

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB120385-O/U/gs

Mitwirkend: die Oberrichter lic.iur. Spiess, Präsident, Oberrichter Dr. Bussmann
und Oberrichter lic.iur. Burger sowie der Gerichtsschreiber
lic.iur. Hafner

Urteil vom 2. November 2012

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung,
vom 8. Mai 2012 (DG110355)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 11).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b-d und g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG,
 - der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 33 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 79 Tage durch Haft erstanden sind) sowie mit einer Busse von Fr. 500.–. Es wird Vormerk genommen, dass der Beschuldigte sich seit dem 23. September 2011 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Die bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ... (Asservaten-Nr. ...; ...; ...) sichergestellten Betäubungsmittel werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

6. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 7. Juli 2011 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse lagernde Mobiltelefon Samsung GT-E1150 (IMEI-Nr. ...; Sachkautions-Nr. ...) wird der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
7. Das als Beweismittel beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse lagernde Mobiltelefon Nokia 5230 (IMEI-Nr. ...; Sachkautions-Nr. ...) sowie das Navigationsgerät Garmin (Sachkautions-Nr. ...) werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgegeben.
8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4'000.--	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	200.--	Kosten der Kantonspolizei
Fr.	2'000.--	Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten Untersuchung
Fr.	1'373.75	Auslagen Untersuchung
Fr.		amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr.	8'710.20	amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
10. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 42 S. 1)

1. Es sei in Aufhebung von Ziff. 2 des angefochtenen Urteils die Freiheitsstrafe auf 30 Monate zu reduzieren.
2. Es sei dem Appellanten in teilweiser Aufhebung von Ziff. 3 des angefochtenen Urteils für 18 Monate der bedingte Vollzug zu bewilligen, unter Ansetzung einer Probezeit nach Ermessen des Gerichts.
3. Es sei die Haftentlassung anzuordnen.
4. Es seien die Kosten des Berufungsverfahrens ausgangsgemäss zu regeln.

b) Der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:

(schriftlich, Urk. 38)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Prozessuales

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 8. Mai 2012 wurde der Beschuldigte A._____ der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b-d und g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gesprochen. Bestraft wurde der Beschuldigte mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 33 Monaten und einer Busse von Fr. 500.-.
2. Gegen das Urteil der Vorinstanz meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 10. Mai 2012 fristgerecht Berufung an (Urk. 22). Das begründete Urteil wurde vom Verteidiger des Beschuldigten am 31. Juli 2012 entgegengenommen (Urk. 29/2). Mit Eingabe vom 7. August 2012 reichte er daraufhin innert der zwanzigtägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO die Berufungserklärung ein (Urk. 32). Angefochten wurden mit dieser Berufung ausschliesslich die Strafzumessung (Dispositivziffer 2) und der Strafvollzug (Dispositivziffer 3). Beweisanträge wurden keine gestellt (Urk. 32 S. 1 f.).
3. Mit Präsidialverfügung vom 24. September 2012 wurde der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um Anschlussberufung zu erklären oder einen Antrag auf Nichteintreten zu stellen (Urk. 34). Mit Eingabe vom 1. Oktober 2012 erklärte die Staatsanwaltschaft, dass sie auf eine Anschlussberufung verzichtet (Urk. 38).
4. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liess der Beschuldigte die eingangs erwähnten Anträge stellen (Urk. 42 S. 1).
5. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit nur im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht er-

fassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (Schmid, StPO Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 402 N 1). Der Beschuldigte hat die Dispositivziffern 1 (Schuldsprüche), 5-7 (Beschlagnahme Güter und Einziehung) und 8-10 (Kostendispositiv) nicht angefochten. Diese von der Berufung nicht umfassten Punkte des vorinstanzlichen Urteils sind somit in Rechtskraft erwachsen, was mittels Beschluss festzustellen ist.

II. Strafzumessung

1. Die Vorinstanz setzte den Strafraum für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz unter Berücksichtigung von Art. 19 Abs. 1 lit. b-d und g in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG korrekt fest und legte die Grundsätze der Strafzumessung unter Hinweis auf Art. 47 ff. StGB richtig dar (Urk. 31 S. 5).

2. Das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten hat die Vorinstanz ebenfalls zutreffend wiedergegeben. Auf die entsprechenden Erwägungen ist vorab zu verweisen (Urk. 31 S. 8 f.). Im Berufungsverfahren führte der Beschuldigte zusätzlich aus, dass er zwar kinderlos und ledig sei, seit Januar 2010 jedoch in einer festen Partnerschaft lebe. Bezüglich seiner finanziellen Situation führte er aus, dass er vor seiner Verhaftung mit Gelegenheitsarbeit auf dem Bau monatlich durchschnittlich EUR 2'500.-- verdient habe. Seine Lebenspartnerin verdiene ca. EUR 700.-- dazu. Seine Wohnkosten bezifferte er auf EUR 320.--. Vermögen habe er keines. Seine Schulden beliefen sich demgegenüber auf rund EUR 700'000.-- (Urk. 36 und Urk. 41 S. 3).

3. Die Vorinstanz würdigte alle massgeblichen Strafzumessungskriterien zutreffend und umfassend. Es kann auf ihre diesbezüglichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 31 S. 5 ff.). Hinzuzufügen ist, dass der Beschuldigte kurz nach Ablauf der nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug angesetzten Probezeit erneut, wenn auch nicht einschlägig, delinquierte. Da allerdings drei der vier Vorstrafen des Beschuldigten in B._____ [Staat in Europa] nach schweizerischem Recht nicht mehr im Strafregister aufgeführt wären und mithin nicht mehr gegen

den Beschuldigten verwendet werden dürfen (vgl. nachfolgende Ausführungen zum Strafvollzug), ist die auszusprechende Freiheitsstrafe auf 30 Monate zu reduzieren. Die Busse in Höhe von Fr. 500.–, welche die Vorinstanz für die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes ausgesprochen hat (Urk. 31 S. 10 f.), erweist sich als angemessen und ist zu bestätigen. Für die Busse ist eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen vorzusehen.

III. Strafvollzug

1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB kann das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig erscheint, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen.

2. Da der Beschuldigte zu einer Freiheitsstrafe von 33 Monaten zu verurteilen ist, sind die objektiven Voraussetzungen für die Gewährung eines teilbedingten Strafvollzuges vorliegend erfüllt (Art. 43 Abs. 1 StGB).

3. In subjektiver Hinsicht setzt die Gewährung eines teilbedingten Strafvollzuges voraus, dass begründete Aussicht darauf besteht, dass sich der Beschuldigte bewähren wird. Wenn und soweit die Legalprognose nicht schlecht ausfällt, muss zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung ausgesetzt werden. Umgekehrt ist bei einer schlechten Prognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe ausgeschlossen (BGE 134 IV 1 E. 5.3.1).

3.1 Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten eine negative Legalprognose gestellt. Zur Begründung dieser schlechten Prognose führte sie im Wesentlichen an, dass er mehrere Vorstrafen aufweise und sein bisheriger Werdegang von wiederholter, schwerer Kriminalität gekennzeichnet sei. Trotz mehrjähriger Haftstrafen habe er sich weder von den Drogen noch von kriminellen Machenschaften fernhalten kön-

nen. Es sei daher daran zu zweifeln, dass er sich von seiner Partnerin bzw. den gemeinsam mit ihr gehegten Zukunftsplänen von künftig Delikten abhalten lasse. Die Partnerschaft habe ihn ja auch nicht davon abhalten können, die dem vorliegenden Urteil zu Grunde liegenden Drogendelikte zu begehen. Zudem seien seine Zukunftspläne erst in Ansätzen ausgearbeitet. Schliesslich sei auch zu befürchten, dass der Beschuldigte erneut Drogen konsumieren und mit seinen kriminellen "Kollegen" Kontakt haben werde (Urk. 31 S. 11 f.).

