

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120240-O/U/rc

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Ruggli, Präsident, Oberrichter lic. iur. Th. Meyer
und Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. Collorafi

Urteil vom 18. Dezember 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfache qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
24. Januar 2012 (DG110293)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 28. September 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 21).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 - 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG.
2. Die mit Strafbefehl des Bezirksamts Laufenburg vom 5. Januar 2010 wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln ausgefallte bedingte Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 40.– wird widerrufen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 42 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 532 Tage durch Haft erstanden sind). Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte seit dem 2. September 2011 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.
4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
5. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 3'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. Kosten Kantonspolizei
Fr. 5'000.-- Gebühr Anklagebehörde
Fr. Kanzleikosten
Fr. 1'946.-- Auslagen Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 65, schriftlich)

In Änderung von Dispositiv Ziff. 3 sei der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 28 Monaten zu bestrafen unter Anrechnung der erstandenen Haft von 28 Monaten.

- b) Der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:
(Urk. 48, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Am 1. Januar 2011 trat die neue Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) in Kraft. Da das angefochtene Urteil nach diesem Zeitpunkt gefällt wurde, gilt für das vorliegende Berufungsverfahren neues Recht (Art. 454 Abs. 1 StPO). Verfahrenshandlungen, die vor dem Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung angeordnet oder durchgeführt wurden, behalten ihre Gültigkeit (Art. 448 Abs. 2 StPO).

2. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil vom 24. Januar 2012 sprach das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, den Beschuldigten im Sinne der Anklage schuldig und bestrafte ihn mit 42 Monaten Freiheitsstrafe. Die Vorinstanz widerrief die mit Strafbefehl des Bezirksamts Laufenburg vom 5. Januar 2010 wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln ausgefallte bedingte Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 40.–. Die Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens wurden dem Beschuldigten auferlegt, die Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 42 S. 16 f.).

3. Gegen das gleichentags mündlich eröffnete und im Dispositiv übergebene Urteil (Prot. I S. 14) liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 1. Februar 2012 fristgerecht die Berufung anmelden (Urk. 34). Das begründete Urteil wurde von der Verteidigung am 10. April 2012 entgegengenommen (Urk. 40/2). Mit Eingabe vom 17. April 2012 liess der Beschuldigte innert der zwanzigtägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO die Berufungserklärung einreichen (Urk. 43). Mit Präsidialverfügung vom 24. Mai 2012 wurde der Staatsanwaltschaft eine Frist von 20 Tagen für eine allfällige Anschlussberufung oder einen Nichteintretensantrag angesetzt (Urk. 46). Mit Eingabe vom 12. Juni 2012 teilte die Staatsanwaltschaft mit, dass keine Anschlussberufung erhoben und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragt werde (Urk. 48). Die Staatsanwaltschaft wurde auf ihr Gesuch hin von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung dispensiert (Urk. 63). Mit Präsidialverfügung vom 10. Juli 2012 wurde der Beschuldigte per 18. Juli 2012 aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen (Urk. 57).

II. Sachverhalt

Der Beschuldigte zeigte sich hinsichtlich der ihm in der Anklageschrift vorgeworfenen Tathandlungen sowohl in der Untersuchung als auch anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung geständig (Urk. 3/13 S. 3 ff.; Urk. 28 S. 3 ff.). Dies hat er auch heute bestätigt (Urk. 74 S. 3).

In Bezug auf den objektiven Sachverhalt machte die Verteidigung vor Vorinstanz sowie vor Obergericht geltend, dass die Kokainmenge des ersten Transports vom

15. März 2010 nicht erstellt sei. Gemäss der Schätzung des Beschuldigten sei daher von 500 Gramm Kokaingemisch auszugehen (Urk. 30 S. 3; Urk. 65 S. 5f.). In Ziffer 1 der Anklageschrift wird dem Beschuldigten im Wesentlichen vorgeworfen, am 15. März 2010 ca. ein Kilogramm Kokain (gemeint: Kokaingemisch) in die Schweiz eingeführt und am 16. März 2010 an B._____ übergeben zu haben. Dass die Anklageschrift lediglich eine ungefähre Angabe enthält, ist darauf zurückzuführen, dass das vom Beschuldigten transportierte und an B._____ übergebene Kokaingemisch erst am Abend des 16. März 2010 nach einer Aufeinanderfolge von weiteren Tathandlungen im Fahrzeug von C._____ sichergestellt wurde (vgl. Urk. 21 S. 2 f.). Dem Prüfbericht des Wissenschaftlichen Dienstes der Stadtpolizei Zürich vom 1. April 2010 lässt sich entnehmen, dass es sich dabei um 851 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgehalt von 34% handelte (Urk. 9/3). Gestützt darauf schloss die Vorinstanz, dass dem Beschuldigten der Transport von bloss 851 Gramm Kokaingemisch angelastet werden könne (Urk. 42 S. 4). Angesichts der in der Anklageschrift aufgeführten Tathandlungen erscheint diese Folgerung nachvollziehbar. Der Verteidigung ist jedoch beizupflichten, dass sich der von der Anklageschrift skizzierte Weg des ursprünglich vom Beschuldigten in die Schweiz eingeführten Kokaingemisches anhand der Akten nicht erstellen lässt (Urk. 30 S. 2). Der Beschuldigte hat zwar anerkannt, das Kokaingemisch am 16. März 2010 an B._____ übergeben zu haben. An den Geschehnissen nach dieser Übergabe war er auch gemäss Untersuchungsergebnis nicht mehr beteiligt, weshalb diesbezüglich keine Aussagen von ihm vorliegen. Soweit im Laufe der Ermittlungen weitere Beteiligte zu den einzelnen Übergaben befragt worden sind, sind deren Aussagen nur zu Gunsten des Beschuldigten verwertbar, weil er mit diesen Personen nicht konfrontiert wurde. Gemäss Prüfbericht des Wissenschaftlichen Dienstes vom 21. April 2010 konnte sodann keine gemeinsame Herkunft der am 16. März 2010 im Fahrzeug von C._____ und am 19. März 2010 im Fahrzeug des Beschuldigten sichgestellten Betäubungsmittel belegt werden (Urk. 9/4 S. 3). Nach dem Gesagten lässt sich anhand der Akten somit nicht erstellen, dass die am 16. März 2010 im Fahrzeug von C._____ sichgestellten Drogen effektiv dem Beschuldigten zuzuordnen sind. Es ist somit zu Gunsten des Beschuldigten auf seine eigenen Angaben abzustellen und davon

