

ZH_OBERGERICHT SB140343 vom 4. November 2014

ZH Obergericht, 2014-11-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB140343

FR: ZH_OBERGERICHT SB140343 du 4 novembre 2014

IT: ZH_OBERGERICHT SB140343 del 4 novembre 2014

Erwägungen

E. 2

Mit Urteil vom 27. Februar 2014 sprach das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, den Beschuldigten der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG schuldig. Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von vier Jahren, unter Anrechnung von 997 Tagen erstandener Haft und vorzeitigen Strafantritt. Gleichzeitig zog die Vorinstanz die sichergestellten Betäubungsmittel (2'985 Gramm Kokaingemisch) ein und überliess sie der zuständigen Behörde zur Vernichtung. Von der Verpflichtung des Beschuldigten zur Zahlung einer Ersatzforderung sah die Vorinstanz ab.

E. 2.1

Die Vorinstanz hat den vorliegend zur Anwendung gelangenden Strafrahen korrekt abgesteckt. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 71 S. 12). Anzuführen ist, dass der Richter an das gesetzliche Höchstmass der Straftat gebunden ist. Dieses ist vorliegend mit 20 Jahren Freiheitsstrafe fixiert worden, weshalb keine Erweiterung des Strafrahmens nach oben möglich ist. Richtig gesehen hat die Erstinstanz, dass sich der Strafschärfungsgrund der Tatmehrheit infolge des nach oben nicht erweiterbaren Strafrahmens lediglich strafehöhend auswirkt (BGer 6B.238/2009 E. 5.8; BGer 6S.73/2006 E 3.2.; BGE 116 IV 302 E. 2.a.; Urk. 71 S. 13).

E. 2.2

Strafmilderungsgründe liegen keine vor. Art. 19 Abs. 3 lit. a und b nBetmG ist – wie vorstehend erwogen – vorliegend nicht anwendbar. Im zur Anwendung gelangenden alten Recht findet sich in Art. 19 aBetmG kein Strafmilderungsgrund. Mit der Vorinstanz ist im Übrigen davon auszugehen, dass die tat- und täterangemessene Strafe grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der (schwersten) Strafbestimmung festzusetzen ist (Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, 8. A., Zürich 2007, S. 74). 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 Strafrahen durch Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe nicht automatisch erweitert, worauf dann innerhalb dieses neuen Rahmens die

- 20 - Strafe nach den üblichen Zumessungskriterien festzusetzen wäre (BGer 6S.73/2006 vom 5. Februar 2007 E. 3.2). 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, a.a.O., 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, was vorliegend indes nicht der Fall ist (Urk. 71 S. 13).

E. 2.3

Entsprechendes gilt für Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 aBetmG, der den Versuch von strafbaren Handlungen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG sowie gewisse qualifizierte Vorbereitungshandlungen dazu als selbständige Straftaten erfasst. Im Sinne dieser Bestimmung Anstalten treffen kann nur, wer nach seinem Plan eine Straftat gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG selber als Täter oder zu-

- 13 - sammen mit andern Personen als Mittäter verüben will (BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Bd. II, 2002, Art. 19 LStup N. 47; vgl. auch BGE 115 IV 59 E. 3, BGE 130 IV 131 E. 2.2, BGer 6S.395/2004 vom 27. Januar 2005 E. 2.1). Wer diesen Plan nicht hegt, trifft keine Anstalten zu einer Tat, da er diese weder versucht noch vorbereitet. Er ist allenfalls Gehilfe des andern, zu dessen Tat im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG er durch sein Verhalten beiträgt (BGE 130 IV 131 E. 2.2, BGer 6S.395/2004 vom 27. Januar 2005 E. 2.1).

E. 3

Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 9 ff.) liess der Beschuldigte am

E. 3.1

Die Vorinstanz hat sodann die massgeblichen belastenden und entlastenden Faktoren grundsätzlich zutreffend genannt und gewürdigt. Es kann vorab auf die entsprechenden Erwägungen im erstinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 71 S. 13 ff.). Die nachstehenden Ausführungen sind - soweit nicht ausdrücklich als Korrekturen dargestellt - deshalb lediglich als Präzisierungen bzw. Ergänzungen zu verstehen.

E. 3.2

Die Staatsanwaltschaft führte anlässlich der Berufungsverhandlung aus, dass die Handlungen des Beschuldigten zeigten, dass er in bewusstem Zusammenwirken mit anderen gehandelt habe und, wie in der Anklageschrift umschrieben, in arbeitsteiligem Vorgehen Kokain und Streckmittel gelagert, transportiert und verkauft habe. Streckmittel würden gerichtsnotorisch zum Strecken von Drogen gebraucht und das habe der Beschuldigte gewusst und ihm sei auch klar gewesen, dass in dieser Nutzung der wirtschaftliche Wert der Streckmittel liege. Selbst wenn man der Verteidigung dahingehend beipflichten wolle, dass der Beschuldigte keinen Fixbetrag, sondern lediglich eine geringe Umtriebsentschädigung für seine Fahrspesen erhalten und deshalb mit dem Verkauf der Streckmittel nichts zu tun habe, müsse sich dies der Beschuldigte als Mitglied einer arbeitsteiligen Organisation anrechnen lassen. Mit dem Lagern und Transportieren von Streckmitteln habe er im Rahmen der Geschäftsabwicklung durchaus relevante Beiträge an diese übernommen. Damit habe er sich dem Tatplan zumindest konkludent angeschlossen (Urk. 80 S. 2 f.).

E. 3.2.1

Die Vorinstanz verweist in ihrer Strafzumessung zunächst auf die (besonderen) Strafzumessungskriterien bei Betäubungsmitteldelikten. Bei der Festlegung des Strafmasses

geht sie zutreffend von dem in Anklagesachverhalt "M" um- schriebenen Import von 5 kg Kokaingemisch bzw. 3'950 Gramm reinem Kokain als schwerstes Delikt aus, stuft das Verschulden des Beschwerdeführers als er- heblich ein, gewichtet die verschiedenen Strafzumessungskriterien und wendet das Asperationsprinzip an (Urk. 71 S. 14 ff.). Dies entspricht im Grundsatz der Vorgehensweise nach Art. 49 Abs. 1 StGB. Die Vorinstanz unterlässt es zwar, für das schwerste Delikt eine Einsatzstrafe festzulegen (die Einsatzstrafe von 78 Mo- naten resultiert aus dem objektiven Tatverschulden sämtlicher Delikte; vgl. Urk. 71 S. 17). Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass sich dies zum Nachteil des Be- schuldigten auswirkt. Insgesamt berücksichtigt das Bezirksgericht in ihrer Straf- zumessung alle relevanten Faktoren. Es lässt sich noch hinreichend nachvollzie- hen, wie sie zu einer (Gesamt-)Strafe von vier Jahren gelangt.

- 21 -

E. 3.2.2

Schwerste Einzeltat ist die Einfuhr von 5 kg Kokaingemisch bzw. 3'950 Gramm reinem Kokain vom Kosovo in die Schweiz anfangs März 2011. Bei Koka- in handelt es sich um eine sogenannte „harte Droge“ mit unbestrittenermassen gesundheitsgefährdender und abhängigkeiterzeugender Wirkung. Die Menge, die in die Schweiz eingeführt und vom Beschuldigten übernommen wurde, über- steigt somit krass die vom Bundesgericht festgesetzte Limite von 18 Gramm rei- nem Kokain (BGE 109 IV 145). Diese Menge war geeignet, die Gesundheit einer Vielzahl von Menschen in hohem Mass zu gefährden. Wie hoch der Anteil war, der bis zur Verhaftung des Beschuldigten verkauft worden war, ist bei der Beurtei- lung des Beschuldigten als Transporteur nicht massgebend. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Menge des transportierten reinen Kokains für den Beschuldigten etwas Zufälliges anhaftete. Der Beschuldigte führte das von C._____ im Kosovo übernommene Kokain, via Griechenland, Italien (...), Öster- reich (...), Deutschland (...) und Koblenz in die Schweiz. Dadurch sollte auch das eigene Risiko, gefasst zu werden, minimiert werden. Richtig gesehen hat die Vo- rinstantz in diesem Zusammenhang, dass die Vorgehensweise des Beschuldigten professionell war (Urk. 71 S. 16). Zuzustimmen ist der Vorinstanz auch darin, dass dieses Verhalten des Beschuldigten von erheblicher krimineller Energie zeugt (Urk. 71 S. 15 f.). Der Täter, welcher eine kontrollierte Landesgrenze zu überschreiten bzw. zu umgehen hat, muss nämlich eine erheblich grössere krimi- nelle Energie aufwenden, als wenn er bloss innerhalb des Landes Drogen trans- portieren lässt (und damit ein minimales Risiko eingeht, in einer Zufahrtskontrolle hängen zu bleiben).

E. 3.2.3

Die Vorinstanz berücksichtigte in objektiver Hinsicht verschuldensmindernd, dass die nachgewiesene Rolle des Beschuldigten angesichts der von ihm ausge- führten Tätigkeit untergeordneter Art war (Urk. 71 S. 16). Damit bezieht sie auch seine jeweiligen Funktionen (Transporteur, Importeur und Lagerist) mit ein (Urk. 71 S. 16). Inwiefern aufgrund der tiefen Entschädigung bzw. des tiefen Ge- winns (CHF 5'000.--), welcher ihm versprochen wurde, eine zusätzliche Strafmin- derung vorzunehmen wäre, ist nicht ersichtlich, zumal diese Umstände mit den "untergeordneten" Tätigkeit einhergeht.

