

# ZH\_OBERGERICHT SB130369 vom 6. März 2014

ZH Obergericht, 2014-03-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB130369](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB130369)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB130369 du 6 mars 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT SB130369 del 6 marzo 2014

## Erwägungen

### E. 1

Mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 12. Juni 2013 wurde der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ 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 gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 32 Monaten bestraft, wovon 130 Tage durch Untersuchungshaft erstanden waren. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt. Im Übrigen (14 Monate, abzüglich 130 Tage Untersuchungshaft) wurde die Freiheitsstrafe vollziehbar erklärt. Im Weiteren wurden die sichergestellten Thaipillen eingezogen und deren Vernichtung angeordnet. Auf die Anträge des Beschuldigten betreffend Reinigung / Reparatur bzw. Zusprechung von damit in Zusammenhang stehenden Entschädigungen wurde nicht eingetreten. Schliesslich wurden die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten für die amtliche Verteidigung wurden unter dem Nachforderungsvorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO einstweilen auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 38).

### E. 2

Gegen dieses Urteil des Bezirksgerichts Bülach liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 19. Juni 2013 innert Frist die Berufung anmelden (Urk. 33). Am 30. August 2013 liess der Beschuldigte durch Eingabe seines Verteidigers die Berufungserklärung einreichen und erwähnte Anträge stellen (Urk. 40). In der Folge wurde der Staatsanwaltschaft mit Verfügung vom 12. September 2013 Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie Anschlussberufung erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung beantragen würde (Urk. 43). Mit Eingabe vom 20. September 2013 verzichtete die Staatsanwaltschaft sinngemäss auf Anschlussberufung (Urk. 45).

#### E. 2.1

Allgemeines Innerhalb des massgebenden Strafrahmens ist die Strafe 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 Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Der Begriff des Verschuldens muss sich jedenfalls auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen

- 6 - der Tat- und der Täterkomponente (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 19. Auflage, Zürich 2013, Art. 47 N 6). Bei der Tatkomponente sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, die Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe des Schuldigen zu beachten. Sodann sind für das Verschulden auch das "Mass an Entscheidungsfreiheit" beim Täter sowie die Intensität des deliktischen Willens bedeutsam (Donatsch/ Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O., Art. 47 N 11). Je leichter es für ihn gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (Wiprächtiger/Keller in: BSK Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 47 N 85).

## **E. 2.2**

### Tatkomponente

#### **E. 2.2.1**

Zunächst ist die objektive Tatschwere als Ausgangskriterium für die Verschuldensbewertung festzulegen und zu bemessen. Es gilt zu prüfen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut überhaupt beeinträchtigt worden ist. Darunter fallen das Ausmass des Erfolges, die Gefährdung, das Risiko sowie die Art und Weise des Vorgehens. Von Bedeutung ist auch die kriminelle Energie, wie sie durch die Tat und die Tatausführung offenbart wird, ebenso die Grösse des Tatbeitrages bei mehreren Tätern und die hierarchische Stellung (Wiprächtiger/ Keller in: BSK Strafrecht I, a.a.O., Art. 47 N 91 ff.). Bei Drogenstraf Tätern sind bei der Verschuldensbeurteilung auch die Art und Menge der umgesetzten Drogen mit zu berücksichtigen. Je grösser die Menge und je schädlicher die Gattung der vom Täter gehandelten, weitergegebenen oder transportierten Betäubungsmittel, um so gewichtiger erweist sich die von ihm mit der Tatverübung herbeigeführte gesundheitliche Gefährdung für Dritte. Allerdings darf der Drogenmenge - und damit verbunden auch der Gefährlichkeit - bei der Strafzumessung keine vorrangige Bedeutung zukommen. Auch kommt es nicht auf den genauen Reinheitsgehalt der Droge an, wenn nicht feststeht, dass der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder ein besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte (Wiprächtiger/Keller in: BSK Strafrecht I, a.a.O., Art. 47 N 93 f.). Neben der Menge und der daraus folgenden Gesundheitsgefährdung sind denn auch bei Drogendelikten die Art und Weise der Tatbegehung zu

