

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr. SB130101-O/U/pb/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Ruggli, Präsident, lic. iur. et phil. Glur und  
lic. iur. Stiefel sowie der Gerichtsschreiber Dr. Bischoff

## Urteil vom 2. Juli 2013

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfache qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungs-  
mittelgesetz etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich,**

**4. Abteilung, vom 12. November 2012 (DG120195)**

### **Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 9. Juni 2012 (Urk. 44) ist diesem Urteil beigeheftet.

### **Entscheid der Vorinstanz:**

Das Verfahren betreffend Anklagepunkt 1.4. (Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes) wird eingestellt, soweit sich der Sachverhalt vor dem 12. November 2009 ereignet hat.

### **Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig
  - der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g, teilweise in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG;
  - der Sachentziehung im Sinne von Art. 141 StGB;
  - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Der Beschuldigte wird freigesprochen vom Vorwurf
  - der Drohung im Sinne von Art. 180 StGB;
  - der Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 StGB.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 3.5 Jahren Freiheitsstrafe, wovon 85 Tage durch Haft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 500.–.
4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Wird die Busse schuldhaft nicht bezahlt, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
6. Auf das Schadenersatzbegehren der Privatklägerin B. \_\_\_\_\_ wird nicht eingetreten.

7. Das Genugtuungsbegehren des Beschuldigten wird abgewiesen.
8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 25. Januar 2012 beschlagnahmten Fr. 2'690.–, € 55.– und DOP 72'000.– werden eingezogen. Der eingezogene Bargeldbetrag wird vorab zur Bezahlung der Busse und hernach zur Verfahrenskostendeckung verwendet.
9. Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 8. Juni 2012 beschlagnahmte und unter der Sachkautions-Nr. ... lagernde Computer iMac A1058 inkl. Tastatur, Maus und Kabel wird dem Beschuldigten auf erstes Verlangen nach Eintritt der Rechtskraft herausgegeben.
10. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 8. Juni 2012 beschlagnahmten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Lagernummer ...) werden eingezogen und der Stadtpolizei Zürich zur Vernichtung überlassen.
11. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	3'600.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.		Kosten der Kantonspolizei
Fr.	2'000.00	Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten
Fr.	1'506.40	Auslagen Untersuchung
Fr.	17'847.45	amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
12. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, aber definitiv abgeschrieben, soweit sie nicht durch die eingezogenen Bargeldbeträge gedeckt werden. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

**Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 67, schriftlich)

1. Der Beschuldigte sei von der Anklage der Sachentziehung i.S.v. Art. 141 StGB freizusprechen.
2. Ziff. 2. und 3. des angefochtenen Urteils seien aufzuheben.
3. Gegen den Berufungskläger sei eine Freiheitsstrafe von maximal 24 Monaten auszufällen. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei aufzuschieben unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.
4. Eventualiter zu Ziff. 3 sei eine teilbedingte Freiheitsstrafe von maximal 36 Monaten auszufällen. Der unbedingt zu vollziehende Teil sei auf höchstens 3 Monate festzulegen.
5. Jeweils unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft.
6. Dem Beschuldigten sei eine Genugtuung von Fr. 12'600.– aus der Gerichtskasse zuzusprechen.
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens (einschliesslich jene der amtlichen Verteidigung) seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:

(Urk. 71, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

## **Das Gericht erwägt:**

### **I.**

#### **Prozessuales**

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 12. November 2012 liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 13. November 2012 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 61; Art. 399 Abs. 1 StPO). Nach Erhalt des begründeten Urteils reichte er fristgerecht seine Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO ein (Urk. 65/2; Urk. 67). Die Staatsanwaltschaft erklärte mit Schreiben vom 26. März 2013 Verzicht auf Anschlussberufung und beantragte Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils sowie ihre Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 71). Die Verteidigung hat sich mit der Dispensation der Staatsanwaltschaft einverstanden erklärt (Urk. 72). Die Privatklägerin hat keine Anschlussberufung erklärt.

2. Die Berufungserklärung der Verteidigung richtet sich gegen den Schuldspruch wegen Sachentziehung im Sinne von Art. 141 StGB, gegen die Bemessung der Strafe, gegen die Anordnung des Vollzugs der Strafe sowie gegen die Abweisung des Genugtuungsbegehrens des Beschuldigten (Urk. 67, S. 2 ff.).

2.1. Gemäss Art. 402 StPO i.V.m. Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Nachdem die Dispositivziffern 1 Alinea 1 und 3 (Schuldpunkt, teilweise), 2 (Teilfreisprüche), 3 teilweise (Busse), 4 teilweise (Vollzug der Busse), 5 (Ersatzfreiheitsstrafe), 6 (Nichteintreten auf das Schadenersatzbegehren), 8 – 10 (Einziehungen bzw. Herausgabe) und 11 – 12 (Kostendispositiv) unangefochten blieben, ist mit Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

2.2. Beweisanträge wurden von der Verteidigung nicht gestellt.

3. Im angefochtenen Urteil wurden die Tatbestandselemente des Tatbestands der Sachentziehung im Sinne von Art. 141 StGB korrekt aufgeführt, und es wurde zurecht darauf hingewiesen, dass dieser Tatbestand nur auf Antrag hin verfolgt wird. Ungeprüft blieb dagegen, ob ein gültiger Strafantrag der Privatklägerin vorliegt (Urk. 66, S. 36).

3.1. Allgemein anerkannt ist, dass im Strafantrag das Tatgeschehen darzustellen ist, dessen Verfolgung beantragt wird. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Antragsteller das Tatgeschehen rechtlich qualifiziert. Andernfalls wäre es für juristische Laien von vornherein kaum möglich, rechtsgültig Antrag zu stellen. Die rechtliche Würdigung ist Aufgabe der Behörde, letztlich des urteilenden Gerichts. Aus diesem Grund darf eine falsche rechtliche Qualifikation nicht schaden (vgl. CHRISTOF RIEDO, Der Strafantrag, Basel/Genf/München 2004, S. 399 f., m.w.H.; vgl. auch Bundesgerichtsurteil vom 19. Juni 2003, 6S.481/2002, Erw. 2.3). Demzufolge ist nicht massgebend, wie die Polizei im vorliegenden Strafverfahren die Äusserungen der Geschädigten rechtlich würdigte. Entscheidend ist einzig, ob in diesen Äusserungen der unbedingte Wille zur Strafverfolgung eines bestimmten Sachverhalts zum Ausdruck kommt und ob in Bezug auf gewisse Tatbestände ausdrücklich Vorbehalte angebracht wurden bzw. zumindest vernünftige Gründe für ein bewusstes Schweigen zu diesen Tatbeständen sprechen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Privatklägerin im Hinblick auf ihre (geltend gemachten oder möglichen) Zivilforderungen grundsätzlich ein Interesse an der Verurteilung des Beschuldigten hat.

3.2. Innerhalb der bis zum 12. Dezember 2011 laufenden Antragsfrist von drei Monaten (Art. 31 StGB) erwähnte die Privatklägerin weder in ihren polizeilichen Befragungen vom 12. September 2011 und vom 8. November 2011 (Urk. 5, insb. S. 6; Urk. 8, insb. S. 12) noch anlässlich ihrer staatsanwaltschaftlichen Befragung vom 24. November 2011 (Urk. 11, insb. S. 5 f.; vgl. auch Urk. 17, S. 10 ff.) ausdrücklich oder sinngemäss, sie wolle, dass der Beschuldigte wegen der Wegnahme des Laptops bestraft werde. Im Zentrum ihrer Aussagen standen vielmehr die Geschehnisse in der Dominikanischen Republik, der Umgang mit Drogen und ihre Angst im Zusammenhang mit Drohungen des Beschuldigten, welche dieser am 12. September 2011 bei ihrem Besuch in der Wohnung an der

...-Strasse ausgesprochen habe. So gab die Privatklägerin anlässlich ihrer Konfrontationseinvernahme mit dem Beschuldigten vom 9. Januar 2012 sogar ausdrücklich zu Protokoll (Urk. 16, S. 18): "Und dann war da noch die Sache mit der ...-Strasse. Der Grund war das, was da passiert war, dass er mit (recte: mir) sozusagen gedroht hatte und dass er eigentlich "baff" war, dass ich lebend zurückgekommen war. Das war der Grund dafür, dass ich Anzeige gemacht habe". Überdies stellte die Privatklägerin mit grünem Formular vom 12. September 2011 einzig einen Strafantrag wegen Drohung, nicht wegen eines zu ihrem Nachteil begangenen möglichen Vermögensdelikts (Urk. 23). Dies fiel schliesslich auch der Assistenzstaatsanwältin auf, welche am 22. Februar 2012 eine entsprechende Aktennotiz verfasste, wonach ihrer Meinung nach der Strafantrag auch für den Tatbestand der Sachentziehung gelte (Urk. 24). Eine entsprechende Meinungsäusserung der Privatklägerin, wonach sie die Bestrafung des Beschuldigten im Zusammenhang mit ihrem Laptop wollte, ist indessen innert der dreimonatigen Antragsfrist nie erfolgt, auch in ihren Befragungen nicht.

3.3. Daran ändert auch die auf dem Formular "Geltendmachung von Rechten als Opfer" handschriftlich angebrachte Bemerkung "Strafantrag von 12.09.2011 auch für Nötigung, Sachentziehung etc." nichts (Urk. 27/3). Zum einen ist diese handschriftliche, mit schwarzer Tinte angebrachte Anmerkung nicht infiziert, weshalb ihre Urheberschaft ungeklärt ist, zum anderen ist die Urheberschaft des auf Seite 3 des Formulars angebrachten Datums, welches mit "10.12.2011" noch in der Antragsfrist liegt, unklar. Hinzu kommt weiter, dass die mit blauer Tinte geschriebene Unterschrift der Privatklägerin nicht mit derselben Tintenfarbe auf dem Formular angebracht wurde, wie das erwähnte, mit schwarzer Tinte angebrachte Datum. Es ist deshalb fraglich, ob die Datumsangabe ebenfalls von der Privatklägerin stammt und gleichzeitig mit ihrer Unterschrift angebracht wurde (vgl. Urk. 27/3, S. 3). Der üblicherweise auf solchen Formularen behördlicherseits auf der ersten Seite anzubringende Eingangsstempel, welcher im Zusammenhang mit der Einhaltung der Antragsfrist einen weiteren Hinweis geben könnte, fehlt ebenfalls. Weitere Zweifel an der Rechtzeitigkeit eines Strafantrags betreffend Sachentziehung ergeben sich aus dem Umstand, dass das denselben handschriftlichen Vermerk tragende Dokument betreffend "Erklärung zur Situation des

Gesuchstellers um amtliche Verteidigung" auf der letzten Seite das maschinell angebrachte Datum wiederum des 10.12.2011 trägt. Ein behördlicherseits üblicherweise anzubringender Eingangsstempel fehlt auch auf diesem Dokument (vgl. Urk. 27/4, S. 1 und 6). Wurden diese Urkunden möglicherweise am 10. Dezember 2011, einem Samstag, erstellt und hernach von der Privatklägerin unterzeichnet, lässt sich mangels vorhandener Briefumschläge mit einem Poststempel sowie mangels vorhandenem behördlichem Eingangsstempel auf den eingereichten Formularen selber nicht belegen, dass die sich aus diesen Dokumenten ergebende, der Privatklägerin zurechenbare Erklärung betreffend Strafantrag die Behörde noch rechtzeitig, d.h. bis spätestens Montag, 12. Dezember 2011, erreicht hat.

3.4. Demzufolge lässt sich nicht nachweisen, dass rechtzeitig ein Strafantrag betreffend Vorenthalten des Laptops gestellt wurde. Fehlt es aber an einem rechtsgültigen Strafantrag betreffend Sachentziehung, ist die entsprechende Prozessvoraussetzung im Sinne von Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO nicht erfüllt (BASLER KOMMENTAR, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 303 N 10 und Art. 310 N 9). Das Verfahren betreffend diesen Anklagevorwurf ist daher einzustellen.

3.5. Selbst wenn die Prozessvoraussetzung des Vorliegens eines gültigen Strafantrags erfüllt wäre, wäre ein Eintreten auf den Vorwurf der Sachentziehung aber infolge Verletzung des Anklagegrundsatzes fraglich.

3.5.1. Gemäss Art. 9 StPO kann eine Straftat nur gerichtlich beurteilt werden, wenn die Staatsanwaltschaft gegen eine bestimmte Person wegen eines genau umschriebenen Sachverhalts beim zuständigen Gericht Anklage erhoben hat. Nach Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO bezeichnet die Anklageschrift "möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfene Tat". Das Anklageprinzip gewährleistet das rechtliche Gehör und die Verteidigungsrechte des Beschuldigten (BGE 120 IV 348 Erw. 2b). Damit die Anklageschrift ihre doppelte Funktion der Umgrenzung und Information wahrnehmen kann, muss sie hinreichend präzise formuliert sein (BGE 133 IV 235 Erw. 6.2).

3.5.2. Im Anklagesachverhalt ist zwar bezüglich des Vorwurfs der Sachentziehung umschrieben, dass der Beschuldigte die Türe abgeschlossen und der

Privatklägerin die Tasche aus der Hand gerissen habe, als sie am 12. September 2011 mit ihren Sachen (Laptop, Tasche) die Wohnung habe verlassen wollen. Sie habe die Wohnung schliesslich nur ohne ihren Laptop verlassen können, während der Beschuldigte ihr klargemacht habe, dass sie den Laptop wieder haben könne, sobald sie ihre Geldschulden bei ihm getilgt habe (Urk. 44, S. 6). Ob der Privatklägerin aus dem Vorenthalten des Laptops ein erheblicher Nachteil erwuchs, wie lange sie auf ihren Laptop zu verzichten hatte und von welchem Ausmass, welcher Art und Dauer ein solcher erheblicher Nachteil allenfalls gewesen sein könnte, dazu äussert sich die Anklage nicht.

