



Kass.-Nr. AC060036/U/la

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Robert Karrer, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der juristische Sekretär Viktor Lieber

Zirkulationsbeschluss vom 29. Mai 2007

in Sachen

R.,

...,

...,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer

bisher amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...,

neu amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Oberstaatsanwalt lic.iur. Martin Bürgisser, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, Postfach, 8090 Zürich

betreffend

mehrfache Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Mai 2006 (SB060013/U10)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer ist der mehrfachen Zuwiderhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz angeklagt; es wird ihm vorgeworfen, er habe im Februar 1999 zwei Transporte von 2'418,4 bzw. 3'805,3 Gramm Kokaingemisch in die Schweiz organisiert.

Mit Urteil vom 6. April 2000 sprach das Bezirksgericht Bülach den Beschwerdeführer in Sinne der Anklage schuldig und bestrafte ihn mit sieben Jahren Zuchthaus, abzüglich 419 Tage Untersuchungshaft, sowie einer Busse von Fr. 10'000.--. Dieses Urteil wurde im Berufungsverfahren mit Urteil des Obergerichts vom 16. August 2001 mit Ausnahme der Busse und einer Änderung der Kostenaufgabe bestätigt. In Gutheissung der dagegen vom Beschwerdeführer erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde hob das Kassationsgericht mit Beschluss vom 4. September 2002 das obergerichtliche Urteil auf und wies die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurück. Dieses ordnete eine Ergänzung der Untersuchung an und fällte am 14. Oktober 2003 ein neues Urteil, durch welches der Beschwerdeführer wiederum im Sinne der Anklage schuldig gesprochen und mit sechseinhalb Jahren Zuchthaus bestraft wurde.

2. Auf erneute Nichtigkeitsbeschwerde des Beschwerdeführers hin hob das Kassationsgericht mit Beschluss vom 27. Mai 2004 auch dieses Urteil wegen unzulässiger (willkürlicher) antizipierter Beweiswürdigung auf und wies die Sache an die Vorinstanz zurück. In der Folge wurde das Verfahren ergänzt, worauf der Beschwerdeführer ein Geständnis ablegte, dieses in der Folge widerrief, sich jedoch anlässlich der Fortsetzung der Berufungsverhandlung wiederum für schuldig bekannte. Das Obergericht sprach den Beschwerdeführer darauf mit Urteil vom 6. April 2005 schuldig im Sinne der Anklage und bestrafte ihn nunmehr mit sechs Jahren Zuchthaus, abzüglich 1078 Tagen erstandener Haft.

3. Auch gegen dieses Urteil gelangte der Beschwerdeführer an das Kassationsgericht und rügte, das Obergericht sei aktenwidrig davon ausgegangen, er habe während laufender Probezeit delinquent; mit Beschluss vom 26. Dezember 2005 hob das Kassationsgericht auch dieses Urteil auf und wies die Sache abermals an die Vorinstanz zurück.

4. Nach erfolgter Rückweisung beantragte der Beschwerdeführer vor Obergericht, es sei ihm ein neuer amtlicher Verteidiger zu bestellen, welchem Antrag die Vorinstanz stattgab; als neuer amtlicher Verteidiger wurde RA lic.iur. Marco Uffer eingesetzt.

Mit Urteil vom 24. Mai 2006 sprach die II. Strafkammer des Obergerichtes den Beschwerdeführer wiederum der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 und teilweise Abs. 4 und 6 BetmG, alles in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG, schuldig und bestrafte ihn mit viereinhalb Jahren Zuchthaus, abzüglich 1078 Tage erstandener Haft und vorzeitiger Strafvollzug (KG act. 2).

5. Gegen dieses Urteil meldete der amtliche Verteidiger fristgerecht kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (KG act. 7). Innert Frist reichte der Beschwerdeführer persönlich eine Nichtigkeitsbeschwerde ein, worin er ungenügende Verteidigung im Berufungsverfahren geltend machte (KG act. 1). Im Hinblick auf diese Rüge (und die damit verbundene Möglichkeit einer Interessenkollision) wurde der amtliche Verteidiger eingeladen, sich zu äussern, worauf es dieser mit Schreiben vom 13. September 2006 (KG act. 4) dem Kassationsgericht überliess, über eine allfällige Ersetzung zu entscheiden. Mit Beschluss vom 6. Oktober 2006 wurde RA lic.iur. _____ als amtlicher Verteidiger des Beschwerdeführers entlassen und für das Kassationsverfahren RA _____ als amtlicher Verteidiger bestellt (KG act. 11). Dieser reichte innert der ihm wiederhergestellten Beschwerdefrist mit Eingabe vom 16. November 2006 die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde ein, mit welcher er beantragt (KG act. 13 S. 2), es sei das Urteil des Obergerichtes vom 24. Mai 2006 aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Vorinstanz und Beschwerdegegnerin haben auf Vernehmlassung zur Beschwerde verzichtet (KG act. 16 und 17).

