

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB220631-O/U/ad

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Stiefel, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Bertschi
und Ersatzoberrichter lic. iur. Weder sowie Gerichtsschreiberin
MLaw Tresch

Urteil vom 30. Mai 2023

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom
15. November 2022 (DG220018)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 13. Juni 2022 (Urk. 15) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 33 S. 10 ff.)

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG und Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 40 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 340 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Beschuldigte wird in Anwendung von Art. 66a StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 13. Juni 2022 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer B02937-2021 gelagerten 2.335 Kilogramm Betäubungsmittel (Reinsubstanz 2.099 Kilogramm Kokain) werden zur Vernichtung eingezogen.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
 - Fr. 2'500.–; die weiteren Auslagen betragen:
 - Fr. 345.– Dolmetscherkosten
 - Fr. 2'100.– Gebühr für die Strafuntersuchung
 - Fr. 330.– Auslagen Vorverfahren
 - Fr. 21'500.– amtl. Verteidigungskosten (inkl. MwSt.)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO von der Gerichtskasse übernommen werden.

Berufungsanträge:

a) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 44 S. 1 f.)

- "1. "Es sei die Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 15. November 2022 (DG220018) aufzuheben. Stattdessen sei der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 34 Monaten zu bestrafen.
2. Die Freiheitsstrafe von 34 Monaten sei im Umfang von 17 (siebzehn) Monaten zu vollziehen. Im Übrigen sei dem Beschuldigten der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren. Somit sei der Vollzug der restlichen Freiheitsstrafe von 17 (siebzehn) Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufzuschieben.
3. Es sei die Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 15. November 2022 (DG220018) aufzuheben. Stattdessen sei der Beschuldigte für acht Jahre des Landes zu verweisen.
4. Der Beschuldigte sei umgehend aus der Haft zu entlassen und dem Migrationsamt zuzuführen.
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien, inklusive der Kosten der amtlichen Verteidigung, auf die Staatskasse zu nehmen."

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 39, schriftlich, sinngemäss)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte/Prozessuales

1. Verfahrensgang

1.1. Gegen das eingangs wiedergegebene, mündlich eröffnete Urteil vom 15. November 2022 (Urk. 25) meldete die amtliche Verteidigung innert Frist Berufung an (Urk. 30). Das begründete Urteil wurde den Parteien am 22. November 2022 zugestellt (Urk. 29). Mit Schreiben vom 7. Dezember 2022 ging die Berufungserklärung der amtlichen Verteidigung fristgerecht ein, wobei keine Beweisanträge gestellt wurden (Urk. 36). Mit Präsidialverfügung vom 12. Dezember 2022 wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erklären oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 37). Die Staatsanwaltschaft beantragte mit Eingabe vom 21. Dezember 2022 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und verzichtete auf Anschlussberufung. Zudem ersuchte sie um Dispensation ihres Vertreters von der Berufungsverhandlung, was am 6. Februar 2023 bewilligt wurde (Urk. 39).

1.2. Am 6. Februar 2023 wurde auf den 14. April 2023 zur Berufungsverhandlung vorgeladen und hernach auf den 30. Mai 2023 verschoben (Urk. 41 f.). Anlässlich derselben liess der Beschuldigte die eingangs aufgeführten Anträge stellen (Prot. II S. 4 ff.).

2. Umfang der Berufung

2.1. In der Berufungsschrift ist anzugeben, ob das Urteil vollumfänglich angefochten wird (Art. 399 Abs. 3 lit. a StPO) oder, falls das Urteil nur in Teilen angefochten wird, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils verlangt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO). Die Verteidigung ficht das vorinstanzliche Urteil bezüglich der Strafe und der Landesverweisung (Dispositivziffern 2 und 3) an (Urk. 36; Urk. 44).

2.2. Von der Berufung nicht umfasst sind somit der Schuldpunkt (Dispositivziffer 1), der Entscheid über die beschlagnahmten Betäubungsmittel (Dispositivziffer 4)

und das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 5 und 6). Das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 15. November 2022 ist mithin bezüglich diesen Dispositivziffern in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist.

II. Strafzumessung

1. Ausgangslage

Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 40 Monaten (Urk. 33 S. 8). Die Verteidigung beantragt demgegenüber eine Freiheitsstrafe von nunmehr 34 Monaten bzw. eine teilbedingte Strafe (Urk. 44; ferner Urk. 22 S. 1; Urk. 36).

2. Strafrahmen

Vorliegend ist vom Strafrahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG auszugehen, der von nicht unter einem Jahr bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe reicht. Da vorliegend keine aussergewöhnlichen Umstände bestehen, die es rechtfertigen würden, vom ordentlichen Strafrahmen abzuweichen, ist der Strafrahmen nicht zu erweitern bzw. nach unten zu öffnen.

3. Strafzumessung im engeren Sinne

3.1. Zumessungsgrundsätze

Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Bundesgericht hat in seiner jüngeren Rechtsprechung die Regeln zur Strafzumessung modifiziert, worauf zu verweisen ist (BGE 136 IV 55 ff., 59 ff. m.w.H.).

3.2. Vorgehen

Nachfolgend wird zunächst die vom Beschuldigten gesetzte objektive Tatschwere und die subjektive Tatschwere aufgrund der konkreten Verhältnisse beurteilt (Tatkomponente). Darauf werden weitere Aspekte dargestellt, welche keinen unmittelbaren Zusammenhang mit den verübten Taten aufweisen (Täterkomponente), und schliesslich wird eine Gesamtwürdigung vorgenommen. Es versteht sich dabei von selbst, dass der Strafzumessung derjenige Sachverhalt zugrunde zu legen ist, welcher durch das Beweisergebnis erstellt ist (vgl. zur Strafzumessung: MATHYS, Zur Technik der Strafzumessung, SJZ 100 [2004] Nr. 8 S. 173 ff.; ders., Leitfaden Strafzumessung, 2. Aufl., Basel 2019, N 53 ff.).

3.3. Strafzumessung Betäubungsmitteldelikt

Bei der Bemessung der Strafe darf der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung keine vorrangige Rolle zukommen. Es wäre falsch, im Sinne eines Tarifs überwiegend oder gar allein auf dieses Kriterium abzustellen. Falsch wäre aber auch die Annahme, diesem Strafzumessungselement komme eine völlig untergeordnete oder gar keine Bedeutung zu, zumal das Doppelverwertungsverbot beim schweren Fall der Widerhandlung, mithin dem Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz durch die Berücksichtigung des Ausmasses des qualifizierenden Tatumstandes der Drogenmenge nicht verletzt ist (vgl. BGE 118 IV 342 E. 2.b und c S. 347 f.). Es ist nicht nebensächlich, ob jemand mit 20 oder 200 Gramm einer gefährlichen Droge handelt. Die genaue Betäubungsmittelmenge und gegebenenfalls ihr Reinheitsgrad verlieren allerdings zunehmend an Bedeutung, je deutlicher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG überschritten ist. Gemäss ständiger Rechtsprechung liegt der Grenzwert für Kokain bei 18 Gramm. Die objektive Tatschwere bestimmt sich bei Drogendelikten neben der Drogenmenge und der daraus folgenden Gesundheitsgefährdung insbesondere nach der Art und Weise der Tatbegehung, der Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und den Beweggründen. Massgebend sind dabei unter anderem die Häufigkeit und Dauer der deliktischen Handlungen, die aufgewendete persönliche Energie, das gezeigte kriminelle Engagement und die hierarchische Stellung. Daneben kommt es darauf an, wie der Täter mit der Droge in Kon-

takt gekommen ist und was er mit dieser gemacht hat. Auswirkungen auf die Strafzumessung hat unter Umständen auch eine allfällige Drogenabhängigkeit des Täters (vgl. BGE 145 IV 312 E.2; BGE 121 IV 202 E. 2d/cc; BGE 121 IV 193 E. 2.b aa; Urteil des Bundesgerichts 6B_558/2011 vom 21. November 2011 E. 3.3.2; OGer ZH, II. StrK., SB200328 vom 25. Mai 2021 E. V.4.1; OGer ZH, II. StrK., SB150346 vom 5. Juli 2016). Die auch von der Verteidigung angesprochenen, in der Lehre gängigen Strafmassempfehlungen (vgl. Urk. 44 S. 2) können dabei als ebensolche Beachtung finden, jedoch ohne eigentliche Bindungswirkung für die Strafbehörden. Zu würdigen sind letztlich stets die tatsächlichen Umstände des konkreten Einzelfalls, unter Berücksichtigung aller relevanten Zumessungskriterien.

4. Tatkomponente

4.1. Objektive Tatschwere

Bezüglich objektiver Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass gemäss erstelltem Sachverhalt von einer Gesamtmenge von rund 2.335 Kilogramm Kokaingemisch auszugehen ist, die bei einem Reinheitsgrad von 90% 2.099 Kilogramm reinem Kokain-Hydrochlorid entsprechen, was eine durchaus grosse Menge darstellt (vgl. zur in der Lehre entwickelten degressiven Mengentabelle SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2022, Anhang Nr. 6, Art. 47 StGB N 44 ff.). Die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung festgelegte Mindestmenge zur Annahme eines qualifizierten Falles von 18 Gramm reinem Kokain wird um mehr als das 110-Fache überschritten. Der Deliktszeitraum war demgegenüber kurz, indem sich die Tathandlung in der Mitführung des Kokains im Handgepäckkoffer bei der Einreise in die Schweiz erschöpfte. Als Kurier mit der Aufgabe, reines Kokain in relativ grosser Menge per Flugverkehr aus Südamerika nach Europa einzuführen und von hier weiter zu transportieren, ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte im Rahmen der gesamten Drogenhandelsorganisation auf eher tiefer Stufe angesiedelt war. Im Gegensatz etwa zu Ausläufern mit Kleinstmengen auf der Gasse war er aber keineswegs auf unterster Stufe. Zudem ist insbesondere das Bringen der Betäubungsmittel in grösseren Mengen nach Europa ein essentieller

Tatbeitrag, ohne den ein internationaler Betäubungsmittelhandel letztlich kaum denkbar wäre. Die objektive Tatschwere ist daher keinesfalls mehr leicht. Wenn die Vorinstanz aufgrund der Menge an Betäubungsmitteln zu einer Strafe von 54 Monaten Freiheitsstrafe gelangte und diese aufgrund der Rolle des Beschuldigten (einmaliger Kurier aus dem Ausland mit der Absicht des Weitertransports in ein Drittland) um einen Fünftel auf 43 Monaten reduzierte (Urk. 33 S. 6 f.), so erscheint dies zu mild. Angemessen erscheint nach der objektiven Tatschwere eine Einsatzstrafe von 48 Monaten.

4.2. Subjektive Tatschwere

Bei der subjektiven Tatschwere ist festzustellen, dass das Motiv des Beschuldigten rein finanzieller Natur war, was letztlich ein egoistisches Motiv darstellt. Dabei handelte er mit direktem Tatvorsatz. Zwar befand er sich als IV-Rentner im Grossraum B._____ bei seinen Eltern lebend in ärmlichen bzw. prekären finanziellen Verhältnissen (Prot. I S. 5 f.; Prot. II S. 8; Urk. 44 S. 6 ff.). Von einer eigentlichen, tatsächlich verschuldensrelevanten Notlage, die für den Tatentscheid ursächlich gewesen wäre, kann aber – entgegen der Verteidigung (vgl. Urk. 44 S. 6 ff.) – keine Rede sein, zumal der Beschuldigte keine Rückzahlungs- oder Ratenzahlungspflicht vorbrachte. Wie auch die Vorinstanz zutreffend anmerkt, lebte er in Italien in einem funktionierenden Sozialstaat, der zumindest die Grundbedürfnisse eines jeden Bürgers abdeckt (Urk. 33 S. 7), was sich schon darin zeigt, dass der Beschuldigte eine staatliche Rente erhält. Die vom Beschuldigten geltend gemachten Drohungen seitens der Hintermänner in Brasilien (Prot. I S. 9 f.; Urk. 22 Rz. 21; Urk. 44 S. 11) sind im Übrigen für den Tatentschluss selbst im Falle deren Richtigkeit irrelevant, zumal sie sich nur auf den Fall von Aussagen gegen die Hintermänner beziehen und nicht auf die Bereitschaft des Beschuldigten zur Tatbegehung. Die objektive Tatschwere wird somit durch die subjektive Schwere der Tat nicht vermindert.

4.3. Fazit bezüglich Tatkomponente

Insgesamt ist das Tatverschulden des Beschuldigten ausgehend von einem Strafrahmen von einer Freiheitsstrafe von nicht unter einem bis zu 20 Jahren als kei-

neswegs mehr leicht zu qualifizieren. Gestützt auf die erwähnten Faktoren nach Würdigung der Tatkomponente rechtfertigt sich somit eine Freiheitsstrafe von 48 Monaten bzw. 4 Jahren.

5. Täterkomponente

5.1. Persönliche Verhältnisse/Vorleben

Der Beschuldigte machte im Vorverfahren und vor Vorinstanz sowie anlässlich der Berufungsverhandlung Angaben zu seinen persönlichen Verhältnissen. So wuchs er in Italien auf, wo er fünf Jahre die Primarschule und drei Jahre die Oberstufe besuchte. Hernach und auch bereits als Kind und Jugendlicher in den Schulferien arbeitete er als Verkäufer auf Märkten, später auch als Maurer. Da 2003 sein Bein amputiert werden musste, erhält er eine IV-Rente von monatlich € 300.–. Der Beschuldigte lebt bei seinen Eltern in Italien. Zudem hat er Zwillingstöchter im Alter von 11 Jahren, die bei seiner ehemaligen Partnerin leben. Als sein Onkel gestorben sei, habe er zwar dessen Haus geerbt. Weil er jedoch Steuerschulden gehabt habe, habe der Staat ihm das Haus wieder weggenommen, so dass er bei null habe beginnen müssen. Er habe ca. € 70'000.– bis € 80'000.– Steuerschulden in Italien (Prot. I S. 5 ff.; Prot. II S. 7 ff.; Urk. 4/6; Urk. 44 S. 3 ff.). Die persönlichen Verhältnisse und das Vorleben des Beschuldigten bleiben insgesamt zumessungsneutral.

5.2. Vorstrafen

Der Beschuldigte weist in der Schweiz keine Vorstrafen auf (Urk. 13/1; Urk. 35). Im Strafregisterauszug aus Italien wird zwar ein Urteil vom 2. Dezember 2015 erwähnt (Urk. 13/2 Blatt 3), wobei es gemäss Aussagen des Beschuldigten offenbar um einen gefälschten Autoversicherungsnachweis ging und eine aufgeschobene Strafe von 4 Monaten resultierte (Prot. II S. 10). Der vom Beschuldigten erwähnte Vorfall könnte indessen auch bereits im Jahr 2008 stattgefunden haben (Prot. I S. 6), weswegen letztlich unklar bleibt, ob und falls ja, welche Verurteilung dort erfolgte. Der Beschuldigte gilt mithin als vorstrafenlos, was zumessungsneutral bleibt (BGE 136 IV 1).

5.3. Geständnis/Reue und Einsicht

Während der Beschuldigte den Sachverhalt im Vorverfahren trotz erdrückender Beweislast noch bestritt, legte er in der Hauptverhandlung vor Vorinstanz im letztmöglichen Zeitpunkt vor Fällung eines Urteils ein umfassendes Geständnis ab. Wie die Vorinstanz zutreffend anmerkt (Urk. 33 S. 8), erleichterte er das Verfahren dadurch nur geringfügig, musste doch die Untersuchung komplett bezüglich eines ungeständigen Beschuldigten durchgeführt werden, was zu einem grösseren Aufwand der Untersuchungsbehörden geführt haben dürfte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich aus den verschiedenen Befragungen des Beschuldigten und dem persönlichen Eindruck, den er dabei hinterliess, zeigte, dass es sich bei ihm um eine eher unbedarfte Persönlichkeit zu handeln scheint. Entsprechend nachvollziehbar ist es, dass er sich durch die Drohungen seitens der Hintermänner in Brasilien (Urk. 22 Rz. 21; Prot. I S. 9 f.; Urk. 44 S. 11) beeindruckt liess, weshalb das Geständnis erst sehr spät erging. Das Geständnis ist deshalb doch leicht strafmindernd zu berücksichtigen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_891/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.5.2.).

5.4. Nachtatverhalten

Entgegen der vor Vorinstanz geäusserten Ansicht der Verteidigung (Urk. 22 Rz. 18) bleibt das Nachtatverhalten im Sinne einer guten Führung im vorzeitigen Strafvollzug zumessungsneutral (Urteil des Bundesgerichts 6B_1193/2020 vom 13. Oktober 2021 E. 2.4.1. m.w.H.).

5.5. Strafempfindlichkeit

5.5.1. Gemäss Rechtsprechung können gesundheitliche Probleme des Täters zu einer erhöhten Strafempfindlichkeit führen. Diese fällt als strafmindernder Faktor in Betracht, wenn das Abweichen vom Grundsatz einer einheitlichen Leidempfindlichkeit geboten ist, bspw. bei Gehirnverletzungen, Schwerkranken oder Taubstummen (Urteil des Bundesgerichts 6B_460/2020 vom 10. März 2021 E. 8.4.3. m.w.H.).

5.5.2. Der Beschuldigte führte anlässlich der Berufungsverhandlung verschiedene gesundheitliche Einschränkungen aus und belegte diese (Prot. II S. 7; Urk. 44 S. 9 f.; Urk. 45). So leide er seit mehr als 20 Jahren an einer progredienten peripheren arteriellen Verschlusskrankheit (pAVK), chronischer venöser Insuffizienz und chronisch und rezidivierend auftretenden, gemischt venösen und arteriellen Ulzera (Geschwüren). Die Grunderkrankungen würden beide Beine betreffen. Insbesondere bereite ihm aber das amputierte rechte Bein Probleme. Die benötigte Oberschenkelprothese habe während seiner Inhaftierung nicht – wie eigentlich notwendig – im Mai 2022 ausgewechselt werden können. Deren Silikonbelag sei unterdessen hart geworden, weshalb sich am Beinstumpf schmerzhaftes Hämatome gebildet hätten. Die veraltete, teilweise stark abgenutzte Prothese habe zwar notdürftig repariert und neu gepolstert werden können. In der Schweiz seien für dieses Modell aber keine Ersatzteile mehr vorhanden, und mangels Kostenträgerschaft sei eine neue Prothese zu teuer. Weiter habe er bei seinem Eintritt am 22. Dezember 2021 in die Justizvollzugsanstalt Pöschwies eine offene, komplexe, infizierte Wunde am linken Unterschenkel auf Höhe des Knöchels gehabt. In den darauffolgenden 14 Monaten seien praktisch täglich Wundversorgungen notwendig gewesen, wobei die Wundsprechstunde des Spitals C._____ konsiliarisch habe hinzugezogen werden müssen. Erst nach Einsatz aller involvierten Stellen über hunderte von Stunden und diverser teurer Spezialmaterialien habe am 20. Februar 2023 der Wundverschluss erreicht werden können. Der Leitende Arzt der JVA Pöschwies führt in seiner Stellungnahme abschliessend aus, die Zumutung für den Patienten, die teilweise schmerzhaften Behandlungen und haftbedingten Einschränkungen bezüglich einer perfekten medizinischen Versorgung hinzunehmen, seien medizinisch-ethisch grenzwertig gewesen. Aufgrund der Gesamtsituation sei die Inhaftierung des Beschuldigten nur im Rahmen eines Sondersettings in der Spezialabteilung "Alter und Gesundheit" umsetzbar und vertretbar gewesen. Das Risiko einer erneuten Wunde und des weiteren Verschleisses der Prothese bis zur Unbenutzbarkeit müsse jedoch als sehr hoch eingestuft werden.

5.5.3. Diese Vorbringen sind plausibel und hinreichend belegt. Der angeschlagene Gesundheitszustand des Beschuldigten begründet klarerweise eine

erhöhte Strafempfindlichkeit und stellt einen aussergewöhnlichen Umstand dar, der deutlich strafmindernd zu berücksichtigen ist.

