

ZH_OBERGERICHT SB140016 vom 22. Mai 2014

ZH Obergericht, 2014-05-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB140016

FR: ZH_OBERGERICHT SB140016 du 22 mai 2014

IT: ZH_OBERGERICHT SB140016 del 22 maggio 2014

Erwägungen

E. 1

Mit vorinstanzlichem Urteil vom 31. Oktober 2013 wurde der Beschuldigte der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a und b BetmG schuldig gesprochen (Dispositivziffer 1) und mit einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren bestraft, wovon bis zum damaligen Zeitpunkt 776 Tage durch Haft erstanden waren (Dispositivziffer 2; zu den übrigen vorinstanzlichen Dispositivziffern siehe das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil).

E. 2

Gegen dieses Urteil, das den Parteien am 31. Oktober 2013 mündlich eröffnet wurde (Prot. I S. 23), meldete der Beschuldigte am 6. November 2013 innert der Frist von Art. 399 Abs. 1 StPO Berufung an (Urk. 46). Am 19. Dezember 2013 wurde das begründete Urteil dem Beschuldigten zugestellt (Urk. 53). Die Berufungserklärung des Beschuldigten erfolgte mit Eingabe vom 8. Januar 2014 und damit innert der zwanzigtägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO. Mit Präsidialverfügung vom 21. Januar 2014 wurde dem Beschuldigten Frist ange-
- 5 -
setzt, um seine Berufungserklärung zu verdeutlichen und insbesondere anzugeben, wie das Dispositiv des zu fällenden Berufungsurteils konkret lauten soll (Prot. II S. 2). Mit Eingabe vom 4. Februar 2014 präziserte der Beschuldigte seine Berufungserklärung (Urk. 66). Auf den 22. Mai 2014 wurde zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 72).

E. 2.1

Das objektive Tatverschulden bemisst sich nicht nur nach der Betäubungsmittelmenge, sondern nach sämtlichen Umständen des konkreten Einzelfalls (dazu sogleich); dennoch ist die Art des Betäubungsmittels sowie deren Menge von erheblicher Bedeutung für den Unrechtsgehalt der Tat. Vorliegend wirkte der Beschuldigte bei Handel mit Heroin mit (Heroin-Hydrochlorid), das als weltweit gefährlichstes Betäubungsmittel gilt, da bei seinem Konsum innert kürzester Zeit eine sehr starke psychische und physische Abhängigkeit entsteht, die einhergeht mit sehr ausgeprägten Abstinenzsyndromen sowie einem Zwang zu immer höheren Dosen (sehr starke Toleranzentwicklung). Der Deliktszeitraum erstreckte sich vom 25. Mai 2011 bis zum 16. September 2011 (Verhaftung). In diesem Zeitraum erfolgten zwei grenzüberschreitende Einfuhren

- 7 -
sowie rund 14 Inland-Teillieferungen sowie eine Depotverschiebung (dazu sogleich Näheres). Der Beschuldigte war als weisungsgebundener Transporteur von Betäubungsmitteln bzw. damit zusammenhängenden Geldern tätig. Seine Aufträge erhielt er jeweils von seinem Neffen B. _____. Insofern war der Beschuldigte ein reiner Befehlsempfänger, weshalb er in der unteren Hierarchie einzuordnen ist. Bei zwei Heroinimporten aus dem Ausland in die Schweiz, nämlich bei Vorgang 15 (30. August 2011) rund 3 Kg unbekanntem

