

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr. SB130184-O/U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Vorsitzender, und lic. iur. M. Langmeier, Ersatzoberrichter lic. iur. T. Vesely sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hauser

## Urteil vom 3. Oktober 2013

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

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

gegen

**Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,**

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. U. Hubmann,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

### **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom  
7. Februar 2013 (DG120341)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 9. Oktober 2012 (Urk. 14) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**  
**(Urk. 37)**

**"Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig
  - des Verbrechens gegen das aBetmG im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a und b aBetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 48 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 12 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die Strafe wird vollzogen.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 28. Februar 2011 beschlagnahmten Gegenstände (Sachkautionsnummer ...):
  - 1 Kartonrest mit einer Telefonnummer
  - 1 Adress-/Telefonbuch
  - 1 Natel Nokia 2630
  - 1 Registrierkarte Yallo
  - 1 iPhonewerden eingezogen und soweit möglich von der Bezirksgerichtskasse Zürich verwertet und im Übrigen vernichtet. Ein allfälliger Verwertungserlös verfällt dem Staat.

5. Die Entscheidungsbüher wird angesetzt auf:

Fr.	4'000.-	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.		Kosten Kantonspolizei
Fr.	2'400.-	Gebüher Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten
Fr.	11'166.-	Auslagen Untersuchung
Fr.		amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, aber im Umfang von Fr. 4'000.- übersteigenden Betrag abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Über die Höhe der Kosten der amtlichen Verteidigung wird separat entschieden.
7. (Mitteilungen)
8. (Rechtsmittelbelehrung)"

### **Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 55 S. 10)

1. Die Berufung des Beschuldigten sei gutzuheissen und es seien Ziff. 2 und 3 des angefochtenen Urteils aufzuheben.
2. Der Beschuldigte sei in Gutheissung seiner Berufung deutlich milder zu bestrafen (mit einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 2 Jahren unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft). Dabei sei dem Beschuldigten der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren, wobei lediglich 12 Monate für vollziehbar zu erklären seien.

3. Eventualiter wäre der Beschuldigte vor der Ausfällung der Strafe psychiatrisch begutachten zu lassen (insbesondere wäre abzuklären, ob und inwieweit seine Schuldfähigkeit zur Tatzeit eingeschränkt gewesen war).
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 44)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

**Das Gericht erwägt:**

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 7. Februar 2013 wurde der Beschuldigte der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a und b aBetmG schuldig gesprochen und mit 48 Monaten Freiheitsstrafe bestraft, wovon 12 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind. Zudem entschied die Vorinstanz über verschiedene beschlagnahmte Gegenstände. Die Kosten der Untersuchung sowie des gerichtlichen Verfahrens wurden dem Beschuldigten auferlegt, aber im Umfang des Fr. 4'000.– übersteigenden Betrags abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung wurden unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO einstweilen auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 37 S. 15 ff.).

1.2. Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte am 16. Februar 2013 fristgerecht die Berufung anmelden (Urk. 30). Nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 32 und Urk. 36/2) liess er am 24. April 2013 ebenfalls innert Frist die Berufungserklärung einreichen (Urk. 38). Mit Präsidialverfügung vom 30. Mai 2013 wurde die Berufungserklärung in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO der Staatsanwaltschaft übermittelt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Zudem wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um zu den Beweisanträgen des Beschuldigten auf psychiatrische Begutachtung seiner Person und auf Beizug der Akten des Verfahrens gegen den Mittäter B.\_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 38 S. 2) Stellung zu nehmen (Urk. 42). Am 6. Juni 2013 teilte die Staatsanwaltschaft mit, dass sie auf Anschlussberufung verzichte und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantrage. Zudem beantragte sie die Abweisung des Antrags auf psychiatrische Begutachtung des Beschuldigten und teilte mit, dass gegen den Beizug der Akten des Verfahrens gegen B.\_\_\_\_\_ nichts spreche (Urk. 44). Mit Präsidialverfügung vom 25. Juni 2013 wurde der Beweisantrag des Beschuldigten auf Einholung eines psychiatrischen Gutachtens abgewiesen und jener auf Beizug der Akten des Verfahrens gegen den Mittäter B.\_\_\_\_\_ (DG120120) gutgeheissen (Urk. 46).

1.3. Zu Beginn der heutigen Berufungsverhandlung, zu welcher der Beschuldigte sowie der amtliche Verteidiger Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ erschienen sind, waren keine Vorfragen zu entscheiden (Prot. II S. 4 f.). Die Verteidigung stellte erneut den Beweisantrag, es sei ein psychiatrisches Gutachten über den Beschuldigten einzuholen (Prot. II S. 6; Urk. 55 S. 2 f. und S. 10). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 8 ff.).

## 2. Umfang der Berufung / Prozessuales

2.1. Der Beschuldigte lässt das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich der Strafzumessung (Dispositiv-Ziffer 2) und des Strafvollzugs (Dispositiv-Ziffer 3) anfechten (Urk. 38).

Damit ist das vorinstanzliche Urteil in den folgenden Punkten unangefochten geblieben und demnach in Rechtskraft erwachsen (Art. 399 Abs. 3 StPO in Verbindung mit Art. 402 und 437 StPO; Prot. II S. 6 ff):

- Schuldspruch (Dispositiv-Ziffer 1);
- Entscheide über verschiedene beschlagnahmte Gegenstände (Dispositiv-Ziffer 4);
- Kostenfestsetzung und Kostenauflegung (Dispositiv-Ziffern 5 und 6).

Vom Eintritt der Rechtskraft dieser Anordnungen ist vorab Vormerk zu nehmen (Art. 404 StPO).

2.2. Die Verteidigung machte – wie bereits vor Vorinstanz – geltend, im Tatzeitpunkt sei der Beschuldigte besonders leicht beeinflussbar gewesen. Seine Entscheidungsfreiheit in Bezug auf die ihm vorgeworfenen Drogendelikte sei mindestens teilweise, allenfalls sogar erheblich eingeschränkt gewesen. Es gebe diesbezüglich verschiedene Anzeichen, dass die Schuldfähigkeit des Beschuldigten eingeschränkt gewesen sein dürfte (Urk. 27 S. 5 f.; Urk. 38 S. 3 f.; Urk. 55 S. 2 f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung wurde zusätzlich vorgebracht, dass der Beschuldigte an einer bipolaren Störung (manische Depression) leide und bereits zur Tatzeit an dieser Erkrankung gelitten habe. Es sei deshalb ein psychiatrisches Gutachten über den Beschuldigten einzuholen. Abzuklären sei, ob und inwieweit dessen Schuldfähigkeit zur Tatzeit eingeschränkt gewesen sei (Prot. II S. 6; Urk. 55 S. 2 f.).

2.2.1. Besteht ernsthafter Anlass, an der Schuldfähigkeit des Täters zu zweifeln, so ordnet die Untersuchungsbehörde oder das Gericht eine sachverständige Begutachtung an (Art. 20 StGB). Eine sachverständige Begutachtung hat nicht nur dann zu erfolgen, wenn der Richter tatsächlich Zweifel an der Schuldfähigkeit des Täters hat, sondern auch dann, wenn er nach den Umständen des Falles Zweifel haben sollte (BGE 133 IV 145 E. 3.3; BGE 116 IV 273 E. 4a). Bei der Prüfung dieser Zweifel ist zu berücksichtigen, dass nicht jede geringfügige Herabsetzung der Fähigkeit, sich zu beherrschen, genügt, um verminderte Schuldfähig-

keit anzunehmen. Der Betroffene muss vielmehr – zumal der Begriff des normalen Menschen nicht eng zu fassen ist – in hohem Masse in den Bereich des Abnormen fallen. Seine Geistesverfassung muss nach Art und Grad stark vom Durchschnitt nicht bloss der Rechts-, sondern auch der Verbrechensgenossen abweichen (BGE 133 IV 145 E. 3.3).