6. Der Beschwerdeführer hatte gegen das angefochtene Urteil persönlich eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben; auf diese ist der Kassationshof des Bundesgerichts bereits mit Urteil vom 8. September 2006 zufolge Verspätung nicht eingetreten (KG act. 9).

II.

1. Der Beschwerdeführer rügt als erstes ungenügende Verteidigung durch seinen damaligen amtlichen Verteidiger vor der Vorinstanz (Beschwerde Ziff. 3, S. 6 ff.).

1.1 Zur Begründung der Rüge zitiert der Beschwerdeführer zunächst (Beschwerde Ziff. 2, S. 3 bis 6) die Ausführungen des früheren amtlichen Verteidigers zur Motivationslage des Beschwerdeführers. Danach habe der Beschwerdeführer im Jahre 1997 wegen einer dringenden medizinischen Behandlung seiner Mutter in Nigeria von einem gewissen I. ein Darlehen von Fr. 25'000.-- aufnehmen müssen. Später seien er und auch seine Ehefrau von I. bzw. einem Hintermann I.s wegen der Rückzahlung unter Druck gesetzt worden; er sei letztlich von dieser Seite angegangen worden, an Drogengeschäften mitzumachen, um sinngemäss seine Schuld abzarbeiten oder zumindest mit der Beteiligung an den Drogendelikten den Druck der Schuldenabzahlung zu vermindern.

Der Beschwerdeführer bezieht sich in der Folge auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil, wonach diese Darstellung durchaus möglich, plausibel und nicht zu widerlegen sei und wonach einzig das Aussageverhalten des Beschwerdeführers Skepsis erwecke, indem nicht nachvollziehbar sei, wieso er diese Motivlage nicht bereits anlässlich seines Geständnisses dargelegt habe, sondern bis zur - vierten - Berufungsverhandlung zugewartet habe. Der Vorinstanz falle weiter auf, dass die "relativ vage und karg gebliebene Schilderung der Bedrohungslage" nicht vom Beschwerdeführer persönlich, sondern von seinem Verteidiger vorgetragen worden sei. Das Obergericht halte sodann die vom Verteidiger behauptete Bedro-

hungslage einerseits für unwiderlegbar, qualifiziere sie aber andererseits nicht als schwer, zumal sie auch gar nicht substantiiert geltend gemacht worden sei.

Der Beschwerdeführer erblickt einen Nichtigkeitsgrund darin, dass es das Obergericht unterliess, trotz nach seiner eigenen Auffassung offensichtlich ungenügender Verteidigerleistung (was im Urteil mit der Feststellung der ungenügenden Substantiierung und der relativ vagen und kargen Schilderung der Bedrohungslage ausdrücklich bejaht werde) den Verteidiger zu ermahnen oder gar zu ersetzen. Insbesondere wäre die Ermahnung zu näherer Substantiierung ein taugliches Mittel zur Gewährleistung einer hinreichenden Verteidigung gewesen. Nach erfolgter Substantiierung hätte dann das Obergericht beurteilen können, ob es sich tatsächlich um eine schwere Bedrohung gehandelt habe. Indem das Obergericht stattdessen zwar die schwerwiegende anwaltliche Pflichtverletzung feststellte, es aber unterliess, den Verteidiger zur Behebung des Mangels aufzufordern, habe es die richterliche Fürsorgepflicht im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO verletzt. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass das Urteil bei ordnungsgemässer Verteidigung milder ausgefallen wäre; wenn - so der Beschwerdeführer weiter - der amtliche Verteidiger die ihm auf Grund der Instruktion bekannten näheren Umstände dem Gericht vorgetragen hätte, wäre dieses verpflichtet gewesen, dem Beschwerdeführer den Strafmilderungsgrund des Handelns unter dem Eindruck einer schweren Drohung (Art. 64 Abs. 2 al. 3 aStGB) oder allenfalls des Handelns in schwerer Bedrängnis (Art. 64 Abs. 2 als. 2 aStGB) zuzubilligen, womit die Strafe milder ausgefallen wäre. Selbst wenn das Obergericht aber das Vorliegen einer schweren Bedrohung abgelehnt hätte, wäre die Strafe im Rahmen des Ermessens gemäss Art. 63 aStGB möglicherweise milder ausgefallen.

