

ZH_OBERGERICHT SB120013 vom 5. Oktober 2012

ZH Obergericht, 2012-10-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120013

FR: ZH_OBERGERICHT SB120013 du 5 octobre 2012

IT: ZH_OBERGERICHT SB120013 del 5 ottobre 2012

Erwägungen

E. 1

Am 1. Januar 2011 trat die neue schweizerische Strafprozessordnung (StPO) in Kraft. Da das angefochtene Urteil nach diesem Zeitpunkt gefällt wurde, gilt für das vorliegende Berufungsverfahren neues Recht (Art. 454 Abs. 1 StPO). Verfahrenshandlungen, die vor dem Inkrafttreten der neuen Strafprozessordnung angeordnet oder durchgeführt wurden, behalten ihre Gültigkeit (Art. 448 Abs. 2 StPO).

E. 2

Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil vom 11. August 2011 sprach das Bezirksgericht Hinwil den Beschuldigten der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3-6 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG schuldig und verurteilte ihn zu 47 Monaten Freiheitsstrafe. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 15. Juni 2011 beschlagnahmten Mobiltelefone wurden eingezogen und der Bezirksgerichtskasse zur Vernichtung überlassen. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens wurden dem Beschuldigten auferlegt, aber erlassen (Urk. 45 S. 24).

E. 3

Gegen das gleichentags mündlich eröffnete und im Dispositiv übergebene Urteil (Prot. I S. 12) liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 22. August 2011 fristgerecht die Berufung anmelden (Urk. 36). Das begründete Urteil wurde der Verteidigung am 30. Januar 2012 in der berechtigten Fassung zugestellt (Urk. 43). Mit Eingabe vom 16. Februar 2012 liess der Beschuldigte innert der zwanzigtägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO die Berufungserklärung einreichen (Urk. 49). Mit dem Einverständnis der Parteien (Urk. 52) wurde mit Präsidialverfügung vom 23. April 2012 das schriftliche Verfahren angeordnet und dem Beschuldigten Frist angesetzt, um seine Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 53). Hierauf liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 31. Mai 2012 innert erstreckter

- 5 - Frist seine Berufungsbegründung einreichen (Urk. 56). In der Folge wurde mit Präsidialverfügung vom 1. Juni 2012 der Staatsanwaltschaft Frist zur Berufungsantwort angesetzt und der Vorinstanz Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung gegeben (Urk. 58), von welchen Möglichkeiten indes weder die Staatsanwaltschaft noch die Vorinstanz Gebrauch machten.

E. 3.1

Das objektive Tatverschulden des Beschuldigten wiegt im Rahmen des schweren Falles im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 aBetmG erheblich. Der Beschuldigte beging nicht eine einmalige Verfehlung, sondern beteiligte sich mehrfach an Drogengeschäften mit Kokain, einer

bekanntermassen sehr gefährlichen Droge mit hohem Suchtpotenzial. Der Verteidigung ist beizupflichten, dass die exakte Menge an umgesetztem reinem Kokain nicht bekannt ist (Urk. 56 S. 4). Das Gewicht und der Reinheitsgrad des in Frage stehenden Kokains liessen sich nur bei zwei Betäubungsmittelgeschäften (Vorgänge 43 und 76 der Anklageschrift) mit Sicherheit eruieren (Urk. 6/1-2). Aufgrund des Untersuchungsergebnisses ist jedoch davon auszugehen, dass sich die Widerhandlungen des Beschuldigten auf eine insgesamt grosse Menge in der Grössenordnung von sechs Kilogramm Kokainmisch bezogen, wie im Übrigen auch von der Verteidigung angenommen wurde (Urk. 32 S. 8). Selbst wenn man zu Gunsten des Beschuldigten von einem geringen Reinheitsgrad ausgeht, übersteigt das von ihm umgesetzte Kokain die Menge, welche das Bundesgericht als Grenze zum schweren Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a festgelegt hat (18 Gramm reines Kokain; BGE 109 IV 143 E. 3a), um ein Vielfaches. Damit hat der Beschuldigte ein erhebliches Gefährdungspotential für die Gesundheit vieler Menschen geschaffen. Der Drogenmenge kommt im Rahmen der Strafzumessung zwar keine vorrangige Bedeutung zu (vor allem dann nicht, wenn der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBtmG deutlich überschritten ist), sie ist aber eines der Elemente, die das Verschulden des Täters ausmachen (Urteil des Bundesgerichts 6S.465/2004 vom 12. Mai 2005 E. 3.1 mit Hinweisen). Wesentlich bei der Strafzumessung ist sodann die Stellung des Täters in der Hierarchie des Drogenhandels und die Zahl der Geschäfte, welche ein Indiz für die kriminelle Energie und damit für die Gefährlichkeit des Täters ist (vgl. Hansjakob, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen, in: ZStrR 1997, S. 243). Die Vorinstanz hat diesbezüglich zu Recht darauf hingewiesen, dass sich die strafbaren Handlungen des Beschuldigten lediglich über einen Zeitraum von rund eineinhalb