Die Notwendigkeit, einen Sachverständigen zuzuziehen, ist erst gegeben, wenn Anzeichen vorliegen, die geeignet sind, Zweifel hinsichtlich der vollen Schuldfähigkeit zu erwecken, wie etwa ein Widerspruch zwischen Tat und Täterpersönlichkeit oder völlig unübliches Verhalten. Zeigt das Verhalten des Täters vor, während und nach der Tat, dass ein Realitätsbezug erhalten war, dass er sich an wechselnde Erfordernisse der Situation anpassen, auf eine Gelegenheit zur Tat warten oder diese gar konstellieren konnte, so hat eine schwere Beeinträchtigung nicht vorgelegen (BGE 133 IV 145 E. 3.3). Ferner ist auch dann von ernsthaften Zweifeln an der Schuldfähigkeit eines Täters auszugehen, wenn sich aus einem bei den Akten befindlichen Strafregisterauszug ergibt, dass ein Beschuldigter in einem früheren Verfahren für vermindert schuldfähig erklärt wurde, wenn der Beschuldigte in ärztlicher Behandlung stand oder steht, wenn Befunde wie Epilepsie, Schwachsinn, Hirnschäden oder Demenz vorliegen oder wenn die Tatausführung auffällige Eigenheiten zeigt oder die Tat mit der bisherigen Lebensführung unvereinbar erscheint (BGE 116 IV 273 E. 4a).

2.2.2. Den Ausführungen der Verteidigung, wonach es verschiedene Anzeichen gebe, dass die Schuldfähigkeit des Beschuldigten eingeschränkt gewesen sein dürfte (Urk. 27 S. 5 f.; Urk. 38 S. 2 f.), kann nicht gefolgt werden. An einer vollen Schuldfähigkeit des Beschuldigten bestehen – wie bereits die Vorinstanz festhielt (Urk. 37 S. 4 ff.) – keine ernsthaften Zweifel. Hierzu kann vorab auf die entsprechenden Erwägungen in der angefochtenen Entscheidung verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Dass es – gemäss den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 27 S. 5) – für den Beschuldigten, nachdem er vom Obergericht des Kantons Zürich zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde, schwierig gewesen sei, und dass der Verlust der Arbeitsstelle eine belastende Situation für den Beschuldigten dargestellt habe, erscheint durchaus nachvollziehbar. Alleine

daraus kann aber nicht abgeleitet werden, der Beschuldigte sei in einer derart massiven Drucksituation gewesen, sodass er in relevantem Masse in seiner Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt gewesen wäre. Unbehelflich ist sodann der Einwand der Verteidigung, wonach der Beschuldigte auch schon früher unter psychischen Problemen gelitten habe, welche er habe behandeln lassen müssen (vgl. Urk. 27 S. 6). Diese psychischen Probleme standen – mit der Vorinstanz (Urk. 37S. 5) – nicht im Zusammenhang mit der dargelegten Drucksituation aufgrund des bevorstehenden Vollzugs der Freiheitsstrafe bzw. der Kündigung seiner Arbeitsstelle, sondern mit dem Tod seiner Ehefrau. Entsprechend kann der Beschuldigte auch daraus für sich nichts ableiten.

2.2.3. Die Verteidigung stützt sich neu auf ein Schreiben von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ vom 1. Oktober 2013. Darin wird festgehalten, dass dem Beschuldigten im Frühling 2010 eine bipolare Störung (manische Depression) diagnostiziert worden sei, die ambulant behandelt worden sei. Aus ärztlicher Sicht würden allfällige Straftaten in diesem Zeitraum im Zusammenhang mit der manisch-depressiven Störung stehen, welche dazu geführt haben könnte, dass der Beschuldigte trotz Unrechtsbewusstsein nicht habe vernunftgemäss handeln können. Deshalb sei der Beschuldigte allenfalls psychiatrisch begutachten zu lassen (Urk. 56/3).

Hierzu fällt zunächst auf, dass in diesem Schreiben zwar eine bipolare Störung bzw. eine manische Depression des Beschuldigten erwähnt wird. Diese "Diagnose" wird aber lediglich in den Raum gestellt, ohne dass sie in irgend einer Weise näher begründet oder substantiiert wird. Es wird weder darauf eingegangen, inwiefern diese Erkrankungen in Zusammenhang steht mit dem strafbaren Verhalten des Beschuldigten, noch wird dargelegt, in welchem Ausmass sich diese Erkrankung auf die Schuldfähigkeit des Beschuldigten auswirkt. Vielmehr wird lediglich pauschal ausgeführt, dass allfällige Straftaten, die der Beschuldigte begangen habe, in Zusammenhang mit der bipolaren Störung stehen würden, da der Beschuldigte nicht habe vernunftgemäss handeln können.

Sodann ist zu berücksichtigen, dass es sich bei Dr. med. C.\_\_\_\_\_ um den langjährigen Hausarzt des Beschuldigten handelte (vgl. Urk. 54 S. 4 f.; Urk. 55 S. 3;

Urk. 56/3). Der Beschuldigte sah ihn oft. So ging er regelmässig zu ihm in die Kontrolle oder sah ihn auch an der Tankstelle, wo seine Frau arbeitete (Urk. 54 S. 12 f.). Selbst während des Strafvollzugs besuchte der Beschuldigte seinen Hausarzt (vgl. Urk. 54 S. 14). Die Arztbesuche endeten erst vor rund zwei Monaten, als sich Dr. med. C.\_\_\_\_\_ pensionieren liess (vgl. Urk. 54 S. 5 und 13). Aufgrund der Häufigkeit der ärztlichen Kontrollen sowie der privaten Kontakte ist davon auszugehen, dass Dr. med. C.\_\_\_\_\_ nicht nur über das erste Strafverfahren wegen Betäubungsmittelhandel informiert war, sondern vielmehr auch über das neue Strafverfahren. Aus diesem Grund erscheint es doch fraglich, weshalb Dr. med. C.\_\_\_\_\_ die erwähnte bipolare Störung, die bereits im Frühling 2010 – und damit genau im Zeitpunkt des erneuten Einstiegs in den Drogenhandel – diagnostiziert worden sei und die im Zusammenhang mit allfälligen Straftaten stehen soll, nicht bereits viel früher vorbrachte, sondern erst in dem Zeitpunkt, als er nunmehr seine Arztpraxis aufgrund seiner Pensionierung aufgegeben hat.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass sich die Schilderungen der Verteidigung über die diagnostizierte manische Depression nicht mit den Ausführungen des Beschuldigten über seinen Gesundheits- und Gemütszustand decken. So machte die Verteidigung im Wesentlichen geltend, der Beschuldigte habe sich in manischen Phasen überschätzt und dabei "riskante Unternehmungen gestartet" (vgl. Prot. II S. 7). Aus den Aussagen des Beschuldigten ist aber ein solches Überschätzen nicht ersichtlich. Vielmehr schilderte er, es sei ihm mal schlecht und mal besser gegangen. Dies sei wellenartig gewesen. In Phasen, in denen es ihm schlecht gehe, mache er sich Gedanken, sei betrübt und antriebslos. Dann nehme er Medikamente. In Phasen, in denen es ihm besser gehe, beschäftige er sich mit seinen Kindern. Dann laufe es "normal" (Urk. 54 S. 14 f.).

Nach dem Gesagten erscheint die "Diagnose" von Dr. med. C.\_\_\_\_\_, wonach der Beschuldigte seit Frühling 2010 an einer bipolaren Störung leide, zweifelhaft. Doch selbst wenn davon auszugehen ist, dass der Beschuldigte in diesem Zeitpunkt an einer manischen Depression litt, ist nicht ersichtlich, dass diese Erkrankung in Zusammenhang mit den von ihm begangenen Delikte steht.

