

ZH_OBERGERICHT SB190223 vom 3. Dezember 2019

ZH Obergericht, 2019-12-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190223

FR: ZH_OBERGERICHT SB190223 du 3 décembre 2019

IT: ZH_OBERGERICHT SB190223 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

- 4 - E._____ in die Schweiz ein. Dabei führten alle fünf Beschuldigten in ihrem Magen-Darm-Trakt rund 30 Fingerlinge gefüllt mit rund 1,5 Kilogramm Kokainge- misch 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 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. 38 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. 23) meldete die Staatsan- waltschaft bereits am nächsten Tag Berufung an (Urk. 34). Nach Zustellung des begründeten Urteils am 11. April 2019 (Urk. 37/1) reichte die Staatsanwaltschaft innert Frist die Berufungserklärung ein, mit welcher im Wesentlichen eine höhere und bloss teilbedingte Freiheitsstrafe beantragt wurde (Urk. 41). Mit Präsidialver- fügung vom 23. Mai 2019 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten zugestellt und Frist zur Erklärung der Anschlussberufung an- gesetzt (Urk. 42), worauf stillschweigend verzichtet wurde. Mit Präsidialverfügung vom 27. Juni 2019 wurde im Einverständnis mit den Parteien das schriftliche Ver- fahren angeordnet (Urk. 44), zumal sich der Beschuldigte auch nicht mehr in der Schweiz aufhält (Urk. 39). 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 24. Juli 2019 ihre Berufungsantwort ein (Urk. 51), welche mit Präsidialverfügung vom 25. Juli 2019 der Staatsanwaltschaft zur freigestellten Stellungnahme zugestellt wurde (Urk. 53). Diese verzichtete auf eine weitere Ver- nehmlassung (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. 41). Die übrigen Punkte blieben allseits unangefochten.

- 5 - Im Sinne von Art. 404 Abs. 1 StPO ist daher vorab festzustellen, dass das erstinstanzliche Urteil in den Ziffern 1 (Schuldpunkt), 4 (Landesverweisung), 5 (SIS-Ausschreibung), 6 (Vernichtung der beschlagnahmten Drogen) sowie 7-10 (Kosten 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. 41); die Verteidigung beantragt Abweisung der Berufung (Urk. 51). Nachdem der Beschuldigte ausgeschafft wurde, erfolgt die Berufung der Staatsanwaltschaft offenkundig nicht zuletzt aus generalpräventiven Gründen (vgl. Urk. 41 S. 2 und Urk. 51 S. 2 f.). Tatsächlich erscheint es als problematisch, wenn im Ausland immer wieder neue Transporteure 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 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 Strafrechtsnormen 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.

- 6 -

E. 2.2

Hinsichtlich des relevanten Strafrahmens sowie der theoretischen Strafzumessungselemente kann ohne Weiteres auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 38 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. 38 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. Jedoch ist zu beachten, dass beim gegebenen Strafraum auch ein solches Tat- verschulden noch zu einer Strafe von bis zu vier oder fünf Jahren führen kann und der unterste Drittel des Strafraums 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; ebenso wenig kann der Ansicht der Verteidigung beigegeben werden, die erst- instanzlich ausgefallte Freiheitsstrafe von 24 Monate sei zu hoch (Urk. 51 S. 2). Zunächst ist zu beachten, dass der Beschuldigte mit den 1'350 Gramm Kokain- gemisch (617 Gramm reines Kokain) eine Menge transportiert hat, die mehr als der 34-fachen Menge dessen entspricht, was das Bundesgericht als Grenze zum qualifizierten Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 BetrG festgelegt hat (BGE 138 IV 100 E. 3.2 mit Verweis auf BGE 120 IV 334 E. 2a). Als "Bodypacker" wurde dem Be- schuldigten die Erheblichkeit dieser Drogenmenge zudem sehr anschaulich vor Augen geführt, indem er immerhin 26 Fingerlinge schlucken musste, was genau- me Zeit dauerte und mit diversen Unannehmlichkeiten verbunden war – Gefühl von Übelkeit, Bauchschmerzen, Schwindel (vgl. Urk. 3/1/3 S. 12 f.). Damit ging er zwar ein grosses Risiko für seine eigene Gesundheit ein. Gleichzeitig musste ihm dadurch aber auch bewusst geworden sein, welche erhebliche Drogenmenge – de- ren 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 Vorbereitungs- handlungen erforderlich, um den Transport überhaupt zu ermöglichen. Zu Recht

- 7 - nicht dem Beschuldigten angerechnet hat die Vorinstanz die professionelle Vor- gehensweise der Hintermänner des Drogenhandels (Urk. 38 S. 8, Urk. 41 S. 2, Urk. 51 S. 4). Es bestehen keinerlei Hinweise darauf, dass der Beschuldigte in die Planung weiter involviert gewesen sein könnte; er war vielmehr ein austausch- bares Mittel zum Zweck für die Auftraggeber. Selbst wenn sich ein Bodypacker – mit der Vorinstanz (Urk. 38 S. 8) – auf der un- tersten 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. 38 S. 9). Er ab- solvierte in Kolumbien das Abitur. Zwar verfügt er über keine weitergehende Aus- bildung, fand aber offenbar immer wieder eine Stelle. Vor der Verhaftung erzielte er ein monatliches Einkommen von rund 210'000 kolumbianischen Pesos (Urk. 16/1 S. 3), wobei er anlässlich der ersten polizeilichen Einvernahme von ei- nem monatlichen Einkommen von 800'000 kolumbianischen Pesos sprach (Urk. 3/1/1 S. 2). Er habe aus wirtschaftlichen Gründen gehandelt (Diabetesmedi- kamente für seine Mutter, Schulden einer Operation; Urk. 3/1/3 S. 7, Prot. I S. 10). Mit dem versprochenen Lohn von € 4'000.–, was ein Vielfaches seiner Einkünfte darstellte und in Kolumbien einem durchschnittlichen Jahresgehalt vieler Perso- nen entsprechen dürfte, wollte er insbesondere Schulden tilgen und laufende Ausgaben bezahlen, mithin das schnelle Geld machen. An den rein finanziellen Beweggründen des Beschuldigten besteht somit kein Zweifel. Insgesamt 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 auf knapp 34 Monate anzusetzen. Wenn die Verteidigung vor Vorinstanz sodann zum Vergleich drei Entscheide zitierte (Urk. 26 S. 6 ff.; Urk. 27/1-3), so ist festzuhalten, dass alle genannten Urteile im abgekürzten Verfahren ergingen. Derartige Ver-

- 8 - gleichfälle sind daher nicht geeignet, 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 wiederholt glaubhaft dargetanen Einsicht und Reue rechtfertige sich daher eine Reduktion der Einsatzstrafe um 6 Monate, mithin um 20% (Urk. 38 S. 11, Urk. 51 S. 6). Dazu ist festzuhalten, dass der Beschuldigte in der ersten Einvernahme grösstenteils von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machte (Urk. 3/1/1). In der Folge gab er den Behörden zwar Auskunft, konnte letztlich aber kaum Hilfreiches beitragen, da er weder die vollen Namen noch Adressen usw. der Hintermänner nennen konnte (vgl. Urk. 3/1/3 S. 6, S. 12 und S. 22). Was sein Geständnis betrifft, so ist dieses auch nicht von Anfang an umfassend erfolgt: In seiner ersten Befragung räumte er bloss den Transport von 17 Fingerlingen ein (Urk. 3/1/1). Bei dieser Menge blieb er auch in der Haftenvernahme (Urk. 3/1/2). Erst auf Vorhalt eines Fotobogens mit den 26 von ihm ausgeschiedenen Fingerlingen (sichergestellt aus den persönlichen Effekten sowie die im Gefängnis ausgeschiedenen) anerkannte er, 26 Fingerlinge in die Schweiz gebracht zu haben (Urk. 3/1/3 S. 3 f.). Angesichts dieser Aussagen sowie der ohnehin erdrückenden Beweislast ist das Geständnis des Beschuldigten nur in leichtem Mass strafmindernd zu berücksichtigen, zumal wer anerkennt, was vernünftigerweise nicht zu bestreiten ist, dadurch keine verschuldensmindernden Umstände wie zum Beispiel Reue bezeugt. Ebenso erleichtert er nicht wesentlich die Untersuchung. Auch von strafmindernd wirkender Einsicht und Reue kann – entgegen der Vorinstanz – nicht ausgegangen werden. Der Beschuldigte äusserte sich während der gesamten Untersuchung nicht zum Unrecht seiner Tat; erst anlässlich des Schlussworts an der Hauptverhandlung hielt der Beschuldigte kurz fest, er entschuldige sich und empfinde Reue (Prot. I S. 15). Das Nachtatverhalten des Beschuldigten führt zu einer leichten Strafminderung.

- 9 -

E. 2.3

Insgesamt ist der Beschuldigte daher mit 30 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen. Der Anrechnung von 253 Tagen erstandener Untersuchungshaft und vorzeitigem Strafvollzug 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, 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.

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. 38 S. 12 ff.).

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.

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. 1'717.10 geltend gemacht (Urk. 58). Dies erscheint als ausgewiesen und

- 11 - angemessen. Der amtliche Verteidiger ist daher mit Fr. 1'717.10 (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

- 10 - 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 Verschuldungsgesichtspunkten 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.