- 7 - Monaten erstreckten, indes nicht aus eigenem Antrieb, sondern durch die Verhaftung des Beschuldigten beendet wurden (Urk. 45 S. 16). Die kurze Dauer der deliktischen Tätigkeit wird zudem durch die Menge der umgesetzten Drogen relativiert. Die Vorinstanz ging zu Recht von einer erhöhten kriminellen Energie des Beschuldigten aus; auf ihre zutreffenden Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 45 S. 17). Entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 32 S. 9; Urk. 56 S. 4 f.) kann der Beschuldigte nicht mehr als reine Hilfsperson bezeichnet werden. Seine Stellung ist innerhalb der Hierarchie des organisierten Drogenhandels noch auf der mittleren Stufe, wenn auch an deren unterem Rand, anzusiedeln. Der Beschuldigte überliess die risikobehaftete Tätigkeit des Transports anderen Personen. Er nahm die Drogenkuriere in Empfang und verteilte das von ihnen eingeführte Kokain an diverse Abnehmer. Dabei betätigte sich der Beschuldigte in einer Art Organisation, wobei er vorgängig Kontakt mit dem Lieferanten im Ausland pflegte, von welchem er Angaben über die einreisenden Kuriere und Anweisungen über die Weitergabe der Drogen erhielt. Aufgrund des Untersuchungsergebnisses muss davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte nur seine direkten Kontaktpersonen kannte und keinen Einblick in die gesamte Organisation hatte. Er wurde zu einer bestimmten Aufgabe im gesamten Ablauf der Drogengeschäfte eingesetzt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sein Tatbeitrag im Hinblick auf die Verteilung des Kokains als wesentlich zu bezeichnen ist. Mit der Vorinstanz ist sodann festzuhalten, dass der Beschuldigte nicht einfach nur Befehle empfing, sondern sich auch um den Preis, die Menge sowie die Qualität des eingeführten Kokains kümmerte (Urk. 45 S. 17), was auf eine gewisse Möglichkeit der Einflussnahme hinweist. Der Beschuldigte wirkte ferner bei der Entschädigung der Drogenkuriere mit. Zudem war er gemäss erstelltem Sachverhalt auch als selbständiger Drogenverkäufer tätig. Mithin kann von der Hierarchiestufe her beim Beschuldigten

entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 32 S. 9; Urk. 56 S. 4 f.) keine Reduktion der Strafe vorgenommen werden.

