



Kass.-Nr. AC040033/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Lukas Künzli

Zirkulationsbeschluss vom 31. August 2004

in Sachen

X.,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. Daniel Bohren, Rämistr. 3, Postfach 229,
8024 Zürich

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

8001 Zürich,

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Verbrechen gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. März 2004 (SB040018/U/hp)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. a) Die I. Abteilung des Bezirksgerichts Bülach hat den Angeklagten X. (nachfolgend Beschwerdeführer) mit Urteil vom 12. November 2003 des Verbrechens gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 in Verbindung mit Ziff. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen und mit 22 Monaten Zuchthaus bestraft (unter Anrechnung von 160 Tagen erstandener Untersuchungshaft bzw. vorzeitigem Strafvollzug) (vgl. OG act. 23 S. 8).

b) Zuvor sprach die II. Abteilung des Bezirksgerichts Bülach mit Urteil vom 26. August 2003 die Mitangeklagte Y. des Verbrechens gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 in Verbindung mit Ziff. 2 lit. a BetmG schuldig und bestrafte sie mit 18 Monaten Zuchthaus (unter Anrechnung von 61 Tagen erstandener Polizeiverhaft und Untersuchungshaft). Der Vollzug der Strafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre angesetzt. Das Urteil, das in Abwesenheit der Mitangeklagten erging, blieb gestützt auf § 160a GVG unbegründet und folglich auch unangefochten.

2. Auf Berufung des amtlich verteidigten Beschwerdeführers hin bestätigte die II. Strafkammer des Obergerichts mit Urteil vom 2. März 2004 den bezirksgerichtlichen Entscheid vom 12. November 2003 im Schuld- und Strafpunkt (vgl. KG act. 2 S. 10).

3. Gegen das zweitinstanzliche Urteil liess der Beschwerdeführer kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erheben, welche sein amtlicher Verteidiger - nach Wiederherstellung der Anmeldefrist (vgl. KG act. 6 und 9) - mit Eingabe vom 27. Mai 2004 (KG act. 11) begründet und innert laufender Frist mit Eingabe vom 2. Juni 2004 (KG act. 13) - auf ein entsprechendes Schreiben des Kassationsgerichts hin (KG act. 12) - korrigiert und ergänzt hat. Der gestellte Hauptantrag lautet auf Aufhebung von Disp.-Ziff. 2 (Strafpunkt) des angefochtenen Entscheids (KG act. 1

S. 2). Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet, die Staatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin) auf Beschwerdeantwort (vgl. KG act. 17 und 18).

II.

1. a) Der Beschwerdeführer rügt, das angefochtene Urteil verstosse im Strafpunkt gegen das Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV. Es bedeute (zusammengefasst) eine rechtsungleiche Behandlung, dass er mit 22 Monaten Zuchthaus, Y. dagegen mit 18 Monaten Zuchthaus bedingt bestraft worden sei.

b) Der Beschwerdeführer begründet die Rüge der Ungleichbehandlung wie folgt: Er habe die ihm vorgeworfene Tat zusammen mit Y. ausgeführt. Sie hätten beide den Vorsatz gehabt, die gleiche Menge Drogen in der gleichen Weise gleichzeitig zu transportieren. Sie seien beide vom gleichen Auftraggeber kontaktiert und am gleichen Tag an den gleichen Ort beordert worden. Ihnen sei aufgegeben worden, die gleiche Menge Drogen zu schlucken und diese mit demselben Flugzeug an denselben Ort zu bringen. Auch seien sie gemeinsam eingekleidet worden und zusammen zum Flughafen gegangen. Ihre Motive seien vergleichbar. Beide hätten Arbeitslosigkeit und Armut bzw. eine Notlage als Grund für ihr Handeln angegeben. Während der Strafuntersuchung hätten sie sich beide kooperativ und geständig gezeigt. Y. sei in der Folge nach einer Untersuchungshaft von ca. 3 Monaten entlassen und in ihre Heimat zurückgeschafft worden. Am 26. August 2003 habe das Bezirksgericht Bülach Y. mit 18 Monaten Zuchthaus bestraft und den bedingten Vollzug gewährt. Er - der Beschwerdeführer - sei für die gleiche Sache indessen mit 22 Monaten Zuchthaus bestraft worden, also mit einer um mehr als 20 % höheren Strafe. Da diese Strafe nicht habe bedingt ausgesprochen werden können, wiege sie jedoch um ein Mehrfaches schwerer. Ausgehend von der durch Y. verbüsstten Untersuchungshaft von ca. 3 Monaten und seiner zu verbüssenden Strafe von ca. 14 Monaten (bei vorzeitiger Entlassung) wiege seine Strafe 4- bis 5-mal mehr. Die Untersuchungsbehörde sei davon ausgegangen, dass für Y. eine Strafe von 18 bis 24 Monaten Zuchthaus in Frage komme. Aufgrund der Praxis der Zürcher Gerichte lasse sich sowohl für ihn - den Beschwerdeführer - wie auch für Y. eine Strafe von 18 oder von 24 Monaten Zuchthaus be-

