

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB130186-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 **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich,

3. Abteilung, vom 10. Januar 2013 (DG120372)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 7. November 2012 (Urk. 17) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 135 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 7. November 2012 beschlagnahmten vier SIM-Karten (Sachkautionsnummer ...)
 - 1 SIM-Karte "..."
 - 1 SIM-Karte "..."
 - 2 SIM-Karten "..."werden eingezogen und zu den Akten genommen.
5. Die mit nämlicher Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl beschlagnahmten zwei Mobiltelefone (Sachkautionsnummer ...)
 - 1 Natel Nokia IMEI ...
 - 1 Natel Nokia IMEI ...werden eingezogen und durch die Kasse des Bezirksgerichts Zürich verwertet. Ein allfälliger Verwertungserlös wird zur Verfahrenskostendeckung verwendet.

6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 7. November 2012 beschlagnahmten Betäubungsmittel samt Verpackungsmaterial (BM-Lagernummer ...) werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich, KEA-HB, zur Vernichtung überlassen.
7. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:
- | | | |
|-----|----------|---------------------------------|
| Fr. | 4'000.– | ; die weiteren Kosten betragen: |
| Fr. | | Kosten Kantonspolizei |
| Fr. | 2'000.– | Gebühr Anklagebehörde |
| Fr. | | Kanzleikosten |
| Fr. | 300.– | Auslagen Untersuchung |
| Fr. | 5'670.95 | amtliche Verteidigung |

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
9. 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.

Berufungsanträge:

- a) Der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 65, S. 1)

1. Das vorinstanzliche Urteil vom 10.01.2013 sei mit Ausnahme des Strafpunktes und der Kostenverlegung, d.h. vom Dispositiv Ziff. 2 und 8, zu bestätigen bzw. für rechtskräftig zu erklären.

2. Es sei mein Klient mit einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten zu verurteilen unter Anrechnung der bisher erstandenen Haft.
 3. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien, einschliesslich jener der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen.
 4. Es sei meinem Klienten im Berufungsverfahren die amtliche Verteidigung zu gewähren und den unterzeichneten Rechtsanwalt als dessen Rechtsvertreter zu ernennen.
- b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:
(Urk. 61, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Das Gericht erwägt:

I.

Anklagesachverhalt

Gemäss Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 7. November 2012 wird dem Beschuldigten Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG vorgeworfen, weil er Folgendes getan habe:

Am 29. August 2012, ca. um 09:00 Uhr, habe der Beschuldigte im Restaurant "... " in der Nähe des ... in ... Basel von einem unbekanntem Albaner eine Portion Heroin à 49,5 Gramm (enthaltend 17,3 Gramm Reinsubstanz) übernommen und diese in der Folge mit dem Zug nach Zürich gebracht, wo er sie im Res-

restaurant "... " an der ...strasse in ... Zürich einem unbekanntem Albaner hätte übergeben sollen, wozu es infolge seiner Verhaftung am ... Zürich aber nicht mehr gekommen sei (Urk. 17, S. 2).

II.

Prozessgeschichte

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, erging am 10. Januar 2013 und wurde dem Beschuldigten sogleich mündlich und schriftlich im Dispositiv eröffnet (Urk. 42). In der Folge meldete er mit Eingabe vom 14. Januar 2013, eingegangen am 15. Januar 2013, innert Frist Berufung an (Urk. 44). Das vollständig begründete Urteil wurde dem Beschuldigten am 11. April 2013 zugestellt (Urk. 54/2). Diesbezüglich reichte er mit Eingabe vom 18. April 2013, eingegangen am 19. April 2013, schliesslich fristgemäss seine Berufungserklärung ein, wobei er die Berufung auf die Dispositivziffern 2 (Strafmass) und 8 (Kostenaufgabe) des angefochtenen Urteils beschränkte (Urk. 56). Von Seiten der Staatsanwaltschaft wurde keine selbständige Berufung erhoben.

2. Mit Verfügung des Präsidenten der Berufungskammer vom 15. Mai 2013 wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder Nichteintreten zu beantragen (Urk. 59). In der Folge verzichtete die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 21. Mai 2013, eingegangen am 23. Mai 2013, innert Frist auf Anschlussberufung; sie beantragte Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und überdies Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung, welcher letzterem Antrag mit Bewilligung des Kammerpräsidenten vom 28. Mai 2013 entsprochen wurde (Urk. 61).