E. 3.2

Der Beschuldigte handelte direktvorsätzlich; nur die genaue Menge des Kokaingemisches und der genaue Reinheitsgehalt waren ihm nicht bekannt. Da der Beschuldigte von seinem Lieferanten Anweisungen betreffend die eingeführten Drogen erhielt, muss ihm aber zumindest die Grössenordnung des umgesetzten

- 8 - Kokaingemisches bewusst gewesen sein. Im Übrigen wurde der Beschuldigte für seine Dienste auch nach der Anzahl Fingerlinge bezahlt (vgl. Urk. 2/11 S. 32; Urk. 2/12 S. 5; Urk. 30 S. 7). Gemäss eigenen Angaben konsumierte der Beschuldigte gelegentlich Marihuana, jedoch keine anderen Drogen (Urk. 2/3 S. 27); Beschaffungskriminalität fällt daher nicht in Betracht. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, lag den Drogengeschäften letztlich ein egoistisches Motiv zugrunde, nämlich die rasche finanzielle Besserstellung. Eine eigentliche wirtschaftliche Notlage ist jedoch nicht erkennbar, da der Beschuldigte auch als abgewiesener Asylbewerber Anspruch auf Deckung des notwendigen Grundbedarfs hatte (vgl. auch Urk. 2/3 S. 28; Urk. 2/11 S. 32 f.). Eine zwingende Notwendigkeit, in den Drogenhandel einzusteigen, bestand für ihn somit nicht. Die Vorinstanz hat an der Darstellung des Beschuldigten, er habe die Taten begangen, weil er seine in B. _____ lebenden Angehörigen, insbesondere seine kranke Mutter, hätte finanziell unterstützen wollen (Urk. 30 S. 8; Urk. 32 S. 12), zu Recht Zweifel angebracht. Auf ihre Erwägungen kann an dieser Stelle verwiesen werden (Urk. 45 S. 17 f.). Im Übrigen vermag auch die Sorge um seine Familie den Beschuldigten nicht massgeblich zu entlasten. Dass der Beschuldigte aus vorwiegend finanziellen Interessen handelte, fällt in subjektiver Hinsicht erschwerend ins Gewicht, wobei jedoch nicht ausser Acht gelassen werden darf, dass er mit dem Erlös aus den Drogengeschäften kaum ein luxuriöses Leben führen konnte.

E. 3.3

Unter Berücksichtigung der oben genannten Kriterien erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe im Bereich von 4 ½ Jahren Freiheitsstrafe als der Tat schwere angemessen.

E. 4

Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (Niklaus Schmid, Handbuch StPO, Zürich/St. Gallen 2009, N 1557). Die Staatsanwaltschaft hat kein Rechtsmittel ergriffen. Der Beschuldigte beschränkte seine Berufung auf die Strafzumessung und den Vollzug der Strafe (Urk. 56 S. 2 und 3). Die übrigen Teile des vorinstanzlichen Urteils (insbesondere der Entscheid über den Schuldpunkt) blieben unangefochten und sind somit in Rechtskraft erwachsen, was vorab festzustellen ist. II. Strafzumessung 1. Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz werden in schweren Fällen im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 aBetmG mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zwanzig Jahren bestraft. Zusätzlich kann eine Geldstrafe ausgefällt werden. Die vorliegend mehrfache Tatbegehung ist innerhalb dieses nach oben hin nicht erweiterbaren Rahmens strafehöhend in Betracht zu ziehen (Art. 49 Abs. 1 StGB). Strafmilderungsgründe liegen keine vor. 2. Die Strafe ist nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das

Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechts- guts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren

- 6 - Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

E. 4.1

Aus dem Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten lassen sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten. Es kann hierfür auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 45 S. 18 ff.).

E. 4.2

Der Vorstrafenlosigkeit des Beschuldigten (Urk. 12/4) kommt entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 56 S. 6) keine strafmindernde Wirkung zu (BGE 136 IV 1 E. 2.6.4).

