

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110275-O/U/kw

Mitwirkend: die Oberrichter lic.iur. Spiess, Vorsitzender, Dr. Bussmann und
lic. iur. Burger sowie der Gerichtsschreiber lic.iur. Hafner

Urteil vom 23. August 2011

in Sachen

A._____,

Angeklagter und Appellant

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin und Appellatin

betreffend **mehrfache qualifizierte Widerhandlung gegen das
Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung,
vom 1. Dezember 2010 (DG100113)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 20. September 2010 (Urk. 15B) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Angeklagte ist schuldig der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 bis 6 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG.
2. Der Angeklagte wird bestraft mit 6 Jahren Freiheitsstrafe, wovon 563 Tage durch Polizeiverhaft, Untersuchungs- und Sicherheitshaft bis und mit heute erstanden sind.
3. Der Angeklagte wird verpflichtet, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 4000.- zu bezahlen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'559.60 Kosten KAPO
Fr. 19'908.30 Untersuchungskosten
Fr. _____ amtl. Verteidigungskosten (ausstehend)
Fr. _____
5. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Angeklagten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Staatskasse genommen.

Beschluss der Vorinstanz:

Die beim Angeklagten sichergestellten und mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich, ..., vom 24. März 2010 beschlagnahmten drei Mobiltelefone der Marke ..., der Marke ... sowie der Marke ... jeweils inkl. Zubehör (z.B. SIM-Card) sowie das Flugticket vom 15. Mai 2009 von B. _____ nach C. _____ und die Quittung vom 5. Dezember 2008 über Fr. 685.- werden eingezogen und sind durch die Bezirksgerichtskasse zu vernichten.

Verfügung der Vorinstanz:

Die Sicherheitshaft dauert fort.

Berufungsanträge:

a) des Verteidigers des Angeklagten:

(Urk. 45 S. 1)

1. Der Angeklagte sei der schweren Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 - 6 BetmG i.V.m. Art. 19 Ziff. 2 BetmG schuldig zu sprechen;
2. Er sei hierfür mit einer Freiheitsstrafe von 48 Monaten zu bestrafen, unter Anrechnung der bereits erstandenen Untersuchungs- und Sicherheitshaft, sowie des vorzeitigen Vollzuges von gesamthaft 859 Tagen;
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen gerichtlichen Verfahrens seien dem Angeklagten aufzuerlegen, indessen wegen Uneinbringlichkeit abzuschreiben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen.

Das Gericht erwägt:

I.

Gemäss Art. 453 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung, welche am 1. Januar 2011 in Kraft trat, werden Rechtsmittel gegen einen Entscheid, der vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung gefällt wurde, nach bisherigem Recht beurteilt. Da sich vorliegend die Berufung gegen einen Entscheid richtet, der vor dem 1. Januar 2011 gefällt wurde, ist die bisherige Strafprozessordnung des Kantons Zürich (nachfolgend StPO/ZH) sowie das bisherige Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) anwendbar.

II.

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach vom 1. Dezember 2010 liess der Angeklagte mit Eingabe vom 6. Dezember 2010 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 24). Mit Eingabe vom 17. März 2011 nannte der Verteidiger seine Beanstandungen (Urk. 28 A). Anschlussberufungen wurden keine erhoben.

2. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liess der Angeklagte die eingangs erwähnten Anträge stellen. Die Staatsanwaltschaft liess sich nicht vernehmen.

Gemäss § 413 Abs. 3 StPO/ZH wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Der Angeklagte beschränkte seine Berufung in der Beanstandungsschrift auf den Strafpunkt (Urk. 28 A; Urk. 43). Nachdem die Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 3 (Ersatzforderung), Ziffern 4 – 5 (Kostendispositiv) und der gleichentags ergangene Einziehungsbeschluss nicht angefochten worden sind, ist festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil diesbezüglich in Rechtskraft erwachsen ist.

III.

1. Die Vorinstanz hat den Strafraumen korrekt abgesteckt und die gesetzlichen Zumessungsregeln wie auch die hier massgeblichen belastenden und entlastenden Faktoren, namentlich die in Frage kommenden Strafschärfungs-, -erhöhungs-, -milderungs- und -minderungsgründe zutreffend genannt. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann vorab auf alle diese Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (§ 161 GVG; Urk. 33 S. 4 - 6).

2. a) Gemäss Art. 47 StGB ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen. Es wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen der straffälligen Person sowie danach bestimmt, wie weit sie nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Mit zu berücksichtigen sind aber auch das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben der Angeklagten.

Im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts ist sodann zu berücksichtigen, dass der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung bei der Bemessung der Strafe keine vorrangige Rolle zukommen darf (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.