3.5.3. Für den Beschuldigten ist angesichts des ihm zur Last gelegten Anklagesachverhalts nicht ersichtlich, für welchen Taterfolg er sich im Zusammenhang mit dem Zurückhalten des Laptop zu verantworten haben könnte. Nachdem beispielsweise die Dauer des Vorenthaltens oder ein möglicher (Fr. 300.– übersteigender) Vermögensschaden in der Anklage nicht aufgeführt ist, lässt sich auch das Erfordernis der Erheblichkeit des Nachteils nicht beurteilen und nicht entscheiden, ob der Tatbestand erfüllt sein könnte oder nicht (zu den Elementen des vom Tatbestand der Sachentziehung vorausgesetzten Taterfolgs vgl. BASLER KOMMENTAR, Strafrecht II, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 141 N 25 ff.).

## II.

### **Strafzumessung**

1. Die Verteidigung hat in ihrer Berufungserklärung beanstandet, im angefochtenen Urteil sei nicht zu erkennen, welche Überlegungen zur Festsetzung einer hypothetischen Einsatzstrafe von 42 Monaten Freiheitsstrafe geführt hätten. Die Vorinstanz sei bei der Ermittlung der Höhe der Einsatzstrafe nicht von der schwersten Straftat, sondern gleich von zwei verschiedenen Sachverhalten (Anklageziffern 1.1.a und 1.1.b) ausgegangen und habe diese zusammengezählt. Nach Auffassung der Verteidigung hätte die Vorinstanz von Anklageziffer 1.1.b als der schwersten Tat ausgehen müssen, wobei die Verteidigung dafür eine Einsatzstrafe von höchstens 24 Monaten Freiheitsstrafe für angemessen hält (Urk. 67, S. 5 f.).

2. Bei der nachfolgenden Strafzumessung ist methodisch nach der neueren bundesgerichtlichen Praxis vorzugehen:

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 diese angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei der Bildung einer Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB vorab der Strafraumen für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafraumens festzusetzen. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Der Richter hat mithin in einem ersten Schritt gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen, indem er alle diesbezüglichen strafe erhöhenden und strafmindernden Umstände einbezieht. In einem zweiten Schritt hat er die Strafe zu erhöhen, um die weiteren Delikte zu sanktionieren. Auch dort muss er den jeweiligen Umständen Rechnung tragen (Urteil des Bundesgerichts vom 25. März 2010, 6B\_865/2009, Erw. 1.2.2; BGE 136 IV 55).

2.1. Aufgrund der Menge des ca. Ende Oktober 2011 eingeführten Kokains von ca. 920 Gramm mit einem Reinheitsgrad von um die 70 % (Anklageziffer 1.1.b) handelt es dabei sich um die schwerste vom Beschuldigten begangene Straftat, zumal es sich bei diesem Delikt im Gegensatz zum Anklagevorwurf gemäss Ziff. 1.2. um eine vollendete Tat handelt, weshalb von diesem vollendeten Betäubungsmitteldelikt als der schwersten Straftat auszugehen ist.

2.2. Der ordentliche Strafraumen ist trotz Vorliegens allfälliger Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe nur zu erweitern, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angeordnete Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu mild erscheint. Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafraumens kann sich stellen, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren zusammentreffen, die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter relativieren, so dass eine Strafe innerhalb des ordentlichen Rahmens dem Rechtsempfinden widerspräche (Art. 48, Art. 48a, Art. 49 Abs. 1, Art. 19 Abs. 2,

Art. 22 Abs. 1 StGB; BGE 136 IV 55 Erw. 5.8; Urteil des Bundesgerichts vom 30. Januar 2012, 6B\_475/2011, Erw. 1.4.4). Das Gericht ist indessen verpflichtet, Strafschärfungsgründe zumindest straf erhöhend und Strafmilderungsgründe zumindest strafmindernd im Rahmen des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen (BGE 116 IV 300 Erw. 2.a).

2.3. Da bei der Kokaineinfuhr gemäss Anklageziffer 1.1.b weder Strafmilderungsgründe noch aussergewöhnliche Umstände vorliegen, kommt eine Erweiterung des ordentlichen Strafrahmens nicht in Betracht. Es bleibt beim ordentlichen Strafrahmen bei qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG von Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bis zu 20 Jahren, womit eine Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen zu maximal Fr. 3'000.– verbunden werden kann (Art. 40 StGB; Art. 34 Abs. 1 und 2 StGB). Der gegebene Strafschärfungsgrund der mehrfachen Tatbegehung ist im erwähnten ordentlichen Strafrahmen nachfolgend straf erhöhend zu berücksichtigen (Art. 49 Abs. 1 StGB).

2.4. Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters 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 er nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

2.5. Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen Tat- und Täterkomponente. Bei der Tatkomponente sind das Ausmass des verschuldeten Erfolgs, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolgs, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und dessen Beweggründe zu beachten. Weiter bedeutsam sind das Mass der Entscheidungsfreiheit beim Täter und die Intensität seines deliktischen Willens. Je leichter es für den Täter gewesen wäre, die verletzte Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen diese. Als Ausgangskriterium für die Bewertung des Verschuldens ist

zunächst die objektive Tatschwere festzulegen und zu bemessen. Als Gradmesser dient das Mass der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts. Es lässt sich am Ausmass des Erfolgs hinsichtlich Deliktsbetrag, Gefährdung, Sachschaden etc. sowie anhand der Art und Weise des Vorgehens bemessen (DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, StGB-Kommentar, 18. Auflage, Zürich 2010, Art. 47 N 6 ff.).

2.5.1. Im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts ist sodann zu berücksichtigen, dass der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung bei der Bemessung der Strafe keine vorrangige Rolle zukommen darf (BGE 118 IV 342 ff.; BGE 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.

2.5.2. Der Reinheitsgrad der Betäubungsmittel kann für das Verschulden von Bedeutung sein. Handelt der Täter wissentlich mit ausgesprochen reinen Drogen, ist das Verschulden schwerer, handelt er wissentlich mit besonders stark gestreckten Drogen, ist es leichter (BGE 122 IV 299). Steht indes nicht fest, dass der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte, spielt der genaue Reinheitsgrad für die Gewichtung des Verschuldens und bei der Strafzumessung keine Rolle. Die genaue Betäubungsmittelmenge und gegebenenfalls ihr Reinheitsgrad verlieren zudem an Bedeutung, wenn mehrere Qualifikationsgründe gemäss Art. 19 Ziff. 2 BetmG gegeben sind, und sie werden umso weniger wichtig, je deutlicher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG überschritten ist (BGE 121 IV 193).

