

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB120246-O/U/gs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Ruggli, Vorsitzender, und lic. iur. Spiess, Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Collorafi

Urteil und Beschluss vom 18. September 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich,

3. Abteilung, vom 27. Februar 2012 (DG110377)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 1. Dezember 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 26).

Urteil und Beschluss der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig des mehrfachen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, lit. c, lit. d und lit. g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 42 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 197 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
3. Von einer Ersatzforderung für unrechtmässig erlangte Vermögensvorteile wird abgesehen.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 19. August 2011 beschlagnahmten Barschaften von Fr. 339.30 (Euro 305.-; Quittung Nr. ... der Stadtpolizei Zürich), Fr. 3'115.- (Euro 2'800.-; aus Sicherstellung HD) und Fr. 17.65 (US Dollar 23.-; aus Sicherstellung HD) werden definitiv beschlagnahmt und zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4'000.–	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	2'000.–	Kosten Kantonspolizei
Fr.	2'000.–	Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten
Fr.	40'174.10	Auslagen Untersuchung
Fr.	6'950.–	amtliche Verteidigung Untersuchung (Kostenvorschuss)
Fr.	12'566.25.–	amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
7. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Über die Höhe der Kosten der amtlichen Verteidigung wird separat entschieden.

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 61, sinngemäss)

Es sei der Beschuldigte mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von max. 2.5 Jahren (bzw. 30 Monaten) zu bestrafen, wobei der unbedingt zu vollziehende Teil mit 6 Monaten zu bemessen sei.

- b) Der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:

(Urk. 56, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Das Gericht erwägt:

I.

a) Dem Beschuldigten wird angelastet, ab einem unbestimmten Zeitpunkt im Jahre 2010, spätestens jedoch ab Juli 2010, bis zu seiner am tt. August 2011 erfolgten Verhaftung mehrmals von Drogenkurieren grössere Mengen Kokaingemisch – jeweils bis zu ca. 1 Kilo – entgegengenommen zu haben. Ausserdem habe er in der genannten Zeitspanne einmal selber 130 Gramm Kokaingemisch gekauft und insgesamt mindestens ca. 2,6 Kilo Kokaingemisch verkauft (Urk. 26 S. 2-6).

b) Das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, sprach den vollumfänglich geständigen Beschuldigten am 27. Februar 2012 der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig und erkannte auf eine Freiheitsstrafe von 42 Monaten (Urk. 51 S. 12).

c) Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte rechtzeitig die Berufung anmelden (Urk. 42; Art. 399 Abs. 1 StPO) und sodann auch fristgerecht die Berufungserklärung einreichen (Urk. 52, vgl. Urk. 49/1; Art. 399 Abs. 3 StPO). Die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich beantragte mit Eingabe vom 27. Juni 2012 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 56). Der Vertreter der Staatsanwaltschaft wurde daraufhin mit Einverständnis der Verteidigung von der Teilnahme an der heutigen Berufungsverhandlung dispensiert (Urk. 58, Urk. 59). Nach deren Durchführung erweist sich der Prozess als spruchreif.

II.

Die Berufung des Beschuldigten richtet sich einzig gegen das Strafmass (Dispositivziffer 2) und die damit verbundene Nichtgewährung des zumindest teilbedingten Strafvollzugs. Die Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 3 (Absehen von einer Ersatzforderung), 4 (Verwendung des beschlagnahmten Bargeldes zur Kos-

tendeckung) sowie 5-7 (Kostendispositiv) blieben unangefochten und sind somit in Rechtskraft erwachsen (Art. 402 StPO).

III.

1. a) Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Delinquenten sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben (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 dieser nach den gesamten Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

b) Bei Betäubungsmitteldelikten ist auch die Art und Menge der umgesetzten Drogen mit zu berücksichtigen. Je grösser die Menge und je schädlicher die Gattung der vom Täter gehandelten, weitergegebenen oder transportierten Betäubungsmittel sind, umso gewichtiger erweist sich die von ihm mit der Tatverübung herbeigeführte gesundheitliche Gefährdung für Dritte. Allerdings darf der Drogenmenge – und damit verbunden auch der Gefährlichkeit – bei der Strafzumessung keine vorrangige Bedeutung zukommen. Auch kommt es nicht auf den genauen Reinheitsgrad der Droge an, wenn nicht feststeht, dass der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder ein besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern bzw. beziehen wollte (BGE 107 IV 62; BGE 122 IV 299, Bundesgerichtsurteil 6_294/2010 vom 15. Juli 2010 E. 3.2.2.). Neben der Menge und der daraus folgenden Gesundheitsgefährdung sind auch bei Drogendelikten die Art und Weise der Tatbegehung, die Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen für die Strafzumessung von Bedeutung (Bundesgerichtsurteile 6B_495/2008 vom 27. Dez. 2008, E. 1.4; 6S.463/2006 vom 3. Jan. 2007, E. 5 mit Verweis auf BGE 118 IV 342, E. 2c; BGE 121 IV 202, E. 2d/cc, sowie 6S.333/2004 vom 23. Dez. 2004, E. 1.2 samt Verweisen). So kommt es darauf an, wie der Täter mit der Dro-