- 7 - berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichts 6S.463/2006 vom 3. Januar 2007, E. 5). Grundsätzlich gilt es zu berücksichtigen, wie der Beschuldigte mit den Drogen in Kontakt gekommen ist und was er damit gemacht hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts trifft den Transporteur einer bestimmten Betäubungsmittelmenge ein geringeres Verschulden als denjenigen, der diese Betäubungsmittelmenge verkauft oder zum Zwecke des Weiterverkaufes erwirbt (Wiprächtiger/ Keller in: BSK Strafrecht I, a.a.O., Art. 47 N 100). Wesentlich bei der Strafzumessung ist auch die Stellung des Beschuldigten 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 (Hansjakob, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen, in: ZStrR 1997, S. 243). Auch ein Beschuldigter ohne Mitbestimmungsrecht, der auf einer tiefen Hierarchiestufe nur Anweisungen ausführt, kann unter Umständen eine wichtige und unabdingbare Rolle innerhalb des Verteilungsnetzes spielen und muss sich somit einem erheblichen strafrechtlichen Vorwurf aussetzen (BGE 135 IV 191 E. 3.4). In diesem Zusammenhang ist auch das Doppelverwertungsverbot zu beachten. Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen

Tatbestandes sind, dürfen nicht für die konkrete Strafzumessungsentscheidung innerhalb des anzuwendenden gesetzlichen Strafrahmens berücksichtigt werden - weder zulasten noch zugunsten des Beschuldigten. Die Tatbestandserfüllung als solche hat sich bereits im Eröffnen des gesetzlichen Strafrahmens niedergeschlagen und darf nicht nochmals für die Strafmassfindung verwendet werden, ansonsten der gleiche Umstand einem Beschuldigten zwei Mal zur Last gelegt oder zu Gute gehalten würde. Der Richter ist aber nicht gehindert zu berücksichtigen, in welchem Ausmass ein qualifizierender oder privilegierender Tatumstand gegeben ist (Wiprächtiger/Keller in: BSK Strafrecht I, a.a.O., Art. 47 N 102). Der Beschuldigte führte bei seiner Einreise in die Schweiz insgesamt 235 Gramm Methamphetamin, enthalten in 15'600 Stück Thaipillen, mit sich. Der festgestellte Reinheitsgehalt beträgt 16 %, was pro Tablette einer Wirkstoffmenge von 15,4 mg Methamphetamin und damit einer üblichen Dosierung entspricht (Urk. 4/4 S. 2).

- 8 - Da jedoch nicht erstellt ist, dass der Beschuldigte um den Reinheitsgehalt wusste bzw. in besonderem Bewusstsein darum handelte, wirkt sich der Reinheitsgehalt bei der Strafzumessung nicht besonders aus. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die Gefährlichkeit von Methamphetamin mit jener von Heroin und Kokain vergleichbar ist, und es sich bei diesen mit um die gefährlichsten der bekannten Drogen handelt. Die vom Bundesgericht festgelegten Grenzwerte von 12 Gramm reinem Heroin-Hydrochlorid resp. 18 Gramm reinem Kokain-Hydrochlorid reichen aus, um die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr zu bringen (BGE 109 IV 143 E. 3b; BGE 118 IV 342 E. 1a). Gemäss einem Gutachten der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin vom Juni 2010 führt gerauchtes Methamphetamin rasch zu einer psychischen Abhängigkeit. Der wiederholte und hochdosierte Konsum ist mit gewalttätigem Verhalten und paranoiden Psychosen verbunden. Zudem kann der Konsum von Methamphetamin zu diversen weiteren ernst zu nehmenden Nebenwirkungen, wie z.B. Krampfanfällen oder Hirn- bzw. Herzinfarkten führen. Im Vergleich zu Amphetamin, für welches der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG gemäss Bundesgericht bei 36 Gramm liegt (BGE 113 IV 32), wirkt Methamphetamin etwa doppelt so stark auf das Herz-Kreislauf-System und berge ein höheres Suchtpotential. Gemäss früheren Erhebungen des "Institut universitaire de médecine légale" in Lausanne sei Methamphetamin zudem als mindestens so gefährlich zu erachten wie Kokain. Aufgrund des konkreten Vergleichs mit Kokain und Amphetamin empfehle es sich, die Substanzmenge für Methamphetamin, die die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann, auf 12 Gramm Methamphetamin-Hydrochlorid festzulegen ([www.sgrm.ch/uploads/media/gutachten\\_methamphetamin\\_jun2010\\_06.pdf](http://www.sgrm.ch/uploads/media/gutachten_methamphetamin_jun2010_06.pdf)). Dass bei 12 Gramm reiner Droge von einem schweren Fall auszugehen ist, wird im Übrigen auch von der Verteidigung anerkannt (Prot. I S. 10). Mit der Einfuhr von 235 Gramm Methamphetamin hat der Beschuldigte diesen Wert um ein Vielfaches überschritten. Dadurch hat der Beschuldigte die Gesundheit einer grossen Zahl von Menschen in erhebliche Gefahr gebracht. Entsprechend ist von einem hohen Gefährdungspotenzial auszugehen. Auch wenn die Menge nicht von vorrangiger Bedeutung ist, sondern nur ein Faktor von mehreren darstellt, fällt