auszugehen, dass er beim ersten Kokaingeschäft 500 Gramm Kokaingemisch in die Schweiz transportiert und an B. _____ übergeben hat (Urk. 3/6 S. 4). Die Grenze zum schweren Fall ist beim ersten Kokaintransport auch unter Zugrundelegung des von der Verteidigung angenommenen Reinheitsgrads von 20% (Urk. 30 S. 3; Urk. 65 S. 6) deutlich überschritten.

III. Rechtliche Würdigung

1. Auf den 1. Juli 2011 ist die revidierte Fassung von Art. 19 BetmG in Kraft getreten. Die vorliegend zu beurteilenden Delikte wurden vor diesem Datum begangen. Da das Betäubungsmittelgesetz keine Bestimmungen über das intertemporale Recht enthält, gelangt für die Frage, ob das alte oder das neue Recht anwendbar ist, gemäss Art. 26 BetmG, wonach die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches insoweit Anwendung finden, als das BetmG nicht selbst Bestimmungen aufstellt, Art. 2 StGB zur Anwendung. Nach dieser Bestimmung ist grundsätzlich das alte Recht anwendbar. Das neue Recht gelangt nur dann zur Anwendung, wenn es das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB). Der erstellte Sachverhalt wird sowohl vom alten als auch vom neuen Recht vollständig erfasst. Der Strafraum ist bei der qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG nach altem wie neuem Recht identisch (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 aBetmG und Art. 19 Abs. 2 BetmG). Diese Mindeststrafe kann zwar nach dem neuen Recht unterschritten werden, wenn der Täter erst Anstalten zu Drogengeschäften getroffen hat, wenn er selber drogensüchtig ist und zur Finanzierung des eigenen Betäubungsmittelkonsums delinquent hat. Beim Beschuldigten sind jedoch diese Voraussetzungen nicht gegeben. Nach seinen eigenen Angaben konsumierte er insbesondere keine Drogen (Urk. 3/6 S. 4 f.; Urk. 8/1; Urk. 26). Das neue Recht erweist sich somit nicht als milder, weshalb die alte Fassung von Art. 19 BetmG zur Anwendung kommt, die zur Tatzeit in Kraft war.

2. Die Verteidigung bestreitet nicht, dass eine qualifizierte Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 - 5 i.V.m. Art. 19 Ziff. 2 lit a aBetmG vorliegt. Sie macht jedoch wie bereits vor Vorinstanz geltend, dass der Beschuldigte nicht als Mittä-

ter, sondern als Gehilfe zu qualifizieren sei und somit der mehrfachen Gehilfenschaft zur qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 i.V.m. Art. 19 Ziff. 2 lit. a sowie i.V.m. Art. 25 StGB schuldig zu sprechen sei (Urk. 30 S. 4 ff.; Urk. 43 S. 2; Urk. 65 S. 8).

3. Die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches finden auch im Betäubungsmittelstrafrecht Anwendung, soweit das Betäubungsmittelgesetz nicht selbst Bestimmungen aufstellt (Art. 26 BetmG). Die allgemeinen Regeln über Täter und Teilnahme gelten daher grundsätzlich auch im Bereich der Betäubungsmitteldelikte. Dabei gilt es jedoch als Besonderheit zu beachten, dass Art. 19 Ziff. 1 a BetmG beinahe alle denkbaren Formen einer Beteiligung am unbefugten Drogenverkehr als selbständige Handlungen ahndet. Nach der Rechtsprechung hat jede dieser in Art. 19 Ziff. 1 a BetmG aufgeführten Handlungen die Bedeutung eines selbständigen Straftatbestandes, sodass Täter ist und der vollen Strafdrohung untersteht, wer in eigener Person einen dieser gesetzlichen Tatbestände objektiv und subjektiv erfüllt (Fingerhuth/Tschurr, BetmG-Kommentar, Art. 19 N 24 und 135 f. mit Hinweisen). Art. 19 Ziff. 1 a BetmG führt damit zu einer starken Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 25 StGB, da in der Regel kein Bedürfnis besteht, unterstützende Tatbeiträge über die Regeln der Gehilfenschaft in die eigentliche Tat einzubeziehen. Als Mittäter zu bestrafen ist daher auch, wer als (untergeordnetes) Mitglied einer Bande auf Geheiss handelte oder wer in der Organisation nur dienende Stellung einnahm und Handlungen von untergeordneter Bedeutung vornahm. Gehilfenschaft liegt nur vor, wenn die objektive Mitwirkung an der Tat eines anderen sich auf einen untergeordneten, vom Gesetz nicht als selbständiges Delikt erfassten Beitrag beschränkt (Urteil des Bundesgerichts 6B_407/2011 vom 12. September 2011 E 3.2.1 mit Hinweisen).

4.1. Der Beschuldigte hat in Bezug auf Anklageziffer 1 anerkannt, am 15. März 2010 in D._____ ein Paket mit Kokaingemisch im Vordersitz des von ihm gemieteten Mercedes Benz versteckt zu haben und mit dem im Fahrzeug eingebauten Kokaingemisch zusammen mit E._____ (fortan E._____) von F._____ nach G._____ gefahren zu sein, wo er das Kokaingemisch an B._____ (fortan B._____) übergeben habe. Aufgrund des Untersuchungsergebnisses ist davon auszuge-

hen, dass der Beschuldigte nicht in eine grössere Organisation eingebunden war und sich seine Handlungen auf die erwähnten Tatbeiträge beschränkten. Der Verteidigung ist insofern beizupflichten, als dass die vom Beschuldigten erbrachten Tathandlungen die Struktur einer typischen Gehilfenschaft aufweisen, da sich der Beschuldigte an Drogengeschäften von Drittpersonen beteiligt und diese durch seine Tatbeiträge gefördert hat (Urk. 30 S. 5 f.; Urk. 65 S. 7f.). Wie bereits dargelegt ist die klassische Gehilfenschaft, wie sie im allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches festgehalten wird, im Betäubungsmittelstrafrecht jedoch eine Randerrscheinung. In Art. 19 Ziff. 1 aBetmG werden nahezu alle Unterstützungshandlungen, die bei anderen Tatbeständen lediglich als Teilnahmehandlungen erfasst werden, als selbständige Straftatbestände eingestuft, wodurch fast jeder Teilnehmer zum Täter wird. Die unbefugte Einfuhr und Beförderung sowie der unbefugte Besitz und die unbefugte Abgabe von Betäubungsmitteln werden von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 - 5 aBetmG ebenfalls als selbständige Tathandlungen erfasst und unterstehen als solche der vollen Strafdrohung. Der Umstand, dass der Beschuldigte ein ihm fremdes Drogengeschäft gefördert hat, ändert nichts daran, dass er mit dem Transport des Kokaingemisches von F._____ nach G._____ sowie der Übergabe desselben an B._____ die Merkmale von gesetzlichen Straftatbeständen erfüllt hat, weshalb er als Täter zu betrachten ist.

Die vom Beschuldigten erbrachten Tathandlungen können entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 30 S. 5; Urk. 65 S. 7) nicht als untergeordnete Teilnahmehandlungen an der Zuwiderhandlung eines anderen gegen Art. 19 Ziff. 1 aBetmG eingestuft werden. So wurde die Fahrt des Beschuldigten von F._____ in die Schweiz ausschliesslich zum Zwecke des Betäubungsmitteltransports durchgeführt. Dass der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben erst in D._____ erfuhr, dass er bei einem Kokaintransport mitwirken sollte, ist für die rechtliche Qualifikation des eingeklagten Sachverhalts nicht von Bedeutung, braucht ein Mittäter an der ursprünglichen Entschlussfassung doch nicht mitgewirkt zu haben. Er kann sich den Vorsatz seines Mittäters auch später zu eigen machen (Forster BSK-Strafrecht I, vor Art. 24 N 12). Entgegen der Auffassung der Verteidigung ist daher unerheblich, dass der Beschuldigte und E._____ sich nicht gemeinsam dazu entschieden haben, Kokain in die Schweiz zu transportieren, sondern der Beschul-

