

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB150307-O/U/ad

Mitwirkend: der Oberrichter lic. iur. Ruggli, Präsident, die Oberrichterin
Dr. Janssen, der Ersatzoberrichter lic. iur. Ernst sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Hafner

Urteil vom 26. Februar 2016

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

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

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. Jäger,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom 7. Mai 2014 (DG140010) sowie gegen die Urteilsergänzung vom 2. Juni 2014; Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 23. September 2014 (SB140324); Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 20. Juli 2015 (6B_9/2015)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 4. Februar 2014 (Urk. 54) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 524 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 16. Januar 2013 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer B-... aufbewahrten 992 Gramm Kokaingemisch (99 Fingerlinge; Reinsubstanz 757 Gramm) werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten.
5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 16. Januar 2013 beschlagnahmten Gegenstände:
 - 1 Mobiltelefon Samsung, schwarz, inkl. Ladekabel (A...)
 - 1 Mobiltelefon Alcatel, schwarz (A...)
 - 1 Ladekabel für Nokia
 - SIM Karte Orange (...)
 - SIM Karte Lyca (...)
 - SIM Karte T-Mobile UK (...)

- SIM Karte T-Mobile UK (...)
- SIM Karte T-Mobile.co.uk: (...)
- SIM Karte O2: (...)
- SIM Karte Virgin media: (...)

werden nach Rechtskraft dieses Entscheides dem Beschuldigten auf erstes Verlangen hin herausgegeben. Werden diese nicht innerhalb von 60 Tagen herausverlangt, so wird der Verzicht angenommen.

6. Die Entscheidunggebühren wird festgesetzt auf:

- Fr. 4'500.- ; die weiteren Auslagen betragen:
- Fr. 7'297.50 Auslagen Untersuchung / Gutachterkosten
- Fr. 2'280.- Gebühr Vorverfahren
- Fr. 1'500.- Haftverfahren Obergericht UB130169
- Fr. 2'000.- Haftverfahren Obergericht UB130041

Über die Entschädigung der amtlichen Verteidigung wird mit separatem Entscheid entschieden.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

Urteilsergänzung der Vorinstanz:

1. In Ergänzung des Urteilsdispositives des Bezirksgerichts Bülach vom 7. Mai 2014 wird das Honorar der amtlichen Verteidigung auf Fr. 21'817.70 zuzüglich 8% MWST von Fr. 1'745.40, somit auf insgesamt Fr. 23'563.10 inklusive MWST festgesetzt.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 98)

1. Der Beschuldigte sei unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 16 Monaten zu bestrafen unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren; eventualiter sei eine allenfalls zwei Jahre übersteigende Strafe teilbedingt auszufallen bei einer Probezeit von drei Jahren.
2. Das angefochtene Urteil sei hinsichtlich Dispositivziffer 4 betreffend Einziehung der beschlagnahmten Drogen sowie Dispositivziffer 5 betreffend Herausgabe beschlagnahmter Mobiltelefone, Ladekabel und SIM Karten zu bestätigen.
3. Dem Beschuldigte sei für die erlittene Überhaft eine Genugtuung von Fr. 200.– pro Tag auszurichten.
4. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens seien dem Beschuldigten aufzuerlegen, wegen offensichtlicher Unerhältlichkeit jedoch sogleich abzuschreiben.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.
6. Die vor Vorinstanz geltend gemachte Entschädigung des amtlichen Verteidigers sei zuzusprechen, wobei einige Kürzungen der Barauslagen vorzunehmen sind, indem pro km und pro Kopie je Fr. 0.50 zu berücksichtigen sind.
7. Für dieses Plädoyer sei dem amtlichen Verteidiger anders als in der bereits eingereichten Honorarnote für das obergerichtliche Verfahren zusätzlich Fr. 1'600.– nebst MwSt zuzusprechen, da der Arbeitsaufwand dafür um 8 Stunden höher als angegeben war.

- b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(schriftlich, Urk. 91)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Das Bezirksgericht Bülach, I. Abteilung, sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 7. Mai 2014 der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten, unter Anrechnung von 524 Tagen erstandener Haft (Urk. 83). Mit Urteil vom 2. Juni 2014 (Ergänzung zum Urteil vom 7. Mai 2014) des gleichen Spruchkörpers wurde das Honorar des amtlichen Verteidigers auf Fr. 21'817.70 zuzüglich 8 % MWST in Höhe von Fr. 1'745.40 festgesetzt (Urk. 75).
2. Gegen das Urteil vom 7. Mai 2014 liess der Beschuldigte am 9. Mai 2014 Berufung anmelden (Urk. 70). Am 7. Juli 2014 reichte der amtliche Verteidiger eine Berufungserklärung gegen die Urteilsergänzung vom 2. Juni 2014 ein (Urk. 84). Nach Erhalt des begründeten Urteils vom 7. Mai 2014 folgte mit Eingabe vom 10. Juli 2014 die Berufungserklärung, womit die Berufung auf die Strafzumessung und den Strafvollzug beschränkt wurde (Urk. 86). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung. Beweisanträge wurden von keiner Seite gestellt.
3. Mit Urteil der erkennenden Kammer vom 23. September 2014 wurde der Beschuldigte mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, unter Anrechnung von 663 Tagen erstandener Haft sowie vorzeitigen Strafvollzugs, bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde nicht aufgeschoben (Urk. 118).