Reinheitsgrades sowie bei Vorgang 18 (16. September 2011) 1.503 Kg mit 19% Reinheitsgrad, d.h. gemäss Anklage 282 Gramm reines Heroin, transportierte der Beschuldigte den Stoff nach Ankunft des Kuriers in der Schweiz über eine verhältnismässig kurze Distanz ins Lager (bei Vorgang 15 für die Strecke von C._____ ins rund 6 km entfernte D._____ sowie bei Vorgang 18 für die rund 55 km betragende Strecke von E._____ nach D._____ und anschliessend nach F._____, wozu es aufgrund der Verhaftung dann aber nicht mehr kam). Der Import kann dem Beschuldigten dem- zufolge nicht angelastet werden, sondern lediglich der Transport der bereits importierten Menge ins Lager. Da die Importware gemäss Vorgang 18 mit einem Reinheitsgrad von 19% gemäss abgehörten Aussagen des Mitbeschuldigten B._____ keine so gute Qua- lität aufwies wie frühere Lieferungen (Urk. 41 S. 10 Mitte im Verfahren gegen B._____), erscheint es sachgerecht, den Reinheitsgrad der früheren Lieferung gemäss Vorgang 15 etwas höher zu veranschlagen und dabei auf den Reinheitsgrad von 27% abzustellen, der anlässlich der Kontrolle von G._____ am 1. Juni 2011 im Lokal „H._____“ bei der von diesem auf sich getragenen Probe festgestellt wurde, wobei diese Probe dem damaligen Depot an der ...strasse ... in Opfikon-Glattbrugg entstammte (Urk. 41 S. 4 unten im Verfahren gegen B._____). Dies erscheint auch im Lichte der SGRM-Statistik des Jahres 2011 jedenfalls nicht als überhöht, da diese bei Fundmengen von über 1 Kg sogar von einem erheblich höheren Reinheitsgrad ausgeht, nämlich von 38%. Demzu- folge entspricht die Lieferung gemäss Vorgang 15 810 Gramm reinem Heroin.

- 8 - Insgesamt transportierte der Beschuldigte somit 1'092 Gramm Heroin unmittelbar nach dessen Einfuhr in die Schweiz in das jeweilige Lager. Die ungefähre Gesamtmenge der Inlandverkäufe an deren Vertrieb der Beschul- digte als Transporteur mitwirkte, beträgt 5.445 Kg gestrecktes Heroin, wobei die Einzelverkaufsmenge meist 500 Gramm betrug. Bei einer einzigen 500-Gramm- Lieferung (Vorgang 16) ist der Reinheitsgrad erstellt und beträgt 5.1%. Demzu- folge erscheint es sachgerecht, bei den Inlandverkäufen zu Gunsten des Beschuldigten jeweils von diesem Reinheitsgrad auszugehen. Dies ergibt eine verkaufte Menge reinen Heroins im Umfang von 278 Gramm – verteilt auf insge- samt rund 14 Teillieferungen (Portionen). Der Mitbeschuldigte B._____ lagerte per Stichtag 11. Juni 2011 ca. 3 Kg Heroin in einem Depot, das sich ursprünglich an der ...strasse ... in Opfikon-Glattbrugg be- fand. Am 10. Juni 2011 wurde dieses Lager nach Uster verlegt, wobei der Be- schuldigte als Transporteur amtete (VG „Depotverschiebung“). Bei der Kontrolle von G._____ am 1. Juni 2011 im Lokal „H._____“ war dieser im Besitz einer Pro- be von 5.5 Gramm Heroin, welches einen Reinheitsgrad von 27% aufwies und dem Lager an der ...strasse ... in Opfikon-Glattbrugg entstammte. Demzufolge rechtfertigt es sich, bei den gelagerten ca. 3 Kg von diesem Reinheitsgrad auszu- gehen. Demzufolge wirkte der Beschuldigte als Transporteur bei der Verschie- bung des Lagers von 810 Gramm reinem Heroin mit. Da die gelagerte Menge, wie erwähnt, per Stichtag 11. Juni 2011 eruiert wurde, die beiden Importe aber erst nach diesem Datum stattfanden, besteht keine unzu- lässige „Doppelverwertung“ in dem Sinne, als der Transport des importierten Heroins nach dessen Ankunft in der Schweiz in das jeweilige Lager in der gela- gerten Menge bereits enthalten war, was eine zusätzliche Bestrafung aus- schliesse. Zu Gunsten des Beschuldigten ist indes anzunehmen, dass die Inland- verkäufe nach dem 11. Juni 2011 aus dem erwähnten Lager heraus abgewickelt wurden. Aus diesem Grund ist bei den Inlandverkäufen die nach dem 11. Juni 2011 im Inland verkaufte Menge abzuziehen, da diese bereits in der Lager- verschiebung enthalten ist (ansonsten würde diese Menge doppelt berück- sichtigt). Auch wenn die Lagerung und der Inlandverkauf je separat bestraft

- 9 - werden, geht es nicht an, im Falle eines Inlandverkaufs den Beschuldigten auch für das vorgängige Lagern der gleichen Menge – gedanklich – separat zu bestrafen. Die so bereinigte Menge beträgt 51 Gramm reines Heroin (reine Menge sämtlicher Inlandverkäufe – reine Menge der Inlandverkäufe nach dem

E. 2.2

Der Beschuldigte handelte direktvorsätzlich. Die Qualität und der Reinheitsgrad der Betäubungsmittel waren dem Beschuldigten jeweils bekannt. Demzufolge wird die objektive Tatschwere durch die subjektive nicht relativiert.