- 9 - vorliegend erschwerend ins Gewicht, dass der qualifizierende Umstand in einem mehrfachen Ausmass gegeben ist. Mangels anderer Hinweise ist zu Gunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass er lediglich als Transporteur tätig war und wohl eine eher untergeordnete Stellung innerhalb der Drogenorganisation innehatte, was sein Verschulden etwas relativiert und leicht strafreduzierend zu werten ist. Mit der Vorinstanz

ist jedoch davon auszugehen, dass der Beschuldigte nicht auf der untersten Hierarchiestufe anzusiedeln ist. Vielmehr ist aus der dem Beschuldigten anvertrauten Drogenmenge und aufgrund des hohen Wertes dieser Drogen zu schliessen, dass er selbst als Transporteur einige Verantwortung besass und in- sofern ein wichtiges Bindeglied zwischen den Drogenproduzenten und Drogen- abnehmern darstellte. Auch wenn davon auszugehen ist, dass er im Wesentlichen als Befehlsempfänger ohne Mitbestimmungsrecht operierte, so tat er dies inner- halb der Hierarchie jedenfalls nicht ganz unten. Obwohl dem Beschuldigten nur ein Transport in die Schweiz anzulasten ist, hat er mit dem Befördern der nicht mehr kleinen Drogenmenge innerhalb des Verteilnetzes einen unerlässlichen und nicht zu verharmlosenden Tatbeitrag geleistet. Mit seinem Handeln offenbarte er einige kriminelle Energie. Der Beschuldigte unternahm im Jahr 2012 insgesamt drei Reisen nach Thailand bzw. Bangkok; die Erste am 31. Mai, dann am 15. Juli und die Letzte am 30. Juli. Gemäss seinen eigenen Angaben wurde der Beschuldigte bei seiner zweiten Thailandreise von einem unbekanntem Thailänder für ein Entgelt von Fr. 10'000.-- für den Schmuggeltransport angeworben. Er habe fünf Tage nach der Anfrage zugesagt. Bei seiner dritten Reise habe er den Thailänder in der gleichen Disko- thek wieder getroffen, woraufhin ihm die Shampooflaschen übergeben worden seien (Urk. 2/1; Urk. 2/2; Urk. 28; Urk. 56). Die Idee des Drogentransports - davon muss jedenfalls in Nachachtung der Unschuldsvermutung ausgegangen werden - ging somit nicht vom Beschuldigten aus, sondern wurde von einer Drittperson an diesen herangetragen. In der Folge war es jedoch der Beschuldigte, welcher nach der Rückkehr von seiner zweiten Reise die dritte plante und ausführte sowie aktiv - 10 - den Kontakt zu seinem Auftraggeber suchte. Diese Art und Weise der Tat- begehung wirkt sich eher erhöhend auf das Verschulden aus. Insgesamt ist die objektive Tatschwere und damit die Schwere des Verschuldens innerhalb des sehr weiten Strafmasses gerade noch als leicht zu gewichten.

### **E. 2.2.2**

Bei der subjektiven Tatschwere ist festzustellen, wie dem Täter die objektive Tatschwere tatsächlich anzurechnen ist. Zum subjektiven Verschulden gehören etwa die Frage der Schuldfähigkeit, die Intensität des verbrecherischen Willens, das Motiv sowie das Mass an Entscheidungsfreiheit. a) Wie bereits erwähnt, bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte für eine ver- minderte Schuldfähigkeit. Dies wurde auch nicht geltend gemacht. b) Was die Intensität des verbrecherischen Willens anbelangt, so kann vollum- fänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Demnach han- delte der Beschuldigte hinsichtlich der Drogenart und der -menge zumindest mit Eventualvorsatz. Den Schmuggeltransport als solchen hat der Beschuldigte jedoch mit direktem Vorsatz ausgeführt. Der Beschuldigte wurde etwa einen Monat vor seiner Schmuggelreise, als er sich in Bangkok aufhielt, für diese ange- worben. Ein Thailänder habe ihm das Angebot gemacht, etwas in die Schweiz zu bringen. Seine Frage, ob es sich um Kokain handle, habe der Thailänder verneint und gesagt, es sei nichts Gefährliches (Urk. 2/1 S. 3; Urk. 56 S. 16 f.). In der Folge buchte der Beschuldigte die Flüge für die Schmuggelreise und suchte seinen Auftraggeber in Bangkok auf. Dem Beschuldigten musste somit bekannt sein, dass er Drogen in die Schweiz bringen sollte, ansonsten er sich nicht nach Kokain erkundigt hätte. Ebenfalls räumte er selber ein, dass es nichts Unge- fährliches sein konnte, ansonsten es nicht hätte geschmuggelt werden müssen und es dafür nicht Fr. 10'000.-- gegeben hätte (Urk. 2/1 S. 3 f.; vgl. auch Urk. 56 S. 17). c) Zu seinen Beweggründen für die Tat befragt, erklärte der Beschuldigte, er habe sich in einer desolaten finanziellen Situation befunden.

Mit dem Erlös für den Transport hätte er seinen Konkurs durchführen können. Anders wäre er nicht an

- 11 - Geld gekommen (Urk. 2/1 S. 3; Urk. 28 S. 7). Damit macht der Beschuldigte seine finanzielle Notlage als Motiv geltend. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. So fand der Beschuldigte immer wieder Geldgeber, die ihn zu seinen drei Thailand- reisen im Jahr 2012 sowie einer Ägyptenreise einluden (Urk. 28 S. 5 f.). Auch die Rechnung für seine Unterkunft in Bangkok anlässlich der Schmuggelreise wurde ihm bezahlt (Urk. 2/3 S. 7). Wieso diese Geldgeber ihm anstelle oder zusätzlich zu den Reisen nicht auch hätten die Konkurskosten bezahlen oder vorschliessen können, ist unerklärlich. Zudem überwies der Beschuldigte zwischen dem 20. September 2011 und dem 28. Juli 2012 insgesamt knapp Fr. 27'000.-- nach Thailand, Italien und auf die Philippinen (Urk. 2/5 S. 6; Urk. 2/8 S. 6). Mehr als die Hälfte dieses Betrages ging an B. \_\_\_\_\_. Als Grund für die Überweisungen nannte der Beschuldigte persönliche Engpässe von B. \_\_\_\_\_ und dass er ihn gebeten habe, ihm zu helfen (Urk. 2/5 S. 5; Urk. 2/8 S. 9; Urk. 56 S. 12 f.). Dies kann nur bedeuten, dass der Beschuldigte seine eigene finanzielle Lage nicht als so belastend angesehen hat. Zudem hätte er anstelle das Geld zu überweisen, dieses wenigstens teilweise für seinen eigenen Konkurs verwenden können. Der Beschuldigte führte somit den Schmuggeltransport nicht wegen seiner finanziellen Notlage, sondern einzig aus finanziellen und damit egoistischen Gründen aus. d) Der Beschuldigte konsumiert keine Drogen (Urk. 2/2 S. 2; Prot. I S. 3; Urk. 56 S. 8). Beschaffungskriminalität fällt somit ausser Betracht. e) Weiter ist das Mass an Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten zu berücksichtigen. Je leichter es für ihn gewesen wäre, die von ihm übertretene Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt seine Entscheidung gegen sie und damit seine Schuld (BGE 127 IV 101 E. 2a). Wie die Vorinstanz richtig gesehen hat, handelte der Beschuldigte weder in schwerer Bedrängnis noch unter dem Eindruck einer schweren Drohung. So wurde er gemäss eigenen Angaben nicht bedroht (Urk. 2/3 S. 2; Urk. 56 S. 17). Es bestehen auch keine Anhaltspunkte für ein Handeln in schwerer Bedrängnis. Im Gegenteil: Nachdem dem Beschuldigten das Angebot des Schmuggeltransports gemacht wurde, sagte er erst nach einer Bedenkzeit zu. Danach flog er nach Hause und organisierte seine nächste Reise

- 12 - nach Thailand. Der Beschuldigte besass somit hinsichtlich seines Entscheides, Drogen zu transportieren, jegliche Entscheidungsfreiheit. f) Insgesamt wird die objektive Tatschwere durch die subjektiven Komponenten nicht relativiert, sondern eher erhöht.

