

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120350-O/U/rc

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, lic. iur. Th. Meyer und
lic. iur. Ruggli sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Oswald

Urteil vom 30. Oktober 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
17. April 2012 (DG110334)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 25. Oktober 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 und 5 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG.

Bezüglich Anklageziffer 2.1.1 wird der Beschuldigte freigesprochen.

2. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. Februar 2009 ausgefallte Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird widerrufen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 5 ½ Jahren Freiheitsstrafe, wovon 460 Tage durch Polizei- und Untersuchungshaft erstanden sind.

Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte seit 1. März 2011 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.

4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
5. Die sichergestellten Betäubungsmittel (Lagernummer ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 21. April 2011 beschlagnahmten Mobiltelefone "Black Berry" (IMEI-Nr. ...) und "Samsung" (IMEI ...) sowie die Prepaid Kartenhalterung werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 4'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. Kosten der Kantonspolizei

Fr. 4'000.– Gebühr Anklagebehörde

Fr. 4'743.95 Auslagen Untersuchung

Fr. 15'000.– amtliche Verteidigung Untersuchung

Fr. 12'428.90 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 87 S. 1 f.)

1. A._____ sei der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig zu sprechen.

Hinsichtlich Anklageziffer 2.1.3 sowie Anklageziffer 2.1 und 2.3 sei er freizusprechen.

Es sei festzustellen, dass der bereits erfolgte Freispruch hinsichtlich Ziffer 2.1.1 der Anklage rechtskräftig ist.

2. A._____ sei mit einer Freiheitsstrafe von 3 ½ Jahren zu belegen.

An diese Strafe sei die bis heute erstandene Polizei- und Untersuchungshaft anzurechnen. Die Dauer des seit dem 1.3.2011 andauernden vorzeitigen Strafvollzugs sei vorzumerken.

3. Der bedingte Strafvollzug gemäss Strafbefehl vom 4. Feb. 2009 (Geldstrafe von 90 Tagessätzen à CHF 30) sei nicht zu widerrufen und es sei die Probezeit um die Hälfte zu verlängern.
 4. Die Kosten seien ausgangsgemäss einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung auf die Staatskasse zu nehmen.
- b) Der Staatsanwaltschaft:
(Urk. 75, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I.

1. Das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 17. April 2012 wurde dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft gleichentags mündlich eröffnet (Urk. 42, Prot. I S. 12). Der Beschuldigte liess mit Eingabe vom 17. April 2012 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 43). Das schriftlich begründete Urteil (Urk. 68) wurde dem Beschuldigten und der Staatsanwaltschaft am 4. Juli 2012 zugestellt (Urk. 64/1-2).

Mit Schreiben vom 12. Juli 2012 reichte die Verteidigung des Beschuldigten fristgerecht die Berufungserklärung ein, mit welcher sie darauf hinwies, dass sich die Berufung gegen die Sachverhaltsermittlung der Vorinstanz, die Strafzumessung, den Widerruf und die Kostenaufgabe richte (Urk. 69).

Mit Eingabe vom 31. August 2012 verzichtete die Staatsanwaltschaft auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 75).

Anlässlich der Berufungsverhandlung zog die Verteidigung die Berufung betreffend die Kostenaufgabe (Ziff. 8 des vorinstanzlichen Urteils) zurück (Prot. II S. 5 f.).

Der Beschuldigte liess den Beizug der vollständigen Akten der Mitbeschuldigten B._____ und C._____ beantragen (Urk. 69 S. 2). Das Berufungsgericht hat diesem Beweisantrag insoweit entsprochen, als dass die Anklageschriften gegen die beiden Mitbeschuldigten und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich sowie das rechtskräftige Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts Zürich in Sachen B._____ zu den Akten genommen wurden (vgl. Urk. 78-80, Urk. 82, Urk. 84). Damit ist es dem Berufungsgericht möglich, allfällige gegenüber den Mitbeschuldigten ausgesprochene Strafen in der heute vorzunehmenden Strafzumessung zum Vergleich heranzuziehen. Für die Erstellung des Anklagesachverhalts drängt es sich jedoch nicht auf, weitere Akten der Verfahren gegen die Mitbeschuldigten beizuziehen.

2. Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 402 N 1; Art. 437 StPO).

Es ist damit festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 17. April 2012 bezüglich Dispositivziffern 1 teilweise (Freispruch von Anklageziffer 2.1.1), 5 (Einziehung Betäubungsmittel), 6 (Einziehung Mobiltelefon) sowie 7 und 8 (Kostendispositiv) rechtskräftig wurde.

3. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen.

II.

1. Was den Vorgang vom Juli/August 2009 (Anklageziffer 1) betrifft, so hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt, dass der Beschuldigte geständig ist und der diesbezüglich eingeklagte Sachverhalt als rechtsgenügend erstellt erachtet werden kann. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist zugunsten des Beschul-

digten davon auszugehen, dass es sich dabei um 300 Gramm Kokaingemisch handelte (vgl. Urk. 68 S. 4) und bezüglich der Betäubungsmittelmenge und der Drogenart nur Eventualvorsatz vorlag (vgl. Urk. 68 S. 17).

2. Bezüglich des Vorgangs vom 26. November 2009 (Anklageziffer 2) ist der Beschuldigte nur teilweise geständig. Soweit der Beschuldigte den eingeklagten Sachverhalt bestreitet, ist nachfolgend zu prüfen, ob sich dieser rechtsgenügend erstellen lässt.

Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass der eingeklagte Sachverhalt - mit Ausnahme von Anklageziffer 2.1.1 und einzelnen Ausnahmen und Präzisierungen - erstellt sei. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann vorab auf diese Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 68 S. 4 ff.). Zusammenfassend und teilweise ergänzend oder korrigierend kann Folgendes festgehalten werden:

2.1. In Anklageziffer 2.1.2 wird dem Beschuldigten vorgeworfen, C._____ für dessen Schleusertätigkeit zwischen Fr. 3'000.- und 5'000.- [gemeint "pro Kilogramm", vgl. Urk. 6/14 S. 8] als Entlohnung in Aussicht gestellt zu haben. Dies wurde so vom Beschuldigten anlässlich der Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft vom 18. November 2010 bestätigt, indem er ausführte, "das" - gemeint das gegenüber C._____ geäußerte Versprechen von Fr. 3'000.- bis 5'000.- pro Kilogramm - "war bevor man im Koffer nachgeschaut hat, welche Menge an Kokain im Koffer war" (Urk. 6/14 S. 8). Nach Ankunft des Koffers habe C._____ bei sich zu Hause nachgeschaut, wie viel Kokain im Koffer sei, und mehr verlangt. Diesen Betrag hätte er "Chocolate" mitgeteilt, welcher ihm dann das Geld für C._____ gegeben hätte (Urk. 6/14 S. 8). Selbst wenn der Betrag nur dem entsprach, was sich der Beschuldigte vorstellte, wie die Verteidigung geltend macht (Urk. 40 S. 3, Urk. 87 S. 9 f.) und der Beschuldigte an der Berufungsverhandlung ausführte (Urk. 86 S. 5), ist dennoch erstellt, dass der Beschuldigte diese Aussage gegenüber C._____ machte.

2.2. Dem Beschuldigten wird in Anklageziffer 2.1.3 vorgeworfen, für die nicht näher bekannte Drogenkurierin von Zürich aus ein Flugticket beschafft zu

haben. Diesbezüglich zeigt sich der Beschuldigte nicht geständig, sondern belastet B. _____ mit dem Kauf des Tickets (Urk. 6/13 S. 4 f., Urk. 6/14 S. 13, Urk. 6/17 S. 4, Urk. 86 S. 6). Auch anlässlich der Berufungsverhandlung liess er diesen Vorwurf bestreiten (Urk. 87 S. 2-7).

