

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB140343-O/U/hb

Mitwirkend: der Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, die Ersatzoberrichter
lic. iur. Muheim und lic. iur. Meier sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. Oswald

Urteil vom 4. November 2014

in Sachen

A._____,

Beschuldigter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. Hubmann,

Anklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

betreffend **mehrfache qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
27. Februar 2014 (DG130407)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 9. Dezember 2013 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 54).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig der mehrfachen Widerhandlung 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 und b BetmG.
2. Der Beschuldigte A. _____ wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren, wovon bis und mit heute 997 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Die bei der Kantonspolizei Aargau sichergestellten und unter der Asservatennummer A... bei der Kantonspolizei Zürich, ..., gelagerten Betäubungsmittel (2'985 Gramm Kokaingemisch in 6 sog. Halbkiloblöcken) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
5. Von der Verpflichtung des Beschuldigten zur Zahlung einer Ersatzforderung wird abgesehen.
6. Der amtliche Verteidiger wird mit Fr. 7'131.20 (inkl. MwSt.) entschädigt.

7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
- Fr. 3'600.00 ; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 2'400.00 Gebühr für das Vorverfahren,
 - Fr. 2'162.50 Ausserkantonale Verfahrenskosten
 - Fr. 17'149.50 Auslagen Untersuchung
 - Fr. 12'768.80 amtliche Verteidigung (inkl. MwSt.)
8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen 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.

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 81 S. 2)
1. Der Beschuldigte sei vom Vorwurf der mehrfachen Widerhandlung gegen das BetmG i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. g i.V.m. Abs. 2 lit. a und b BetmG (Anklage-Ziffern D., E., G., H.a, I., K. und L.) freizusprechen.
 2. Der Beschuldigte sei - unter Anrechnung der erstandenen Haft und des vorzeitigen Strafvollzugs - mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 3 Jahren zu bestrafen. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass er den vollziehbaren Strafanteil vollständig erstanden hat.
 3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, der amtlichen Verteidigung sowie $\frac{1}{4}$ der Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens seien auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die übrigen Kosten seien in einem angemessenen Umfang herabzusetzen und dem Beschuldigten aufzuerlegen.

b) Der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:

(Urk. 80 S. 1)

1. In Aufhebung von Dispositivziffer 2. des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 27. Februar 2014 sei der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 3 Monaten zu bestrafen, dies unter Anrechnung von 997 Tagen erstandenen Hafttagen.
2. Im Übrigen sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 27. Februar 2014 zu bestätigen.

Erwägungen:

I.

Verfahrensgang

1.1. Die Kantonspolizei Zürich ermittelte in Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich unter dem Aktionsnamen „B.____“ gegen eine albanisch-stämmige Personengruppe wegen Handels mit grossen Mengen Kokain und Heroin. Dabei wurden mehrere Telefonüberwachungen angeordnet, unter anderem gegen den Beschuldigten und C.____. Diese konnten am 7. bzw. 8. März 2011 mit einer jeweils grossen Menge Kokain verhaftet werden. Während die deutsche Staatsanwaltschaft in Offenburg eine Strafuntersuchung gegen C.____ führte, ermittelte bzw. untersuchte die Kantonspolizei Zürich bzw. die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich gegen den Beschuldigten. Die Untersuchung mündete, was den Beschuldigten betrifft, in die Anklage vom 9. Dezember 2013 (Urk. 54) an das Bezirksgericht Zürich.

1.2. Dem vorliegenden Verfahren ging ein abgekürztes Verfahren voraus. Nachdem der Beschuldigte vom Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom 12. Januar 2013 antragsgemäss schuldig gesprochen und bestraft worden war (Urk. 25), wurde

das entsprechende Urteil vom Beschuldigten bis ans Bundesgericht weitergezogen (Urk. 34 und 35) und schliesslich aufgehoben (Urk. 36). Das Verfahren wurde an die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich zur Durchführung des ordentlichen Verfahrens zurückgewiesen. Mit Anklageschrift vom 9. Dezember 2013 (Urk. 54) erhob die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich Anklage gegen den Beschuldigten wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG.

2. Mit Urteil vom 27. Februar 2014 sprach das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, den Beschuldigten der mehrfachen Widerhandlung 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 und b BetmG schuldig. Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von vier Jahren, unter Anrechnung von 997 Tagen erstandener Haft und vorzeitigen Strafantritt. Gleichzeitig zog die Vorinstanz die sichergestellten Betäubungsmittel (2'985 Gramm Kokaingemisch) ein und überliess sie der zuständigen Behörde zur Vernichtung. Von der Verpflichtung des Beschuldigten zur Zahlung einer Ersatzforderung sah die Vorinstanz ab.

3. Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 9 ff.) liess der Beschuldigte am 7. März 2014 durch seinen amtlichen Verteidiger rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 72). Am 12. März 2014 erfolgte die Mitteilung der Berufungsanmeldung an die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich und das Bundesamt für Polizei (Urk. 70/1-2). Das Urteil ging dem Beschuldigten sowie der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich am 16. Juni 2014 bzw. 17. Juni 2014 (Urk. 69/1-2) in begründeter Fassung zu (Urk. 68 bzw. 71). Die Verteidigung reichte der hiesigen Kammer die Berufungserklärung mit Schreiben vom 4. Juli 2014 ein (Urk. 72). Aus dieser geht hervor, dass vom Beschuldigten der Schuldspruch wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG (Handel mit Streckmitteln) angefochten wird. Darüber hinaus focht er die Strafzumessung und damit einhergehend den Vollzug der Strafe sowie die Kostenaufgabe an. Beweis- anträge wurden seitens der Verteidigung nicht gestellt.

4. Mit Präsidialverfügung vom 4. August 2014 wurde der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO, Art. 401 StPO und Art. 34 StGB eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben werde, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 73). In der Folge erhob die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich mit Eingabe vom 19. August 2014 Anschlussberufung und verlangte eine Erhöhung der ausgefallten Freiheitsstrafe um drei Monate (Urk. 75). Beweisanträge stellte die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich keine. Mit Präsidialverfügung vom 22. August 2014 wurde dem Beschuldigten in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und Art. 401 StPO eine Kopie der Anschlussberufungserklärung zugestellt (Urk. 76).

II.

Gegenstand der Berufung / Beanstandungen / Anklagevorwurf

1.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt (vgl. Schmid, Praxiskommentar, Zürich / St. Gallen 2009, N 1 zu Art. 402). Der Beschuldigte hat die Berufung in seiner Berufungserklärung vom 4. Juli 2014 (Urk. 72) ausdrücklich auf die Ziffern 1 (Schuldspruch wegen mehrfacher Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG), Ziffer 2 (Strafmass), Ziffer 3 (Strafvollzug) und Ziffer 8 (Kostenauflage) des bezirksgerichtlichen Urteilsdispositivs eingeschränkt. Nicht angefochten wurden die Schuldsprüche wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG (Dispositivziffer 1), die Einziehung der sichergestellten Betäubungsmittel (Dispositivziffer 4), der Verzicht auf eine Ersatzforderung (Dispositivziffer 5), die Entschädigung des amtlichen Verteidigers (Dispositivziffer 6), die vorinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 7) sowie die Regelung der Kosten der amtlichen Verteidigung (Dispositivziffer 9). Somit ist mittels separatem Vorabbeschluss festzustellen, dass die Dispositivziffern 1 (teilweise), 4, 5, 6, 7 und 9 des erstinstanzlichen Urteils in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 402 i.V.m. Art. 437 StPO).