digte diesbezüglich von E._____ angefragt wurde (Urk. 30 S. 5). Die Vorinstanz hat sodann zu Recht darauf hingewiesen (Urk. 42 S. 6), dass das Paket mit Kokaingemisch vom Beschuldigten selbst in den Vordersitz des von ihm gemieteten Personenwagens eingebaut und zusammen mit E._____ über die ganze Strecke nach G._____ transportiert wurde. In G._____ war es wiederum der Beschuldigte, welcher das Kokaingemisch an B._____ übergab. Der Beschuldigte hatte beim Betäubungsmittelgeschäft eine aktive Rolle inne. Die Beförderung sowie die Abgabe des Kokaingemisches wären ohne seine Tatbeiträge vorerst nicht durchführbar gewesen. Insofern hat der Beschuldigte keine ihm fremden Tathandlungen gefördert, sondern in der Kette von verschiedenen Tathandlungen selbständige Tatbeiträge geleistet. Dass der Beschuldigte dabei nicht aus eigener Initiative, sondern auf Anweisung von E._____ gehandelt hat, ändert nichts daran, dass er gesetzlich umschriebene Handlungen ausgeführt und verwirklicht hat und somit als Täter verantwortlich ist. Das Unterordnungsverhältnis macht den Beschuldigten rechtlich nicht zum Gehilfen. Dieser Umstand ist gegebenenfalls bei der Strafzumessung zu berücksichtigen (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6S.530/2006 vom 19. Juni 2007 E. 3.3). Für die rechtliche Würdigung des eingeklagten Sachverhalts ist weiter nicht von Bedeutung, ob der Beschuldigte aus seiner Tätigkeit einen Profit gezogen hat. Auch dieser Umstand ist im Rahmen der Strafzumessung bei der Bewertung des Verschuldens zu berücksichtigen. Der Auffassung der Verteidigung, wonach der Beschuldigte die Autofahrt nicht in seinem eigenen Interesse unternommen habe (Urk. 30 S. 5), kann im Übrigen nicht gefolgt werden. Zwar muss wie bereits erwähnt davon ausgegangen werden, dass sich der Beschuldigte an einem fremden Drogengeschäft beteiligt hat. Dem Beschuldigten wurde für die von ihm erbrachten Tathandlungen jedoch eine Vergütung versprochen. Gemäss den Angaben des Beschuldigten war die finanzielle Entschädigung denn auch der Grund, weshalb er sich auf das Geschäft eingelassen habe (vgl. Urk. 3/6 S. 2; Urk. 28 S. 3 f.; Urk. 74 S. 5). Es mag sein, dass den vom Beschuldigten erbrachten Handlungen im Rahmen des gesamten Betäubungsmittelgeschäfts eine untergeordnete Bedeutung zukam und er weder zu den Drahtziehern noch zu den Abnehmern Kontakt hatte (Urk. 30 S. 6). Die von der Verteidigung angeführten Umstände vermögen jedoch nichts daran zu ändern, dass die Tatbeiträge des

Beschuldigten vom Gesetz als eigenständige Widerhandlungen gegen Art. 19 Ziff. 1 aBetmG eingestuft werden, weshalb er dafür als Täter einzustehen hat. Dass der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben um die Einzelheiten der Lieferung nicht gewusst hat (Urk. 30 S. 5), ist unerheblich. In subjektiver Hinsicht ist für die rechtliche Würdigung lediglich massgebend, dass der Beschuldigte wusste, dass sich in den von ihm transportierten Paketen eine Menge Kokaingemisch befand, welche die Grenze zum leichten Fall deutlich überstieg.

4.2. Auch beim zweiten Anklagesachverhalt ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte auf Anweisung von E. _____ handelte und ihm im Rahmen des geplanten Betäubungsmittelgeschäfts keine dominierende Rolle zukam. Der Beschuldigte wurde wiederum von E. _____ angefragt, ob er bei einem weiteren Kokaintransport dabei wäre, und hatte gemäss eigenen Angaben keine genauen Kenntnisse über das zu transportierende Kokain. Der Beschuldigte übernahm beim zweiten Transport jedoch eine vergleichsweise aktivere Rolle. Es war der Beschuldigte, welcher den Kontakt zu H. _____ herstellte und diesem den Betäubungsmitteltransport von I. _____ in die Schweiz vorschlug. Der Beschuldigte vereinbarte mit H. _____ auch den Kurierlohn von Euro 1'000.–, wobei er dieses Entgelt von der ihm selbst zugesicherten Entschädigung von Euro 5'000.– abzog. Der Beschuldigte baute die Päckchen mit Kokaingemisch selbst in das Fahrzeug von H. _____ ein und begleitete diesen – zusammen mit E. _____ – in dem von ihm gemieteten Mercedes Benz von I. _____ in die Schweiz. In der Schweiz übernahm der Beschuldigte das Kokaingemisch von H. _____ und versteckte es wiederum in den Vordersitzen des Mercedes Benz. Alsdann fuhr der Beschuldigte zusammen mit E. _____ nach G. _____, wo das Kokaingemisch an einen nicht näher bekannten Abnehmer hätte übergeben werden sollen (Urk. 3/7 S. 1 ff.; Urk. 3/9 S. 13 f.; Urk. 3/13 S. 5 f.; Urk. 28 S. 4; Urk. 74 S. 3 f.).