Der Beschuldigte räumte in der polizeilichen Einvernahme vom 23. August 2010 zwar selbst ein, dass am 25. November 2011, folglich ein Tag vor der Ankunft der Drogenkurierin, sowohl er als auch B. _____ mit D. _____/E. _____ über das Flugticket der Person, die kommen würde, d.h. die Drogenkurierin, gesprochen hätten (Urk. 6/10 S. 10 f. und TK vom 25.11.2009 14:26:00 Uhr). Aus dem Telefongespräch ergibt sich jedoch, dass D. _____/E. _____ den Beschuldigten bat, B. _____ ans Telefon zu holen, und insbesondere mit diesem dann über den Flug der Kurierin sprach (Anhang zu Urk. 6/10). Weiter führte der Beschuldigte aus, dass er mit B. _____ zusammen in einem Reisebüro in der Nähe der ...-Strasse gewesen sei (Urk. 6/10 S. 11). Dies ergibt sich auch aus der TK vom 25.11.2009 14:51:00 Uhr (Anhang zu Urk. 6/10), wonach er am Telefon zu D. _____/E. _____ sagte, "Wir sind schon hier im Reisebüro". In diesem Gespräch spricht D. _____/E. _____ über den Abflugort (Urk. 6/10 S. 11 f.). Der Beschuldigte machte aber geltend, dass es B. _____ war, der das Flugticket gekauft habe (Urk. 6/10 S. 11). Um 14:54:00 Uhr sprachen der Beschuldigte, B. _____ und D. _____/E. _____ schliesslich wiederum über den Flug der Drogenkurierin (Urk. 6/10 S. 12 f.), wobei es sich allerdings vorwiegend um ein Gespräch zwischen B. _____ und D. _____/E. _____ handelte, da der Beschuldigte das Telefon relativ bald an B. _____ übergab (Anhang zu Urk. 6/10). Der Beschuldigte wurde sodann von B. _____ in der Polizeieinvernahme vom 10. November 2010 belastet, indem dieser ausführte, zusammen mit ihm im Reisebüro gewesen zu sein, wo der Beschuldigte das Flugticket für die Kurierin bezahlt habe (Urk. 8/2 S. 1 ff.). Als der Beschuldigte aber anlässlich der Konfrontationseinvernahme bestätigte, dass es B. _____ gewesen sei, der sich um das Flugticket gekümmert habe, wurde dies von diesem nicht bestritten. B. _____ führte sogar aus, es habe einen Fehler beim Ticket gegeben und weil er dafür verantwortlich gewesen sei, sei er darauf angesprochen worden (Urk. 6/17 S. 8).

Aufgrund der vorliegenden Beweismittel ist zwar davon auszugehen, dass der Beschuldigte über gewisse Informationen betreffend den Flug der Drogenkurierin verfügte und zusammen mit B._____ ein Reisebüro in Zürich aufsuchte, sei es nun als es um den Kauf oder um die Änderung des Flugtickets für die nicht näher bekannte Drogenkurierin ging. Es ist aber davon auszugehen, dass B._____ die Aufgabe bekam, das Flugticket zu beschaffen und er diesem Auftrag auch nachkam. Jedenfalls kann nicht erstellt werden, dass es der Beschuldigte war, der das Flugticket für die Drogenkurierin von Zürich aus beschaffte, wie ihm in der Anklage vorgeworfen wird. Somit ist er vom Vorwurf gemäss Anklageziffer 2.1.3 freizusprechen.

2.3. In Anklageziffer 2.1.4 wird dem Beschuldigten vorgeworfen, von "F._____" per E-Mail ein Foto der Drogenkurierin gesendet erhalten, den Erhalt des Bildes B._____ mitgeteilt und dieses darauf C._____ weitergegeben zu haben, damit dieser die Kurierin bei deren Ankunft habe erkennen können. Der Beschuldigte gestand ein, das Foto der Drogenkurierin erhalten und an C._____ weitergegeben zu haben (Urk. 6/9 S. 6 und 9, Urk. 6/10 S. 3, Urk. 6/14 S. 7). Aus der TK vom 24.11.2009 22:07:00 Uhr ergibt sich aus dem Gespräch zwischen dem Beschuldigten und B._____, dass das Foto der Drogenkurierin von "E._____", d.h. D._____, an die E-Mail des Beschuldigten gesendet worden war (Anhang zu Urk. 6/10). Kurz darauf später wurde der Beschuldigte von B._____ aufgefordert, das Foto auszudrucken (TK vom 24.11.2009 22:12:00 Uhr, Anhang zu Urk. 6/10). Schliesslich ergibt sich aus der TK vom 25.11.2009 14:26:00 Uhr, dass der Beschuldigte D._____/E._____ mitteilte, dass er mit B._____ am Bahnhof sei und sie gerade "das Bild heraus nehmen", sprich ausdrucken, würden (Anhang zu Urk. 6/10). Der Sachverhalt gemäss Anklageziffer 2.1.4 ist damit erstellt, unabhängig davon, welche Rolle dem Beschuldigten zukam, was Thema der Strafzumessung sein wird (vgl. Urk. 40 S. 5 f., Urk. 87 S. 10-12).

2.4. Den Vorwurf gemäss Anklageziffer 2.1.5, wonach der Beschuldigte C._____ ein Mobiltelefon, auf welchem die Rufnummer der Kurierin abgespeichert gewesen sei, sowie eine Tasche, welche C._____ mit der kokaingefüllten Tasche

der Kurierin habe tauschen sollen, übergeben habe, gestand der Beschuldigte ein (Urk. 6/9 S. 9 f., Urk. 6/14 S. 7). Der diesbezügliche Sachverhalt ist damit erstellt.