Aufgrund des konkret geführten Betäubungsmittelhandels kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Beschuldigte lediglich in "manischen" Phasen dazu habe hinreissen lassen, erneut dem Drogenhandel nachzugehen, wie dies die Verteidigung darzulegen versucht (Prot. II S. 7). Dagegen spricht insbesondere, dass es sich vorliegend nicht um ein einzelnes Delikt handelt, welches der Beschuldigte aus einer Laune, in Selbstüberschätzung oder im Affekt beging. Vielmehr handelt es sich vorliegend um mehr als 50 einzelne Taten, die der Beschuldigte innerhalb von ca. 5 Monaten verübte. Dass er sich zu all diesen Taten nur in seinen "guten" bzw. "manischen" Phasen entschlossen und er diese dann ebenfalls nur in diesen "guten" Phasen geplant und schliesslich auch durchgeführt haben soll, ist schlicht nicht plausibel und nahvollziehbar. So ist doch zu berücksichtigen, dass auf eine "gute" Phase jeweils eine "schlechte" Phase folgte, die dann zwei bis drei Tage dauerte (Urk. 54 S. 5 f. und S. 15). Entsprechend wäre ein Drogenhandel, wie er vom Beschuldigten betrieben wurde, nicht möglich gewesen, wenn er sämtliche Handlungen, die mit dem Drogenhandel zu tun hatten, ausschliesslich in solch "guten" Phasen ausgeübt hätte.

Auch das von der Verteidigung eingereichte Schreiben der "D.\_\_\_\_\_ AG" vom 21. Juni 2013 (Urk. 56/4) ändert nichts an der Einschätzung, dass der Beschuldigte im Tatzeitpunkt voll schulfähig war. Aus dem fraglichen Schreiben geht nur hervor, dass Dr. med. C.\_\_\_\_\_ den Beschuldigten zu einem "Abklärungsgespräch" angemeldet hat und das fragliche Gespräch offenbar am 4. Juli 2013 stattfand. Weder die Aussagen des Beschuldigten noch dem erwähnten Schreiben kann entnommen werden, dass der Beschuldigte nunmehr in einer psychiatrischen Behandlung stünde. Wäre dies der Fall, wäre der Beschuldigte zweifelsohne in der Lage gewesen, dies zu belegen.

2.2.4. Es kann somit festgehalten werden, dass weder die Taten als solche noch die Art und Weise der Ausführung Auffälligkeiten aufweisen, die Zweifel an der Schulfähigkeit des Beschuldigten begründen. Vielmehr lässt die gesamte Planung und Durchführung des erneuten Drogenhandels auf einen Realitätsbezug sowie ein überlegtes Handeln schliessen. Es fehlen konkrete Anhaltspunkt, dass die Einsichts- oder der Steuerungsfähigkeit des Beschuldigten vermindert

gewesen ist. Folglich liegen keine ernsthaften Zweifel an einer strafrechtlich relevanten Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit vor. Bei dieser Sachlage kann somit von der Einholung eines psychiatrischen Gutachtens abgesehen werden.

### 3. Strafzumessung

3.1. Zunächst ist festzuhalten, dass am 1. Juli 2011 eine Änderung des Betäubungsmittelgesetzes in Kraft trat, welche unter anderem die Strafbestimmung von Art. 19 aBetmG betraf. Der Beschuldigte beging die fraglichen Delikte vor dem Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung. Entsprechend stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht.

Da - mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 37 S. 3 f.) - das neue Recht nicht das mildere ist, hat die Strafzumessung nach dem aBetmG zu erfolgen, welches bis zum 30. Juni 2011 – und mithin zum Zeitpunkt der vom Beschuldigten begangenen Taten – in Kraft gestanden hat (Art. 2 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Art. 333 Abs. 1 StGB und Art. 26 BetmG; BGE 138 IV 100 E. 3.2).

3.2. Die Vorinstanz ging zutreffenderweise vom ordentlichen Strafraum zwischen 1 und 20 Jahren Freiheitsstrafe aus, wobei zusätzlich eine Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen ausgesprochen werden kann (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a und b aBetmG; Art. 40 StGB; Art. 34 Abs. 1 StGB; vgl. Urk. 37 S. 6 f.).

Eine Deliktsmehrheit, die im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB strafschärfend zu berücksichtigen wäre, liegt nicht vor. Die mehrfache Verübung der jeweiligen Taten ist aber – mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 37 S. 7) – nachstehend bei der Verschuldensbewertung straf erhöhend zu berücksichtigen.

Sodann liegen – mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 37 S. 7) – keine Strafmilderungsgründe vor. Insbesondere ist – wie bereits ausgeführt (vgl. vorstehend E. 2.2.4.) – nicht von einer verminderten Schuldfähigkeit des Beschuldigten auszugehen.

3.3. Schliesslich hat die Vorinstanz die Grundsätze, nach welchen eine Strafe zuzumessen ist, richtig dargestellt (Urk. 37 S. 8 f.). Darauf (Art. 82 Abs. 4 StPO)

und auch auf die jüngere Bundesgerichtspraxis zu diesem Thema (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff; BGE 135 IV 130 E. 5.3.1; BGE 132 IV 102 E. 8.1, je mit Hinweisen) kann vorab verwiesen werden.

### 3.4. Tatkomponente

#### 3.4.1. Objektive Tatschwere

Die objektive Tatschwere der Delinquenz des Beschuldigten wiegt – auf einer Skala aller denkbaren schweren Fällen von Widerhandlungen gegen das aBetmG im Sinne dessen Art. 19 Ziff. 2 – nicht mehr leicht. Dem Beschuldigten sind wiederholte Delikte mit einer betroffenen Gesamtmenge von insgesamt 1'475 Gramm Heroingemisch vorzuwerfen. Diese Betäubungsmittelmenge verkaufte er mit B.\_\_\_\_\_ (separates Verfahren) bei über 50 Treffen innert ca. 5 Monaten. Der Beschuldigte betätigte sich damit in einem beträchtlichen Masse im Heroinhandel. Innert kurzer Zeit hat er bei einer grossen Anzahl von Ein- und Verkäufen eine erhebliche Menge von Betäubungsmitteln umgesetzt. Dabei handelte er – insoweit mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 37 S. 9) – bandenmässig. Dass die Vorinstanz darüber hinaus auch von Gewerbsmässigkeit spricht (a.a.O.), dürfte einem Irrtum entspringen und entspricht jedenfalls auch dem – inzwischen rechtskräftigen – Schuldspruch nicht.

Hinsichtlich der massgeblichen Menge reinen Heroins ging die Vorinstanz – anklagegemäss – "von einem im Nachhinein nicht mehr genau eruierbaren, eher aber schlechten Reinheitsgehalt" aus (Urk. 37 S. 9; vgl. Urk. 14 S. 3). Können die von jemandem gehandelten Betäubungsmittel nicht sichergestellt werden, besteht hinsichtlich der Menge des reinen Drogenwirkstoffs ein Beweisproblem. Vernünftigerweise ist aber davon auszugehen, dass die Drogen mittlerer Qualität sind, solange es keine Hinweise auf eine besonders reine oder gestreckte Substanz gibt (BGE 138 IV 100 E. 3.5 mit Hinweisen). In diesen Fällen wird regelmässig auf die Betäubungsmittelstatistik der Gruppe Forensische Chemie der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (nachfolgend: Statistik der SGRM) gegriffen. Vorliegend konnte dasjenige Heroingemisch sichergestellt werden, welches der Beschuldigte und B.\_\_\_\_\_ dem Abnehmer E.\_\_\_\_\_ verkauf-

ten. Dieses wies einen Reinheitsgehalt von 10.6 % auf (vgl. Urk. 14 S. 4). Beim übrigen vom Beschuldigten gehandelte Betäubungsmittel konnte der jeweilige Reinheitsgrad nicht ermittelt werden. Folglich besteht diesbezüglich ein Beweisproblem. Nachdem der Beschuldigte aber jeweils immer beim gleichen Lieferanten das Heroingemisch einkaufte (vgl. Urk. 14 S. 3) und er dieses sodann vor dem Weiterverkauf zusammen mit B.\_\_\_\_\_ nach seinen Angaben "nur ein- bis zweimal" zusätzlich streckte (vgl. Urk. 4/7 S. 1 f.), rechtfertigt es sich, zur Berechnung des reinen Drogenwirkstoffs nicht auf die mittlere Qualität abzustellen, sondern bei sämtlichem Heroingemisch von einem Reinheitsgehalt von 10.6 % und damit insgesamt von rund 150 Gramm reinem Heroin auszugehen. Damit steht ohne Weiteres fest, dass der Beschuldigte mit einer Menge gehandelt hat, die um ein Vielfaches über der Grenze liegt, welche vom Bundesgericht für das Vorliegen eines schweren Falles im Sinne von Art. 10 Ziff. 2 aBetmG angenommen wird (12 Gramm; BGE 109 IV 143).