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 (Entscheid des Bundesge-

richts 6S.465/2004 vom 12. Mai 2005 E. 3.1 mit Hinweisen auf BGE 118 IV 342, 348 E. 2c). Die genaue Betäubungsmittelmenge und gegebenenfalls ihr Reinheitsgrad verlieren an Bedeutung, wenn mehrere Qualifikationsgründe gemäss Art. 19 Ziff. 2 BetmG gegeben sind, und sie werden umso weniger wichtig, je deutlicher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG überschritten ist (BGE 121 IV 193).

Die objektive Tatschwere bestimmt sich bei Drogendelikten neben der erwähnten eher sekundären Bedeutung der Drogenmenge (BGE 121 IV 202) und der daraus folgenden Gesundheitsgefährdung namentlich nach der Art und Weise der Tatbegehung, der Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und den Beweggründen (BGE 118 IV 348). Massgebend sind dabei unter anderem 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.

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).

b) Was nun den Angeklagten betrifft, so wiegt das Tatverschulden in objektiver Hinsicht im Rahmen des schweren Falles im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 BetmG sehr schwer. Er handelte mit rund 17 Kilogramm Kokain. Der Reinheitsgrad des Kokains beim ersten Transport lässt sich – mangels konfiszierter Ware – nicht genau bestimmen, beim zweiten Transport wiesen die dort beschlagnahmten drei Packungen Kokain (knapp acht Kilogramm) den hohen bis sehr Reinheitsgrad von 61 %, 82 % und 86 % auf, was eine Menge von 5999 Gramm reinem Kokainhydrochlorid ergibt. Beim dritten Transport wies das Kokain einen Reinheitsgrad von 81 % auf; damit ist dort von einer Menge von 3191 Gramm reinem Kokainhydrochlorid auszugehen. Angesichts dieser Werte drängt sich der Schluss, dass es sich auch beim ersten, vom gleichen, von D. _____ aus operierenden Auftraggeber "...“ durchgeführten Transport um hochwertiges Kokain handelte, gebieterisch auf. Fest steht, dass der Angeklagte mit der gehandelten Betäubungsmittelmenge, welche bei weitem über dem kritischen Grenzwert für die Begründung des

schweren Falles liegt – bei Kokain sind es 18 Gramm (BGE 109 IV 143 ff.) – ein sehr grosses Gefährdungspotential für die Gesundheit vieler Menschen schuf.

Gemäss erstelltem Sachverhalt organisierte der Angeklagte vor diesen Drogentransporten sogenannte Schleuser, d.h. Flughafenangestellte, welche die Ware am Zoll und an den Sicherheitsorganen vorbei in die Schweiz schmuggeln sollten. Gemäss erstelltem Sachverhalt beauftragte der Angeklagte vor dem ersten Transport E. _____ – sollte er nicht selbst als Schleuser das Kokain schmuggeln – einen anderen Flughafenangestellten für diese Aufgabe zu rekrutieren. Im Hinblick auf die Kofferübergabe vom 28. November 2008 stellte er dem Mitangeklagten F. _____ ausserdem ein Bild des Kuriers G. _____ zur Verfügung. Somit ermöglichte und koordinierte er im Auftrag von "... " die heikle Übergabe des Schmuggelgutes vom Kurier an den Schleuser, mithin die Einfuhr der Drogen in die Schweiz. Er stellt ferner, dass er beim ersten Transport vom Abnehmer H. _____ Euro 15'000 bis 17'000 entgegennahm. In Übereinstimmung mit der Beurteilung durch die Vorinstanz (Urk. 33 S. 20) steht fest, dass er eine hierarchisch bedeutsame Stellung einnahm und keineswegs ein untergeordneter Befehlsempfänger war, wie er dies heute darzustellen versuchte.

Der Umstand, dass er innert weniger Monate eine derart grosse Menge umsetzte und sein professionelles Vorgehen mit den verdeckt geführten Natel-Gesprächen und internationalen Kontakten lassen auf einen ausgeprägten deliktischen Willen schliessen. Er hat die Drogentransporte direktvorsätzlich mitorganisiert und, was die jeweilige Menge anbelangt, zumindest mit Eventualvorsatz gehandelt. Sodann ist davon auszugehen, dass der Angeklagte, der selber keine Drogen konsumiert (Urk. 11/13 S. 4), aus rein finanziellen Interessen handelte. Dabei fällt weiter in Betracht, dass er im fraglichen Zeitraum in B. _____ eine Arbeitsstelle hatte (Prot. I S. 24) und sich somit nicht in einer eigentlichen Notlage befand. Der Angeklagte hat mithin aus rein egoistischen Gründen das Elend der Drogenabhängigen für sein Streben nach finanziellen Vorteilen ausgenützt. Schliesslich erscheint auch der Umstand, dass er zwei Flughafenmitarbeiter zu diesen Schleusertätigkeiten anstiftete – nicht im technischen Sinn –, besonders verwerflich, zumal er damit auch ein gravierendes Sicherheitsrisiko schuf.