1.2 Nach der Praxis des Kassationsgerichts zu § 11 Abs. 2 StPO, die sich insoweit an der höchstrichterlichen Praxis zu Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. c EMRK ausrichtet, liegt ungenügende Verteidigung insbesondere dann vor, wenn sich der Verteidiger in der Hauptverhandlung zu den entlastenden Umständen entweder überhaupt nicht oder nur in eindeutig unangemessener Kürze äussert, d.h., wenn er auf die konkreten Umstände, die den Angeschuldigten allenfalls zu entlasten vermöchten, nicht bzw. ungenügend eingeht (ZR 100 Nr. 43 Erw. 3c; vgl. LIE-

BER/DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, § 11 Abs. 2 N 68 mit Hinweisen). Kommt der Anwalt diesen Anforderungen an eine wirksame (effiziente) Verteidigung nicht nach, gebietet es die richterliche Fürsorgepflicht, dass der Richter einschreitet, sei es durch Ermahnung des Verteidigers, seinen Pflichten nachzukommen, sei es - im Sinne einer *ultima ratio* - durch dessen Ersetzung (LIEBER/DONATSCH, a.a.O., N 66, 71). Dabei gilt jedoch, dass die Strafverfolgungsbehörde keine Qualitätskontrolle der Verteidigungsleistung vorzunehmen hat; nur im Falle *offensichtlich ungenügender* Verteidigung bzw. *schwerwiegender anwaltlicher Pflichtverletzung* muss der Richter intervenieren (LIEBER/DONATSCH, a.a.O., N 68).

1.3 Eine Analyse der fraglichen Stellen des Verteidigungsplädoyers ergibt, dass der amtliche Verteidiger vor Obergericht die Bedrohungs- bzw. Motivationslage des Beschwerdeführers eingehend thematisierte (OG act. 163 S. 3 bis 4), und zwar in einer Art, welche das Obergericht im angefochtenen Urteil ausdrücklich als plausibel und nicht widerlegbar bezeichnete. Lediglich mit Bezug auf die Frage, ob es sich dabei dabei um eine *schwere* Bedrohungs- oder Zwangslage handelte, hielt das Obergericht die Vorbringen als relativ vage bzw. als zu wenig substantiiert. Dabei war es aber - entgegen den Vorbringen in der Beschwerde - auch unter dem Aspekt der Fürsorgepflicht nicht verpflichtet, den Verteidiger diesbezüglich zu weiteren Äusserungen anzuhalten. Vielmehr durfte es davon ausgehen, der Verteidiger habe gesagt, was es aus seiner Sicht sinnvollerweise zu sagen gab. Dafür spricht übrigens der Hinweis in der persönlichen Eingabe des Beschwerdeführers (KG act. 1 S. 2), der Verteidiger habe es abgelehnt, auf Notstand zu plädieren, wie dies der Beschwerdeführer angeregt habe. Mit anderen Worten ist davon auszugehen, dass die Art und Weise, wie der Verteidiger plädierte, einer durchaus überlegte Strategie entsprang, in welche sich die Vorinstanz nicht einzumischen hatte.

Es kommt hinzu, dass das Obergericht der Frage des Vorliegens einer Bedrohungslage im Ergebnis (d.h. im Hinblick auf den Grad des Verschuldens) offenbar keine besonders gravierende Bedeutung beimass, sondern angesichts der Rolle, die der Beschwerdeführer eingenommen habe (Vertrauen der "Chefetage"), seine Stellung in der Hierarchie als verhältnismässig hoch einstufte, weshalb jedenfalls nicht

von einer bloss zufälligen Beteiligung ausgegangen werden könne, was wiederum (auch unter Berücksichtigung der geltend gemachten Drucksituation) für ein schweres Verschulden spreche (Urteil S. 12). Damit setzt sich der Beschwerdeführer in der Beschwerde nicht näher auseinander.

