

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120390-O/U/rc

Mitwirkend: Obergerichter Dr. Bussmann, Präsident, die Ersatzoberrichterinnen
lic. iur. Bertschi und lic. iur. Brühwiler sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. Aardoom

Urteil vom 26. März 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

bisher: amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

neu: erbeten verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfache qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach (I. Abteilung) vom
20. Juni 2012 (DG110094)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 22. März 2012 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 22).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von aArt. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und Abs. 5 BetmG in Verbindung mit aArt. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 34 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 26 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (8 Monate, abzüglich 1 Tag, der durch Haft erstanden ist) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Die Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 2'500.– Gebühr für die Strafuntersuchung
Fr. amtl. Verteidigungskosten (ausstehend)

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

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 52 S. 1)

1. Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 20. Juni 2012 sei aufzuheben und der Beschuldigte sei mit 16 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen;
 2. Dispositiv-Ziffer 3 sei aufzuheben und es sei dem Beschuldigten der bedingte Strafvollzug bei einer Probezeit von drei Jahren zu gewähren;
 3. Dispositiv-Ziffer 4 sei aufzuheben und es seien die Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen;
 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsgegnerin.
- b) Der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:
(schriftlich, Urk. 43)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung, vom 20. Juni 2012 liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 26. Juni 2012 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 30). Mit Eingabe vom 30. August 2012 reichte der Verteidiger fristgerecht die Berufungserklärung ein (Urk. 34 und 39). Die Staatsanwaltschaft teilte mit Eingabe vom 25. September 2012 innert der ihr mit Präsidialverfügung vom 20. September 2012 (Urk. 41) angesetzten Frist mit, dass auf Anschlussberufung verzichtet werde (Urk. 43).

2. Gemäss Art. 402 in Verbindung mit Art. 437 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Nachdem die Urteilsdispositivziffern 1 (Schuldspruch wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und Abs. 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG) und 5 (Kostenaufgabe) nicht angefochten worden sind, ist mittels Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

II. 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 nicht erweiterbaren Strafrahmens strafehöhend in Betracht zu ziehen (Art. 49 Abs. 1 StGB; vgl. BGE 136 IV 55 E. 5.8). Strafmilderungsgründe liegen keine vor.

2. Ausgangspunkt bei der Strafzumessung ist die objektive Tatschwere, d.h. der schuldhaft verursachte Erfolg und die Art und Weise der Tatbegehung. 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, die persönlichen Verhältnisse sowie das Nachtatverhalten des Täters.

2.1 Zur objektiven Tatschwere ist hervorzuheben, dass der Beschuldigte im Oktober 2009 zweimal, im Abstand von nur wenigen Tagen, je ein Kilogramm Kokain von nicht genau bekanntem Reinheitsgrad (insgesamt circa 660 reines Kokain) von B._____ bezogen hat. Kokain gehört aufgrund seines grossen Suchtpotenzials zu den gefährlichsten Drogen. Die Widerhandlungen bezogen sich auf eine insgesamt grosse Menge in der Grössenordnung von über einem halben 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

aBetmG festgelegt hat (18 Gramm reines Kokain; BGE 109 IV 143 E. 3a). Der Drogenmenge kommt im Rahmen der Strafzumessung zwar keine vorrangige Bedeutung zu; sie ist aber eines der Elemente, die das Verschulden des Täters ausmachen (BGE 118 IV 342 E. 2c; Urteil des Bundesgerichts 6S.465/2004 vom 12. Mai 2005 E. 3.1 mit Hinweisen).

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 zugunsten des Beschuldigten zu berücksichtigen ist, dass er die beiden Drogenübernahmen nicht aktiv gesucht hat (Urk. 2/2 S. 2), er jedoch im Umgang mit dem Kokain niemandem unterstand und somit nicht weisungsgebunden war, weshalb nicht von einer nur untergeordneten Stellung ausgegangen werden kann.

Festzuhalten ist, dass der Beschuldigte die Drogen nicht nur vorübergehend aufbewahrte, vielmehr über einen Zeitraum von gegen einem Monat.