- 9 -

E. 4.3

Bei der Strafzumessung gilt es sodann das Nachtatverhalten des Täters zu würdigen. Die Vorinstanz hat die dabei zu berücksichtigenden Kriterien zutreffend wiedergegeben, weshalb auf ihre Erwägungen verwiesen werden kann (Urk. 45 S. 20). Der Beschuldigte hat ein weitgehendes Geständnis abgelegt. Er stellte lediglich in Abrede, selbst Betäubungsmittel verkauft zu haben (Vorgang 69 der Anklageschrift). Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, zeigte sich der Beschuldigte erstmals anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 16. Dezember 2010 geständig, während er sich nach der Verhaftung und in den folgenden Einvernahmen noch ahnungslos gegeben hatte (Urk. 2/1-5). Das Geständnis des Beschuldigten erfolgte erst, nachdem ihm bereits diverse Gesprächsaufzeichnungen aus der Telefonkontrolle vorgehalten worden waren und er von einer Mittäterin konkret belastet worden war (Urk. 2/6 S. 2 ff.). Es kann dem Beschuldigten daher nicht attestiert werden, er habe Straftaten von sich aus offen gelegt, die ihm nicht hätten nachgewiesen werden können. In der Folge machte der Beschuldigte nur zurückhaltend und meist erst auf Vorhalt belastender Beweismittel Zugeständnisse. Er gab sich keine besondere Mühe, die ihm jeweils vorgehaltenen Gespräche zu erklären. Eine spezielle Kooperationsbereitschaft kann dem Beschuldigten nicht bescheinigt werden. Ein sofortiges, freiwilliges und umfassendes Geständnis, welches von Beginn weg die Untersuchung erleichtert hätte, ist vorliegend daher nicht gegeben. Mit der Vorinstanz ist dem Beschuldigten zu Gute zu halten, dass er Einsicht in das Unrecht der Tat und Reue geäussert hat (Urk. 2/12 S. 8; Urk. 30 S. 8 f.; Urk. 57/2). Aus den vorgenannten Gründen ist das schon im Rahmen der Strafuntersuchung erfolgte weitgehende Geständnis des Beschuldigten nicht im maximalen Umfang, aber doch merklich strafreduzierend zu veranschlagen.

E. 4.4

Die Verteidigung brachte im Berufungsverfahren vor, der Beschuldigte werde im Anschluss an den Strafvollzug voraussichtlich in Ausschaffungshaft gesetzt. Es mache für ihn keinen Unterschied, unter welchem Titel er "sitze", weshalb es sich rechtfertige, die zu erwartende ausländerrechtliche Haft bei der Festsetzung der Strafe zu berücksichtigen (Urk. 56 S. 6).

- 10 - Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Ausschaffungshaft dann auf die Freiheitsstrafe anzurechnen, wenn konkurrierend die Voraussetzungen der Untersuchungshaft und der Ausschaffungshaft gegeben sind; die Ausschaffungshaft daher faktisch die Funktion der Untersuchungshaft übernimmt. Dies ergibt sich aus der Überlegung, dass vor dem Strafvollzug erlittene Freiheitsbeschränkungen nach Möglichkeit auf die Strafe anzurechnen sind (BGE 124 IV 1 E. 2b). Der Beschuldigte wurde vorliegend noch nicht in Ausschaffungshaft versetzt. Eine entsprechende Anordnung ist erst nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug zu erwarten. Die ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen sind somit unabhängig vom vorliegenden Strafverfahren und dienen ausschliesslich der Sicherstellung des Vollzugs eines Wegweisungsentscheids. Sie stellen nicht Folgen der vom Gericht ausgefallenen Sanktion dar, sondern werden aufgrund eines gegen den Beschuldigten geführten verwaltungsrechtlichen Verfahrens angeordnet. Im Übrigen steht zum heutigen Zeitpunkt nicht fest, ob und für welche Dauer der Beschuldigte in Ausschaffungshaft versetzt wird, weshalb eine Anrechnung schon aus diesem Grund ausser Betracht fällt.

