Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B 1224/2014

Urteil vom 9. April 2015

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,
Bundesrichtern Jametti,
Gerichtsschreiber Held.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Stephan A. Buchli,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Strafzumessung (mehrfache qualifizierte Widerhandlung gegen das BetmG),

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 4. November 2014.

Sachverhalt:

A.
X._____ war von Ende Februar 2010 bis Anfang März 2011 an der Lagerung sowie an landesinternen und grenzüberschreitenden Transporten von rund 6,4 kg Kokaingemisch und ca. 75 kg Streckmitteln beteiligt. Drahtzieher und Organisator der einzelnen Tätigkeiten und insbesondere verantwortlich für den Absatz des Kokains und der Streckmittel war A._____.

B.
Das Bezirksgericht Zürich verurteilte X._____ am 27. Februar 2014 wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (4,4 kg reines Kokain und 75 kg Streckmittel) zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren. Das Obergericht des Kantons Zürich erkannte ein strafbares Verhalten nur hinsichtlich der Handlungen mit 4,4 kg Kokain und sprach ihn von den Vorwürfen des Anstalten-Treffens in Zusammenhang mit Streckmitteln frei. Es verurteilte X._____ wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlungen gegen das BetmG zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und neun Monaten.

C.
X._____ führt Beschwerde in Strafsachen und beantragt, er sei zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von

drei Jahren zu verurteilen, deren Vollzug im Umfang von 18 Monaten aufzuschieben sei. Eventualiter sei die Sache zur neuen Beurteilung der Strafe oder des "Vollzugs" an die Vorinstanz zurückzuweisen.
Das Obergericht und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich haben auf Vernehmlassungen verzichtet.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz komme angesichts der hohen Einsatzstrafe ihrer Begründungspflicht nicht nach. Sie gewichte das Kriterium der Betäubungsmittelmenge falsch und lasse ausser Acht, dass die von ihm importierten 5 kg Kokaingemisch vollständig sichergestellt wurden, weshalb die mittelbare Gesundheitsgefährdung vieler Personen gering gewesen sei. Die Vorinstanz mache sich die Strafzumessungserwägungen des erstinstanzlichen Gerichts zu eigen und verkenne dabei, dass ihm als Kurierfahrer, der nicht bei der Planung und Organisation des Kokaintransports vom Kosovo in die Schweiz mitgewirkt hat, kein professionelles Verhalten und keine gesteigerte kriminelle Energie vorgeworfen werden könne. Sie berücksichtige nicht hinreichend seine Abhängigkeit vom Haupttäter A._____, dem er widerspruchslos gehorcht habe, weshalb auch die Erhöhung der Einsatzstrafe um 13 Monate für die übrigen Tathandlungen unhaltbar sei. Die Vorinstanz begründe die - im Übrigen zu niedrig ausgefallene - Strafminderung infolge der Freisprüche nicht.

1.2.

1.2.1. Entscheide, die der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen, sind den Parteien schriftlich zu eröffnen und müssen namentlich die massgebenden Gründe tatsächlicher und rechtlicher Art, insbesondere die Angabe der angewendeten Gesetzesbestimmungen enthalten (Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG). Aus dem Entscheid muss klar hervorgehen, von welchem festgestellten Sachverhalt die Vorinstanz ausgegangen ist und welche rechtlichen Überlegungen sie angestellt hat (BGE 138 IV 81 E. 2.2; 135 II 145 E. 8.2; je mit Hinweisen). Die Begründungspflicht dient dazu, den Parteien die für den Entscheid massgebenden Umstände zur Kenntnis zu bringen, damit sie sich ein Bild über die Tragweite machen, ihn auf seine Richtigkeit hin überprüfen und gegebenenfalls sachgemäss anfechten können (Urteil 8C 258/2014 vom 15. Dezember 2014 E. 5.2 mit Hinweis). Genügt ein Entscheid diesen Anforderungen nicht, so kann das Bundesgericht ihn in Anwendung von Art. 112 Abs. 3 BGG an die kantonale Behörde zur Verbesserung zurückweisen oder aufheben. Hingegen steht es ihm nicht zu, sich an die Stelle der Vorinstanz zu setzen, die ihrer Aufgabe nicht nachgekommen ist (Urteil 5D 10/2014 vom 25. März 2014 E. 2.1 mit Hinweisen).

