

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB130363-O/U/cs-hb

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Vorsitzender, lic. iur. Burger und Ersatzoberrichterin lic. iur. Bertschi sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Höfliger

Urteil vom 28. Januar 2014

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 25. April 2013 (DG120398)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 28. November 2012 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 13).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG, sowie
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 aBetmG.
2. Das Verfahren betreffend Übertretungen des Betäubungsmittelgesetzes vor dem 25. April 2010 wird eingestellt.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 27 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 78 Tage durch Haft erstanden sind) sowie mit einer Busse von Fr. 400.–.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 15 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate, abzüglich 78 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen.
6. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

- Fr. 2'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 6'420.00 Kosten Kantonspolizei Zürich
Fr. 4'500.00 Gebühr Strafuntersuchung (§ 4 GebStrV)
Fr. 14'906.00 Auslagen Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung (noch ausstehend)

Über allfällige weiteren Kosten (Barauslagen usw.) wird die Gerichtskasse Rechnung stellen.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrieben. 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. 42 S. 1)

1. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von maximal 24 Monaten unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft zu bestrafen.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren aufzuschieben.
3. Die Kosten, inkl. derjenigen der amtlichen Verteidigung, seien ausgangsgemäss auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Vertreter der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:

(Urk. 38, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

I. Gegenstand des Berufungsverfahrens

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 25. April 2013 wurde der Beschuldigte des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes schuldig gesprochen. Betreffend Übertretungen des Betäubungsmittelgesetzes vor dem 25. April 2010 wurde das Verfahren eingestellt. Der Beschuldigte wurde bestraft mit 27 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 78 Tage durch Haft erstanden sind) sowie mit einer Busse von Fr. 400.–. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 15 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt und im Umfang von 12 Monaten, abzüglich 78 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind, wurde der Vollzug der Freiheitsstrafe angeordnet.

Gegen dieses Urteil hat der Beschuldigte mit Eingabe vom 2. Mai 2013 fristgerecht Berufung angemeldet (Urk. 27) und mit Eingabe vom 6. August 2013 die Berufungserklärung eingereicht (Urk. 35). Er beantragt, er sei mit einer bedingten Freiheitsstrafe von maximal 24 Monaten zu bestrafen unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren.

Die Staatsanwaltschaft hat auf Anschlussberufung verzichtet und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragt (Urk. 38). Ihrem gleichzeitig gestellten Dispensationsgesuch betreffend die heutige Berufungsverhandlung wurde am 17. Oktober 2013 entsprochen.

Das vorinstanzliche Urteil ist demzufolge bezüglich der Höhe der Freiheitsstrafe (Dispositiv-Ziffer 3) und bezüglich des Strafvollzugs (Dispositiv-Ziffer 4) angefochten. In den übrigen Punkten ist es in Rechtskraft erwachsen. Davon ist vorweg Vormerk zu nehmen.

II. Sanktion

1. Strafrahmen und allgemeine Regeln für die Strafzumessung

Betreffend den Strafrahmen und die allgemeinen Regeln für die Strafzumessung kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 34 S. 17 ff.). Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass vorliegend keine aussergewöhnlichen Umstände vorliegen, welche eine Erweiterung des ordentlichen Strafrahmens rechtfertigen würden. Insbesondere ist eine allfällige Verminderung der Schuldfähigkeit innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 34 S. 18).

Ausserdem ist in Erinnerung zu rufen, dass die für die Übertretungen ausgefallte Busse nicht angefochten wurde und in Rechtskraft erwachsen ist.

Die Strafzumessung ist nachfolgend für das Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz innerhalb des Strafrahmens von einem bis zu zwanzig Jahren Freiheitstrafe vorzunehmen.

2. Konkrete Strafzumessung

2.1. Tatkomponente

2.1.1. Objektive Tatkomponente

Der Beschuldigte hat über eine Zeit von ca. 6 Monaten hinweg von diversen Lieferanten rund 400 Gramm Kokaingemisch übernommen und in mehreren Malen an B._____ verkauft. Die verkaufte Menge reinen Kokains wurde von der Vorinstanz mit zutreffender Begründung auf 140,6 Gramm ermittelt (14,3 Gramm am 2. Mai 2011 und 126,3 Gramm ausgehend von einem gassenüblichen Reinheitsgrad von 33,3 % bei den weiteren Verkäufen) (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 34 S. 15 f.). Diese über mehrere Monate hinweg verkaufte Menge übersteigt die Grenze für einen schweren Fall um ein Mehrfaches. Entsprechend gross ist die Anzahl Menschen, deren Gesundheit mit dieser Drogenmenge in Gefahr gebracht werden kann.

Der Beschuldigte betätigte sich als Zwischenhändler auf einer mittleren Stufe im Drogenhandel.

Er verkaufte nur an eine einzelne Person (B. _____), was eher auf einen tiefen Organisationsgrad hinweist.

In objektiver Hinsicht wiegt das Verschulden insgesamt nicht mehr leicht.