### **E. 2.2.3**

Zusammenfassend ist das Verschulden des Beschuldigten in Anbetracht des vorgegebenen weiten Strafrahmens als nicht mehr leicht zu qualifizieren. Die Einsatzstrafe ist aufgrund der Tatkomponente auf 24 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen. Der durch die Vorinstanz für die Festsetzung der Einsatzstrafe als angemessen bezeichnete Bereich von 32 bis 34 Monaten Freiheitsstrafe erweist sich demgegenüber in Anbetracht sämtlicher im Rahmen der Tatkomponente zu berücksichtigender Umstände als überhöht. Dies zeigt sich auch im Vergleich mit dem schematisierten Berechnungsmodell gemäss Fingerhuth/Tschurr, welches für eine Menge von 235 Gramm reinem Heroin-Hydrochlorid von einer Strafe im durch die Vorinstanz festgelegten Bereich ausgeht (Fingerhuth/Tschurr, in: Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007, S. 385 f.). Das vorliegend bereits zitierte Gutachten der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin setzt Methamphetamin zwar punkto Substanzgefährlichkeit auf eine ähnliche Stufe wie Heroin, jedoch wäre in diesem Zusammenhang in Anwendung des Berechnungsmodells zusätzlich zu

berücksichtigen, dass es sich beim Beschuldigten um einen Transporteur handelt und dass nur eine einmalige Tathandlung zu beurteilen ist (Fingerhuth/Tschurr, a.a.O., S. 386). Diese beiden im Rahmen der Tatkomponente wichtigen Punkte, sowie der damit zusammenhängende Umstand, dass der Beschuldigte im Bereich des internationalen Drogenhandels eine relativ tiefe Hierarchiestufe einnahm, hat die Vorinstanz bei der Festsetzung des Bereichs der Einsatzstrafe zu wenig berücksichtigt.

## **E. 2.3**

### **Täterkomponente**

#### **E. 2.3.1**

Die Täterkomponente umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse, die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren (vgl. Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB). Bei der Beurteilung des Vorlebens fallen einerseits früheres Wohlverhalten, andererseits Zahl, Schwere und Zeitpunkt von Vorstrafen ins Gewicht. Unter dem Gesichtspunkt der

- 13 - persönlichen Verhältnisse ist etwa zu berücksichtigen, ob sich der Täter im Strafverfahren kooperativ verhielt, ob er Reue und Einsicht zeigt sowie ob er mehr oder weniger strafempfindlich ist.

#### **E. 2.3.2**

Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen kann auf die Untersuchungsakten und die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 38 S. 10). Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten: Der am 31. Mai 1959 geborene Beschuldigte wuchs als Einzelkind bei seinen Eltern in C. \_\_\_\_\_ auf, wo er auch die Primar- und die Realschule besuchte. Anschliessend absolvierte er eine Mechaniker-Lehre. Nach einer zweijährigen Weiterbildung zum CNC Dreher arbeitete er als Operator in einem Rechencenter, als Broker, im Immobilienbereich, als Taxifahrer und als Lagerist. Im Jahre 2001 heiratete er. Aus dieser Ehe, welche 2010 geschieden wurde, hat er zwei Kinder, zu welchen er keinen Kontakt pflegt, obwohl er solchen gemäss eigenem Bekunden gerne möchte. Ende Juni 2011 verheiratete sich der Beschuldigte erneut, wobei es im Jahr 2013 wiederum zur Scheidung der Ehe kam. Der Beschuldigte hat Schulden im Umfange von rund Fr. 800'000.--. Er lebt in engen finanziellen Verhältnissen. Sein Lohn ist bis auf das Existenzminimum gepfändet (Urk. 12/2; Urk. 12/3; Urk. 28; Urk. 56). Aus dem Werdegang des Beschuldigten und seinen persönlichen Verhältnissen ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren.

#### **E. 2.3.3**

Vorstrafen Der Beschuldigte weist eine einschlägige Vorstrafe auf. Mit Strafmandat vom 26. Oktober 2009 wurde er vom Untersuchungsrichteramt II Emmental-Oberaargau wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz (Anbau/ Herstellung von Hanf), begangen in der Zeit vom 26. September 2005 bis 6. Juni 2008, zu einer bedingten Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu Fr. 170.--, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren und zu einer Busse von Fr. 1'500.-- verurteilt (Urk. 12/1; Urk. 42). Diese Vorstrafe des Beschuldigten ist strafehöhend zu berücksichtigen. Der Verteidiger des Beschuldigten machte anlässlich der Berufungsverhandlung geltend, dass die Vorstrafe nicht einschlägig sei, da sie wegen Beteiligung des Beschuldigten am Anbau von Hanf ausgefällt wurde

- 14 - (Urk. 57 S. 6). Dem ist zu widersprechen. Auch wenn zu berücksichtigen ist, dass die Vorstrafe im Vergleich zur heute zu beurteilenden Tat tatsächlich ein gänzlich anderes, nicht gleichermassen gefährliches Betäubungsmittel betroffen hat, handelt es sich doch um eine Tat aus dem Bereich der Betäubungsmittel- delinquenz, weshalb die Einschlägigkeit der Vorstrafe zu bejahen ist.

