

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

6B 371/2020

Urteil vom 10. September 2020

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Denys, Präsident,  
Bundesrichterin van de Graaf,  
Bundesrichterin Koch,  
Gerichtsschreiberin Pasquini.

Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Titus Bosshard Good,  
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Mehrfache qualifizierte Widerhandlung gegen das BetmG (Mittäterschaft); Strafzumessung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 5. Dezember 2019 (SB190044-O/U/cwo).

Sachverhalt:

A.  
Das Bezirksgericht Meilen verurteilte A. \_\_\_\_\_ am 25. Juli 2018 wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (BetmG) im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG zu einer Freiheitsstrafe von 48 Monaten. Auf Berufung von A. \_\_\_\_\_ hin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich den bezirksgerichtlichen Entscheid am 5. Dezember 2019 sowohl im Schuld- als auch im Strafpunkt.

B.  
A. \_\_\_\_\_ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen und subsidiärer Verfassungsbeschwerde sinngemäss, das obergerichtliche Urteil sei aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei er im Zusammenhang mit den Kokainauslieferungen vom Vorwurf der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG frei zu sprechen. Er sei mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von drei Jahren zu bestrafen. Der zu vollziehende Teil der Strafe sei auf 12 Monate, unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft, und die Probezeit auf fünf Jahre festzulegen. A. \_\_\_\_\_ ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

Erwägungen:

1.  
Mit Beschwerde in Strafsachen kann auch die Verletzung von Verfassungsrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Die zusätzlich erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist ausgeschlossen (Art. 113 ff. BGG).

2.

2.1. Der Beschwerdeführer wendet sich nicht gegen den Schuldspruch betreffend die

Heroinauslieferungen und bei den Kokainauslieferungen anerkennt er den Schuldspruch in Bezug auf die Beförderung. Indessen bestreitet er, das Kokain übergeben zu haben. Im Wesentlichen macht er geltend, die Kriterien der Mittäterschaft seien nicht gegeben. Sein Tatbeitrag - er sei lediglich der Fahrer gewesen - sei nicht namhaft gewesen. Er sei B. \_\_\_\_\_ stark untergeordnet gewesen. Von einer Austauschbarkeit der Rollen könne keine Rede sein (Beschwerde S. 3 ff.).

2.2. Die Vorinstanz stellt hinsichtlich der Rolle des Beschwerdeführers fest, während gut drei Monaten habe er insgesamt über 80 Drogenauslieferungen an verschiedene Abnehmer vorgenommen, oftmals alleine. Er habe die Betäubungsmittel jeweils vorportioniert und in Plastikbeutel verpackt von B. \_\_\_\_\_ bezogen. Einmal habe er die Drogen direkt beim Lieferanten abgeholt. Zudem sei es vorgekommen, dass der Beschwerdeführer sie gemäss Instruktion versteckt oder auf Anweisung die auszuliefernden Drogen einem Versteck entnommen habe. B. \_\_\_\_\_, der in Kontakt mit den Abnehmern gestanden sei, habe Menge und Preis sowie die Zeiten und Örtlichkeiten der Übergaben festgelegt. Schliesslich habe der Beschwerdeführer das Geld für die Drogen entgegengenommen und es B. \_\_\_\_\_ abgeliefert. Für seine Tätigkeiten habe er eine Entlohnung erhalten, entweder pro Transport, in monatlichen Abrechnungen oder auf Nachfrage, um Rechnungen bezahlen zu können. All diese Umstände würden für ein Unterordnungsverhältnis sprechen. Die tiefere hierarchische Stellung des Beschwerdeführers im Vergleich zu B. \_\_\_\_\_ zeige sich auch in der Tatsache, dass er den risikoreichen Drogentransport im eigenen Fahrzeug durchgeführt habe, während B. \_\_\_\_\_ "drogenfrei" in

einem separaten Fahrzeug an den Übergabeort gelangt sei. Ausserdem habe jener noch weitere Drogenläufer beschäftigt. Dass der Beschwerdeführer aber nur als "ferngesteuerte Drohne" funktioniert habe, treffe schon deshalb nicht zu, weil er Kenntnis von Drogenbunkern gehabt und wiederholt die auszuliefernden Betäubungsmittel dort geholt habe. Auch sei es vorgekommen, dass er selber Verstecke angelegt habe, wenn er nicht gleich habe ausliefern können. Ferner sei sich der Beschwerdeführer stets im Klaren darüber gewesen, als Teil einer Drogenhandelsorganisation zu handeln, namentlich, dass er Betäubungsmittel ausgeliefert und das Drogengeld zur Weiterleitung an sich genommen habe, dass er Betäubungsmittel transportiert habe, die zur Auslieferung/Übergabe bestimmt gewesen seien und er auch davon ausgegangen sei, dass dessen Verkauf bevorstehe. Er habe sich zwar im unteren Hierarchiebereich bewegt, habe aber dennoch über einen gewissen Handlungsspielraum verfügt und habe nicht bloss als Werkzeug gedient (Urteil S. 14 f. E. 6.2).

2.3. Als Mittäter gilt, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht. Dabei kommt es darauf an, ob der Tatbeitrag (nach den Umständen des konkreten Falles und dem Tatplan) für die Ausführung des Deliktes so wesentlich ist, dass die Tat "mit ihm steht oder fällt". Der Mittäter muss bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung der Tat auch tatsächlich mitwirken. Daraus folgt aber nicht, dass Mittäter nur ist, wer an der eigentlichen Tatausführung beteiligt ist oder sie zu beeinflussen vermag. Tatbestandsmässige Ausführungshandlungen sind nicht notwendige Voraussetzung für die Annahme von Mittäterschaft (vgl. BGE 143 IV 361 E. 4.10 S. 371 f.; 135 IV 152 E. 2.3.1 S. 155; Urteil 6B 1201/2019 vom 1. Mai 2020 E. 1.3.2; je mit Hinweisen). Die Folge der Mittäterschaft ist, dass jedem Mittäter die gesamte Handlung zugerechnet wird.

2.4. Die Rügen erweisen sich als unbegründet, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer beanstandet die Beweiswürdigung der Vorinstanz bzw. weicht von ihren tatsächlichen Feststellungen ab oder ergänzt sie, ohne jedoch die Willkürzüge zu erheben. Auf die Beschwerde kann insofern nicht eingetreten werden (siehe Art. 105 Abs. 1 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 BGG). Dies ist beispielsweise der Fall, wenn er ausführt, es sei fraglich, ob er sich im Klaren darüber gewesen sei, was er anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ausgesagt habe und es gehe nicht an, das angebliche Geständnis als klar zu bezeichnen (Beschwerde S. 4), oder wenn er vorbringt, er habe lediglich als Fahrer gedient (Beschwerde S. 5). Soweit der Beschwerdeführer einwendet, eine Austauschbarkeit der Rollen sei nicht gegeben, insbesondere weil er B. \_\_\_\_\_ stark untergeordnet gewesen sei, kann auf die Beschwerde ebenfalls nicht eingetreten werden. Er setzt sich nicht mit den diesbezüglichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinander (Urteil S. 16 f. E. 2) und genügt damit den Begründungsanforderungen nicht (Art. 42 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 ff.; 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f.; je mit Hinweisen). Inwiefern die Vorinstanz auf der Grundlage der von ihr festgestellten Tatsachen zu Unrecht von Mittäterschaft ausgeht, legt der Beschwerdeführer nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Auf die vorinstanzlichen Erwägungen kann verwiesen werden (Urteil S. 16 f. E. 2).

3.

3.1. Der Beschwerdeführer kritisiert die Strafzumessung (Beschwerde S. 3 und S. 5-13).

3.2. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB wiederholt dargelegt. Entsprechendes gilt für die Bildung der Einsatz- und der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips (BGE 144 IV 217 E. 3 S. 224 ff.; 141 IV 61 E. 6.1 S. 66 ff.; 136 IV 55 E. 5.4 ff. S. 59 ff.; je mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden.

Gemäss Art. 50 StGB hat das Gericht, sofern es sein Urteil zu begründen hat, die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten. Es hat seine Überlegungen in den Grundzügen wiederzugeben, so dass die Strafzumessung nachvollziehbar ist (BGE 144 IV 313 E. 1.2 S. 319 mit Hinweisen).

3.3. Die Vorinstanz verweist bei der Bemessung der Strafe teilweise auf die entsprechenden Erwägungen der ersten Instanz. Sie setzt sich mit den wesentlichen schuldrelevanten Komponenten auseinander und würdigt sämtliche Zumessungsfaktoren zutreffend. Dass sie sich von unmassgeblichen Gesichtspunkten hätte leiten lassen oder wesentliche Aspekte nicht berücksichtigt hätte, ist nicht ersichtlich (Urteil S. 18 ff.; erstinstanzliches Urteil S. 80 ff.).

3.3.1. Der Beschwerdeführer wendet sich zunächst gegen die Festsetzung der Einsatzstrafe. Auf seine Vorbringen ist indessen insofern nicht einzutreten, als er geltend macht, bei den Kokainauslieferungen sei er nicht als Mittäter strafbar (Beschwerde S. 11). Es bleibt beim vorinstanzlichen Schuldspruch. Dass die Vorinstanz das objektive Tatverschulden des Beschwerdeführers im Lichte der vorliegenden Umstände als nicht mehr leicht einstuft und die Einsatzstrafe im oberen Bereich des unteren Drittels des weiten Strafrahmens festlegt, konkret bei 63 Monaten, ist vertretbar (Urteil S. 20 f. E. 3.1). Seine Ausführungen hierzu, wie wenn er zum Beispiel erörtert, seine Tatbeiträge würden zu Unrecht nicht auf die unterste Hierarchiestufe angesiedelt und er habe nicht ein gewisses Vertrauen genossen (Beschwerde S. 5 f.), sind unbehelflich. Soweit der Beschwerdeführer sodann die vorinstanzliche Beurteilung des subjektiven Tatverschuldens beanstandet (Beschwerde S. 6), zeigt er nicht auf, weshalb die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz nicht nachvollziehbar und offensichtlich unhaltbar sein sollen (Urteil S. 21 ff. E. 3.2). Auf seine pauschale Kritik ist nicht weiter einzugehen.

3.3.2. Der Einwand des Beschwerdeführers, er weise eine erhöhte Strafempfindlichkeit auf, ist unbegründet. Als unmittelbare gesetzmässige Folge einer unbedingten Freiheitsstrafe müssen die negativen Auswirkungen nach der Praxis nur bei aussergewöhnlichen Umständen strafmindernd berücksichtigt werden (Urteil 6B 237/2018 vom 24. August 2018 E. 1.4.4 mit Hinweisen). Solche Momente, die das durchschnittliche Mass übersteigen, sind vorliegend nicht erkennbar. Die Vorinstanz durfte trotz der vom Beschwerdeführer vorgebrachten Umstände - Familienverhältnisse, Verschlechterung der medizinischen Situation seiner Partnerin und seine berufliche Perspektive - ohne Überschreitung ihres Ermessens eine erhöhte Strafempfindlichkeit verneinen (Urteil S. 24 f. E. 4.1 und S. 26 f. E. 4.4; erstinstanzliches Urteil S. 90 f. und S. 93 f. E. 6.2).

3.3.3. Die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe von 48 Monaten hält sich auch bei einer Gesamtbetrachtung innerhalb des sachrichterlichen Ermessens und ist nicht zu beanstanden. Bei einer Strafe von 48 Monaten ist der teilbedingte Strafvollzug ausgeschlossen (Art. 43 Abs. 1 StGB). Der Vollzug der Freiheitsstrafe ist eine Folge schuldangemessener Strafhöhe. Die vom Beschwerdeführer beantragte Unterschuldstrafe, bei welcher ein teilbedingter Strafvollzug in Betracht fiele, wäre mit seinem Verschulden nicht vereinbar. Indem die Vorinstanz sich nicht ausdrücklich hierzu äussert, verletzt sie daher nicht ihre Begründungspflicht. Die Rüge erweist sich als unbegründet.

3.3.4. Soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 11 und Art. 14 BV sowie Art. 8 EMRK rügt, genügt er der qualifizierten Begründungspflicht nicht (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 143 IV 500 E. 1.1 S. 503; 142 II 206 E. 2.5 S. 210; je mit Hinweisen). Darauf kann nicht eingetreten werden.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist in Anwendung von Art. 64 BGG wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Der finanziellen Lage des Beschwerdeführers ist mit reduzierten Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'200.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

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

Lausanne, 10. September 2020

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Die Gerichtsschreiberin: Pasquini