E. 4.5

Die von der Verteidigung weiter angeführten Umstände (Urk. 56 S. 7) können bei der Strafzumessung ebenfalls nicht strafmindernd berücksichtigt werden. Das Strafrecht macht die Verhängung einer Strafe im Einzelfall nicht davon abhängig, dass sie präventiv notwendig ist. Die im Urteil ausgesprochene Strafe ist in erster Linie eine Folge der Tatsache, dass schuldhaft eine Straftat begangen worden ist. Das Tatverschulden bildet daher auch den Ausgangspunkt und das zentrale Kriterium für die Strafzumessung. Es trifft zwar zu, dass das Strafrecht in erster Linie der Verbrechensverhütung und nicht der Vergeltung dient. Dementsprechend sind bei der Verfolgung und Bestrafung von Straftaten auch spezialpräventive Gesichtspunkte zu berücksichtigen (BSK Strafrecht I-Bommer, vor Art. 19 N 69 ff.). Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn die ins Auge gefasste Sanktion die Grenze für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs knapp überschreitet und die Voraussetzungen des bedingten Vollzugs im Übrigen erfüllt wären (BGE 134 IV 17 E. 3.4). Es versteht sich jedoch von selbst und bedarf keiner weiteren Erläuterungen, dass der Umstand, dass der Beschuldigte nach der Verbüssung seiner Strafe voraussichtlich ausgeschafft wird und deshalb kaum Gele-

- 11 - genheit haben wird, erneut in der Schweiz zu delinquieren (Urk. 56 S. 7 f.), ein Unterschreiten der schuldangemessenen Strafe nicht zu rechtfertigen vermag. Dasselbe gilt für die Verteidigung ebenfalls angeführten Strafvollzugskosten (Urk. 56 S. 7).

E. 5

Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots ist entgegen der Ansicht der Verteidigung nicht ersichtlich (Urk. 56 S. 7). Gemäss Art. 84 Abs. 4 StPO hat das Gericht den Parteien das vollständige begründete Urteil zwar grundsätzlich innert 60 Tagen, ausnahmsweise 90 Tagen zuzustellen, wobei die Frist vorliegend ab Urteilseröffnung lief. Dabei handelt es sich jedoch um eine Ordnungsfrist, deren Überschreitung nicht per se eine Verletzung des Beschleunigungsverbots nach sich zieht (Schmid, a.a.O., N 597). Das vorliegende Strafverfahren kann nicht als besonders umfangreich und komplex eingestuft werden, weshalb die Dauer von etwas mehr als fünf Monaten zwischen der erstinstanzlichen Urteilsfällung und der Zustellung des begründeten Entscheids relativ lang erscheint. Angesichts des Umstandes, dass schwere Delikte zu beurteilen waren und ohne

Berücksichtigung einer Verletzung des Beschleunigungsgebotes eine mehrjährige Freiheitsstrafe in einer Höhe auszufällen ist, welche die Gewährung des bedingten Strafvollzuges ausschliesst, und da auch keine Gefahr der Überhaft droht, ist der Beschuldigte durch die relativ lange Zeitdauer zwischen Urteilsfällung und Vorliegen des begründeten Entscheides nicht in einer Art und Weise belastet, welche eine Strafreduktion wegen Verletzung des Beschleunigungsgebotes rechtfertigen würde. Eine Strafminderung fällt daher unter diesem Gesichtspunkt ausser Betracht.

E. 6

Das Geständnis, die Einsicht und Reue des Beschuldigten sind diesem strafmindernd anzurechnen. In Würdigung aller genannten Kriterien erscheint die von der Vorinstanz festgesetzte Freiheitsstrafe von 47 Monaten angemessen; sie ist jedenfalls nicht übersetzt.

E. 7

Der Beschuldigte ist mit einer Freiheitsstrafe von 47 Monaten zu bestrafen. Der Anrechnung der durch Haft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstandenen 748 Tage an die Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

- 12 - III. Strafvollzug Die Vorinstanz ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Gewährung des bedingten oder teilbedingten Strafvollzuges im Sinne der Art. 42 ff. StGB bereits aus objektiven Gründen nicht in Frage kommt (Urk. 45 S. 23). IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen Im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Da der Beschuldigte mit seinen Berufungsanträgen vollumfänglich unterliegt, sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Zuzufolge offensichtlicher Uneinbringlichkeit sind sie ihm aber zu erlassen (Art. 425 StPO). Die Kosten für die amtliche Verteidigung im Berufungsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Eine Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten. Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.