Das Verschulden des Angeklagten ist deshalb in subjektiver Hinsicht als schwer zu qualifizieren und ist auch deutlich grösser als dasjenige von F._____, dem gegenüber er als Auftraggeber - entgegen der Auffassung des Verteidigers (Urk. 28 A S. 2) - eine klar übergeordnete Stellung innehatte.

3. Die mehrfache Tatbegehung ist – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 28 A S. 2) – deutlich straf erhöhend zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Angeklagten ist auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen zu verweisen (§ 161 GVG; Urk. 33 S. 23 f.). Heute hat der Angeklagte ausgeführt, er lebe in ungetrennter Ehe und habe aus offenen Bussen Schulden, deren Höhe er aber nicht beziffern konnte (Prot. II S. 8 f.)

Nach dem per 1. Juli 2011 in Kraft getretenen revidierten Betäubungsmittelgesetz stellt das Anstaltentreffen zu einer Widerhandlung gegen das BetmG neu einen fakultativen Strafmilderungsgrund dar (vgl. neu Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG). Beim zweiten Transport konnte das Kokain bei der Einfuhr in die Schweiz im Transitbereich sichergestellt und der Kurier verhaftet werden. Einzig wegen der Aktion der Zollbehörde und der Beschlagnahme der Drogen kam es nicht zur Vollendung der Tat. Das Ausbleiben des Erfolgs, das nicht auf das Verhalten des Angeklagten zurückzuführen ist, wirkt sich deshalb nur ganz leicht strafmindernd innerhalb des ordentlichen Strafrahmens aus. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der Angeklagte, wie ausgeführt, in massgeblicher Weise diesen Transport mitorganisiert hat, weshalb er hier als Mittäter bei der Beförderung der Drogen - einem selbständigen Tatbestand (vgl. alt Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 BetmG bzw. neu Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG) - in Erscheinung tritt.

Andere Strafmilderungsgründe liegen nicht vor. Die Vorstrafenlosigkeit des Angeklagten wirkt sich nach neuerer Rechtsprechung nicht strafmindernd aus (BGE 136 IV 1 ff.). Dagegen ist sein Geständnis strafmindernd zu berücksichtigen. Allerdings ist einschränkend festzuhalten, dass seine heutige Sachdarstellung nicht in jeder Hinsicht mit dem erstellten Sachverhalt übereinstimmt. Entgegen der Ansicht der Verteidigung sind Mittäter auch nicht gleich, sondern ihrem

individuell-konkreten Verschulden entsprechend zu bestrafen. Die gegen die Mit-täter des Angeklagten ausgesprochenen Strafen sind daher nicht massgebend für die Strafzumessung im vorliegenden Fall.

Eine Gesamtwürdigung der wesentlichen Strafzumessungsgründe und ein Vergleich mit ähnlich gelagerten Fällen, welche die Kammer in den vergangenen Jahren zu beurteilen hatte, führt zum Schluss, dass die von der Vorinstanz ausgesprochene Freiheitsstrafe von sechs Jahren als eher mild erscheint. Wegen des Verbotes der reformatio in peius fällt eine Erhöhung der Strafe jedoch ausser Betracht (§ 399 StPO/ZH). Die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe ist deshalb zu bestätigen.

Der Anrechnung von 828 Tagen erstandener Haft (Untersuchungs- und Si-cherheitshaft sowie vorzeitiger Strafvollzug) steht nichts entgegen.

4. Der bedingte oder teilbedingte Strafvollzug ist bei diesem Strafmass aus-geschlossen.

IV.

Ausgangsgemäss sind dem Angeklagten die Kosten des Berufungsverfah-rens aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichts-kasse zu nehmen.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil der I. Abteilung des Bezirksgerichtes Bülach vom 1. Dezember 2010 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 3 (Ersatzforderung), 4 und 5 (Kostendispositiv) sowie der gleichentags ergan-gene Einziehungsbeschluss in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv sowie in voll-ständiger Ausfertigung gemäss nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte wird bestraft mit 6 Jahren Freiheitsstrafe, wovon bis heute 828 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'400.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 5'789.10 amtliche Verteidigung
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Angeklagten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung jedoch auf die Gerichtskasse genommen.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienstein vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
 - die Bundesanwaltschaftsowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

5. Rechtsmittel:

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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. Spiess

lic. iur. Hafner