

ZH_OBERGERICHT SB190221 vom 3. Dezember 2019

ZH Obergericht, 2019-12-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190221

FR: ZH_OBERGERICHT SB190221 du 3 décembre 2019

IT: ZH_OBERGERICHT SB190221 del 3 dicembre 2019

Erwägungen

E. 1

Prozessgeschichte und Prozessuales

E. 1.1

Am 3. Juli 2018 reiste der Beschuldigte A._____ von Kolumbien her via Frankreich zusammen mit den Mitbeschuldigten B._____, C._____, D._____ und E._____ in die Schweiz ein. Dabei führten alle fünf Beschuldigten in ihrem Magen-Darm-Trakt rund 30 Fingerlinge gefüllt mit rund 1,5 Kilogramm Kokainmisch mit sich, welches von Personen in der Schweiz hätte übernommen werden sollen. Dazu kam es indes nicht, weil die Beschuldigten verhaftet wurden (Urk. 1 S. 4).

E. 1.2

Mit dem eingangs im Dispositiv zitierten Urteil vom 12. März 2019 wurde der Beschuldigte A._____ vom Bezirksgericht Dietikon wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen und mit 24 Monaten bedingter Freiheitsstrafe bestraft. Gleichzeitig wurde eine Landesverweisung von 7 Jahren angeordnet (Urk. 39 S. 18 f.). Der Beschuldigte wurde noch gleichentags aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen und dem Migrationsamt zugeführt (Urk. 33). Die Urteile gegen die Mitbeschuldigten ergingen ebenfalls am 12. März 2019.

E. 1.3

Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 24) meldete die Staatsanwaltschaft bereits am nächsten Tag Berufung an (Urk. 35). Nach Zustellung des begründeten Urteils am 11. April 2019 (Urk. 38/1) reichte die Staatsanwaltschaft innert Frist die Berufungserklärung ein, mit welcher im Wesentlichen eine höhere und bloss teilbedingte Freiheitsstrafe beantragt wurde (Urk. 42). Mit Präsidialverfügung vom 23. Mai 2019 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten zugestellt und Frist zur Erklärung der Anschlussberufung angesetzt (Urk. 43), worauf verzichtet wurde (Urk. 45). Mit Präsidialverfügung vom 7. Juni 2019 wurde im Einverständnis mit den Parteien das schriftliche Verfahren angeordnet, zumal sich der Beschuldigte auch nicht mehr in der Schweiz aufhält (Urk. 40, Urk. 45, Urk. 47). Die Berufungsbegründung der Staatsanwaltschaft vom 13. Juni 2019 (Urk. 49) wurde der Verteidigung sowie der Vorinstanz zugestellt (Urk. 50). Während letztere auf eine Stellungnahme verzichtete (Urk. 52), reichte die Verteidigung am 8. Juli 2019 ihre Berufungsantwort ein (Urk. 54), welche mit

- 5 - Präsidialverfügung vom 10. Juli 2019 der Staatsanwaltschaft zur freigestellten Stellungnahme zugestellt wurde (Urk. 56). Diese verzichtete auf eine weitere Vernehmlassung (Urk. 58).

E. 1.4

Die Staatsanwaltschaft hat ihre Berufung auf den Strafpunkt beschränkt und demgemäss nur die Ziffern 2 (Strafhöhe) und 3 (Strafvollzug) des vorinstanzlichen Urteils angefochten (Urk. 42). Die übrigen Punkte blieben allseits unangefochten. Im Sinne von Art. 404 Abs. 1 StPO ist daher vorab festzustellen, dass das erst- instanzliche Urteil in den Ziffern 1 (Schuldpunkt), 4 (Landesverweisung), 5 (SIS- Ausschreibung), 6 (Vernichtung der beschlagnahmten Drogen) sowie 7-10 (Kos- ten und Entschädigungsfolgen) in Rechtskraft erwachsen ist.