1.2.2. Ist ein Urteil zu begründen, so hält das Gericht in der Begründung auch die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung fest (Art. 50 StGB). Der Richter muss die Überlegungen, die er bei der Bemessung der Strafe vorgenommen hat, in den Grundzügen wiedergeben, sodass die Strafzumessung nachvollziehbar ist (BGE 134 IV 17 E. 2.1; Urteil 6B 510/2013 vom 4. März 2014 E. 4.3; je mit Hinweisen).

1.2.3. Im Rechtsmittelverfahren kann das Gericht für die tatsächliche und die rechtliche Würdigung des angeklagten Sachverhalts aus Gründen der Prozessökonomie auf die Begründung der Vorinstanz verweisen, wenn es dieser beipflichtet (Art. 82 Abs. 4 StPO; Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1157 Ziff. 2.2.8.5 zu Art. 80). Auf neue tatsächliche oder rechtliche Vorbringen, die erstmals im Rechtsmittelverfahren vorgebracht werden, ist einzugehen. Vom Instrument der Verweisung ist zurückhaltend Gebrauch zu machen, da andernfalls bei der das Rechtsmittel ergreifenden Person der Eindruck entstehen kann, die Rechtsmittelinstanz setze sich mit ihren Vorbringen nicht auseinander (vgl. Nils Stohner, in: Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 9 zu Art. 82 StPO).
Ein Verweis erscheint in erster Linie bei nicht streitigen Sachverhalten und abstrakten Rechtsausführungen sinnvoll, kommt hingegen bei strittigen Sachverhalten und Beweiswürdigungen sowie der rechtlichen Subsumtion des konkreten Falls nur dann in Frage, wenn die Rechtsmittelinstanz den vorinstanzlichen Erwägungen (vollumfänglich) beipflichtet. Art. 82 Abs. 4 StPO entbindet die Rechtsmittelinstanzen nicht von deren Begründungspflicht und findet seine Grenzen, wenn sich nicht mehr ohne Weiteres feststellen lässt, was die massgebenden tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen der Rechtsmittelinstanz sind (vgl. Urteile 6B 776/2013

vom 22. Juli 2014 E. 1.5; 6B 356/2012 vom 1. Oktober 2012 E. 3.5; je mit Hinweisen; Bernhard Ehrenzeller, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 7 f. zu Art. 112 BGG).

1.3.

1.3.1. Die Vorinstanz verweist sowohl bei der (nicht angefochtenen) Sachverhaltsfeststellung als auch bei ihren rechtlichen Erwägungen in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO mehrmals "grundsätzlich" bzw. "teilweise" auf das erstinstanzliche Urteil. Sie macht sich dessen Erwägungen jedoch nicht vollumfänglich zu eigen oder bestätigt diese umfassend, sondern nimmt eine Vielzahl von "Korrekturen, Ergänzungen und Präzisierungen" vor. Ihren Verweisungen und Ausführungen lässt sich nicht entnehmen, in welchem Umfang sie die erstinstanzlichen Erwägungen übernimmt, präzisiert oder korrigiert bzw. ersetzt. Es ist dem Beschwerdeführer nicht zuzumuten und auch nicht Aufgabe des Bundesgerichts, aufgrund eines Abgleichs beider kantonaler Entscheide zu ermitteln, was aller Wahrscheinlichkeit nach die massgebenden und verbindlichen Erwägungen des Berufungsurteils sind. Die Entscheidgründe müssen sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht ohne Weiteres nachvollziehbar sein, was vorliegend nicht der Fall ist. Zudem ist das Berufungsurteil trotz der zahlreichen Verweise auf die erstinstanzlichen Erwägungen sechs Seiten länger als der Entscheid des Bezirksgerichts, und die vorinstanzlichen Strafzumessungserwägungen sind aufgrund der
umfangreichen "Korrekturen, Präzisierungen und Ergänzungen" ebenfalls nicht knapper, weshalb sich die Verweise auch aus Gründen der Verfahrensökonomie als nicht zweckmässig erweisen.

