

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB120395-O/U/cs

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

Urteil vom 21. Dezember 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom
21. Juni 2012 (DG120023)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 15. März 2012 (Urk. 16) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 und 4 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 45 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 313 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 2'000.– Gebühr für die Strafuntersuchung
Fr. 1'245.– Auslagen Vorverfahren
Fr. 31'218.80 Kosten Kantonspolizei
Fr. amtliche Verteidigungskosten (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. 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. Die Dolmetscherkosten der Telefonkontrolle von Fr. 31'218.80 werden auf die Gerichtskasse genommen.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 48 S. 1)

1. Es sei festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 21. Juni 2012 hinsichtlich Dispositivziffern 1, 3, 4, 5 und 6 in Rechtskraft erwachsen ist;
2. Der Beschuldigte sei - unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft - mit einer Freiheitsstrafe von maximal 36 Monaten zu bestrafen;
3. Es sei dem Beschuldigten gemäss den nachfolgenden Erwägungen der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren;
4. Der Beschuldigte sei umgehend aus dem Strafvollzug zu entlassen;
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(schriftlich; Urk. 44)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Das Bezirksgericht Bülach, II. Abteilung, sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 21. Juni 2012 der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 und 4 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG schuldig und bestrafte ihn mit 45 Monaten Freiheitsstrafe. Ausgangsgemäss wurden die Verfahrenskosten dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 38 S. 19).

Gegen dieses Urteil, das ihm gleichentags mündlich eröffnet wurde (Prot. I S. 14), meldete der Beschuldigte am 22. Juni 2012 rechtzeitig Berufung an (Urk. 32). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 20. August 2012 (Urk. 35) reichte er am 5. September 2012 fristgerecht seine schriftliche Berufungserklärung ein (Urk. 40). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 44). Beweisanträge wurden keine gestellt.

2. Gemäss Art. 402 in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Nachdem die Urteilsdispositivziffern 1 (Schuldspruch) sowie 3 und 4 (Kostendispositiv) nicht angefochten worden sind und diesbezüglich keine Anschlussberufung erhoben wurde, ist mittels Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

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

II. Strafzumessung

1. Die Vorinstanz hat den Strafraumen korrekt festgelegt und die Grundsätze, nach welchen eine Strafe im Allgemeinen und bei Betäubungsmitteldelikten im Besonderen zuzumessen ist, richtig zusammengefasst (Urk. 38 S. 9 ff.).

Innerhalb des gesetzlichen Rahmens ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters festzusetzen. Zu berücksichtigen sind dabei auch das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben. Das Verschulden wird nach der Schwere der Rechtsgutverletzung, nach der Verwerflichkeit der Tathandlungen, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den gegebenen Umständen in der Lage war, rechtskonform zu handeln (Art. 47 Abs. 1 und 2 StGB).

Bei Betäubungsmitteldelikten hängt das Ausmass des Verschuldens nicht nur von der Menge und Art der Drogen, sondern insbesondere auch von der Art und Weise der Tatbegehung, den Beweggründen des Täters und seinem Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren ab (BGE 118 IV 343 E. 2c). Die Betäubungsmittelmenge ist zwar ein wichtiger Strafzumessungsfaktor, indes nicht von vorrangiger Bedeutung (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc; BGer 6B_558/2011 vom 21. November 2011 E. 3.3.2; BGer 6B_352/2012 vom 1. November 2012 E. 3.1).

Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zur Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen, es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist das Gericht an das gesetzliche Höchstmass der Strafe gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB).

Verbrechen gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 und Abs. 4 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG werden mit Freiheitsstrafe von einem bis zu 20 Jahren bestraft, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann.

Strafmilderungsgründe sind vorliegend keine ersichtlich. Eine Strafschärfung kommt nicht mehr in Frage, da das Gericht an das gesetzliche Höchstmass der Straftat, vorliegend 20 Jahre Freiheitsstrafe, gebunden ist. Eine Öffnung des

Strafrahmens nach oben ist daher - wie dies die Vorinstanz korrekt festhält (Urk. 38 S. 10) - nicht möglich.

Die Vorinstanz erwähnt, dass der Beschuldigte auch gegen "Art. 305bis StGB verstossen habe" (Urk. 38 S. 10). Dabei muss es sich um ein Versehen handeln. Ein Geldwäschereivorwurf ist nicht Gegenstand der Anklage.