2.5.3. Die objektive Tatschwere bestimmt sich bei Drogendelikten neben der erwähnten eher sekundären Bedeutung der Drogenmenge (BGE 121 IV 202) und der daraus folgenden Gesundheitsgefährdung namentlich auch nach der Art und Weise der Tatbegehung, der Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und den Beweggründen (BGE 118 IV 348). Massgebend sind dabei unter anderem die Häufigkeit und Dauer der deliktischen Handlungen, die aufgewendete persönliche Energie, das gezeigte kriminelle Engagement, die hierarchische Stel-

lung sowie die Grösse der erzielten oder angestrebten Gewinne. Daneben kommt es darauf an, wie der Täter mit der Droge in Kontakt gekommen ist und was er mit dieser gemacht hat (HUG-BEELI, Betäubungsmitteldelikte 1983-1991, Zürich 1992, S. 429 f., 436 und 438). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts trifft beispielsweise den Transporteur einer bestimmten Drogenmenge grundsätzlich ein geringeres Verschulden als denjenigen, der diese Betäubungsmittelmenge verkauft oder zum Zwecke des Weiterverkaufs erwirbt (BASLER KOMMENTAR, a.a.O., Art. 47 N 75; BGE 121 IV 206). Weiter beachtlich ist auch eine allfällige Drogenabhängigkeit des Täters, ob er ausschliesslich des Geldes wegen handelte, ohne sich in einer finanziellen Notlage zu befinden, oder ob er es ablehnt zu arbeiten, obwohl es ihm möglich wäre, und er es vorzieht, durch den Drogenhandel seinen Lebensunterhalt zu verdienen (BGE 107 IV 62 f.; BGE 118 IV 349). Daraus ergibt sich, dass nicht einem einzelnen der aufgeführten Kriterien für die Beurteilung des Verschuldens eine überwiegende Bedeutung zu kommt. Der Einbezug all dieser Kriterien und deren Gesamtwürdigung führt schliesslich zur Gewichtung der Tatschwere und des Verschuldens.

2.5.3.1. Als Ausgangspunkt für die Gewichtung der objektiven Tatschwere ist zunächst die bei der Kokaineinfuhr ca. Ende Oktober 2011 gemäss Anklageziffer 1.1.b massgebliche Betäubungsmittelmenge und deren Reinheitsgrad zu eruieren. Die Vorinstanz ist dabei zurecht vom diesbezüglichen Geständnis des Beschuldigten ausgegangen (Urk. 66, S. 6), wonach er mehrmals bestätigte, damals etwa 920 Gramm Kokain eingeführt zu haben und davon anschliessend noch etwa 800 Gramm bei ihm sichergestellt wurden (Urk. 7, S. 3; Urk. 10, S. 5; Urk. 20, S. 4 f.; Urk. 54, S. 6).

2.5.3.2. Wenn die Verteidigung im Berufungsverfahren im Zusammenhang mit der fraglichen Drogenmenge unter Hinweis auf den Prüfbericht des Forensischen Instituts Zürich vom 9. November 2011 geltend macht, vom Gesamtgewicht der beim Beschuldigten sichgestellten Drogenmenge von 861,1 Gramm seien noch 192,5 Gramm in Abzug zu bringen, da es sich dabei gemäss Prüfbericht um gewöhnliche Haarpflegespülung handle (Urk. 67, S. 6), geht dies angesichts der klaren Mengenangabe des Beschuldigten zum eingeführten Kokain an der Sache vorbei, da die damalige Sicherstellung nicht mit der eingeführten Menge Kokain

übereinstimmte, sondern gemäss den Angaben des Beschuldigten zuvor etwa 920 Gramm ausgemacht hatte. Der Reinheitsgrad dieser eingeführten Kokainmenge in der Grössenordnung von rund 70 % geht aus dem erwähnten Prüfbericht hervor (Urk. 28/2). Es resultiert die bereits durch die Vorinstanz korrekt errechnete Menge reinen Kokains in der Grössenordnung von 644 Gramm (Urk. 66, S. 40). Die genaue Betäubungsmittelmenge und ihr Reinheitsgrad treten angesichts dieser Grössenordnung in den Hintergrund (BGE 121 IV 193). Dennoch ist bei der Gewichtung der objektiven Tatschwere zu beachten, dass die für einen schweren Fall des Betäubungsmittelhandels (Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG) vorausgesetzte Menge von mindestens 18 Gramm reinen Kokains (BGE 109 IV 145) bereits x-fach überschritten ist, was sich massiv auf das Gefährdungspotential für die Gesundheit einer grossen Zahl an potentiellen Betäubungsmittelkonsumenten niederschlägt und das Verschulden entsprechend erhöht.

2.5.3.3. Da der Beschuldigte dieses Kokain in Eigenregie in die Schweiz einführte, dessen Herkunft kannte und es in der Folge bei sich zu Hause sogar selber streckte und portionierte (vgl. z.B. Urk. 39/5, S. 7 ff.), muss er sich zweifelsohne auch über den überdurchschnittlich hohen Reinheitsgrad der Droge, wie er in der Folge ermittelt wurde, im Klaren gewesen sein, zumal ihm auch der Preis des Kokains "unten" bestens bekannt war (Urk. 10, S. 7 und 13) und interkontinental transportierte Drogen aus naheliegenden Gründen selbstredend erst am Zielort weiter verarbeitet und für den gewinnbringenden Endverkauf gestreckt werden.

2.5.3.4. Aufgrund der Nettomenge von 644 Gramm reinen Kokains ist in Anwendung des schematisierten Berechnungsmodells von FINGERHUTH/TSCHURR von einer hypothetischen Einsatzstrafe in der Grössenordnung von 40 Monaten Freiheitsstrafe auszugehen (vgl. FINGERHUTH/TSCHURR, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007, Art. 47 StGB N 30).

2.5.3.5. Was die Art und Weise der Tatbegehung anbelangt, fällt verschuldenserhöhend ins Gewicht, dass der Beschuldigte als Transporteur und Importeur des Kokains in autonomer Eigenregie handelte, mithin auf einer oberen Hierarchiestufe anzusiedeln ist. Er plante die gesamte Reise im Voraus und völlig weisungsunabhängig, organisierte und finanzierte diese durch das Eingehen persön-

licher Schulden selber, mit dem Zweck, diese Kokaineinfuhr durchzuführen, um einen Grossteil dieser Drogen in der Folge gleich auch noch selber zu verarbeiten und gewinnbringend weiter zu verkaufen (vgl. Urk. 10, S. 14; Urk. 54, S. 7). Er führte das Kokain mit anderen Worten nicht bloss ein, sondern übte fast die ganze Palette an möglichen Aktivitäten im Handel mit Kokain aus, während er keiner anderen regelmässigen Erwerbstätigkeit nachging, was insgesamt von einem grossen kriminellen Engagement des Beschuldigten zeugt und die objektive Schwere seiner Tat noch erhöht. Zu beachten ist überdies, dass es sich dabei nicht um seinen ersten Kokaintransport dieser Art gehandelt hat, namentlich nicht eine isolierte, einmalige und damit gegebenenfalls verschuldensmindernd zu gewichtende Tathandlung zu beurteilen ist.