1.2. Damit ist im Folgenden der Schuldspruch betreffend mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG einer erneuten Überprüfung zu unterziehen. Ebenso ist die Strafzumessung (inklusive Strafvollzug) sowie die erstinstanzliche Kostenaufgabe zu prüfen.

2.1. In ihrer Berufungserklärung vom 4. Juli 2014 (Urk. 72) kritisierte die Verteidigung die rechtliche Würdigung der Erstinstanz. Diese habe den Umgang des Beschuldigten mit Streckmitteln zu Unrecht als Anstalten-Treffen im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG qualifiziert. Unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in BGE 130 IV 131 hält die Verteidigung dafür, dass der Beschuldigte die inkriminierten Handlungen nicht in der Absicht vorgenommen habe, als Täter oder gemeinsam mit andern Personen als Mittäter strafbare Handlungen im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a-f BetmG auszuführen. An der Sache vorbei gingen zudem die Erwägungen der Vorinstanz zur Bande. Zwar habe die Vorinstanz den Beschuldigten und C._____ zu Recht als Zweierbande im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. b BetmG qualifiziert. Daraus habe sie aber nicht ableiten dürfen, dass der Beschuldigte Mitglied einer beliebig grossen Bande um den Haupttäter C._____ gewesen sei. Mit den Abnehmern habe der Beschuldigte nichts zu tun gehabt. Der Beschuldigte habe vielmehr in völlig untergeordneter Position die Befehle von C._____ ausgeführt. Einen Plan, sich mit den Abnehmern der Streckmittel am Drogenhandel zu beteiligen, habe der Beschuldigte nicht gehabt. Sodann sei nicht bekannt, was mit den Streckmitteln gemacht worden sei. In Anbetracht der grossen Streckmittelmenge sei unwahrscheinlich, dass die Streckmittel zum Verdünnen der gleichzeitig vom Beschuldigten ausgelieferten Drogen verwendet worden seien. Die Erstinstanz habe dem Beschuldigten schliesslich vorgeworfen, er sei sich der Möglichkeit bewusst gewesen bzw. habe in Kauf genommen, dass die Streckmittel für eine Vermischung mit Kokain verwendet würden. Dieser Umstand reiche aber für eine Verurteilung wegen Anstalten-Treffens gerade nicht aus (Urk. 72 S. 3 f.).

Im Zusammenhang mit der Strafzumessung erachtet die Verteidigung die von der Vorinstanz festgesetzte Einsatzstrafe für das objektive Verschulden als zu hoch. Das Bezirksgericht habe die völlig untergeordnete Funktion des Beschuldigten in

dem von C._____ betriebenen Kokainhandel nicht berücksichtigt. Auch der erwartete Gewinn von CHF 5'000.--, welcher sich im Übrigen nicht realisiert habe, sei nicht als „gross“ zu bezeichnen. Überdies sei von einer starken Abhängigkeit des Beschuldigten von C._____ auszugehen. Das subjektive Verschulden relativiere die objektive Tatschwere sodann mehr als vom Bezirksgericht angenommen. Im Rahmen der Täterkomponente sei das Geständnis und die Reue des Beschuldigten massiv strafmindernd zu gewichten. Der Beschuldigte habe sich aussergewöhnlich kooperationsbereit gezeigt und eine Vielzahl von prozessentscheidenden Geständnissen abgelegt, aufgrund derer ihm die Taten überhaupt hätten nachgewiesen werden können (Urk. 72 S. 4 f.).

Insgesamt – so die Verteidigung - erscheine eine Freiheitsstrafe von 36 Monaten angemessen. Da keine Hinweise für eine schlechte Legalprognose vorlägen, sei die Freiheitsstrafe teilbedingt auszufällen (Urk. 72 S. 5). Aufgrund des Teilfreispruchs rechtfertige es sich ferner, einen Teil der Verfahrenskosten auf die Staatskasse zu nehmen. Die übrigen Kosten der Untersuchung und des vorinstanzlichen Gerichtsverfahrens seien dem Beschuldigten in Anwendung von Art. 425 StPO zu erlassen bzw. angemessen herabzusetzen.

2.2. Die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich hielt in ihrer Anschlussberufung vom 19. April 2014 (Urk. 75) dafür, dass die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe zu mild sei. Die Einschätzung der Vorinstanz, wonach eine Abhängigkeit des Beschuldigten von C._____ vorgelegen habe, vermöge nicht zu überzeugen. Und selbst wenn eine Abhängigkeit bestanden hätte, wäre diese nicht derart gross gewesen, dass der Beschuldigte keine Tatherrschaft mehr gehabt hätte und nicht anders hätte entscheiden können. Im kulturellen Umfeld, in dem der Beschuldigte sich aufhalte, sei nämlich das Vermeiden von sündhaftem Verhalten oberstes Gebot. Eine Freiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten erachte sie als angemessen.

2.3. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet der Sachverhalt gemäss Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 9. Dezember 2013 (Urk. 54). Darin wird dem Beschuldigten zusammengefasst was folgt vorgeworfen:

Im Rahmen der breitangelegten Überwachungsaktion „B.____“ sei eine Vielzahl von vorwiegend kosovarischen und albanischen Staatsangehörigen überwacht worden, die teils in enger arbeitsteiliger Zusammenarbeit, teils auch auf eigene Rechnung und Risiko dem Betäubungsmittelhandel nachgegangen seien. In diesem Zusammenhang seien zuerst auch C.____ und hernach der Beschuldigte überwacht worden. Diese Überwachungen hätten ergeben, dass der Beschuldigte zusammen mit C.____ dem bandenmässigen Drogenhandel nachgegangen sei, wobei der Beschuldigte hauptsächlich als Gehilfe von C.____ aufgetreten sei, das heisst weitgehend bzw. ausschliesslich die Anweisungen und Befehle von C.____ ausgeführt habe. Auf diese Weise, das heisst in diesem arbeitsteiligen Verhältnis hätten die beiden (der Beschuldigte sowie sein Partner und „Chef“ C.____) eine grössere Menge, mindestens aber 5 Kilogramm Kokaingemisch (ca. 4.2 kg reines Cocainhydrochlorid) aus dem Kosovo in die Schweiz eingeführt und hier teils zusammen, teils gemeinsam auf Geheiss und/oder Absprache eine im Nachhinein nicht mehr genau bestimmbare Menge mindestens aber rund insgesamt 1.4 Kilogramm Kokaingemisch an verschiedene Abnehmer in der Stadt Zürich und an verschiedenen Orten im Kanton Zürich, aber auch in verschiedenen weiteren umliegenden Kantonen verkauft, wobei der Beschuldigte hauptsächlich als Transporteur und Lagerist in klar untergeordneter Stellung tätig gewesen sei. Auf gleiche arbeitsteilige Weise hätten die beiden (der Beschuldigte sowie sein Partner und „Chef“ C.____) rund 65 Kilogramm sog. „Streckmittel“ gelagert und verkauft.

In der Folge werden dem Beschuldigten unter Lit. B - M der Anklageschrift im Einzelnen die von ihm und seinem Komplizen und „Chef“ C.____ im Zeitraum von ca. Februar 2010 bis März 2011 begangenen Straftaten im Zusammenhang mit Kokain und Streckmitteln vorgeworfen (Urk. 54 S. 3 ff.). Die dem Beschuldigten konkret zur Last gelegten strafbaren Handlungen im Zusammenhang mit den Streckmitteln sind unter den Vorgängen 101 (Lit. D), 100 (Lit. E), 102 (Lit. G), 103, (Lit. H) 98 Teil 1 (lit. I), 98 Teil 3 (Lit. K) sowie 98 Teil 2 (Lit. L) umschrieben.

III.