gründen. Gerade deswegen sei bei derart eng zusammen liegenden Taten eine gleich milde bzw. gleich strenge Bestrafung sicherzustellen, ansonsten der Eindruck der Beliebigkeit entstehe. Die Vorinstanz begründe die unterschiedliche Bestrafung mit der grösseren Strafempfindlichkeit von Y. Sie - die Vorinstanz - übersehe, dass der leibliche Vater der Kinder von Y. mit der Familie lebe. Die Kinder von Y. hätten folglich auch während ihrer Abwesenheit noch einen Elternteil, der zusammen mit den Grosseltern die Kinderbetreuung übernehmen könne. Er selber habe zwar nur für ein kleines Kind zu sorgen, dies jedoch ohne Unterstützung der Mutter des Kindes. Sein Sohn habe somit nur ihn als Vater, weshalb seine Abwesenheit besonders schwer wiege. Unter den gegebenen Umstände seien sowohl er als auch Y. erhöht strafempfindlich. Es sei nicht möglich, objektiv festzustellen, wer nun strafempfindlicher sei. Das Abwägen von Leid sei keine Wissenschaft. Wenn es unter den gegebenen Voraussetzungen richtig sei, Y. aufgrund der objektiven Schwere der Tat und ihres subjektiven Verschuldens sowie unter Berücksichtigung der Spezialprävention mit 18 Monaten Zuchthaus zu bestrafen, dann sei es auch richtig, ihn unter Berücksichtigung der objektiven Schwere der Strafe, seines subjektiven Verschuldens sowie unter Berücksichtigung der Spezialprävention und der Rechtsgleichheit mit ebenfalls 18 Monaten Zuchthaus zu bestrafen (vgl. KG act. 1 S. 2-7).

2. a) Eine rechtsungleiche Behandlung bei der Strafzumessung kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts als Verletzung des Bundesrechts gerügt werden, denn jede ungerechtfertigte Ungleichbehandlung verstösst regelmässig gegen die in Art. 63 StGB enthaltenen Grundsätze. Die Rüge der Ungleichbehandlung bei der Strafzumessung ist daher *in aller Regel* mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht zu erheben. Dies gilt in der Regel selbst dann, wenn der Beschwerdeführer zum Nachweis der behaupteten willkürlichen Härte der ihm gegenüber ausgefallten Strafe, Urteile anführt, die dieselben Richter im gleichen oder in anderen Verfahren für seines Erachtens vergleichbare Sachverhalte ausgesprochen haben. Die staatsrechtliche Beschwerde bzw. vorgängig die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde kommt insoweit nur *ausnahmsweise* in Betracht, z.B. in den *äusserst seltenen Fällen*, in denen eine nach den in Art. 63 StGB festgelegten Kriterien bemessene Strafe zu einer objektiv unge-

rechtfertigten Ungleichbehandlung führt, welche gegen das Gebot der Rechtsgleichheit verstösst, oder wenn die durch Art. 4 aBV bzw. Art. 8 Abs. 1 BV gewährten Garantien angesichts der besonderen Umstände des Falles weitergehen als jene von Art. 63 StGB (BGE 116 IV 292 = Pra 80 Nr. 77; vgl. auch die Regeste im eben genannten Praxis-Entscheid: "[...] *Eine staatsrechtliche Beschwerde ist nur zulässig, wenn die Strafzumessung trotz korrekter Anwendung von Art. 63 StGB verfassungsmässige Rechte - namentlich den Grundsatz der Rechtsgleichheit - verletzt.*" [Unterstreichung durch KGer]; vgl. SCHWERI, Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde in Strafsachen, Bern 1993, N 104; vgl. WIPRÄCHTIGER, BSK StGB I, Basel 2003, N 161 zu Art. 63; vgl. auch Kass.-Nr. 94/131S, Beschluss vom 14. September 1994, in Sachen K., E. II/1/3; vgl. BGE 121 IV 202 sowie weitere Beispiele aus der Rechtsprechung des Kassationshofs des Bundesgerichts in WIPRÄCHTIGER, a.a.O., N 133 zu Art. 63; vgl. ferner SCHMID, in Donatsch/Schmid, Kommentar StPO, Zürich 1996, N 27-30 zu § 430 und N 1 und 9 zu § 430b).