3. Zur heutigen Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte und sein amtlicher Verteidiger. Es wurden die eingangs genannten Anträge gestellt (Prot. II, S. 3).

III.

Prozessuales

1. Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). E contrario erwachsen die nicht von der Berufung erfassten Punkte in Rechtskraft (SCHMID, StPO-Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 402 N 1; vgl. auch Art. 437 StPO).

Entsprechend ist vorab mit Beschluss festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 10. Januar 2013 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 4 – 6 (Einziehungen), 7 (Kostenaufstellung) und 9 (Kostenaufgabe betreffend amtliche Verteidigung für das Vor- und erstinstanzliche Verfahren) rechtskräftig ist.

2. Soweit der Rechtsvertreter des Beschuldigten den prozessualen Antrag stellt, er sei auch für das Berufungsverfahren als dessen amtlicher Verteidiger zu ernennen, und dies entsprechend begründet (Urk. 56, S. 2), ist darauf hinzuweisen, dass eine einmal bestellte amtliche Verteidigung so lange andauert, wie die Voraussetzungen für ihre Anordnung bestehen, also bis zum Abschluss des Strafverfahrens vor den kantonalen Instanzen, einschliesslich allfälliger Rechtsmittelverfahren (DONATSCH ET AL., StPO-Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 134 N 1). Anderes gilt für die unentgeltliche Rechtsvertretung in Zivilverfahren.

Entsprechend braucht der bereits im bisherigen Verfahren als amtlicher Verteidiger bestellte und fungierende Rechtsvertreter des Beschuldigten für das Berufungsverfahren weder erneut als solcher bestellt, noch in dieser Funktion bestätigt zu werden.

IV.

Strafzumessung

1. Die Vorinstanz hat für den dem Beschuldigten vorgeworfenen und von diesem vollumfänglich anerkannten Anklagesachverhalt eine unbedingte Frei-

heitsstrafe von 24 Monaten als schuldangemessen erachtet (Urk. 55, S. 13 und 16).

2. Die Verteidigung wirft nun der Vorinstanz mit der Festsetzung einer Einsatzstrafe von 18 Monaten und der letztlich ausgefallenen Freiheitsstrafe von 24 Monaten Ermessensüberschreitung bzw. Verletzung von Art. 47 Abs. 1 StGB vor (Urk. 56, S. 3 f.) und beantragt eine Freiheitsstrafe von 14 Monaten (Urk. 56, S. 2).

3. a) Die Vorinstanz hat den Strafraum für das vorliegend zu beurteilende Delikt korrekt abgesteckt und die Grundlagen der Strafzumessung zutreffend dargelegt. Es kann vorab darauf verwiesen werden (Urk. 55, S. 7 f.).

b) Sodann sind auch die vorinstanzlichen Erwägungen zur Tatkomponente nicht zu beanstanden; die Ausführungen sowohl zur objektiven als auch zur subjektiven Tatschwere überzeugen. Es kann wiederum darauf verwiesen werden (Urk. 55, S. 8 ff.).

ba) Die Verteidigung hält dem entgegen, die vom Beschuldigten transportierten 17,3 Gramm reinen Heroins seien als im "untersten Bereich" und nicht bloss im "unteren Bereich" des qualifizierten Straftatbestands von Art. 19 Abs. 2 BetmG anzusiedeln, wie es die Vorinstanz getan habe, zumal heutzutage im Raum Zürich ja Heroingeschäfte im Nettokilobereich getätigt würden (Urk. 56, S. 3).

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden: Zunächst mag es wohl zutreffen, dass 17,3 Gramm reines Heroin angesichts der vom Bundesgericht bei 12 Gramm reinem Heroin festgesetzten Grenze zum qualifizierten Straftatbestand von Art. 19 Abs. 2 BetmG als noch in dessen "unterstem Bereich" anzusiedeln sind, jedoch wird auch dieser vom "unteren Bereich" mitumfasst, weshalb eine wortklauberische Auseinandersetzung mit diesen beiden Quantifizierungen wenig ergiebig erscheint, sondern darauf abzustellen ist, ob die von der Vorinstanz unter Berücksichtigung des gesamten Tatverschuldens festgesetzte hypothetische Einsatzstrafe verhältnismässig erscheint.