Mit diesen Tathandlungen hat der Beschuldigte die gesetzlichen Tatbestände der Einfuhr, der Beförderung sowie des Besitzes von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 und 5 aBetmG in eigener Person erfüllt. Entgegen der Auffassung der Verteidigung besteht kein Raum für die Annahme von Gehilfenschaft, können die vom Beschuldigten erbrachten Handlungen doch nicht als unterge-

ordnete Tatbeiträge am Betäubungsmitteltransport von Drittpersonen gewertet werden. Wer, wie der Beschuldigte, selber einen Kokaintransporteur akquiriert, den Transport in die Schweiz unter eigenem finanziellem Engagement fördert, das Kokaingemisch jeweils in den für den Transport verwendeten Fahrzeugen versteckt und innerhalb der Schweiz selbst nach G. _____ befördert, begeht eine eigenständige Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 aBetmG, für die er als Täter verantwortlich ist. Dass der Beschuldigte auf Anweisung von E. _____ gehandelt hat, ändert nichts daran, dass er vom Gesetz unter Strafe gestellte Handlungen ausgeführt und verwirklicht hat. Wie bereits dargelegt, ist für die rechtliche Würdigung weiter unerheblich, ob der Beschuldigte bei seinen Tathandlungen eigene Interessen verfolgte. Es ist folglich auch beim zweiten Anklagesachverhalt nicht etwa von einer blossen Gehilfenschaft, sondern von einer Mittäterschaft des Beschuldigten auszugehen. Er war auch hier nicht nur Bodyguard von E. _____.

5. Der Beschuldigte ist somit der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 - 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG schuldig zu sprechen.

IV. Widerruf

1. Gemäss Art. 46 Abs. 1 StGB widerruft das Gericht eine bedingte Strafe, wenn der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht und deshalb die Verübung weiterer Straftaten zu erwarten ist.

Mit Strafbefehl des Bezirksamts Laufenburg vom 5. Januar 2010 wurde der Beschuldigte wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln zu einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 40.– sowie einer Busse von Fr. 800.– verurteilt. Der Vollzug der Geldstrafe wurde unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufgeschoben (Urk. 17/5; Beizugsakten). Der Beschuldigte beging die heute zu beurteilenden Delikte während laufender Probezeit, weshalb sich die Frage des Widerrufs stellt.

2. Der Beschuldige weist in der Schweiz lediglich die erwähnte Verurteilung auf (Urk. 17/5). Hingegen ist er im ... Strafregister [des Staates I. _____] mit mehreren Vorstrafen verzeichnet. Der Beschuldigte erwirkte über einen Zeitraum von 13 Jahren zwölf Vorstrafen, wobei diese im Wesentlichen wegen Körperverletzungs- sowie Strassenverkehrsdelikten ergingen (Urk. 17/7). Eine bessernde Wirkung davon ist nicht feststellbar. Der Beschuldigte hat vielmehr jeweils innert kurzer Zeit nach einer Verurteilung erneut delinquent. Selbst der drohende Vollzug der mit Urteil des Amtsgerichts ... vom 17. Juli 2003 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von zwei Jahren vermochte den Beschuldigten nicht von der Begehung weiterer Delikte abzuhalten, weshalb es zum Widerruf der Strafaussetzung kam. Die Verbüssung der Freiheitsstrafe vermochte beim Beschuldigten jedoch ebenfalls keine nachhaltige Wirkung zu hinterlassen. Vielmehr wurde er bereits wenige Monate nach der Entlassung aus dem Strafvollzug erneut straffällig, obschon der Rest der Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt wurde und ihm wiederum eine Bewährungsfrist lief (Urk. 17/7; Urk. 17/15 S. 2). Die vorliegend zu beurteilenden Delikte beging der Beschuldigte wiederum während der Bewährungsfrist (vgl. auch Urk. 12/4; Beilage 1 zu Urk. 30). All dies belegt, dass die früheren Verfahren wirkungslos waren. Angesichts seines strafrechtlich relevanten Vorlebens muss dem Beschuldigten bezüglich seiner künftigen Bewährung eine ungünstige Prognose gestellt werden. Die Straffälligkeit in der Probezeit und die darin zum Ausdruck kommende fehlende Einsicht sind bei der Prognosebildung ebenfalls klar negativ zu bewerten. Es muss ernsthaft befürchtet werden, dass der Beschuldigte sein Verhalten nicht ändern und in gleichem Masse weiter delinquent wird. Es handelt sich bei den neuerlichen Delikten zwar weitgehend um andere Straftaten als jene gemäss den vorangegangenen Verurteilungen; das spricht allerdings nicht zugunsten des Beschuldigten, sondern weist eher auf eine unspezifische Bereitschaft zu strafbarem Verhalten hin. Eine grundlegende und nachhaltige Neuausrichtung des Beschuldigten ist nicht erkennbar. Der Beschuldigte gab zwar an, er wolle ein straffreies Leben führen und für seine Familie da sein (Urk. 52 S. 7; Prot. I S. 9; vgl. ebenso Urk. 74 S. 2). Familie und Berufstätigkeit boten jedoch schon bisher keine Gewähr für ein anhaltend deliktfreies Leben des Beschuldigten. Der mit Strafbefehl des Bezirksamts Laufenburg vom

5. Januar 2010 für eine Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 40.– gewährte bedingte Strafvollzug ist deshalb zu widerrufen.