1.3.2. Die vorinstanzlichen Erwägungen sind aufgrund der unklaren Verweise teilweise missverständlich und widersprüchlich. Inwieweit das Bezirksgericht die massgebenden Strafzumessungsfaktoren "grundsätzlich zutreffend genannt und gewürdigt" haben soll, obwohl es entgegen der Vorinstanz auch den Umgang mit Streckmitteln für strafbar hielt und das objektive Tatverschulden als "erheblich" und nicht nur wie die Vorinstanz als "nicht besonders schwer" einstufte, ist nicht nachvollziehbar. Unklar bleibt, in welchem Umfang die Vorinstanz die Freisprüche von rund der Hälfte der Anklagevorwürfe hinsichtlich des Anstalten-Treffens zu Handlungen mit 75 kg Streckmitteln berücksichtigt. Die rudimentäre Erwägung, "dass der Beschwerdeführer bezüglich der Handlungen mit dem Streckmittel freizusprechen ist, wurde berücksichtigt, wirkt sich bei der Strafzumessung aber nur geringfügig aus (vgl. dazu auch Urk. 71 S. 17 [erstinstanzliches Urteil]) ", genügt im Hinblick auf eine transparente, in den Grundzügen nachvollziehbare und überprüfbare Strafzumessung nicht. Daran ändert auch der Verweis auf das erstinstanzliche Urteil nichts, der sich zudem als widersprüchlich erweist. Die Vorinstanz stellt zutreffend fest, dass entgegen der erstinstanzlichen
Erwägungen das BetmG nicht in seiner aktuellen, sondern in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung anzuwenden ist, weshalb die vom Bezirksgericht vorgenommene "leichte Erhöhung" nicht mit Art. 19 Abs. 3 lit. c BetmG (gemeint sein dürfte lit. a), der in der zum Tatzeitpunkt geltenden und anwendbaren Gesetzesfassung noch nicht existierte, begründet werden kann. Dass die Vorinstanz das erstinstanzliche Strafmass von 4 Jahren Freiheitsstrafe in ihren Erwägungen bestätigt, letztlich jedoch eine Freiheitsstrafe von 3¾ Jahren ausspricht, ist unerklärlich.

1.3.3. Zudem verkennt die Vorinstanz, dass die Berufung nach Art. 398 ff. StPO grundsätzlich ein reformatorisches Rechtsmittel ist (BBl 2006 1318 Ziff. 2.9.3.3). Sie verfügt als Berufungsgericht über umfassende Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (vgl. Art. 398 Abs. 2 und 3 StPO; Urteile 6B 497/2014 vom 6. März 2015 E. 1.4; 6B 339/2014 vom 27. November 2014 E. 1.3, nicht publ. in: BGE 140 IV 145), das - tritt es auf die Berufung ein - ein neues, den erstinstanzlichen Entscheid ersetzendes Urteil fällt (vgl. Art. 408 StPO). Die Vorinstanz hätte die Strafe unter Berücksichtigung der Freisprüche sowie der übrigen wesentlichen Strafzumessungsfaktoren neu festsetzen und nachvollziehbar begründen müssen und sich nicht mit einer Überprüfung der erstinstanzlichen Rechtsanwendung begnügen dürfen. Daran ändert die Möglichkeit, im Rechtsmittelverfahren auf die Begründung der Erstinstanz zu verweisen, nichts (vgl. Urteile 6B 776/2013 vom 22. Juli 2014 E. 1.5; 6B 356/2012 vom 1. Oktober 2012 E. 3.5; je mit Hinweisen).

1.4. Der angefochtene Entscheid genügt in mehrfacher Hinsicht nicht den gesetzlichen Begründungsanforderungen gemäss Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG und Art. 50 StGB und verletzt zudem Art. 82 Abs. 4 StPO.

2.
Die Beschwerde ist gutzuheissen, weshalb es sich erübrigt, auf die weiteren Rügen einzugehen. Es sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Zürich hat dem Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 4. November 2014 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.
Der Kanton Zürich hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.- zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 9. April 2015

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Held