E. 3

Die Berufung des Beschuldigten richtet sich gegen die Höhe der Freiheitsstrafe. Im Übrigen ist das vorinstanzliche Dispositiv in Rechtskraft erwachsen (Art. 404 Abs. 1 StPO; vgl. Prot. II S. 6 f.), was vorab festzustellen ist. II. Prozessuales Die Verteidigung machte anlässlich der Berufungsverhandlung in prozessualer Hinsicht geltend, es sei auch im Berufungsverfahren von der durch die Vorinstanz berechneten Betäubungsmittelmenge auszugehen, nachdem diese Berechnung die Basis der vorinstanzlichen Verurteilung darstelle (Prot. II S. 14). Wie bereits ausgeführt, ist der vorinstanzliche Schuldspruch wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz in Rechtskraft erwachsen, nachdem die Staatsanwaltschaft keine Berufung erhoben hat und der Beschuldigte seine Berufung auf die Strafzumessung beschränkt hat. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann das Berufungsgericht das erstinstanzliche Urteil jedoch auch in den nicht angefochtenen Punkten überprüfen, sofern diese mit den von der Berufung erfassten Punkten in einem engen Zusammenhang stehen (Urteile des Bundesgerichts 6B_85/2013 vom 4. März 2013, E. 2 und 6B_40/2013 vom 2. Mai 2013, E. 2). Die Betäubungsmittelmenge ist eines der Elemente, die bei Drogendelikten das Verschulden des Täters ausmachen. Es handelt sich somit um einen Umstand, der Einfluss auf die Strafzumessung hat. Die von der Vorinstanz berechnete Betäubungsmittelmenge bzw. der von ihr angenommene Reinheitsgrad können deshalb auch im Rahmen einer auf die Strafzumessung beschränkten Berufung einer Überprüfung unterzogen werden. Sofern keine höhere Strafe ausgesprochen wird, steht das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 Satz 1 StPO einer solchen Überprüfung nicht ent-

- 6 - gegen, da damit keine andere rechtliche Qualifikation der Tat verbunden ist (vgl. dazu BGE 139 IV 282, E. 2.5; Urteil des Bundesgerichts 6B_245/2013 vom

E. 3.1

Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten lässt sich den Akten Folgendes entnehmen (Urk. 36/5 S. 1 ff.; Urk. 75 S. 2 ff.): Der Beschuldigte wurde 1975 in Mazedonien geboren und wuchs mit drei Brüdern und zwei Schwestern auf. Seit 1990 lebt er in der Schweiz und heiratete im Jahr 1994 oder 1995. Dieser Ehe entsprossen drei Kinder. Im Jahr 2011 erfolgten die Scheidung sowie eine erneute Heirat. Der Beschuldigte war früher in diversen

- 10 - anderen Berufen tätig, arbeitete jedoch zuletzt als selbständiger Taxifahrer. Der Beschuldigte ist der Onkel des Mitbeschuldigten B._____.

E. 3.2

Der Beschuldigte weist eine nicht einschlägige Vorstrafe auf, eine bedingte Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 10.– unter Anordnung einer Probezeit von 2 Jahren sowie eine Busse

von Fr. 500.– wegen Fahrens ohne Haftpflicht- versicherung (Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 23. November 2010). Der Beschuldigte delinquierte vorliegend innerhalb der Probezeit, weshalb der beding- te Vollzug widerrufen wurde. Die Vorstrafe, welche zwar nicht einschlägig ist, sowie die Delinquenz während laufender Probezeit wirken sich strafehöhend aus. Aufgrund der geringfügigen bedingten Vorstrafe und der demzufolge eher gering- fügigen Warnwirkung, die von ihr ausgeht, rechtfertigt sich unter diesem Titel eine leichte Straferhöhung.

