

ZH_OBERGERICHT SB150211 vom 7. September 2015

ZH Obergericht, 2015-09-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB150211

FR: ZH_OBERGERICHT SB150211 du 7 septembre 2015

IT: ZH_OBERGERICHT SB150211 del 7 settembre 2015

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Mit vorinstanzlichem Urteil vom 3. März 2015 wurde der Beschuldigte der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie der fahrlässigen widerrechtlichen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Abs. 3 AuG schuldig gesprochen (Dispositivziffer 1) und es wurde die Rückversetzung der vom Tribunal de l'application des peines et mesures Sion am 18. September 2013 verfügten bedingten Entlassung (Strafrest 16 Monate) angeordnet (Dispositivziffer 2). Sodann wurde der Beschuldigte unter Einbezug des Strafrests von 16 Monaten mit einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten als Gesamtstrafe bestraft, wovon bis und mit dem Tag der erstinstanzlichen Hauptverhandlung 197 Tage durch Haft und vorzeitigen Straftritt erstanden waren (Dispositivziffer 3); sodann wurde der Vollzug der Freiheitsstrafe angeordnet (Dispositivziffer 4) und der Beschuldigte mit einer Busse von Fr. 200.-- bestraft (Dispositivziffer 5; Ersatzfreiheitsstrafe: 2 Tage; Dispositivziffer 6). Die sichergestellten Betäubungsmittel wurden zwecks Vernichtung

- 5 - eingezogen (Dispositivziffer 7) und eine beschlagnahmte Barschaft eingezogen sowie zur Verfahrenskostendeckung verwendet (Dispositivziffer 8). Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, wurden dem Beschuldigten auferlegt; die Kosten der amtlichen Verteidigung werden unter Vorbehalt einer Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse genommen (Dispositivziffer 11).

E. 1.2

Gegen dieses Urteil, das den Parteien am 3. März 2015 mündlich eröffnet und im Dispositiv übergeben wurde (Prot. I S. 11 unten), meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 12. März 2015 – innert der zehntägigen Frist von Art. 399 Abs. 1 StPO – Berufung an (Urk. 28). Am 12. März 2015 wurde dem Beschuldigten das begründete Urteil zugestellt (Urk. 27/1). Seine Berufungserklärung erfolgte am 5. Mai 2015 und damit innert der zwanzigtägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO (Urk. 33). Mit Präsidialverfügung vom 1. Juni 2015 wurde der Staatsanwaltschaft die Berufungserklärung zugestellt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 37). Mit Eingabe vom 15. Juni 2015 erklärte die Staatsanwaltschaft auf eine Anschlussberufung zu verzichten und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 39).

E. 1.3

Am 19. Juni 2015 wurden die Parteien auf den 7. September 2015 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 41).

E. 2

Umfang der Berufung Wie erwähnt, richtet sich die Berufung des Beschuldigten einzig gegen die Dispositivziffer 3. Aufgrund des sachlichen Konnexes erstreckt sich die Kognition des Berufungsgerichts vorliegend auch auf Dispositivziffer 2 (Rückversetzung); im Übrigen ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen (Art. 404 Abs. 1 StPO), was vorab festzustellen ist.

E. 3

Strafzumessung

E. 3.1

Vorliegend wird der 18 Gramm reines Kokain betragende Grenzwert des mengenmässig qualifizierten Falles im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG um ein Vielfaches überschritten. Demzufolge erstreckt sich der Strafrahmen von

- 6 - mindestens einem Jahr bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe, wobei damit eine Geldstrafe verbunden werden kann (Art. 19 Abs. 2 BetmG).

E. 3.2

Die Vorinstanz hat die Grundsätze, nach welchen eine Strafe zuzumessen ist, richtig zusammengefasst (vgl. Urk. 32 S. 12 ff.). Zur Vermeidung von Wiederholungen kann darauf verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO); ebenso wie auf die vom Bundesgericht in verschiedenen jüngeren Urteilen für die Strafzumessung vorgegebenen Regeln (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff.; 135 IV 130 E. 5.3.1; 132 IV 102 E. 8.1; je mit Hinweisen).

E. 3.3

Objektive Tatschwere

E. 3.3.1

Das objektive Tatverschulden bemisst sich – wie von der Verteidigung zu recht angemerkt (Urk. 45 S. 2) – nicht nur nach der Betäubungsmittelmenge, sondern nach sämtlichen Umständen des konkreten Einzelfalles (dazu sogleich); dennoch ist die Art des Betäubungsmittels sowie deren Menge von erheblicher Bedeutung für den Unrechtsgehalt der Tat.

E. 3.3.2

Der Beschuldigte führte insgesamt 417.2 Gramm reines Kokain Hydrochlorid in die Schweiz ein (Urk. 7/5 S. 5; Urk. 13 S. 2 ganz unten).

E. 3.3.3

Vorliegend führte der Beschuldigte Kokain ein. Dabei handelt es sich um eine hochgefährliche Drogenart, welche bereits bei erstmaligem Konsum zu einer schweren psychischen Abhängigkeit führen kann (siehe Eintrag zu Kokain auf Wikipedia mit Verweis auf Römpp-Online [Lexikon Chemie]). Zudem birgt der regelmässige Kokainkonsum schwere Risiken für die körperliche und psychische Gesundheit.

E. 3.3.4

Der Beschuldigte führte das Kokain, das er in Amsterdam zusammen mit einer Suppe in Form von Fingerlingen eingenommen hatte (Urk. 7/4; Nettogewicht 1174.1 Gramm; Urk. 7/5 S. 4), in die Schweiz ein, indem er sich zunächst nach Colmar/F begab, wo er von einem Kontaktmann erwartet und alsdann mit einem Personenwagen über die grüne Grenze nach Basel chauffiert wurde, worauf es im Kanton Aargau zur Verhaftung kam.

- 7 -

E. 3.3.5

Der Beschuldigte war als weisungsgebundener Transporteur von Betäubungsmitteln tätig. Er handelt als rein ausführende Hilfsperson und verfügte über keinerlei eigene organisatorische Autonomie. Weiter ist davon auszugehen, dass er im Übrigen keinerlei Einblick in die Organisationsstruktur des Drogentransports erhielt. Der Beschuldigte ist damit einer unteren Hierarchiestufe zuzuordnen.

E. 3.3.6

Zwar handelt es sich um eine grenzüberschreitende Einfuhr einer substanzialen Reinmenge Kokain (417.2 Gramm); andererseits war der Beschuldigte blosser Kurier und Befehlsempfänger. Insgesamt kann die objektive Tatschwere – im Rahmen aller denkbaren mengenmässig qualifizierten Fälle – als nicht mehr leicht qualifiziert werden. Angemessen erscheint eine Einsatzstrafe von 27 Monaten.

E. 3.4

Subjektive Tatschwere

E. 3.4.1

Der Beschuldigte handelte vorsätzlich. Hierbei ist wie folgt zu differenzieren: Bezüglich des Grundtatbestandes der Einfuhr ist von einem Eventualvorsatz auszugehen, da der Beschuldigte die Einfuhr in die Schweiz nicht direkt wollte. Dass die Vorinstanz diese Umstände ausländerrechtlich als fahrlässige Einreiseverletzung qualifizierte, steht zwar rechtskräftig fest, entfaltet jedoch keinerlei Bindungswirkung auf die Beurteilung der Betäubungsmittelleinfuhr. Bezüglich des mengenmässig qualifizierten Falles handelte der Beschuldigte ebenfalls mit Eventualvorsatz: Er wusste, dass er Drogen transportierte, wobei er zumindest in Kauf nahm, dass es sich dabei um Kokain handelte (Urk. 3/1 Ziff. 24 ff.; Urk. 3/3 Ziff. 7 f.). Die Kenntnis des Reinheitsgrades kann dem Beschuldigten nicht nachgewiesen werden; die ungefähre Höhe des Reinheitsgrades nahm er aber ohne weiteres in Kauf, zumal dieser vorliegend – insgesamt betrachtet – für grenzüberschreitende Einfuhren unterdurchschnittlich tief war, nämlich bei 35.5% (wobei eine Teilmenge allerdings 80% Reinheitsgrad aufwies; zum Ganzen: Urk. 7/5 S. 4).

E. 3.4.2

Der Beschuldigte handelte es aus rein finanziellem Motiv. Die von ihm geschilderte Notlage im Zusammenhang mit der Schwangerschaft seiner Frau erweist sich als ungläubhaft: In der Einvernahme vom 21. August 2014 sagte der

- 8 - Beschuldigte aus, der Geburtstermin seiner Frau sei im nächsten Monat (also September 2014; Urk. 3/2 S. 2 ganz unten). Vor der Vorinstanz erklärte er dann aber am 3. März 2015, die Geburt habe im November 2014 stattgefunden (Urk. 20 S. 4 unten) und präzisierte gleichzeitig, es habe sich um eine Frühgeburt gehandelt, da der Geburtstermin erst Ende Februar oder im März 2015 hätte sein sollen. An das Geburtsdatum kann er sich