2.5.3.6. Das objektive Tatverschulden im Zusammenhang mit der Einfuhr der rund 644 Gramm reinen Kokains ist demzufolge im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz als keineswegs mehr leicht einzustufen. Die erwähnte hypothetische Einsatzstrafe in der Grössenordnung von 40 bis 42 Monaten Freiheitsstrafe erweist sich als angemessen.

2.5.4. Bei der Bewertung der subjektiven Tatschwere stellt sich die Frage, wie dem Täter die objektive Tatschwere tatsächlich anzurechnen ist. Dazu gehören etwa die Frage der Zurechnungsfähigkeit bzw. Schuldfähigkeit sowie das Motiv. Ferner sind die weiteren subjektiven Verschuldenskomponenten (z.B. Art. 48 StGB) zu berücksichtigen.

2.5.4.1. Zwar konsumierte der Beschuldigte bereits seit Längerem selber regelmässig Kokain, ohne dass es sich bei ihm um Beschaffungskriminalität gehandelt hätte. Wie er bereits vor Vorinstanz erklärte, konnte er bei der Verbüssung der Untersuchungshaft bleibend vom Kokainkonsum Abstand nehmen (Urk. 54, S. 5, 8 und 10; Prot. II, S. 6). Geldwerte, egoistische Beweggründe stehen demnach im Vordergrund, ohne dass der Beschuldigte sich zur Tatzeit in einer finanziellen Notlage befunden hätte (Urk. 10, S. 5). Er handelte in jeder Hinsicht direktvorsätzlich, und es hätte ihm ohne Weiteres freigestanden, durch legalen Arbeitserwerb auf seinem Beruf regelmässige Einkünfte zu erzielen.

2.5.4.2. Gegebenenfalls verschuldensmindernd zu berücksichtigende Strafmilderungsgründe gemäss Art. 19 oder 48 StGB liegen nicht vor. Die Gewichtung

der subjektiven Tatschwere führt somit nicht zu einer Verminderung des objektiven Tatverschuldens. Es bleibt bei einem keineswegs mehr leichten Verschulden und bei einer hypothetischen Einsatzstrafe in der Grössenordnung von 40 Monaten Freiheitsstrafe.

2.6. Die verschuldensangemessene Strafe kann aufgrund von Umständen, die mit der Tat grundsätzlich nichts zu tun haben, erhöht oder herabgesetzt werden. Massgebend hierfür sind im Wesentlichen täterbezogene Komponenten wie die persönlichen Verhältnisse, Vorstrafen, Leumund, Strafempfindlichkeit und Nachtatverhalten (Geständnis, Einsicht, Reue etc.; HUG, in: DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, StGB-Kommentar, a.a.O., N 14 ff. zu Art. 47 StGB).

2.6.1. Zur Täterkomponente hat die Vorinstanz den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten korrekt aufgeführt (Urk. 66, S. 43). Der Beschuldigte ist zusammen mit einer Schwester bei seinen Eltern aufgewachsen. Er hat in C.\_\_\_\_\_ und in D.\_\_\_\_\_ die Schule besucht. Nach der Realschule absolvierte er erfolgreich eine Lehre als Koch. Anschliessend arbeitete er in einer Bar und besuchte die Barschule sowie später eine Ausbildung zum eidg. Fitnessinstruktor. Weiter war er im Cateringservice seines Onkels tätig. Mit 22 Jahren leitete er ein Fitnesscenter in E.\_\_\_\_\_. Seit der Haftentlassung arbeitete der Beschuldigte in ..., Dominikanische Republik, als Geschäftsführer in einem Club, wobei er gemäss eigenen Angaben keine nennenswerten Einkünfte erzielte, aber bestrebt war, seine dortigen Schulden in der Höhe von ursprünglich ca. Fr. 12'000.- abzutragen, welche er im Zusammenhang mit dem Erwerb von Koka-in eingegangen war. Er ist mit einer Dominikanerin verheiratet, welche im April 2013 sein erstes Kind erwartete. Seine Zukunft sieht der Beschuldigte zusammen mit seiner Familie in der Schweiz (Urk. 18 S. 7 ff.; Urk. 20 S. 9 ff.; Urk. 54 S. 2 ff.).

2.6.2. Zur Aktualisierung fügte er anlässlich der Berufungsverhandlung an, seit Ende 2012 eine Anstellung als Verkaufsberater im Kosmetikbereich zu haben, wo er bereits befördert worden sei und eine weitere Beförderung in Aussicht stehe. Er lebe mit einem Kollegen zusammen in F.\_\_\_\_\_; Ehefrau und Tochter weilten in der Dominikanischen Republik (Prot. II, S. 5 ff.).

2.6.3. Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass sich aus dem Werdegang und in den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten keine Besonderheiten

finden, aus denen sich strafmassrelevante Faktoren ableiten lassen. Auch seine Vorstrafenlosigkeit ist im vorinstanzlichen Urteil – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 67 S. 7) – unter Hinweis auf BGE 136 IV 1 Erw. 2.6.4 zurecht neutral gewertet worden (Urk. 68; Urk. 66, S. 43).

2.6.4. Wie bereits dargelegt, hat der Beschuldigte hinsichtlich der ihm in Anklageziffer 1.1.b zur Last gelegten Kokaineinfuhr von 920 Gramm ein Geständnis abgelegt (vgl. vorstehend Erw. II. 2.5.3.1.).

2.6.4.1. Umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse können eine Strafreduktion von bis zu einem Drittel bewirken (BGE 121 IV 202 Erw. 2d/cc). Das Geständnis, das kooperative Verhalten bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd. Der Grad der Strafminderung hängt aber insbesondere davon ab, in welchem Stadium des Verfahrens das Geständnis erfolgte (BASLER KOMMENTAR, a.a.O., Art. 47 N 169 ff.).

2.6.4.2. Angesichts der beim Beschuldigten in der Wohnung sichergestellten Kokainmenge blieb ihm bei einer solch erdrückenden Beweislage nicht viel anderes als ein Geständnis übrig. Unter den gegebenen Umständen erscheint eine Reduktion der hypothetischen Einsatzstrafe von einem Viertel auf 30 Monate Freiheitsstrafe angemessen.

2.6.5. Insgesamt erweist sich für die Kokaineinfuhr ca. Ende Oktober 2011 gemäss Anklageziffer 1.1.b demnach eine Einsatzstrafe in der Grössenordnung von 30 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen.