E. 3.3

Bei der Strafzumessung ist auch das Nachtatverhalten eines Täters mit zu berücksichtigen. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren sowie Reue und Einsicht (BSK StGB I-Wiprächtiger/Keller, 3. Auflage 2013, Art. 47 N 167 ff.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann ein Geständnis bei der Analyse des Nachtatverhaltens zugunsten des Täters einbe- zogen werden, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt. Diese Praxis fusst auf der Überlegung, dass Geständnisse zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen können. Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich demgegenüber auf- drängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, nament- lich weil der Täter nur auf Grund einer erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils geständig geworden ist (Urteil des Bundesgerichts 6P.531/2006 vom 24. Januar 2007, E. 3.6.3). Der Beschuldigte bestritt in der Untersuchung und vor Vorinstanz noch sämtliche Anklagevorwürfe. Er zeigte sich erst im Berufungsverfahren geständig. Durch das Geständnis des Beschuldigten wurde die Strafuntersuchung deshalb in keiner Art und Weise erleichtert. Die Vorinstanz musste zudem eine zeitaufwendige und ausführliche Beweiswürdigung vornehmen, nachdem der Beschuldigte erst nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens geständig wurde.

Besondere Einsicht

- 11 - oder Reue hat der Beschuldigte im Übrigen nicht gezeigt. Er führte anlässlich der Berufungsverhandlung zwar aus, er habe erst im Gefängnis gemerkt, wie schädlich Heroin sei und sich geschämt. Wenn er gewusst hätte, welche Aus- wirkungen mit dem Heroinkonsum verbunden seien, hätte er bei den Drogenge- schäften nicht mitgemacht (Urk. 75 S. 7 f.). Dass dem Beschuldigten im Zeitpunkt seiner Tathandlungen nicht bewusst war, dass der Konsum von Heroin gesund- heitsgefährdend ist, erscheint indes nicht glaubhaft. Aufgrund der geschilderten Umstände kann dem späten Geständnis des Beschuldigten keine strafmindernde Wirkung zukommen. 4. Nach dem Gesagten wirken sich die Täterkomponenten leicht strafehöhend aus. Der Beschuldigte ist deshalb mit 4 ½ Jahren Freiheitsstrafe zu bestrafen. Der Anrechnung der durch Haft sowie vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstandenen 980 Tagen an die Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). 5. Die Angemessenheit dieser Strafe ergibt sich auch bei einer Vergleichs- rechnung mit dem schematisierten Berechnungsmodell von Fingerhuth/Tschurr (in: Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 385 f.). Vorliegend beträgt die Gesamtmenge 1'953 Gramm reines Heroin. Nach dem genannten Berechnungsmodell ist bei dieser Menge von einer Einsatzstrafe im Bereich von etwas weniger als 5 ½ Jahren Freiheitsstrafe auszugehen. Der Qualifikationsgrund der Bandenmässigkeit führt zu einem Zuschlag. Demgegen- über hat angesichts des Umstands, dass der Beschuldigte die Betäubungsmittel mehrheitlich nur transportiert hat, eine Strafreduktion zu erfolgen. Ein weiterer deutlicher Abzug rechtfertigt sich aufgrund der

tiefen Hierarchiestufe, auf der sich der Beschuldigte befand. In Würdigung der genannten Umstände – sowie der Delinquenz während der Probezeit – ergäbe sich auch bei dieser Betrachtungsweise eine Freiheitsstrafe im Bereich von 4 ½ Jahren. 6. Diese Strafe erscheint schliesslich auch im Vergleich mit der gegen den Mitbeschuldigten B. _____ ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 7 Jahren angemessen, nachdem das Tatvorgehen von B. _____ eine weitaus höhere kriminelle Energie offenbart und dieser sich auf einer viel höheren Hierarchiestufe befand.

- 12 - IV. Vollzug Bei einer Freiheitsstrafe von 4 ½ Jahren fällt sowohl ein bedingter als auch ein teilbedingter Strafvollzug bereits aus objektiven Gründen ausser Betracht (Art. 42 Abs. 1 StGB und Art. 43 Abs. 1 StGB). V. Kosten- und Entschädigungsfolgen Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Vorliegend obsiegt der Beschuldigte teilweise, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, im Umfang von drei Vierteln aufzuerlegen und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Dementsprechend sind die Kosten der amtlichen Verteidigung im Umfang von einem Viertel definitiv und im Umfang von drei Vierteln einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten für den einstweilen auf die Gerichtskasse genommenen Teil bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 31. Oktober 2013 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a und b BetmG. 2. [...] 3. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Urteil vom Bezirksgericht Uster vom 23. November 2010 (im Strafregister fälschlicherweise 23. Oktober 2010) ausgefallten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 10.– wird widerrufen.