ge in Kontakt gekommen ist und was er damit gemacht hat (Hug-Beeli, Betäubungsmitteldelikte 1983-1991, Zürich 1992. S. 429 f., 436 und 438). Beispielsweise trifft den Transporteur einer bestimmten Betäubungsmittelmenge grundsätzlich ein geringeres Verschulden als denjenigen, der diese Betäubungsmittelmenge verkauft oder zum Zwecke des Weiterverkaufs erwirbt (BGE 121 IV 206; BSK Strafrecht I - Wiprächtiger, Art 47 N 75). Gewichtige Strafzumessungsfaktoren sind auch die Stellung des Täters in der Hierarchie des Drogenhandels (BGE 6S.463/2006 vom 3. Jan. 2007, E. 5) und die Zahl der Geschäfte, welche ein Indiz für die kriminelle Energie und damit für die Gefährlichkeit des Täters ist (Hansjakob, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen, in ZStrR 1997, S. 243). Ein weiteres beachtliches Zumessungskriterium ist eine allfällige Drogenabhängigkeit des Täters (BGE 118 IV 349). Zu berücksichtigen ist ebenfalls, ob ein Angeklagter ausschliesslich des Geldes wegen handelte, ohne in einer finanziellen Notlage zu sein (BGE 107 IV 62 f.), oder ob er es ablehnt, zu arbeiten, obwohl ihm das möglich wäre, und es vorzieht, durch Drogenhandel seinen Lebensunterhalt zu verdienen (BGE 118 IV 349). Von Bedeutung sind schliesslich allfällige Vorstrafen und das Verhalten des Delinquenten nach der Tat und im Strafverfahren, wie beispielsweise kooperatives Verhalten, ein umfassendes Geständnis, Reue und Einsicht (BGE 118 IV 349, Hansjakob, a.a.O., S. 244).

c) Qualifizierte Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz werden mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zwanzig Jahren und fakultativ mit einer zusätzlichen Geldstrafe geahndet (Art. 19 Abs. 2 BetmG, Art. 39 StGB). Im vorliegenden Fall bestehen keine Strafmilderungsgründe. Der Strafschärfungsgrund der mehrfachen Tatbegehung (Art. 49 Abs. 1 StGB) ist innerhalb des ordentlichen Strafrahmens obligatorisch strafferhöhend in Betracht zu ziehen (BGE 116 IV 303).

2. a) Der Beschuldigte betätigte sich mehr als ein Jahr lang im Drogenhandel und tätigte dabei ca. zwanzig Geschäfte, wobei es insgesamt um ca. 6,9 Kilo Kokaingemisch ging. Die Vorinstanz ging bezüglich des nicht sichergestellten Kokains zugunsten des Beschuldigten vom niedrigsten bei den beschlagnahmten Drogen festgestellten Reinheitsgrad (22 %) aus. Dies ist nicht zu beanstanden,

obwohl es beim fraglichen Drogengeschäft anders als bei einem Grossteil der nicht konfiszierten Drogen um die Weitergabe von Kokain ging, welches der Beschuldigte möglicherweise zuvor noch gestreckt hatte. Bei den eingeklagten Straftaten ging es somit um insgesamt ca. 1'955 Gramm reines Kokainhydrochlorid, was mehr als das Hundertfache der Menge beträgt, ab welcher nach der Gerichtspraxis bei Kokain der qualifizierte Tatbestand von Art. 19 Abs. 2 BetrMG anwendbar ist (BGE 109 IV 45). Der Beschuldigte nahm nicht nur von Kurieren Drogen entgegen, um diese weiterzugeben, sondern verkaufte auch selbst mindestens zwei Kilo Kokaingemisch. Er verfügte über Beziehungen zu Drogenhändlern im Ausland und lieferte das Kokain zumindest zu einem erheblichen Teil nicht in Kleinstmengen an Drogenkonsumenten, sondern verkaufte auch grössere Portionen bis zu mehreren hundert Gramm an andere Dealer. Die Vorinstanz kam daher richtigerweise zum Schluss, dass der Beschuldigte in der Hierarchie des Drogenhandels nicht ganz unten, sondern schon in einer etwas gehobeneren, wenn auch nicht hohen Position einzureihen ist. Der vorinstanzlichen Annahme einer erheblichen objektiven Tatschwere ist unter den dargelegten Umständen nicht zu widersprechen.

b) In subjektiver Hinsicht liess der Beschuldigte vorbringen, dass er mit seiner selbständigen Erwerbstätigkeit als Informatiker Misserfolg gehabt habe und sich deshalb, geplagt von Existenzängsten und Verantwortungsdruck gegenüber seiner Familie, zu den eingeklagten Straftaten habe hinreissen lassen. Die Vorinstanz hielt dem zu Recht entgegen, dass in der Schweiz niemand Delikte begehen muss, um seine Existenz zu sichern. Wenn das Einkommen des Beschuldigten nicht ausreichte, um seine Familie zu ernähren, hätte er sich um Sozialhilfe bemühen können. Armut begründet keine Erlaubnis, mit Drogen zu handeln, selbst wenn die Verteidigung der Meinung ist, der Beschuldigte hätte aufgrund seiner ausländischen Herkunft sowie des mangelnden Bildungsgrades einige bürokratische Hürden zu überwinden gehabt, bevor Zahlungen seitens des Sozialamtes ausgerichtet worden wären (Urk. 61 S. 6 f). Zugute gehalten werden kann ihm immerhin, dass sein Gewinn aus dem Drogenhandel nicht sehr gross war und ihm kein Luxusleben erlaubte. Der Beschuldigte war selbst nicht drogensüchtig, sondern hatte bis dahin gemäss seinen eigenen Angaben lediglich einmal – etli-

che Jahre zuvor – Kokain konsumiert (Urk. 3/7 S. 2). Die Vorinstanz ging bei dieser Sachlage zu Recht von einer auch subjektiv erheblichen Tatschwere aus. Aufgrund der Tatkomponenten erweist sich eine Einsatzstrafe von 4½ Jahren Freiheitsstrafe als angemessen.

3. a) A. _____ wurde 1981 in B. _____ [Staat] geboren und ist Staatsbürger von B. _____. In der Schweiz besitzt er die Niederlassungsbewilligung C. Er wuchs zusammen mit drei Geschwistern in seiner Heimat auf und besuchte dort fünf oder sechs Jahre die Grundschule sowie nach seiner 1995 erfolgten Übersiedlung in die Schweiz noch zwei Jahre die Berufswahl- und zwei Jahre die Sonderschule. Letztere absolvierte er nicht bis zum Ende, weil er sehr jung heiratete. Aus dieser Ehe hat er einen zwölfjährigen Sohn. Die Ehefrau hat zudem eine Tochter aus einer früheren Beziehung. Der Beschuldigte seinerseits muss für eine voreheliche Tochter monatliche Unterhaltsbeiträge von ca. Fr. 250.– bezahlen. Er führte zuletzt als Informatiker ein eigenes Geschäft, hatte aber zu wenig Kunden, erzielte lediglich ein Nettoeinkommen von Fr. 3'000.– bis 4'000.– pro Monat und machte schlussendlich Konkurs. Er wurde von seiner Schwägerin mit ca. Fr. 10'000.– pro Jahr unterstützt und hat kein Vermögen, aber ca. Fr. 80'000.– Schulden. Für die Wohnung und den dazu gehörenden Parkplatz muss der Beschuldigte monatlich Fr. 2'500.– bezahlen. Seit er im Gefängnis ist, arbeitet seine Gattin als Reinigungsangestellte (Urk. 22/9 S. 2-4, Urk. 37 S. 2-4). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte es in seinem bisherigen Leben nicht einfach hatte, dies aber mit Bezug auf den vorliegenden schwunghaften Drogenhandel keine Strafminderung rechtfertigt.