Anwendbares Recht

1.1. Die Vorinstanz würdigte das Verhalten des Beschuldigten als ein "Anstalten-Treffen" zum Betäubungsmittelhandel und sprach ihn diesbezüglich der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG schuldig.

1.2. Die Erstinstanz hat sich mit der Frage des anwendbaren Rechts ausführlich auseinandergesetzt. Es kann vorab auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 71 S. 3 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ihre dabei gezogenen Schlüsse sind indes nicht ganz korrekt und daher zu korrigieren.

2.1. Das Bezirksgericht hat zunächst richtig gesehen, dass das revidierte Betäubungsmittelgesetz am 1. Juli 2011 in Kraft gesetzt wurde und die eingeklagten (Anklage-)Sachverhalte den Zeitraum zwischen Februar 2010 und März 2011 betreffen. In Bezug auf ein und dieselbe Tat ist nur entweder das alte oder das neue Recht (Grundsatz der Alternativität) anzuwenden. Eine kombinierte Anwendung der beiden Rechte ist ausgeschlossen. Hat der Täter indessen - wie in casu - mehrere selbständige strafbare Handlungen begangen, so ist in Bezug auf jede einzelne Handlung gesondert zu prüfen, ob das alte oder neue Recht milder ist (BGE 134 IV 88 f.). Die (mehrfachen) Widerhandlungen im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG stellen neben dem "Anstalten-Treffen" selbständige Tatbestände dar, die unter dem Gesichtspunkt des Art. 2 Abs. 2 StGB auch ein durchaus eigenes Schicksal haben können. Das Verbot der kombinierten Anwendung des alten und des neuen Rechts hat - wie erwähnt - nur Bezug auf ein und dieselbe Tat. Es soll damit vermieden werden, dass hinsichtlich eines Deliktes z.B. dessen Qualifikation nach altem, die Sanktion sich aber nach neuem Recht richtet (BGE 102 IV 197).

2.2. Gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 aBetmG wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe bestraft, wer Anstalten zu Handlungen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG trifft. Nach neuem Recht ist die Strafdrohung

die selbe (vgl. Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG). Allerdings kann das Gericht gemäss Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG die Strafe bei einer (einfachen) Widerhandlung nach Absatz 1 lit. g nach freiem Ermessen mildern. Für das qualifizierte Anstalten-Treffen sehen sowohl das alte als auch das neue Recht eine Freiheitsstrafe von nicht unter einem Jahr, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann, vor. Ein Strafmilderung im Falle des qualifizierten "Anstalten treffen" ist nur vorgesehen, wenn der Täter von Betäubungsmitteln abhängig ist und diese Widerhandlung zur Finanzierung des eigenen Betäubungsmittelkonsums hätte dienen sollen (vgl. hierzu Art. 19 Abs. 3 lit. b BetmG). Der neu eingeführte Art. 19 Abs. 3 lit. b BetmG zielt auf den abhängigen Kleindealer ab. Wer in den Genuss der Strafmilderung kommen soll, muss daher sowohl selbst abhängig sein, das heisst nicht nur Konsumierender, als auch das Dealen allein zu Finanzierung seiner eigenen Sucht betreiben (vgl. hierzu BBI 2006 8613). Wie die Vorinstanz richtig gesehen hat, konsumiert der Beschuldigte selber keine Betäubungsmittel (Urk. 72 S. 19). Er hat sich somit nicht auf diese Geschäfte eingelassen, um damit seinen Eigenkonsum zu finanzieren. Eine Strafmilderung fällt vorliegend daher ausser Betracht. Die seit dem 1. Juli 2011 revidierten Bestimmungen (Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG; SR 812.121) sind daher nicht milder, weshalb das alte Recht anzuwenden ist (vgl. auch BGE 138 IV 100 E. 3.2). Am Ergebnis ändert sich - wie nachfolgend zu zeigen sein wird - indes nichts.

IV. Schuldpunkt

A. Sachverhalt

1. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der (Anklage-)Sachverhalt wie er in der Anklageschrift umschrieben ist, mit den von der Vorinstanz vorgenommenen Korrekturen und Präzisierungen rechtsgenügend erstellt ist. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 71 S. 4 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Diese wurde denn auch von keiner Partei in Zweifel gezogen. Zusammenfassend ist daher erstellt, dass der Beschuldigte damit gesamthaft mit 4.4 kg reinem Kokain und ca. 75 kg Streckmittel gehandelt hat.

B. Rechtliche Würdigung

2.1. Gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 aBetmG wird bestraft, "wer hiezu Anstalten trifft" ("... celui qui prend des mesures à ces fins"; "... chiunque fa preparativi a questi scopi"), mithin wer Anstalten zu Handlungen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG trifft. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 aBetmG erfasst zum einen den Versuch von Handlungen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG (BGE 121 IV 198 E. 2a; anders noch BGE 117 IV 309 E. 1a) und zum andern, darüber hinaus, gewisse qualifizierte Vorbereitungshandlungen dazu als selbständige Straftaten (BGE 121 IV 198 E. 2a; BGE 117 IV 309 E. 1a; BGE 106 IV 74b E. 3). Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 aBetmG erlaubt die Bestrafung von Vorbereitungshandlungen, welche der Täter zwecks Begehung eines Delikts gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG ausführt, soweit dieses tatbestandsmässig nicht erfüllt ist. Die Bestimmung zielt nicht darauf ab, jede untergeordnete Hilfeleistung von Dritten, welche die Begehung eines solchen Delikts fördert, als Haupttat zu erfassen (BGE 115 IV 59 E. 3). Wer eine Tätigkeit ausführt, die direkt dazu bestimmt ist, Betäubungsmittel zu strecken oder schon verschnittene Betäubungsmittel weiter zu verdünnen, um sie so in den Handel zu bringen, trifft Anstalten im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 aBetmG zu einer Handlung gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG (BGE 112 IV 106 E. 3a).

2.2. Einen Versuch im Sinne von Art. 21 ff. StGB kann nur begehen, wer nach seinem Plan die Straftat selber als Täter oder zusammen mit andern Personen als Mittäter verüben will. Einen Versuch zur Straftat *eines andern* gibt es nicht. Ein Verhalten, welches zur Straftat eines andern beiträgt, ist nicht ein Versuch dieser Tat, sondern kann nur als Teilnahme an der Tat insbesondere in der Form der Gehilfenschaft strafrechtlich erfasst werden.

2.3. Entsprechendes gilt für Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 aBetmG, der den Versuch von strafbaren Handlungen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG sowie gewisse qualifizierte Vorbereitungshandlungen dazu als selbständige Straftaten erfasst. Im Sinne dieser Bestimmung Anstalten treffen kann nur, wer nach seinem Plan eine Straftat gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG selber als Täter oder zu-

sammen mit andern Personen als Mittäter verüben will (BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Bd. II, 2002, Art. 19 LStup N. 47; vgl. auch BGE 115 IV 59 E. 3, BGE 130 IV 131 E. 2.2, BGer 6S.395/2004 vom 27. Januar 2005 E. 2.1). Wer diesen Plan nicht hegt, trifft keine Anstalten zu einer Tat, da er diese weder versucht noch vorbereitet. Er ist allenfalls Gehilfe des andern, zu dessen Tat im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG er durch sein Verhalten beiträgt (BGE 130 IV 131 E. 2.2, BGer 6S.395/2004 vom 27. Januar 2005 E. 2.1).