2.5. In Anklageziffer 2.1.6 wird dem Beschuldigten vorgeworfen, am Tage der Drogeneinfuhr in engem telefonischen Kontakt mit B._____ und C._____ gestanden zu sein und sich dadurch laufend über den Verlauf des Drogentransportes orientieren lassen, notwendige Anordnungen erteilt sowie relevante Informationen weitergegeben habe. Die Vorinstanz erachtete es - in Übereinstimmung mit der Verteidigung (Urk. 40 S. 9, Urk. 87 S. 13-15) - als nicht erstellt, dass der Beschuldigte notwendige Anordnungen erteilte. Bereits aufgrund des Verbots der *reformatio in peius* ist dem beizustimmen.

Der Beschuldigte bestreitet, über die ganze Organisation eingehend informiert gewesen zu sein und macht geltend, nicht gewusst zu haben, wie die Drogen ankommen sollten (Urk. 6/18 S. 8). Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid sorgfältig den SMS-Verkehr zwischen dem Beschuldigten und B._____ sowie C._____ am 26. November 2009 frühmorgens aufgeführt und auf die zwischen 9.13 und 11.37 Uhr folgenden Telefonate und SMS zwischen dem Beschuldigten und B._____ sowie C._____ hingewiesen (Urk. 68 S. 12 ff., Anhang zu Urk. 6/10). Aus diesem erstellten Kontakt zwischen dem Beschuldigten und B._____ sowie C._____ ergibt sich, dass sich der Beschuldigte durchaus über den Verlauf des Drogentransportes informieren liess und Informationen weitergab. So führte er auch an der Berufungsverhandlung aus, dass es auch zu seiner Funktion gehört habe, ein paar Nachrichten weiterzuleiten (Urk. 86 S. 6). Damit ist der Sachverhalt gemäss Anklageziffer 2.1.6. - mit Ausnahme der Erteilung notwendiger Anordnungen - erstellt.

2.6. Was den Vorwurf gemäss Anklageziffer 2.2 betrifft (Übernahme des von der Drogenkurierin eingeführten Koffers mit 11'296 Gramm Kokainmisch von C._____; Aufsuchen des Wohnorts von C._____, wo das Kokain angeschaut wurde; telefonische Bestätigung an "F._____" bezüglich Erhalt der Drogen; Transport des Koffers inkl. Kokain an den Wohnort des Beschuldigten, wo er es hätte aufbewahren und später "Chocolate" übergeben sollen) betätigte der Beschuldigte den ihm vorgeworfenen Sachverhalt weitestgehend (Urk. 6/12 S. 6 f.,

Urk. 6/14 S. 12). Aus der TK vom 26. November 2009 12:32:00 Uhr ergibt sich sodann die telefonische Bestätigung des Beschuldigten an "F._____" bezüglich des Erhalts der Drogen (Anhang zu Urk. 6/9). Der Sachverhalt ist damit erstellt.

2.7. In Anklageziffer 2.1 wird dem Beschuldigten vorgeworfen, im Zeitraum ca. ab anfangs November 2009 bis zum 26. November 2009 in enger Zusammenarbeit und in Absprache mit "Chocolate", D._____/E._____ und B._____ die Einfuhr einer grossen Menge Kokain organisiert zu haben. Dies wird in Anklageziffer 2.3 präzisiert durch den Vorwurf, er habe durch die in den vorangegangenen Anklageziffern beschriebenen Handlungen an der Organisation dieser Drogeneinfuhr im Mehrkilogramm Bereich entscheidend mitgewirkt und massgeblich dazu beigetragen, dass die Einfuhr des Kokains reibungslos habe ablaufen können. Dafür sei ihm von "Chocolate" eine Entlohnung von ca. Fr. 6'000.– in Aussicht gestellt worden.

Was die Entlohnung von Fr. 6'000.– betrifft, zeigte sich der Beschuldigte geständig (Urk. 6/4 S. 3 und 12, Urk. 6/14 S. 9). Anlässlich der Berufungsverhandlung machte die Verteidigung geltend, es werde bestritten, dass der Beschuldigten an der "Einfuhr" des Kokains *"in enger Zusammenarbeit mit Chocolate und D._____"* "entscheidend" mitgewirkt habe. Seine Beteiligung "an der Einfuhr" sei nur *"marginal"* gewesen (Urk. 87 S. 7). Die Vorinstanz erachtete es bereits als nicht erstellt, dass der Beschuldigte eine wichtige Leitfunktion inne hatte und präzisierte den Anklagesachverhalt dahingehend, dass der Beschuldigte nicht an der "Organisation", sondern an der "Durchführung" der Drogeneinfuhr mitwirkte (Urk. 68 S. 16). Diese Präzisierung ist zugunsten des Beschuldigten zu bestätigen. Aufgrund der Tatbeiträge des Beschuldigten, insbesondere den Erhalt und das Weiterleiten des Fotos der Drogenkurierin, der Übergabe des Mobiltelefons und der Tasche an C._____ sowie der Übernahme des Koffers mit dem Kokain ist jedoch erstellt, dass der Beschuldigte an der Einfuhr des Kokains durchaus entscheidend mitwirkte. Dabei stand er in Kontakt mit "Chocolate", D._____/E._____ und B._____ und arbeitete damit auch eng mit ihnen zusammen. Auch wenn dem Beschuldigten keine Leitfunktion zukam, spielte er doch eine entscheidende Rolle bei der Durchführung der Drogeneinfuhr.

An der Durchführung der Drogeneinfuhr wirkte er als Mittäter von "Chocolate", D._____/E._____ und B._____ mit. Er entschloss sich, bei der Drogeneinfuhr mitzuwirken, und beteiligte sich an der Planung und der Ausführung des Delikts, namentlich indem er C._____ eine Entlöhnung in Aussicht stellte, das Foto der Kurierin weiterleitete, C._____ das Mobiltelefon und die Tasche übergab, in telefonischem Kontakt mit den Mittätern war und den Koffer mit Kokain übernahm und zu sich nach Hause brachte. Mit diesen Tatbeiträgen wirkte er in massgeblicher Weise an der Durchführung der Drogeneinfuhr mit, weshalb er bezüglich der Einfuhr der Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 aBetmG als Mittäter handelte. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass im Bereich der Betäubungsmittel-delikte zu beachten ist, dass Art. 19 Ziff. 1 aBetmG beinahe alle denkbaren Formen einer Beteiligung am unbefugten Drogenverkehr als selbständige Handlungen ahndet. Nach der Rechtsprechung hat jede dieser in Art. 19 Ziff. 1 aBetmG aufgeführten Handlungen die Bedeutung eines selbständigen Straftatbestandes, so dass 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 aBetmG führt damit zu einer starken Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 25 StGB, da 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 eine 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). Für Gehilfenschaft bleibt vorliegend folglich kein Raum. Betreffend den Besitz von Kokain im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 a-BetmG handelte der Beschuldigte sodann als Alleintäter.

2.8. Bezüglich des Vorsatzes des Beschuldigten in Bezug auf den Vorgang vom 26. November 2009 (Anklageziffer 2) ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass dem Beschuldigten die Drogenart bekannt war, er diesbezüglich folglich

direkt vorsätzlich handelte. Was die Menge des Kokains betrifft, wusste er zwar, dass sie sich im Kilogramm Bereich befindet, kannte aber die exakte Menge nicht, weshalb betreffend Betäubungsmittelmengen nur Eventualvorsatz vorlag.

III.

Die rechtliche Würdigung durch die Vorinstanz erweist sich als zutreffend und wurde von der Verteidigung auch nicht beanstandet (vgl. Urk. 40 S. 1, Urk. 87 S. 1). Der Beschuldigte ist deshalb der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 und 5 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen, wobei die Vorinstanz zu Recht das alte BetmG anwendete, da das neue BetmG für den Beschuldigten nicht das mildere ist. Zur Begründung kann auf die zutreffenden Erwägungen in angefochtenen Entscheidung verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 68 S. 4 und 17 f.).

IV.

1. Der Verteidiger stellte den Antrag, dass der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. Februar 2009 gewährte bedingte Strafvollzug der Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– nicht zu widerrufen sei (Urk. 40 S. 1, Urk. 69 S. 1, Urk. 87 S. 26 f.).

2. Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe. Es kann die Art der widerrufenen Strafe ändern, um mit der neuen Strafe in sinnvoller Anwendung von Artikel 49 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden. Ist nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf einen Widerruf. Es kann den Verurteilten verwarnen oder die Probezeit um höchstens die Hälfte der im Urteil festgesetzten Dauer verlängern (Art. 46 Abs. 1 und 2 StGB).

3. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. Februar 2009 wurde dem Beschuldigten eine Probezeit von 2 Jahren angesetzt (Urk. 70, Beizugsakten Urk. 7). Die heute beurteilten Taten beging der Beschuldigte während der laufenden Probezeit. Dem Beschuldigten kann keine günstige Prognose gestellt werden. Trotz bereits erfolgter Verurteilung wegen (einschlägigen) Delikten, delinquierte er erneut und dies nur ca. ein halbes Jahr nach Erhalt des Strafbefehls. Die laufende Probezeit zeigte keine Wirkung auf ihn, weshalb nicht auszuschliessen ist, dass er weitere Straftaten verüben wird. Unter diesen Umständen ist die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. Februar 2009 bedingt ausgefallte Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– (wovon 2 Tagessätze durch Untersuchungshaft erstanden sind) zu vollziehen.