Zu berücksichtigen ist sodann die Stellung des Täters in der Hierarchie des Drogenhandels. Hierzu kann – mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 37 S. 9) – festgehalten werden, dass der Beschuldigte innerhalb der Bande das "Know-How" in Bezug auf den Drogenhandel mitbrachte. So waren ihm Heroinlieferanten und Abnehmer aus seinen früheren Drogengeschäften bekannt, die er für den erneuten – vorliegend zu beurteilenden – Heroinhandel kontaktieren konnte. Zudem ist zu beachten, dass er das Betäubungsmittel nicht nur – wie ein Kurier – transportierte, sondern es vielmehr selber ein- und anschliessend wieder verkaufte. Damit ist – mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 37 S. 9 f.) – ohne Weiteres davon auszugehen, dass er nicht lediglich im unteren, sondern vielmehr im mittleren Bereich der Drogenhandelshierarchie anzusiedeln war. Insgesamt war die kriminelle Energie, welche der Beschuldigte in seine illegalen Drogengeschäfte investierte, aber doch recht gross.

#### 3.4.2. Subjektive Tatschwere

In subjektiver Hinsicht ist zu beachten, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte. Sodann ist zu berücksichtigen, dass er weder selber Heroin

konsumierte noch süchtig war. Entsprechend ist – mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 37 S. 10) – nicht von einer Beschaffungskriminalität auszugehen.

Der Beschuldigte führte zum Grund der Tatbegehung aus, er habe noch etwas Geld verdienen wollen, bevor er die mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 27. Januar 2010 ausgesprochene 5-jährige Freiheitsstrafe habe antreten müssen, damit seine Familie während dieser Zeit keine Not leide (Urk. 4/8 S. 6; vgl. auch Urk. 25 S. 6). Konkrete Anhaltspunkte dafür, weshalb seine Familie während seines Strafvollzugs tatsächlich hätte in finanzielle Notlage geraten sollen, machte der Beschuldigte allerdings nicht geltend und sind vorliegend auch nicht ersichtlich. Vielmehr führte er selber aus, er habe die Frage, ob seine Familie während seines Gefängnisaufenthalts finanziell unterstützt werde, mit seinem Hausarzt besprochen. Dieser habe ihm gesagt, wenn er ins Gefängnis müsse, dann könne man zum Sozialdienst gehen (Urk. 54 S. 7). Auch hat er nie dargetan, dass er überhaupt einmal versuchte, auf legalem Weg ein Einkommen zu erzielen, anstatt erneut wieder im Drogenhandel einzusteigen. Vor Vorinstanz führte er diesbezüglich aus, er wisse nicht mehr, wie es dazu gekommen sei, dass er noch einmal mit Drogen gehandelt habe. Er habe einfach Schwierigkeiten gehabt. Er wisse es wirklich nicht, es sei ihm einfach passiert. Das zweite Mal, als er mit dem Drogenhandel begonnen habe, könne er sich wirklich nicht erklären. Er habe wieder mit dem Leben angefangen gehabt und dann sei es ihm passiert (Urk. 25 S. 5 f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung gab er sodann an, er habe sehr viele Probleme gehabt. Um seine Schulden abbauen zu können und damit es seiner Familie besser gehe, sei er erneut in den Drogenhandel eingestiegen (Urk. 54 S. 9). Es mag zwar zutreffen, dass der Beschuldigte im Zeitpunkt, als er sich zum erneuten Delinquieren entschieden hat, in finanziell knappen Verhältnissen lebte. Daraus kann aber – mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 37 S. 7 f.) – nicht abgeleitet werden, dass er – wie dies die Verteidigung darzulegen versucht (Urk. 27 S. 6) – in schwerer Bedrängnis und unter grosser seelischer Belastung gehandelt hätte, was strafmindernd zu berücksichtigen wäre. Weiter bleibt zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte durch sein eigenes Verhalten den Umstand geschaffen hat, eine Freiheitsstrafe verbüssen zu müssen, sodass seine Familie noch länger ohne seine finanzielle Unterstützung auskommen musste. Dieses

Risiko ist er danach nochmals bewusst eingegangen, hat er doch vor dem erneuten Delinquieren – anerkanntermassen – zu B.\_\_\_\_\_ gesagt, dass man mit dem Drogenhandel viel Geld verdienen könne, wenn man Glück habe, und wenn man Pech habe, lande man im Knast (vgl. Urk. 4/8 S. 4 f.). Nach dem Gesagten sind keine schützenswerten Gründe ersichtlich, die den Beschuldigten gleichsam gezwungen hätten, durch Heroinhandel ein Einkommen zu generieren. Vielmehr hat er sich – unmittelbar nachdem er wegen demselben Delikt zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war – erneut entschieden, zulasten der Gesundheit unzähliger Drogenkonsumenten Geld zu verdienen. Damit legte er ein klar egoistisches Handeln an den Tag.

Wie bereits ausgeführt (vgl. vorstehend E. 2.2.4.), bestehen keine Anzeichen, dass der Beschuldigte in seiner Entscheidungsfähigkeit eingeschränkt gewesen wäre. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass sich der Beschuldigte bewusst dafür entschied, erneut in das Drogengeschäft einzusteigen und ihm die Folgen einer weiteren Verhaftung und Bestrafung für sich und seine Familie durchaus bewusst waren. Er hat offensichtlich einfach gehofft, nicht erwischt zu werden und insoweit das von ihm angesprochene Glück zu haben. Dass der Beschuldigte unmittelbar nach der Verurteilung durch das Obergericht des Kantons Zürich erneut zu delinquieren begann, erscheint zwar durchaus nicht als "normal", spricht aber – für sich alleine – nicht für eine verminderte Schuldfähigkeit, sondern vielmehr für ein unverfrorenes und dreistes Vorgehen.

Die subjektiven Umstände wirken sich damit gegenüber dem objektiven Tatverschulden – über die Vorinstanz hinaus (vgl. Urk. 37 S. 10) – leicht strafferhöhend aus.

### 3.4.3. Fazit Tatkomponente

Wenn die Vorinstanz das Verschulden des Beschuldigten insgesamt als "keineswegs leicht" qualifiziert und in Würdigung der gesamten Tatschwere zu einer Einsatzstrafe von 36 Monaten Freiheitsstrafe gelangt (vgl. Urk. 37 S. 10), kann ihr gefolgt werden. Eine solche Einsatzstrafe lässt sich auch vertreten vor dem Hintergrund des schematischen, praxisgestützten Vergleichsrahmens

von Fingerhuth/Tschurr (Fingerhuth/Tschurr, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007, N. 30 zu Art. 47 StGB bzw. Art. 63 aStGB; vgl. auch N. 18 ff.), welchen heranzuziehen im Sinne einer Kontrolle und im Interesse von Rechtsgleichheit und -sicherheit statthaft ist: So gehen die genannten Autoren bei einer Menge von ca. 150 Gramm reinem Heroin von einer Einsatzstrafe von etwa 27 Monaten aus und sehen für "deutlich mehr als 5 Geschäfte" einen Zuschlag von 10 bis 20 % vor (a.a.O., N. 30-32 zu Art. 47 StGB). Auf den vorliegenden Fall übertragen, muss dies also infolge der über 50 Einzelgeschäfte innert ca. 5 Monaten zu einem Zuschlag von sicher 15 % führen, womit man auf rund 31 Monate zu liegen kommt. Unter Berücksichtigung der subjektiven Tatkomponente, die sich – wie dargelegt – gegenüber der objektiven Tatkomponente leicht strafferhöhend auswirkt, erscheint eine Einsatzstrafe von 36 Monaten wenn auch als eher hart, so aber gleichwohl noch dem gesamten Verschulden angemessen.