- 13 - 4. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 22. April 2013 beschlagnahmte Mobiltelefon Nokia, IMEI-Nr. ..., inkl. SIM-Karte mit der Rufnummer 077 ... (überwachte Rufnummer der Linie ..., ...) wird eingezogen und bei den Akten resp. am jeweiligen Lagerort belassen. 5. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 22. April 2013 beschlagnahmte Navigationsgerät der Marke TomTom wird eingezogen und durch die Kasse des Bezirksgerichts Winterthur verwertet. Ein allfälliger Verwertungserlös wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet. 6. Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 22. April 2013 beschlagnahmte Schlüsselbund mit div. Schlüsseln wird dem Beschuldigten auf dessen erstes Verlangen herausgegeben. Wird innert drei Monaten nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheides keine Herausgabe verlangt, wird der Schlüsselbund vernichtet. 7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 8'000.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 4'375.00 Auslagen Vorverfahren (gem. Kontoauszug RIS) Kosten Kantonspolizei für Übersetzungen im Rahmen Fr. 25'129.00 technischer Überwachungen (gemäss Monatsauszügen) Fr. 2'000.00 Gebühr für die Führung der Strafuntersuchung Fr. 43'600.70 amtliche Verteidigungskosten Fr. 83'104.70 Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten. 8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Ein allfälliger Verwertungserlös des beschlagnahmten Navigationsgeräts gemäss Disp. Ziff. 5 wird zur Kostendeckung verwendet. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. 9. (Mitteilungen) 10. (Rechtsmittel) 2.

Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

- 14 - Es wird erkannt:

E. 6

Februar 2014, E. 2.1 und 6B_428/2013 vom 15. April 2014, E. 3.3). Im Übrigen ist festzuhalten, dass bei der nachfolgenden Berechnung der vom Beschuldigten umgesetzten Betäubungsmittelmenge von der Anklage ausgegangen wird, deren Richtigkeit der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung ausdrücklich anerkannt hat (Urk. 75 S. 7 f.). III. Strafzumessung 1. Vorliegend wird der 12 Gramm reines Heroin betragende Grenzwert des mengenmässig qualifizierten Falles im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG um ein Vielfaches überschritten. Zudem liegt bandenmässige Tatbegehung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. b BetmG vor. Demzufolge erstreckt sich der Strafraum von mindestens einem Jahr bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe, wobei damit eine Geldstrafe verbunden werden kann (Art. 19 Abs. 2 BetmG). Das kumulative Vorliegen zweier Varianten von Art. 19 Abs. 2 BetmG ist strafehöhend zu berücksichtigen, zeitigt indes keine Auswirkungen auf den massgebenden Strafraum. Entsprechendes gilt auch für die vorliegend ebenfalls gegebene mehrfache Tatbegehung.

E. 11

Juni 2011; 278 minus $[4445 \times 5.1\% = 227] = 51$). Auch wenn der eigentliche Lagerhalter B._____ war, war der Beschuldigte in seiner Eigenschaft als Bandenmitglied an dieser Lagerung dennoch – wenn auch nur in untergeordneter Weise – mitbeteiligt. Vorliegend ergibt sich somit eine Gesamtmenge von 1'953 Gramm reinem Heroin (Transport der Importe von insgesamt 1'092 Gramm + Depotverschiebung von 810 Gramm + Inlandverkäufe von 51 Gramm), die dem Beschuldigten anzu- lasten ist. Der jeweils auf Anweisung ausgeführte Inlandtransport von Betäubungsmitteln sowie die Übergabe damit zusammenhängender Geldbeträge erscheint – namentlich im Vergleich zum Import sowie zur weitgehend selbständigen Handelstätigkeit – als deutlich weniger gravierend. Da es sich beim Beschuldigten zwar um ein Bandenmitglied, andererseits aber um einen reinen Befehlsempfänger in der unteren Hierarchie handelt und sich seine Tathandlungen mehrheitlich auf den Transport der Betäubungsmittel beschränkten, erscheint eine Einsatzstrafe im Bereich von 45 Monaten als angemessen.

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