4. Die Bildung einer Gesamtstrafe in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB wäre zwar möglich, da die widerrufenen Strafe und die neue Strafe nicht gleichartig sind (vgl. BGE 134 IV 241). Es ist aber rechtsstaatlich bedenklich, wenn eine leichtere in eine schwerere Art von Strafe "konvertiert" wird. Nur als ultima ratio ist daher die Konversion in eine Freiheitsstrafe zu erwägen (BSK Strafrecht I - Schneider/Garré, Art. 46 N 30). 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). Deshalb ist die widerrufenen Geldstrafe vorliegend nicht in eine Freiheitsstrafe zu ändern, um mit der neuen Freiheitsstrafe eine Gesamtstrafe zu bilden.

V.

1. Der Verteidiger beantragt eine Freiheitsstrafe von maximal 3 ½ Jahren (Urk. 40 S. 1, Urk. 87 S. 1).

2. Die Vorinstanz hat den Strafraumen korrekt abgesteckt und die gesetzlichen Zumessungsregeln wie auch die hier massgeblichen belastenden und entlastenden Faktoren zutreffend dargelegt. Um unnötige Wiederholungen zu ver-

meiden, kann vorab auf alle diese Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 68 S. 19 ff.).

3. Innerhalb des festgelegten Strafrahmens misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse 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 der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Ausgangspunkt bei der Strafzumessung ist die objektive Tatschwere, d.h. die Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts bzw. der schuldhaft verursachte Erfolg. Ebenso massgeblich ist die subjektive Tatschwere, die sich aus der Intensität des deliktischen Willens sowie den Beweggründen für die Tat ergibt. Mit zu berücksichtigen sind schliesslich das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters.

Der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung darf bei der Bemessung der Strafe keine vorrangige Bedeutung zukommen (vgl. etwa BGE 118 IV 342; 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.

a) Was nun den Beschuldigten betrifft, so wiegt das Tatverschulden in objektiver Hinsicht im Rahmen des schweren Falls im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 aBetmG schwer. Er wirkte an der Einfuhr von 11'296 Gramm Kokaingemisch, damit 7'750 Gramm reinem Kokainhydrochlorid mit, nachdem er ein paar Monate zuvor bereits ca. 300 Gramm Kokain übernommen hatte. Mit diesen Betäubungsmittelmengen, welche bei weitem über dem kritischen Grenzwert für die Begründung des schweren Falls liegen - bei Kokain sind es 18 Gramm (BGE 109 IV 143) - schuf der Beschuldigte ein erhebliches Gefährdungspotential für die Ge-

sundheit vieler Menschen. Der Beschuldigte wusste, dass es sich dabei um gefährliche Drogen handelt (Urk. 6/14 S. 4, Urk. 6/18 S. 2). Den vom Beschuldigten vorgenommenen Tathandlungen kommt zudem innerhalb der Drogenorganisation eine nicht unwesentliche Bedeutung zu. Er übernahm zweimal einen Koffer mit Kokain und war bezüglich des Vorgangs vom 26. November 2009 zudem an der Durchführung der Einfuhr beteiligt, weshalb er der mittleren Hierarchiestufe angehörte.

Der Beschuldigte übernahm innerhalb von einem knappen halben Jahr zweimal Kokain und wirkte das zweite Mal ausserdem an der Einfuhr des Kokains mit, was auf einen relativ ausgeprägten deliktischen Willen schliessen lässt. Er war selber nicht drogenabhängig, sondern handelte nur aus finanziellen Interessen, denn er zog aus dem Drogenhandel Profit. Er hatte zwar finanzielle Schwierigkeiten, da er keine Arbeit, Schulden und ein Kind zu ernähren hatte (vgl. Urk. 40 S. 13, Urk. 87 S. 20), war deshalb aber nicht in einer Notlage. Er war sodann nicht gezwungen, sich in einem Milieu zu bewegen, in welchem die Versuchung, "schnelles Geld zu machen", lockte und es ist - entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 87 S. 21) - nicht einzusehen, weshalb sich der Beschuldigte dieser Versuchung nicht hätte entgegensetzen können. Zu seinen Gunsten spricht, dass er beim ersten Vorfall bezüglich Drogenart und Menge nur eventualvorsätzlich handelte. Was den zweiten Vorfall betrifft, ist betreffend der Drogenart jedoch von direktem Vorsatz und nur bezüglich der Menge von Eventualvorsatz auszugehen. Das Verschulden des Beschuldigten in subjektiver Hinsicht ist ebenfalls als schwer zu qualifizieren.