### 3.5. Täterkomponente

#### 3.5.1. Allgemeines

Die Täterkomponente (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB) umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren. Bei der Beurteilung des Vorlebens fallen einerseits früheres Wohlverhalten, andererseits Zahl, Schwere und Zeitpunkt von Vorstrafen ins Gewicht. Unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Verhältnisse ist etwa zu berücksichtigen, ob sich der Täter im Strafverfahren kooperativ verhielt, ob er Reue und Einsicht zeigte, ob er mehr oder weniger strafempfindlich ist.

#### 3.5.2. Persönliche Verhältnisse

Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann zunächst auf die zusammenfassende Wiedergabe im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 37 S. 10 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte der Beschuldigte, er sei am 26. Mai 2013 aus dem Strafvollzug entlassen worden. Seit dem 1. September 2013 arbeite er bei der F. \_\_\_\_\_ AG. Er sei im Stundenlohn angestellt und verdiene monatlich zwischen Fr. 4'100.– und

Fr. 4'500.–. Seine Schulden würden etwa Fr. 150'000.– betragen, bestehend aus Kreditschulden und den Kosten der Übersetzung der Telefongespräche. Sein Lohn sei nicht gepfändet. Seit dem Tod seiner ersten Ehefrau habe er grosse Probleme gehabt, weshalb er zu Dr. med. C.\_\_\_\_\_ sowie in eine Klinik gegangen sei. Ab 2003 sei er zwar nicht mehr zum Psychiater gegangen, sei aber nach wie vor in der Kontrolle bei Dr. med. C.\_\_\_\_\_ geblieben, bis dieser vor rund zwei Monaten die Praxis geschlossen habe aufgrund seiner Pensionierung. Auch im Jahr 2010, als er Probleme gehabt habe, da er ins Gefängnis habe gehen müssen, habe er keinen Psychiater aufgesucht. Er habe sich gedacht, es bringe nichts, noch zu einem Psychiater zu gehen, wenn er nachher ins Gefängnis gehen müsse. Jetzt sei er wieder in der Psychiatrie in G.\_\_\_\_\_. An einer Sitzung sei besprochen worden, dass er zu einem Spezialisten gehen müsse. Seine Frau arbeite noch immer in der Shell Tankstelle. Sie verdiene etwa Fr. 3'500.– im Monat (Urk. 54 S. 3 ff.).

Die persönlichen Verhältnisse wirken sich damit bei der vorliegenden Strafzumessung - mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 37 S. 11) - neutral aus.

### 3.5.3. Vorstrafen

Der Beschuldigte weist im Schweizerischen Strafregister drei Vorstrafen auf. Während er zwei Mal wegen grober Verkehrsregelverletzung verurteilt wurde, betrifft eine dritte Vorstrafe die mehrfache Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Abs. 2 aBetmG sowie die Widerhandlung gegen Art. 23 Abs. 1 ANAG und ist damit – grösstenteils – einschlägig (Urk. 40). Diese letzte Verurteilung von 27. Januar 2010 führte zur bereits mehrfach genannten Freiheitsstrafe von 5 Jahren.

Wenn die Verteidigung hierzu geltend macht, die Vorstrafen des Beschuldigten seien nicht strafehöhend, sondern eher zu seinen Gunsten zu berücksichtigen (Urk. 27 S. 4 f.; Urk. 55 S. 5 f.), kann ihr nicht gefolgt werden. In der Lehre wird zwar auch die Auffassung vertreten, dass nicht immer beim Vorliegen von Vorstrafen von einer Erhöhung der Strafe auszugehen sei und dass aus dem Rückfall nicht stets auf gesteigerte kriminelle Energie geschlossen werden könne.

Aber auch nach dieser Auffassung führt eine Vorstrafe zu einer Straferhöhung, wenn die Tatschuld dadurch gesteigert ist, dass sich der Täter zielgerichtet gegen die Sozialnormen auflehnt, deren Gültigkeit ihm persönlich durch eine frühere Verurteilung wegen eines gleichen oder ähnlichen Delikts verdeutlicht worden ist und wo eine "hartnäckige Rechtsfeindlichkeit" angenommen werden muss, was etwa – unter anderem – bei nichtabhängigen Rauschgifthändlern der Fall sein kann (Wiprächtiger, BSK-StGB I, a.a.O., N 105 zu Art. 47 StGB, mit diversen Verweisen). Ein solcher Fall, in dem selbst nach der erwähnten Lehre von einer Straferhöhung wegen einer Vorstrafe auszugehen ist, liegt hier exemplarisch vor. Der Beschuldigte hat sich unmittelbar, nachdem er am 27. Januar 2010 vom Obergericht des Kantons Zürich wegen Betäubungsmittelhandel zu einer 5-jährigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war, erneut dazu entschieden, wieder mit Heroin zu handeln. Wenn die Verteidigung dies als "unschön" bezeichnet (Urk. 27 S. 4) und von einem "altruistischen Beweggrund" ausgehen will (Urk. 27 S. 5), so ist dies schlicht massiv untertrieben und verharmlosend. Wie bereits ausgeführt, lagen keine schützenswerten Gründe vor, die den Beschuldigten gezwungen hätten, erneut in den Drogenhandel einzusteigen. Das Verhalten des Beschuldigten muss als dreist und unverfroren gewertet werden. Weder das Gerichtsverfahren bezüglich der ersten Verurteilung wegen Betäubungsmittelhandels noch die in diesem Zusammenhang verbüsste Untersuchungshaft von nicht weniger als 362 Tagen hielten den Beschuldigten davon ab, erneut straffällig zu werden. Der Rückfall lässt damit auf eine gesteigerte kriminelle Energie schliessen.

Die Vorstrafen des Beschuldigten und insbesondere die Tatsache, dass der Beschuldigte unmittelbar nach der Verurteilung zu einer 5-jährigen Freiheitsstrafe erneut und einschlägig zu delinquirieren begann, fallen damit massiv strafferhöhend ins Gewicht.

#### 3.5.4. Strafempfindlichkeit

Grundsätzlich bringt es jede längerdauernde Freiheitsstrafe mit sich, dass der verurteilte Täter aus dem Alltag gerissen wird. Entsprechend stellt die Verbüssung einer solchen Strafe für jeden arbeitstätigen und in ein familiäres Umfeld einge-

betteten Verurteilten eine gewisse Härte dar. Dies ist eine unmittelbare Folge einer unbedingten Freiheitsstrafe. Diese Auswirkungen können folglich nicht ohne Weiteres zu einer Strafreduktion führen. Der Beschuldigte wurde – wie bereits ausgeführt – durch das Obergericht des Kantons Zürich zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Bereits unmittelbar danach entschied sich der Beschuldigte, erneut in den Betäubungsmittelhandel einzusteigen. Dieser Entscheid hat der Beschuldigte im Bewusstsein um seine Verantwortung gegenüber seiner Familie und in Kenntnis der Konsequenzen einer allfälligen weiteren Bestrafung getroffen. Entsprechend kann – mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 37 S. 11) – nicht (mehr) von einer Strafempfindlichkeit ausgegangen werden.