2.7. Die für das schwerste Delikt festgesetzte hypothetische Einsatzstrafe ist nunmehr unter Einbezug der weiteren dem Beschuldigten in der Anklage zum Vorwurf gemachten Betäubungsmitteldelikte unter Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zur hypothetischen Gesamtstrafe zu erhöhen und allenfalls wegen wesentlicher Täterkomponenten zu verändern (Art. 49 Abs. 1 StGB; BASLER KOMMENTAR, a.a.O., Art. 49 N 49 ff.; BGE 136 IV 55).

2.8. Bei der Gewichtung der objektiven Tatschwere der Kokaineinfuhr zu einem nicht genau bestimmbareren Zeitpunkt im Sommer 2011, ca. zwei bis drei Monate vor der Verhaftung des Beschuldigten am 27. Oktober 2011, gemäss Anklageziffer 1.1.a ist die massgebliche Betäubungsmittelmenge von 480 Gramm Kokaingemisch und deren Reinheitsgrad zu beachten. Die Vorinstanz ist zu

Gunsten des Beschuldigten unter Hinweis auf den Mittelwert bei einer Menge von 100 – 1000 Gramm gemäss Betäubungsmittelstatistik der Gruppe Forensische Chemie der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin für das Jahr 2011 und auf das Urteil des Bundesgerichts vom 13. Februar 2012, 6B\_509/2011, Erw. 3.5 sehr wohlwollend von einem Reinheitsgrad dieser Kokainmenge von durchschnittlich 44 % ausgegangen, obwohl der Beschuldigte selber ausgesagt hatte, dieses Kokain habe zwar nicht aus derselben Quelle gestammt (Urk. 10, S. 3 f.), aber etwa dieselbe Reinheit aufgewiesen wie jenes gemäss Anklageziffer 1.1.b (Urk. 18, S. 4; Urk. 66, S. 8 f.), mithin ca. 70 %. Nachdem die Anklagebehörde diese sehr wohlwollende Betrachtung akzeptiert hat, ist auch im Berufungsverfahren zugunsten des Beschuldigten von diesem Wert auszugehen. Bei einem Reinheitsgrad von 44 % resultieren die bereits durch die Vorinstanz korrekt errechneten 211 Gramm eingeführtes reines Kokain (Urk. 66, S. 41). Die vom Beschuldigten davon weiterverkaufte Kokainmenge von ca. 300 Gramm ergibt somit ca. 132 Gramm reines Kokain. Wiederum ist zu beachten, dass diese für einen schweren Fall des Betäubungsmittelhandels (Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG) vorausgesetzte Menge von mindestens 18 Gramm reinen Kokains (BGE 109 IV 145) bereits mehr als 7-fach überschritten ist, was sich erneut massiv auf das Gefährdungspotential für die Gesundheit einer grossen Zahl an potentiellen Betäubungsmittelkonsumenten niederschlägt und das Verschulden entsprechend erhöht.

2.8.1. Bei einer isoliert betrachteten Nettomenge von 211 Gramm reinen Kokains wäre in Anwendung des erwähnten Berechnungsmodells von einer hypothetischen Einsatzstrafe in der Grössenordnung von 27 Monaten bzw. bei 132 Gramm verkauftem reinem Kokain von einer solchen von ca. 23 Monaten Freiheitsstrafe auszugehen (vgl. FINGERHUTH/TSCHURR, a.a.O., Art. 47 StGB N 30).

2.8.2. Hinsichtlich der Art und Weise der Tatbegehung kann auf die bereits zur Kokaineinfuhr gemäss Anklageziffer 1.1.b verschuldenserhöhend aufgeführten Faktoren verwiesen werden (vgl. vorstehend Erw. II. 2.5.3.5.).

2.8.3. Was die subjektive Schwere dieser Tat anbelangt, besteht ebenfalls weitgehende Übereinstimmung mit den bereits im Zusammenhang mit der Koka-

ineinfuhr gemäss Anklageziffer 1.1.b dargelegten Faktoren (vgl. vorstehend Erw. II. 2.5.4.1.), wobei der Beschuldigte durch den teilweisen Verkauf seiner Kokaineinfuhr gemäss Anklageziffer 1.1.a ca. Fr. 5'500.– einnahm (Urk. 10, S. 3). Trotz seines regelmässigen Konsums (Urk. 10, S. 15) standen weitgehend geldwerte Motive im Vordergrund. Dass der Beschuldigte sich im Tatzeitraum nicht in einer finanziellen Notlage befand, zeigt beispielsweise bereits der Umstand, dass er sich zusammen mit B. \_\_\_\_\_ im April/Mai 2011 eine Wohnung mit einem monatlichen Mietzins von Fr. 4'200.– nahm und den Mietanteil seiner Mitbewohnerin grösstenteils auch noch zu übernehmen hatte (Urk. 10, S. 13 und 16; Urk. 16, S. 20).

2.8.4. Gegebenenfalls verschuldensmindernd zu berücksichtigende Strafmilderungsgründe gemäss Art. 19 oder 48 StGB liegen wiederum nicht vor. Die Gewichtung der subjektiven Tatschwere führt somit nicht zu einer Verminderung der objektiven Schwere der Tat. Das Verschulden bezüglich der Kokaineinfuhr gemäss Anklageziffer 1.1.a erweist sich im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz isoliert betrachtet als gerade noch leicht. Es bleibt bei einer hypothetischen Einsatzstrafe in der Grössenordnung von (isoliert betrachtet) 23 Monaten Freiheitsstrafe.

2.8.5. Dem diesbezüglichen Geständnis des Beschuldigten und seinem kooperativen Verhalten ist durch eine Reduktion um rund ein Viertel auf 18 Monate Freiheitsstrafe Rechnung zu tragen.

2.9. Bei der Gewichtung der objektiven Tatschwere der drei kleineren Kokaineinfuhren des Beschuldigten zu nicht genau bestimmbareren Zeitpunkten zwischen ca. Frühjahr 2009 und Oktober 2011 gemäss Anklageziffer 1.1.c beträgt die massgebliche, durch die Vorinstanz mit überzeugender Begründung erstellte (Urk. 66, S. 10) und im Rechtsmittelverfahren unangefochten gebliebene Betäubungsmittelmenge insgesamt ca. 90 Gramm Kokaingemisch. Die Vorinstanz ist mit zutreffender Begründung von einem durchschnittlichen Reinheitsgrad dieser Kokainmengen von 38 % ausgegangen (Urk. 66, S. 10). Es resultieren ca. 34 Gramm reines Kokain, wobei der Beschuldigte kleine Teile davon in Zürich an Bekannte verkaufte, den grösseren Teil aber selber konsumierte.