Zusammenfassend erscheint eine Einsatzstrafe von 5 ½ Jahren dem Verschulden des Beschuldigten angemessen.

b) Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid (Urk. 68 S. 22 f.) verwiesen werden. An der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, nachdem er die Sekundarschule beendet habe, habe er an der Universität Buchhaltung studiert, das Studium aber nicht abgeschlossen. In G._____ (Land in der Karibik) habe er als Buchhalter gearbeitet und halbberuflich als Baseballspieler. In der

Schweiz sei er nur kurz bei einer Reinigungsfirma und in einem Restaurant angestellt gewesen. Seither sei er stellenlos. Er habe sich im Jahr 2009 scheiden lassen. Mit seiner jetzigen Freundin habe er einen Sohn, welcher 2009 geboren worden sei. Er habe kein Vermögen und Schulden. Drogen habe er nie konsumiert (Urk. 86 S. 2 f.).

Leicht strafferhöhend wirkt sich - entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 40 S. 10 und 15, Urk. 87 S. 23 f.) - die (teilweise einschlägige) Vorstrafe des Beschuldigten aus. Er wurde - wie bereits erwähnt - am 4. Februar 2009 von der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl wegen Hinderung einer Amtshandlung und Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.- verurteilt (Urk. 70). Dass es dabei nur um den Verkauf von Kleinportionen Kokain ging, ändert daran nichts. Ebenfalls strafferhöhend ist das erneute Delinquieren während der mit gleichem Entscheid angesetzten Probezeit von zwei Jahren zu berücksichtigen.

Strafmindernd wirkt sich das Geständnis des Beschuldigten bezüglich des Vorgangs vom Juli/August 2009 sowie das Teilgeständnis betreffend den Vorgang vom 26. November 2009 aus. Auch die Kooperation, insbesondere das freiwillige Erwehnen der ersten Kokainübernahme, sowie die gezeigte Reue und Einsicht des Beschuldigten und die tadellose Führung im Vollzug sind strafmindernd zu berücksichtigen (Urk. 6/18 S. 9, Urk. 32, Prot. I S. 9, Prot. II S. 6 f.).

Weitere Straferhöhungs- oder -minderungsgründe sind nicht ersichtlich.

c) In Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe erweist sich eine Freiheitsstrafe von 5 Jahren als angemessen.

Die Verteidigung machte geltend, dass die gegen die Mitbeschuldigten je einzeln gefällten Urteile hinsichtlich der Strafen miteinander zu vergleichen seien (Urk. 69 S. 2). Die Gleichmässigkeit im Sinne der Proportionalität der Bestrafung zumindest zu den Mitangeklagten müsse gewährleistet sein, ansonsten die Verfassung verletzt sei. Selbst wenn die Gleichstellung mit B. _____ bezüglich der Rollenverteilung und des Tatbeitrags zutreffend wäre, leuchte nicht ein, wieso der

Beschuldigte von der Vorinstanz gleich zu 5 ½ Jahren Freiheitsstrafe verurteilt, wohingegen B. _____ lediglich mit 5 Jahren Freiheitsstrafe belegt worden sei (Urk. 87 S. 19). Der Grundsatz der Gleichmässigkeit der Strafzumessung wird heute in der Lehre einhellig vertreten (vgl. BSK-Strafrecht I - Wiprächtiger, Art. 47N 157; Trechsel/Affolter-Eijsten, StGB PK, Art. 47 N 40) und ist vom Bundesgericht zumindest im Falle von Mittätern anerkannt (vgl. BGE 116 IV 292, 120 IV 144, 135 IV 191). Es wird aber auch darauf hingewiesen, dass gleiche Strafen bei ungleichen Voraussetzungen willkürlich und eine Ungleichbehandlung von Mitangeeschuldigten zulässig sei, wenn sie stichhaltig begründet sei (Trechsel/Affolter-Eijsten, a.a.O., Art. 47 N 40 f.). Selbst wenn die Strafen zweier Mittäter in einem Missverhältnis stehen, ist dies verfassungsrechtlich unbedenklich und hinzunehmen, solange die in Frage stehende Strafe als solche angemessen ist. Allerdings ist zu verlangen, dass in der Begründung auf die Strafe des Mittäters Bezug genommen und dargelegt wird, weshalb sich diese nicht als Vergleichsgrösse eignet (BGE 135 IV 191 E. 3.3).

Vorliegend wird der Beschuldigte mit der gleichen Strafe verurteilt wie sein Mittäter B. _____, welcher mit rechtskräftigem Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts Zürich vom 29. August 2012 mit einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren bestraft wurde (Urk. 84), womit die Strafe, welche das Bezirksgericht Zürich am 11. November 2011 festgelegt hatte, bestätigt wurde (Urk. 80). Es ist durchaus zulässig, den Beschuldigten nicht mit einer tieferen Strafe zu verurteilen als B. _____. Dieser war zwar ebenfalls Mittäter bei der Drogeneinfuhr vom 26. November 2009 (Urk. 80 S. 31), von weiteren Drogendelikten wurde er aber erstinstanzlich freigesprochen (Urk. 80 S. 14). Dies im Gegensatz zum Beschuldigten, welcher sich zweimal einer qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig machte. Dementsprechend erachteten das Bezirksgericht Zürich und das Obergericht Zürich das Verschulden von B. _____ bezüglich des Drogendeliktens als erheblich (Urk. 80 S. 39, Urk. 84 S. 16 f.), wohingegen das Verschulden des Beschuldigten für die beiden Drogendelikte vorliegend als schwer zu erachten ist. Die weiteren (Betrugs- und Urkunden-)Delikte, welche B. _____ begangen hat und bezüglich welcher das Bezirksgericht Zürich von einem noch leichten Verschulden ausging (Urk. 80 S. 40), sind im Vergleich zum zweiten Drogendelikt des Be-

schuldigten A._____ von untergeordneter Bedeutung. Diese Umstände vermögen für den Beschuldigten keine tiefere Strafe zu rechtfertigen als diejenige, zu welcher B._____ verurteilt wurde. Eine Freiheitsstrafe von 5 Jahren für den Beschuldigten A._____ ist folglich auch im Vergleich mit dem Mitbeschuldigten B._____ durchaus angemessen. Was den Mitbeschuldigten C._____ betrifft, so liegt erst die Anklageschrift vom 25. September 2012 (Urk. 82) und noch kein Urteil vor, weshalb sich ein Vergleich erübrigt. Immerhin ergibt sich aus der Anklageschrift betreffend C._____, dass dieser aufgrund mehrerer Delikte angeklagt ist, von denen er nur eines (Vorfall vom 26. November 2009) in Mittäterschaft mit dem Beschuldigten A._____ begangen haben soll, während die übrigen Deliktswürfe nicht deckungsgleich mit denjenigen betreffend A._____ sind. Deshalb lassen sich die beiden Fälle ohnehin kaum vergleichen.

Anzurechnen an die Freiheitsstrafe ist die erstandene Haft (Polizei- und Untersuchungshaft) sowie der vorzeitige Strafvollzug (bis und mit heute) von 1069 Tagen (Art. 51 StGB; Urk. 17/1 und 17/18).

Die Höhe der Freiheitsstrafe erlaubt weder den bedingten noch den teilbedingten Strafvollzug (vgl. Art. 42 und 43 StGB). Die Freiheitsstrafe ist deshalb zu vollziehen.

VI.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Freispruch bezüglich Anklageziffer 2.1.3 für sich allein wirkt sich nicht auf die Kostenaufgabe aus, der Beschuldigte hat mit seiner Berufung aber eine Reduktion der Strafe erreicht. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind dem Beschuldigten demnach zu sieben Achteln aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind - unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO - auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 17. April 2012 bezüglich Dispositivziffern 1 teilweise (Freispruch von Anklageziffer 2.1.1), 5 (Einziehung Betäubungsmittel), 6 (Einziehung Mobiltelefone) sowie 7 und 8 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte **A. _____** ist schuldig der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 und 5 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG.

Bezüglich Anklageziffer 2.1.3 wird der Beschuldigte freigesprochen.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 5 Jahren Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 1069 Tage durch Polizei- und Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
3. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 4. Februar 2009 bedingt ausgefallte Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– (wovon 2 Tagessätze durch Untersuchungshaft abgegolten sind) wird vollzogen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten zu sieben Achtein aufgelegt und im Übrigen auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Justizvollzugsanstalt Pöschwies durch den zuführenden Polizeibeamten

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
- 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
- in die Untersuchungsakten der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl Nr. G-1/2008/2045 (im Dispositiv)
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

7. 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, 30. Oktober 2012

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Oswald