3.2 Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Verteidiger des Beschuldigten zur Legalprognose aus, der Beschuldigte habe sich von der Delinquenz losgesagt, nachdem seine Freundin auch nach seiner Verhaftung zu ihm gestanden habe und sie die Pläne für eine gemeinsame Zukunft nun umzusetzen begonnen hätten. Desweiteren konsumiere der Beschuldigte auch kein Kokain mehr. Ihm könne daher eine günstige Prognose gestellt werden (Urk. 42 S. 11 f.).

3.3 Bei der Beurteilung der Legalprognose sind nebst den Tatumständen das Vorleben, der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, welche Rückschlüsse auf den Charakter und die Bewährungsaussichten eines Täters zulassen, zu berücksichtigen. Unter neuem Recht sind die Anforderungen an die Prognose der Legalbewährung für den Strafaufschub grundsätzlich tiefer als unter altem Recht. Früher musste erwartet werden können, dass sich ein Beschuldigter durch eine bedingt vollziehbare Strafe von weiteren Delikten abhalten lässt. Er musste zureichende Gewähr für eine dauernde Besserung bieten. Eine blosser Hoffnung, er werde sich künftig wohlverhalten, genügte nicht. Neu bedarf es demgegenüber nicht mehr der positiven Erwartung, der Täter werde sich bewähren, sondern vielmehr genügt es bereits, dass nicht befürchtet werden muss, dass er sich nicht bewähren wird. Der Aufschub der Strafe ist daher die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf (BGE 134 IV 1 E. 4.2.1 und E. 4.2.2, m.w.H. auf Lehre und Rechtsprechung).

a) Der Beschuldigte hat zwar lediglich als Drogenkurier gehandelt, jedoch insgesamt 957.16 Gramm reines Kokain transportiert. Angesichts dieses Umstandes kann seine Tat nicht mehr als geringfügige Entgleisung angesehen werden. Auch dass er den Drogentransport gemäss eigenen Angaben als "Gefälligkeit" für Leute

gemacht habe, welche er bereits seit über 20 Jahren kenne (Urk. 16 S. 2), vermag daran nichts zu ändern.

b) Betreffend das Vorleben und den Leumund des Beschuldigten ist zu berücksichtigen, dass er in B._____ vier Vorstrafen aufweist. Nach einer "Jugendstraftat" aus dem Jahre 1978 und einer Vorstrafe aus dem Jahre 1981, welche gemessen an den Kriterien von Art. 369 Abs. 1 und 2 StGB nach schweizerischem Registerrecht bereits aus dem Register entfernt wären und deshalb im vorliegenden Fall nicht mehr entgegenzuhalten sind (Art. 369 Abs. 7 StGB), wurde der Beschuldigte im Jahre 2000 wegen "Grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen" zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 6 Monaten verurteilt. Zugunsten des Beschuldigten ist davon auszugehen, dass auch diese Strafe inzwischen nach schweizerischem Recht im Strafregister gelöscht worden wäre. Am 13. März 2002 wurde er schliesslich vom Landesgericht C._____ wegen Raubes bzw. schweren Raubes zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 8 Jahren verurteilt. Zugunsten des Beschuldigten, der anderslautende Angaben machte (Urk. 41 S. 4 f.), ist in Übereinstimmung mit den vorliegenden Akten (Urk. 9/3) davon auszugehen, dass er aus diesem letzten Strafvollzug am 3. Januar 2008 bedingt entlassen wurde, wobei die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt wurde.