2.1.2. Subjektive Tatkomponente

Der Beschuldigte handelte mit direktem Vorsatz.

Sein Motiv war finanzieller Natur. Von eigentlicher Beschaffungskriminalität ist aufgrund der nachfolgend darzulegenden Angaben des Beschuldigten zu seinem Konsumverhalten nicht auszugehen.

Die Verteidigung macht geltend, der Beschuldigte sei aufgrund seines Kokain- und Medikamentenkonsyms in leichtem bis mittlerem Masse schuldunfähig gewesen (Urk. 42 S. 4; Urk. 24 S. 10). Dieser Einschätzung kann nicht gefolgt werden, da die eigenen Aussagen des Beschuldigten gegen einen solchen Grad der Verminderung der Schuldfähigkeit sprechen: Gemäss Protokoll der ärztlichen Untersuchung beim Institut für Rechtsmedizin im Zusammenhang mit Blutentnahme und Urin- sowie Haarasservierung vom 20. Juli 2011 gab der Beschuldigte an, er nehme täglich 0,5 - 1mg Xanax und habe vor Monaten Cocain und Cannabis konsumiert (Urk. 5/3). Auf die Frage betreffend Rauchen, Alkohol- und Drogenkonsum sagte er in der Befragung vom 3. Mai 2012 (Urk. 10/4) aus, er habe bis zu seiner Verhaftung manchmal Alkohol und Medikamente konsumiert, weiter wolle er sich dazu nicht äussern (Urk. 10/4 S. 5). In der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 13. November 2012 sagte er auf die Frage nach seinem Betäubungsmittelkonsum aus, er konsumiere momentan nicht und habe eigentlich in den letzten Jahren nicht mehr konsumiert. Kurzfristig habe es mal eine Zeit gegeben, in welcher er konsumiert habe. Er habe Ende 2009 und im Januar 2010 Abstürze gehabt, phasenweise habe er bis Mai 2011 Abstürze gehabt (Urk. 2/9 S. 3). Zur Häufigkeit der Abstürze wollte er sich nicht äussern und erklärte auf die Frage nach der konsumierten Menge, er habe kleinere Mengen, einige Gramm

pro Absturz, durch Rauchen oder Schnupfen konsumiert (Urk. 2/9 S. 4). Als Motiv für die erneuten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz nannte er eine Verkettung von verschiedenen Umständen, im privaten sowie im geschäftlichen Umfeld (Urk. 2/9 S. 4). Schliesslich sagte er in der Befragung vor Vorinstanz am 25. April 2013 aus, er lebe seit zwei Jahren ohne Psychopharmaka und Drogen (Urk. 21 S. 3). Den Aussagen des Beschuldigten ist zu entnehmen, dass er in der Zeit der Drogenverkäufe phasenweise Abstürze in den Drogenkonsum hatte, wobei er einige Gramm durch Rauchen oder Schnupfen konsumierte, und dass er ab Ende April 2011 ohne Drogen und ohne Psychopharmaka lebte. Unter diesen Umständen ist nicht von einer Drogenabhängigkeit auszugehen, welche zu einer mittelgradigen Verminderung der Schuldfähigkeit führte, wie dies die Verteidigung geltend macht. Als Grund für die Delinquenz machte der Beschuldigte selber nicht die Finanzierung seines Eigenkonsums geltend, sondern nannte nachvollziehbar eine Verkettung von Umständen im privaten und im geschäftlichen Bereich. Der Vorinstanz ist daher in ihrer Einschätzung zu folgen, dass der Beschuldigte eher als massiver Gelegenheitskonsument denn als Abhängiger bezeichnet werden muss (Urk. 34 S. 21). Eine Strafminderung infolge leicht verminderter Schuldfähigkeit trägt diesen Umständen in angemessener Weise Rechnung.

In subjektiver Hinsicht wiegt das Verschulden ebenfalls nicht mehr leicht.

2.1.3. Einsatzstrafe

Dem insgesamt nicht mehr leichten Verschulden angemessen erscheint eine Einsatzstrafe im Bereich von 24 Monaten.

2.2. Täterkomponente

2.2.1. Persönliche Verhältnisse

Betreffend die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten kann vorab auf die zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (Urk. 34 S. 23). Anlässlich der Berufungsverhandlung schilderte er diese als weitgehend unverändert (Prot. II S. 3 ff.), mit der Ausnahme allerdings seiner beruflichen Situation. Er führte aus, dass er – aus vorwiegend familiären Gründen – im Dezember 2013

sein 50%-Pensum als Chauffeur bei der C._____ per Dezember 2013 habe kündigen müssen und auch ein Jobangebot im Januar 2014 (mit 100%-Pensum) nicht habe annehmen können. Seine Lebenspartnerin sei momentan durch die Betreuung des Sohnes und die an sie gestellten Integrationsanforderungen (Deutschkurs, Aufforderung zur Teilnahme an einem Beschäftigungsprogramm) derart überfordert, dass er zu ihrer Entlastung als Hausmann habe einspringen müssen. Er sei deshalb arbeitslos und werde vom Sozialamt mit rund Fr. 3'700.– monatlich unterstützt (Prot. II S. 8 f.; Urk. 42 S. 6 f.). Er gehe aber davon aus, dass sich die Situation bis März 2014 normalisiere, und er im Frühjahr 2014 zu 100% arbeiten könne (Urk. 42 S. 7).