Zu berücksichtigen ist bei der objektiven Tatschwere immerhin auch, dass nur ein geringer Anteil des Kokains zu Konsumenten gelangte, indem der Beschuldigte rund 20 Gramm zusammen mit verschiedenen Freunden (nach eigenen Angaben zwei bis drei Kollegen; Urk. 26 S. 8) konsumierte, es somit nur bei diesem Anteil zu einer konkreten gesundheitlichen Gefährdung kam. Eine aufgrund der grossen Menge hohe abstrakte Gefährdung lag während eines Zeitraums von weniger als einem Monat vor, da der Beschuldigte das Kokain aufbewahren und eventuell zurückgeben wollte (Urk. 26 S. 5). Der vorliegende Fall ist in dem Sinne atypisch, dass der Beschuldigte schliesslich Mitte Oktober 2009 circa 1,8 Kilogramm und Ende Oktober 2009 den verbliebenen Rest von circa 180 Gramm entsorgte, indem er es das Waschbecken hinunterspülte. Durch die Entsorgung fiel die Gefährdung weg, was deutlich strafmindernd ins Gewicht fällt (vgl. auch Urk. 52 S. 5). Insgesamt ist das objektive Tatverschulden als leicht zu bezeichnen.

2.2 Bezüglich der subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben das Kokain aus Rache übernommen hat, da er von C._____, dem Bruder B.____s, betrogen worden sei und er geglaubt habe, dass B._____ mit diesem unter einer Decke stecke. Er habe damit Schaden anrichten wollen (Urk. 2/2 S. 10; vgl. auch Urk. 26 S. 4 ff. und Urk. 51 S. 4). Bezüglich der Übernahme und des Aufbewahrens des Kokains handelte der Beschuldigte direktvorsätzlich. Bei der Übernahme einer solchen Menge "auf Kommission", wie der Beschuldigte angab, ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte zunächst zumindest ursprünglich in Erwägung gezogen hatte, das Kokain weiterzugeben. Obwohl er das Kokain schliesslich entsorgte, war seine ursprüngliche Idee nicht, es möglichst schnell wegzuwerfen (Urk. 26 S. 5 und 9). Ein eigentliches Handeln aus Profitgier bzw. finanziellen Motiven kann ihm jedoch nicht nachgewiesen werden. Obwohl der Beschuldigte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung und auch heute angab, früher ab und zu Kokain konsumiert zu haben (Urk. 26 S. 6; Urk. 51 S. 4), handelt es sich vorliegend auch nicht um Beschaffungskriminalität, da er wiederholt betonte, das Kokain übernommen zu haben, um den BC.____s zu schaden bzw. ihnen "eins auszuwischen" (vgl. oben und Urk. 26 S. 9), was ein moralisch verwerfliches Motiv darstellt.

Insgesamt vermag das subjektive Tatverschulden die objektive Tatschwere nicht massgeblich zu relativieren.

Der Tatschwere angemessen erscheint eine hypothetische Einsatzstrafe im Bereich von 24 Monaten Freiheitsstrafe.

2.3 Bezüglich der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 37 S. 10). Heute gab er an, zur Zeit arbeitslos und auf Stellensuche zu sein (Urk. 51 S. 2). Der Biografie des Beschuldigten lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren entnehmen.

2.4 Der Beschuldigte weist eine eingetragene Vorstrafe wegen Veruntreuung vom 3. Oktober 2006 auf (Urk. 40). Diese liegt bereits länger zurück und ist nicht einschlägig, weshalb sie nur leicht strafferhöhend zu berücksichtigen ist. Die von

der Vorinstanz noch berücksichtigte weitere Vorstrafe wurde mittlerweile gelöscht. Straferhöhend ist sodann die mehrfache Tatbegehung zu berücksichtigen.