#### 3.5.5. Nachtatverhalten

Ein Geständnis kann im Rahmen der Strafzumessung zugunsten des Täters berücksichtigt werden, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt oder der Täter dadurch zur Tataufdeckung über den eigenen Tatanteil beiträgt. Diese Praxis fusst auf der Überlegung, dass Geständnisse zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen können. Demgegenüber kann sich ein Verzicht auf Strafminde- rung aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, namentlich weil der Täter nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils geständig geworden ist (Bundesgerichtsentscheide 6B\_426/2010 vom 22. Juli 2010, E. 1.5., und 6B\_740/2011 vom 3. April 2012, E. 3.4). Ein vollumfängliches Geständnis aus freien Stücken und kooperatives Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie Einsicht und Reue können gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu einer Strafreduktion von einem Fünftel bis zu einem Drittel führen (BGE 121 IV 202 E. II/2d/cc).

Die Staatsanwaltschaft führte im vorinstanzlichen Verfahren aus, der Beschuldigte sei von Beginn weg "ohne Wenn und Aber" geständig gewesen. Dieses Geständnis führe zu einer Strafreduktion von einem Drittel (vgl. Urk. 26 S. 4). Ebenso erwog die Vorinstanz, der Beschuldigte habe bereits in der Untersuchung ein

vollumfängliches Geständnis abgelegt. Dieses sei ihm "bedeutend" strafmindernd anzurechnen (Urk. 37 S. 13).

Diesen Ausführungen kann nicht vollumfänglich gefolgt werden. So ist in Bezug auf das Aussageverhalten des Beschuldigten folgendes festzuhalten: Der Beschuldigte wurde kurz nach seiner Verhaftung am 12. Januar 2011 von der Kantonspolizei Zürich das erste Mal einvernommen (Urk. 4/2; Urk. 9/1; Urk. 9/2). Zu Beginn dieser Einvernahme bestritt er konsequent, mit Betäubungsmittel gehandelt bzw. überhaupt jemandem Heroin übergeben zu haben (Urk. 4/2 S. 2 f.). Sodann wurde dem Beschuldigten erklärt, dass sein Telefon überwacht worden sei und es wurden ihm einzelne Telefongespräche und SMS-Texte vorgehalten (Urk. 4/2 S. 3 ff.). Der Beschuldigte bestritt daraufhin aber noch immer klar, etwas mit dem Drogenhandel zu tun bzw. etwas darüber gewusst zu haben. Mit dieser Sache habe er absolut nichts zu tun (Urk. 4/2 S. 5). Nach Vorhalt einer weiteren SMS meinte er sodann, er habe (den Mitbeschuldigten) B.\_\_\_\_\_ lediglich chauffiert. Wozu er ihn herumgefahren habe, wisse er nicht. Die SMS habe er nicht geschrieben (Urk. 4/2 S. 5). Nachdem ihm ein Telefongespräch zwischen ihm und einem Abnehmer vorgehalten worden war, meinte er, B.\_\_\_\_\_ habe ihm das Telefon gegeben, als diese Person angerufen habe. Über Heroin habe er aber nicht gesprochen (Urk. 4/2 S. 6). Auf Vorhalt von weiteren SMS-Nachrichten bestritt der Beschuldigte noch immer, etwas mit dem ihm vorgeworfenen Drogenhandel zu tun zu haben. Von einer Heroinübergabe wisse er nichts (Urk. 4/2 S. 7). Sodann wurde dem Beschuldigten erklärt, dass sowohl er als auch B.\_\_\_\_\_ auf dem Verpackungsmaterial des Heroins persönliche Spuren hinterlassen hätten (Urk. 4/2 S. 7). Nach einem – vom Verteidiger gewünschten – Unterbruch der Einvernahme erklärte der Beschuldigte, dass B.\_\_\_\_\_ dem Abnehmer einen Plastiksack mit einer Kugel übergeben habe. Das habe im Auto stattgefunden. Er anerkenne, dass er in diese Heroinübergabe involviert sei. Wem das Heroin gehört, woher B.\_\_\_\_\_ es organisiert und für wie viel man es verkauft habe, wisse er aber nicht (Urk. 4/2 S. 8). Weiter führte der Beschuldigte aus, er habe keinen Rappen für diese Heroinübergabe verdient. Er habe zu B.\_\_\_\_\_ gesagt, dass er mit Drogen nichts mehr zu tun haben möchte (Urk. 4/2 S. 9). Nachdem dem Beschuldigten erklärt worden war, man gehe davon aus, dass noch weitere Abnehmer bestehen würden, denen

er und B.\_\_\_\_\_ weiteres Heroin übergeben hätten, meinte der Beschuldigte im Wesentlichen nur, er wisse das nicht genau, er habe B.\_\_\_\_\_ nur gefahren, als wäre er der Chauffeur von ihm gewesen (Urk. 4/2 S. 9 f.). Von einem vollumfänglichen Geständnis aus freien Stücken in dieser ersten – immerhin knapp zwei-stündigen – Einvernahme kann damit in keiner Weise gesprochen werden. Vielmehr hat der Beschuldigte sämtliche ihm vorgeworfene Handlungen konsequent bestritten. Erst als die Beweislage derart erdrückend wurde, dass ein weiteres Abstreiten aussichtslos schien, hat er einen geringen und lediglich untergeordneten Tatbeitrag anerkannt.

Auch in der Hafteinvernahme, die gleichentags stattgefunden hat, gab der Beschuldigte zwar zu, mit B.\_\_\_\_\_ im Drogenhandel tätig gewesen zu sein. Er sei aber in die Sache hineingerutscht, weil B.\_\_\_\_\_ keinen Führerausweis gehabt habe. Da er ihn immer gefahren habe und deshalb von Morgens bis Abends mit ihm zusammen gewesen sei, sei er in dieses Sache hineingeschlittert. Er sei sein Dauerchauffeur gewesen (Urk. 4/3 S. 2 f.). Auch bei dieser Einvernahme fällt auf, dass der Beschuldigte nicht von sich aus über den gesamten Drogenhandel, den er zusammen mit B.\_\_\_\_\_ führte, berichtete, sondern lediglich einen unzutreffend untergeordneten Tatbeitrag zugab, indem er erklärte, nur als Chauffeur von B.\_\_\_\_\_ am Drogenhandel beteiligt gewesen zu sein. Auch wenn der Beschuldigte sodann ausführte, er habe B.\_\_\_\_\_ nicht nur herumgefahren, sondern habe ihm auch beim Kauf und Verkauf geholfen, so kann dies nicht als vollumfängliches und freimütiges Geständnis gewertet werden, da er hierzu lediglich diejenige Heroinübergabe anerkannte, die er zuvor in der ersten Einvernahme nach Vorhalt diverser Telefongespräche und SMS-Nachrichten sowie nach dem Hinweis, dass er Spuren hinterlassen habe, zugegeben hatte (Urk. 4/3 S. 3).

Anlässlich der Einvernahmen am 20. Januar 2011 (Urk. 4/4 bis Urk. 4/7) wurden dem Beschuldigten diverse Telefongespräche und SMS-Nachrichten vorgehalten. Zwar anerkannte er daraufhin im Wesentlichen den ihm vorgeworfenen Sachverhalt. Doch er gab auch hier nur das zu, was die Untersuchungsbehörden aufgrund der vorliegenden Beweise als erstellt erachteten und durch Telefon- bzw. SMS-Aufzeichnungen belegen konnten. Zudem führte er weiterhin unzutreffenderweise

aus, nur in einer untergeordneten Rolle am Betäubungsmittelhandel beteiligt gewesen zu sein. So gab er beispielsweise an, dass nur B.\_\_\_\_\_ das Heroin organisiert habe. Wo und von wem er dieses gehabt habe, wisse er nicht (Urk. 4/7 S. 1).