3.1. Nach der Auffassung der Verteidigung fällt eine Verurteilung des Beschuldigten wegen Anstalten-Treffens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 aBetmG ausser Betracht, da er die inkriminierten Handlungen nicht in der Absicht vorgenommen habe, als Täter oder gemeinsam mit andern Personen als Mittäter strafbare Handlungen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG auszuführen (Urk. 72 S. 3). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte die Verteidigung aus, entgegen den Ausführungen der Vorinstanz lasse sich in der Anklageschrift der Tatvorwurf, dass der Beschuldigte die Streckmittel mit Wissen und Wille aufbewahrt, transportiert und übergeben habe, "um mindestens als Mittäter bzw. Bandenmitglied eine Straftat nach Art. 19 Abs. 1 lit. a-f BetmG zu begehen" nirgends finden. In keinem der Teilsachverhalte werde geltend gemacht, der Beschuldigte habe die Streckmittel an die Abnehmer übergeben, um sich in irgendeiner Form mit den Abnehmern am Betäubungsmittelhandel zu beteiligen. Es werde nicht einmal behauptet, dass die Streckmittelabnehmer von C._____ oder C._____ selber die Streckmittel zum Strecken von Drogen gebraucht hätten. Der Beschuldigte habe mit den Streckmittelabnehmern von C._____ gar keine Beziehung gehabt. Die Zahlungen seien sodann an C._____ erfolgt und nicht an den Beschuldigten. Es sei weder angeklagt noch nachgewiesen, dass der Beschuldigte Streckmittel verkauft hätte. Inwiefern die Abnehmer die Streckmittel weiterverkauft hätten oder tatsächlich zum Strecken von Drogen verwendet hätten, sei nicht bekannt. Demnach fehle es bereits an einer Haupttat, an der sich der Beschuldigte hätte als Mittäter oder Bandenmitglied beteiligen können und wollen. Es sei diesbezüglich auf BGer 6S.395/2004 vom 27. Januar 2005 hinzuweisen, worin das Bundesgericht an seiner in BGE 130 IV 131 vertretenen Auffassung festhalte. Ferner falle vorliegend eine Verurteilung wegen Helferschaft zum Verarbeiten von Betäubungsmitteln

bzw. zum Anstalten-Treffen zum Verarbeiten von Betäubungsmitteln ausser Betracht, da es an entsprechenden Haupttaten fehle respektive solche in der Anklageschrift nicht umschrieben seien (Urk. 81 S. 3 ff.).

3.2. Die Staatsanwaltschaft führte anlässlich der Berufungsverhandlung aus, dass die Handlungen des Beschuldigten zeigten, dass er in bewusstem Zusammenwirken mit anderen gehandelt habe und, wie in der Anklageschrift umschrieben, in arbeitsteiligem Vorgehen Kokain und Streckmittel gelagert, transportiert und verkauft habe. Streckmittel würden gerichtsnotorisch zum Strecken von Drogen gebraucht und das habe der Beschuldigte gewusst und ihm sei auch klar gewesen, dass in dieser Nutzung der wirtschaftliche Wert der Streckmittel liege. Selbst wenn man der Verteidigung dahingehend beipflichten wolle, dass der Beschuldigte keinen Fixbetrag, sondern lediglich eine geringe Umtriebsentschädigung für seine Fahrspesen erhalten und deshalb mit dem Verkauf der Streckmittel nichts zu tun habe, müsse sich dies der Beschuldigte als Mitglied einer arbeitsteiligen Organisation anrechnen lassen. Mit dem Lagern und Transportieren von Streckmitteln habe er im Rahmen der Geschäftsabwicklung durchaus relevante Beiträge an diese übernommen. Damit habe er sich dem Tatplan zumindest konkludent angeschlossen (Urk. 80 S. 2 f.).

3.3. Das Bezirksgericht hat zusammengefasst erwogen, der Beschuldigte sei von Ende Februar 2010 bis Anfang März 2011, mithin während rund einem Jahr, am Handel mit rund 6,4 kg Kokaingemisch und ca. 75 kg Streckmittel beteiligt gewesen. C._____ sei dabei jeweils der Drahtzieher und Organisator der einzelnen Tätigkeiten innerhalb des Drogenhandelsprozesses und hauptsächlich für die Organisation der Drogen und Streckmittel und deren Lieferung sowie deren Absatz zuständig gewesen. Der Beschuldigte habe mit den konkreten Verkaufsgeschäften nichts zu tun gehabt. Er sei hauptsächlich sowohl an der Aufbewahrung und Lagerung als auch an ca. zwanzig verschiedenen Transporten und Lieferungen dieser Substanzen innerhalb der Schweiz und grenzüberschreitend beteiligt bzw. dafür verantwortlich gewesen. Die fraglichen vom Beschuldigten allein (oder zusammen mit C._____) aufbewahrten und transportierten Streckmittel und Kokain seien jeweils an mehrere verschiedene, im Drogenhandel tätige Komplizen von

C._____ geliefert und übergeben worden. Daraus erhellt, dass der Beschuldigte einem organisierten Drogenverteilungsnetz als Mittäter angehört habe. Zudem lasse auch die Prüfung der einzelnen Handlungen des Beschuldigten keine Zweifel daran offen, dass er in rechtlicher Hinsicht mittäterschaftlich bzw. bandenmässig an den Drogengeschäften von C._____ beteiligt und ihm aufgrund der Art und Weise des Vorgehens klar gewesen sei, zu welchem Zweck er diese enormen Mengen an Streckmitteln den Komplizen von C._____, mithin Drogenhändlern geliefert habe (Urk. 71 S. 7 ff.).

4. Gemäss Anklageschrift hat der Beschuldigte auf Anweisung von C._____ ca. 75 Kilogramm eines – keine Betäubungsmittel enthaltenden – Stoffgemisches, übernommen, gelagert und an verschiedene Personen übergeben.

5.1. Eine Verurteilung des Beschwerdegegners als Täter oder Mittäter gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 aBetmG kommt - wie vorstehend bereits erwogen - nur in Betracht, wenn er die inkriminierten Handlungen mit dem Plan vorgenommen hätte, sich an einer Straftat im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG als Mittäter zu beteiligen.

5.2. Die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches finden auch im Betäubungsmittelstrafrecht Anwendung, soweit das Betäubungsmittelgesetz nicht selbst Bestimmungen aufstellt (Art. 26 BetmG). In Art. 19 Ziff. 1 aBetmG (Art. 19 Abs. 1 nBetmG, wobei am Grundtatbestand gewisse inhaltliche Änderungen vorgenommen wurden, siehe die Botschaft vom 9. März 2011 über die Änderung des Betäubungsmittelgesetzes, BBl 2001 S. 3772 Ziff. 2.2.8.1) sind nahezu alle Unterstützungshandlungen als selbstständige Handlungen umschrieben. Unterstützende Tatbeträge sind daher nicht über die Regeln der Mittäterschaft, Anstiftung oder Gehilfenschaft in die eigentliche Tat einzubeziehen. Als Mittäter zu bestrafen ist deshalb auch, wer als (untergeordnetes) Mitglied einer Bande auf Geheiss handelte oder wer in der Organisation nur dienende Stellung einnahm und Handlungen von untergeordneter Bedeutung vornahm. Gehilfenschaft im Sinne von Art. 25 StGB liegt nur vor, wenn die objektive Mitwirkung an der Tat eines anderen sich auf einen untergeordneten, vom Gesetz nicht als selbstständiges Delikt erfassten Beitrag beschränkt (BGE 133 IV 187 E. 3.2 f. mit Hinweisen).