4. Gegen dieses Urteil erhob die Verteidigung Beschwerde in Strafsachen an das Schweizerische Bundesgericht mit dem Antrag, das Urteil sei bezüglich der Strafzumessung, des Strafvollzuges und der Genugtuung aufzuheben (Urk. 123/2 S. 2). Mit Urteil der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 20. Juli 2015 wurde die Beschwerde teilweise gutgeheissen, das genannte Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen (Urk. 128).

Mit Beschluss vom 28. August 2015 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet (Urk. 134). Die Parteien liessen sich nicht vernehmen (Urk. 136 und Urk. 137/1), während die Vorinstanz auf eine Vernehmlassung ausdrücklich verzichtete (Urk. 138), so dass androhungsgemäss aufgrund der Akten zu entscheiden ist.

II. Prozessuales

1. Inwieweit das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom 7. Mai 2014 in Rechtskraft erwachsen ist, wurde bereits mit Beschluss vom 28. August 2015 (Urk. 134) festgestellt. Das ergänzende Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom 2. Juni 2014 ist dagegen in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen.

2. Hebt das Bundesgericht einen Entscheid auf und weist es die Sache zu neuer Beurteilung an die kantonale Instanz zurück, so wird der Streit in jenes Stadium vor der kantonalen Instanz zurückversetzt, in dem er sich vor Erlass des angefochtenen Entscheides befunden hat. Die kantonale Instanz hat ihrem neuen Entscheid die rechtliche Begründung der Kassationsinstanz zu Grunde zu legen. Auch wenn Art. 107 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) die Regelung von Art. 277^{ter} Abs. 2 aBStP beziehungsweise Art. 66 aOG nicht ausdrücklich übernommen hat, gilt dieser Grundsatz ebenso unter dem seit dem 1. Januar 2007 geltenden Bundesgerichtsgesetz (Seiler/von Werdt/Güngerich, Bundesgerichtsgesetz, Handkommentar, 1. Auflage, Bern 2007, Art. 107 N 9). Die Vorinstanz – mithin die erkennende Kammer – ist somit an die Auffassung des Bundesgerichtes gebunden. Das Bundesgerichtsgesetz kennt das Institut der Teilrechtskraft nicht. Im aktuellen Berufungsverfahren sind daher grundsätzlich al-

le bereits im ersten Berufungsverfahren umstrittenen Punkte nochmals zu überprüfen. Allerdings galt schon unter dem bisherigen Recht, dass die kantonale Behörde, die nach der Rückweisung neu entscheiden muss, nur in jenen Punkten auf ihr Urteil zurückkommen darf, die zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides durch das Bundesgericht geführt haben, selbst wenn aus formellen Gründen das ganze Urteil aufgehoben wurde (BGE 123 IV 1 E. 1; BGE 121 IV 109 E. 7; BGE 110 IV 116). Entscheidend ist auf die materielle Tragweite des bundesgerichtlichen Urteils abzustellen und folglich danach zu fragen, ob damit der kantonale Entscheid insgesamt oder nur teilweise aufgehoben wurde.

3. Der bundesgerichtliche Aufhebungsentscheid bezieht sich nur auf die Frage des Strafvollzugs (Urk. 128 E. 1.4, 1.5 und 1.6). Materiell handelt es sich um eine Teilaufhebung. Hinsichtlich der weiteren Punkte erfolgte keine Korrektur. In dieser Hinsicht bleibt der angefochtene obergerichtliche Entscheid grundsätzlich bestehen (vgl. BGE 104 IV 276, BGE 122 I 252). Die erkennende Kammer hat den aufgehobenen Entscheid nur nach Massgabe des bundesgerichtlichen Urteils zu überprüfen. Um eine extensive Wiederholung des aufgehobenen Entscheides zu vermeiden, kann im Folgenden bezüglich der faktisch in Rechtskraft erwachsenen Teile in sinngemässer Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO auf die Erwägungen im aufgehobenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 118 S. 5 ff.). Dementsprechend ist der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu bestrafen. Da der Beschuldigte vom 29. November 2012 (Urk. 17/1) bis zum 17. Oktober 2014 (Urk. 116) inhaftiert war, sind an diese Strafe nunmehr 677 Tage, die durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind, anzurechnen. Eine Genugtuung ist nicht zuzusprechen. Dem amtlichen Verteidiger ist für das erstinstanzliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 23'563.10 (inkl. Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

III. Strafvollzug

1. Das Bundesgericht führte in seinem Urteil vom 20. Juli 2015 aus, dass die erkennende Kammer zu Recht festgestellt habe, dass entgegen der Annahme der ersten Instanz gemäss Auskunft der französischen Justizbehörden kein Strafurteil

vorliege, mit dem der Beschuldigte im Mai 2009 in Cayenne (Französisch-Guayana) zu einer Freiheitsstrafe von 1 ½ Jahren verurteilt worden wäre. Es rügte aber, dass bei der Beurteilung der Legalprognose dennoch besonders günstige Umstände im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs gefordert worden seien, mithin zu Unrecht davon ausgegangen worden sei, diese Strafe sei verhängt worden (Urk. 128 S. 4).

2. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Die günstige Prognose wird also grundsätzlich vermutet. Bei der Beurteilung der Frage, ob die für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges erforderliche Voraussetzung des Fehlens einer ungünstigen Prognose vorliegt, ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen, wobei insbesondere Vorleben, Leumund, Charaktermerkmale und Tatumstände einzubeziehen sind (BGE 134 IV 5 und BGE 134 IV 117).

3. Die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges sind vorliegend gegeben, da eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten auszufallen ist. Da der Beschuldigte innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat nicht zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt wurde (vgl. Urk. 118 S. 14 f.), müssen in subjektiver Hinsicht keine besonders günstigen Umstände vorliegen, um ihm den bedingten Strafvollzug zu gewähren (vgl. Art. 42 Abs. 2 StGB); das Fehlen einer ungünstigen Prognose reicht aus.

4. Der Beschuldigte weist jedoch bereits mehrere teilweise einschlägige Vorstrafen auf. So wurde er in Deutschland vom Landgericht Hamburg am 17. Januar 2003 wegen der Einfuhr von ca. 660 Gramm Kokaingemisch und Drogenhandels sowie wegen bewaffneten Diebstahls und gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und sieben Monaten verurteilt (Urk. 39/3 S. 2 ff.). Am 8. Juni 2010 wurde er wegen unerlaubter Einreise nach Deutschland vom Amtsgericht Nordhorn mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu je EUR 20 be-

strafft (Urk. 18/3). Ferner wurde er in London mit Urteil vom 17. August 2012 wegen Körperverletzung und Drohung zu einer Freiheitsstrafe von vier Monaten auf Bewährung (12 Monate) verurteilt (Urk. 27).

Schwer wiegt ferner, dass der Beschuldigte seine heute zu beurteilenden Taten während der laufenden Probezeiten des Urteils aus England sowie der bedingten Entlassung aus dem Vollzug der mit Urteil des Landgerichts Hamburg vom 17. Januar 2003 (Urk. 18/3) ausgesprochenen Strafe beging. Offensichtlich liess er sich weder durch den Vollzug der mehrjährigen Freiheitsstrafe in Deutschland noch durch den drohenden Vollzug der Strafe in England respektive des Strafrestes in Deutschland von weiterer Delinquenz abhalten. Hinweise darauf, dass sich seine Lebenssituation, namentlich in Bezug auf seine finanziellen Verhältnisse, entscheidend geändert haben könnte, liegen nicht vor (vgl. Urk. 8 S. 7 und Urk. 117 S. 10).

5. Unter diesen Umständen kann nicht vom Fehlen einer ungünstigen Prognose ausgegangen werden bzw. kann keine günstige Prognose gestellt werden. Da die subjektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten oder teilbedingten Vollzuges somit nicht erfüllt sind, ist die Strafe zu vollziehen.

IV. Kosten

1. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Unter Hinweis auf die zutreffenden Erwägungen im Urteil vom 23. September 2014 (Urk. 118 S. 16) sind dem amtlichen Verteidiger die Kosten des Berufungsverfahrens im Umfang von Fr. 500.– aufzuerlegen.

2. Der Beschuldigte dringt mit seinem Antrag auf Strafreduktion nur teilweise durch und unterliegt bei der Frage des Vollzugs. Die nach Abzug der dem amtlichen Verteidiger auferlegten übrigen Kosten des Berufungsverfahrens sind dem Beschuldigten deshalb zu 2/3 aufzuerlegen und zu 1/3 auf die Gerichtskasse zu nehmen. Angesichts der finanziellen Situation des Beschuldigten sind ihm diese Kosten jedoch zu erlassen.

3. Es ist ferner festzuhalten, dass es dem Beschuldigten nicht anzulasten ist, dass infolge der Rückweisung durch das Bundesgericht ein weiteres Berufungsverfahren durchgeführt werden musste. Die im ersten Berufungsverfahren festgesetzte Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– ist deshalb auf dieser Höhe zu belassen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im ersten Berufungsverfahren von Fr. 9'500.– sind, wie auch die Kosten der amtlichen Verteidigung im zweiten Berufungsverfahren von Fr. 1'000.–, definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 677 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 10'500.00 amtliche Verteidigung in beiden Berufungsverfahren.
 - a) Die Kosten des Berufungsverfahrens werden im Umfang von Fr. 500.– dem amtlichen Verteidiger auferlegt.
 - b) Die übrigen Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu 2/3 auferlegt, jedoch erlassen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Der amtliche Verteidiger wird für das erstinstanzliche Verfahren mit Fr. 23'563.10 (inkl. MwSt) entschädigt. Es wird vorgemerkt, dass diese Entschädigung bereits ausbezahlt wurde.
5. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- 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.

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 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, 26. Februar 2016

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Ruggli

lic. iur. Hafner