3. Für die heute zu beurteilenden Betäubungsmitteldelikte kommt nur eine Freiheitsstrafe in Frage, weshalb die Bildung einer Gesamtstrafe nicht möglich ist. Das Verfahren nach Art. 46 Abs. 1 Satz 2 StGB darf nicht dazu führen, dass eine rechtskräftige Vorstrafe zu Lasten des Beschuldigten im Nachhinein in eine schwerere Sanktion abgeändert wird (BGE 137 IV 249 E. 3.4). Die zu widerrufende Geldstrafe kann daher nicht im Rahmen einer Gesamtstrafenbildung in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden, weshalb sie so zu vollziehen ist, wie sie ausgesprochen wurde.

V. Strafzumessung

1. Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz werden in schweren Fällen im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 aBetmG mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zwanzig Jahren bestraft. Zusätzlich kann eine Geldstrafe ausgefällt werden. Die vorliegend mehrfache Tatbegehung ist innerhalb dieses nach oben hin nicht erweiterbaren Rahmens strafferhöhend in Betracht zu ziehen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Strafmilderungsgründe liegen keine vor.

2. Die Strafe ist nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

3.1. Das objektive Tatverschulden des Beschuldigten wiegt im Rahmen des schweren Falles im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 aBetmG erheblich. Der Beschuldigte beging nicht eine einmalige Verfehlung, sondern betätigte sich zweimal an einem

Transport von Kokain, einer bekanntermassen sehr gefährlichen Droge mit hohem Suchtpotenzial. Seine Widerhandlungen bezogen sich auf eine insgesamt grosse Menge in der Grössenordnung von über einem Kilogramm reinem Kokain, was einem Vielfachen der Menge entspricht, welche das Bundesgericht als Grenze zum schweren Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a festgelegt hat (18 Gramm reines Kokain; BGE 109 IV 143 E. 3a). Mit dieser Betäubungsmittelmenge hat der Beschuldigte ein erhebliches Gefährdungspotential für die Gesundheit vieler Menschen geschaffen. Der Drogenmenge kommt im Rahmen der Strafzumessung zwar keine vorrangige Bedeutung zu; sie ist aber eines der Elemente, die das Verschulden des Täters ausmachen (Urteil des Bundesgerichts 6S.465/2004 vom 12. Mai 2005 E. 3.1 mit Hinweisen). Zu berücksichtigen ist bei der objektiven Tatschwere immerhin auch, dass das Rauschgift nicht zu den Konsumenten gelangte, es somit nicht zu einer konkreten gesundheitlichen Gefährdung kam. Wesentlich bei der Strafzumessung ist sodann die Stellung des Täters in der Hierarchie des Drogenhandels und die Zahl der Geschäfte, welche ein Indiz für die kriminelle Energie und damit für die Gefährlichkeit des Täters ist (vgl. Hansjakob, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen, in: ZStrR 1997, S. 243). Hierzu hat die Vorinstanz zu Recht ausgeführt, dass der Beschuldigte hauptsächlich Anweisungen von E._____ ausgeführt und über keine eigene Entscheidungsgewalt verfügt hat (Urk. 42 S. 11 f.). Der Beschuldigte kannte nur seine direkten Kontaktpersonen und hatte keinen Einblick in die gesamte Organisation. Er wurde zu einer bestimmten Aufgabe, einem Fragment, im gesamten Ablauf der beiden Einfuhren eingesetzt. Den von ihm vorgenommenen Tathandlungen kam keine besonders herausragende Bedeutung zu. Andererseits ist ein Drogentransport als notwendige Aufgabe innerhalb einer Drogenorganisation auch keineswegs zu bagatellisieren. Bei der zweiten Kokaineinfuhr vom 19. März 2010 übernahm der Beschuldigte zudem eine aktivere Rolle, rekrutierte und entschädigte er doch selbst einen Kurier, welcher das Kokaingemisch in die Schweiz befördern sollte. Die Tätigkeit des Beschuldigten ist somit zwar im unteren Bereich der Organisation, aber nicht auf der untersten Stufe anzusiedeln. Zugunsten des Beschuldigten ist schliesslich zu berücksichtigen, dass er beide Drogengeschäfte nicht aktiv gesucht hatte, sondern von einem Dritten dazu motiviert worden war.

3.2. Der Beschuldigte ging nach seiner eigenen – im Rahmen der Untersuchung zu Protokoll gegebenen – Einschätzung davon aus, insgesamt 2 Kilogramm Kokaingemisch von einer durchschnittlichen Qualität zu transportieren (Urk. 3/6 S. 4). Er beteiligte sich somit direktvorsätzlich an der Einfuhr von Kokaingemisch im Kilogramm Bereich. Die genaue Menge des Kokaingemisches und der genaue Reinheitsgehalt waren dem Beschuldigten nicht bekannt. Bezüglich der genauen Menge reinen Kokains ist deshalb von eventualvorsätzlicher Tatbegehung auszugehen, was dem Beschuldigten leicht strafmindernd zu Gute zu halten ist. Beschaffungskriminalität fällt nicht in Betracht, hat der Beschuldigte doch nie Kokain konsumiert (Urk. 3/6 S. 4 f.; Urk. 8/1; Urk. 26). Gemäss eigenen Angaben beteiligte er sich vielmehr aus rein finanziellen Beweggründen an den Drogengeschäften. Für beide Kokaintransporte wurden ihm Euro 5'000.– versprochen (Urk. 3/6 S. 2 und 14; Urk. 3/9 S. 9 f. und 13; Urk. 28 S. 3 f.). In einer eigentlichen finanziellen Notlage befand sich der Beschuldigte indes nicht (vgl. Urk. 3/1 S. 3 f.; Urk. 28 S. 2 f.; Urk. 74 S. 5).

Insgesamt vermag das subjektive Tatverschulden die objektive Tatschwere nicht massgeblich zu relativieren. Der Tatschwere angemessen erscheint eine hypothetische Einsatzstrafe im Bereich von 48 Monaten Freiheitsstrafe.

4.1. Die Vorinstanz hat den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten zutreffend wiedergegeben (Urk. 42 S. 13); diese Ausführungen sind an dieser Stelle nicht zu wiederholen. An der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, er sei seit 22 Jahren mit seiner Partnerin zusammen. Mit ihr habe er zwei Kinder, die mittlerweile 16 und 14 Jahre alt seien. Seit seiner Entlassung aus dem Gefängnis arbeite er als Trockenbauer und verdiene dabei Euro 1'300.– brutto bzw. Euro 975.82 netto (Urk. 74 S. 2).

Aus dem Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten.

4.2. Wie bereits erwähnt ist der Beschuldigte im Schweizerischen Strafregister mit einer Verurteilung verzeichnet. Am 5. Januar 2010 wurde er vom Bezirksamt Laufenburg wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln zu einer Geldstrafe von

10 Tagessätzen zu Fr. 40.– bedingt, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren, sowie zu einer Busse von Fr. 800.– verurteilt (Urk. 17/5). In I. _____ weist der Beschuldigte zwölf Vorstrafen auf (Urk. 17/7), was unter dem Gesichtspunkt der Täterkomponente deutlich erschwerend ins Gewicht fällt. Zwar sind die Vorstrafen nicht einschlägig, doch hat der Beschuldigte regelmässig, über Jahre hinweg und in teils sehr kurzen Abständen immer wieder delinquierte. Er liess sich auch durch die Verbüssung einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren nicht von der Begehung weiterer Delikte abhalten. Damit manifestiert der Beschuldigte ein erhebliches Mass an Gleichgültigkeit gegenüber der Rechtsordnung. Hervorzuheben ist ebenso, dass der Beschuldigte zudem während laufender Probezeit bzw. Bewährungsfrist delinquierte hat, was ebenfalls straf erhöhend zu veranschlagen ist.

4.3. Mit der Vorinstanz ist das frühe Geständnis des Beschuldigten und sein kooperatives Verhalten in der Strafuntersuchung strafmindernd zu werten (Urk. 42 S. 15). Nachdem der Beschuldigte beim Drogentransport vom 19. März 2010 auf frischer Tat erwischt wurde, wäre ein völliges Abstreiten dieser Tat zwar wenig aussichtsreich gewesen. Der Beschuldigte zeigte sich nach anfänglichem Bestreiten jedoch bezüglich beider Kokaintransporte vollumfänglich geständig und gab ausführlich Auskunft über seine Beiträge an den zu beurteilenden Delikten. Er beschrieb das Zustandekommen der beiden Transporte sowie deren Ablauf und Weg detailliert und nannte auch die ihm in Aussicht gestellte Belohnung. Sodann machte er auch Angaben zu den übrigen Beteiligten. Dem Beschuldigten ist weiter zu Gute zu halten, dass er bereits in einem frühen Verfahrensstadium Einsicht in das Unrecht der Tat und Reue gezeigt hat (Urk. 3/5; Urk. 3/6 S. 15; Urk. 3/7 S. 10). Unter den genannten Umständen hat sich das Nachtatverhalten des Beschuldigten merklich zu seinen Gunsten auszuwirken.

4.4. Die Verteidigung brachte vor Vorinstanz vor, beim Beschuldigten sei von einer erhöhten Strafempfindlichkeit aus familiären Gründen auszugehen, da er durch die Inhaftierung von seinen beiden Kindern getrennt gewesen sei. Aufgrund der Distanz zu deren Wohnort in J. _____ seien Besuche nicht oft möglich gewesen. Der Beschuldigte habe als Familienvater unter der Inhaftierung mehr gelitten

als ein Mann, der keine Kinder habe oder dessen nächsten Angehörigen in der Umgebung von G. _____ wohnen würden (Urk. 30 S. 12 f.).