#### **E. 2.3.4**

Nachtatverhalten Bei der Strafzumessung ist auch das Nachtatverhalten eines Täters zu beachten. Darunter fallen das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren. Insbesondere wirken ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und aufrichtige Reue strafmindernd (Wiprächtiger/Keller in: BSK Strafrecht I, a.a.O., Art. 47 N 169). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Geständnis zugunsten des Täters zu berücksichtigen, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt oder der Täter dadurch zur Tataufdeckung über den eigenen Tatanteil beiträgt (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Diese Praxis beruht auf der Überlegung, dass Geständnisse zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen können. Ein Verzicht auf Strafminde- rung kann sich demgegenüber deshalb aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichterte, namentlich weil der Täter nur aufgrund der erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Ur- teils geständig wurde (Urteil des Bundesgerichts 6B\_426/2010 vom 22. Juli 2010, E.1.5). Bereits in der ersten Einvernahme gab der Beschuldigte zu, gegen Entgelt etwas Illegales in die Schweiz transportiert zu haben (Urk. 2/1 S. 2). Es ist ihm daher zugute zu halten, dass er von Anfang an ein Geständnis ablegte. Nachdem man bei seiner Einreise die Betäubungsmittel im Koffer fand, hat dieses Geständ- nis die Untersuchung allerdings nicht wesentlich erleichtert. Auch zeigte der Beschuldigte kein kooperatives Verhalten, wozu gehören würde, dass beispiels- weise aufgrund seiner Aussagen weitere Delikte aufgeklärt oder Mittäter zur Rechenschaft gezogen werden könnten. Seine Aussagen betreffend seine Kontaktperson in Thailand blieben rudimentär. Er nannte weder Namen noch Lokalitäten. Seine Ausführungen waren meist sehr unbestimmt (Urk. 2/1 S. 3;

- 15 - Urk. 2/3 S. 3; Urk. 28 S. 5 ff.; Urk. 56 S. 8 ff.). Auch zeigte sich der Beschuldigte während des gesamten Verfahrens weder einsichtig noch reuig. Nirgends äussert er auch nur ein Wort des Bedauerns. Er bezeichnet seine Tat als "Blödsinn" mit dem Hinweis, dass sie eben passiert sei (Urk. 2/8 S. 19; vgl. auch Urk. 56 S. 18). Somit fehlt es an einem mit aufrichtiger Reue und Einsicht verbundenen Geständnis, weshalb das Nachtatverhalten lediglich minim strafmindernd berück- sichtigt werden kann.

#### **E. 2.3.5**

Schliesslich ist die Wirkung der Strafe auf das Leben des Beschuldigten zu berücksichtigen. Damit ist die Strafempfindlichkeit des Täters angesprochen. Die Berücksichtigung der Strafempfindlichkeit kommt namentlich in Betracht, wenn der Täter aus medizinischen Gründen wie Krankheit, Alter oder Haftpsychose besonders empfindlich ist (Urteil des Bundesgerichts 6B\_744/2012 vom 9. April 2013, E. 3.3, mit Hinweisen). Selbst ein hohes Alter führt nicht automatisch zu einer Strafreduktion (Urteil des Bundesgerichts 6B\_291/2012 vom 16. Juli 2013). Es sind keinerlei Anhaltspunkte für eine erhöhte Strafempfindlichkeit des Beschuldigten ersichtlich und es wurden auch keine solchen vorgebracht.

### **E. 2.3.6**

Aufgrund der Täterkomponente ist insgesamt eine moderate Straferhöhung angezeigt.