- 22 -

E. 3.2.4

Das Bezirksgericht hat das objektive Tatverschulden des Beschuldigten für die schwerste Tat - wie vorstehend erwogen - nicht ausdrücklich taxiert. Es hat indes das objektive Gesamtverschulden des Beschuldigten als "erheblich" bezeichnet (Urk. 71 S. 17). In objektiver Hinsicht muss das Verschulden des Beschuldigten - in Anbetracht des konkreten Strafrahmens für den schweren Fall – als "nicht besonders schwer" qualifiziert werden. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die schweizerische Praxis bei leichtem Tatverschulden in aller Regel die Strafen im unteren bis mittleren Drittel des vorgegebenen ordentlichen Strafrahmens ansiedelt, bei mittlerer Tatschwere eben im mittleren Drittel und bei schwerem Tatverschulden im oberen Drittel. Strafen im oberen Bereich, insbesondere Höchststrafen sind bloss ausnahmsweise und bei sehr schwerem Verschulden des Täters auszusprechen. Bei der vorliegenden Verschuldensbewertung, ist von einer hypothetischen Einsatzstrafe auszugehen, die im oberen Bereich des unteren Drittels bis im unteren Bereich des mittleren Drittels des ordentlichen Strafrahmens liegt.

E. 3.3

Das Bezirksgericht hat zusammengefasst erwogen, der Beschuldigte sei von Ende Februar 2010 bis Anfang März 2011, mithin während rund einem Jahr, am Handel mit rund 6,4 kg Kokaingemisch und ca. 75 kg Streckmittel beteiligt gewesen. C._____ sei dabei jeweils der Drahtzieher und Organisator der einzelnen Tätigkeiten innerhalb des Drogenhandelsprozesses und hauptsächlich für die Organisation der Drogen und Streckmittel und deren Lieferung sowie deren Absatz zuständig gewesen. Der Beschuldigte habe mit den konkreten Verkaufsgeschäften nichts zu tun gehabt. Er sei hauptsächlich sowohl an der Aufbewahrung und Lagerung als auch an ca. zwanzig verschiedenen Transporten und Lieferungen dieser Substanzen innerhalb der Schweiz und grenzüberschreitend beteiligt bzw. dafür verantwortlich gewesen. Die fraglichen vom Beschuldigten allein (oder zusammen mit C._____) aufbewahrten und transportierten Streckmittel und Kokain seien jeweils an mehrere verschiedene, im Drogenhandel tätige Komplizen von

- 15 - C._____ geliefert und übergeben worden. Daraus erhellte, dass der Beschuldigte einem organisierten Drogenverteilungsnetz als Mittäter angehört habe. Zudem lasse auch die Prüfung der einzelnen Handlungen des Beschuldigten keine Zweifel daran offen, dass er in rechtlicher Hinsicht mittäterschaftlich bzw. bandenmässig an den Drogengeschäften von C._____ beteiligt und ihm aufgrund der Art und Weise des Vorgehens klar gewesen sei, zu welchem Zweck er diese enormen Mengen an Streckmitteln den Komplizen von C._____, mithin Drogenhändlern geliefert habe (Urk. 71 S. 7 ff.). 4. Gemäss Anklageschrift hat der Beschuldigte auf Anweisung von C._____ ca. 75 Kilogramm eines – keine Betäubungsmittel enthaltenden – Stoffgemisches, übernommen, gelagert und an verschiedene Personen übergeben. 5.1. Eine Verurteilung des Beschwerdegegners als Täter oder Mittäter gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 aBetmG kommt - wie vorstehend bereits erwogen - nur in Betracht, wenn er die inkriminierten Handlungen mit dem Plan vorgenommen hätte, sich an einer Straftat im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG als Mittäter zu beteiligen. 5.2. Die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches finden auch im Betäubungsmittelstrafrecht Anwendung, soweit das Betäubungsmittelgesetz nicht selbst Bestimmungen aufstellt (Art. 26 BetmG). In Art. 19 Ziff. 1 aBetmG (Art. 19 Abs. 1 nBetmG, wobei am Grundtatbestand gewisse inhaltliche Änderungen vorgenommen wurden, siehe die Botschaft vom 9. März 2011 über die Änderung des Betäubungsmittelgesetzes, BBl 2001 S. 3772 Ziff. 2.2.8.1) sind nahezu alle Un-

terstützungshandlungen als selbstständige Handlungen umschrieben. Unterstützende Tatbeträge sind daher nicht über die Regeln der Mittäterschaft, Anstiftung oder Gehilfenschaft in die eigentliche Tat einzubeziehen. Als Mittäter zu bestrafen ist deshalb auch, wer als (untergeordnetes) Mitglied einer Bande auf Geheiss handelte oder wer in der Organisation nur dienende Stellung einnahm und Handlungen von untergeordneter Bedeutung vornahm. Gehilfenschaft im Sinne von Art. 25 StGB liegt nur vor, wenn die objektive Mitwirkung an der Tat eines anderen sich auf einen untergeordneten, vom Gesetz nicht als selbstständiges Delikt erfassten Beitrag beschränkt (BGE 133 IV 187 E. 3.2 f. mit Hinweisen).

- 16 - 5.3.1. Zu prüfen ist, wie die Tathandlung des Beschuldigten, d.h. sein "Beitrag als Lagerist und Transporteur" von ca. 75 Kilogramm Streckmittel rechtlich zu würdigen ist. Aufgrund des Sachverhaltes ist erstellt, dass der Beschuldigte beim Entschluss sowie der Planung der Taten nicht mitgewirkt hat. Er hatte mit den konkreten Verkaufsgeschäften nichts zu tun und war auch nicht anteilmässig an den Erlösen aus den Drogengeschäften beteiligt. Vielmehr war der Beschuldigte sowohl für die Aufbewahrung bzw. Lagerung als auch für den Transport der Streckmittel verantwortlich. Konkret lagerte der Beschuldigte die Streckmittel zusammen mit Kokain mehrfach bei sich zu Hause oder holte diese aus den Garagen von C._____, in welchen auch Kokain gelagert war bzw. aus welchen er zuvor jeweils Kokain entnommen hatte und zu welchen er die Schlüssel besass. Für den Transport versteckte er die Streckmittel teilweise im Auto teilweise in den Reifen, wobei er diese hiezu proportionierte bzw. bereitstellte. Schliesslich lieferte der Beschuldigte die Streckmittel mehrfach teilweise zusammen mit dem Kokain bzw. unmittelbar nacheinander an im Drogenhandel tätige Komplizen von C._____. Dabei wurde er teilweise von den Abnehmern des Kokains und der Streckmittel für seine Transport- und Lieferdienste entschädigt. 5.3.2. Die Tatsache, dass Streckmittel immer für den Drogenhandel verwendet wird, lässt noch nicht darauf schliessen, dass jemand, der mit Streckmittel zu tun hat, als Mittäter der Verkäufer zu betrachten ist. Das Betäubungsmittelgesetz enthält keinen Straftatbestand, wonach etwa bestraft wird, wer Substanzen verkauft, abgibt oder vermittelt, die, wie er weiss oder annehmen muss, zur Streckung von Betäubungsmitteln dienen sollen (BGer 6S.395/2004 vom 27. Januar 2005 E. 2.1). Der Handel mit Streckmittel an sich ist nicht verboten. Vielmehr müsste vorliegend erstellt sein, dass der Beschuldigte den Plan hatte, als Mittäter eine Straftat gemäss Art. 19 Abs. 1-5 aBetmG zu verüben. Der Verteidigung ist jedoch dazuhingehend zuzustimmen, dass dem Beschuldigten in der Anklageschrift nicht vorgeworfen wird, die Streckmittel an die Abnehmer übergeben zu haben, um sich mit den Abnehmern am Betäubungsmittelhandel zu beteiligen. Auch wird ihm nicht vorgeworfen, dass er die Substanz mit dem Ziel übernommen und gelagert habe, sie allein als Täter oder gemeinsam mit anderen Personen als Mittäter zum Strecken und damit zum Verarbeiten von Betäubungsmitteln zu verwenden. Es

- 17 - fehlt vorliegend an der Verbindung zwischen den vom Beschuldigten begangenen Handlungen mit dem Streckmittel und dem Verkauf von Betäubungsmitteln. Wie bereits erwähnt, hatte der Beschuldigte mit den konkreten Verkaufsgeschäften nichts zu tun und war auch nicht anteilmässig an den Erlösen aus den Drogengeschäften beteiligt. Es wird weder in der Anklageschrift umschrieben noch kann ihm nachgewiesen werden, dass er bei den Handlungen mit dem Streckmittel die Absicht hatte, als Täter oder Mittäter eine strafbare Handlung im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 aBetmG zu begehen. Da er nicht den Plan hegte, das Streckmittel für den Verkauf von Betäubungsmitteln zu verwenden, traf

er keine Anstalten zu einer strafbaren Tat, da er eine solche weder versucht noch vorbereitet hatte. Bezüglich der Handlungen mit dem Streckmittel wird in der Anklageschrift nicht eine Zusammenarbeit zwischen dem Beschuldigten und C._____ umschrieben, die einer Mittäterschaft gleichkommen würde. Vielmehr handelte der Beschuldigte jeweils auf Anweisung von C._____ und damit als Gehilfe. Selbst wenn der Beschuldigte in Kauf nahm, dass die Abnehmer der Streckmittel die Substanzen zur Streckung von Betäubungsmitteln verwenden könnten, kann eine Verurteilung des Beschuldigten wegen Gehilfenschaft zum Verarbeiten von Betäubungsmitteln nicht erfolgen, weil es an entsprechenden - zumindest versuchten - Haupttaten fehlt bzw. weil im Fall der Vermittlung von Streckmitteln eine allfällige - zumindest versuchte - Haupttat, die der Beschuldigte als Gehilfe gefördert hätte, in der Anklageschrift nicht umschrieben ist (vgl. BGer 6S.395/2004 vom 27. Januar 2005 E. 2.3, BGE 130 IV 131 E. 2.4). 5.3.3. Da der Beschuldigte nicht beabsichtigte, sich mit seinen Handlungen mit dem Streckmittel an der Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs zu beteiligen, ist er diesbezüglich auch nicht als Mitglied einer Bande zu erachten, die sich zur fortgesetzten Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelhandels zusammengefunden hat. 5.4. Zusammenfassend ist der Beschuldigte vom Vorwurf der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 aBtmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a und b aBtmG freizusprechen.

- 18 - V. Sanktion 1.1. Die Verteidigung wendet sich gegen die Strafzumessung. Sie macht geltend, die Vorinstanz lege verschiedene Kriterien zu Ungunsten des Beschuldigten aus (z.B. seine untergeordnete Funktion in dem von C._____ betriebenen Kokainhandel, die starke Abhängigkeit des Beschuldigten von C._____) oder berücksichtige solche zu Unrecht nicht (seine besondere Strafempfindlichkeit) bzw. nicht angemessen (z.B. sein Verhalten im Strafverfahren). Dies habe sich erheblich auf das Strafmass ausgewirkt, weshalb die ausgefallte Strafe von vier Jahren zu hoch sei. Schuldangemessen sei eine Freiheitsstrafe von höchstens drei Jahren (Urk. 72 S. 5). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte die Verteidigung ergänzend aus, das Verhalten des Beschuldigten sei zu wenig von demjenigen von C._____ abgegrenzt worden. Sodann sei richtigerweise von einer Kokainreinmenge von insgesamt 4.4 Kilogramm ausgegangen worden und 3.95 Kilogramm reines Kokain sichergestellt worden, demnach also der weitaus grössere Teil des Kokains gar nicht zu den Konsumenten gelangt, weshalb insoweit niemand konkret in seiner Gesundheit gefährdet worden sei (Urk. 81 S. 6 f.). Beim Beschuldigten sei bezüglich der Einfuhr von 5 Kilogramm Kokaingemisch keine besondere kriminelle Energie festzustellen, habe dieser doch nichts planen bzw. in die Tat umsetzen müssen, was nicht bereits von C._____ organisiert gewesen sei. Der versprochene Schuldenerlass von Fr. 5'000.- lasse bei einer Kokainreinmenge von fast 4 Kilogramm ebenfalls nicht auf einen übergeordneten Tatbeitrag schliessen. Der Tatbeitrag des Beschuldigten bei der Einfuhr der 5 Kilogramm Kokaingemisch gehe nicht über eine reine Kuriertätigkeit hinaus. Die Tatbeiträge des Beschuldigten bezüglich der übrigen Tathandlungen erschöpften sich in einfachen Hilfeleistungen, für die er nicht einmal entschädigt worden sei (Urk. 81 S. 8 f.). Zudem sei von einer erheblichen Abhängigkeit des Beschuldigten von C._____ auszugehen (Urk. 81 S. 10). Eine längere unbedingte Freiheitsstrafe würde den Beschuldigten ausserdem in migrationsrechtlicher Hinsicht sehr hart treffen (Urk. 81 S. 11 i.V.m. Prot. II S. 11).

- 19 - 1.2. Auch die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich kritisiert die vorinstanzliche Strafzumessung. Die von der Erstinstanz ausgefallene Strafe sei zu mild ausgefallen. Die Einschätzung der Vorinstanz, wonach eine Abhängigkeit des Beschuldigten von C._____ vorgelegen habe, vermöge nicht zu überzeugen. Sie erachte eine Freiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten als angemessen (Urk. 75 S. 1 f.). Sie ergänzte anlässlich der Berufungsverhandlung, dass selbst bei Vorliegen einer Abhängigkeit des Beschuldigten von C._____, diese jedenfalls keineswegs so gross gewesen sei, dass sich der Beschuldigte in irgendeiner Art und Weise hätte gemässigt fühlen müssen, strafbar zu handeln. Die bezüglich der Täterkomponente als Schlussfolgerung gewährte Reduktion der Einsatzstrafe durch die Vorinstanz erscheine sodann zu hoch (Urk. 80 S. 3).

E. 3.3.1

Was das subjektive Verschulden anbelangt, so ist zunächst festzuhalten, dass das Verschulden eines Täters, der vorsätzlich gehandelt hat, wesentlich schwerer zu werten ist, als das Verschulden eines Täters, der „bloss“ fahrlässig oder mit Eventualvorsatz handelt (BGer 6P.119/2003/6S.333/2003 vom 20. Januar 2004, E. II.7.5.; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II., 2. A. Bern 2006, S. 185 f., N 25 ff.). Vorliegend ist mit der Vorinstanz von einer vorsätzlichen Tatbegehung auszugehen, was das Verschulden des Beschuldigten bzw. den Schuldvorwurf nicht geringer erscheinen lässt.

E. 3.3.2

Bei dem selbst nicht süchtigen Beschuldigten ist keine Verminderung der Schuldfähigkeit ersichtlich, jedenfalls sind keine objektiven Anhaltspunkte hierfür namhaft gemacht worden. Bezüglich des Motivs ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass sich der Beschuldigte aus rein finanziellen Überlegungen in den Betäubungsmittelhandel einliess, sah er doch darin die Möglichkeit, einen Erlass seiner Schulden von C._____ zu erhalten. Dieser hatte ihm - dem Beschuldigten - für seine Hochzeit CHF 5'000.-- geliehen (Urk. 7/7 S. 6). Angesichts dessen kann dem Beschuldigten allerdings keine Gewinnsucht unterstellt werden,

- 23 - Andererseits kann dem Beschuldigten aber auch nicht zugebilligt werden, er habe aus einer eigentlichen wirtschaftlichen Notsituation heraus gehandelt, geschweige denn seine psychische Verfassung habe ihn zur Tat veranlasst. Der Beschuldigte war zwar seit Dezember 2010 arbeitslos. Von der Arbeitslosenkasse erhielt er aber rund CHF 2'500.-- bis CHF 2'600.-- pro Monat. Ausserdem erzielte seine Ehefrau als Verkäuferin bei ... ein monatliches Einkommen von CHF 3'500.-- bis CHF 3'600.-- (Urk. 7/7 S. 3). Im Übrigen war dem Beschuldigten die Gefährlichkeit von Kokain für die Gesundheit der Menschen bekannt. Trotz diesem Wissen bzw. dieser Erfahrung liess er sich nicht davon abhalten, an der Drogeneinfuhr in die Schweiz mitzuwirken. Insoweit handelte der Beschuldigte auch verwerflich.

E. 3.3.3

Die Vorinstanz hat sich sodann auch zutreffend mit der Abhängigkeit des Beschuldigten von C._____ und den damit verbundenen Folgen für die Strafzumessung geäussert. Es kann auf die zutreffenden Erwägungen der Erstinstanz verwiesen werden (Urk. 71 S. 18 f.). Ergänzend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte kein wehrloser Befehlsempfänger war, der sich bedingt durch die Schulden gegenüber C._____ in einer derart ausweglosen Lage befand, dass er keine andere Wahl hatte, als dem Drogenhandel nachzugehen. Der Beschuldigte bezeichnete C._____ als Freund bzw. Kollegen. Die Familie seiner Ehefrau

und die Familie von C._____ seien bereits befreundet gewesen, als er – der Beschuldigte – in die Schweiz gekommen sei. Man habe sich gegenseitig besucht; C._____ sei ein normaler Freund gewesen (Urk. 7/7 S. 5, Urk. 7/13 S. 2). Er habe damals CHF 5'000.-- Schulden bei C._____ gehabt. Im Zusammenhang mit der Drogeneinfuhr von 3'950 Gramm reinem Kokain aus dem Kosovo sei er von C._____ darauf hingewiesen worden, dass er seine Schulden (CHF 5'000.--) be- gleichen könne, wenn er das Drogenfahrzeug lenken werde. Er – der Beschuldigte – habe grosse Angst gehabt, habe aber trotzdem eingewilligt (Urk. 7/7 S. 7). Daraus erhellt nun aber, dass beim Beschuldigten von allem Anfang an eine la- tente Tatbereitschaft vorhanden war, die entsprechenden Handlungen trotzdem auszuführen, zumal der Beschuldigte Aufträge bzw. deren Erfüllung abgelehnt bzw. zeitlich verschoben hat oder sie nicht alleine ausführen wollte (Urk. 7/8 S. 4, Urk. 7/18 S. 8, Urk. 8/8 S. 4). Von einer "Hörigkeit" des Beschuldigten gegenüber C._____ kann daher nicht die Rede sein. Zudem erklärte der Beschuldigte selbst,

- 24 - er sei C._____ gegenüber nicht zum Gehorsam verpflichtet gewesen. Er habe die strafbaren Handlungen gemacht, weil er C._____ nicht habe widersprechen kön- nen. Er hätte sich sonst schlecht gefühlt, weil er C._____ Geld geschuldet habe. Vor diesem Hintergrund hat die Vor- instanz daher zu Recht dafür gehalten, dass vorliegend lediglich von einem leichten Abhängigkeitsverhältnis auszugehen sei (Urk. 71 S. 18).

E. 3.3.4

Das subjektive Tatverschulden relativiert damit gesamthaft betrachtet die (objektive) Tatschwere nur leicht. Die festgestellte (objektive und subjektive) Tat- schwere wird üblicherweise mit den Begriffen "äusserst leicht", "sehr leicht", "leicht", "noch nicht (besonders) schwer", "mittelschwer", "schwer", "sehr schwer" oder "äusserst schwer" eingeschätzt und bezeichnet (vgl. hierzu auch Mathys, Zur Technik der Strafzumessung in: SJZ 100 (2004) Nr. 8, S. 178). Vorliegend ist das Gesamtverschulden des Beschuldigten im Rahmen des qualifizierten Tatbestands insgesamt als „nicht mehr leicht“ zu beurteilen. In Anbetracht der objektiven und subjektiven Tatschwere wäre für die Einfuhr von 3'950 Gramm reinem Kokain an- fangs März 2011 eine hypothetische Einsatzstrafe von 56 Monaten angemessen.

E. 3.4

Auch bezüglich der Mitwirkung am Handel von rund 1'477 Gramm Kokain- gemisch bzw. 450 Gramm reinem Kokain leistete der Beschuldigte einen mass- geblichen Tatbeitrag. Bezüglich der hierarchischen Stellung des Beschuldigten kann auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Mit dem Vorderrich- ter ist in diesem Zusammenhang davon auszugehen, dass der Beschuldigte eine Vielzahl von Handlungen vornahm und während rund einem Jahr im Drogenhan- del tätig war. Betreffend die subjektive Tatschwere kann auf die vorstehenden Erwägungen zur Einfuhr von 5 kg Kokaingemisch anfangs März 2011 verwiesen werden. Auch hier ist von einer leichten Abhängigkeit des Beschuldigten auszu- gehen. Er habe - so der Beschuldigte - nicht "Nein" sagen können, weil er C._____ Geld geschuldet habe. C._____ habe ihm Geld für die Hochzeit gege- ben. (Urk. 7/13 S. 3). Er habe Schulden und Stress gehabt (Prot. I S. 7). Für seine Tätigkeiten hat der Beschuldigte lediglich eine bescheidene Entschädigung erhal- ten (höchstens CHF 250.--), was wiederum mit seiner untergeordneten Tätigkei- ten einhergeht. Richtig ist, dass sich der Beschuldigte nicht geradezu leichthin

- 25 - dazu entschlossen hat, einen finanziellen Vorteil mit seiner Beteiligung am Drogenhandel zu erlangen. Der sich ihm eröffnenden Möglichkeit des illegalen Gelderwerbs hat er aber auch keine Widerstände entgegengesetzt. Insgesamt ist hier von einem „leichten“ objektiven und subjektiven Tatverschulden auszugehen. Die hypothetische Einsatzstrafe ist demnach um mindestens 13 Monate zu erhöhen. Es resultiert damit eine hypothetische Einsatzstrafe von 69 Monaten. Dass der Beschuldigte bezüglich der Handlungen mit dem Streckmittel freizusprechen ist, wurde berücksichtigt, wirkt sich bei der Strafzumessung aber nur geringfügig aus (vgl. dazu auch Urk. 71 S. 17). 3.5.1. Mit Bezug auf die Täterkomponente kann vorab ebenfalls auf die weitestgehend zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 71 S. 19 ff.). 3.5.2. Die Angaben zum Vorleben und zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich aus den Vorakten (Urk. 8/8 S. 17 ff.; Urk. 15/3 und Prot. I S. 5 f.) und aus dem vorinstanzlichen Entscheid (Urk. 71 S. 19). Zur Vermeidung von unnötigen Wiederholungen kann auf diese Ausführungen verwiesen werden. Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte aus, er habe im Kosovo nach der Grundschule 4 Jahre lang das technische Gymnasium besucht und danach als Kellner und an verschiedenen anderen Stellen gearbeitet. Er habe 2009 geheiratet und sei dann in die Schweiz eingereist. Er arbeite seit Februar 2014 als Gerüstbauer bei einer Firma in ... und verdiene ca. Fr. 5'000.– bis Fr. 6'000.– pro Monat (Prot. II S. 7 ff.). Aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergibt sich jedenfalls nichts für die vorliegende Strafzumessung Relevantes. 3.5.3. Der Beschuldigte ist nicht vorbestraft (Urk. 58). Die Vorstrafenlosigkeit wirkt sich nach neuester bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Rahmen der Strafzumessung grundsätzlich neutral aus und ist somit nicht strafmindernd zu berücksichtigen. Ausnahmsweise darf sie in die Beurteilung der Täterpersönlichkeit einbezogen werden, sofern die Straffreiheit auf aussergewöhnliche Gesetzestreue

- 26 - hinweist (BGE 136 IV 1). Derartig besondere Umstände liegen im vorliegenden Fall nicht vor. 3.5.4. Die Vorinstanz verletzte das ihr im Rahmen der Strafzumessung zustehende erhebliche Ermessen auch nicht, wenn sie die Strafempfindlichkeit des Beschuldigten nicht als besonders hoch einstuft (Urk. 71 S. 20). Die von ihm geltend gemachte mögliche Isolation von seiner Ehefrau und seinem kleinen Kind, infolge des Verlustes der Aufenthaltsbewilligung (Urk. 62 S. 20 f.), stellt keine das durchschnittliche Mass übersteigende Belastung dar. Als gesetzmässige Folge einer unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe muss dies nur bei aussergewöhnlichen Umständen strafmindernd berücksichtigt werden (Urteil 6B_470/2009 vom 23. November 2009 E. 2.5 mit Hinweisen). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer den Verlust der Aufenthaltsbewilligung und die (allfällige) Trennung von seiner Familie selber zu verantworten hat. Im Übrigen ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen, dass es durchaus legale Wege gibt, um finanzielle Engpässe zu überwinden. 3.5.5. Dem umfassenden Geständnis bzw. der kooperativen Haltung des Beschuldigten während der Strafuntersuchung trägt auch die Vorinstanz bei der Strafzumessung Rechnung (Urk. 71 S. 19 f.). Sie hat das umfassende Geständnis, das kooperative Verhalten sowie die Reue und die Einsicht des Beschuldigten als massiv strafmindernd berücksichtigt (Urk. 71 S. 20). Die Kritik in der Berufung geht insofern an der Sache vorbei. Dass darüber hinaus strafmildernde Nachtatumstände vorliegen, ist weder dargelegt noch ersichtlich. 5.6. Unter Berücksichtigung des markant strafmindernden Faktors (Geständnis, kooperatives Verhalten, Reue und Einsicht) erscheint eine Freiheitsstrafe von $3\frac{3}{4}$ Jahren daher als angemessen. Das durch die Vorinstanz ausgefallte Strafmass ist vor diesem Hintergrund

daher zu bestätigen. Der Anrechnung von 997 Tagen Haft sowie vorzeitigem Strafvollzug steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

- 27 - VI. Strafvollzug Bei der ausgefallten Strafhöhe ist die Gewährung des teil- und vollbedingten Strafvollzuges ausgeschlossen (Art. 42 und 43 StGB). VII. Kosten 1. Aufgrund des Teilfreispruchs sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens zu fünf Sechsteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu einem Sechstel auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. Art. 426 Abs. 1 StPO). 2. Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist auf CHF 3'500.-- anzusetzen. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt im Berufungsverfahren mit seinem Antrag auf einen Freispruch vom Vorwurf der mehrfachen Widerhandlung gegen das BetmG i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. g i.V.m. Abs. 2 lit. a und b BetmG, unterliegt hingegen bezüglich der beantragten teilbedingten Freiheitsstrafe von drei Jahren. Die Staatsanwaltschaft unterliegt mit ihrem Antrag auf eine höhere Strafe. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Berufungsverfahrens zur Hälfte dem Beschuldigten aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren, welche auf Fr. 3'900.- (inkl. 8 % MWST) festzusetzen sind, sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (vgl. BGE 135 I 91 E. 2.4.2.3). Die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt im Umfang der Hälfte vorbehalten. Für eine Anwendung von Art. 425 StPO besteht kein Anlass.

- 28 - Es wird beschlossen:

E. 7

März 2014 durch seinen amtlichen Verteidiger rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 72). Am 12. März 2014 erfolgte die Mitteilung der Berufungsanmeldung an die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich und das Bundesamt für Polizei (Urk. 70/1-2). Das Urteil ging dem Beschuldigten sowie der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich am 16. Juni 2014 bzw. 17. Juni 2014 (Urk. 69/1-2) in begründeter Fassung zu (Urk. 68 bzw. 71). Die Verteidigung reichte der hiesigen Kammer die Berufungserklärung mit Schreiben vom 4. Juli 2014 ein (Urk. 72). Aus dieser geht hervor, dass vom Beschuldigten der Schuldspruch wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG (Handel mit Streckmitteln) angefochten wird. Darüber hinaus focht er die Strafzumessung und damit einhergehend den Vollzug der Strafe sowie die Kostenaufgabe an. Beweisangebote wurden seitens der Verteidigung nicht gestellt.

- 6 - 4. Mit Präsidialverfügung vom 4. August 2014 wurde der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO, Art. 401 StPO und Art. 34 StGB eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben werde, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 73). In der Folge erhob die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich mit Eingabe vom 19. August 2014 Anschlussberufung und verlangte eine Erhöhung der ausgefallten Freiheitsstrafe um drei Monate (Urk. 75). Beweisangebote stellte die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich keine. Mit Präsidialverfügung vom 22. August 2014 wurde dem Beschuldigten in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und Art. 401 StPO eine Kopie der Anschlussberufungserklärung zugestellt (Urk. 76). II. Gegenstand der Berufung / Beanstandungen / Anklagevorwurf 1.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung

im Umfang der Anfechtung auf- schiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dement- sprechend gehemmt (vgl. Schmid, Praxiskommentar, Zürich / St. Gallen 2009, N 1 zu Art. 402). Der Beschuldigte hat die Berufung in seiner Berufungserklärung vom 4. Juli 2014 (Urk. 72) ausdrücklich auf die Ziffern 1 (Schuldspruch wegen mehrfacher Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG), Ziffer 2 (Strafmass), Ziffer 3 (Strafvollzug) und Ziffer 8 (Kostenaufgabe) des bezirksgerichtlichen Urteilsdispositivs eingeschränkt. Nicht angefochten wurden die Schuldsprüche wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG (Dispositivziffer 1), die Einziehung der sichergestellten Betäubungsmittel (Dispositivziffer 4), der Verzicht auf eine Ersatzforderung (Dispositivziffer 5), die Entschädigung des amtlichen Verteidigers (Dispositivziffer 6), die vorinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv Ziffer 7) sowie die Regelung der Kosten der amtlichen Verteidigung (Dispositivzif- fer 9). Somit ist mittels separatem Vorabbeschluss festzustellen, dass die Disposi- tivziffern 1 (teilweise), 4, 5, 6, 7 und 9 des erstinstanzlichen Urteils in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 402 i.V.m. Art. 437 StPO).

- 7 - 1.2. Damit ist im Folgenden der Schuldspruch betreffend mehrfacher Widerhand- lung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG einer erneuten Überprüfung zu unterziehen. Ebenso ist die Strafzumessung (inklusive Strafvollzug) sowie die erstinstanzliche Kostenaufgabe zu prüfen.

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