Bei der Strafzumessung ist gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB auch die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters zu berücksichtigen. Es ist jedoch festzuhalten, dass die Verbüssung einer Freiheitsstrafe für jeden in ein familiäres Umfeld eingebetteten Täter mit einer gewissen Härte verbunden ist. Die Trennung von der Familie ist als zwangsläufige, unmittelbare gesetzmässige Folge mit dem Vollzug einer Freiheitsstrafe verbunden und darf nur bei aussergewöhnlichen Umständen strafmindernd wirken (Urteil des Bundesgerichts 6B_470/2009 vom 23. November 2009 E. 2.5 mit Hinweisen). Die vom Beschuldigten genannten Belastungen gehen nicht über die mit jedem Strafvollzug verbundene Einschränkung hinaus, weshalb eine über das normale Mass hinausgehende Strafempfindlichkeit zu verneinen ist. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte bereits im Zeitpunkt der Tathandlungen Familienvater war, was ihn jedoch nicht davon abhielt, deliktisch tätig zu werden, obwohl er sich der Konsequenzen auch für seine Familie bewusst gewesen sein muss. Eine besondere Strafempfindlichkeit ist beim Beschuldigten folglich nicht ersichtlich und ergibt sich im Übrigen auch nicht aus dem Umstand, dass sich seine Familie im Ausland befindet.

5. Das Geständnis, die Einsicht und Reue des Beschuldigten sind diesem strafmindernd anzurechnen, während die Vorstrafen strafferhöhend zu gewichten sind. In Würdigung aller genannten Kriterien erscheint die von der Vorinstanz gefällte Freiheitsstrafe von 42 Monaten angemessen.

6. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots ist entgegen der Ansicht der Verteidigung nicht ersichtlich (Urk. 30 S. 11 f.; Urk. 65 S. 10 ff.). Dem vorliegenden Strafverfahren liegen Taten zugrunde, die sich im März 2010 ereignet haben. Zwischen dem Beginn der Untersuchung und der Anklageerhebung im September 2011 vergingen entgegen der Auffassung der Verteidigung nicht 22 Monate, sondern eineinhalb Jahre. Angesichts der Komplexität des Verfahrens, die in verschiedenen Parallelverfahren zum Ausdruck kommt, erscheint diese Verfahrensdauer nicht unangemessen, weshalb nicht von einem Zuwarten (vgl. Urk. 65 S. 15) und folglich einer Vernachlässigung behördlicher Pflichten die Rede sein

kann. Es lassen sich über das gesamte Verfahren hinweg keine nennenswerten zeitlichen Lücken ausmachen, die zu einer zugunsten des Beschuldigten zu berücksichtigenden Strafminderung führen müssten. Festzuhalten ist sodann, dass Sinn und Zweck einer Strafreduktion wegen Verletzung des Beschleunigungsgebots gewissermassen das Leiden eines Beschuldigten unter der Unsicherheit einer Verurteilung ist. Dies rechtfertigt sich insbesondere, wenn der Beschuldigte – entgegen der Anklage – auf Freispruch plädieren lässt; der Beschuldigte mithin während Monaten nicht weiss, ob er freigesprochen oder mit einer empfindlichen Strafe belegt wird. Vorliegend hat der Beschuldigte die beiden Anklagesachverhalte vollumfänglich eingestanden. Eine Verurteilung in den Hauptpunkten war unumgänglich. Der Beschuldigte schwebte also nicht in der Unsicherheit, ob es überhaupt zu einer Verurteilung kommt oder nicht. Er musste zudem bereits vor der erstinstanzlichen Hauptverhandlung mit einer längeren Freiheitsstrafe rechnen. Eine Strafminderung fällt daher auch unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes ausser Betracht, sodass die Strafe nicht wie vom Verteidiger verlangt, um 8 Monate zu reduzieren ist (vgl. Urk. 65 S. 16).

7. Nicht zu berücksichtigen sind bei der vorliegenden Strafzumessung Verfahren, die in I. _____ hängig, aber sistiert sind, bis das hiesige Verfahren erledigt ist (Urk. 30 S. 9).

8. Im Ergebnis ist der Beschuldigte somit mit einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten zu bestrafen. Der Anrechnung der durch Haft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstandenen 852 Tagen an die Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

VI. Strafvollzug

Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Gewährung des bedingten oder teilbedingten Strafvollzuges im Sinne der Art. 42 ff. StGB bereits aus objektiven Gründen nicht in Frage kommt (Urk. 42 S. 16).

VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kostenregelung (Dispositivziffern 5 und 6) zu bestätigen.

Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Berufungsanträgen vollumfänglich, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind. Die Kosten für die amtliche Verteidigung im Berufungsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 - 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 42 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 852 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
3. Der mit Strafbefehl des Bezirksamts Laufenburg vom 5. Januar 2010 für eine Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 40.– gewährte bedingte Strafvollzug wird widerrufen und die Geldstrafe vollzogen.
4. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 5 und 6) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.- ; die weiteren Kosten betragen:
amtliche Verteidigung (noch ausstehend)
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse ge-

nommen. Eine Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
- das Bundesamt für Polizei

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

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B
- das Bezirksamt Laufenburg in die Akten ST.2009.1924 (im Dispositiv)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- das Landgericht ..., I. _____
- das Landgericht ..., I. _____
- die Staatsanwaltschaft ..., I. _____.

8. 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

Zürich, 18. Dezember 2012

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Ruggli

lic. iur. Collorafi