2.9.1. Die für einen schweren Fall des Betäubungsmittelhandels vorausgesetzte Menge von mindestens 18 Gramm reinen Kokains ist durch diese Menge überschritten, was isoliert betrachtet zu einer hypothetischen Einsatzstrafe von nicht unter 12 Monaten Freiheitsstrafe zu führen hätte. Die Zusammenfassung dieser drei Einfuhren blieb mit dem Akzeptieren des Schuldspruchs wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Dispositivziffer 1 Alinea 1) unangefochten. Bei einzelner Betrachtung der drei Einfuhren als Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz würde aufgrund des Strafschärfungsgrunds der mehrfachen Tatbegehung keine tiefere Einsatzstrafe resultieren.

2.9.2. Hinsichtlich der Art und Weise der Tatbegehung ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte autonom und in Eigenregie tätig war. Das Einführen dieser kleineren Kokainmengen war nicht von langer Hand geplant, sondern folgte eher seinen momentanen Bedürfnissen. Allerdings handelte es sich nicht um eine einmalige Tathandlung, sondern um drei identische Vorgänge. Das objektive Tatverschulden erweist sich im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz als leicht.

2.9.3. Im Zusammenhang mit der subjektiven Tatschwere ist dem Strafmilderungsgrund, dass der Beschuldigte den grössten Anteil dieses Kokains für seinen Eigenkonsum einfuhrte und verbrauchte (Art. 19 Abs. 3 lit. b BetmG; Strafmilderung nach freiem Ermessen), verschuldensmindernd Rechnung zu tragen. Das subjektive Tatverschulden erweist sich im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz daher als noch leicht.

Somit ist die objektive Tatschwere durch das subjektive Tatverschulden erheblich zu reduzieren. Die isoliert betrachtete hypothetische Einsatzstrafe ist auf 8 Monate Freiheitsstrafe festzulegen.

2.9.4. Dem diesbezüglichen Geständnis des Beschuldigten und seinem kooperativen Aussageverhalten ist mit einer weiteren Reduktion auf 6 Monate Freiheitsstrafe Rechnung zu tragen.

2.10. Die massgebliche Betäubungsmittelmenge als Ausgangspunkt für die Gewichtung der objektiven Tatschwere bei der Anstiftung bzw. beim Anstaltentreffen zur Beförderung einer qualifizierten Menge Betäubungsmittel ca. Ende Juni 2011 bzw. ca. am 12. Juli 2011 gemäss Anklageziffer 1.2. beträgt 10 kg Kokain-

gemisch, wobei die Vorinstanz zurecht und mit zutreffender Begründung von einem Reinheitsgrad von 45 % ausgegangen ist (Urk. 66, S. 20). Es ging bei dieser vorgesehenen Einfuhr um eine Grössenordnung von 4,5 kg reines Kokain mit einem entsprechend sehr grossen Gefährdungspotential für die Gesundheit einer sehr grossen Anzahl potentieller Betäubungsmittelkonsumenten und einem grossen Marktwert.

2.10.1. Was die Art und Weise der Tatbegehung anbelangt, fällt verschuldenserhöhend ins Gewicht, dass der Beschuldigte, ohne Weisungen Dritter zu empfangen und befolgen zu müssen, anfänglich die Fäden in der Hand hielt. Er machte B.\_\_\_\_\_ den konkreten Vorschlag eines Kokaintransports von Punta Cana nach Barcelona, zumal er es war, der sich bereits mehrere Male in der Dominikanischen Republik aufgehalten hatte und dort über entsprechende Kontakte verfügte. Der Beschuldigte buchte und finanzierte die Flüge, reiste persönlich mit in die Dominikanische Republik, schickte den dortigen Kontaktpersonen die Passkopien sowie die Informationen über die genaue Ankunftszeit, wofür er nach eigenen Angaben ein Entgelt von EUR 1'000.– hätte erhalten sollen. Er kannte Details des Transports und wusste, dass B.\_\_\_\_\_ eine grössere Menge hätte transportieren sollen (Urk. 10, S. 10). Sein gesamtes Vorgehen zeugt von gezielter Planung, einem grossen kriminellen Engagement und beachtlicher krimineller Energie. Dieser Kokaintransport durch B.\_\_\_\_\_ kam schliesslich ohne Zutun des Beschuldigten, durch äussere, nicht durch ihn beeinflusste Umstände in der Dominikanischen Republik nicht zustande.

2.10.2. Das objektive Tatverschulden des Beschuldigten im Zusammenhang mit diesem von ihm eingefädelten Kokaintransport durch B.\_\_\_\_\_ ist im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz als erheblich einzustufen und würde isoliert betrachtet eine hypothetische Einsatzstrafe in der Grössenordnung von mehreren Jahren Freiheitsstrafe rechtfertigen.

2.10.3. Als Motiv kommen einzig egoistische, geldwerte Beweggründe in Betracht, ohne dass der Beschuldigte sich zur Tatzeit in einer finanziellen Notlage befunden hätte. Er handelte direktvorsätzlich. Überdies hätte es ihm ohne Weiteres freigestanden, sich nicht mit diesem Kokaintransport zu beschäftigen, sondern

einem legalen Arbeitserwerb nachzugehen. Diese subjektiven Faktoren vermögen sein objektives Tatverschulden nicht zu schmälern.

2.10.4. Entscheidend verschuldensmindernd ist indessen zu berücksichtigen, dass es letztlich – wenn auch ohne sein Zutun – nicht zu diesem Kokaintransport durch B.\_\_\_\_\_ kam und beim Anstaltentreffen zu einem solchen Kokaintransport durch den Beschuldigten blieb, was sich als Strafmilderungsgrund nach freiem Ermessen auszuwirken hat (Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG). Das subjektive Tatverschulden erweist sich im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz daher als leicht.

Somit ist die objektive Tatschwere durch das subjektive Tatverschulden erheblich zu reduzieren. Die isoliert betrachtete hypothetische Einsatzstrafe ist auf 18 Monate Freiheitsstrafe festzulegen.

2.10.5. Der Beschuldigte hat diese Tathandlungen stets bestritten, weshalb eine mögliche Strafreduktion infolge eines Geständnisses nicht in Betracht kommt.

2.11. Die für das schwerste Delikt festgesetzte hypothetische Einsatzstrafe von 30 Monaten Freiheitsstrafe (Anlageziffer 1.1.b; vgl. vorstehend Erw. II. 2.6.5.) ist nunmehr unter Einbezug der weiteren Betäubungsmitteldelikte (Anlageziffer 1.1.a: 18 Monate; vgl. Erw. II. 2.8.5.; Anlageziffer 1.1.c: 6 Monate; vgl. Erw. II. 2.9.4.; Anlageziffer 1.2.: 18 Monate; vgl. Erw. II. 2.10.4.) unter Anwendung des Asperationsprinzips (Art. 49 Abs. 1 StGB) angemessen um 18 Monate Freiheitsstrafe auf eine Gesamtstrafe von 48 Monaten Freiheitsstrafe zu erhöhen.