5.3.1. Zu prüfen ist, wie die Tathandlung des Beschuldigten, d.h. sein "Beitrag als Lagerist und Transporteur" von ca. 75 Kilogramm Streckmittel rechtlich zu würdigen ist. Aufgrund des Sachverhaltes ist erstellt, dass der Beschuldigte beim Entschluss sowie der Planung der Taten nicht mitgewirkt hat. Er hatte mit den konkreten Verkaufsgeschäften nichts zu tun und war auch nicht anteilmässig an den Erlösen aus den Drogengeschäften beteiligt. Vielmehr war der Beschuldigte sowohl für die Aufbewahrung bzw. Lagerung als auch für den Transport der Streckmittel verantwortlich. Konkret lagerte der Beschuldigte die Streckmittel zusammen mit Kokain mehrfach bei sich zu Hause oder holte diese aus den Garagen von C._____, in welchen auch Kokain gelagert war bzw. aus welchen er zuvor jeweils Kokain entnommen hatte und zu welchen er die Schlüssel besass. Für den Transport versteckte er die Streckmittel teilweise im Auto teilweise in den Reifen, wobei er diese hiezu proportionierte bzw. bereitstellte. Schliesslich lieferte der Beschuldigte die Streckmittel mehrfach teilweise zusammen mit dem Kokain bzw. unmittelbar nacheinander an im Drogenhandel tätige Komplizen von C._____. Dabei wurde er teilweise von den Abnehmern des Kokains und der Streckmittel für seine Transport- und Lieferdienste entschädigt.

5.3.2. Die Tatsache, dass Streckmittel immer für den Drogenhandel verwendet wird, lässt noch nicht darauf schliessen, dass jemand, der mit Streckmittel zu tun hat, als Mittäter der Verkäufer zu betrachten ist. Das Betäubungsmittelgesetz enthält keinen Straftatbestand, wonach etwa bestraft wird, wer Substanzen verkauft, abgibt oder vermittelt, die, wie er weiss oder annehmen muss, zur Streckung von Betäubungsmitteln dienen sollen (BGer 6S.395/2004 vom 27. Januar 2005 E. 2.1). Der Handel mit Streckmittel an sich ist nicht verboten. Vielmehr müsste vorliegend erstellt sein, dass der Beschuldigte den Plan hatte, als Mittäter eine Straftat gemäss Art. 19 Abs. 1-5 aBetmG zu verüben. Der Verteidigung ist jedoch dahingehend zuzustimmen, dass dem Beschuldigten in der Anklageschrift nicht vorgeworfen wird, die Streckmittel an die Abnehmer übergeben zu haben, um sich mit den Abnehmern am Betäubungsmittelhandel zu beteiligen. Auch wird ihm nicht vorgeworfen, dass er die Substanz mit dem Ziel übernommen und gelagert habe, sie allein als Täter oder gemeinsam mit anderen Personen als Mittäter zum Strecken und damit zum Verarbeiten von Betäubungsmitteln zu verwenden. Es

fehlt vorliegend an der Verbindung zwischen den vom Beschuldigten begangenen Handlungen mit dem Streckmittel und dem Verkauf von Betäubungsmitteln. Wie bereits erwähnt, hatte der Beschuldigte mit den konkreten Verkaufsgeschäften nichts zu tun und war auch nicht anteilmässig an den Erlösen aus den Drogengeschäften beteiligt. Es wird weder in der Anklageschrift umschrieben noch kann ihm nachgewiesen werden, dass er bei den Handlungen mit dem Streckmittel die Absicht hatte, als Täter oder Mittäter eine strafbare Handlung im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG zu begehen. Da er nicht den Plan hegte, das Streckmittel für den Verkauf von Betäubungsmitteln zu verwenden, traf er keine Anstalten zu einer strafbaren Tat, da er eine solche weder versucht noch vorbereitet hatte. Bezüglich der Handlungen mit dem Streckmittel wird in der Anklageschrift nicht eine Zusammenarbeit zwischen dem Beschuldigten und C._____ umschrieben, die einer Mittäterschaft gleichkommen würde. Vielmehr handelte der Beschuldigte jeweils auf Anweisung von C._____ und damit als Gehilfe. Selbst wenn der Beschuldigte in Kauf nahm, dass die Abnehmer der Streckmittel die Substanzen zur Streckung von Betäubungsmitteln verwenden könnten, kann eine Verurteilung des Beschuldigten wegen Gehilfenschaft zum Verarbeiten von Betäubungsmitteln nicht erfolgen, weil es an entsprechenden - zumindest versuchten - Haupttaten fehlt bzw. weil im Fall der Vermittlung von Streckmitteln eine allfällige - zumindest versuchte - Haupttat, die der Beschuldigte als Gehilfe gefördert hätte, in der Anklageschrift nicht umschrieben ist (vgl. BGer 6S.395/2004 vom 27. Januar 2005 E. 2.3, BGE 130 IV 131 E. 2.4).

5.3.3. Da der Beschuldigte nicht beabsichtigte, sich mit seinen Handlungen mit dem Streckmittel an der Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs zu beteiligen, ist er diesbezüglich auch nicht als Mitglied einer Bande zu erachten, die sich zur fortgesetzten Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelhandels zusammengefunden hat.

5.4. Zusammenfassend ist der Beschuldigte vom Vorwurf der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a und b aBetmG freizusprechen.

V. Sanktion

1.1. Die Verteidigung wendet sich gegen die Strafzumessung. Sie macht geltend, die Vorinstanz lege verschiedene Kriterien zu Ungunsten des Beschuldigten aus (z.B. seine untergeordnete Funktion in dem von C._____ betriebenen Kokainhandel, die starke Abhängigkeit des Beschuldigten von C._____) oder berücksichtige solche zu Unrecht nicht (seine besondere Strafempfindlichkeit) bzw. nicht angemessen (z.B. sein Verhalten im Strafverfahren). Dies habe sich erheblich auf das Strafmass ausgewirkt, weshalb die ausgefallte Strafe von vier Jahren zu hoch sei. Schuldangemessen sei eine Freiheitsstrafe von höchstens drei Jahren (Urk. 72 S. 5). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte die Verteidigung ergänzend aus, das Verhalten des Beschuldigten sei zu wenig von demjenigen von C._____ abgegrenzt worden. Sodann sei richtigerweise von einer Kokainreinmenge von insgesamt 4.4 Kilogramm ausgegangen worden und 3.95 Kilogramm reines Kokain sichergestellt worden, demnach also der weitaus grössere Teil des Kokains gar nicht zu den Konsumenten gelangt, weshalb insoweit niemand konkret in seiner Gesundheit gefährdet worden sei (Urk. 81 S. 6 f.). Beim Beschuldigten sei bezüglich der Einfuhr von 5 Kilogramm Kokaingemisch keine besondere kriminelle Energie festzustellen, habe dieser doch nichts planen bzw. in die Tat umsetzen müssen, was nicht bereits von C._____ organisiert gewesen sei. Der versprochene Schuldenerlass von Fr. 5'000.– lasse bei einer Kokainreinmenge von fast 4 Kilogramm ebenfalls nicht auf einen übergeordneten Tatbeitrag schliessen. Der Tatbeitrag des Beschuldigten bei der Einfuhr der 5 Kilogramm Kokaingemisch gehe nicht über eine reine Kuriertätigkeit hinaus. Die Tatbeiträge des Beschuldigten bezüglich der übrigen Tathandlungen erschöpften sich in einfachen Hilfeleistungen, für die er nicht einmal entschädigt worden sei (Urk. 81 S. 8 f.). Zudem sei von einer erheblichen Abhängigkeit des Beschuldigten von C._____ auszugehen (Urk. 81 S. 10). Eine längere unbedingte Freiheitsstrafe würde den Beschuldigten ausserdem in migrationsrechtlicher Hinsicht sehr hart treffen (Urk. 81 S. 11 i.V.m. Prot. II S. 11).