Die in B._____ begangenen Straftaten und die dort verbüssten Strafen bilden einen wesentlichen Bestandteil des Vorlebens des Beschuldigten. Gemäss Lehre und Rechtsprechung können derartige früheren Bestrafungen auch dann negativ berücksichtigt werden und die Vermutung einer günstigen Prognose aufheben, wenn die Strafverbüssung länger zurückliegt und es sich nicht um gleichartige Delinquenz handelte (vgl. dazu Trechsel, Praxiskommentar StGB, Zürich/St.Gallen 2008, Art. 42 N 16, m.w.H.). Nach einer bedingten Strafe im Jahre 2000 wurde der Beschuldigte zu einer achtjährigen unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt und hielt sich mehrere Jahre im Strafvollzug auf. Zuletzt wurde er im Januar 2008 vorzeitig entlassen und im Rahmen dieser Entlassung wurde gar Bewährungshilfe angeordnet (9/3 S. 2). Erst im Januar 2011 lief die Probezeit der bedingten Entlassung ab. Nur wenige Monate nach Ablauf der Probezeit beging der Beschuldigte somit die dem vorliegenden Urteil zu Grunde liegenden Drogendelikte. Auf-

grund der schweren Delinquenz des Beschuldigten sowie angesichts seines Rückfalles ist zu befürchten, dass er sich auch künftig nicht bewähren wird.

c) Betreffend die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten ist zu berücksichtigen, dass er kinderlos sowie ledig ist und er seine derzeitige Partnerin erst seit Januar 2010 kennt (Urk. 9/5 S. 2; Urk. 16 S. 5). Zu seinen Eltern sowie zu seinen drei Geschwistern hat er keinen Kontakt. Gemäss eigener Aussage weiss er nicht, wo seine Familienangehörigen wohnen und ob seine Eltern überhaupt noch leben (Urk. 9/5 S. 2).

Zu beachten ist ferner, dass der Beschuldigte mehrmals bestätigt hat, dass er in Freiheit regelmässig Drogen konsumierte und mit Personen Kontakt hatte, welche im Drogenhandel tätig sind (Urk. 2/2 S. ff.; Urk. 9/5 S. 4; Urk. 16 S. 2 f.). Eigenen Angaben zufolge konsumiert er seit seiner Jugend Drogen (Urk. 41 S. 4).

Betreffend die berufliche und finanzielle Situation des Beschuldigten ist zu berücksichtigen, dass er vor seiner Verhaftung keine feste Anstellung hatte. Mit Gelegenheitsarbeiten erzielte er zwar ein Monatseinkommen von rund EUR 2'500.–, diesen Einkünften standen bzw. stehen jedoch immer noch Schulden in Höhe von rund EUR 700'000.– entgegen (Urk. 16 S. 2; Urk. 36). Ob die Umsetzung seines Zukunftsplans, das bestehende Geschäft seiner derzeitigen Partnerin zu modernisieren und sich so eine geregelte Einkommensbasis zu schaffen, gelingt, ist daher zumindest fraglich, obschon die Umbauarbeiten bereits im Gange sind (Urk. 16 S. 5 f.; Urk. 42 S. 12).

3.4 Da der Beschuldigte wegen z.T. schwerer Delikte vorbestraft ist und er weder in beruflicher noch in privater Hinsicht in genügend stabilen Verhältnissen lebt, ist zu befürchten, dass er sich in Freiheit nicht bewähren wird. Die Vorinstanz ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass ihm eine ungünstige Legalprognose gestellt werden muss. Aufgrund dieser schlechten Prognose ist ein teilweiser Aufschub der Strafe ausgeschlossen. Die 30 Monate Freiheitsstrafe sind somit zu vollziehen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung vom 8. Mai 2012 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 5-7 (Beschlagnahme Sachen und Einziehung) und 8-10 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten, wovon bis und mit heute 486 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind, sowie mit Fr. 500.– Busse.
2. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen. Die Busse ist zu bezahlen.
3. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'600.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung (*ausstehend*)
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- den Beschuldigten und seinen Verteidiger
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
 - das Amt für Justizvollzug
- sowie in vollständiger Ausfertigung an
- den Beschuldigten und seinen Verteidiger
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
 - das Bundesamt für Polizei
- und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.
7. Rechtsmittel:

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.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Zürich, 2. November 2012

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic.iur. Spiess

lic.iur. Hafner