E. 2

Strafzumessung

E. 2.1

Einleitend ist festzuhalten, dass sich die Verteidigung irrt, wenn sie in ihrer Berufungsantwort mehrfach darauf hinweist, die Berufungsinstanz greife in die Strafzumessung der Vorinstanz nur bei Ermessensüberschreitungen oder -missbrauch ein (Urk. 54 S. 3 ff. unter Hinweis auf BGE 136 IV 55 E. 5.6.). An der zitierten Stelle ist selbstverständlich von der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes die Rede. Die Berufungsinstanz überprüft das vorinstanzliche Urteil vielmehr mit voller Kognition und fällt einen eigenen Sachentscheid. Insofern ist es ihr nicht verwehrt, eine eigene, von der Vorinstanz abweichende Strafzumessung vorzunehmen, solange diese hinreichend begründet wird. Die Ausführungen der Verteidigung, welche sich mit einer allfälligen Ermessensüberschreitung durch die Berufungsinstanz befassen (Urk. 54), sind daher nicht relevant.

E. 2.2

Die Staatsanwaltschaft beantragt die Erhöhung der Strafe auf 36 Monate Freiheitsstrafe (wovon die Hälfte unbedingt; Urk. 42); die Verteidigung beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung der vorinstanzlich ausgefallenen beding- ten Freiheitsstrafe von 24 Monaten (Urk. 54). Nachdem der Beschuldigte aus- geschafft wurde, erfolgt die Berufung der Staatsanwaltschaft offenkundig nicht zu- letzt aus generalpräventiven Gründen (vgl. Urk. 42 S. 2). Tatsächlich erscheint es als problematisch, wenn im Ausland immer wieder neue Transporteure engagiert werden könnten, ohne dass diese in der Schweiz – selbst bei grösseren Drogen-

- 6 - mengen – das Risiko eines längeren Strafvollzugs eingehen würden. Dies könnte dem internationalen Drogenhandel vermehrt Tür und Tor öffnen. So gesehen, könnten generalpräventive Überlegungen vorliegend durchaus eine Rolle spielen, und zwar nicht nur gegenüber südamerikanischen Bodypackern. Dennoch ist die Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen nur insoweit zulässig, als damit die für den einzelnen Täter schuldangemessene Strafe nicht überschritten wird: Generalpräventiven Überlegungen ist gemäss Bundesgericht bei der Gewichtung des das Verschulden bestimmenden gesamten Unrechts- und Schuldgehalts der konkreten Straftat grundsätzlich in dem Sinne Rechnung zu tragen, dass die Strafe geeignet sein muss, die Allgemeinheit zu veranlassen, sich an die Strafrechts- normen zu halten, und so zur Verbrechensverhütung beiträgt (BGE 118 IV 342 S. 351). Aspekte der Generalprävention dürfen berücksichtigt werden, soweit sie den Rahmen der schuldangemessenen Strafe nicht überschreiten (Urteil des Bundesgerichtes 6B_510/2013 vom 3. März 2014 E. 4.4; vgl. auch TRECHSEL/ THOMMEN, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N 8 zu Art. 47). Somit

ist im Folgenden zu prüfen, welche Strafe den Tatkomponenten und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen ist.

E. 2.3

Hinsichtlich des relevanten Strafrahmens sowie der theoretischen Strafzumessungselemente kann ohne weiteres auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 39 S. 6 ff.).

E. 2.3.1

Die Vorinstanz hat sämtliche relevanten Tatkomponenten aufgeführt und grundsätzlich korrekt gewürdigt. Darauf kann ebenfalls vorab verwiesen werden (Urk. 39 S. 7-10). Wenn sie dabei schliesslich zum Schluss gelangte, es liege – im Rahmen eines schweren Falles von Betäubungsmitteldelikten – ein "noch eher leichtes" Verschulden vor, so erweist sich dies insbesondere angesichts der Drogenmenge als wohlwollend, kann indessen angesichts des sehr weiten Strafrahmens von bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe gerade noch übernommen werden. Selbst die Verteidigung ging vor Vorinstanz in objektiver Hinsicht von einem keineswegs leichten Verschulden aus (Urk. 28 S. 3). Jedoch ist zu beachten, dass beim gegebenen Strafrahmen auch ein solches Tatverschulden noch zu einer Strafe von bis zu vier oder fünf Jahren führen kann und der unterste Drittel des

- 7 - Strafrahmens immer noch eine Strafdauer von sechs Jahren umfasst (Urk. 42 S. 2).

Wenn die Vorinstanz bei dieser Sachlage zu einer Einsatzstrafe von 30 Monaten Freiheitsstrafe gelangt, liegt sie damit im konkreten Fall zu tief. Zunächst ist zu beachten, dass der Beschuldigte mit den 1'625 Gramm Kokaingemisch (767 Gramm reines Kokain) eine Menge transportiert hat, die mehr als der 42-fachen Menge dessen entspricht, was das Bundesgericht als Grenze zum qualifizierten Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG festgelegt hat (BGE 138 IV 100 E. 3.2 mit Verweis auf BGE 120 IV 334 E. 2a). Als "Bodypacker" wurde dem Beschuldigten die Erheblichkeit dieser Drogenmenge zudem sehr anschaulich vor Augen geführt, indem er immerhin 31 Fingerlinge schlucken musste, was einige Zeit dauern dürfte (vgl. Urk. 3/1/3 S. 11). Damit ging er zwar ein grosses Risiko für seine eigene Gesundheit ein. Gleichzeitig musste ihm dadurch aber auch bewusst geworden sein, welche erhebliche Drogenmenge – deren Reinheitsgrad er zudem nicht kennen konnte – er in der Folge transportieren und durch deren Verbreitung er schliesslich auch andere Personen gefährden würde. Es waren somit auch von seiner Seite her massgebliche Vorbereitungshandlungen erforderlich, um den Transport überhaupt zu ermöglichen. Zu Recht nicht dem Beschuldigten angerechnet hat die Vorinstanz die professionelle Vorgehensweise der Hintermänner des Drogenhandels (Urk. 39 S. 8, Urk. 42 S. 2). Es bestehen keinerlei Hinweise darauf, dass der Beschuldigte in die Planung weiter involviert gewesen sein könnte; er war vielmehr ein austauschbares Mittel zum Zweck für die Auftraggeber (Urk. 28 S. 5). Selbst wenn sich ein Bodypacker – mit der Vorinstanz (Urk. 39 S. 8) – auf der untersten Stufe in der Hierarchie des Drogenhandels befindet, so ist indes auch bei ihm wesentlich, aus welchen Gründen und unter welchen konkreten Umständen er sich zur Tat entschlossen hat. Vorliegend ist dabei bedeutsam, dass sich der Beschuldigte nicht in einer existentiellen Notlage befand (vgl. Urk. 39 S. 9). Er war in Kolumbien als Coiffeur tätig und verdiente offenbar das Doppelte eines normalen kolumbianischen Monatslohns (Urk. 3/1/2 S. 3, Urk. 17/1 S. 3 unten). Mit dem versprochenen Lohn von 14 Millionen kolumbianischen Pesos, was in Kolumbien mehr als ein durchschnittliches Jahresgehalt vieler Personen gewesen wäre, wollte er lediglich

seine Schulden tilgen (Urk. 3/1/3 Ziff. 53, 73 und 79; Prot. I S. 11),

- 8 - mithin das schnelle Geld machen. Auf die Frage, ob er für andere Personen finanziell aufkomme, antwortete er mit "nein" (Urk. 17/1 S. 4; Prot. I S. 12). Die Behauptung der Verteidigung, der Beschuldigte komme zu einem grossen Teil finanziell für seine Familie auf (Urk. 28 S. 8), findet in den Akten ebenso wenig eine Stütze wie die behauptete Drohkulisse durch "F._____" (a.a.O. S. 6). An den rein finanziellen, egoistischen Beweggründen des Beschuldigten besteht somit kein Zweifel. Insgesamt ist somit von einem nicht mehr leichten Verschulden auszugehen.

E. 2.3.2

Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände und insbesondere in angemessener Gewichtung der vom Beschuldigten aus finanziellem Interesse sehr bewusst aufgenommenen und transportierten erheblichen Drogenmenge erscheint es gerechtfertigt, die Einsatzstrafe für das gesamte Tatverschulden im Bereich von 34 Monaten anzusetzen. Wenn die Verteidigung vor Vorinstanz sodann als Vergleichsentscheide u.a. das Verfahren SB110196 zitierte (Urk. 28 S. 9), so ist festzuhalten, dass in jenem Fall die vorinstanzlich ausgefallte Strafe als deutlich zu milde qualifiziert wurde und vielmehr von einer Einsatzstrafe über 5 Jahren ausgegangen wurde, welche lediglich aufgrund des Verschlechterungsverbots nicht erhöht werden konnte. Derartige Vergleichsfälle sind daher nicht geeignet, das vorliegend konkret ermittelte Ergebnis umzustossen.

E. 2.3.3

Schliesslich sind die Täterkomponenten zu berücksichtigen. Entgegen der Ansicht der Verteidigung vor Vorinstanz ist weder die positive Führung des Beschuldigten im Strafvollzug noch eine "mittlere Massnahmeempfindlichkeit" strafmindernd zu berücksichtigen (Urk. 28 S. 8 f.). Die Vorinstanz hielt sodann fest, das Geständnis des Beschuldigten habe trotz erdrückender Beweislast zur Vereinfachung des Verfahrens geführt und den Untersuchungsbehörden bei Abklärungen hinsichtlich weiterer Mitbeteiligter gedient, weshalb sich eine Reduktion der Einsatzstrafe um 6 Monate – mithin um 20% – rechtfertige (Urk. 39 S. 11). Dazu ist festzuhalten, dass der Beschuldigte den Behörden zwar bereitwillig Auskunft gab, letztlich aber kaum Hilfreiches beitragen konnte, da er weder die vollen Namen noch Adressen usw. der Hintermänner nennen konnte (vgl. Urk. 3/1/3 S. 5, S. 7, S. 10 und S. 24). Was sein Geständnis betrifft, so ist dieses auch kei-

- 9 - neswegs von Anfang an umfassend erfolgt: In seiner ersten Befragung behauptete der Beschuldigte zunächst, nicht gewusst zu haben, dass er illegale Substanzen transportiere. Er habe nicht die Absicht gehabt, etwas Schlechtes zu machen (Urk. 3/1/1). In der nächsten Einvernahme wollte er zwar gewusst haben, dass er etwas Illegales in die Schweiz bringen würde, aber es sei nie von Kokain die Rede gewesen (Urk. 3/1/2). Rund eineinhalb Monate später erklärte der Beschuldigte in seiner Einvernahme, er habe gewusst, dass es um einen Drogentransport ginge, aber nicht um welche Art Drogen (Urk. 3/1/3 S. 9), gab aber schliesslich zu, schon vor der Abreise Kenntnis davon gehabt zu haben, dass er Kokain transportieren würde (a.a.O. S. 12). Indessen wollte er weder von der im Auto sichergestellten Ictea-Flasche noch den darin enthaltenen, zuvor ausgeschiedenen

E. 2.4

Insgesamt ist der Beschuldigte daher mit 30 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen. Der Anrechnung von 253 Tagen erstandener Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzugs steht nichts entgegen. Diese Strafe korrespondiert im Übrigen mit der als Orientierungshilfe heranzuziehenden, das Gericht nicht bindenden

- 10 - (Urteil des Bundesgerichtes 6B_858/2016 vom 16. März 2017 E. 3.2) Tabelle von Fingerhuth/Schlegel/Jucker (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Kommentar BetmG, 3. Aufl. 2016, N 45 zu Art. 47 StGB). Entgegen der Vorinstanz ist jedoch kein doppelter Abzug für den blossen Kurierdienst aus dem Ausland sowie die einmalige Tathandlung ("deutlich weniger als fünf Geschäfte") vorzunehmen. 3. Vollzug 3.1. Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB ist der bedingte Vollzug nur bei Strafen bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe möglich. Bei Strafen zwischen zwei und drei Jahren – wie vorliegend – sind die Voraussetzungen des teilbedingten Vollzugs im Sinne von Art. 43 StGB zu prüfen. Es kann dazu vorab auf die zutreffenden theoretischen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 39 S. 12 f.). 3.2. Mit der Vorinstanz muss beim Beschuldigten zweifellos von einer günstigen Prognose ausgegangen werden. Er weist keine – hier bekannten – Vorstrafen auf und sollte durch das vorliegende Verfahren und die erstandene Haft von immerhin 253 Tagen genügend gewarnt sein, um künftig nicht mehr straffällig zu werden. Somit ist der Vollzug eines Teils der ausgesprochenen Strafe bedingt aufzuschieben und die Probezeit dafür auf das gesetzliche Minimum von 2 Jahren anzusetzen. 3.3. Sowohl der aufgeschobene als auch der zu vollziehende Teil einer Freiheitsstrafe muss mindestens 6 Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 StGB) und der unbedingt vollziehbare Teil darf die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (a.a.O. Abs. 2). Als Bemessungsregel ist gemäss Bundesgericht (Urteil 6B_632/2016 vom

E. 6

September 2016) das Ausmass des Verschuldens zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Bewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf das unter Verschuldensgesichtspunkten gemäss Art. 47 StGB gebotene Mass nicht unterschreiten. Das Bundesgericht greift in den dem Sachgericht zustehen-

- 11 - den Ermessensspielraum nur ein, wenn dieses sein Ermessen über- bzw. unterschreitet oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt (BGE 134 IV 1 E. 5.6 S. 15; vgl. auch 134 IV 140 E. 4.2 S. 142 f.). 3.4. Die Verteidigung des Beschuldigten beantragte vor Vorinstanz, einen allenfalls vollziehbaren Teil der Freiheitsstrafe auf acht Monate festzulegen (Urk. 28 S. 10). Dies offenkundig, weil der Beschuldigte diese Zeitdauer bereits durch Haft erstanden hätte. Dies allein ist indes kein hinreichendes Kriterium für die Festsetzung des unbedingten Strafteils, weil es letztlich teilweise vom Zufall abhängt. Vielmehr ist vorliegend zu beachten, dass beim Beschuldigten zwar von einer günstigen Prognose auszugehen ist. Hingegen erscheint es als sehr bedenklich, dass sich der Beschuldigte aus rein finanziellen Gründen ohne eigentliche Notlage leichtfertig zu einer derart riskanten – und weltweit verpönten – Straftat hinreissen liess. Sein Verschulden ruft nach einer spürbaren Sanktion. Damit ist der vollziehbare Strafteil auf 14 Monate Freiheitsstrafe festzulegen und die Strafe im Übrigen (16 Monate) aufzuschieben. 4. Kosten des Berufungsverfahrens 4.1. Im Berufungsverfahren erfolgt die Kostenaufgabe im Verhältnis

von Obsiegen und Unterliegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft obsiegt mit ihren Anträgen auf Erhöhung der Strafe und Anordnung des teilbedingten Vollzugs, jedoch nicht in vollem Umfang. Damit sind die zweitinstanzlichen Kosten in Gewichtung der Berufungsanträge – mit Ausnahme der Entschädigung der Verteidigung – dem Beschuldigten zu 2/3 aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind im Umfang von 1/3 definitiv und im Übrigen einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei diese einstweilen auf die Gerichtskasse genommenen Kosten der amtlichen Verteidigung vom Beschuldigten in einem späteren Zeitpunkt eingefordert werden, falls sich seine wirtschaftlichen Verhältnisse entsprechend verbessern sollten (= Nachforderungsvorbehalt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO). 4.2. Für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten im Berufungsverfahren werden Fr. 1'461.60 geltend gemacht (Urk. 60). Dies erscheint als ausgewiesen und

- 12 - angemessen. Der amtliche Verteidiger ist daher mit Fr. 1'461.60 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Es wird beschlossen:

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