1.2. Auch die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich kritisiert die vorinstanzliche Strafzumessung. Die von der Erstinstanz ausgefallte Strafe sei zu mild ausgefallen. Die Einschätzung der Vorinstanz, wonach eine Abhängigkeit des Beschuldigten von C._____ vorgelegen habe, vermöge nicht zu überzeugen. Sie erachte eine Freiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten als angemessen (Urk. 75 S. 1 f.). Sie ergänzte anlässlich der Berufungsverhandlung, dass selbst bei Vorliegen einer Abhängigkeit des Beschuldigten von C._____, diese jedenfalls keineswegs so gross gewesen sei, dass sich der Beschuldigte in irgendeiner Art und Weise hätte gemüssigt fühlen müssen, strafbar zu handeln. Die bezüglich der Täterkomponente als Schlussfolgerung gewährte Reduktion der Einsatzstrafe durch die Vorinstanz erscheine sodann zu hoch (Urk. 80 S. 3).

2.1. Die Vorinstanz hat den vorliegend zur Anwendung gelangenden Strafraumen korrekt abgesteckt. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 71 S. 12). Anzuführen ist, dass der Richter an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden ist. Dieses ist vorliegend mit 20 Jahren Freiheitsstrafe fixiert worden, weshalb keine Erweiterung des Strafraumens nach oben möglich ist. Richtig gesehen hat die Erstinstanz, dass sich der Strafschärfungsgrund der Tatmehrheit infolge des nach oben nicht erweiterbaren Strafraumens lediglich straf erhöhend auswirkt (BGer 6B.238/2009 E. 5.8; BGer 6S.73/2006 E 3.2.; BGE 116 IV 302 E. 2.a.; Urk. 71 S. 13).

2.2. Strafmilderungsgründe liegen keine vor. Art. 19 Abs. 3 lit. a und b nBetmG ist – wie vorstehend erwogen - vorliegend nicht anwendbar. Im zur Anwendung gelangenden alten Recht findet sich in Art. 19 aBetmG kein Strafmilderungsgrund.

Mit der Vorinstanz ist im Übrigen davon auszugehen, dass die tat- und täterangemessene Strafe grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafraumens der (schwersten) Strafbestimmung festzusetzen ist (Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, 8. A., Zürich 2007, S. 74). Dieser Rahmen ist vom Gesetzgeber in aller Regel sehr weit gefasst worden, um sämtlichen konkreten Umständen Rechnung zu tragen. Entgegen einer auch in der Praxis verbreiteten Auffassung wird der ordentliche Strafraumen durch Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe nicht automatisch erweitert, worauf dann innerhalb dieses neuen Rahmens die

Strafe nach den üblichen Zumessungskriterien festzusetzen wäre (BGer 6S.73/2006 vom 5. Februar 2007 E. 3.2). Der ordentliche Rahmen ist nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint (Schwarzenegger/Hug/Jositsch, a.a.O., S. 74). Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens kann sich stellen, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren zusammentreffen, die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter relativieren, so dass eine Strafe innerhalb des ordentlichen Rahmens dem Rechtsempfinden widerspräche, was vorliegend indes nicht der Fall ist (Urk. 71 S. 13).

3.1. Die Vorinstanz hat sodann die massgeblichen belastenden und entlastenden Faktoren grundsätzlich zutreffend genannt und gewürdigt. Es kann vorab auf die entsprechenden Erwägungen im erstinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 71 S. 13 ff.). Die nachstehenden Ausführungen sind - soweit nicht ausdrücklich als Korrekturen dargestellt - deshalb lediglich als Präzisierungen bzw. Ergänzungen zu verstehen.

3.2.1. Die Vorinstanz verweist in ihrer Strafzumessung zunächst auf die (besonderen) Strafzumessungskriterien bei Betäubungsmitteldelikten. Bei der Festlegung des Strafmasses geht sie zutreffend von dem in Anklagesachverhalt "M" umschriebenen Import von 5 kg Kokaingemisch bzw. 3'950 Gramm reinem Kokain als schwerstes Delikt aus, stuft das Verschulden des Beschwerdeführers als erheblich ein, gewichtet die verschiedenen Strafzumessungskriterien und wendet das Asperationsprinzip an (Urk. 71 S. 14 ff.). Dies entspricht im Grundsatz der Vorgehensweise nach Art. 49 Abs. 1 StGB. Die Vorinstanz unterlässt es zwar, für das schwerste Delikt eine Einsatzstrafe festzulegen (die Einsatzstrafe von 78 Monaten resultiert aus dem objektiven Tatverschulden sämtlicher Delikte; vgl. Urk. 71 S. 17). Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass sich dies zum Nachteil des Beschuldigten auswirkt. Insgesamt berücksichtigt das Bezirksgericht in ihrer Strafzumessung alle relevanten Faktoren. Es lässt sich noch hinreichend nachvollziehen, wie sie zu einer (Gesamt-)Strafe von vier Jahren gelangt.

3.2.2. Schwerste Einzeltat ist die Einfuhr von 5 kg Kokaingemisch bzw. 3'950 Gramm reinem Kokain vom Kosovo in die Schweiz anfangs März 2011. Bei Kokain handelt es sich um eine sogenannte „harte Droge“ mit unbestrittenermassen gesundheitsgefährdender und abhängigkeiterzeugender Wirkung. Die Menge, die in die Schweiz eingeführt und vom Beschuldigten übernommen wurde, übersteigt somit krass die vom Bundesgericht festgesetzte Limite von 18 Gramm reinem Kokain (BGE 109 IV 145). Diese Menge war geeignet, die Gesundheit einer Vielzahl von Menschen in hohem Mass zu gefährden. Wie hoch der Anteil war, der bis zur Verhaftung des Beschuldigten verkauft worden war, ist bei der Beurteilung des Beschuldigten als Transporteur nicht massgebend. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Menge des transportierten reinen Kokains für den Beschuldigten etwas Zufälliges anhaftete. Der Beschuldigte führte das von C._____ im Kosovo übernommene Kokain, via Griechenland, Italien (...), Österreich (...), Deutschland (...) und Koblenz in die Schweiz. Dadurch sollte auch das eigene Risiko, gefasst zu werden, minimiert werden. Richtig gesehen hat die Vorinstanz in diesem Zusammenhang, dass die Vorgehensweise des Beschuldigten professionell war (Urk. 71 S. 16). Zuzustimmen ist der Vorinstanz auch darin, dass dieses Verhalten des Beschuldigten von erheblicher krimineller Energie zeugt (Urk. 71 S. 15 f.). Der Täter, welcher eine kontrollierte Landesgrenze zu überschreiten bzw. zu umgehen hat, muss nämlich eine erheblich grössere kriminelle Energie aufwenden, als wenn er bloss innerhalb des Landes Drogen transportieren lässt (und damit ein minimales Risiko eingeht, in einer Zufahrtskontrolle hängen zu bleiben).

3.2.3. Die Vorinstanz berücksichtigte in objektiver Hinsicht verschuldensmindernd, dass die nachgewiesene Rolle des Beschuldigten angesichts der von ihm ausgeführten Tätigkeit untergeordneter Art war (Urk. 71 S. 16). Damit bezieht sie auch seine jeweiligen Funktionen (Transporteur, Importeur und Lagerist) mit ein (Urk. 71 S. 16). Inwiefern aufgrund der tiefen Entschädigung bzw. des tiefen Gewinns (CHF 5'000.--), welcher ihm versprochen wurde, eine zusätzliche Strafminde rung vorzunehmen wäre, ist nicht ersichtlich, zumal diese Umstände mit den "untergeordneten" Tätigkeit einhergeht.

3.2.4. Das Bezirksgericht hat das objektive Tatverschulden des Beschuldigten für die schwerste Tat - wie vorstehend erwogen - nicht ausdrücklich taxiert. Es hat indes das objektive Gesamtverschulden des Beschuldigten als "erheblich" bezeichnet (Urk. 71 S. 17). In objektiver Hinsicht muss das Verschulden des Beschuldigten - in Anbetracht des konkreten Strafrahmens für den schweren Fall – als "nicht besonders schwer" qualifiziert werden. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die schweizerische Praxis bei leichtem Tatverschulden in aller Regel die Strafen im unteren bis mittleren Drittel des vorgegebenen ordentlichen Strafrahmens ansiedelt, bei mittlerer Tatschwere eben im mittleren Drittel und bei schwerem Tatverschulden im oberen Drittel. Strafen im oberen Bereich, insbesondere Höchststrafen sind bloss ausnahmsweise und bei sehr schwerem Verschulden des Täters auszusprechen. Bei der vorliegenden Verschuldensbewertung, ist von einer hypothetischen Einsatzstrafe auszugehen, die im oberen Bereich des unteren Drittels bis im unteren Bereich des mittleren Drittels des ordentlichen Strafrahmens liegt.

3.3.1. Was das subjektive Verschulden anbelangt, so ist zunächst festzuhalten, dass das Verschulden eines Täters, der vorsätzlich gehandelt hat, wesentlich schwerer zu werten ist, als das Verschulden eines Täters, der „bloss“ fahrlässig oder mit Eventualvorsatz handelt (BGer 6P.119/2003/6S.333/2003 vom 20. Januar 2004, E. II.7.5.; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II., 2. A. Bern 2006, S. 185 f., N 25 ff.). Vorliegend ist mit der Vorinstanz von einer vorsätzlichen Tatbegehung auszugehen, was das Verschulden des Beschuldigten bzw. den Schuldvorwurf nicht geringer erscheinen lässt.

3.3.2. Bei dem selbst nicht süchtigen Beschuldigten ist keine Verminderung der Schuldfähigkeit ersichtlich, jedenfalls sind keine objektiven Anhaltspunkte hierfür namhaft gemacht worden. Bezüglich des Motivs ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass sich der Beschuldigte aus rein finanziellen Überlegungen in den Betäubungsmittelhandel einliess, sah er doch darin die Möglichkeit, einen Erlass seiner Schulden von C._____ zu erhalten. Dieser hatte ihm - dem Beschuldigten - für seine Hochzeit CHF 5'000.-- geliehen (Urk. 7/7 S. 6). Angesichts dessen kann dem Beschuldigten allerdings keine Gewinnsucht unterstellt werden,

Andererseits kann dem Beschuldigten aber auch nicht zugebilligt werden, er habe aus einer eigentlichen wirtschaftlichen Notsituation heraus gehandelt, geschweige denn seine psychische Verfassung habe ihn zur Tat veranlasst. Der Beschuldigte war zwar seit Dezember 2010 arbeitslos. Von der Arbeitslosenkasse erhielt er aber rund CHF 2'500.-- bis CHF 2'600.-- pro Monat. Ausserdem erzielte seine Ehefrau als Verkäuferin bei ... ein monatliches Einkommen von CHF 3'500.-- bis CHF 3'600.-- (Urk. 7/7 S. 3). Im Übrigen war dem Beschuldigten die Gefährlichkeit von Kokain für die Gesundheit der Menschen bekannt. Trotz diesem Wissen bzw. dieser Erfahrung liess er sich nicht davon abhalten, an der Drogeneinfuhr in die Schweiz mitzuwirken. Insoweit handelte der Beschuldigte auch verwerflich.

3.3.3. Die Vorinstanz hat sich sodann auch zutreffend mit der Abhängigkeit des Beschuldigten von C._____ und den damit verbundenen Folgen für die Strafzumessung geäussert. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Erstinstanz verwiesen werden (Urk. 71 S. 18 f.). Ergänzend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte kein wehrloser Befehlsempfänger war, der sich bedingt durch die Schulden gegenüber C._____ in einer derart ausweglosen Lage befand, dass er keine andere Wahl hatte, als dem Drogenhandel nachzugehen. Der Beschuldigte bezeichnete C._____ als Freund bzw. Kollegen. Die Familie seiner Ehefrau und die Familie von C._____ seien bereits befreundet gewesen, als er – der Beschuldigte - in die Schweiz gekommen sei. Man habe sich gegenseitig besucht; C._____ sei ein normaler Freund gewesen (Urk. 7/7 S. 5, Urk. 7/13 S. 2). Er habe damals CHF 5'000.-- Schulden bei C._____ gehabt. Im Zusammenhang mit der Drogeneinfuhr von 3'950 Gramm reinem Kokain aus dem Kosovo sei er von C._____ darauf hingewiesen worden, dass er seine Schulden (CHF 5'000.--) begleichen könne, wenn er das Drogenfahrzeug lenken werde. Er – der Beschuldigte – habe grosse Angst gehabt, habe aber trotzdem eingewilligt (Urk. 7/7 S. 7). Daraus erhellt nun aber, dass beim Beschuldigten von allem Anfang an eine latente Tatbereitschaft vorhanden war, die entsprechenden Handlungen trotzdem auszuführen, zumal der Beschuldigte Aufträge bzw. deren Erfüllung abgelehnt bzw. zeitlich verschoben hat oder sie nicht alleine ausführen wollte (Urk. 7/8 S. 4, Urk. 7/18 S. 8, Urk. 8/8 S. 4). Von einer "Hörigkeit" des Beschuldigten gegenüber C._____ kann daher nicht die Rede sein. Zudem erklärte der Beschuldigte selbst,

er sei C._____ gegenüber nicht zum Gehorsam verpflichtet gewesen. Er habe die strafbaren Handlungen gemacht, weil er C._____ nicht habe widersprechen können. Er hätte sich sonst schlecht gefühlt, weil er C._____ Geld geschuldet habe. Vor diesem Hintergrund hat die Vor-Instanz daher zu Recht dafür gehalten, dass vorliegend lediglich von einem leichten Abhängigkeitsverhältnis auszugehen sei (Urk. 71 S. 18).

3.3.4. Das subjektive Tatverschulden relativiert damit gesamthaft betrachtet die (objektive) Tatschwere nur leicht. Die festgestellte (objektive und subjektive) Tatschwere wird üblicherweise mit den Begriffen "äusserst leicht", "sehr leicht", "leicht", "noch nicht (besonders) schwer", "mittelschwer", "schwer", "sehr schwer" oder "äusserst schwer" eingeschätzt und bezeichnet (vgl. hierzu auch Mathys, Zur Technik der Strafzumessung in: SJZ 100 (2004) Nr. 8, S. 178). Vorliegend ist das Gesamtverschulden des Beschuldigten im Rahmen des qualifizierten Tatbestands insgesamt als „nicht mehr leicht“ zu beurteilen. In Anbetracht der objektiven und subjektiven Tatschwere wäre für die Einfuhr von 3'950 Gramm reinem Kokain anfangs März 2011 eine hypothetische Einsatzstrafe von 56 Monaten angemessen.