### **E. 2.4**

Ergebnis der Strafzumessung In Berücksichtigung sämtlicher relevanter Strafzumessungsgründe erweist sich eine Bestrafung mit 27 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen. Angesichts der einschneidenden Konsequenzen des unbedingten Vollzugs hat der Richter bei der Strafzumessung mit zu berücksichtigen, ob die subjektiven Voraussetzungen im Sinne einer günstigen bzw. nicht ungünstigen Prognose im konkreten Einzelfall an sich erfüllt sind. Bei dieser folgeorientierten Überlegung kommt dem Richter ein weites Ermessen zu. Liegt die ins Auge gefasste Sanktion in einem Bereich, der die Grenze für den bedingten (24 Monate) oder teilbedingten (36 Monate) Vollzug mit umfasst, so hat sich der Richter unter Würdigung aller

- 16 - wesentlichen Umstände die Frage zu stellen, ob eine Strafe, welche die Grenze nicht überschreitet, noch vertretbar ist, mit anderen Worten noch im Ermessensspielraum liegt. Bejaht er sie, hat er diese Strafe zu verhängen. Andernfalls ist es ihm unbenommen, auch eine nur unwesentlich über dem Grenzwert liegende angemessene und begründbare Strafe auszufällen (BGE 134 IV 17 E. 3.5 f.). Eine Strafe von 24 Monaten Freiheitsstrafe erscheint unter Würdigung aller vorstehend dargelegten tat- und täterbezogenen Umstände als nicht mehr vertretbar. Insbesondere weist der Beschuldigte – wie bereits erwähnt – keine besondere Strafempfindlichkeit auf, welche es rechtfertigen würde, die Freiheitsstrafe auf 24 Monate zu reduzieren. Aus diesem Grund ist an der gemäss sämtlichen Umständen angemessenen Freiheitsstrafe von 27 Monaten festzuhalten, wenn gleich diese nur unwesentlich über der Grenze zu liegen kommt, gemäss welcher ein vollumfänglich bedingter Vollzug noch geprüft werden könnte (24 Monate).

### **E. 2.5**

Die Angemessenheit dieser Strafe ergibt sich auch bei einer Vergleichsrechnung mit dem schematisierten Berechnungsmodell von Fingerhuth/Tschurr (in: Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007, S. 385 f.). Geht man demnach in Nachachtung des Gutachtens der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin vom Juni 2010 zur Gefährlichkeit von Methamphetamin davon aus, dass ein schwerer Fall, der die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann, bei 12 Gramm Methamphetamin-Hydrochlorid liegt (was auch von der Verteidigung anerkannt wurde), wäre bei 235 Gramm von einer Einsatzstrafe von rund 32 Monaten auszugehen. Da es sich beim Beschuldigten um einen Drogenkurier aus dem Ausland handelt, rechtfertigt sich ein Abzug, welcher aufgrund der besonderen subjektiven Umstände jedoch nicht im durch das Berechnungsmodell vorgesehenen vollen Umfang, sondern lediglich reduziert vorgenommen werden kann, war der Beschuldigte doch nicht blosser Transporteur im Sinne des Modells, zumal er einen starken Eigenantrieb bewies, als er - nach einer Bedenkzeit - von sich aus die erneute Reise nach Thailand plante und schliesslich in Angriff nahm, um das Methamphetamin in die Schweiz zu transportieren. Es rechtfertigt sich unter diesem Titel ein Abzug von rund 5 Monaten. Ein weiterer Abzug von wiederum rund 5 Monaten wäre vorzunehmen, weil der Beschuldigte

- 17 - nur ein Geschäft tätigte. Als Zwischenergebnis käme man mithin auf rund 22 Monate. Für das Geständnis liesse sich eine Reduktion von 1,5 Monaten und für die einschlägige Vorstrafe eine Erhöhung von 6 Monaten rechtfertigen. Mithin resultierte aufgrund dieser

schematischen Berechnung eine Freiheitsstrafe von rund 26 ½ Monaten. Eine solche Vergleichsrechnung - welche nicht Grundlage der eigentlichen Strafzumessung ist - ist durchaus zulässig (Urteil des Bundesgerichts 6B\_495/2008 vom 27. Dezember 2008, E. 1.4).

### **E. 2.6**

Mithin ergibt sich, dass die von der Vorinstanz gegen den Beschuldigten ausgesprochene Freiheitsstrafe von 32 Monaten zu hoch ist. Der Beschuldigte ist mit einer Freiheitsstrafe von 27 Monaten zu bestrafen. Die vom Beschuldigten erstandenen 130 Tage Untersuchungshaft sind anzurechnen (Art. 51 StGB).

### **E. 3**

Vollzug Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug 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 und Vergehen abzuhalten. Den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren kann das Gericht teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 StGB). Der Beschuldigte ist heute mit einer Freiheitsstrafe von 27 Monaten zu bestrafen. Die objektive Voraussetzung für einen vollumfänglichen Aufschub der auszusprechenden Strafe ist somit nicht erfüllt (Art. 42 Abs. 1 StGB). Es ist jedoch zu prüfen, ob dem Beschuldigten der teilbedingte Vollzug der Freiheitsstrafe gewährt werden kann (Art. 43 Abs. 1 StGB). Der Beschuldigte wurde mit Strafmandat des Untersuchungsrichteramtes II Emmental-Oberaargau vom 26. Oktober 2009 wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer bedingten Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu Fr. 170.--, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren und mit einer Busse von Fr. 1'500.-- bestraft (Urk. 12/1; Urk. 42). Diese Vorstrafe ist einschlägig. Sie betraf jedoch keine harten Drogen, sondern Hanf. Da die Strafe unter

- 18 - 180 Tagessätzen Geldstrafe lag, liegt zudem kein Fall von Art. 42 Abs. 2 StGB vor, der für den Aufschub der Strafe besonders günstige Umstände verlangt. Der Beschuldigte hat von allem Anfang an ein Geständnis abgelegt, von Einsichtigkeit oder Reue kann aber nicht die Rede sein. Diesbezüglich ist auf die Ausführungen unter Ziffer 2.3.4 zu verweisen. Aus den weiteren Lebensumständen kann nichts zugunsten des Beschuldigten abgeleitet werden. Er hat aus seiner ersten Ehe zwei Kinder, die er fast nie sieht, und ist mittlerweile auch von seiner zweiten Ehefrau geschieden. Er hat Schulden in der Grössenordnung von Fr. 800'000.--. Vom 10. August 2012 bis zum 18. Dezember 2012, mithin während 130 Tagen, befand sich der Beschuldigte in Untersuchungshaft. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, ist dem Beschuldigten zugute zu halten, dass er sich nach seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft aktiv um eine Beschäftigung bemühte. Seit Februar 2013 arbeitet er als Taxifahrer und erzielt ein regelmässiges bescheidenes Einkommen. Zudem scheint der Beschuldigte nunmehr gewillt zu sein, sein Leben in den Griff zu bekommen und seine finanziellen Probleme mit der Anmeldung eines Privatkonkurses anzugehen (Urk. 28 S. 7; Prot. I S. 9; Urk. 56 S. 4). Zudem dürfte das Strafverfahren und die vom Beschuldigten erstandene Untersuchungshaft von 130 Tagen eine Warnwirkung gehabt haben. Unter diesen Umständen ist nicht von einer eigentlichen Schlechtprognose auszugehen und es ist dem Beschuldigten der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren. Im Sinne eines Ermessensentscheides ist zugunsten des Beschuldigten heute

davon auszugehen, dass bereits der Vollzug von 10 Monaten Freiheitsstrafe genügt, um einerseits seinem Verschulden genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 StGB) und andererseits seine Legalprognose soweit positiv zu beeinflussen, dass in Zukunft mit keinem Rückfall in die Delinquenz gerechnet werden muss. Die durch ihn bereits erstandenen 130 Tage Untersuchungshaft sind dabei auf den vollziehbaren Teil der Strafe anzurechnen. Für den aufzu- schiebenden Strafteil von 17 Monaten ist dem Beschuldigten eine Probezeit von 2 Jahren anzusetzen (Art. 44 Abs. 1 StGB).

- 19 - III. Kostenfolgen Im Berufungsverfahren erfolgt die Kostentragung nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens der Parteien (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte wurde vor Vorinstanz mit einer Freiheitsstrafe von 32 Monaten bestraft, wobei diese im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben wurde (Urk. 38). Im Berufungsverfahren beantragte der Beschuldigte die Bestrafung mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten (Urk. 57). Heute wird er zu einer Freiheitsstrafe von 27 Monaten verurteilt werden, wobei ein Aufschub der Freiheitsstrafe im Umfang von 17 Monaten erfolgen wird. Nachdem der Beschuldigte mit seinen Anträgen somit etwa zur Hälfte obsiegt, sind die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, zur Hälfte dem Beschuldigten aufzuerle- gen und zur anderen Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind zur Hälfte einstweilen und zur Hälfte definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen. Im Umfang einer Hälfte ist die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.-- anzusetzen (Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 lit. b GebV OG). Die Kosten für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten im Berufungs- verfahren sind auf Fr. 2'700.- zu veranschlagen (vgl. Urk. 58). Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 12. Juni 2013 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt:

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