b) Im Schweizerischen Strafregister ist der Beschuldigte mit drei Verurteilungen eingetragen. Am 8. Oktober 2003 bestrafte ihn die Bezirksanwaltschaft Zürich wegen Angriffs und mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz mit 70 Tagen Gefängnis ohne Vollzugsaufschub. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 30. März 2007 wurde der Beschuldigte wegen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand mit 30 Tagessätzen zu Fr. 40.– Geldstrafe (bedingt vollziehbar mit 3 Jahren Probezeit) und Fr. 1'000.– Busse bestraft. Die Geldstrafe wurde am 11. Mai 2009 vom Bezirksamt C. _____ anlässlich einer er-

neuten Verurteilung zu 120 Tagessätzen zu Fr. 80.– Geldstrafe wegen eines gleichartigen Delikts für vollziehbar erklärt (Urk. 22/3). Im Ausland wurde der Beschuldigte gemäss seinen eigenen, unwiderlegten Angaben (Urk. 37 S. 3) noch nie bestraft. Die hierorts registrierten Vorstrafen liegen noch eher im Bereich der Kleinkriminalität, und die einschlägige Verurteilung liegt fast neun Jahre zurück. Dass der Beschuldigte seit 2003 dreimal bestraft werden musste, führt aber gleichwohl noch zu einer Straferhöhung um sechs Monate.

c) Der Beschuldigte legte nicht sofort ein vollständiges Geständnis ab, sondern gab die verschiedenen Taten grösstenteils erst auf Vorhalt belastender polizeilicher Erkenntnisse (namentlich abgehörter Gespräche) zu. Er verhielt sich aber jeweils kooperativ und nannte freimütig Details (z.B. Drogenmengen), die ihm sonst kaum hätten nachgewiesen werden können. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 51 S. 9) zeigte er bei seiner Befragung vor Bezirksgericht auch Einsicht und Reue (Urk. 37 S. 4). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist diesen Umständen mit einer Strafreduktion im Bereich von einem Fünftel bis zu einem Drittel Rechnung zu tragen (BGE 121 IV 205). Da der Beschuldigte nicht weitgehend aus eigenem Antrieb, sondern erst unter dem Druck der Beweislage zu seinen Straftaten stand, muss die von der Vorinstanz gewährte Strafminderung als grosszügig gewertet werden. Sodann kann - entgegen der Auffassung der Verteidigung - das schwierige Vorleben des Beschuldigten nicht strafmindernd berücksichtigt werden (Urk. 61 S. 8). Dass der Beschuldigte im ... aufgewachsen ist, dadurch täglich mit dem Drogenhandel konfrontiert wurde und später im ... als DJ regelmässig darauf angesprochen wurde, ob er Kokain verkaufe, lässt vielmehr die Schlussfolgerung zu, dass er sich der strafrechtlichen Konsequenzen bewusst war und ihn dieses Wissen von der Begehung von Straftaten gegen das Betäubungsmittelgesetz hätte abhalten müssen, weshalb die ausgefallte Freiheitsstrafe von 42 Monaten als eher zu milde bezeichnet werden kann. Eine strengere Bestrafung ist aber heute schon aus prozessualen Gründen ausgeschlossen (Art. 391 Abs. 2 StPO). Das vorinstanzliche Urteil ist demnach im Strafpunkt zu bestätigen.

IV.

Die Gewährung des voll- oder teilbedingten Strafvollzugs ist bei einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten von Gesetzes wegen unmöglich (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 StGB).

V.

Da der Beschuldigte mit seiner Appellation vollständig unterliegt, sind ihm die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Mit Blick auf die prekären wirtschaftlichen Verhältnisse und die Resozialisierung des Beschuldigten, der zudem bereits aus dem erstinstanzlichen Verfahren Kosten von über Fr. 50'000.– zu tragen hat, rechtfertigt es sich indessen, die Kosten des Berufungsverfahrens (einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung vor Obergericht) definitiv abzuschreiben (Art. 425 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 27. Februar 2012 hinsichtlich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 3 (Absehen von einer Ersatzforderung), 4 (Verwendung des beschlagnahmten Bargeldes zur Kostendeckung) sowie 5-7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte **A.**_____ wird bestraft mit 3½ Jahren Freiheitsstrafe (unbedingt), wovon bis und mit heute 401 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 2'000.--; die weiteren Kosten betragen:

Fr. _____ amtliche Verteidigung (noch ausstehend)
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, aber sofort abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren werden definitiv auf die Gerichtskasse genommen.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - den Beschuldigten bzw. seinen Verteidiger (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (unter Beilage einer Kopie der Haftverfügung)
 - die Strafanstalt D. _____sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - den Beschuldigten bzw. seinen Verteidiger
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
 - das Bundesamt für Polizeiund 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 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.

5. 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, 18. September 2012

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Ruggli

lic. iur. Collorafi