2.5 Der Beschuldigte legte in seiner Hafteinvernahme vom 14. April 2011 ein vollumfängliches Geständnis ab. Wohl erfolgte dies, wie die Vorinstanz anmerkte, nicht von Beginn an, sondern erst nach Vorhalt der Belastungen von Mitange-schuldigten (Urk. 2/2 S. 10 f.). Indessen erfolgte es in einem sehr frühen Stadium der Untersuchung. Zu Gute zu halten ist dem Beschuldigten auch, dass er Reue und Einsicht zeigt. Das Nachtatverhalten hat sich somit zu seinen Gunsten aus-zuwirken.

2.6 In Würdigung aller massgeblichen Faktoren und ausgehend davon, dass sich die straf erhöhenden Faktoren (mehrfache Tatbegehung und Vorstrafe) und der Strafminderungsgrund des Geständnisses die Waage halten, ist die Einsatz- strafe weder zu erhöhen noch zu reduzieren. Im Ergebnis ist der Beschuldigte somit mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu bestrafen. Der Anrechnung der Haft von einem Tag an die Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

III. Vollzug

1. Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstra- fe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitstrafe von mindestens sechs Mo- naten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten.

2. In objektiver Hinsicht sind die Voraussetzungen für die Gewährung des be- dingten Strafvollzuges aufgrund der auszufällenden Freiheitsstrafe von zwei Jah- ren gegeben. Dem Beschuldigten kann zudem eine grundsätzlich günstige Legal- prognose gestellt werden. Bis auf eine nicht einschlägige Vorstrafe wegen Verun- treuung ist er noch nicht strafrechtlich in Erscheinung getreten. Der Beschuldigte lebt in geregelten sozialen Verhältnissen und hat sich seit der Tatbegehung im Jahr 2009 nichts zuschulden kommen lassen. Er bereut seine Taten und hat be- reits zu Beginn der Untersuchung ein Geständnis abgelegt. Es ist ihm daher der

bedingte Strafvollzug zu gewähren. Den aufgrund der Vorstrafe verbleibenden Bedenken ist dem Antrag der Staatsanwaltschaft folgend mit Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren Rechnung zu tragen.

3. Für die Ausfällung einer Verbindungsbusse im Sinne von Art. 42 Abs. 4 StGB besteht mangels Schnittstellenproblematik kein Anlass (BGE 134 IV 8).

IV. Kostenfolgen

1. Der Beschuldigte hat die vorinstanzliche Kostenfestsetzung angefochten. Er beantragt, die vorinstanzlichen Verfahrenskosten seien nach dem abgekürzten Verfahren zu bemessen. Zur Begründung macht er geltend, die Vorinstanz habe die Anklage im abgekürzten Verfahren zurückgewiesen, obwohl diese in Bezug auf das Strafmass und den bedingten Strafvollzug angemessen gewesen sei. Die nachfolgenden Verfahrenskosten seien nicht von ihm verursacht worden (Urk. 39 S. 2).

Da die Strafzumessung einen Ermessenentscheid darstellt und die Durchführung des ordentlichen Verfahrens nicht auf einem rechtsfehlerhaften Entscheid der Vorinstanz beruht, ist die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 4) zu bestätigen

2. Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit seinem Antrag auf Strafreduktion und Gewährung des bedingten Strafvollzuges. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind daher ausgangsgemäss auf die Gerichtskasse zu nehmen.

3. Ausgangsgemäss ist dem Beschuldigten sodann eine Prozessentschädigung für die erbetene Verteidigung im Berufungsverfahren zuzusprechen. Diese ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren (Rechtsanwalt lic. iur. X._____) sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

3. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung, vom 20. Juni 2012 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldspruch wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und Abs. 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG) und 5 (Kostenaufgabe) in Rechtskraft erwachsen ist.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Polizeiverhaftung erstanden ist.
5. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt.
6. Die vorinstanzliche Kostenaufstellung (Dispositivziffer 4) wird bestätigt.
7. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren fällt ausser Ansatz.
8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung (Rechtsanwalt lic. iur. X. _____), werden auf die Gerichtskasse genommen.
9. Dem Beschuldigten wird für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.
10. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürichsowie in vollständiger Ausfertigung an

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

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

11. 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, 26. März 2013

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Aardoom