2. Zur objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte mit dem Anbieten, Inverkehrbringen bzw. Abgeben von 500 Gramm, 400 Gramm sowie 200 Gramm Kokaingemisch mit einem geschätzten Reinheitsgrad von je 50% (Anklageziffern 1.1 bis 1.3) die Schwelle zum schweren Fall - diese liegt für Kokain bei 18 Gramm (BGE 109 IV 143 E. 3b) - jeweils massiv überschritt. Auch als er 1,0095 Kilogramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgrad von 66% (Anklageziffer 1.4) in die Schweiz einführte, überschritt er die Schwelle zum schweren Fall um das Ziffache. Insgesamt handelte er mit rund 1,216 Kilogramm reinem Kokain und schuf damit ein grosses Gefährdungspotential für die Gesundheit vieler Menschen. Der Einwand der Verteidigung, es sei aufgrund der Betäubungsmittelstatistik der Gruppe Forensische Chemie der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin zugunsten des Beschuldigten von einem tieferen Reinheitsgehalt auszugehen (Urk. 48 S. 9), verfängt nicht. Die von der Verteidigung angeführten tieferen Werte beziehen sich auf Freebase, nicht auf das vorliegend sichergestellte Kokain-Hydrochlorid (HCl). Die von der Vorinstanz verwendeten Statistiken waren demnach korrekt. Zudem war der Beschuldigte zwischen Mitte November 2010 und Mitte August 2011 - d.h. innert neun Monaten - an insgesamt vier grösseren Drogengeschäften beteiligt, was von einer erheblichen kriminellen Energie zeugt. Der Beschuldigte war zwar nicht der eigentliche Organisator dieser Drogengeschäfte, allerdings fungierte er auch nicht als blosser Kurier und stand somit - wie dies die Vorinstanz richtig festhält (Urk. 38 S. 15) - zumindest auf einer mittleren Hierarchiestufe. Die objektive Tatschwere ist daher insgesamt als erheblich zu bewerten.

Subjektiv fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte, der selber nicht drogenabhängig ist, vorsätzlich und aus rein finanziellen Motiven handelte (Urk. 11/10 S. 43; Urk. 11/11 S. 2 ff.). Die subjektive Tatschwere ist daher als schwer zu bewerten.

Aufgrund der Tatkomponente erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe von rund 54 Monaten als angemessen.

3. Bezüglich der persönlichen Verhältnisse kann vornehmlich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 38 S. 16).

Auf das Strafmass haben die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten keine Auswirkungen.

Die einschlägige Vorstrafe des Beschuldigten in B._____ aus dem Jahr 2007 (Drogenhandel ohne schweren Schaden für die Gesundheit; 3 Jahre Gefängnis bedingt. Vgl. Urk. 9/3 sowie Urk. 11/11 S. 8) ist - entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urk. 38 S. 17) - nicht bloss leicht, sondern deutlich strafe erhöhend zu berücksichtigen. Zudem delinquierte er während laufender Probezeit.

Wie bereits die Vorinstanz korrekt ausführte (Urk. 38 S. 17 f.), ist das Geständnis des Beschuldigten sodann in mittlerem Grad strafmindernd zu berücksichtigen. Ein umfassendes Geständnis legte er erst ab, als er mit den Untersuchungsergebnissen konfrontiert wurde bzw. sich der erdrückenden Beweislage bewusst wurde (Urk. 11/5 S. 4 ff.; Urk. 11/6 S. 2 ff.). Zu Gute zu halten ist dem Beschuldigten auch eine leichte Strafempfindlichkeit aufgrund seiner gesundheitlichen Situation, da er aufgrund einer Augenverletzung immer weniger sieht (Urk. 47 S. 5).

Weitere Strafzumessungsgründe liegen nicht vor.

Aufgrund der Täterkomponente (deutliche Straferhöhung aufgrund der einschlägigen Vorstrafe; geringfügige Strafminderung aufgrund des Geständnisses sowie der leichten Strafempfindlichkeit) wäre die Einsatzstrafe leicht zu erhöhen.

4. Die Gesamtwürdigung der wesentlichen Strafzumessungsgründe führt zum Schluss, dass die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe zu tief ausgefallen ist. Aufgrund des Verschlechterungsverbots kann diese im vorliegenden Verfahren jedoch nicht erhöht werden.

Das Urteil der Vorinstanz ist somit zu bestätigen, soweit es angefochten wurde, und der Beschuldigte ist zu einer Freiheitsstrafe von 45 Monaten zu verurteilen.

Der Anrechnung von 494 Tagen Haft (Untersuchungshaft und vorzeitiger Strafvollzug bis und mit heute) steht nichts entgegen.

III. Strafvollzug

Da die Dauer der heute ausgefallten Strafe mehr als 36 Monate beträgt, ist die Gewährung des bedingten sowie des teilbedingten Vollzugs bereits aus objektiven Gründen ausgeschlossen (Art. 42 Abs. 1 sowie Art. 43 Abs. 1 StGB).

IV. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind, unter Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO, auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom 21. Juni 2012 (DG120023) bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch) sowie 3 und 4 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 45 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 494 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'600.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'104.60 amtliche Verteidigung
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienstesowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - die Bundesanwaltschaftund 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 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, 21. Dezember 2012

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic.iur. Spiess

lic.iur. Hafner