2.12. Nachdem die Anklagebehörde auf ein Rechtsmittel verzichtet hat, untersagt indessen das Verbot der reformatio in peius (Art. 391 Abs. 2 StPO), das vorinstanzliche Urteil zum Nachteil des Beschuldigten abzuändern und eine höhere Strafe auszufällen als die Vorinstanz. Aus demselben Grund ist dem Einstellen des Anklagevorwurfs der Sachentziehung (Anlageziffer 1.3.) und dem damit verbundenen Wegfall einer entsprechenden Bestrafung mit einer Reduktion der durch die Vorinstanz ausgesprochenen Freiheitsstrafe um 1 Monat Rechnung zu tragen, weshalb es mit einer Freiheitsstrafe von 41 Monaten bzw. 3 Jahren und 5 Monaten als Gesamtstrafe sein Bewenden hat.

2.13. Weitere strafmindernd zu berücksichtigende Umstände liegen nicht vor. So hat bereits die Vorinstanz zurecht das Vorliegen einer von der amtlichen Verteidigung vorgebrachten besonderen Strafempfindlichkeit beim Beschuldigten mit zutreffender Begründung verworfen (Urk. 66, S. 44). Auch die im Berufungsverfahren gestützt auf andere Gründe geltend gemachte Strafminderung wegen besonderer Strafempfindlichkeit u.a. wegen der Berufstätigkeit des Beschuldigten und seiner familiären Verhältnisse vermag dies nicht zu ändern.

2.13.1. Zwar sind bei der Festsetzung der Strafe deren Folgen für den Verurteilten und dessen soziales Umfeld zu berücksichtigen. Zu berücksichtigen ist die „Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters“ (Art. 47 Abs. 1 a.E. StGB). Da jedoch jede Strafe Folgen für den Täter hat, sind von vornherein nur solche zu berücksichtigen, welche den Täter überdurchschnittlich treffen. In Art. 49 Abs. 3 des Vorentwurfs der Expertenkommission zum Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs hiess es noch, dass der Richter eine geringere Strafe aussprechen könne, wenn die der Schuld angemessene Strafe den Täter unverhältnismässig hart treffe (BBI. 1999, S. 2061). Rechnung zu tragen ist bei der Strafzumessung auch belastenden Folgen, welche die Straftat für den Verurteilten hat oder noch haben wird. Die Gesamtheit aller den Täter belastenden Straftatfolgen muss dem Unrechts- und Schuldgewicht der Tat entsprechen (HÄRRI, Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung, in: ZStrR 1998, S. 216).

2.13.2. Beim Beschuldigten ist indessen keine besondere Strafempfindlichkeit zu erkennen. Es liegt keine Konstellation mit aussergewöhnlichen Umständen vor, welche heute irgendeine besondere Strafempfindlichkeit – aus persönlichen/familiären oder beruflichen Gründen – erkennen liesse. Wie das Bundesgericht überdies festhielt, stellt selbst die Verbüssung einer langjährigen Freiheitsstrafe für jeden in ein familiäres oder soziales Umfeld eingebetteten Angeklagten eine gewisse Härte dar; trotzdem darf sie nur zurückhaltend und nur bei aussergewöhnlichen Umständen berücksichtigt werden (BASLER KOMMENTAR, a.a.O., Art. 47 N 150 ff.).

2.14. Demzufolge ist der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 5 Monaten als Gesamtstrafe zu bestrafen. Die Festlegung einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren oder weniger, welche dem Beschuldigten die Möglichkeit eines

teilbedingten Strafvollzugs eröffnen würde, wäre seinem Tatverschulden nicht angemessen (BGE 134 IV 17).

2.15. Der Anrechnung von 85 Tagen erstandener Haft an die Freiheitsstrafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

### **III.**

#### **Vollzug**

Bei dieser Strafhöhe kommt die Gewährung eines teilbedingten Strafvollzugs schon aus objektiven Gründen nicht in Betracht (Art. 43 Abs. 1 StGB).

### **IV.**

#### **Genugtuung**

Für die von der amtlichen Verteidigung gestützt auf Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO beantragte Genugtuung wegen besonders schwerer Verletzung der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten wegen zu Unrecht erlittener Untersuchungshaft (Urk. 56, S. 11 f.; Urk. 67, S. 2 und 10) bleibt bei diesem Verfahrensausgang kein Raum, weshalb dieser Antrag abzuweisen ist.

### **V.**

#### **Kostenfolgen**

1. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Der Beschuldigte unterliegt im Berufungsverfahren mit seinen Anträgen weitestgehend. Ausgangsgemäss sind ihm daher die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen.

2. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind unter Vorbehalt des Rückforderungsrechts des Staates auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 135 Abs. 4 StPO). Das urteilende Gericht legt die Entschädigung am Ende des Verfahrens im

Urteil fest (Art. 135 Abs. 2 StPO; Urteil des Bundesgerichts vom 29. April 2013, 6B\_611/2012, Erw. 5.3. ff., zur Publikation vorgesehen).

Entsprechend ist der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_, für das Berufungsverfahren mit Fr. 4'190.40 (inkl. MWSt) aus der Gerichtskasse zu entschädigen (vgl. Urk. 75) und der Beschuldigte ist zu verpflichten, diese Anwaltsentschädigung der Staatskasse zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben.

### **Das Gericht beschliesst:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 12. November 2012 bezüglich der Dispositivziffern 1 teilweise (Schuld-spruch wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlung gegen das BetmG und mehrfacher Übertretung des BetmG), 2 (Freispruch betreffend Drohung und Sachbeschädigung), 3 teilweise (Busse), 4 teilweise (Vollzug der Busse), 5 (Ersatzfreiheitsstrafe), 6 (Nichteintreten auf das Schadenersatzbegehren), 8 – 10 (Einziehungen bzw. Herausgabe) und 11 – 12 (Kostendispositiv) sowie der gleichentags ergangene Beschluss (teilweise Verfahrenseinstellung betreffend Übertretung des BetmG) in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Das Verfahren betreffend den Vorwurf der Sachentziehung wird eingestellt.
3. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.
4. Rechtsmittel:

Gegen Ziffer 2 dieses Entscheids 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 Bundesgerichts (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.

**Das Gericht erkennt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 5 Monaten, wovon 85 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 4'190.40 amtliche Verteidigung
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_, wird für das Berufungsverfahren mit Fr. 4'190.40 (inkl. MWSt) aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Beschuldigte wird verpflichtet, diese Anwaltsentschädigung der Staatskasse zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben.
4. Das Genugtuungsbegehren des Beschuldigten wird abgewiesen.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
  - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienstehernach in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
  - das Bundesamt für Polizei

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

6. 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 Bundesgerichts (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, 2. Juli 2013

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Ruggli

Dr. Bischoff