3.4. Auch bezüglich der Mitwirkung am Handel von rund 1'477 Gramm Kokaingemisch bzw. 450 Gramm reinem Kokain leistete der Beschuldigte einen massgeblichen Tatbeitrag. Bezüglich der hierarchischen Stellung des Beschuldigten kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Mit dem Vorderrichter ist in diesem Zusammenhang davon auszugehen, dass der Beschuldigte eine Vielzahl von Handlungen vornahm und während rund einem Jahr im Drogenhandel tätig war. Betreffend die subjektive Tatschwere kann auf die vorstehenden Erwägungen zur Einfuhr von 5 kg Kokaingemisch anfangs März 2011 verwiesen werden. Auch hier ist von einer leichten Abhängigkeit des Beschuldigten auszugehen. Er habe - so der Beschuldigte - nicht "Nein" sagen können, weil er C._____ Geld geschuldet habe. C._____ habe ihm Geld für die Hochzeit gegeben. (Urk. 7/13 S. 3). Er habe Schulden und Stress gehabt (Prot. I S. 7). Für seine Tätigkeiten hat der Beschuldigte lediglich eine bescheidene Entschädigung erhalten (höchstens CHF 250.--), was wiederum mit seiner untergeordneten Tätigkeiten einhergeht. Richtig ist, dass sich der Beschuldigte nicht geradezu leichtsin

dazu entschlossen hat, einen finanziellen Vorteil mit seiner Beteiligung am Drogenhandel zu erlangen. Der sich ihm eröffnenden Möglichkeit des illegalen Gelderwerbs hat er aber auch keine Widerstände entgegengesetzt. Insgesamt ist hier von einem „leichten“ objektiven und subjektiven Tatverschulden auszugehen. Die hypothetische Einsatzstrafe ist demnach um mindestens 13 Monate zu erhöhen. Es resultiert damit eine hypothetische Einsatzstrafe von 69 Monaten.

Dass der Beschuldigte bezüglich der Handlungen mit dem Streckmittel freizusprechen ist, wurde berücksichtigt, wirkt sich bei der Strafzumessung aber nur geringfügig aus (vgl. dazu auch Urk. 71 S. 17).

3.5.1. Mit Bezug auf die Täterkomponente kann vorab ebenfalls auf die weitestgehend zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 71 S. 19 ff.).

3.5.2. Die Angaben zum Vorleben und zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich aus den Vorakten (Urk. 8/8 S. 17 ff.; Urk. 15/3 und Prot. I S. 5 f.) und aus dem vorinstanzlichen Entscheid (Urk. 71 S. 19). Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen kann auf diese Ausführungen verwiesen werden. Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, er habe im Kosovo nach der Grundschule 4 Jahre lang das technische Gymnasium besucht und danach als Kellner und an verschiedenen anderen Stellen gearbeitet. Er habe 2009 geheiratet und sei dann in die Schweiz eingereist. Er arbeite seit Februar 2014 als Gerüstbauer bei einer Firma in ... und verdiene ca. Fr. 5'000.– bis Fr. 6'000.– pro Monat (Prot. II S. 7 ff.).

Aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergibt sich jedenfalls nichts für die vorliegende Strafzumessung Relevantes.

3.5.3. Der Beschuldigte ist nicht vorbestraft (Urk. 58). Die Vorstrafenlosigkeit wirkt sich nach neuester bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Rahmen der Strafzumessung grundsätzlich neutral aus und ist somit nicht strafmindernd zu berücksichtigen. Ausnahmsweise darf sie in die Beurteilung der Täterpersönlichkeit einbezogen werden, sofern die Straffreiheit auf aussergewöhnliche Gesetzestreue

hinweist (BGE 136 IV 1). Derartig besondere Umstände liegen im vorliegenden Fall nicht vor.

3.5.4. Die Vorinstanz verletzte das ihr im Rahmen der Strafzumessung zustehende erhebliche Ermessen auch nicht, wenn sie die Strafempfindlichkeit des Beschuldigten nicht als besonders hoch einstuft (Urk. 71 S. 20). Die von ihm geltend gemachte mögliche Isolation von seiner Ehefrau und seinem kleinen Kind, infolge des Verlustes der Aufenthaltsbewilligung (Urk. 62 S. 20 f.), stellt keine das durchschnittliche Mass übersteigende Belastung dar. Als gesetzmässige Folge einer unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe muss dies nur bei aussergewöhnlichen Umständen strafmindernd berücksichtigt werden (Urteil 6B_470/2009 vom 23. November 2009 E. 2.5 mit Hinweisen). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer den Verlust der Aufenthaltsbewilligung und die (allfällige) Trennung von seiner Familie selber zu verantworten hat. Im Übrigen ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen, dass es durchaus legale Wege gibt, um finanzielle Engpässe zu überwinden.

3.5.5. Dem umfassenden Geständnis bzw. der kooperativen Haltung des Beschuldigten während der Strafuntersuchung trägt auch die Vorinstanz bei der Strafzumessung Rechnung (Urk. 71 S. 19 f.). Sie hat das umfassende Geständnis, das kooperative Verhalten sowie die Reue und die Einsicht des Beschuldigten als massiv strafmindernd berücksichtigt (Urk. 71 S. 20). Die Kritik in der Berufung geht insofern an der Sache vorbei. Dass darüber hinaus strafmildernde Nachtatumstände vorliegen, ist weder dargelegt noch ersichtlich.

5.6. Unter Berücksichtigung des markant strafmindernden Faktors (Geständnis, kooperatives Verhalten, Reue und Einsicht) erscheint eine Freiheitsstrafe von $3\frac{3}{4}$ Jahren daher als angemessen. Das durch die Vorinstanz ausgefallte Strafmass ist vor diesem Hintergrund daher zu bestätigen. Der Anrechnung von 997 Tagen Haft sowie vorzeitigen Strafvollzug steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

VI. Strafvollzug

Bei der ausgefallten Strafhöhe ist die Gewährung des teil- und vollbedingten Strafvollzuges ausgeschlossen (Art. 42 und 43 StGB).

VII. Kosten

1. Aufgrund des Teilfreispruchs sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens zu fünf Sechsteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu einem Sechstel auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. Art. 426 Abs. 1 StPO).

2. Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist auf CHF 3'500.-- anzusetzen. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt im Berufungsverfahren mit seinem Antrag auf einen Freispruch vom Vorwurf der mehrfachen Widerhandlung gegen das BetmG i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. g i.V.m. Abs. 2 lit. a und b BetmG, unterliegt hingegen bezüglich der beantragten teilbedingten Freiheitsstrafe von drei Jahren. Die Staatsanwaltschaft unterliegt mit ihrem Antrag auf eine höhere Strafe. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Berufungsverfahrens zur Hälfte dem Beschuldigten aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren, welche auf Fr. 3'900.- (inkl. 8 % MWST) festzusetzen sind, sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. BGE 135 I 91 E. 2.4.2.3). Die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt im Umfang der Hälfte vorbehalten. Für eine Anwendung von Art. 425 StPO besteht kein Anlass.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 27. Februar 2014 bezüglich der Dispositivziffern 1 teilweise (Schuldpruch mit Ausnahme der Verurteilung gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG), 4 (Einziehung und Vernichtung von Betäubungsmitteln), 5 (Verzicht auf eine Ersatzforderung), 6 (Entschädigung amtliche Verteidigung), 7 (Kostenfestsetzung) und 9 (Auflage der Kosten der amtlichen Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a und b aBetmG nicht schuldig und wird diesbezüglich freigesprochen.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit $3\frac{3}{4}$ Jahren Freiheitsstrafe, wovon 997 Tage durch Haft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
3. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens werden zu fünf Sechsteln dem Beschuldigten auferlegt und zu einem Sechstel auf die Gerichtskasse genommen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'900.00 amtliche Verteidigung
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden zur Hälfte dem Beschuldigten auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Ver-

teidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt im Umfang der Hälfte vorbehalten.

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 (übergeben)

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, 4. November 2014

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Oswald