b) Der Beschwerdeführer beruft sich wohl auf das in Art. 8 Abs. 1 BV verankerte Gebot der Rechtsgleichheit. Auch hebt er in zutreffender Weise die Ähnlichkeiten mit dem Verfahren gegen Y. hervor. Letztlich stört er sich aber daran, dass die Vorinstanz bei ihm nicht wie im Parallellfall von einer erhöhten Strafempfindlichkeit ausgegangen ist. Mithin rügt er im Vergleich mit der gegen eine Mitangeklagte verhängten Strafe eine fehlerhafte Gewichtung eines in Art. 63 StGB enthaltenen Strafzumessungsfaktors (Strafempfindlichkeit aus familiären Gründen als strafmindernder Faktor). Da es der Sache nach somit um die richtige Anwendung von Art. 63 StGB geht, bleibt im Verfahren der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde im Lichte der vorstehend dargelegten Rechtsprechung in Bezug auf die Strafzumessung kein Raum für die Rüge der Ungleichbehandlung. Diese hätte in der vorliegenden Ausgestaltung mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationshof des Bundesgerichts erhoben werden müssen.

c) In materieller Hinsicht sei dennoch das Folgende angefügt: Die Vorinstanz erwog, der Strafvollzug sei für den Beschwerdeführer, der jetzt von seinem Sohn getrennt lebe, mit einer gewissen Härte verbunden, was sich leicht strafmindernd

auswirke. Von einer erhöhten Strafempfindlichkeit könne jedoch nicht gesprochen werden, dürfe doch als unmittelbar gesetzliche Folge jeder Sanktion diese Konsequenz nur bei Vorliegen aussergewöhnlicher Umstände erheblich strafmindernd wirken (vgl. KG act. 2 S. 6). Im Rahmen der Strafzumessung erachtete es die Vorinstanz sodann als angezeigt, die Akten des Verfahrens gegen Y. beizuziehen. Dabei legte sie nachvollziehbar dar, inwiefern die familiäre Situation der Mitangeklagten - im Unterschied zur Situation beim Beschwerdeführer - ausserordentliche Umstände zu begründen vermag bzw. die Annahme einer erhöhten Strafempfindlichkeit rechtfertigt und eine deutliche Strafminderung (auf 18 Monate Zuchthaus) erlaubt (vgl. KG act. 2 S. 7-8). Diese sachliche Unterscheidung vermag der Beschwerdeführer mit seinen Ausführungen nicht zu entkräften (vgl. KG act. 1 S. 6-7). So lässt er etwa unberücksichtigt, dass sein Sohn ein gewisses Alter hat. Der notwendige Aufwand für die Betreuung eines (grundsätzlich gesunden) 9-jährigen Jungen, der zur Schule geht, ist deutlich geringer als derjenige für drei Kleinkinder. (Der 6-jährige, älteste Knabe von Y. ist zudem zerebralgelähmt und bedarf rund um die Uhr der medizinischen und menschlichen Betreuung.) Ins Gewicht fällt sicherlich, dass der Junge des (geschiedenen) Beschwerdeführers während der Zeit des Strafvollzugs ohne Elternteil auskommen muss. Er kann aber während dieser Zeit bei den Grosseltern mütterlicherseits leben. Diese übernahmen bereits zuvor abwechslungsweise jede zweite Woche die Betreuung des Jungen. So gesehen hätte die Beschwerde kaum Aussichten auf Erfolg, wenn sie denn zulässig wäre.

3. Zusammenfassend ergibt sich, dass auf die Beschwerde gesamthaft nicht einzutreten ist.

III.

Ausgangsgemäss werden die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschwerdeführer auferlegt (vgl. § 396a StPO). Die Kosten sind jedoch zufolge Uneinbringlichkeit sogleich definitiv abzuschreiben (vgl. § 190a StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 900.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 303.-- Schreibgebühren,
Fr. 323.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch definitiv abgeschrieben.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die I. Abteilung des Bezirksgerichts Bülach, die Bundesanwaltschaft in Bern, das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: