

# ZH\_OBERGERICHT SB130372 vom 30. Januar 2014

ZH Obergericht, 2014-01-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB130372](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB130372)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB130372 du 30 janvier 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT SB130372 del 30 gennaio 2014

## Erwägungen

### E. 1

Anklagevorwurf, Einwände vor Vorinstanz und Beurteilung durch die Vorinstanz

#### E. 1.1

Die Vorinstanz hat in den Erwägungen des angefochtenen Entscheides vorab ausführlich die theoretischen Grundsätze der richterlichen Strafzumessung angeführt, wobei sie es jedoch unterliess, auf die durch das Bundesgericht speziell für Betäubungsmitteldelikte entwickelten Strafzumessungskriterien hinzuweisen (Urk. 54 S. 40 ff.). In Ergänzung der vorinstanzlichen Ausführungen ist festzuhalten, dass das Bundesgericht in neueren Entscheiden die Regeln zur Strafzumessung modifiziert und in Grundsatzentscheiden das nachfolgend skizzierte Modell vorgegeben hat (BGE 136 IV 55 E. 5.4.; Entscheide des Bundesgerichts 6B\_466/2013 vom 25. Juli 2013, 6B\_323/2010 vom 23. Juni 2010 E. 2., 6B\_865/2009 vom 25. März 2010 und 6B\_238/2009 vom 8. März 2010, je mit Hinweisen). Die nachfolgenden Ausführungen des Bundesgerichts werden dabei durch weitere Strafzumessungskriterien, die sich aus der Literatur und der weiteren Rechtsprechung des Bundesgerichts ergeben, ergänzt. Ausgehend von der objektiven Tatschwere hat das Gericht das Verschulden zu bewerten. Es hat im Urteil darzutun, welche verschuldensmindernden und welche verschuldenserhöhenden Gründe im konkreten Fall gegeben sind, um so zu einer Gesamteinschätzung des Tatverschuldens zu gelangen. Dem Tatverschulden kommt nach der Rechtsprechung bei der Strafzumessung eine entscheidende Rolle zu (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_165/2011 vom 19. Juli 2011 - 15 - E. 1.5.2.; BGE 136 IV 55 E. 5.4. und BGE 134 IV 17 E. 2.1.). Dieses beurteilt sich anhand der gesamten Tatumstände. Der Gesetzgeber hat einzelne Kriterien aufgeführt, welche für die Verschuldenseinschätzung von wesentlicher Bedeutung sind und allenfalls bewirken können, dass das Verschulden als derart gering einzustufen ist, dass eine Strafe unterhalb des ordentlichen Strafrahmens geboten ist. So trifft etwa – neben einer allfällig verminderten Schuldfähigkeit – denjenigen einen geringeren Schuldvorwurf, dem lediglich eventualvorsätzliches Handeln anzulasten ist (Art. 12 Abs. 2 StGB). Das Strafgesetzbuch selbst erwähnt verschiedene Umstände, die das Verschulden reduzieren können: Wenn der Täter aus achtenswerten Beweggründen, in schwerer Bedrängnis oder unter dem Eindruck einer schweren Drohung gehandelt hat; ebenso wenn sein Handeln durch eine Person, der er Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist, veranlasst worden ist (Art. 48 lit. a StGB). Im gleichen Sinne ist von einem minderen Verschulden auszugehen, wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist (Art. 48 lit. b StGB), wenn er in einer heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung (Art. 48 lit. c StGB) gehandelt hat. Ein reduziertes Verschulden trifft auch denjenigen, der die Tat durch Unterlassung begeht (Art. 11 Abs. 4 StGB). Zu nennen sind schliesslich die entschuldbare Notwehr (Art. 16 Abs. 1 StGB) und der entschuldbare

Notstand (Art. 18 Abs. 1 StGB), der vermeidbare Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21 StGB), der Rücktritt (Art. 23 Abs. 1 StGB) und die Gehilfenschaft (Art. 25 StGB). In all diesen Fällen liegen Sachverhaltselemente vor, die sich verschuldensmindernd auswirken, was zu einer mildernden Strafe führt. Auf der anderen Seite sind Umstände denkbar, welche das Tatverschulden erhöhen und namentlich die wegen der reduzierten Einsichts- bzw. Steuerungs- fähigkeit des Täters geringere Schuld wieder auszugleichen vermögen. Zu erwähnen ist beispielsweise ein verwerfliches Motiv. Weiter zu berücksichtigen sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges (Deliktsbetrag, Gefährdung/Risiko, Sachschaden etc.), die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, das "Mass an Entscheidungsfreiheit" beim Täter sowie die sogenannte Intensität des deliktischen Willens (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches

- 16 - Strafgesetzbuch, Kommentar, 19. Auflage, Zürich 2013, N11 zu Art. 47 StGB samt Zitaten). Je leichter es für ihn gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (Entscheidung des Bundesgerichts 6S.270/2006 vom 5. September 2006 E. 6.2.1., 6S.43/2001 vom 19. Juni 2001 E. 2. und 6S.333/2004 vom 23. Dezember 2004 E. 1.1.; BGE 122 IV 241 und Pra 2001 S. 832 lit. a; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 2. Auflage, Bern 2006, S. 179 N 13; Trechsel/Affolter-Eijsten, in: Trechsel/ Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Auflage 2013, N 21 zu Art. 47 StGB). Auch die Grösse des Tatbeitrages (bei mehreren Tätern) und die hierarchische Stellung sind von Bedeutung (vgl. Hans Wiprächtiger in BSK StGB I, 3. Auflage, Basel 2013, N 69 ff. zu Art. 47 StGB; Trechsel, a.a.O., N 18 ff. zu Art. 47 StGB). Es liegt dabei im Ermessen des Sachrichters, in welchem Umfang er die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Gericht ist nicht gehalten, in Zahlen oder Prozenten anzugeben, wie es die einzelnen Strafzumessungskriterien bewertet (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_524/2010 & 6B\_626/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 4.4.). Das Gesamtverschulden ist jedoch zu qualifizieren und mit Blick auf Art. 50 StGB im Urteil ausdrücklich zu benennen, wobei von einer Skala denkbarer Abstufungen nach Schweregrad auszugehen ist. Das Bundesgericht drängt in seiner aktuellen Praxis vermehrt darauf, dass Formulierung des Verschuldens und Festsetzung des Strafmasses auch begrifflich im Einklang stehen (Urteile des Bundesgerichtes 6B\_524/2010 und 6B\_626/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 4.4., 6B\_1096/2010 vom 7. Juli 2011 E. 4.2., 6B\_1048/2010 vom 6. Juni 2011 E. 3.2. und 6B\_763/2010 vom 26. April 2011 E. 4.1.). Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der (schwersten) anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen. Dieser Rahmen ist vom Gesetzgeber in aller Regel sehr weit gefasst worden, um sämtlichen konkreten Umständen Rechnung zu tragen. Entgegen einer auch in der Praxis verbreiteten Auffassung wird der ordentliche Strafrahmen durch Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe nicht automatisch erweitert, worauf dann innerhalb dieses neuen Rahmens die Strafe

- 17 - nach den üblichen Zumessungskriterien festzusetzen wäre (Urteil 6S.73/2006 vom 5. Februar 2007 E. 3.2). Zwar ist auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darauf hingewiesen worden, das Gesetz sehe eine Straf- rahmenerweiterung vor (vgl. BGE 116 IV 300 E. 2a S. 302). Damit sollte aber nur ausgedrückt werden, dass der Richter infolge eines Strafschärfungs- bzw. Strafmilderungsgrundes nicht mehr in jedem Fall an die Grenze des ordentlichen Strafrahmens gebunden ist. Der ordentliche Rahmen ist nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint (Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafen

und Massnahmen, 8. Auflage, 2007, S. 74). Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens kann sich stellen, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren zusammentreffen, die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter relativieren, so dass eine Strafe innerhalb des ordentlichen Rahmens dem Rechtsempfinden widerspräche. Dabei hat der Richter zu entscheiden, in welchem Umfang er den unteren Rahmen wegen der besonderen Umstände erweitern will. Der vom Gesetzgeber vorgegebene ordentliche Rahmen ermöglicht in aller Regel, für eine einzelne Tat die angemessene Strafe festzulegen. Er versetzt den Richter namentlich in die Lage, die denkbaren Abstufungen des Verschuldens zu berücksichtigen. Die verminderte Schuldfähigkeit allein führt deshalb grundsätzlich nicht dazu, den ordentlichen Strafrahmen zu unterschreiten. Dazu bedarf es weiterer ins Gewicht fallender Umstände, die das Verschulden als besonders leicht erscheinen lassen. Nur eine solche Betrachtungsweise vermag der gesetzgeberischen Wertung des Unrechtsgehaltes einer Straftat und damit letztlich (auch) der Ausgleichsfunktion des Strafrechts Rechnung zu tragen. Hierauf ist in einem zweiten Schritt innerhalb des zur Verfügung stehenden Strafrahmens die (hypothetische) Strafe zu bestimmen, die diesem Verschulden entspricht (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_524/2010 und 6B\_626/2011 vom

### **E. 1.2**

Die Vorinstanz hat vorab den anwendbaren Strafrahmen korrekt bemessen (Urk. 54 S. 40 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Auch die Strafzumessung in concreto ist sehr ausführlich, sorgfältig und – mit nachfolgend aufgeführten Ausnahmen – zutreffend, weshalb auch hier, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, darauf verwiesen werden kann (Urk. 54 S. 43 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

- 20 - 2.1 Zur Beurteilung der Tatkomponente und dabei zur objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte mit einer beträchtlichen Menge Kokain Umgang hatte (2'850 Gramm Kokaingemisch, 1'244 Gramm reines Kokain). Bei Kokain handelt es sich – wie erwähnt – um eine so genannt "harte Droge" mit unbestrittenermassen gesundheitsgefährdender und abhängigkeiterzeugender Wirkung (vgl. dazu bereits die Vorinstanz: Urk. 38 S. 8). Die genannte Menge übersteigt dabei das vom Bundesgericht festgesetzte Limit für den schweren Fall von 18 Gramm (BGE 118 IV 342 E. 1a und 109 IV 143 E. 3b) um ein Vielfaches. Dadurch hat der Beschuldigte die Gesundheit einer Vielzahl von Menschen in erhebliche Gefahr gebracht. Der Beschuldigte leistete durch sein Wirken einen wesentlichen und keinesfalls zu verharmlosenden Tatbeitrag. Seine Tätigkeit ist dabei nicht auf der untersten Hierarchiestufe des Drogenhandels, also beispielsweise derjenigen von abhängigen Strassendealern, anzusiedeln. Seine Funktion im Drogenhandelsgefüge darf daher nicht bagatellisiert werden, wenn auch festzuhalten ist, dass er keine Drahtzieherfunktion hatte, sondern nur ein Zwischenhändler war, der damit gleichzeitig teils auch seinen Eigenkonsum sicherstellte. Entgegen der Ansicht der Verteidigung handelt es sich beim Beschuldigten nicht einfach um einen süchtigen Kleindealer. Wie die Vorinstanz zurecht erwähnt hat, handelte der Beschuldigte über einen recht langen Zeitraum hinweg mit Kokain; er führte dabei unzählige Drogengeschäfte aus, was auf eine erhebliche kriminelle Energie schliessen lässt. Dazu kommt, dass der Beschuldigte gegen zwei Qualifikationsmerkmale (Art. 19 Ziff. 2 lit. a und c BetmG) verstossen hat, was sich innerhalb des vorgegebenen Strafrahmens merklich strafehöhend auswirkt. In Anwendung der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Ziff. II 1.1., S. 21, des vorliegenden Urteils) ist entgegen der Vorinstanz (vgl. Urk. 54 S. 43 f.) bereits aufgrund der Beurteilung

der objektiven Tatschwere zwingend eine Einsatzstrafe festzusetzen. Nur so lässt sich nachvollziehen, inwiefern sich die verminderte Schuldfähigkeit hernach im Rahmen der subjektiven Tatschwere strafreduzierend auswirkt. In Anbetracht der gesamten vorerwähnten Umstände wiegt das objektive Tatverschulden innerhalb des sehr weiten Strafrahmens erheblich, weshalb die hypothetische Einsatzstrafe bei 50 Monaten festzulegen ist.

- 21 - 2.2. Bei der Bewertung der subjektiven Tatschwere ist die Frage zu beantworten, wie dem Täter die objektive Tatschwere tatsächlich anzurechnen ist. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direkt vorsätzlich handelte. Mit der Vorinstanz ist zudem von einer leicht verminderten Schuldfähigkeit auszugehen, konsumierte der Beschuldigte doch insbesondere im Jahre 2011 intensiv Kokain. Das Bundesgericht hat in BGE 136 IV 55 E. 5.7 zur Vorgehensweise bei verminderter Schuldfähigkeit festgehalten, dass in einem ersten Schritt aufgrund der tatsächlichen Feststellungen des Gutachters zu entscheiden ist, in welchem Umfange die Schuldfähigkeit des Täters in rechtlicher Hinsicht eingeschränkt ist und wie sich dies insgesamt auf die Einschätzung des Tatverschuldens auswirkt. Das Gesamtverschulden ist zu qualifizieren und mit Blick auf Art. 50 StGB im Urteil ausdrücklich zu benennen, wobei von einer Skala denkbarer Abstufungen nach Schweregrad auszugehen ist. Hierauf ist in einem zweiten Schritt innerhalb des zur Verfügung stehenden Strafrahmens die (hypothetische) Strafe zu bestimmen, die diesem Verschulden entspricht. Die so ermittelte Strafe kann dann gegebenenfalls in einem dritten Schritt aufgrund wesentlicher Täterkomponenten (sowie wegen eines allfälligen blossen Versuchs im Sinne von Art. 22 Abs. 1 StGB) verändert werden (Urteil 6B\_585/2008 vom 19. Juni 2009 E. 3.5 mit Hinweis auf BGE 134 IV 132 E. 6.1 S. 135). Etwas widersprüchlich erscheint in diesem Zusammenhang die Rüge der Verteidigung, mit welcher geltend gemacht wird, dass der Begründung nicht zu entnehmen sei, in welchem Umfang die Vorinstanz die Drogensucht strafmindernd berücksichtigt habe (Urk. 56 S. 9), um nur wenige Zeilen später zu behaupten, dass die Drogensucht "richtigerweise" mit einer Strafminderung von 33% zu berücksichtigen gewesen wäre (Urk. S. 57 S. 10). Ganz abgesehen davon ist die Strafzumessung aber ohnehin keine arithmetische Formel, sondern, wie in Art. 47 StGB festgehalten, nach den verschiedenen Verschuldenskriterien zu bemessen. Diese Bestimmung kennt somit keine Berechnungsformeln; der Gesetzgeber hat eben gerade keine mathematische Strafzumessung mit festen Erhöhungs- und Minderungswerten gewollt. Zwar operiert das Bundesgericht trotzdem immer wieder mit Formeln und Prozentzahlen, wenn es um die

- 22 - Strafzumessung geht. Aber im Grundsatz gilt immer noch das in BGE 118 IV 14 S. 17 ausgeführte. Und auch die neuere Rechtsprechung verlangt nicht, dass der Sachrichter etwa in absoluten Zahlen oder in Prozenten angeben muss, inwieweit er einem bestimmten Faktor straf erhöhend bzw. strafmindernd Rechnung trägt (siehe auch BGE 116 IV 290 E. b). Erforderlich ist jedoch, wie bereits erwähnt, bereits nach Bestimmung des objektiven Tatverschuldens eine Einsatzstrafe festzusetzen, damit der Umfang der strafreduzierenden Wirkung der subjektiven Tatkomponenten nachvollziehbar wird. BGE 136 IV 55 hält fest, dass, falls der Täter zur Zeit der Tat vermindert zurechnungsfähig (schuldfähig) ist, die Strafe gemäss dem Wortlaut des Gesetzes zu mildern ist (Art. 11 bzw. Art. 19 Abs. 2 StGB). Der Verminderung der Schuldfähigkeit ist bei der Strafzumessung im vollen Ausmass Rechnung zu tragen. Das Bundesgericht hat jedoch mehrfach entschieden, dass dabei keine lineare Reduktion nach einem bestimmten Tarif vorzunehmen ist (BGE 129 IV

22 E. 6.2 S. 35; BGE 123 IV 49 E. 2c S. 51; je mit Hinweis). Eine leichte, mittel- gradige oder schwere Herabsetzung der Zurechnungsfähigkeit führe daher nicht zwingend zu einer rein mathematischen Reduktion der Strafe um 25, 50 oder 75%. Indessen müsse ein bestimmtes Verhältnis zwischen der festgestellten Verminderung der Zurechnungsfähigkeit und den Folgen für die Strafe bestehen (BGE 129 IV 22 E. 6.2 S. 35). Diese Rechtsprechung wird in der Lehre teilweise so interpretiert, dass eine besondere Begründung erforderlich sei, sofern die verminderte Schuldfähigkeit nicht linear berücksichtigt werde (so etwa Schwazenegger/Hug/Jositsch, Strafen und Massnahmen, a.a.O., S. 97; Hug, in: StGB Schweizerisches Strafgesetzbuch [...], 19. Aufl. 2013, zu Art. 48a StGB). Auch das Bundesgericht hat in einzelnen Entscheiden die eigene Rechtsprechung relativiert und den Eindruck vermittelt, es müsse von der Regel einer linearen Reduktion ausgegangen werden (vgl. etwa Urteil 6S.547/2006 vom 1. Februar 2007 E. 4.3). In BGE 118 IV 1 wurde festgehalten, die Strafe sei entsprechend dem Grad der Verminderung herabzusetzen. Bei einer verminderten Zurechnungsfähigkeit in mittlerem Grad sei die Strafe, die für die gleiche Tat eines voll Zurechnungsfähigen ausgesprochen würde, in mittlerem Ausmass zu reduzieren (a.a.O. E. 2 S. 5 mit Hinweisen). In einem solchen Fall dürfe die

- 23 - Strafe nicht lediglich um 40% herabgesetzt werden (BGE 129 IV 22 E. 6.2 S. 36). In einem weiteren neuen Entscheid hat das Bundesgericht befunden, dass es bei einer schweren Verminderung der Schuldfähigkeit nicht gegen Bundesrecht verstosse, die aus den Tatkomponenten resultierende Einsatzstrafe um 75% zu ermässigen. Eine Reduktion exakt in diesem Umfang sei aber bundesrechtlich nicht zwingend. Der Richter könne in Ausübung seines Ermessens die aus den Tatkomponenten resultierende Einsatzstrafe auch um etwas weniger herabsetzen, soweit diese Reduktion noch im gewissen Rahmen dessen liege, was geboten ist, um einer schweren Verminderung der Schuldfähigkeit im vollen Ausmass Rechnung zu tragen. Eine diesen Rahmen unterschreitende Reduktion der aus den Tatkomponenten resultierenden Einsatzstrafe sei nur zulässig, wenn besondere Umstände dafür sprechen, die in der Urteilsbegründung darzulegen seien (BGE 134 IV 132 E. 6.6 S. 139). Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erweist sich somit die Behauptung der Verteidigung, wonach die Strafe wegen der Drogensucht und der damit verbundenen verminderten Zurechnungsfähigkeit um 33% zu mindern sei (Urk. 56 S. 10), als aus der Luft gegriffen. Vielmehr ist eine allfällige Strafminderung auf Grund der konkreten Umstände vorzunehmen, wie dies auch die Vorinstanz getan hat. So hat sie dem Beschuldigten zwar einerseits einen starken bis sehr starken Kokainkonsum attestiert, aber andererseits auch zutreffend festgestellt, dass er das Geld auch zur Tilgung der Schulden und zur Deckung seines Lebensunterhaltes verwendete und sich nicht in einer eigentlichen Notlage befand (Urk. 54. S. 45), wie von der Verteidigung behauptet, nach welcher die Notlage sogar derart stark gewesen sein soll, dass er zu nichts mehr anderem in der Lage gewesen sei, als sich um die Beschaffung und den Konsum von Drogen zu kümmern (Urk. 55 S. 10 f.). Für diese Darstellung der Dinge findet sich in den Akten keine Stütze. Auch der Beschuldigte selbst behauptet – durchaus glaubhaft und ohne Zweifel aufkommen zu lassen – das Gegenteil: So beantwortete er etwa anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 2. Februar 2012 die Frage, was er in der Vergangenheit bezüglich Drogen genau gemacht habe, dass er sehr viel Kokain konsumiert habe und eine Zeit lang sogar süchtig gewesen sei. Anfangs 2011 habe er sich entschlossen, ein

- 24 - eigenes Geschäft aufzubauen, welches nicht so gut gelaufen sei, weshalb er in die Schulden und in den finanziellen Ruin gekommen sei. Er habe nach dem schnellen Geld gesucht und sich verführen lassen, im Drogenhandel tätig zu werden. Er habe keine Bereicherungsabsicht gehabt, aber seine Schulden mit dem Erlös des Drogenhandels abzahlen wollen (Urk. 2/4 S. 3). Auch die Aussagen des Beschuldigten anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung sprechen dafür, dass aufgrund seiner Drogensucht lediglich eine leichte Verminderung der Schuldfähigkeit zu berücksichtigen ist, gab er doch zu Protokoll, dass er keine Entzugserscheinungen gehabt habe, als er in Untersuchungshaft gekommen sei, sondern lediglich die ersten zwei bis drei Wochen Probleme gehabt habe, welche sich darin erschöpft hätten, dass er nicht richtig habe schlafen können und körperlich müde gewesen sei, wobei er keine Medikamente erhalten habe (Urk. 69 S. 5 f.). Dies entspricht auch den Feststellungen im Gutachten von Dr. med. D. \_\_\_\_\_ vom 12. Dezember 2012, gemäss welchem der Beschuldigte im Zeitraum der zur Anklage gebrachten Delikte, trotz starken Kokainkonsums nur leicht von Kokain abhängig gewesen sei, wobei der Gutachter gar davon ausging, dass seine Schuldfähigkeit überhaupt nicht herabgemindert gewesen sei (Urk. 26 S. 16 und S. 18 f.). Zugunsten des Beschuldigten ist jedoch, gerade im Hinblick auf den im Deliktzeitraum stark bis sehr stark ausgeprägten Kokainkonsum (vgl. hierzu auch Urk. 11/7 S. 3), von einer leichten Verminderung der Schuldfähigkeit auszugehen. Die leichte Verminderung der Schuldfähigkeit führt dazu, dass das objektiv erhebliche Tatverschulden von erheblich auf "nicht mehr leicht" herabzustufen ist. Die hypothetische Einsatzstrafe für die Drogenverbrechen ist deshalb von 50 auf 42 Monate zu reduzieren. Weil der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte, kann die Vorsatzart nicht zu einer weiteren Reduktion führen. 3. Betreffend das Tatverschulden bezüglich der weiteren Straftatbestände ergibt sich aus den vorinstanzlichen Erwägungen, dass für die folgenden Delikte asperiert weitere 6 Monate Freiheitsstrafe veranschlagt wurden:

- 25 - - Mehrfaches vorsätzliches Fahren in fahruntüchtigem Zustand mit qualifizierter Blutalkoholkonzentration im Sinne von Art. 91 Abs. 1 Satz 2 aSVG; Strafrahmen: Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahre oder Geldstrafe; - Mehrfaches vorsätzliches Fahren in fahruntüchtigem Zustand aus anderen Gründen im Sinne von Art. 91 Abs. 2 aSVG; Strafrahmen: Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahre oder Geldstrafe; - Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahruntüchtigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 aSVG; Strafrahmen: Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahre oder Geldstrafe; - Anstiftung zur Irreführung der Rechtspflege im Sinne von Art. 24 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 304 Ziff. 1 Abs. 2 StGB; Strafrahmen: Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahre oder Geldstrafe. Das mehrfache vorsätzliche Fahren ohne Führerausweis im Sinne von Art. 95 Ziff. 1 Abs. 1 aSVG war gemäss der im Zeitpunkt der Taten geltenden Fassungen des Strassenverkehrsgesetzes noch mit Busse zu ahnden und wird erst seit dem 1. Januar 2013 mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahre oder Geldstrafe bestraft, weshalb dieses Delikt nicht an dieser Stelle, sondern bei der Festlegung der Übertretungsbusse mit zu berücksichtigen ist.

### **E. 1.3**

Die Vorinstanz kam nach einer eingehenden Beweiswürdigung zum Ergebnis, dass das Kokaingemisch (mit Ausnahmen) jeweils einen durchschnittlichen Reinheitsgehalt von 36% aufgewiesen habe (Urk. 54 S. 23 - 39). Es sei davon auszugehen, dass der Beschuldigte im Zeitraum von ca. Frühjahr 2010 bis am

### **E. 3**

September Rückgabe von 40 2011 Gramm aufgrund der schlechten Qualität

- 6 - Nach dem 500 mind. 90 % mind. 450 78 pro Gramm 28. September 2011

### **E. 3.1**

Anlässlich seiner Fahrt vom 23. Juli 2011 wies der Beschuldigte einen Blutalkoholgehalt von mindestens 1.02 Gewichtspromille auf. Dazu kam eine Kokainintoxikation, die für sich allein ebenfalls zu einer Fahrunfähigkeit geführt hätte. Dieses Delikt allein hätte sicher zu einer Geldstrafe von rund 30 Tages- sätzen bzw. einer Freiheitsstrafe von 30 Tagen geführt.

### **E. 3.2**

Am 30. Oktober 2011 wies der Beschuldigte einen Blutalkoholgehalt von mindestens 1.20 Gewichtspromille auf. Dazu kam erneut eine Kokainintoxikation, die für sich allein ebenfalls zu einer Fahrunfähigkeit geführt hätte. Dieses Delikt hätte für sich betrachtet sicher zu einer Geldstrafe von rund 40 Tagessätzen bzw. einer Freiheitsstrafe von 40 Tagen geführt.

- 26 -

### **E. 3.3**

Am 26. Juli 2011 gab der Vater des Beschuldigten auf dessen Anstiftung hin fälschlicherweise in einer polizeilichen Befragung an, er und nicht der Beschuldigte habe den Unfall vom 23. Juli 2011 verursacht. Rechtspflegedelikte greifen in den ordnungsgemässen Gang eines Justizverfahrens ein. Der Unrechtsgehalt der vorliegenden Tat ist als erheblich zu erachten. Zur Ahndung dieses Delikts allein wäre hinsichtlich der objektiven Tatschwere die Ausfällung einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen bzw. einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten angemessen gewesen.

### **E. 3.4**

Bei sämtlichen soeben aufgeführten Delikten ist wohl ebenfalls von einer leicht verminderten Schuldfähigkeit und von einer direkt vorsätzlichen Begehung auszugehen.

### **E. 3.5**

Wenn die Vorinstanz diese Taten mit einer asperierten Freiheitsstrafe von 6 Monaten berücksichtigte, so erscheint diese Asperation, selbst in Anbetracht des Umstandes, dass das mehrfache vorsätzliche Fahren ohne Führerausweis im Sinne von Art. 95 Ziff. 1 Abs. 1 aSVG bei der Übertretungsbusse zu berücksichtigen sein wird, als korrekt bemessen. Insgesamt erscheint deshalb nach der Asperation für die Strassenverkehrsdelikte und die Irreführung der Rechtspflege eine Freiheitsstrafe von 48 Monaten aufgrund der Tatkomponenten als angemessen.

## **E. 4**

Umsetzung auf den vorliegenden Fall

### **E. 4.1**

Betreffend die Täterkomponente lässt der Beschuldigte bemängeln, dass die Vorinstanz auch zu Unrecht die Vorstrafen und die Uneinsichtigkeit des Beschuldigten straf erhöhend veranschlagt habe. Die Vorstrafen seien durch die Drogensucht bedingt, weil dadurch die Bereitschaft Normen und Verpflichtungen einzuhalten mehr und mehr verloren gegangen sei. Zudem sei er auf Grund der Drogensucht auch nicht fähig gewesen, gemäss seiner Einsicht zu handeln (Urk. 56 S. 11 f.; Urk. 70 S. 4). Sein Geständnis, die Reue und die

positive Entwicklung nach der Tat seien indes zu wenig zu seinen Gunsten berücksichtigt worden. So sei er von Anfang an geständig gewesen, was massgeblich zur Aufklärung beigetragen habe. Als Zeichen seiner Reue sei zudem der Umstand zu werten, dass er sein Geständnis auch dann nicht widerrufen habe, als schwerste Verfehlungen der Untersuchungsbehörde zum Vorschein getreten

- 27 - seien. Zudem habe er auch Drittpersonen belastet, welches Geständnis gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu 33% strafmindernd berücksichtigt werden müsse. Schliesslich aber habe er sich seit seiner Entlassung wohl verhalten, sei drogenabstinent und stehe in ärztlicher Behandlung.

#### **E. 4.2**

Die Ausführungen der Verteidigung betreffend die Vorstrafen des Beschuldigten finden in den Akten keine Stütze. Vielmehr ist auch hier auf die zutreffenden, ausführlichen und sorgfältigen Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 54 S. 456 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO) und noch Folgendes zu ergänzen: Das Leben bot dem Beschuldigten hierzulande stets genügend Chancen, um ein geordnetes und wirtschaftlich unabhängiges Leben zu führen. Dass er nicht all die gebotenen Chancen packte, und beispielsweise die Offset-Drucker Lehre abbrach, weil diese "zu langweilig" gewesen sei, hat er einzig sich selber zuzuschreiben. Auch sein Ehe- und Familienleben ist, nach heutigen Vorstellungen, nicht als aussergewöhnlich zu qualifizieren. Insgesamt lässt sich aus seiner Biografie und seinen persönlichen Lebensumständen nichts entnehmen, was wesentliche Auswirkungen auf die Strafzumessung haben müsste. Die Vorstrafen wurden korrekt aufgeführt und – entgegen der Verteidigung – auch korrekt gewichtet. Zwar ist es zutreffend, wenn der Beschuldigte ausführen lässt, dass die Vorstrafen aus den Jahren 2004 bis 2009 stammen (Urk. 58). Damit ist aber auch gesagt, dass es sich um eingetragene Vorstrafen handelt, welche somit zu berücksichtigen sind. Zudem liegen sie nicht allzu lange vor den heute zu beurteilenden Tatbegehungen und sind, was sich erheblich zu seinen Ungunsten auswirkt, grösstenteils einschlägig. So betrafen drei der vier Vorstrafen Widerhandlungen im Strassenverkehr, welche auch in die heute zu beurteilenden Anklage Eingang fanden. Diese einschlägige Delinquenz ist ein starkes Indiz für seine Uneinsichtigkeit und die Gleichgültigkeit gegenüber der geltenden Rechtsordnung. Entgegen der Auffassung des Verteidigers (Urk. 70 S. 4) sind somit die Vorstrafen deutlich strafferhöhend zu werten. Leicht strafferhöhend ist zudem zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte seine Widerhandlungen gegen das BetmG teilweise auch während des laufenden Ermittlungsverfahrens betreffend die Strassenverkehrsdelikte gemäss ND 1 und ND 2 verwirklicht hat.

- 28 -

#### **E. 4.3**

mit Hinweisen). Der Strafaufschub ist anzuordnen, wenn eine tatsächliche Aussicht auf erfolgreiche Behandlung durch den sofortigen Vollzug der ausgefallenen Freiheitsstrafe erheblich beeinträchtigt würde. Die Therapie geht – wie bereits erwähnt – vor, falls eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen bietet, welche der Strafvollzug klarerweise verhindern oder vermindern

- 36 - würde. Zu berücksichtigen sind dabei einerseits die Auswirkungen des Strafvollzugs, die Erfolgsaussichten der ambulanten Behandlung sowie die bisherigen Therapiebemühungen, andererseits aber auch das kriminalpolitische Erfordernis, Straftaten

schuldangemessen zu ahnden bzw. rechtskräftige Strafen grundsätzlich zu vollziehen. Unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgebots muss der Behandlungsbedarf jedoch um so ausgeprägter sein, je länger die zugunsten der ambulanten Therapie aufzuschiebende Freiheitsstrafe ist. Die ambulante Massnahme darf im Übrigen nicht dazu missbraucht werden, den Vollzug der Strafe zu umgehen oder auf unbestimmte Zeit hinauszuschieben. Ein Aufschub muss sich aus Gründen der Heilbehandlung hinreichend rechtfertigen (vgl. auch BGE 129 IV 161 E. 4.1 mit Hinweisen). Im Entscheid 6B\_425/2012 vom 19.12.2012, E. 1.5., hat das Bundesgericht weitere Erwägungen zur Frage des Aufschubs einer Freiheitsstrafe zugunsten einer Massnahme angestellt. Dabei hielt es fest, dass für einen Strafaufschub sprechen kann, dass ein Betroffener durch den Strafvollzug aus seinem sozialen Netz oder dem Berufsleben gerissen wird. Allerdings bedeutet ein Freiheitsentzug für jede sozial und beruflich integrierte Person einen Härtefall. Allgemeine destabilisierende Folgen des Strafvollzugs – beispielsweise wegen eines Abbruchs von gefestigten familiären, sozialen oder beruflichen Strukturen – genügen nicht, um einen Aufschub des Vollzugs der Freiheitsstrafe anzuordnen (vgl. auch Urteile 6B\_200/2011 vom 7. Juni 2011, E. 2.4.3, und 6B\_581/2009 vom 15. Dezember 2009 E. 3.5). Ein solcher kommt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur in Betracht, wenn aufgrund besonderer Verhältnisse der Vollzug der Strafe die Erfolgchancen einer Therapie erheblich vermindern würde. Die Nachteile einer Kombination von ambulanter Massnahme und Strafvollzug müssen deutlich über das Ausmass hinausgehen, das grundsätzlich mit jedem Entzug der Freiheit verbunden ist. 5. Dafür, dass der Vollzug der Strafe die Erfolgchancen einer Therapie erheblich vermindern würde, liegen hier keine Anhaltspunkte vor. Zwar führte der Gutachter aus, "abstinenzorientierte Behandlungen hinter Gefängnismauern" seien "zumeist nur suboptimal" (Urk. 26 S. 20). Er hielt aber gleichzeitig fest, dass vorliegend eine ambulante Behandlung grundsätzlich bei gleichzeitigem Strafvollzug durchgeführt werden könne. Der Beschuldigte wird durch den

- 37 - Strafvollzug zwar aus seinem aktuellen sozialen Netz herausgerissen, solch allgemein destabilisierende Folgen des Strafvollzugs – beispielsweise wegen eines Abbruchs von gefestigten familiären, sozialen oder beruflichen Strukturen – genügen aber, wie oben dargestellt, nicht, um einen Aufschub des Vollzugs der Freiheitsstrafe anzuordnen. Beim Beschuldigten bestand zudem lediglich eine leichte Kokainabhängigkeit. Demzufolge war er zu den Tatzeitpunkten nicht unfähig zur Einsicht in das Unrecht der Taten oder zum Handeln gemäss dieser Einsicht. Seine Schuldfähigkeit war zu den Tatzeitpunkten nur leicht vermindert, so dass vorliegend nicht von einer schweren Beeinträchtigung des Beschuldigten auszugehen ist (Urk. 26 S. 19). Auch dieser Umstand spricht gegen den Aufschub der Strafe. Berücksichtigt man weiter, dass der Beschuldigte schwere Straftaten begangen hat und mit einer Sanktion belegt wird, welche sich klar nicht mehr im Bereich von 2 Jahren bewegt, so sind keine Gründe ersichtlich, welche für einen Aufschub sprechen. Demnach sind die Voraussetzungen für den Aufschub der Strafe nicht gegeben und es ist die vorinstanzliche Anordnung der Massnahme während des Vollzugs der Freiheitsstrafe zu bestätigen. V. Ersatzforderung 1. Die Vorinstanz hat mit der Begründung, dass vom Drogenerlös nichts mehr vorhanden sei und sich stattdessen die Schuldenlast erhöht habe, der Beschuldigte unterhaltspflichtig sei und wegen der anzutretenden längeren Freiheitsstrafe kein Einkommen mehr erzielen können wird, auf eine Ersatzforderung verzichtet (Urk. 54 S. 57 f.). 2. Dagegen erhob die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung mit der Begründung, er habe seit der Entlassung aus der Untersuchungshaft nichts unternommen, um seine Schulden zu verringern, obwohl es ihm zuzumuten gewesen wäre,

ein regelmässiges Einkommen zu erzielen, was ihm erlaubt hätte, seinen Verpflichtungen nachzukommen, weshalb der Verzicht auf die Ersatzforderung nicht angemessen sei (Urk. 55, Urk. 71 S. 10 f.).

- 38 - 3. Der Beschuldigte liess anlässlich der heutigen Hauptverhandlung geltend machen, dass seine Tochter heute bei ihm wohne und auf seine Unterstützung angewiesen sei. Die Auferlegung einer Ersatzforderung würde den von ihm eingeschlagenen Weg zur Resozialisierung zunichte machen (Urk. 70 S. 8). Zudem habe die Staatsanwaltschaft nicht berücksichtigt, dass der Beschuldigte eine Lohnpfändung habe und somit bereits Schulden zurück bezahle. Entgegen der Anklagebehörde könne deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte sich nicht bemühe (Prot. II S. 14). 4. Die Vorinstanz hat die gesetzliche Grundlage zur Ersatzforderung umfassend und korrekt dargestellt, weshalb, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann (Urk. 54 S. 57). Demnach kann von einer Ersatzforderung ganz oder teilweise abgesehen werden, wenn sie voraussichtlich uneinbringlich ist oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindert (Trechsel/Jean-Richard, StGB - PK, Art. 71 N 2). Um zu entscheiden, ob auf die Ersatzforderung ganz oder teilweise verzichtet werden soll, bedarf es einer umfassenden Beurteilung der finanziellen Lage des Betroffenen (BGE 122 IV 302, 119 IV 24). 5. Vorliegend fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte mittellos ist und dies mit Blick auf die zu verbüssende Freiheitsstrafe auch noch einige Zeit sein wird. Doch selbst in der Phase nach der Entlassung ist nicht mit einer Verbesserung der Situation zu rechnen, denn es ist nicht zuletzt aufgrund seiner Unterhaltspflicht davon auszugehen, dass die Schuldenlast weiter zunehmen wird. Es ist nicht erkennbar, wie der Beschuldigte in den nächsten Jahren in der Lage sein sollte, eine allfällige Ersatzforderung begleichen zu können. Sie scheint vielmehr uneinbringlich. Auf eine Ersatzforderung ist deshalb zu verzichten. VI. Kostenfolgen 1. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.- festzusetzen.

- 39 - 2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen, mit Ausnahme betreffend die Ersatzforderung. Die Kosten dieses Verfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, sind ihm deshalb zu 4/5 aufzuerlegen und zu 1/5 auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind im Umfang von 1/5 definitiv und im Umfang von 4/5 einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Im Umfang von 4/5 ist sodann die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 9. Abteilung, vom 19. Juni 2013 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Das Gericht erkennt: 1. Der Beschuldigte ist schuldig - der qualifizierten Widerhandlung gegen des Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und c BetmG - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG - des mehrfachen vorsätzlichen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand mit qualifizierter Blutalkoholkonzentration im Sinne von Art. 91 Abs. 1 Satz 2 aSVG - des mehrfachen vorsätzlichen Fahrens in fahruntüchtigem Zustand aus anderen Gründen im Sinne von Art. 91 Abs. 2 aSVG - der Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahruntüchtigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 aSVG - des mehrfachen vorsätzlichen Fahrens ohne Führerausweis im Sinne von Art. 95 Ziff. 1 Abs. 1 aSVG - der Anstiftung zur Irreführung der Rechtspflege im Sinne von Art. 24 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 304 Ziff. 1 Abs. 2 StGB sowie

- 40 - - der vorsätzlichen Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 aSVG. 2.-6. (...) 7. Die sichergestellten und mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 20. November 2012 beschlagnahmten Betäubungsmittel (Lagernummer ...) werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich als Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

## **E. 5**

Umfang der Berufung bzw. Anschlussberufung

### **E. 5.1**

Schliesslich lässt der Beschuldigte geltend machen, die Vorinstanz habe die unzulässige Förderung der Straftat entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu unrecht nicht strafmindernd berücksichtigt. Obwohl die Ermittlungsbehörden mit Hausdurchsuchungsbefehl aufgefordert worden seien, die vorgefundenen Drogen zu beschlagnahmen, hätten sie dies nicht getan und stattdessen in der Garage des Beschuldigten ohne entsprechende Erlaubnis verdeckte Ermittlungen vorgenommen. Auch seien durch diese verdeckte Ermittlung die Straftaten des Beschuldigten erst möglich und unzulässig gefördert worden (Urk. 56 S. 13 ff.; Urk. 70 S. 5 f.).

### **E. 5.2**

Zur Zulässigkeit der Untersuchungshandlungen und zur Verwertbarkeit der Beweismittel hat sich die Vorinstanz ausführlich, sorgfältig und zutreffend geäussert, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden (Urk. 54 S. 9 ff.; Art. 82 StPO). Somit sei lediglich

- 29 - zur Verdeutlichung wiederholt, dass die Untersuchungsbehörde sehr wohl die entsprechenden Bewilligungen zur Observation und Überwachung eingeholt hat und damit die Beweismittel rechtmässig erhoben wurden (Urk. 14/1-21). Wenn die Verteidigung geltend macht, es sei schon im Vorfeld der bewilligten Hausdurchsuchung zu Verfahrensfehlern gekommen, da die Garage nicht öffentlich, sondern mit einem Schiebetor verschlossen gewesen sei, ist festzuhalten, dass die Tiefgarage nicht im Hausrecht des Beschuldigten, sondern des Hauseigentümers resp. dessen Verwalters stand. Dass infolge der Bewilligung der Hausdurchsuchung die angetroffenen Betäubungsmittel nicht sogleich, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt beschlagnahmt wurden, ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Wohl ist wahr, dass die Staatsanwaltschaft in ihrem Hausdurchsuchungs- und Beschlagnahmebefehl vom 14. April 2011 (Urk. 19/2) unter Ziff. 3 verfügt hat, dass die aufgefundenen Gegenstände zu beschlagnahmen seien, obwohl von der ermittelnden Kantonspolizei gar nie ein solcher Antrag gestellt wurde; dieser beschränkte sich vielmehr auf die verdeckte Hausdurchsuchung (Urk. 19/1 S. 3). In diesem Kontext ist die Beschlagnahmeverfügung somit aber erst recht nicht als Befehl zur unverzüglichen Beschlagnahme zu verstehen und schon gar nicht als solcher zum unverzüglichen Handeln, denn mit einer unverzüglichen Beschlagnahme wäre die mit der Verfügung ebenfalls angeordnete verdeckte Observation verunmöglicht worden. Ganz abgesehen davon enthielt die Anordnung zur Beschlagnahme in zeitlicher Hinsicht keine expliziten Anordnungen und das ermittlungstaktisch bedingte Zuwarten mit der Beschlagnahme bis zum Abschluss der Observation ist somit nicht zu beanstanden. Zudem ist in dieser angeblichen Unterlassung auch keine Förderung zu sehen, da keinerlei Einfluss auf die Willensbildung des Beschuldigten ausgeübt wurde; der Beschuldigte hätte wohl gleich weiter gehandelt, auch wenn die Beschlagnahme nicht verfügt worden wäre. Auch das Bundesgericht hat im

Übrigen in seinem Entscheid 6P.117/2003 vom 3.3.2004, E. 5. festgehalten, dass sich weder aus dem materiellen Strafrecht noch aus dem Prozessrecht ein persönlicher Anspruch eines Delinquenten ableiten lasse, wegen der zu gewärtigenden Straftatfolgen durch die staatlichen Behörden von Straftaten abgehalten zu werden, die er mit Wissen und Willen begehe. Anders entscheiden

- 30 - hiesse, dem Staat gegenüber dem frei entscheidenden potentiellen Täter eine Garantenstellung zuzuschreiben. Das Bundesgericht folgerte, einem Täter stehe kein persönlicher Anspruch gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zu, verhaftet zu werden, wenn ein hinreichender Haftgrund bereits bestehe, damit er vor den ihm bekannten gesetzlichen Folgen fortgesetzter Delinquenz geschützt werde. Was für eine Verhaftung gilt, gilt selbstredend auch für Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmungen. Es besteht kein Recht auf Beschlagnahmung von illegalen Drogen, nur damit ein potentieller Täter keine weiteren Drogendelikte mehr begeht. Die Vorgehensweise der Ermittlungs- und Untersuchungsbehörde ist somit nicht zu beanstanden und erweist sich damit als rechtmässig und hat keinen Einfluss auf die Strafzumessung.

### **E. 5.3**

Zusammengefasst ist die gesamte Sanktion, einschliesslich Ersatzforderung (Dispositivziffern 2 - 6) angefochten. Alle übrigen Punkte des vorinstanzlichen Urteils sind in Rechtskraft erwachsen, was vorgängig mit Beschluss festzustellen ist.

### **E. 6**

Eventualbegründung betreffend Schuldpunkt

#### **E. 6.1**

Schliesslich macht der Beschuldigte geltend, dass das Strafmass einem Vergleich mit ähnlichen Urteilen nicht stand halte. Der Mitangeschuldigte B.\_\_\_\_\_, dessen Urteil gleichzeitig mit demjenigen des Beschuldigten eröffnet wurde, sei lediglich mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 36 Monaten bestraft worden, obwohl jener mit der doppelten Menge Kokain gehandelt habe (Urk. 56 S. 16; Urk. 70 S. 6 f.).

#### **E. 6.2**

Über ein Urteil gegen B.\_\_\_\_\_ ist nichts bekannt. Damit hat das Gericht auch keine Kenntnisse über die Strafzumessungsgründe, was einen Vergleich der beiden Entscheide von vornherein verunmöglicht. Der Argumentation der Verteidigung zu folgen hiesse, die Strafzumessung einzig und alleine auf die inkriminierte Drogenmenge abzustützen, was unzulässig wäre. Eine Pflicht zum Vergleich der Sanktionen und zur Begründung eines erheblichen Unterschiedes in den Sanktionen besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zudem nur bei Mitangeklagten (BSK - StGB I, Wiprächtiger/Keller, Art. 47 N 209 mit Verweisen). Ein Vergleich ist jedoch nur deshalb möglich, weil hinsichtlich beider Fälle umfassender Aktenzugang besteht. Bestehen aber zum angeblich vergleichbaren Fall – wie vorliegend – keine oder nur bruchstückhafte Kenntnisse, so verbietet sich ein Vergleich von vornherein. Im Übrigen ist anzumerken, dass es sich beim Beschuldigten und bei B.\_\_\_\_\_ ohnehin nicht um Mittäter im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt. Selbst für solche Mittäter hat

- 31 - das Bundesgericht sodann in BGE 135 IV 191 E. 3.1 ff. hervorgehoben, dass ein Anspruch auf "Gleichbehandlung im Unrecht" grundsätzlich nicht bestehe, zumal die Rechtsprechung auch stets den Vorrang des Legalitätsprinzips vor dem Gleichheitsprinzip

betont habe. Eine falsche Rechtsanwendung in einem Fall begründe daher grundsätzlich keinen Anspruch, seinerseits ebenfalls abweichend von der Norm behandelt zu werden (ebd. E. 3.3, mit Verweis auf BGE 124 IV 44 E. 2c mit weiterem Hinweis). Allein entscheidend ist mithin vorliegend, welche Strafe in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens für den Beschuldigten angemessen erscheint. Welche Strafe gegen B. \_\_\_\_\_ ausgesprochen wurde, ist irrelevant, insbesondere könnte der Beschuldigte – entgegen der Verteidigung – auch dann nichts daraus für sich ableiten, wenn sich jene Strafe als unangemessen tief erweisen würde.

7.1. Wie erwähnt ist für das gesamte Tatverschulden von einer hypothetischen Einsatzstrafe von 48 Monaten Freiheitsstrafe auszugehen. Der Kassationshof hat für ein Geständnis eine Reduktion von 1/5 bis 1/3 als angemessen bezeichnet (BGE 118 IV 342, 349; BGE 121 IV 202), wobei der Grad der Strafminderung davon abhängt, in welchem Stadium des Verfahrens und ob es spontan oder bloss auf Grund einer erdrückenden Beweislage abgelegt wurde (BSK-StGB I, a.a.O., Art. 47 N 171). Da vorliegend das Geständnis soweit spontan, ohne Umschweife und – entgegen der Vorinstanz – vollumfänglich erfolgte, dies aber auf Grund einer, wie dem Beschuldigten bewusst sein musste, erdrückenden Beweislage, scheint vorliegend eine Reduktion von rund einem Viertel, mithin von 12 Monaten, also um 2 Monate mehr als die Vorinstanz reduziert hat, angemessen. Berücksichtigt man weiter, wie dies die Vorinstanz zu recht getan hat, dass die strafmindernde Wirkung des Nachtatverhaltens nur knapp stärker ausfällt als die strafehöhende Wirkung der Vorstrafen sowie des teilweisen Delinquierens während laufendem Verfahren, so erscheint eine Senkung der Strafe um insgesamt 4 Monate als angemessen. Folglich wäre der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 44 Monaten zu bestrafen, wie dies anlässlich der Urteilsöffnung vom 30. Januar 2014 kundgetan und im Urteilsdispositiv auch festgehalten wurde. Allerdings wurde dabei fälschlicherweise übersehen, dass lediglich der Beschuldigte die Höhe der Freiheitsstrafe angefochten hat, während sich die

- 32 - Staatsanwaltschaft gegen die von der Vorinstanz angeordnete ambulante Massnahme wehrt. Eine (an sich angemessene) Bestrafung mit 44 Monaten Freiheitsstrafe würde deshalb das Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO) verletzen. Deshalb bleibt es bei der vorinstanzlich festgelegten Freiheitsstrafe von 42 Monaten. Das Urteilsdispositiv ist entsprechend zu korrigieren. Der Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft von 340 Tagen steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). Betreffend den Vollzug der Freiheitsstrafe ist festzuhalten, dass bei einer Strafe von 42 Monaten bereits aus objektiven Gründen weder ein bedingter noch ein teilbedingter Vollzug in Frage kommt (Art. 42 Abs. 1 StGB und Art. 43 Abs. 1 StGB), womit die Strafe zu vollziehen ist.

7.2. Die von der Vorinstanz ausgefallte Busse von Fr. 1000.– ist angemessen. In Ergänzung zu den im Übrigen zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz ist zu berücksichtigen, dass auch das mehrfache vorsätzliche Fahren ohne Führerausweis im Sinne von Art. 95 Ziff. 1 Abs. 1 aSVG mit Busse zu bestrafen ist, sodass sich die vorinstanzlich ausgefallte Busse keinesfalls als überhöht erweist und zu bestätigen ist. Es ist nicht erstaunlich, dass der Beschuldigte seinen Antrag auf Halbierung der Busse nicht mit einem Wort begründet hat, sind doch schlicht keine Gründe für eine solche ersichtlich. Da schliesslich auch die praxisgemässe Regelumwandlung von einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe pro Fr. 100.– Busse den finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten noch angemessen erscheint, ist auch die durch die Vorinstanz festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen für den Fall der Nichtbezahlung der Busse zu bestätigen.

III. Massnahme 1. Die Anklagebehörde spricht sich gegen die angeordnete Massnahme aus, mit der Begründung, dass der Beschuldigte keine Urinproben

mehr abgebe und sich seit seiner Entlassung auch nicht wohl verhalten habe. So habe er seit seiner Entlassung wiederholt Kokain konsumiert und zeige auch keine Motivation, von seiner leichten Kokainabhängigkeit loszukommen. Das Motiv des Beschuldigten,

- 33 - sich einer Massnahme unterziehen zu wollen, liege einzig darin, einen Strafaufschub zu erwirken. Seine Bereitschaft von den Drogen weg zu kommen müsse deshalb ebenso in Frage gestellt werden wie die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (Urk. 61, Urk. 71 S. 9 f.). 2. Die Vorinstanz hat den rechtlichen Rahmen der ambulanten Massnahme ausführlich und zutreffend dargelegt und diese ebenso zutreffend auf den vorliegenden Fall angewendet (Urk. 54 S. 52). Dabei stützt sie sich zu Recht auf das von Dr. med. D. \_\_\_\_\_ angefertigte Gutachten vom 12. Dezember 2012, welches dem Beschuldigten eine leichte Kokainabhängigkeit zum Tatzeitpunkt und ein moderat erhöhtes Risiko zur Begehung neuer Straftaten attestiert. Die Aussagen des Beschuldigten anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung, gemäss welchen er letztmals vor der vorinstanzlichen Berufungsverhandlung Kokain konsumiert habe, während seiner Zeit in Untersuchungshaft – mit Ausnahme von Schlafstörungen und damit in Zusammenhang stehender Müdigkeit – keine Entzugserscheinungen erlitten habe und gemäss welchen er auch heute kein Verlangen mehr nach Kokain habe (Urk. 69 S. 5 f.), lassen gewisse Zweifel an der Notwendigkeit einer Massnahme aufkommen. Dabei ist jedoch auch zu beachten, dass die ausgebliebenen Entzugserscheinungen während der Haft bereits dem Gutachter bekannt waren, wobei dieser trotzdem die Diagnose einer leichten Kokainabhängigkeit stellte und eine diesbezügliche Massnahme für notwendig erachtete (Urk. 26 S. 13 ff.). Zudem hielt der Beschuldigte anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung auch fest, dass es trotz der fehlenden Entzugserscheinungen sein könne, dass er einen Rückfall erleide, weshalb er eine Massnahme als notwendig erachte (Urk. 69 S. 8). Diese Gefahr zeigt sich auch in der Feststellung des Gutachters, gemäss welcher der Beschuldigte, aus Angst wieder Kokain zu konsumieren, nicht bereit gewesen sei, die subjektiven Vorzüge der Droge zu beschreiben (Urk. 26 S. 17). In Anbetracht der vorliegenden Umstände ist mit dem Gutachten davon auszugehen, dass beim Beschuldigten eine moderat erhöhte Gefahr weiteren Kokainkonsums besteht, welcher durch eine geeignete Massnahme begegnet werden kann (Urk. 26 S. 17 und S. 19). Die angeordnete Massnahme erweist sich somit als erforderlich. Entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft sprechen die Rückfälle in den

- 34 - Drogenkonsum und die noch nicht genügend stabilisierten Lebensumstände des Beschuldigten für die Ausfällung einer Massnahme, scheint er doch noch nicht in der Lage, aus eigener Kraft von den Drogen loszukommen und sein Leben in geordnete Bahnen zu lenken. Auch lässt sich aus seinem Verhalten nach der Tat, insbesondere aufgrund des Abbruchs der bestehenden Therapie und hinsichtlich des Umstandes, dass es der Beschuldigte unterlassen hat, eine neue Therapie zu beginnen, nicht zwingend auf eine fehlende Massnahmewilligkeit schliessen. Auch in der heutigen Berufungsverhandlung hat der Beschuldigte seine Massnahmewilligkeit bestätigt (Urk. 69 S. 8). Darüber hinaus zeigt die Erfahrung, dass eine erfolgreiche Suchttherapie oft mehrerer Anläufe bedarf. In Anbetracht der gesamten Umstände ist die von der Vorinstanz ausgefällte ambulante Massnahme zu bestätigen. 3. Der Beschuldigte lässt den Aufschub der Freiheitsstrafe zugunsten der angeordneten Massnahme beantragen (Urk. 56 S. 3, Urk. 70 S. 1 f.). Dies, weil der Gutachter sich klar für einen Aufschub der Freiheitsstrafe ausspreche und der Beschuldigte auch klar therapiewillig sei. Es bestünden auch keine Hinweise dafür, dass er Therapietermine nicht wahrnehmen würde, so habe er ja stets sämtliche behördlichen und

gerichtlichen Termine wahrgenommen, ja er habe sich sogar freiwillig in eine Therapie begeben. Sodann habe er sich bemüht, sich zu integrieren, wohne bei seinem Bruder, arbeite temporär und habe die Kontakte zu seiner Familie intensiviert. Somit habe er sich wohlverhalten und seine aktuellen Rückfälle in den Kokainkonsum seien Zeichen seiner Ehrlichkeit und dass er sich mit der Problematik auseinandersetze. Die Anordnung des Vollzugs der Strafe würde seine Resozialisierung verhindern, seine Therapiewilligkeit dämpfen und es ihm verunmöglichen, seine Schulden zurück zu zahlen (Urk. 56 S. 6 f.). 4. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen, unter denen die Freiheitsstrafe zu Gunsten einer Behandlung aufgeschoben wird, zutreffend dargestellt (Urk. 54 S. 56). Demnach ist der Aufschub des Strafvollzugs nur dann gerechtfertigt, wenn eine sofortige Behandlung gute Resozialisierungschancen bietet und diese durch den sofortigen Vollzug der Strafe erheblich beeinträchtigt würde.

- 35 - Ergänzend ist jedoch festzuhalten, dass auch eine Abwägung der verschiedenen Anliegen von Spezial- und Generalprävention stattzufinden hat. So können Gedanken der Rechtsgleichheit bzw. Strafgerechtigkeit in Widerspruch stehen. Nebst den Fragen der Notwendigkeit einer Behandlung und den konkreten Auswirkungen des Strafvollzuges auf das Leben des Beschuldigten müssen auch die Aspekte des Erfordernisses der Ahndung von Straftaten einer näheren Prüfung unterzogen werden (BSK-StGB I, a.a.O., Art. 63 N 36). Der Aufschub des Strafvollzugs kommt dann nicht mehr in Frage, wenn dies zu einer eigentlichen Umgehung des Strafvollzugs und damit zu einem Missbrauch des möglichen Aufschubs führen würde. Mit anderen Worten darf die ambulante Massnahme nicht als Mittel eingesetzt werden, um dem Strafvollzug zu entgehen, wo die Voraussetzungen eines bedingten Strafvollzugs nicht gegeben sind. Bei Strafen über zwei Jahren bedarf der Aufschub einer Strafe einer besonderen Rechtfertigung. Es muss sich die reale Aussicht eröffnen, einen psychisch schwer gestörten Täter erfolgreich zu behandeln. Je schwerer die Straftaten und je leichter die Verminderung der Schuldfähigkeit, desto weniger drängt sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein Strafaufschub auf (BSK-StGB I, a.a.O., Art. 63 N 56 f.). Gemäss der im Entscheid 6B\_724/2008 vom 19. März 2008, E. 3.2.3., festgehaltenen Praxis des Bundesgerichts gilt der Grundsatz, dass die Strafe vollstreckt und die ambulante Massnahme gleichzeitig durchgeführt wird. Es ist vom Ausnahmecharakter des Strafaufschubs auszugehen. Dies ergibt sich zwanglos auch aus dem Grundsatz der Subsidiarität von Massnahmen nach Art. 56 Abs. 1 lit. a StGB, der hier zur Anwendung gelangt. Solange eine Strafe allein geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten zu begegnen, ist deren Anordnung vorzuziehen. Eine ambulante Massnahme und entsprechend auch der damit verbundene mögliche Aufschub der Strafe bedürfen einer besonderen Rechtfertigung (vgl. auch BGE 129 IV 161 E. 4.1 und

### **E. 6.3**

Können die von jemandem gehandelten Betäubungsmittel nicht sicher gestellt werden, besteht hinsichtlich der Menge des reinen Drogenwirkstoffs ein Beweisproblem. Man darf aber vernünftigerweise davon ausgehen, dass die Drogen mittlerer Qualität sind, solange es keine Hinweise auf eine besonders reine oder gestreckte Substanz gibt (BGE 138 IV 100 E. 3.5 mit Hinweisen). In diesem Zusammenhang wird regelmässig auf die Betäubungsmittelstatistik der Gruppe Forensische Chemie der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (nachfolgend: Statistik der SGRM; [www.sgrm.ch](http://www.sgrm.ch) ■ Forensische Chemie und Toxikologie ■ Statistiken) gegriffen. Für die – vorliegend massgeblichen – Jahre 2010 und 2011 weist diese Statistik bei Konfiskaten zwischen 100

und 1'000 Gramm Kokain-Hydrochlorid (der Beschuldigte bezog jeweils Mengen von 100 Gramm, 200 Gramm, 250 Gramm, 500 Gramm) einen mittleren Reinheitsgrad von 53% im Jahre 2010 bzw. 49% im Jahre 2011. Geht man zugunsten des Beschuldigten davon aus, dass er das bezogene Kokain vor der Weitergabe nicht gestreckt hat (wovon auch die Anklagebehörde in Anklageziffer I./4. ausgeht), vielmehr das weitergegebene Kokain den gleichen Reinheitsgrad aufwies wie dasjenige, welches der Beschuldigte in Empfang nahm, und geht man ebenso zugunsten des Beschuldigten davon aus, dass er das Kokain in der Regel in Portionen von 10 Gramm weitergab, weshalb die Statistikwerte für Konfiskate zwischen 1 und 10 Gramm heranzuziehen wären, dann weist die erwähnte Statistik einen mittleren Reinheitsgrad von 35% im Jahre 2010 und von 32% im Jahre 2011 aus.

Konfiskate unter einem Gramm wiesen im Jahr 2010 einen mittleren Reinheitsgehalt von 30% und im Jahre 2011 einen solchen von 29% auf. Gestützt auf die Aussagen von B. \_\_\_\_\_ (korrekte Wiedergabe im vorinstanzlichen Urteil, Urk. 54 S. 25 - 28) sowie auf die früheren glaubhaften Aussagen des Beschuldigten selbst (ebenfalls korrekt wiedergegeben im vorinstanzlichen Urteil, Urk. 54 S. 23 - 25) [der Beschuldigte sprach vorerst von "mittelmässiger Qualität", welche für die Bezüger immer ausreichend gewesen sei; ferner die Zugabe in der Konfrontationseinvernahme vom 5. September 2012, in der er dem Grundsatz nach die ihm vorgehaltenen tieferen Reinheits-

- 14 - grade von jeweils 36% anerkannte] sowie auf die erwähnte Sicherstellung bestehen keine Hinweise auf besonders gestrecktes Kokain, weshalb mit dem Bundesgericht durchaus von mittlerer Qualität ausgegangen werden kann. Wie diese "mittlere Qualität" in den Jahren 2010 und 2011 gestützt auf die Auswertungen der SGRM aussahen, wurde vorstehend ausgeführt. Ob man nun – wie die Vorinstanz – von 36% reinem Kokainhydrochlorid ausgeht oder von den vorgenannten realistischen 35%, vermag die konkrete Strafzumessung in keiner Weise zu beeinflussen. II. Sanktion

#### **E. 8**

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 20. November 2012 beschlagnahmte und bei der Gerichtskasse unter der Quittungsnummer ... aufbewahrte Barschaft in der Höhe von CHF 1'040 wird zur Deckung der Busse, der Ersatzforderung und der Verfahrenskosten verwendet.

#### **E. 9**

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 21. Februar 2012 beschlagnahmten und bei der Gerichtskasse unter ... lagernden Airbags werden eingezogen und der Gerichtskasse nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zur Vernichtung überlassen.

#### **E. 10**

Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf: Fr. 4'000.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 4'109.50 Kosten Kantonspolizei Fr. 4'500.– Gebühr Anklagebehörde Fr. 68'295.– Übersetzungskosten Kantonspolizei Fr. 18'959.90 Auslagen Untersuchung Fr. 29'931.28 amtliche Verteidigung (gemäss Prot. I. S. 23) Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

#### **E. 11**

Die Kosten der Untersuchung, ausgenommen die Kosten der Kantonspolizei für Übersetzungen im Rahmen technischer Überwachungen, und des gerichtlichen Verfahrens,

ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.

#### **E. 12**

Die Kosten der amtlichen Verteidigung sowie die Kosten der Kantonspolizei für Übersetzungen im Rahmen technischer Überwachungen werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung in Bezug auf die Kosten der amtlichen Verteidigung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Über die Höhe der Kosten der amtlichen Verteidigung wird separat entschieden.

- 41 -

#### **E. 13**

(Mitteilungen.)

#### **E. 14**

(Rechtsmittel.) 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt:

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