Sodann können der bundesgerichtliche Grenzwert und darauf aufbauende Quantifizierungen offenkundig nicht dadurch relativiert werden, dass sie in Relati-

on zu eher seltenen Fällen des Heroinhandels im Nettokilobereich gesetzt werden, für welche die genannte Bundesgerichtspraxis ohnehin keine Rolle spielt.

Zur Tatschwere hat die Vorinstanz nachvollziehbar dargelegt, dass es vorliegend um sog. harte Drogen mit entsprechendem Gefährdungspotential geht, eine Menge klar über dem bundesgerichtlichen Grenzwert zur Diskussion steht und der Beschuldigte sich aktiv um deren Transport bemühte, wobei ihm zugute zu halten ist, dass er als blosser Kurier eine untergeordnete Funktion in der Drogenhandelshierarchie innehatte und sich die Tathandlung auf einen einmaligen Kurierdienst bezog (Urk. 55, S. 9 f.). Bereits insofern rechtfertigt sich – wie von der Verteidigung geltend gemacht (Urk. 56, S. 3) – die Annahme einer "äusserst leichten" objektiven Tatschwere aber nicht mehr.

Straferhöhend kommt hinzu, dass der Beschuldigte mit Wissen und Willen um den Herointransport und das von Heroin ausgehende Gefährdungspotential handelte, und dies allein aus finanziellen und damit egoistischen Motiven, angeblich um sich ein Zugticket für die Rückreise nach Italien kaufen zu können (Urk. 39, S. 5). Soweit die Vorinstanz diesen Umstand bzw. das verhältnismässig geringe Entgelt von lediglich Fr. 250.– leicht verschuldensmindernd veranschlagt hat (Urk. 55, S. 10), kann ihr indes nicht gefolgt werden, handelte der Beschuldigte doch in vollem Bewusstsein um die möglichen strafrechtlichen Konsequenzen und obschon es ihm eingestandenermassen (Urk. 39, S. 5 f.) auch möglich gewesen wäre, einen Betrag in dieser geringen Grössenordnung anderweitig und auf legalem Weg erhältlich zu machen (so zu Recht auch die Vorinstanz, Urk. 55, S. 10).

bb) Nicht zu hören ist die Verteidigung mit dem Einwand, "im aufgeklärten Drogenzeitalter" wisse jeder Konsument um die Gefährlichkeit von Betäubungsmitteln und welchem gesundheitlichen Risiko er sich durch ihren Konsum aussetze, weshalb das aktive Verhalten und der direkte Vorsatz des Beschuldigten, mit der von ihm transportierten Heroinmenge eine Vielzahl von Menschen zu gefährden, erheblich zu relativieren seien und nicht verschuldenserhöhend berücksichtigt werden könnten (Urk. 56, S. 3), ist dem Betäubungsmittelstrafrecht eine sog. Opfermitverantwortung, wie es sie beispielsweise im Vermögensstrafrecht gibt, doch gänzlich fremd.

bc) Wenn die Verteidigung das Tatverschulden des Beschuldigten insgesamt als leicht qualifiziert und dafür eine hypothetische Einsatzstrafe von 12 Monaten veranschlagt (Urk. 56, S. 3 f.), so kann ihr aus den genannten Gründen also nicht gefolgt werden. Vielmehr rechtfertigt es sich, mit der Vorinstanz und im Sinne ihrer Erwägungen von einem noch eher leichten Tatverschulden auszugehen und dafür eine hypothetische Einsatzstrafe von 18 Monaten festzusetzen.

c) Nicht zu beanstanden sind schliesslich auch die vorinstanzlichen Erwägungen zur Täterkomponente, worauf abermals verwiesen werden kann (Urk. 55, S. 11 ff.).

Die Verteidigung macht demgegenüber geltend, die einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten würden eine Straferhöhung nur von 2, nicht aber von 6 Monaten rechtfertigen, zumal der Beschuldigte aufgrund seiner familiären Situation besonders strafempfindlich sei (Urk. 56, S. 4).