1.4 Was der Beschwerdeführer in seiner persönlichen Eingabe vorbringt, geht über das bereits Behandelte nicht hinaus. Zusammenfassend erweist sich die Rüge der Verletzung der richterlichen Fürsorgepflicht als unbegründet.

2. Weiter macht der Beschwerdeführer geltend (Beschwerde Ziff. 4, S. 10 ff.), das angefochtene Urteil beruhe auf unzulässiger (willkürlicher) antizipierter Beweiswürdigung und insofern auf einer Verweigerung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV; § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO).

2.1 Die Rüge bezieht sich auf den gleichen Komplex wie die vorstehend behandelte Rüge. Der Beschwerdeführer macht dabei geltend, sein Verteidiger habe für den Fall, dass das Gericht seinen Vorbringen zur Motivation nicht folgen sollte, um Befragung der Ehefrau des Beschwerdeführers sowie von I. als Zeuge bzw. Auskunftsperson ersucht. Die Vorinstanz sei zwar den Ausführungen der Verteidigung zur Bedrohungslage dem Grundsatz nach gefolgt, habe jedoch eine *schwere* Bedrohung verneint, ohne die beantragten Beweise abzunehmen. Da ohne weiteres anzunehmen sei, dass die genannten Personen zur Schwere der Bedrohungslage hätten Aussagen machen können, erfülle die Unterlassung der Anhörung den geltend gemachten Nichtigkeitsgrund.

2.2 Das Obergericht hat von der Befragung der angerufenen Personen abgesehen, weil es zugunsten des Beschwerdeführers von der behaupteten Bedrohungslage ausgegangen ist. Bei Wahrunterstellung des behaupteten Sachverhaltes ist es zulässig, von der Abnahme weiterer Beweise abzusehen (DONATSCH, in: Donatsch/Schmid, a.a.O., § 149 N 11). Vor diesem Hintergrund ist der Rüge, dem Beweis Antrag des Beschwerdeführers (OG act. 163 S. 4, Ziff. 14) sei zu Unrecht nicht stattgegeben worden, grundsätzlich der Boden entzogen. Fragen kann sich höchstens, ob hinsichtlich der *Schwere* der Bedrohungslage die Ehefrau des Beschwerdeführers bzw. I. noch hätten angehört werden müssen.

Konkret ist der Beschwerdeführer namentlich der Auffassung (Beschwerde S. 11), seine Ehefrau hätte auf Befragung Angaben dazu machen können, dass sie in der Schweiz auf offener Strasse von Afrikanern bedrängt und zur Rückzahlung der Darlehensschuld aufgefordert worden sei. Genau dies hatte jedoch der Verteidiger vor Obergericht bereits vorgetragen (OG act. 163 S. 10) und wurde somit, wie erwähnt, vom Obergericht als möglich, plausibel und unwiderlegbar dem angefochtenen Urteil auch zugrundegelegt, womit sich Weiterungen dazu erübrigten. Im Übrigen ist dem Obergericht darin zu folgen, dass allfällige ergänzende Vorbringen vom Beschwerdeführer persönlich anlässlich seines Schlusswortes hätten vorgebracht werden können (Urteil S. 11 oben). Aus der Tatsache, dass sich der Beschwerdeführer - in Kenntnis des von seinem Verteidiger zuvor Vorgebrachten - in seinem Schlusswort mit keinem Wort auf die Bedrohungssituation berief (vgl. OG Prot. S. 10 f.), durfte ohne Willkür gefolgert werden, dass diesbezüglich seitens des Beschwerdeführers bzw. der Verteidigung nichts beizufügen war. Insofern bestand somit auch kein Anlass, beweismässige Weiterungen vorzunehmen.

2.3 Auch die Rüge der unzulässigen anzizipierten Beweiswürdigung erweist sich somit als unbegründet.

3. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet. Sie ist abzuweisen.

Das Gericht beschliesst:

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 479.-- Schreibgebühren,
Fr. 494.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens (einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung) werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 78 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Obergericht des Kantons Zürich (II. Strafkammer), an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an die Bundesanwaltschaft, an das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich (Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste) je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: