

5. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	2'500.–	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	400.–	Kosten Kantonspolizei
Fr.		Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten
Fr.	600.–	Auslagen Untersuchung
Fr.		amtliche Verteidigung

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 48)

1. Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von maximal 24 Monaten

2. Gewährung des bedingten Strafvollzuges, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren

3. Eventualiter, falls die Freiheitsstrafe nicht auf 24 Monate reduziert werden sollte; Gewährung des teilbedingten Strafvollzuges mit einem Vollzug von maximal 9 Monaten Freiheitsstrafe

4. Kosten des Berufungsverfahrens (einschliesslich amtliche Verteidigung) auf Staatskasse

b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(Urk. 39, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Formelles

Am 8. März 2011 verurteilte das Bezirksgericht Bülach, II. Abteilung, den Beschuldigten wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittel-

gesetz im Sinne von dessen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a dieses Gesetzes und bestrafte ihn mit 26 Monaten Freiheitsstrafe, wobei bezüglich der Hälfte der Strafe der bedingte Vollzug gewährt wurde bei einer Probezeit von zwei Jahren (Urk. 33).

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte am 16. März 2011 Berufung an und liess am 1. April 2011 seine schriftliche Berufungserklärung folgen (Urk. 30 und 35). Seine Berufung richtet sich einzig gegen die Strafe, die auf maximal 24 Monate Freiheitsstrafe unter Gewährung des vollbedingten Strafvollzuges zu reduzieren sei; werde eine höhere Strafe ausgefällt, so sei der unbedingte Anteil der teilbedingten Strafe auf maximal neun Monate festzulegen.

Der Beschuldigte liess des Weiteren den Beweisantrag stellen, er sei ergänzend zu seinen finanziellen Verhältnissen zur Zeit der Tat und zu den Gründen und zur Finanzierung seiner Flüge nach B._____ (Staat ausserhalb von Europa) zu befragen (Urk. 35 S. 2). Dem wurde mit der Befragung des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung entsprochen (vgl. Prot. II S. 4 und Urk. 47).

Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf die Anfechtung des vorinstanzlichen Urteils und beantragte dessen Bestätigung. Auch verzichtete sie auf die Stellung von Beweisanträgen (Urk. 39).

Demnach ist das Urteil des Bezirksgerichts mit Ausnahme von Dispositivziffern 2 und 3 unangefochten geblieben und in Rechtskraft erwachsen, was vorab festzustellen ist.

II. Strafmass

Die Vorinstanz hat die Strafzumessung sorgfältig vorgenommen und alle relevanten allgemeinen und konkreten Kriterien aufgeführt (vgl. Urk. 33 S. 5-10). Zusammengefasst stufte sie das Verschulden des Beschuldigten als mittelschwer ein. Als Grund dafür nannte es die Gefährlichkeit der Droge Kokain, die Menge der eingeführten Drogen (rund 300 Gramm reiner Stoff), die genaue Kenntnis

über die Menge und den Reinheitsgrad, die Annahme des Auftrags ohne grösseres Zögern und die Tatsache, nicht aus einem Suchtzustand oder aus existenzieller Not heraus gehandelt zu haben. Die Vorinstanz minderte die Strafe wegen des Geständnisses, der gezeigten Reue und Einsicht, der Kooperationsbereitschaft, sodann wegen der infolge familiärer Verpflichtungen leicht erhöhten Strafempfindlichkeit des Beschuldigten und wegen seiner sehr niedrigen Stellung in der Drogenorganisation.

All diese Zumessungsgründe treffen zu und werden auch von der Verteidigung nicht in Frage gestellt mit Ausnahme der Feststellung im angefochtenen Urteil, wonach sich der Angeklagte nicht in einer eigentlichen finanziellen Notlage befunden habe, als er zur Tat geschritten ist. Zu dieser Auffassung war die Vorinstanz zum einen gelangt, weil sie die finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten zur Tatzeit angesichts dessen, dass er mit seinem angegebenen Lohn die angeführten Lebenshaltungskosten gar nicht decken konnte, für undurchsichtig hielt (Urk. 33 S. 7f.). Daran hat sich auch nach der persönlichen Befragung des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung nicht viel geändert (vgl. Urk. 47 S. 2 ff.). Zum andern verwies die Vorinstanz darauf, dass der Beschuldigte "im letzten Jahr vier Mal von Europa nach B._____" habe reisen können (a.a.O. S. 8). Letztere Feststellung rügte die Verteidigung als aktenwidrig: richtig sei vielmehr, dass die 4 Flüge des Beschuldigten in seine Heimat zwischen April 2008 und Mai 2010 stattgefunden hätten, und er im Jahre 2010 nur einmal in C._____ (Stadt in B._____) gewesen sei (Urk. 35 S. 2; Urk. 48 S. 2 f.). Die Präzisierung durch die Verteidigung ist grundsätzlich richtig. Aufgrund der Stempeleinträge im Reisepass des Beschuldigten und zufolge des Inhalts der Aufenthaltsbewilligung in D._____ (Staat in Europa) sind die Zeitpunkte der vier Flugreisen des Beschuldigten wie folgt dokumentiert:

19.04.2008	B._____ - E._____ (Staat in Europa) - D._____	20.04.2008
31.01.2009	E._____ - B._____ - E._____	06.03.2009
11.03.2009	E._____ - B._____ - E._____	03.06.2009
17.04.2010	E._____ - B._____ - E._____	28.05.2010

Anzufügen ist, dass der Beschuldigte nach Erhalt der schriftlichen Aufenthaltsbewilligung für D._____, ausgestellt am 7. Juli 2008, umgehend die weitere Reise von D._____ nach E._____ (Staat in Europa) zu seiner dort ansässigen Schwester angetreten hat, was von ihm insofern bestätigt wird, als er einräumt, seine neu Angetraute bereits nach 4 Monaten verlassen zu haben, um fortan bei seiner Schwester in E._____ zu leben (Urk. 3 S. 4). Wird vom Flug nach Zürich, der Gegenstand der Anklage ist, abgesehen, so hat der Beschuldigte in wenig mehr als zwei Jahren immerhin fünf Flugreisen unternommen. Über allfällige weitere Reisen *vor* März/April 2008, z.B. nach G._____ (Staat ausserhalb von Europa), wo der Beschuldigte eine Tochter mit einer anderen Frau hat, ist nichts bekannt, da sich der Beschuldigte anstelle seines früheren Passes, der ihm erst im Jahre 2005 ausgestellt worden war, wegen dessen "Beschädigung" unmittelbar vor seiner ersten Reise nach D._____ einen neuen Reisepass hatte ausstellen lassen (Passausgabe 24.3.08, Visum für D._____/Schengen 7.4.08, Flug nach E._____/D._____ 19./20.4.08). Wenn die Vorinstanz von der Reisetätigkeit des Beschuldigten in den zweieinhalb Jahren vor seiner Straftat ableitete, dass er sich beim Entschluss, im Oktober 2010 die inkriminierte Reise nach Zürich zu unternehmen, nicht in einer eigentlichen finanziellen Notlage befunden haben könne, so ist dies angesichts der dargelegten Intensität seiner Reisetätigkeit, selbst wenn sie zum Teil fremdfinanziert war, nachvollziehbar.

Es kommt hinzu, dass sich der Beschuldigte seit 2008 legal im Schengenraum aufhält und in E._____ bis zum Vortag seiner Schmuggelreise der Arbeit als Coiffeur nachging. Insofern unterscheidet sich sein Los von dem eines illegal Anwesenden bzw. eines Arbeitslosen. Zudem ist von Bedeutung, dass der Beschuldigte gemäss seinen Angaben in E._____ keine Schulden hat (Urk. 3 S. 4) und dort nicht nur von seiner Schwester in erheblichem Umfang (vgl. Urk. 26 S. 2; Prot. I S. 5), sondern gelegentlich auch von Freunden finanziell unterstützt wird (vgl. Urk. 5 S. 10f.).

Des Weiteren fällt das äusserst kurze Zusammenleben mit seiner Ehefrau aus D._____ in D._____ auf und ebenso der Umstand, dass der Beschuldigte, als er die schriftliche Aufenthaltsbewilligung von D._____ in Händen hatte (Ausstel-

lungsdatum 7. Juli 2008) ohne Verzug zu seiner Schwester nach E._____ umsiedelte. Auch hatte der Beschuldigte vor diesem Eheschluss jahrelang mit I._____ als Mutter zweier seiner Kinder eine Beziehung und er sagt, dass er nunmehr wieder mit der Mutter seiner Kinder "zusammen sei" (Urk. 11/2 S. 2). Dies alles spricht dafür, dass es sich bei der Heirat mit der Frau aus D._____ um eine Zweckehe zur Erlangung des Aufenthaltsrechts im Schengen-Raum gehandelt haben dürfte, zumal der Beschuldigte zugegebenermassen praktisch … (Landessprache in D._____) spricht (vgl. Urk. 11/2 S. 4). Nicht nur Flugreisen, sondern auch solche Ehe-Arrangements sind aber in aller Regel nur mit erheblichem finanziellen Aufwand zu bewerkstelligen.

