

# ZH\_OBERGERICHT SB150534 vom 8. Juni 2016

ZH Obergericht, 2016-06-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB150534](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB150534)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB150534 du 8 juin 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT SB150534 del 8 giugno 2016

## Erwägungen

### E. 1

Verfahrensgang

#### E. 1.1

Das Bezirksgericht Bülach sprach den Beschuldigten am 8. Juli 2015 der mehrfachen 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 BetmG (HD), der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG, des mehrfachen vorsätzlichen Fahrens in fahrunfähigem Zustand mit qualifizierter Blutalkoholkonzentration im Sinne von Art. 91 Abs. 1 Satz 2 SVG (recte: aSVG), der Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG, des Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG sowie der Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 SVG schuldig und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 52 Monaten, wovon 36 Tage durch Haft erstanden waren, und einer Busse von Fr. 500.–. Vom Vorwurf einer weiteren Vereitelung einer Massnahme zur Feststellung der Fahrunfähigkeit (Anlagepunkt III. 2.) sprach die Vorinstanz den Beschuldigten frei. Die beschlagnahmten Betäubungsmittel, Mobiltelefone und die Barschaft von Fr. 4'703.75 wurden eingezogen (Urk. 29 S. 32 ff.). Gegen dieses Urteil meldete der amtliche Verteidiger des Beschuldigten für diesen am 10. Juli 2015 fristgerecht Berufung an (Urk. 25). In seiner Berufungserklärung vom 4. Januar 2016 beantragte er einen Schuldspruch im Sinne des vorinstanzlichen Entscheids, eine Bestrafung mit 33 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 9 zu vollziehen seien, während der Vollzug der restlichen 24 Monate bei einer Probezeit von drei Jahren bedingt aufzuschieben sei, sowie mit einer Busse von Fr. 100.– (Urk. 32 S. 2).

#### E. 1.2

Mit Präsidialverfügung vom 18. Januar 2016 wurde der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich Frist zur Anschlussberufung angesetzt (Urk. 35), welche jene mit Eingabe vom 26. Januar 2016 wahrnahm. Sie beschränkte die Anschlussberufung ebenfalls auf die Bemessung der Strafe und beantragte das Ausfällen einer Freiheitsstrafe von mindestens 63 Monaten (Urk. 37).

- 6 -

#### E. 1.3

Zur Berufungsverhandlung vom 8. Juni 2016 erschienen der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers RA lic. iur. X.\_\_\_\_\_ sowie Staatsanwalt lic. iur. C.\_\_\_\_\_ als Vertreter der Staatsanwaltschaft. Anlässlich der Berufungsverhandlung beantragte die Verteidigung die psychiatrische Exploration des Beschuldigten im Rahmen eines

Kurzgutachtens (Urk. 54 S. 6). Auf entsprechende Frage der Verfahrensleitung erklärte sich die Verteidigung damit einverstanden, dass über den gestellten Beweisantrag nicht vorab, sondern im Rahmen der Beweiswürdigung im Endurteil entschieden werde (Prot. II S. 7). Zusätzlich stellte die Verteidigung den eingangs erwähnten Beweisantrag auf Beizug von Audioaufnahmen (Urk. 54 S. 10). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 12 ff.).

## **E. 2**

### Umfang der Berufung

#### **E. 2.1**

Innerhalb des Strafrahmens von einem bis zu zwanzig Jahren Freiheitsstrafe bestimmt sich die Einsatzstrafe zunächst nach dem Verschulden (Art. 40 StGB i.V.m. Art. 26 BetmG; Art. 47 StGB). Die Qualifizierung der Tat unter Art. 19 Abs. 2 BetmG erfolgt in casu über lit. a, mithin die Menge der Betäubungsmittel, von welcher der Beschuldigte weiss oder annehmen muss, dass diese mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Das Bundesgericht hat dazu in langjähriger Praxis definiert, dass eine solche Gefährdung bei 12 g Heroin, 18 g Kokain, 200 Trips LSD oder 36 g Amphetamin vorliegt (z.B. BGE 109 IV 143; BGE 113 IV 32). Massgebend ist dabei immer die Menge des reinen Stoffes. Vorliegend ist der Beschuldigte wegen Lagerung, Beförderung, Veräusserung, Verschaffung, in-Verkehr-Bringung, Besitzes, Aufbewahrung und Erlangung von 35 kg Amphetamingemisch verurteilt worden, wobei mit der Vorinstanz von 7.954 kg reinem Amphetamin auszugehen ist (Urk. 29 S. 21 und S. 22). Der Grenzwert des schweren Falles bei Amphetamin ist demnach vom Beschuldigten um das 220-Fache übertroffen worden. Die Menge der Betäubungsmittel bildet vorliegend ein erstes wichtiges Element des objektiven Tatverschuldens (BGE 121 IV 202 E. 2). Je deutlicher der genannte Grenzwert im konkreten Fall aber überschritten wird, umso mehr ist jener nicht allein entscheidendes Element bei der Beurteilung der objektiven Tatschwere (BGE 121 IV 193). Gewichtiges Element ist in diesen Fällen auch, welche hierarchische Stellung der Beschuldigte im Rahmen des konkreten Betäubungsmittelhandels inne hatte. Zur Beantwortung dieser Frage sind die konkreten Aufgaben des Beschuldigten, seine Entscheidungsbefugnis, wie sehr er gegen aussen exponiert wurde, welche Sicherheitsvorkehrungen zu seinem Schutz vorgenommen wurden und welchen Profit der Beschuldigte aus dem Handel zog, zu beleuchten und zu bewerten (vgl. dazu LUZIUS EUGSTER/TOM FRISCHKNECHT, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, AJP 3/14, S. 335 ff.). Vorliegend fällt dazu in Betracht, dass der Beschuldigte im Sommer 2012 an einer Party in ... einen I.\_\_\_\_\_ kennengelernt hat, der dort Amphetamin konsumierte und erklärte, grössere Mengen davon liefern zu

- 20 - können (Prot. I S. 17). Ebenfalls im Sommer 2012 wurde ein alter Kontakt des Beschuldigten, B.\_\_\_\_\_, von ihm über Facebook aufgefrischt (Urk. HD 3/5 S. 2). Diesem lieferte der Beschuldigte auf dessen Wunsch im September 2012 100 Gramm und 10 Kilogramm sowie am 3. März 2013 25 Kilogramm Amphetamingemisch. Das Amphetamingemisch bezog er jeweils von "I.\_\_\_\_\_" auf Kommission und verkaufte es, ohne es selber weiter zu strecken, gegen eine kleine Anzahlung und im Übrigen auf Kommission dem Abnehmer B.\_\_\_\_\_. Angesichts der grossen Menge von Amphetamin, welche ihm nach seinen Angaben unentgeltlich und ohne Sicherheiten anvertraut wurde, scheint er besonders hohes Vertrauen seines Lieferanten I.\_\_\_\_\_ genossen zu haben, was

der Beschuldigte im Rahmen der persönlichen Einvernahme auch selbst zu Protokoll gegeben hat (Urk. 53 S. 3). Dieser Umstand bildet ein starkes Indiz dafür, dass der Beschuldigte hierarchisch nicht im unteren Bereich, sondern näher zur Spitze stand. Daran ändert auch der Einwand der Verteidigung nichts, wonach dieses hohe Vertrauen lediglich dem Umstand der speziellen Beziehung bzw. Verflechtung zwischen dem Beschuldigten und B.\_\_\_\_\_ geschuldet sei (vgl. Prot. II S. 11), denn es geht vorliegend um das Vertrauensverhältnis zwischen I.\_\_\_\_\_ und dem Beschuldigten. Zudem erhärten diese Einschätzung auch die professionelle Kommunikation über verschiedene falsch registrierte Natelnummern auf verschiedenen Mobiltelefonen und die dabei benutzte einschlägige Sprache ("25 schnell"; Prot. I S. 20). Auch die Reaktion auf die Verhaftung von B.\_\_\_\_\_, nach welcher das vom Beschuldigten zur Kontaktierung B.\_\_\_\_\_'s verwendete Mobiltelefon nach vier fehlgeschlagenen Kontaktversuchen (am Tag der Verhaftung und am Folgetag) verstummte (Urk. HD 4/6.1) und der Beschuldigte in der Folge bei seinen Fahrten immer wieder nicht anders erklärbar Zwischenstopps einlegte, als dass er sich damit der erwarteten polizeilichen Überwachung entziehen wollte (Urk. HD 4/7.1), und sich die Nummern von ihm möglicherweise folgenden Fahrzeugen in seinem Notizbuch aufschrieb (Urk. HD 2/2 S. 12), stärken diese Einschätzung. Der Umstand hingegen, dass er nach seinen – nicht widerlegbaren – Angaben lediglich einen Gewinn von Fr. 5'000.– erwirtschaftete (Prot. I S. 19), zudem ein hohes Risiko einging, indem er die erworbenen Drogenmengen jeweils in seinem Privatauto transportierte und die zweite

- 21 - Lieferung (25 kg Amphetamingemisch) zunächst gar bei sich zuhause aufbewahrte, spricht hingegen wiederum eher für eine hierarchische Stellung in einem unteren Bereich. Entgegen den Ausführungen der Staatsanwaltschaft (Urk. 57 S. 2 oben) gilt dies auch für den Umstand, dass die Gelegenheiten zu den Drogengeschäften jeweils an den Beschuldigten herangetragen wurden und er sich nicht selbst aktiv darum bemüht hatte (Prot. I S. 18 f.; Urk. 53 S. 2). Insgesamt ist bei dieser Sachlage in objektiver Hinsicht von einem gerade noch leichten Verschulden auszugehen, das eine Einsatzstrafe im Bereich von etwas mehr als 5 Jahren rechtfertigen würde, einer Strafe mithin, die sich im unteren Drittel des Strafrahmens, dort jedoch eher im oberen Bereich befindet.

## **E. 2.2**

Die Prämissen zur Bewertung der subjektiven Tatschwere hat die Vorinstanz sorgfältig und richtig dargelegt; auf diese kann verwiesen werden (Urk. 29 S. 23 ff.). Vorliegend fällt zunächst in Betracht, dass der Beschuldigte vorsätzlich handelte und um die Menge und die Gefährlichkeit des von ihm veräusserten Amphetamins wusste. Dem Einwand der Verteidigung, wonach der Beschuldigte keine Kenntnisse, weder von der Gefährlichkeit noch von der rechtlichen Qualifikation dieser Droge gehabt habe, weshalb hinsichtlich der Gefährlichkeit der Substanz lediglich von einem eventualvorsätzlichen Vorgehen auszugehen sei (Urk. 54 S. 8 f.), kann nicht gefolgt werden. Zwar gab der Beschuldigte auch anlässlich der persönlichen Einvernahme an, nicht genau gewusst zu haben, was Amphetamin sei (Urk. 53 S. 4), doch kann sich – wie die Staatsanwaltschaft zutreffend festhält (vgl. Urk. 57 S. 2) – das Desinteresse bzw. die Unkenntnis des Beschuldigten nicht strafmindernd auswirken und spricht eher dafür, dass sich der Beschuldigte einzig für den finanziellen Gewinn interessierte. Da der Beschuldigte nicht selber süchtig war und sich weder in einer eigentlichen Notlage befand, noch unter Druck gesetzt wurde, handelte er demnach aus rein finanziellen Motiven (Prot. I S. 10 ff.). An dieser Einschätzung vermag auch das von der Verteidigung neu vorgebrachte Motiv der angeblich speziellen

Beziehung bzw. Verflechtung zwischen dem Beschuldigten und B.\_\_\_\_\_ nichts zu ändern. Wie bereits unter Ziffer I. 3.8. erwähnt, führen auch die dem Beschuldigten attestierten psy-

- 22 - chischen Erkrankungen nicht zu einer Verminderung der Schuldfähigkeit und können folglich nicht strafmindernd berücksichtigt werden. Schliesslich bringt die Verteidigung vor, der Beschuldigte habe B.\_\_\_\_\_ nach der zweiten Übergabe am 4. März 2013 unmissverständlich mitgeteilt, dass er für keine weiteren Lieferungen mehr zu haben sei. Die Strafuntersuchungsbehörden hätten den Beschuldigten nach der letzten Übergabe an B.\_\_\_\_\_ während vier Monaten mit GPS im Auto beobachten lassen, wobei keine Kontaktnamen oder weiteren Geschäfte festgestellt worden seien und die Sache für den Beschuldigten abgeschlossen gewesen sei. Zudem beweise dies, dass B.\_\_\_\_\_s Auto ebenfalls audioüberwacht worden sei und der Beschuldigte B.\_\_\_\_\_ im Auto gesagt habe, dass er nicht mehr mitmachen wolle. Zudem habe sich der Beschuldigte des ihm von I.\_\_\_\_\_ übergebenen Handys und damit des einzigen Mittels, seinen Lieferanten zu kontaktieren, durch Wegwerfen entäussert. So habe der Beschuldigte aus eigenem Antrieb auf weitere tatbestandsmässige Handlungen verzichtet, weshalb es sich dabei quasi um einen Rücktritt des Beschuldigten handle. Sollten diesbezüglich Zweifel bestehen – so die Verteidigung – seien die Audioaufzeichnungen im Fahrzeug von B.\_\_\_\_\_ vom 4. März 2013 zum vorliegenden Verfahren zuzuziehen (Urk. 54 S. 10; Prot. II S. 9). Es ist zutreffend, dass im Rahmen der subjektiven Tatschwere ein allfälliger Rücktritt zu berücksichtigen ist, wobei ein solcher nur dann verschuldensrelativierend wirkt, wenn der Täter aus eigenem Antrieb zurückgetreten ist. Das Rücktrittsprivileg greift jedoch nur dort ein, wo ein Delikt das Stadium des Versuchs nicht überschreitet, also der zu seiner Vollendung gehörende Erfolg ausbleibt und dies als Verdienst des Täters erscheint. Ein Rücktritt ist also nur denkbar, solange ein unvollendeter Versuch vorliegt. Gleichermassen ist tätige Reue nur möglich, wo ein vollendeter Versuch vorliegt. Ist die Tat hingegen (sei es auch nur formell) vollendet, so ist eine Anwendung von Art. 23 StGB ausgeschlossen (vgl. NIGGLI/ MAEDER, in: Basler Kommentar, Strafrecht 1, Art.1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 23 N 2 ff.). Gestützt auf die Ausführungen der Verteidigung muss davon ausgegangen werden, dass die angeblichen "Rücktrittshandlungen" des Beschuldigten, – nament-

- 23 - lich die Mitteilung an B.\_\_\_\_\_, er wolle nicht mehr mitmachen, die Entäussierung des ihm von I.\_\_\_\_\_ übergebenen Handys sowie die Abstandnahme von weiteren Delikten – zeitlich nach der zweiten Übergabe vom 3. März 2013 stattgefunden haben. So habe das Gespräch bzw. die Mitteilung an B.\_\_\_\_\_ am 4. März 2013 stattgefunden und sei aufgezeichnet worden (vgl. Urk. 54 S. 10). Zu diesem Zeitpunkt hatte der Beschuldigte zusammen mit dem Mitbeteiligten B.\_\_\_\_\_ bereits alle notwendigen Tathandlungen der ihm vorgeworfenen Betäubungsmitteldelikte, begangen im September 2012 sowie am 3. März 2013, vorgenommen, weshalb es dem Beschuldigten gar nicht mehr möglich war, vom längst vollständig erfüllten Tatbestand der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zurückzutreten. Da sich die genannten Betäubungsmitteldelikte, welche Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden, nicht mehr im Versuchsstadium befanden, besteht demnach entgegen den Ausführungen der Verteidigung kein Raum für ein Rücktrittsprivileg. Die von der Verteidigung nach Vollendung der Betäubungsmitteldelikte geltend gemachten Handlungen zeigen einzig, dass der Beschuldigte nach der zweiten Übergabe vom 3. März 2013 von weiteren strafbaren

Handlungen Abstand genommen hat. Was die Entäusserung des von I.\_\_\_\_\_ übergebenen Handys anbelangt, ist aufgrund der Vorbringen nicht klar, zu welchem Zeitpunkt diese stattgefunden hat; es ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, inwiefern diesbezüglich von einem Rücktritt bzw. tätiger Reue auszugehen wäre. Da gestützt auf die Vorbringen der Verteidigung hinsichtlich der Betäubungsmitteldelikte somit nichts zu Gunsten des Beschuldigten abgeleitet werden kann, erübrigt sich auch der Beizug der Audioaufzeichnungen aus dem Fahrzeug von B.\_\_\_\_\_. Folglich ist der entsprechende prozessuale Antrag der Verteidigung abzuweisen. Damit verändern die subjektiven Elemente das Verschulden des Beschuldigten weder nach unten noch nach oben, und es bleibt bei einer möglichen Einsatzstrafe von etwas mehr als 5 Jahren (62 Monate).

### E. 2.3

Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten hat die Vorinstanz vollständig und korrekt dargelegt, weshalb auch hier vorab auf diese zu verweisen ist (Urk. 29 S. 27 ff.). Die schwierige Kindheit mit zahlreichen Heim- und Fremdplatz-

- 24 - zierungen und ohne Lehrabschluss (Urk. 22, S. 12 ff.) ist entgegen der Vorinstanz (vgl. Urk. 29 S. 28) aber leicht strafmindernd zu berücksichtigen. Unter diesem Titel rechtfertigt sich eine Strafminderung von zwei Monaten und trägt damit der von der Verteidigung geltend gemachten "hochbelasteten" Kinder- und Jugendzeit des Beschuldigten Rechnung (vgl. Urk. 54 S. 3 ff.). Eine Strafminderung im darüber hinausgehenden Umfang ist vorliegend jedoch nicht gerechtfertigt, auch nicht aufgrund der speziellen Freundschaft bzw. persönlichen Verflechtungen zwischen dem Beschuldigten und B.\_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 54 S. 7 und S. 13; Prot. II. S. 11). Die beiden Vorstrafen des Beschuldigten datieren aus den Jahren 2008 (20 Tagessätze Geldstrafe wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln) und 2010 (140 Tagessätze Geldstrafe wegen Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz und Fr. 1'000.– Busse wegen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes; Urk. HD 9/2). Vorliegend muss sich namentlich die zweite, einschlägige Vorstrafe doch merklich strafferhöhend auswirken. Diese wurde ihm am 19. Oktober 2010 eröffnet. Daraus erhellt, dass er weniger als zwei Jahre nach dieser Verurteilung zu einer unbedingten Strafe erneut mit Betäubungsmitteln handelte, was bei der Bemessung der Sanktion gebührend, mit einer Erhöhung der Strafe um sechs Monate, zu berücksichtigen ist. Strafmindernd ist das Geständnis des Beschuldigten zu berücksichtigen, wobei auch diesbezüglich vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden kann (Urk. 29 S. 28). Zu berücksichtigen ist aber, dass der Beschuldigte bei seiner Verhaftung nicht geständig bzw. keine innere Umkehr des Beschuldigten zu verzeichnen war (Urk. HD act. 2/1 S. 2). Entgegen den Ausführungen der Verteidigung, welche ein sofortiges und umfassendes Geständnis geltend macht (Urk. 54 S. 9), ist festzuhalten, dass der Beschuldigte erst nachdem ihm mit dem Antrag auf Anordnung von Untersuchungshaft dargelegt wurde, dass er "von B.\_\_\_\_\_ glaubhaft zu Protokoll" belastet werde, von diesem "am 4. März 2013 rund 25 kg Amphetamin sowie ca. im September 2012 rund 10 kg Amphetamin bezogen zu haben" (Urk. HD 7/3 S. 1), nachgab und das Geständnis von B.\_\_\_\_\_ bestätigend nunmehr einlässliche Ausführungen zur Sache (Urk. HD 2/2 S. 2 ff.) machte. Damit hat der Beschuldigte das Verfahren gleichwohl merklich vereinfacht, was ihm im Umfang von etwas

- 25 - unter einem Viertel der Einsatzstrafe, mithin also ca. 11 Monaten, strafmindernd anzurechnen ist. Schliesslich ist – wie die Verteidigung vorbringt (Urk. 54 S. 17; Prot. II S. 8) – die doch etwas lange Verfahrensdauer, die der Beschuldigte nicht zu verantworten hat,

im Umfang von einem Monat strafmindernd zu veranschlagen. Insgesamt ist die Einsatzstrafe aufgrund der Täterkomponenten also um 8 Monate (strafmindernd 14 [2 + 11 + 1] Monate, strafferhöhend 6 Monate) zu senken. Die Einsatzstrafe für die mehrfache 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 BetmG ist demnach auf 54 Monate festzusetzen.

#### **E. 2.4**

Diese Einsatzstrafe steht entgegen den Ausführungen des Verteidigers nicht in einem Missverhältnis zur Einsatzstrafe, welche das erstinstanzliche Gericht beim Mittäter B.\_\_\_\_\_ festsetzte. Dieser hat wohl über eine längere Zeit eine insgesamt grössere Menge von Amphetamin bezogen (insgesamt 17,687 kg reines Amphetamin) und mit dem Weiterverkauf an zahlreiche Abnehmer einen weitaus grösseren Gewinn erzielt als der Beschuldigte. Das grosse Risiko, das B.\_\_\_\_\_ mit der Lagerung, der Weiterverarbeitung (Strecken des Amphetamin-gemisches) und dem Verkauf an zahlreiche Zwischenabnehmer einging, führt zu einer Einstufung in der Hierarchie, die nicht höher ist als die des Beschuldigten. Die Vorinstanz hat die Einsatzstrafe für B.\_\_\_\_\_ aufgrund dieser Tatkomponenten auf 8 ½ Jahre festgesetzt (beigezogene Akten DG140081-C, act. 33, S. 8 ff.), was im Vergleich mit der Einsatzstrafe, die für den Beschuldigten aufgrund der Tatkomponenten festgesetzt wurde (5 Jahre), angemessen erscheint. Bei B.\_\_\_\_\_ wirkte sich das kooperative und aufrichtig reuige Verhalten in der Strafuntersuchung sowie das umfassende Geständnis, in welchem er auch Drogenverkäufe, von denen die Untersuchungsbehörde sonst wohl nichts erfahren hätte, zugab, und seine Lieferanten und Abnehmer namentlich nannte, deutlich strafmindernd aus (Reduktion der Einsatzstrafe um einen Drittel). Diese Voraussetzungen lagen beim Beschuldigten, wie vorstehend aufgezeigt, zwar auch vor, aber nur in vermindertem Masse (Reduktion der Einsatzstrafe um einen Viertel). Insgesamt erhellt aus diesen Ausführungen, dass die vorliegend festgesetzte Einsatzstrafe für

- 26 - die Betäubungsmitteldelikte des Beschuldigten in keinem Missverhältnis zur Strafe steht, welche der Mittäter B.\_\_\_\_\_ erhielt. 3. Mehrfaches vorsätzliches Fahren in fahrunfähigem Zustand mit qualifizierter Blutalkoholkonzentration im Sinne von Art. 91 Abs. 1 Satz 2 aSVG, Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG und Fahren ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG

#### **E. 3**

Prozessuale Anträge / Beweisanträge

##### **E. 3.1**

Vorab sind hier noch einmal die Grundsätze der Strafzumessung bei einer Verurteilung zu mehreren Straftaten in Erinnerung zu rufen: Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB zu der Strafe der schwersten Straftat (Einsatzstrafe) und erhöht sie in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen (Gesamtstrafe). Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte überschreiten. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden. Für die Bildung einer Gesamtstrafe hat das Gericht in einem ersten Schritt den Strafraum für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für diese

Tat, unter Einbezug aller straf erhöhenden und strafmindernden Umstände, innerhalb dieses Strafrahmens festzusetzen. Bei der Bestimmung des Strafrahmens für die schwerste Straftat ist von der abstrakten Strafandrohung auszugehen (BGE 116 IV 300 E. 2c/bb S. 304; BGer Urteil 6B\_681/2013 vom 26. Mai 2014 E. 1.3.1; GÜNTHER STRATENWERTH, Erneut zur Gesamtstrafenbildung, *forum poenale* 2011, S. 349; JÜRIG-BEAT ACKERMANN, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], *Basler Kommentar Strafrecht I*, Art. 1-110 StGB, *Jugendstrafgesetz*, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 49 N 116; TRECHSEL/AFFOLTER-EIHSTEN, *Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxis-kommentar*, 2. Aufl. 2013, Art. 39 N 8). Gerade dies ist vorstehend erfolgt. In einem zweiten Schritt hat das Gericht nun diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei es wiederum den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen hat (BGE 127 IV 101 E. 2b, BGer Urteil 6B\_460/2010 vom 4. Februar 2011 E. 3.3.4; BGE 137 IV 57). Die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB ist dabei aber nur bei

- 27 - gleichartigen Strafen möglich. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen, da das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden (BGE 137 IV 57 E. 4.3.1). Geld- und Freiheitsstrafe sind keine gleichartigen Strafen im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB (BGE 137 IV 57 E. 4.3.1). Das Gericht kann somit auf eine Gesamtfreiheitsstrafe nur erkennen, wenn es im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss eine Freiheitsstrafe ausfällen würde (konkrete Methode; BGE 138 IV 120 E. 5.1; BGE 137 IV 249 E. 3.4.2). Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen vorsehen, genügt nicht (BGE 138 IV 120 E. 5.2). Ausnahmsweise ist es aber erlaubt, die einzelnen Taten und deren kriminelle Energie in einem Gesamtzusammenhang zu betrachten und insgesamt eine Freiheitsstrafe auszufällen, selbst wenn für einzelne Delikte theoretisch ungleichartige Strafen auszufällen wären. Dies ist insbesondere zulässig, wenn die einzelnen Taten Teil eines zusammenhängenden Vorgehens und gleichgelagerte Einzelhandlungen in einem Gesamtkontext darstellen (vgl. BGer Urteil 6B\_499/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 1.7 f.; BGer Urteil 6B\_157/2014 vom 26. Januar 2015 E. 3.1).

### **E. 3.2**

Diese Grundsätze konkretisierend ist für den vorliegenden Fall festzuhalten, dass die mehreren Verkehrsdelikte zusammen als gleichgelagerte Handlungen in einem Gesamtkontext angesehen werden können, nicht aber die Verkehrs- und Betäubungsmitteldelikte zusammen. Es ist deshalb zu prüfen, ob für die Verkehrsdelikte insgesamt eine Freiheitsstrafe auszufällen wäre und nur, wenn dies zu bejahen ist, kann eine solche ausgesprochen und mit der Einsatzstrafe für die Betäubungsmitteldelikte zu einer Gesamtstrafe verbunden werden. Andernfalls ist kumulativ eine Geldstrafe auszusprechen.

### **E. 3.3**

Der Beschuldigte wurde wegen vier Vergehen gegen das Strassenverkehrsgesetz verurteilt: Fahren in angetrunkenem Zustand und Vereitelung einer Blutprobe (Realkonkurrenz: BGE 102 IV 42) und kurze Zeit später erneut Fahren in angetrunkenem Zustand und Fahren ohne Berechtigung. Die Gesetzesbestimmung zum Fahren in fahruntüchtigem Zustand wurde seit dem Tatzeitpunkt revidiert, wobei der konkrete Tatbestand und der Strafrahmen gleich blieben (vgl. Art. 91 Abs. 1 Satz 2 SVG in der bis 31. Dezember 2013 gültigen Fassung im

- 28 - Vergleich zu Art. 91 Abs. 2 lit. a SVG der aktuell gültigen Fassung). Alle Delikte sind mit der gleichen abstrakten Strafdrohung versehen, nämlich Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (Art. 91 Abs. 1 Satz 2 aSVG, Art. 91a Abs. 1 SVG und Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG). Bei dieser Konstellation kann die Strafzumessung mit jedem der Delikte begonnen werden. In zeitlicher Hinsicht das erste Delikt ist das erste Fahren in fahruntüchtigem Zustand. Zur objektiven Tatschwere ist hier festzuhalten, dass die Fahrt mit einer Blutalkoholkonzentration von mindestens 2.12 ‰ erfolgte (Urk. ND 1/5). Der Beschuldigte war mit seinem Personwagen am 29. Oktober 2013 um ca. 23.00 Uhr unterwegs von ... SG nach ... SG. Diese Strecke ist eher kurz (ca. 4 km), in einem eher ländlichen Gebiet, auf welchem nach Angaben der Polizei im Zeitpunkt der Kontrolle kaum Verkehr herrschte (Urk. ND 1/1 S. 1). Die Strafmassempfehlungen der Staatsanwaltschaft Zürich lauten für einen Ersttäter [gemäss Massnahmenregister hat der Beschuldigte eine einschlägige Vorstrafe aus dem Jahre 2001 (Urk. ND 1/16), welche ihm aber in Nachachtung von Art. 369 StGB nicht mehr entgegen gehalten werden] in einer vergleichbaren Konstellation auf mindestens 120 Tagessätze Geldstrafe. Diese Strafe erscheint in objektiver Hinsicht angemessen. Zur subjektiven Tatschwere fällt in Betracht, dass der Beschuldigte, der mit dem Auto zu einer Bar, für welche er eine Live-Band organisiert hatte, fuhr und dort im Wissen darum, dass er mit dem Auto wieder nach Hause fahren würde, Alkohol konsumierte, vorsätzlich und aus Bequemlichkeit resp. Gleichgültigkeit gegenüber den gesetzlichen Vorschriften und den möglichen Gefahren handelte. Die bei Fahrtantritt mit einer Blutalkoholkonzentration von 2.12 ‰ verminderte Zurechnungsfähigkeit ist bei dieser Sachlage gestützt auf Art. 19 Abs. 4 StGB nicht verschuldensmindernd zu berücksichtigen. Insgesamt ist das Tatverschulden aber als noch leicht zu werten und die Einsatz(geld-)strafe auf 120 Tagessätze zu bemessen. Bezüglich der Täterkomponenten ist festzuhalten, dass sich die schwierige Kindheit mit zahlreichen Heim- und Fremdplatzierungen und ohne Lehrabschluss (Urk. 22 S. 12 ff.) in Bezug auf dieses Verkehrsdelikt nicht strafmindernd auswirkt. Sie hat keinen Einfluss darauf, ob man sich als Automobilist an die geltenden gesetzlichen Bestimmungen halten will oder nicht. Straferhöhend, und zwar um je 10 Tage bzw. Tagessätze, ist die einschlägige Vorstrafe und der Umstand, dass der Beschuldigte

- 29 - während laufender Strafuntersuchung delinquierte, zu berücksichtigen. Das (späte) Geständnis bei klarer Beweislage, welche das Verfahren nicht merklich vereinfachte, wirkt sich nur ganz marginal strafmindernd aus. Insgesamt ist die Einsatz(geld)strafe aufgrund der Täterkomponenten um 20 Tage bzw. Tagessätze auf 140 Tage bzw. Tagessätze zu erhöhen.

### **E. 3.4**

Die Vereitelung der Blutprobe erfolgte während der vorgenannten Fahrt in angetrunkenem Zustand. Zwischen diesen Delikten besteht Realkonkurrenz, da verschiedene Rechtsgüter (der geordnete Gang der Rechtspflege resp. die Verkehrssicherheit) betroffen sind (BGE 102 IV 42). Bezüglich der objektiven Tatschwere fällt in Betracht, dass der Beschuldigte sich der Kontrolle durch die Polizei, welche vom betreffenden Polizisten mittels eingeschalteter Stablampe mit aufgesetztem Leuchtkegel deutlich erkennbar signalisiert wurde, widersetzte und seine Fahrt ohne die Geschwindigkeit zu reduzieren fortsetzte, jedoch danach nach kurzer Nachfahrt durch die Polizei mit entsprechender Signalisierung (Blau-licht, Wechselklanghorn und Matrix „Stopp Polizei“) zum Anhalten gebracht werden konnte. Die Tat erfolgte bei infolge Alkoholkonsums (2.12 ‰) verminderter

Zurechnungsfähigkeit. Angesichts der Tatsache, dass der Beschuldigte mit dem Auto in den Ausgang gefahren ist und im Wissen darum, dass er wieder mit dem Auto nach Hause fahren würde, Alkohol getrunken hat, ist auch in Bezug auf die Vereitelung der Blutprobe zumindest Eventualvorsatz anzunehmen, weshalb sich die verminderte Zurechnungsfähigkeit auch hier nicht verschuldensmindernd auswirkt (Art. 19 Abs. 4 StGB; BGE 117 IV 295). Der Umstand, dass ihm von einer Bekannten alkoholische Getränke auf Kredit ausgeschenkt wurden und es ihm damals "psychisch nicht gut" gegangen sei, kann die subjektive Tatschwere nur marginal zu seinen Gunsten beeinflussen (Urk. 22 S. 17; Prot. II S. 8). Insgesamt ist das Verschulden gleichwohl als noch leicht zu werten und eine Strafe im unteren Drittel des Strafrahmens festzusetzen. Bezüglich der Täterkomponenten kann vollumfänglich auf die vorstehenden Ausführungen zum Fahren in fahruntüchtigem Zustand verwiesen werden. Nachdem die Tat doch in einem sehr engem Zusammenhang zum vorstehend beurteilten Fahren in fahruntüchtigem Zustand steht, erscheint es in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen, die Ein-  
- 30 - satz(geld)strafe um 20 Tage bzw. Tagessätze auf 160 Tage bzw. Tagessätze zu erhöhen.

### **E. 3.5**

Dem stark angetrunkenen Beschuldigten wurde der Führerausweis auf der Stelle entzogen (Urk. ND 1/4). Er behielt hingegen die Schlüssel des Fahrzeugs. Nach der Blutentnahme im Spital ... in ... liess er sich von einem Taxi zu seinem abgestellten Auto fahren, bestieg dieses und begab sich auf den kurzen Fahrweg nach Hause, wobei er abermals von der Polizei angehalten wurde. Mit dieser Fahrt erfüllte er wiederum zwei Tatbestände in Realkonkurrenz, da auch diese beiden Delikte unterschiedliche Rechtsgüter schützen. In objektiver Hinsicht fallen bezüglich des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand wiederum die Blutalkoholkonzentration (diesmal 1.88‰), der erneut kurze Weg in einer um diese Uhrzeit von wenigen Fahrzeugen frequentierten Gegend in Betracht. In subjektiver Hinsicht ist die verminderte Zurechnungsfähigkeit hier allerdings verschuldensmindernd zu berücksichtigen, da diese Delikte nicht mehr als vom Eventualvorsatz bei Trinkbeginn erfasst betrachtet werden können. Bezüglich Täterkomponenten kann wiederum auf die vorstehenden Ausführungen zur ersten Trunkenfahrt verweisen werden. Insgesamt rechtfertigt es sich, die Einsatz(geld)strafe für das zweite Fahren in fahruntüchtigem Zustand um 20 Tage bzw. Tagessätze auf nunmehr 180 Tage bzw. Tagessätze zu erhöhen. Dass die kurze Fahrt ohne Führerausweis erfolgte, ist angesichts der verminderten Zurechnungsfähigkeit des Beschuldigten beim kurz davor erfolgten vorläufigen Entzug und dem engen Zusammenhang der beiden Delikte in Anwendung des Asperationsprinzips hingegen nicht mehr straf-erhöhend zu berücksichtigen. Insgesamt steht damit fest, dass der Beschuldigte für die Vergehen gegen das Strassenverkehrsgesetz mit 180 Tagen Freiheitsstrafe bzw. mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu bestrafen ist.

### **E. 3.6**

Zur Straffart ist zu ergänzen, dass im Strafbereich von 6 Monaten sowohl eine Geldstrafe als auch eine Freiheitsstrafe ausgefällt werden kann (Art. 34 Abs. 1 und Art. 40 Satz 1 StGB). Bei der Wahl der Sanktionsart ist als wichtiges Kriterium die Zweckmässigkeit einer bestimmten Sanktion, ihre Auswirkungen auf den Täter und sein soziales Umfeld sowie ihre präventive Effizienz zu berücksichtigen.

- 31 - sichtigen (BGE 134 IV 97 E. 4.2; BGE 134 IV 82 E. 4.1). Nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit soll bei alternativ zur Verfügung stehenden und hinsichtlich des Schuldausgleichs äquivalenten Sanktionen im Regelfall diejenige gewählt werden, die weniger stark in die persönliche Freiheit des Betroffenen eingreift (BGE 138 IV 120 E. 5.2; BGE 134 IV 97 E. 4.2.2; BGE 134 IV 82 E. 4.1; zuletzt BGer Urteil 6B\_1246/2015 vom 9. März 2016 E. 1.2.2).

### **E. 3.7**

Ruft man sich – nochmals – in Erinnerung, dass als Regelsanktion das geltende Recht vor allem für den Bereich der leichteren Kriminalität die Geldstrafe und die gemeinnützige Arbeit, für den Bereich der mittleren Kriminalität die Geldstrafe und die Freiheitsstrafe vorsieht und Freiheitsstrafen nur verhängt werden sollen, wenn der Staat keine anderen Mittel hat, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten (BGE 134 IV 82), so scheint es sich vorliegend bezüglich der SVG-Vergehen gerade eben um einen Fall zu handeln, der schon der mittleren Kriminalität zuzuordnen ist.

### **E. 3.8**

Hier ist auch in Erinnerung zu rufen, dass der Beschuldigte mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 31. Oktober 2008 wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln mit einer unbedingten Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 130.– bestraft werden musste. Dass damals eine unbedingte Sanktion ausgefällt wurde, bedeutet nichts anderes, als dass dem Beschuldigten damals eine Schlechtprognose gestellt worden ist. Diese Schlechtprognose bewahrheitete sich dahingehend, dass der Beschuldigte bereits am 19. Oktober 2010 wegen Betäubungsmitteldelikten mit einer weiteren unbedingten Geldstrafe von 140 Tagessätzen zu Fr. 50.– bestraft werden musste. Der Beschuldigte war im Rahmen des zweiten Verfahrens 17 Tage in Untersuchungshaft. Von Herbst 2012 bis März 2013 beging der Beschuldigte die Betäubungsmittelverbrechen, welche Gegenstand des heutigen Verfahrens bilden. Er wurde im Rahmen jener Untersuchung 36 Tage in Untersuchungshaft versetzt, wobei er am 26. Juli 2013 aus der Haft entlassen wurde. Bereits am 29. Oktober 2013 beging der Beschuldigte – trotz laufendem Verfahren, trotz erlittener Untersuchungshaft, trotz früheren unbedingten Geldstrafen – eine ganze Reihe von SVG-Delikten, die ebenfalls Gegenstand des heutigen Verfahrens bilden. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte

- 32 - bezüglich beider Tatkomplexe je eine einschlägige Vorstrafe hat. Zudem delinquierte er im Strassenverkehr, obschon er bereits früher mit vier Ausweisungen konfrontiert worden war. Es ist offenkundig, dass den Beschuldigten sogar unbedingte Geldstrafen nicht im geringsten beeindruckt haben; auch von Untersuchungshaft liess er sich nicht von weiterer Delinquenz abhalten. Nicht unbeachtet darf bleiben, dass der Beschuldigte mit seiner Delinquenz – und zwar in beiden Bereichen – die öffentliche Sicherheit gefährdet hat. Eine erneute Geldstrafe, auch wenn sie unbedingt ausgefällt würde, ist angesichts dieser konkreten Situation nicht mehr zweckmässig. Sowohl die präventive Effizienz als auch die öffentliche Sicherheit lassen es daher auch nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit angezeigt erscheinen, bei den hier für die SVG-Vergehen alternativ zur Verfügung stehenden Sanktionen der Geld- und Freiheitsstrafen vorliegend – selbst wenn sie unabhängig von den Betäubungsmittelverbrechen beurteilt würden – auf eine Freiheitsstrafe zu erkennen. Für die SVG-Vergehen ist daher – bereits asperiert – eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten auszufallen.

### E. 3.9

Da sowohl für die Betäubungsmittelverbrechen (54 Monate) als auch für die SVG-Vergehen (6 Monate) eine Freiheitsstrafe auszufallen ist, ist eine Gesamtstrafe auszusprechen. Angemessen erscheint eine Freiheitsstrafe von insgesamt 57 Monaten. III. Vollzug 1. Freiheitsstrafe Bei einer Freiheitsstrafe von 57 Monaten fällt weder ein bedingter noch ein teilbedingter Vollzug in Betracht (Art. 42 Abs. 1 StGB, Art. 43 Abs. 1 StGB). Die Strafe ist zu vollziehen. Der Anrechnung von 36 Tagen erstandener Haft steht nichts entgegen. 2. Wirkung der Strafen auf das Leben des Täters Zuletzt ist im Rahmen der Strafzumessung darüber zu befinden, wie sich das nun gefundene Resultat auf das Leben des Täters mutmasslich auswirken wird. Dabei

- 33 - ist allerdings nur bei Vorliegen von aussergewöhnlichen Umständen, persönlicher, familiärer oder beruflicher Art eine Reduktion der Strafe auf ein Mass, welches z.B. noch den teilbedingten Vollzug ermöglichen würde, ins Auge zu fassen. Die beruflichen Schwierigkeiten und die Trennung von Familie und Freunden sind als zwangsläufige Folge mit dem Vollzug einer Freiheitsstrafe verbunden und können für sich allein nicht dazu führen, dass die Schwere des Verschuldens in den Hintergrund tritt (BGer Urteil 6P.36/2004 vom 2. Juli 2004). Eine einschneidende und erhebliche Wirkung der unbedingten Strafe auf das Leben des Täters ist evident, führt aber mangels aussergewöhnlicher Umstände vorliegend nicht zu einer Anpassung der Strafe. Jedenfalls liegt keine erhöhte Strafempfindlichkeit vor. Als unmittelbare gesetzmässige Folge einer unbedingten Freiheitsstrafe müssen die negativen Auswirkungen nach der Praxis des Bundesgerichts (BGer Urteil 6B\_564/2014 vom 15.12.2014, E, 1.3) nur bei aussergewöhnlichen Umständen berücksichtigt werden. Solche liegen nicht vor. IV. Kostenfolgen Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft dringt mit ihrem Antrag zur Strafhöhe nicht gänzlich durch. Der Beschuldigte beantragt im Berufungsverfahren eine tiefere Strafe (33 Monate, davon 9 Monate unbedingt), weshalb er mehrheitlich unterliegt. Vorliegend erscheint es deshalb angemessen, die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, zu 3/4 dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu 1/4 auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind im Umfang von 1/4 definitiv und im Umfang von 3/4 einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Rückzahlungspflicht im Umfang von 3/4 gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten ist. Entschädigungsansprüche bestehen bei diesem Verfahrensausgang keine (Art. 436 StPO i.V.m. Art. 429 Abs. 1 StPO).

- 34 - Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 8. Juli 2015 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte ist schuldig - der mehrfachen 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 BetmG (HD), - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG, - des mehrfachen vorsätzlichen Fahrens in fahrunfähigem Zustand mit qualifizierter Blutalkoholkonzentration im Sinne von Art. 91 Abs. 1 Satz 2 SVG (ND1), - der Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahrunfähigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG, - des Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG sowie - der Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG in Verbindung mit Art. 27 Abs. 1 SVG. 2. Vom Vorwurf der Vereitelung einer Massnahme zur Feststellung der

Fahruntüchtigkeit (Anklagepunkt III. 2.) wird der Beschuldigte freigesprochen. 3. Der Beschuldigte wird bestraft mit (...) sowie mit einer Busse von Fr. 500.–.

### **E. 3.10**

Schliesslich stellte die Verteidigung im Rahmen ihres Plädoyers an der Berufungsverhandlung den prozessualen Antrag auf Beizug von Audioaufzeichnungen aus dem Fahrzeug von B.\_\_\_\_\_, welcher aufgrund der damit zusammenhängenden Vorbringen der Verteidigung nachfolgend im Rahmen der Strafzumessung beurteilt wird (vgl. unten Ziffer II. 2.2).

- 13 -

### **E. 4**

Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.

#### **E. 4.1**

Die Verteidigung beantragte bereits im Rahmen des Berufungsverfahrens den Beizug der rechtskräftigen bezirksgerichtlichen Urteile in Sachen F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ (Urk. 42 S. 2), woraufhin die genannten Urteile zum vorliegenden Verfahren beigezogen wurden (vgl. Urk. 45/1-3; Urk. 46-48). Sodann beanstandete sie in ihrem Plädoyer, die Staatsanwaltschaft habe das Verfahren gegen den Beschuldigten und die Mittäter in Verletzung von Art. 29 StPO getrennt geführt und somit die Wahrung der Interessen des Beschuldigten in den Parallelverfahren verunmöglicht. Die durch die Verteidigung beantragten Aktenzüge seien von der Vorinstanz nur im Falle von B.\_\_\_\_\_ gutgeheissen worden. Weiter bringt die Verteidigung zusammengefasst vor, es lägen im gleichen Sachverhaltskomplex vier Urteile von verschiedenen Bezirksgerichten in Sachen B.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ vor, wobei sich die Strafe des Beschuldigten im Vergleich mit den gegen die genannten Personen ausgesprochenen Strafen als zu hoch erweise (Urk. 54 S. 14 ff.; Prot. II S. 11 f.).

#### **E. 4.2**

Die Staatsanwaltschaft hielt dem entgegen, die von ihr beantragte Bestrafung des Beschuldigten mit 63 Monaten Freiheitsstrafe, verbunden mit einer Busse von Fr. 500.–, erscheine gerade auch im Vergleich mit den gegen B.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ festgelegten Strafen angemessen (Urk. 57 S. 3). Zudem wies die Staatsanwaltschaft auf die gesetzliche Ausnahmeregelung vom Grundsatz der Verfahrenseinheit hin, welche vorliegend zweifellos anwendbar sei (vgl. Prot. II S. 10).

#### **E. 4.3**

Art. 29 StPO regelt den Grundsatz der Verfahrenseinheit. Demnach werden Straftaten gemeinsam verfolgt und beurteilt, wenn u.a. Mittäterschaft oder Teilnahme vorliegt (Abs. 1 lit. b). Nebst der Mittäterschaft werden von dieser Bestimmung ebenso die mittelbare Täterschaft und die Nebentäterschaft erfasst. Unter den Begriff der Teilnahme fallen die Anstiftung (Art. 24 StGB) und die Gehilfenschaft (Art. 25 StGB). Der Grundsatz der Verfahrenseinheit bezweckt die Verhinderung sich widersprechender Urteile und gewährleistet damit das Gleichbehandlungsgebot. Überdies dient er der Prozessökonomie (BGer Urteil 6B\_751/2014 vom 24.03.2015; BGE 138 IV 214 E. 3.2 m.w.H.). Es existiert jedoch kein absolu-

- 14 - tes Recht, dass Straftaten, die zusammen mit mehreren Mittätern oder Teilnehmern verübt wurden, gemeinsam verfolgt und beurteilt werden. So statuiert Art. 30 StPO die Ausnahme vom Grundsatz der Verfahrenseinheit, wenn sachliche Gründe dies rechtfertigen. Die sachlichen Gründe müssen objektiv sein. Ein sachlicher Grund bildet etwa die bevorstehende Verjährung einzelner Straftaten, die Unerreichbarkeit einzelner beschuldigter Personen oder wenn wegen der grossen Zahl von Delikten und beschuldigten Personen eine gemeinsame Bewältigung rein faktisch Schwierigkeiten bereiten würde. Sodann ist eine Trennung notwendig, wenn im Verfahren gegen mehrere beschuldigte Personen Einzelne das abgekürzte Verfahren nach Art. 385 ff. StPO wählen. Die Verfahrenstrennung soll dabei vor allem der Verfahrensbeschleunigung dienen bzw. eine unnötige Verzögerung vermeiden helfen (vgl. BARTEZKO, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. Auflage Basel 2014, Art. 30 N 1 ff.; FINGERHUTH/LIEBER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur StPO, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 30 N 2 ff.; BGE 138 IV 214 E. 3.2).

#### **E. 4.3.4**

Die Beschwerdeführerin beruft sich zu Unrecht auf BGE 135 IV 191. Der erwähnte Bundesgerichtsentscheid betraf zwei Mittäter, die erstinstanzlich im gleichen Verfahren beurteilt und zu unterschiedlich hohen Strafen verurteilt wurden. Der Verurteilte mit der höheren Strafe erhob dagegen Berufung, während sein Mittäter das Urteil akzeptierte, weshalb dieses in Rechtskraft erwuchs. BGE 135 IV 191 verlangt einen Strafenvergleich unter Mittätern nur für den Fall, dass die Mittäter im gleichen Verfahren beurteilt wurden. Wurden wie vorliegend getrennte Verfahren geführt, kann daraus nicht abgeleitet werden, der Sachrichter müsse die gegen die Mittäter allenfalls bereits ergangenen Urteile beiziehen und hypothetische Überlegungen dazu anstellen, wie er die Mittäter beurteilt hätte. Da die Strafe von 4 ½ Jahren angemessen ist, kommt eine Reduktion des Strafmasses mit der Begründung, die Strafen gegen die Mittäter seien milder ausgefallen, aber ohnehin nicht in Betracht." Gestützt auf das zitierte Urteil ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht den Strafmassvergleich also nur dort als zusätzliches Strafzumessungskriterium nennt, wo Mittäter im gleichen Verfahren beurteilt werden.

#### **E. 4.4**

Zwischen dem Beschuldigten und B.\_\_\_\_\_ ist gestützt auf die Anklageschrift und die beigezogenen Akten in Bezug auf die dem Beschuldigten vorgeworfenen Straftaten von Mittäterschaft auszugehen (vgl. beigezogene Akten DG140081). Der Beschuldigte wurde jedoch nicht im gleichen Verfahren beurteilt wie sein Mittäter B.\_\_\_\_\_. Aus den beiden, die Mittäter betreffenden Anklagen lässt sich entnehmen, dass B.\_\_\_\_\_ bereits am 4. März 2013 verhaftet, der Beschuldigte hingegen erst am 20. Juni 2013 – mithin mehr als drei Monate später – festgenommen wurde (beigezogene Akten DG140081, act. 1/18; Urk. 1/11). Die Anklageerhebung gegen B.\_\_\_\_\_ erfolgte alsdann bereits am 23. Oktober 2014, während zu diesem Zeitpunkt die Untersuchung gegen den Beschuldigten noch im Gange war (vgl. Einvernahmen vom 20. November 2014, Urk. 1/2/4). Die Anklage gegen den Beschuldigten erfolgte sodann erst rund drei Monate später, nämlich am 21. Januar 2015 (vgl. Urk. 1/11). Das Verfahren gegen den Mittäter B.\_\_\_\_\_ war daher zum Zeitpunkt der Festnahme des Beschuldigten bzw. der Anklageerhebung bereits weiter fortgeschritten, weshalb in Nachachtung des Beschleunigungsgebots eine Verfahrenstrennung angezeigt war. Es ist deshalb da-

- 15 - von auszugehen, dass mit der Verfahrensbeschleunigung bzw. -ökonomie ein sachlicher Grund im Sinne von Art. 30 StPO gegeben war, der eine Ausnahme vom Grundsatz der Verfahrenseinheit rechtfertigt. Darüber hinaus hat bereits die Vorinstanz den Antrag auf Beizug der Strafakten in Sachen B.\_\_\_\_\_ gutgeheissen, woraufhin der Verteidigung umfassende Akteneinsicht in die Strafakten des Mittäters gewährt wurde (vgl. Urk. 1/16 und 1/18). Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, inwiefern dem Beschuldigten aufgrund der getrennten Verfahrensführung ein Nachteil entstanden sein soll. Die Verteidigung hat im Übrigen nach Anklageerhebung nie einen Antrag auf Vereinigung der Verfahren gestellt und heute ist eine solche – insbesondere mit Blick auf das bereits rechtskräftig erledigte Verfahren gegen B.\_\_\_\_\_ (vgl. Beschluss vom 8. Oktober 2015, SB150256) – ohnehin nicht mehr möglich.

#### **E. 4.5**

Hinsichtlich der weiteren von der Verteidigung genannten Personen F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ ist nicht ersichtlich, inwiefern in Bezug auf die Delikte, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden, Mittäterschaft bzw. Teilnahme vorliegen soll. Aus den beigezogenen Urteilen bzw. den jeweiligen Anklageschriften in Sachen G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ geht hervor, dass sowohl G.\_\_\_\_\_ als auch H.\_\_\_\_\_ Abnehmer von B.\_\_\_\_\_, – nicht jedoch vom Beschuldigten – waren (Urk. 46 und 48). F.\_\_\_\_\_ wird gemäss Anklageschrift vom 25. September 2014 u.a. vorgeworfen, B.\_\_\_\_\_ Amphetamingemisch auf Kommission übergeben zu haben (vgl. Urk. 47 S. 5), inwiefern er an den dem Beschuldigten vorgeworfenen Straftaten beteiligt gewesen sein soll, ist nicht ersichtlich. Daraus erhellt immerhin, dass weder die genannten Personen Täter bzw. Teilnehmer betreffend die dem Beschuldigten vorgeworfenen Straftaten waren noch umgekehrt. Entsprechend haben diese Personen auch keine Erwähnung in der Anklage gegen den Beschuldigten gefunden. Daraus folgt, dass der Vorwurf der Verteidigung im Hinblick auf die Wahrung der Verteidigungsrechte in den Parallelverfahren auch in Bezug auf die Personen F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ fehlt geht. Denn mangels Mittäter- bzw. Teilnehmerschaft der genannten Personen hinsichtlich der dem Beschuldigten vorgeworfenen Straftaten wird der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt nicht von Art. 29 StPO erfasst. Aus den beigezogenen Urteilen geht im Übrigen hervor, dass sowohl G.\_\_\_\_\_ als auch H.\_\_\_\_\_

- 16 - im abgekürzten Verfahren beurteilt wurden (Urk. 46 und 48), weshalb wohl bereits damit ein sachlicher Grund im Sinne von Art. 30 StPO vorgelegen und damit die Verfahrenstrennung angezeigt gewesen sein dürfte.

#### **E. 4.6**

Die Verteidigung bringt im Zusammenhang mit der Verletzung der Verfahrenseinheit wie erwähnt vor, die gegen den Beschuldigten ausgesprochene Strafe halte vor dem Vergleich mit den übrigen Personen nicht stand (Urk. 54 S. 14). Da die eben gemachten Ausführungen zur Verfahrenseinheit mit dem von der Verteidigung geltend gemachten Vorbringen betreffend Strafmassvergleich zusammenhängt, wird sogleich nachfolgend und nicht ihm Rahmen der Strafzumessung darauf eingegangen. Zu betonen ist allerdings, dass die Verteidigung im Zusammenhang mit der Rüge der Verfahrenstrennung zu Recht nicht geltend macht, die Trennung habe eine Einschränkung der Teilnahmerechte zur Folge gehabt.

#### **E. 4.7**

Vorweg ist festzuhalten, dass die Gleichmässigkeit, in Sinne der Proportionalität der Strafzumessung nur im Vergleich mit Mitangeklagten gewährleistet sein muss. Nach der Rechtsprechung hat eine kantonale Instanz, wenn ein Täter Vergleichliche zu einem Mitangeklagten zieht und eine Ungleichbehandlung geltend macht, sich jedenfalls zu diesem Vergleich zu äussern (TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, in: Trechsel/Peith [Hrsg.], Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxis-kommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 47 N 41; WIPRÄCHTIGER /KELLER, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 47 N 209). Sodann hat das Bundesgericht zum Strafmassvergleich bei Mittätern Folgendes ausgeführt (Urteil des Bundesgerichts 6B\_885/2015 vom 15.1.2016, E. 4.3): "4.3.3. Das Bundesgericht entschied in BGE 135 IV 191, der Sachrichter, der im gleichen Verfahren zwei Mittäter zu beurteilen habe, müsse bei der Verschuldensbewertung mitberücksichtigen, in welchem gegenseitigen Verhältnis die Tatbeiträge stünden (E. 3.2). Sei aus formellen Gründen nur über einen Mittäter zu urteilen, während die Strafe des andern bereits feststehe, so gehe es darum, einen hypothetischen Vergleich anzustellen. Die Autonomie des Richters könne zur Folge haben, dass die Strafen zweier Mittäter in einem Missverhältnis stünden. Dies sei verfassungsrechtlich unbedenklich und hinzunehmen, solange die in Frage stehende Strafe als solche angemessen sei. Allerdings sei zu verlangen, dass in der Begründung auf die Strafe des Mittäters Bezug genommen und dargelegt wird, weshalb sich diese nicht als Vergleichsgrösse eigne. Ein An-

- 17 - spruch auf "Gleichbehandlung im Unrecht" bestehe grundsätzlich nicht (BGE 135 IV 191 E. 3.3). Das Bundesgericht erachtete es daher als unzulässig, eine angemessene Strafe mit dem formalen Argument der fehlenden Relation zur unangefochten gebliebenen Strafe gegen den Mittäter zu reduzieren (BGE 135 IV 191 E. 3.4).

#### **E. 4.8**

Aufgrund des Gesagten ist ein Strafmassvergleich bei der Verschuldensbewertung in Bezug auf den Mittäter B.\_\_\_\_\_, – wurden wie vorliegend getrennte Verfahren geführt –, nicht zwingend angezeigt. Wie jedoch nachfolgend im Rahmen der Strafzumessung ausgeführt wird, erscheint die für den Beschuldigten festzusetzende Einsatzstrafe auch im Sinne eines hypothetischen Vergleichs mit der Einsatzstrafe für den Mittäter B.\_\_\_\_\_ angemessen (vgl. nachfolgend Ziffer II. 2.4). Was die weiteren Personen F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ betrifft, so ist ein Strafmassvergleich gestützt auf das eben Ausgeführte sowohl mangels Mittäterschaft oder Teilnahme, als auch aufgrund der Verfahrenstrennung obsolet.

- 18 - II. Strafzumessung 1. Strafrahen/Strafzumessungskriterien Die Vorinstanz hat sich grundsätzlich zutreffend zum Strafrahen und den allgemeinen theoretischen Grundlagen der Strafzumessung geäussert, worauf zur Vermeidung von Wiederholungen vorab verwiesen werden kann (Urk. 29, S. 18 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu ergänzen ist, dass, wenn eine Person mehrere Straftaten begangen hat, die in echter Konkurrenz zueinander stehen, die Bildung einer Gesamtstrafe nur bei gleichartigen Strafen möglich ist (Art. 49 Abs. 1 StGB). Die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen sind sodann nur erfüllt, wenn das Gericht konkret für jeden einzelnen Normverstoss gleichartige Strafen ausfallen würde. Insbesondere genügt dafür nicht, dass die gesetzlichen Strafbestimmungen für die echt konkurrierenden Taten abstrakt gleichartige Strafen vorsehen. Die konkrete Methode verhindert, dass bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe für das eine Delikt, für die weiteren Straftaten, welche Freiheits- oder Geldstrafe androhen,

automatisch auch auf eine Freiheitsstrafe erkannt werden muss, selbst wenn für diese für sich alleine betrachtet eine Geldstrafe angemessen erscheint (BGE 138 IV 120; MARKO CESAROV, Zur Gesamtstrafenbildung nach der konkreten Methode, forumpoenale 02/2016, S. 97 ff. m.w.H.) Dabei sind diejenigen Täterkomponenten, die die Wahl der Straftat beeinflussen oder die nur einzelne Delikte betreffen (z.B. bei nur teilweise Geständnis oder nur teilweise einschlägigen Vorstrafen) bereits bei der Einzelstrafzumessung zu berücksichtigen, während der Einbezug der Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB) erst ganz am Ende der Strafzumessung zu erfolgen hat (CESAROV, a.a.O., S. 98). In casu steht demnach nicht von vornherein fest, ob für die Strassenverkehrsdelikte, deren Strafandrohung auf Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren lautet, eine im Rahmen einer Gesamtstrafe asperierend zu berücksichtigende Freiheitsstrafe oder kumulativ zur Freiheitsstrafe eine Geldstrafe auszufallen ist. Dies ist nachfolgend anhand der konkreten Einzelbetrachtung zu eruieren. Richtig hat die Vorinstanz erkannt, dass für die Übertretungen (Eigenkonsum im Sinne von Art. 19a Abs. 1 BetmG und Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Ziff. 1 SVG i.V.m. Art. 27. Abs. 1 SVG) jedenfalls kumulativ eine Busse auszusprechen ist.

- 19 - 2. Mehrfache Wiederhandlung 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 BetmG

#### **E. 5**

Die sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ... aufbewahrten 450.7 Gramm Marihuana gemischt und 19 Gramm Haschisch (5 Portionen) werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten.

#### **E. 6**

Januar 2015 beschlagnahmten Gegenstände (mit Ausnahme des Laptops Apple, ...) werden eingezogen und sind – soweit verwertbar – durch die Kasse der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich II zu verwerten sowie zur Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden und im Übrigen zu vernichten: - 1 iPhone 5, schwarz, inkl. SIM (...) - 1 Mobiltelefon Nokia, schwarz, inkl. SIM, (...) - 1 Mobiltelefon Samsung, weiss, mit grünem Etui, inkl. SIM (...) - 35 - - 1 Mobiltelefon Samsung, schwarz (...) - 1 Mobiltelefon Samsung, schwarz, inkl. SIM (...) - 1 Mobiltelefon Samsung, schwarz (...)

#### **E. 7**

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 1./3. Juli 2013 beschlagnahmte Barschaft von total Fr. 4'703.75 wird zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

#### **E. 8**

Die Entscheidgebür wird festgesetzt auf: Fr. 4'000.– ; die weiteren Auslagen betragen: Fr. 3'000.– Gebühr für das Vorverfahren Fr. 6'600.– Auslagen MIG Fr. 16'000.75 amtl. Verteidigungskosten Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

#### **E. 9**

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung,

welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.

## **E. 10**

(Mitteilungen)

## **E. 11**

(Rechtsmittel)" 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ wird bestraft mit 57 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 36 Tage durch vorläufige Festnahme und Untersuchungshaft erstanden sind). 2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 3'500.– amtliche Verteidigung

- 36 - 3. Die Kosten des Berufungsverfahrens , mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden zu 3/4 dem Beschuldigten auferlegt und zu 1/4 auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden im Umfang von 1/4 definitiv, und im Umfang von 3/4 einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt im Umfang von 3/4 gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich (übergeben) sowie hernach in vollständig begründeter Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich – das Bundesamt für Polizei, Nussbaumstr. 29, 3003 Bern. und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A – die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten – das Strassenverkehrsamt des Kantons St. Gallen, Frongartenstr. 5, 9001 St. Gallen (Akten - Nr. 2013\_10445). 5. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

- 37 - Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 8. Juni 2016 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Marti MLaw M. Konrad

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