Wie bereits erwähnt, ist der Beschuldigte mehrfach einschlägig vorbestraft, wurde er doch bereits mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Juni 1998 wegen Verbrechens gegen das BetmG und Widerhandlung gegen das ANAG zu einer Zuchthausstrafe von 5 Jahren sowie mit Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 24. Juli 2003 wegen Verbrechens und Vergehens gegen das BetmG und Widerhandlung gegen das ANAG zu einer Zuchthausstrafe von 7 ½ Jahren verurteilt (Urk. 14/3). Diesen Umstand veranschlagte die Vorinstanz zu Recht "sehr deutlich strafferhöhend", da sich darin in der Tat eine ausserordentliche Gleichgültigkeit hinsichtlich der Einhaltung der hiesigen Rechtsordnung zeigt (Urk. 55, S. 11 f.).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt selbst die Verbüssung einer langjährigen Freiheitsstrafe für jeden in ein familiäres oder soziales Umfeld eingebetteten Beschuldigten eine gewisse Härte dar, weshalb sie nur zurückhaltend und bei aussergewöhnlichen Umständen berücksichtigt werden darf (BASLER KOMMENTAR, Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 47 N 118). Solche aussergewöhnlichen Umstände liegen in casu jedoch keine vor: Die Ehefrau des Beschuldigten generiert als Kindergärtnerin ein regelmässiges, eigenes Einkommen und betreut die beiden Söhne im Teenageralter faktisch alleine (Urk. 39, S. 7), da der Beschuldigte überwiegend im Ausland lebt, die Familie gemäss eigenen An-

gaben ca. einmal pro Monat bzw. je nach seinen Möglichkeiten besucht und auch für die Zeit nach seiner Haftentlassung die Rückkehr in sein Heimatland plant (Urk. 39, S. 3 f.). Kommt hinzu, dass der Beschuldigte auch schon in der Vergangenheit aufgrund seiner langjährigen Haftstrafen kaum je für die Familie da war. Eine besondere Strafempfindlichkeit ist somit klarerweise nicht auszumachen.

Dass die Vorinstanz unter Berücksichtigung der deutlich strafferhöhenden einschlägigen Vorstrafen und des leicht strafmindernden Geständnisses die hypothetische Einsatzstrafe von 18 auf 24 Monaten angehoben hat, erscheint somit Täterangemessen und ist nicht zu beanstanden.

4. Im Ergebnis erscheint die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe von 24 Monaten also schuldangemessen, weshalb sie zu bestätigen ist. Daran anzurechnen sind die bis und mit heute bereits erstandenen 308 Tage Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzugs.

5. Aufgrund der einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten (vgl. Urk. 14/3) kann ein Aufschub der ausgefallten Freiheitsstrafe vorliegend nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden. Dies wird denn auch von der Verteidigung nicht beantragt. Die Freiheitsstrafe ist deshalb zu vollziehen.

V.

Kostenfolgen

1. Erstinstanzliches Verfahren: Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens ohne weiteres dem Beschuldigten aufzuerlegen.

2. Zweitinstanzliches Verfahren: Gemäss Art. 428 Abs. 1 StPO tragen die Parteien die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens.

Der Beschuldigte unterliegt mit seiner Berufung gänzlich. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind somit ausgangsgemäss ihm aufzuerlegen.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind unter Vorbehalt des Rückforderungsrechts des Staates auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 135 Abs. 4

StPO). Entsprechend ist der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, für das Berufungsverfahren mit Fr. 2'463.25 (inkl. MWSt) aus der Gerichtskasse zu entschädigen (vgl. Urk. 64) und der Beschuldigte 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, 3. Abteilung, vom 10. Januar 2013 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 4 – 6 (Einziehungen), 7 (Kostenaufstellung) und 9 (Kostenregelung betreffend amtliche Verteidigung für das vor- und erstinstanzliche Verfahren) rechtskräftig ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte A._____ wird bestraft mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten, wovon bis und mit heute 308 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug bereits erstanden sind.
2. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'463.25 amtliche Verteidigung
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, wird für das Berufungsverfahren mit Fr. 2'463.25 (inkl. MWSt) aus der Gerichtskasse ent-

schädigt. Der Beschuldigte wird verpflichtet, diese Anwaltsentschädigung der Staatskasse zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben.

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 Vollzugsdienste

hernach 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
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

6. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist **innert 30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des 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