Alles in allem überzeugt das Vorbringen der Verteidigung nicht, wonach der Beschuldigte seine Straftat aus einer finanziell ausweglosen Lage heraus begangen habe. Es besteht deshalb keine Veranlassung, aus diesem Grund die Strafe weiter zu mindern. Vielmehr ist die von der Vorinstanz bemessene Strafe als milde zu betrachten und folglich zu bestätigen.

III. Vollzug

Dass bei der gegebenen Strafhöhe für den nicht vorbestraften Beschuldigten auf eine teilbedingte Strafe zu erkennen ist, ist nicht fraglich. Die Vorinstanz hat als Bemessungsregel für die Festsetzung des bedingten bzw. unbedingten Strafteils auf das Verschulden des Täters abgestellt und dieses angesichts der Menge der durch den Beschuldigten vorsätzlich transportierten Betäubungsmittel als mittelschwer bzw. als erheblich bezeichnet (Urk. 33 S. 10 und 12). Die Vorinstanz hat den zu vollziehenden Teil der Strafe deshalb auf die Hälfte (13 Monate) festgelegt. Die Verteidigung ging, wie dargelegt, von einem geringeren Verschulden ihres Mandanten aus und vertrat im Eventualstandpunkt die Auffassung, dass der zu vollziehende Strafanteil maximal neun Monate betragen solle.

Der Auffassung der Verteidigung kann nicht gefolgt werden. Es überzeugen vielmehr die Erwägungen der Vorinstanz, wonach das Verschulden des Beschul-

digten als zumindest erheblich und nicht mehr bloss als leicht zu bezeichnen ist. Dem Bezirksgericht ist ebenso beizupflichten, dass dabei das klare Wissen des Beschuldigten um die Menge, die Art und den Reinheitsgrad der zu schmuggelnden Droge entscheidend ins Gewicht fällt. Insofern ist hier schon das Strafmass ausgesprochen milde ausgefallen. Ein weiteres Entgegenkommen im Zusammenhang mit der Vollzugsregelung wäre fehl am Platz. Ebenso wenig Anlass zur Reduktion des zu vollziehenden Strafanteils gibt das von der Verteidigung herangezogene, noch milder ausgefallene Urteil, welches in einem anderen Fall ohne jeden Zusammenhang mit dem vorliegenden Verfahren ergangen ist (Urk. 48 S. 6 ff.). Die Verteidigung orientiert sich bei diesem Urteilsvergleich zu sehr an der Drogenmenge. Einzelfallgerechtigkeit führt nicht selten zu unterschiedlichen Ergebnissen, ohne dass dadurch das Gebot der Rechtgleichheit oder das Willkürverbot tangiert wären. Der Festlegung der Vorinstanz, wonach die Hälfte der Strafe zu vollziehen sei, ist verschuldensadäquat und deshalb zu bestätigen.

IV. Kostenfolge

Ausgangsgemäss hat der Beschuldigte die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Der amtliche Verteidiger ist für das Berufungsverfahren mit Fr. 3'600.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Hinsichtlich des entsprechenden Rückanspruchs des Kantons gegenüber dem Beschuldigten gilt Art. 135 Abs. 4 StPO.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 8. März 2011 hinsichtlich Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 4 (Einziehung) und 5-6 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ wird bestraft mit 26 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 267 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind.

2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 13 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt. Im Übrigen (13 Monate, abzüglich 267 Tage, die durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafantritt bis und mit heute erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– wird dem Angeklagten auferlegt.

4. Der amtliche Verteidiger wird für das Berufungsverfahren mit Fr. 3'600.– aus der Gerichtskasse entschädigt.

5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

   - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten(übergeben)
   - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
   - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
   - das Gefängnis J._____ (durch die zuführenden Polizeibeamten)

   sowie in vollständiger Ausfertigung an

   - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
   - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
   - 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
- die Kantonspolizei Zürich, SA4-BM1

6. 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

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Th. Meyer lic. iur. Höfliger