Erst anlässlich der Konfrontationseinvernahme vom 21. Februar 2012 mit B.\_\_\_\_\_ gab der Beschuldigte zu, dass sie gemeinsam beschlossen hätten, in den Drogenhandel einzusteigen und er nicht lediglich der Chauffeur von B.\_\_\_\_\_ gewesen sei (Urk. 4/8). Und in der Schlusseinvernahme vom 9. Oktober 2012 anerkannte der Beschuldigte den Sachverhalt gemäss Anklageschrift vorbehaltlos (Urk. 4/9).

Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass der Beschuldigte anfänglich vollumfänglich bestritt, wieder mit Betäubungsmittel gehandelt zu haben. Erst auf Vorhalt von diversen Beweismitteln gab der Beschuldigte einen zunächst untergeordneten und gegen Ende der Untersuchung einen vollumfänglichen Tatbeitrag zu. Der Beschuldigte gab aber immer nur soviel zu, wie ihm von den Untersuchungsbehörden insbesondere durch Telefon- und SMS-Aufzeichnungen belegt wurde. Damit liegt ein freimütiges Geständnis, das die Untersuchung erheblich erleichtert hätte und das auf Reue und Einsicht schliessen liesse, gerade nicht vor. Entsprechend kann nicht von einer maximalen Strafreduktion ausgegangen werden. Es rechtfertigt sich aber, die Zugaben des Beschuldigten, wonach er schliesslich den gesamten ihm vorgeworfenen Sachverhalt anerkannte, merklich strafmindernd anzurechnen.

Sodann machte die Verteidigung geltend, der Beschuldigte habe sich im Strafvollzug bestens geführt, was strafmindernd zu berücksichtigen sei (Urk. 27 S. 7; Urk. 55 S. 7). Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Ein positives Verhalten im Strafvollzug hat grundsätzlich als Normalfall zu gelten (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6\_974/2009 vom 18.02.2010 E. 5.5.). Entsprechend ist dieser Umstand – mit der Vorinstanz (vgl. Urk. 37 S. 13) – bei der Strafzumessung neutral zu werten.

Die Verteidigung führte weiter aus, dass auch das einwandfreie Verhalten des Beschuldigten nach dem Strafvollzug zu seinen Gunsten zu berücksichtigen sei (Urk. 55 S. 7 f.). Diese Ausführungen sind ebenfalls nicht zielführend. Ein Wohlverhalten während längerer Zeit kann sich zwar strafmindernd auswirken (vgl. BGE 102 IV 231 E. 3). Von einer längerer Zeit, in welcher sich der Beschuldigte wohlverhalten hat, kann vorliegend aber gerade nicht gesprochen werden. So wurde der Beschuldigte erst am 26. Mai 2013 aus dem Strafvollzug entlassen. Ein einwandfreies Verhalten während einer derart kurzen Zeit ist damit noch nicht strafmindernd zu berücksichtigen.

### 3.5.6. Weitere Strafzumessungsfaktoren

#### 3.5.6.1. Resozialisierung

Die Verteidigung machte unter dem Titel Resozialisierung geltend, es sei eine milde Strafe auszufällen, so dass der Beschuldigte die auszufällende Strafe in Halbgefangenschaft verbüssen und damit seine jetzige Arbeit weiterführen könne (Urk. 27 S. 8; Urk. 55 S. 8 f.).

Hierzu kann im Wesentlichen auf die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 37 S. 13; Art. 82 Abs. 4 StPO). Zur Ergänzung ist zu erwähnen, dass es sich beim aufgebrachten Thema im Wesentlichen um die sog. Unterschuldstrafe handelt, mit welcher sich das Bundesgericht in BGE 134 IV 17 auseinandersetzte. In dieser Entscheidung wurde festgehalten, dass die in BGE 118 IV 337 zum alten Recht begründete Praxis, wonach bei der Strafzumessung die Grenze für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB, 18 Monate) zu berücksichtigen war, wenn eine Freiheitsstrafe von nicht erheblich längerer Dauer in Betracht fiel und die Voraussetzungen des bedingten Vollzugs im Übrigen erfüllt waren, nicht ins neue Recht übernommen werde. Damit werde aber nicht ausgeschlossen, dass die Folgen einer unbedingten Freiheitsstrafe in die Würdigung der Strafzumessungsgründe mit einzubeziehen seien. Art. 47 Abs. 1 StGB verlange nämlich, bei der Festlegung der Strafe auch deren Wirkung auf das Leben des Täters zu berücksichtigen. Dass ein Verurteilter durch die Verbüßung einer Freiheitsstrafe aus einem

günstigen Umfeld herausgerissen werde, könne sich deshalb im einzelnen Fall nach wie vor strafmindernd auswirken und zur Folge haben, dass die auszufällende Sanktion unter der schuldangemessenen Strafe liege. Als Konsequenz dieser folgenorientierten Überlegungen habe sich der Richter, der eine Sanktion im Bereich der Grenze für den bedingten Vollzug (24 Monate), den teilbedingten Vollzug (36 Monate) oder auch der Halbgefangenschaft (1 Jahr) ins Auge fasse, die Frage zu stellen, ob eine Strafe, welche die Grenze nicht überschreitet, noch vertretbar sei. Bejahe er dies, habe er diese Strafe zu verhängen, andernfalls sei es ihm unbenommen, auch eine nur unwesentlich über dem Grenzwert liegende angemessene und begründbare Strafe auszufällen.

Vorliegend besteht angesichts der Höhe der auszufällenden Strafe kein Raum für eine sog. Unterschuldstrafe. Doch selbst wenn eine Strafe in einem der obgenannten Grenzbereiche (24 bzw. 36 Monate) auszufällen wäre, müssten angesichts der Vordelinquenz des Beschuldigten für die Gewährung des bedingten bzw. teilbedingten Strafvollzugs besonders günstige Umstände vorliegen (vgl. Art. 42 Abs. 2 StGB). Solche Umstände sind aber vorliegend gerade nicht gegeben. Der Beschuldigte hat sich unmittelbar nach der Verurteilung zu einer mehrjährigen Strafe wegen demselben Delikt erneut entschieden, wieder in den Drogenhandel einzusteigen. Offensichtlich haben weder die lange Untersuchungshaft noch das gerichtliche Verfahren irgendeine Wirkung gezeigt.

Somit kann der Beschuldigte unter diesem Titel nichts zu seinen Gunsten ableiten.

#### 3.5.6.2. Berücksichtigung des Zeitpunkts der Deliktsbegehung

Die Verteidigung führte aus, dass wenn der Beschuldigte nur etwas früher mit dem erneuten Delinquieren begonnen hätte oder wenn er das damalige obergerichtliche Urteil angefochten hätte, eine Zusatzstrafe auszusprechen gewesen wäre (Urk. 27 S. 6; Urk. 55 S. 6 f.).

Diese Feststellung ist als Solche zwar durchaus zutreffend. Was die Verteidigung aber daraus ableiten möchte, verfängt nicht. Hierzu kann wiederum vollumfänglich

auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 37 S. 13 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Wenn die Verteidigung geltend macht, das vorliegend zu beurteilende Delikt sei "eher unbedeutend", weshalb wohl "nur eine geringfügige Zusatzstrafe" auszufallen gewesen wäre (Urk. 27 S. 6), so stellt sie einerseits den vorliegenden Heroinhandel stark verharmlosend dar und andererseits verkennt sie, dass dann der Beschuldigte während eines laufenden Strafverfahrens wegen Betäubungsmitteldelikten erneut eine Drogenhandelstätigkeit aufgenommen hätte, was zweifelsohne stark straf erhöhend zu würdigen gewesen wäre, sodass nicht lediglich eine "nur geringfügigen Zusatzstrafe" hätte ausgesprochen werden müssen.

#### 3.5.6.3. Relation zur Vorstrafe

Die Verteidigung machte weiter geltend, dass die vorliegend zu beurteilenden Delikte eher unbedeutend seien, wenn man sie mit den Taten, die der Vorstrafe zugrunde lagen, vergleiche. Es könne deshalb nicht sein, dass der Beschuldigte aufgrund der vorliegenden Drogendelikte mit 4 Jahren und damit fast gleich hart bestraft werde, wie für die doch viel happigeren Drogendelikte gemäss Vorstrafe (Urk. 55 S. 7).