zudem nicht erinnern. In der gleichen Einvernahme sagte er zunächst aus, die Kinder (Zwillinge) befänden sich „im Moment in einem Brutkasten“, erwähnte indes kurz darauf, die Kinder seien „aus dem Brutkasten heraus“ (Urk. 20 S. 4 Mitte und unten). In der Einvernahme vom 25. September 2014 erwähnte der Beschuldigte spontan einzig, dass seine Frau an einer lebensgefährlichen Krankheit leide (Urk. 3/3 Ziff. 24); von einer Schwangerschaft sprach er erst wieder auf Vorhalt seiner diesbezüglichen früheren Einvernahme (Urk. 3/3 Ziff. 220). Anlässlich der Berufungsverhandlung verneinte der Beschuldigte die Frage, ob die Zwillinge im November 2014 geboren seien. Er führte aus, dass er im November mit seiner Frau telefoniert habe, die Zwillinge dann aber bereits geboren gewesen seien. Es sei eine Frühgeburt per Kaiserschnitt gewesen. Er habe das genaue Geburtsdatum aufgrund seiner Depressionen nicht erfragt, da es ihn sonst traurig gemacht hätte (Urk. 43 S. 3 f.).

E. 3.4.3

Es ist zutreffend, wenn die Vorinstanz ausführt, die objektive Tatschwere werde durch die subjektive nicht relativiert (Urk. 32 S. 13 f.). Insgesamt erscheint es – mit der Vorinstanz (Urk. 32 S. 14) – angemessen für die Tatschwere 27 Monate zu veranschlagen.

E. 3.5

Täterkomponenten

E. 3.5.1

Aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten (insb. Urk. 11/9; zuletzt Urk. 43 S. 1 ff.) ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren; diesbezüglich ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 32 S. 14 f. Ziff. 4.1; Art. 82 Abs. 4 StPO).

E. 3.5.2

Der Beschuldigte weist eine einschlägige Vorstrafe auf (Urk. 36): Mit Urteil vom 5. November 2012 wurde er vom „Tribunal de district de Sierre“ eines mengenmässig qualifizierten Falles schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 48 Monaten bestraft.

- 9 -

E. 3.5.3

Am 24. September 2013 wurde der Beschuldigte nach Verbüßung von zwei Dritteln der vorerwähnten Freiheitsstrafe bedingt entlassen unter Ansetzung einer Probezeit von 16 Monaten, die er mit der vorliegenden Tat verletzte. Die strafehöhende Wirkung einer Probezeitverletzung rechtfertigt sich dadurch, dass der Beschuldigte im Wissen um die Probezeit erneut delinquent. Es bestehen – entgegen der Vorbringen der Verteidigung (Urk. 45 S. 3 Ziff. 2.1; Urk. 22 S. 6 Ziff. 3.2) sowie des Beschuldigten selber (zuletzt Urk. 43 S. 7 f.) – auch keine vernünftige Zweifel daran, dass der Beschuldigte um die Bedeutung der bedingten Entlassung und den Lauf der Probezeit gewusst hat. Schliesslich hat er gewusst, dass im Moment der Entlassung noch nicht die ganzen 48 Monate verbüßt waren. Anlässlich der Berufungsverhandlung schildert der Beschuldigte denn auch korrekt die Möglichkeit einer Entlassung nach Verbüßung von 2/3 der Strafe (sowie die entsprechenden Regeln in anderen Ländern) und dass ihm die Bewährungshelferin erklärt habe, er sei auf Bewährung entlassen (Urk. 43 S. 8 oben). Die Annahme, eine solche

vorzeitige Entlassung gelte immer und bedingungslos, ergibt keinen Sinn und erscheint ungläubhaft.

E. 3.5.4

Bei der Strafzumessung ist auch das Nachtatverhalten eines Täters zu berücksichtigen. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren sowie Reue und Einsicht (BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, 2011, Art. 47 N 167 ff.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann ein Geständnis bei der Analyse des Nachtatverhaltens zugunsten des Täters einbezogen 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 aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, namentlich 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).

E. 3.5.5

Mit Bezug auf den Anklagevorwurf zeigte sich der Beschuldigte von Beginn weg geständig (Ersteinvernahme: Urk. 3/1 Ziff. 14), allerdings bei offen- sichtlich erdrückender Beweislage.

- 10 -

E. 3.5.6

Eine gewisse Reue und Einsicht kann dem Beschuldigten nicht abge- sprochen werden (u.a. Urk. 3/2 S. 7 unten; Urk. 11/10; Prot. I S. 9; zuletzt Urk. 43 S. 10 f. und Prot. II S. 5), auch wenn er sein Tun unter Hinweis auf die von ihm geschilderte, aber nicht glaubhafte Notlagesituation zu verharmlosen sucht (vgl. Urk. 11/10; Urk. 43 S. 10 f.).

E. 3.5.7

Die einschlägige Vorstrafe sowie der Umstand, dass der Beschuldigte ver- hältnismässig kurze Zeit nach der Entlassung aus der Haft wieder delinquierte, wirken sich stark strafehöhend aus. Das Geständnis, das jedoch bei erdrücken- der Beweislage erfolgte, sowie Reue und Einsicht, führen andererseits zu einer leichten Strafminderung. Insgesamt rechtfertigt sich unter dem Titel der Täter- komponenten eine deutliche Straferhöhung.

E. 3.5.8

Insgesamt erweist sich – mit der Vorinstanz – eine Strafe von 32 Monaten als angemessen, jedenfalls als nicht zu hoch. Dieses Ergebnis deckt sich im Übrigen auch mit dem Berechnungsmodell/Vergleichsrahmen von FINGERHUTH/ TSCHURR (vgl. FINGERHUTH/TSCHURR, BetmG Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2007, Art. 47 StGB/Art. 63 aStGB N 18 ff., insb. N 30 ff.: Ausgangspunkt ca. 34 Mona- te Freiheitsstrafe für 417.2 Gramm, Abzug Auslandskurier 20% [ca. 7 Monate], Abzug Geständnis 10% [ca. 3.5 Monate], Zuschlag einschlägige Vorstrafe bis 50% [17 Monate] = bis zu 40 Monaten Freiheitsstrafe). Eine höhere Strafe darf indes mit Hinweis auf Art. 391 Abs. 2 StPO nicht erfolgen.

E. 3.6

Gesamtstrafenbildung

E. 3.6.1

Die Verteidigung hat die Rückversetzung als solche nicht angefochten, kritisiert aber zu Recht (Urk. 45 S. 4), dass die Vorinstanz die Gesamtstrafenbildung nicht (näher) begründet hat (vgl. Urk. 32 S. 17).

E. 3.6.2

Sind aufgrund der neuen Straftat die Voraussetzungen für eine unbedingte Freiheitsstrafe erfüllt und trifft diese mit der durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Reststrafe zusammen, so bildet das Gericht in Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe (Art. 89 Abs. 6 Satz 1 StGB).

E. 3.6.3

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das System von Art. 49 StGB bei der Gesamtstrafenbildung im Rückversetzungsverfahren nicht unbe-

- 11 - sehen zu übernehmen. Ebenso wenig dürfen der Vorstrafenrest und die ausgefallte Strafe für die neuen Straftaten gemäss dem Kumulationsprinzip addiert werden. Im Rahmen von Art. 89 Abs. 6 StGB in Verbindung mit Art. 49 StGB geht es vielmehr darum, dem Täter bei der Festlegung der Sanktion in sinn- gemässer Anwendung des Asperationsprinzips – im Vergleich zum Kumulations- prinzip – eine gewisse Privilegierung zu gewähren, wenn sowohl die Freiheits- strafe für das neue Delikt als auch die konkrete Reststrafe zum Vollzug an- stehen. Zunächst ist – wie vorstehend erfolgt – für die während der Probezeit neu verübte Straftat nach den Strafzumessungsgrundsätzen von Art. 47 ff. StGB eine Einsatzstrafe auszufällen. Die so ausgefallte Freiheitsstrafe – hier 32 Mona- ten Freiheitsstrafe – bildet als Einsatzstrafe die Grundlage der Asperation. Das Gericht hat diese folglich mit Blick auf den Vorstrafenrest angemessen zu erhöhen. Daraus ergibt sich die Gesamtstrafe im Rückversetzungsverfahren

E. 3.6.4

Der Einwand der Verteidigung, wonach die ihrer Ansicht nach (zu) hohe Strafe für das frühere Delikt bei der vorliegenden Gesamtstrafenbildung "(stärker) berücksichtigt" werden müsse (Urk. 45 S. 4), geht fehl. Das Vorderurteil ist in Rechtskraft erwachsen. Eine angeblich zu hohe Strafe hätte in jenem Verfahren berufsungsweise angefochten werden müssen. Im Rückversetzungsverfahren geht es nunmehr lediglich darum, in welchem Umfang die Einsatzstrafe mit Blick auf den Rest der rechtskräftigen früheren Strafe zu erhöhen ist.

E. 3.6.5

Vollziehbar geworden sind vorliegend 16 Monate Freiheitsstrafe. Kumuliert ergäbe dies eine Gesamtfreiheitsstrafe von 48 Monaten. In sinngemässer Anwendung des Asperationsprinzips und mit Blick auf den Vorstrafenrest von 16 Monaten erscheint die von der Vorinstanz festgesetzte Gesamtstrafe von 42 Monaten – mithin eine Reduktion des Strafrests um 6 Monate – als ange- messen.

E. 3.6.6

Einer Anrechnung der erstandenen Haft (Untersuchungshaft, vorzeitiger Strafantritt) steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). Anzurechnen sind per heute 385 Tage.

E. 4

Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.

E. 5

Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Busse von Fr. 200.–.

E. 6

Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von zwei Tagen.

E. 7

Die sichergestellten Betäubungsmittel (lagernd bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ...) werden eingezogen und durch die Lagerbehörde vernichtet.

- 13 -

E. 8

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom

E. 11

(Mitteilungen)

E. 12

(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.