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass sich daraus keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ergeben. Entgegen der Auffassung der Verteidigung (vgl. Urk. 42 S. 5) führen die temporär angespannten familiären Verhältnisse noch nicht zu einer besonderen, strafmindernd zu berücksichtigenden Strafempfindlichkeit, da eine solche nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur bei Vorliegen aussergewöhnlicher Umstände zu bejahen ist (vgl. BSK StGB - Wiprächtiger/Keller, Art. 47 N 150).

2.2.2. Geständnis

Der Beschuldigte hat den Anklagevorwurf anfänglich bestritten und erst nach Vorhalt der Gespräche aus der Auswertung der Telefonkontrolle in der Konfrontationseinvernahme mit B._____ weitgehend anerkannt. Sein Geständnis erfolgte somit in einem späten Zeitpunkt und hat die Untersuchung nicht erheblich erleichtert. Die unterschiedlichen Aussagen des Beschuldigten zur verkauften Mengen wurden von ihm nachvollziehbar mit fehlender genauer Erinnerung erklärt. Unsicherheiten betreffend genaue Mengenangaben sind bei Drogenhandel über einen Zeitraum von mehreren Monaten und in mehreren Malen nichts Ungewöhnliches und dürfen dem Beschuldigten nicht zu seinem Nachteil als mangelnde Bereitschaft zu einem vollumfänglichen Geständnis angelastet werden. Sein Geständnis ist leicht strafmindernd zu berücksichtigen.

2.2.3. Vorstrafen

Der Beschuldigte hat eine einschlägige Vorstrafe erwirkt. Mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 10. Dezember 1996 wurde er wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten bestraft. Aus dem Vollzug dieser Freiheitsstrafe wurde er am 20. September 2005 bedingt entlassen. Trotz dieser einschlägigen Vorstrafe und der Verbüsung einer mehrjährigen Freiheitsstrafe liess sich der Beschuldigte nicht von erneuter gleichartiger Delinquenz abhalten. Zugunsten des Beschuldigten fällt jedoch stark ins Gewicht, dass die Vorstrafe im Zeitpunkt der heute zu beurteilenden Taten sehr lange Zeit zurücklag und er erst 5 Jahre nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug erneut straffällig wurde. Insgesamt wirkt sich die einschlägige Vorstrafe deshalb leicht strafferhöhend aus.

3. Fazit

Der strafferhöhende Faktor der Vorstrafe und der strafmindernde Faktor des Geständnisses heben sich gegenseitig auf.

Der Beschuldigte ist daher mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu bestrafen. An die Freiheitsstrafe anzurechnen sind 78 Tage erstandener Haft.

III. Strafvollzug

Bei dieser Strafhöhe kommt aus objektiver Sicht die Gewährung des vollbedingten Vollzugs der Strafe in Frage (Art. 42 Abs. 1 StGB).

In subjektiver Hinsicht wird das Fehlen einer ungünstigen Prognose, d.h. das Fehlen von Anhaltspunkten für eine Wiederholungsgefahr, vorausgesetzt. Die Vorinstanz hat mit sorgfältiger und überzeugender Begründung dargetan, dass dem Beschuldigten eine günstige Legalprognose gestellt werden kann. Die erstinstanzlichen Erwägungen behalten grundsätzlich ihre Gültigkeit auch nach der heute vorzunehmenden Strafreduktion, weshalb vorab vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 34 S. 27 f., Ziff. V.3.). Im Unterschied zur Vorinstanz ist die Strafe heute allerdings vollumfänglich aufzuschieben, womit die Warnwirkung ei-

nes unbedingt zu vollziehenden Strafteils entfällt. Verbleibenden Restbedenken (aufgrund des Umstands, dass die Prognose wegen der einschlägigen Vorstrafe des Beschuldigten nicht unbelastet ist) ist deshalb durch die Ansetzung einer verlängerten, nämlich vierjährigen Probezeit Rechnung zu tragen.

IV. Kostenfolgen

Der Beschuldigte obsiegt mit seinen Anträgen im Berufungsverfahren weitestgehend. Ausgangsgemäss sind daher die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren sind auf Fr. 3'000.– festzulegen (vgl. Urk. 41).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 25. April 2013, bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 2 (Einstellung des Verfahrens betr. Übertretungen vor dem 25. April 2010), 3 teilweise (Busse), 5 (Ersatzfreiheitsstrafe) sowie 6 und 7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 78 Tage durch Haft erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.

4. Das Honorar des amtlichen Verteidigers wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
6. 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

sowie 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

und 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
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten

7. Rechtsmittel:

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 28. Januar 2014

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic, iur. Spiess

lic. iur. Höfliger