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Die Verteidigung verkennt, dass bei der Strafzumessung nicht nur die objektive Tatschwere, mithin die konkret umgesetzte Drogenmenge sowie deren Reinheitsgrad berücksichtigt wird. Vielmehr ist auch die subjektive Tatschwere sowie die Täterkomponenten miteinzubeziehen. Folglich kann bei Betäubungsmitteldelikten nicht einfach auf die konkrete Drogenmengen abgestellt werden, um die Höhe der Sanktion festzulegen. Vielmehr sind bei der Strafzumessung auch weitere Faktoren massgeblich. So fällt beispielsweise bei der vorliegenden Strafzumessung – dies im Gegensatz zur Vorstrafe – stark straf erhöhend ins Gewicht, dass der Beschuldigte unmittelbar nachdem er wegen demselben Delikt zu einer 5-jährigen Strafe verurteilt wurde, erneut massiv in den Drogenhandel einstieg. Bereits aufgrund dieser unterschiedlichen Täterkomponente ist klar ersichtlich, dass sich die vorliegend auszusprechende Strafe und die Vorstrafe nicht einfach schematisch anhand der konkret umgesetzten Drogenmengen vergleichen lassen.

#### 3.5.6.4. Verhältnis zur Strafe von B.\_\_\_\_\_

Die Verteidigung führte sodann aus, der Mittäter B.\_\_\_\_\_ sei mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 21 Jahren bestraft worden. Da der Beschuldigte und B.\_\_\_\_\_ gleichberechtigte Partner gewesen seien, sei die von der Staatsanwaltschaft beantragte – und damit auch die von der Vorinstanz ausgesprochene – Strafe offensichtlich übersetzt und aufgrund der Rechtsgleichheit nicht zu verantworten (Urk. 27 S. 4; Urk. 55 S. 8).

Es ist zutreffend, dass B.\_\_\_\_\_ mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 27. Juni 2012 im abgekürzten Verfahren mit einer auf drei Jahre bedingt aufgeschobenen Freiheitsstrafe von 21 Monaten bestraft worden ist (Urk. 24B).

Hierzu kann indessen vorab auf BGE 135 IV 191 verwiesen werden. In diesem Entscheid hielt das Bundesgericht zunächst fest, dass selbst gleich oder ähnlich gelagerte Fälle sich durchwegs massgeblich in strafzumessungsrelevanten Punkten unterscheiden können (E. 3.1). Weiter hob das Bundesgericht hinsichtlich der Strafzumessung bei Mittätern hervor, dass ein Anspruch auf "Gleichbehandlung im Unrecht" grundsätzlich nicht besteht, zumal die Rechtsprechung auch stets den Vorrang des Legalitätsprinzips vor dem Gleichheitsprinzip betont habe. Eine falsche Rechtsanwendung in einem Fall begründe daher grundsätzlich keinen Anspruch, seinerseits ebenfalls abweichend von der Norm behandelt zu werden (E. 3.3, mit Verweis auf BGE 124 IV 44 E. 2c). Allein entscheidend ist mithin vorliegend, welche Strafe in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens für den Beschuldigten angemessen erscheint. Welche Strafe gegen B.\_\_\_\_\_ ausgesprochen wurde, ist damit insoweit irrelevant, und insbesondere könnte der Beschuldigte – entgegen der Verteidigung – auch dann nichts daraus für sich ableiten, wenn sich jene Strafe als unangemessen tief erwiese.

Wenn die Verteidigung für den Vergleich der Höhe der beiden Strafen im Wesentlichen darauf abstellt, dass der Beschuldigte und B.\_\_\_\_\_ gleichberechtigte Partner gewesen seien, verkennt sie, dass für die gesamte Strafzumessung auch weitere Strafzumessungsfaktoren heranzuziehen sind. So deckt sich zwar die

objektive Tatschwere beim Beschuldigten und B.\_\_\_\_\_ insofern, als dass die beiden in Mittäterschaft gehandelt haben. Beim Beschuldigten fällt aber ins Gewicht, dass er das "Know-How" bezüglich des Drogenhandels mitbrachte und sämtliche Heroineinkäufe alleine tätigte. Noch augenfälliger sind schliesslich die Unterschiede bei der subjektiven Tatkomponente und – insbesondere – bei den Täterkomponenten. So verfügte beispielsweise B.\_\_\_\_\_ einzig über zwei nicht einschlägige Vorstrafen, namentlich eine Verurteilung zu 14 Tagen Gefängnis wegen Angriffs und eine Verurteilung zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen wegen grober Verkehrsregelverletzung (Urk. 48/14/1). Demgegenüber weist der Beschuldigte – neben zwei groben Verkehrsregelverletzungen – eine nur sehr kurz zurückliegende und höchst einschlägige Vorstrafe auf, die sehr stark ins Gewicht fällt. Aufgrund dieser unterschiedlichen Strafzumessungskriterien ist es offensichtlich, dass die auszusprechenden Strafen gegen die beiden Mitbeschuldigten deutlich unterschiedlich ausfallen müssen.

### 3.5.7. Fazit Täterkomponente

Nach dem Gesagten kann festgehalten werden, dass sich die Täterkomponente insgesamt erheblich strafe erhöhend auswirkt.

### 3.6. Gesamtwürdigung

In Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe erweist sich eine Freiheitsstrafe von 48 Monaten als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen.

An diese Freiheitsstrafe sind die durch Untersuchungshaft erstandenen 13 Tage anzurechnen (Art. 51 StGB; entgegen der Vorinstanz, die von 12 Tagen ausging, vgl. Urk. 37 S. 14).

Bei einer Strafe dieser Höhe fällt ein bedingter oder teilbedingter Vollzug von Gesetzes wegen nicht in Betracht (Art. 42 Abs. 1 StGB und Art. 43 Abs. 1 StGB). Es kann daher darauf verzichtet werden, dies explizit so im Dispositiv festzuhalten.

#### 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ausgangsgemäss – der Beschuldigte unterliegt mit seinen Berufungsanträgen vollumfänglich – sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung in der Höhe von Fr. 5'400.– (vgl. Urk. 57, zuzüglich effektivem Zeitaufwand für die Berufungsverhandlung) sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 vorbehalten bleibt.

#### Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 7. Februar 2013 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

- "1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig
  - des Verbrechens gegen das aBetmG im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a und b aBetmG.
2. ...
3. ...
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 28. Februar 2011 beschlagnahmten Gegenstände (Sachkautionsnummer ...):
  - 1 Kartonrest mit einer Telefonnummer
  - 1 Adress-/Telefonbuch
  - 1 Natel Nokia 2630
  - 1 Registrierkarte Yallo
  - 1 iPhonewerden eingezogen und soweit möglich von der Bezirksgerichtskasse Zürich verwertet und im Übrigen vernichtet. Ein allfälliger Verwertungserlös verfällt dem Staat.

5. Die Entscheidungsbüher wird angesetzt auf:

Fr. 4'000.- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. Kosten Kantonspolizei  
Fr. 2'400.- Gebühr Anklagebehörde  
Fr. Kanzleikosten  
Fr. 11'166.- Auslagen Untersuchung  
Fr. 10'483.95 amtliche Verteidigung (Prot. I S. 13)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, aber im Umfang von Fr. 4'000.- übersteigenden Betrag abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Über die Höhe der Kosten der amtlichen Verteidigung wird separat entschieden.

7. (Mitteilungen)

8. (Rechtsmittelbelehrung)"

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

### **Das Gericht erkennt:**

1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ wird bestraft mit 48 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 13 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'000.- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 5'400.- amtliche Verteidigung

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

4. 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

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

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten

5. 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  
I. Strafkammer

Zürich, 3. Oktober 2013

Der Präsident:

lic. iur. P. Marti

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hauser