

ZH_OBERGERICHT SB190222 vom 3. Dezember 2019

ZH Obergericht, 2019-12-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190222

FR: ZH_OBERGERICHT SB190222 du 3 décembre 2019

IT: ZH_OBERGERICHT SB190222 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.

E. 1.2

Mit dem eingangs im Dispositiv zitierten Urteil vom 12. März 2019 wurde der Beschuldigte 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. 36 S. 18 f.). Der Beschuldigte wurde noch gleichentags aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen und dem Migrationsamt zugeführt (Urk. 30). 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. 32). Nach Zustellung des begründeten Urteils am 11. April 2019 (Urk. 35/1) reichte die Staatsanwaltschaft innert Frist die Berufungserklärung ein, mit welcher im Wesentlichen eine höhere und bloss teilbedingte Freiheitsstrafe beantragt wurde (Urk. 39). Mit Präsidialverfügung vom 23. Mai 2019 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten zugestellt und Frist zur Erklärung der Anschlussberufung angesetzt (Urk. 40), worauf verzichtet wurde (Urk. 42). Mit Präsidialverfügung vom 7. Juni 2019 wurde im Einverständnis mit den Parteien das schriftliche Verfahren angeordnet (Urk. 44), zumal sich der Beschuldigte auch nicht mehr in der Schweiz aufhält (Urk. 30). Die Berufungsbegründung der Staatsanwaltschaft vom 13. Juni 2019 (Urk. 46) wurde der Verteidigung sowie der Vorinstanz zugestellt (Urk. 47). Während letztere auf eine Stellungnahme verzichtete (Urk. 49), reichte die Verteidigung am 8. Juli 2019 ihre Berufungsantwort ein (Urk. 51), welche mit Präsidialverfügung vom 9. Juli 2019 der Staatsanwaltschaft zur freigestellten

- 5 - Stellungnahme zugestellt wurde (Urk. 53). Diese verzichtete auf eine weitere Vernehmlassung (Urk. 55).

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. 39). 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

Die Staatsanwaltschaft beantragt die Erhöhung der Strafe auf 36 Monate Freiheitsstrafe (wovon die Hälfte unbedingt; Urk. 39); die Verteidigung beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung der vorinstanzlich ausgefallten beding- ten Freiheitsstrafe von 24 Monaten (Urk. 42). Nachdem der Beschuldigte ausge- schafft wurde, erfolgt die Berufung der Staatsanwaltschaft offenkundig nicht zu- letzt aus generalpräventiven Gründen (vgl. Urk. 39 S. 2, Urk. 51 S. 2). Tatsächlich erscheint es als problematisch, wenn im Ausland immer wieder neue Transport- eure engagiert werden könnten, ohne dass diese in der Schweiz – selbst bei grösseren Drogenmengen – das Risiko eines längeren Strafvollzugs eingehen würden. Dies könnte dem internationalen Drogenhandel vermehrt Tür und Tor öffnen. So gesehen, könnten generalpräventive Überlegungen vorliegend durch- aus eine Rolle spielen, und zwar nicht nur gegenüber südamerikanischen Bodypackern. Wenn die Verteidigung dazu fest hält, es sei äusserst fraglich, dass die Wirkung eines Schweizer Urteils bis nach Kolumbien greife (Urk. 51 S. 3), so ist zu bedenken, dass die Hintermänner durchaus Kontakte zur Schweiz haben dürften, denn die Abnehmer befanden sich hier. Dennoch ist die Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen nur insoweit zulässig, als damit die für den ein- zeln Täter schuldangemessene Strafe nicht überschritten wird: Generalpräven- tiven Überlegungen ist gemäss Bundesgericht bei der Gewichtung des das Ver- schulden bestimmenden gesamten Unrechts- und Schuldgehalts der konkreten Straftat grundsätzlich in dem Sinne Rechnung zu tragen, dass die Strafe geeignet

- 6 - sein muss, die Allgemeinheit zu veranlassen, sich an die Strafrechtsnormen zu halten, und so zur Verbrechensverhütung beiträgt (BGE 118 IV 342 S. 351). As- pekte der Generalprävention dürfen berücksichtigt werden, soweit sie den Rah- men der schuldangemessenen Strafe nicht überschreiten (Urteil des Bundesge- richtes 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. 2.2

Hinsichtlich des relevanten Strafrahmens sowie der theoretischen Straf- zumessungselemente kann ohne Weiteres auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 36 S. 6 ff.).

E. 2.2.1

Die Vorinstanz hat sämtliche relevanten Tatkomponenten aufgeführt und grundsätzlich korrekt gewürdigt. Darauf kann ebenfalls vorab verwiesen werden (Urk. 39 S. 8-10). 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. 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 Strafrahmens immer noch eine Strafdauer von sechs Jahren umfasst. Wenn die Vorinstanz bei dieser Sachlage zu einer Einsatzstrafe von 30 Monaten Freiheitsstrafe gelangt, liegt sie damit im konkreten Fall zu tief und auch der Ansicht der Verteidigung, die ausgefallten 24 Monate Freiheitsstrafe sei ein Strafmass im obersten Bereich (Urk. 51 S. 4 f.), kann nicht beigeplant werden. Zunächst ist zu beachten, dass der Beschuldigte mit den 1'586 Gramm Kokaingemisch (777 Gramm reines Kokain) eine Menge transportiert hat, die mehr als der 43-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

- 7 - anschaulich vor Augen geführt, indem er immerhin 30 Fingerlinge schlucken musste, was schwierig gewesen sei und lange Zeit gedauert habe (Urk. 3/1/3 S. 4 Ziff. 13, S. 10 Ziff. 59, S. 12 Ziff. 76). Vor diesem Hintergrund ist – entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 51 S. 2) – nicht unmassgeblich, ob ein Bodypacker nun 20 oder 30 Fingerlinge schluckt. Mit dem Schlucken von 30 Fingerlingen ging er nicht nur ein grosses Risiko für seine eigene Gesundheit ein; gleichzeitig musste ihm dadurch gerade 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 Vorbeurteilungshandlungen erforderlich, um den Transport überhaupt zu ermöglichen. Zu Recht nicht dem Beschuldigten angerechnet hat die Vorinstanz die professionelle Vorgehensweise der Hintermänner des Drogenhandels (Urk. 36 S. 8, Urk. 39 S. 2). Es bestehen mit der Verteidigung (Urk. 51 S. 3) 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. Selbst wenn sich ein Bodypacker – mit der Vorinstanz (Urk. 36 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. 36 S. 9). Er war zwar zur Tatzeit bereits einige Zeit arbeitslos und hatte Schulden von 6 bis 8 Millionen kolumbianische Pesos angehäuft. Andererseits hatte er in Kolumbien eine gute Ausbildung genossen und zumindest sporadisch offenbar immer wieder mal eine Arbeitsstelle gefunden (Urk. 17/1 S. 2 f.). Mit dem versprochenen Lohn von 12 Millionen Pesos (Urk. 3/1/4 S. 2), was in Kolumbien einem durchschnittlichen Jahresgehalt vieler Personen entsprechen dürfte, wollte er einfach seine Schulden tilgen (Urk. 3/1/1 S. 5, Urk. 3/1/3 S. 6; Prot. I S. 7), mithin das schnelle Geld machen. Auf die Frage, ob er für andere Personen finanziell aufkomme, antwortete er mit "nein" (Urk. 17/1 S. 4; Urk. 3/1/1 S. 6 Nr. 49). Die Darstellung der Verteidigung, wonach der Beschuldigte den Drogentransport aus Angst vor Repressalien durchgeführt habe (Urk. 51 S. 3 und S. 4 unten), findet in den Akten

- 8 - keine hinreichende Stütze, wenngleich der Beschuldigte den Namen einer Person nicht nennen wollte, weil er nicht wisse, ob ihm dies in Zukunft schaden könnte (Urk. 3/1/3 S. 16), und (erst) an der Hauptverhandlung erwähnte, er sei – nach- dem er sich zum Transport bereit erklärt habe – auch unter Druck gesetzt worden, es durchzuziehen (Prot. I S. 8). Dies ändert nichts an den rein finanziellen, egois- tischen Beweggründen des Beschuldigten. Entgegen der Ansicht der Verteidigung ist leicht straf erhöhend zu beachten, dass der Beschuldigte auch seinen Kollegen D._____ (= D._____) für "F._____" als Kurier gewinnen konnte (Urk. 3/1/3 S. 7) und somit eine weitere Person in den Drogenschmuggel involvierte. Wenn die Verteidigung einwirft, die dafür versprochene zusätzliche Entlohnung des Be- schuldigten sei gar nie erfolgt, zumal alle Kuriere denselben Betrag erhielten (Urk. 51 S. 4), so ist festzuhalten, dass es gar nicht zur Auszahlung des ver- sprochenen Entgelts gekommen war und der Beschuldigte selbst davon sprach, er hätte "etwas mehr Geld" von F._____ erhalten. Aufgrund der Tatkomponenten ist somit von einem nicht mehr leichten Verschulden auszugehen.

E. 2.2.2

Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände und insbesondere in ange- messener Gewichtung der vom Beschuldigten aus finanziellem Interesse sehr bewusst aufgenommenen und transportierten erheblichen Drogenmenge er- scheint es gerechtfertigt, die Einsatzstrafe für das gesamte Tatverschulden im Be- reich von 34 Monaten anzusetzen. Wenn die Verteidigung vor Vorinstanz sodann als Vergleichsentscheid das Verfahren SB140324 = SB150307 zitierte (Urk. 25 S. 3), so ist festzuhalten, dass dieser einzelne – zu milde erscheinende – Ent- scheid der II. Strafkammer des Obergerichts für die Kammer nicht verbindlich und daher nicht geeignet ist, das vorliegend konkret ermittelte Ergebnis umzustossen.

E. 2.2.3

Schliesslich sind die Täterkomponenten zu berücksichtigen. Die Vorinstanz hielt fest, das Geständnis des Beschuldigten habe trotz erdrückender Beweislast zur Vereinfachung des Verfahrens geführt und den Untersuchungsbehörden bei Abklärungen hinsichtlich weiterer Mitbeteiligter gedient. Zusammen mit der von Beginn weg glaubhaft dargetanen Einsicht und Reue rechtfertige sich daher eine Reduktion der Einsatzstrafe um 6 Monate, mithin um 20% (Urk. 36 S. 11). Was das Geständnis betrifft, so kann der Vorinstanz zugestimmt werden. Der Beschul-

- 9 - digte gab den Behörden in der Tat von Anfang an äusserst freimütig und – so weit möglich – auch detailliert Auskunft (Urk. 3/1/3), und er war von Beginn weg ge- ständig, Drogen geschmuggelt zu haben (Urk. 3/1/1 S. 2). Dass er dabei irrtümlich von 29 statt 30 Fingerlingen ausging, was er schliesslich als möglich anerkannte, ist ihm nicht anzulasten (Urk. 3/1/3 S. 4, Urk. 3/1/4 S. 2). Sein Geständnis ist ihm daher strafmindernd anzurechnen, aufgrund der erdrückenden Beweislast – mit- hin der in ihm und in seinem Gepäck sichergestellten Fingerlinge – allerdings nicht in erheblichem Masse, da wer anerkennt, was vernünftigerweise nicht zu bestreiten ist, dadurch nämlich keine verschuldensmindernden Umstände wie zum Beispiel Reue bezeugt. Ebenso erleichtert er nicht wesentlich die Untersu- chung. Von strafmindernd wirkender Einsicht und Reue kann nicht ausgegangen werden. Der Beschuldigte äusserte sich während der gesamten Untersuchung nicht zum Unrecht seiner Tat; erst anlässlich des Schlussworts vor Vorinstanz hielt der Beschuldigte in einem kurzen Satz fest, er entschuldige sich und bereue, was er getan habe (Prot. I S. 16).

Das Nachtatverhalten des Beschuldigten führt daher lediglich zu einer leichten Strafminderung.

E. 2.3

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 (Urteil des Bundesgerichtes 6B_858/2016 vom 16. März 2017 E. 3.2) Tabelle von Fingerhuth/Schlegel/Jucker (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Kommentar BetmG,

E. 3

Vollzug

E. 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. 36 S. 12 f.).

- 10 -

E. 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.

E. 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. 3.4

Vorliegend ist zu beachten, dass beim Beschuldigten zwar von einer günstigen Prognose auszugehen ist. Hingegen erscheint es als sehr bedenklich, dass er sich 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.

- 11 - 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. 1'314.60 geltend gemacht (Urk. 58). Dies erscheint als ausgewiesen und angemessen. Die amtliche Verteidigerin ist daher mit Fr. 1'314.60 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Es wird beschlossen:

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 zustehenden 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.).

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