5.6. Fazit bezüglich Täterkomponente

Insgesamt erscheint es angemessen, die nach der Tatkomponente errechnete Freiheitsstrafe von 48 Monaten bzw. 4 Jahren aufgrund der strafmindernd zu berücksichtigen Umstände bedeutend, mithin auf etwas mehr als 36 Monate bzw. 3 Jahre zu senken.

6. Anwendung Grenzwert

6.1. Resultiert nach der Würdigung aller wesentlichen Umstände eine Freiheitsstrafe im Bereich des gesetzlichen Grenzwertes von 36 Monaten bzw. 3 Jahren für den teilbedingten Vollzug (Art. 43 Abs. 1 StGB; vgl. nachfolgend Ziff. III.), hat das Gericht zu prüfen, ob eine Strafe bis zum Grenzwert noch innerhalb des Ermessensspielraums liegt (Urteil des Bundesgerichts 6B_1193/2020 vom 13. Oktober 2021 E. 2.4.4.; BSK StGB-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 43 N 9; je m.w.H.).

6.2. Die aufgrund der strafmindernd zu berücksichtigenden Täterkomponente vorzunehmende bedeutende Senkung der bis dahin errechneten Freiheitsstrafe führt bereits in den nahen Bereich des Grenzwertes. Eine effektive Senkung auf 36 Monate bzw. 3 Jahre erscheint deshalb angemessen.

7. Gesamtwürdigung

7.1. Strafhöhe

In Würdigung sämtlicher dargelegter Strafzumessungsgründe ist der Beschuldigte daher mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten bzw. 3 Jahren zu bestrafen.

7.2. Anrechnung von Untersuchungshaft und vorzeitigem Strafvollzug

Der Beschuldigte wurde am 11. Dezember 2021 verhaftet und befand sich bis zur vorinstanzlichen Verurteilung während 340 Tagen in Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Seither befindet er sich im vorzeitigem Strafvollzug (Urk. 27). Insgesamt

befindet er sich seit 536 Tagen in Untersuchungshaft, Sicherheitshaft oder vorzeitigem Strafvollzug. Die erstandene Haft ist gemäss Art. 51 StGB auf die ausgesprochene Freiheitsstrafe anzurechnen.

III. Vollzug

1. Ist eine Freiheitsstrafe von 3 Jahren auszufällen, kann kein vollbedingter Vollzug gewährt werden (vgl. Art. 42 Abs. 1 StGB). Bei einer Freiheitsstrafe von mindestens 1 und maximal 3 Jahren besteht aber die Möglichkeit des teilbedingten Vollzugs, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Der unbedingt vollziehbare Teil darf dabei die Hälfte der Strafe nicht übersteigen und sowohl dieser wie auch der aufgeschobene Teil müssen mindestens 6 Monate betragen (Art. 43 StGB). Materielle Grundvoraussetzung für die Gewährung des teilbedingten Vollzugs ist das Fehlen einer ungünstigen Legalprognose. Die günstige Prognose wird grundsätzlich vermutet, wobei eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen ist. In die Beurteilung einzufließen haben insbesondere das Vorleben, der Leumund, die Charaktermerkmale und alle Tatumstände, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen (BGE 144 IV 277 E. 3.1; BGE 134 IV 1 E. 4; je m.w.H.). Für die teilbedingte Strafe ist eine Probezeit von 2 bis 5 Jahren zu bestimmen (Art. 44 Abs. 1 StGB).

2. Beim als vorstrafenlos geltenden Beschuldigten liegen keinerlei Hinweise auf eine über die hier zu beurteilende Tat hinausgehende Verbindung privater oder geschäftlicher Natur zum strafbaren Umgang mit Betäubungsmitteln oder sonstige illegale Aktivitäten vor. Mithin sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die Zweifel an der günstigen Legalprognose des Beschuldigten wecken oder für eine lange Probezeit sprechen würden. Gestützt darauf ist die Freiheitsstrafe im hälftigen Umfang von 18 Monaten aufzuschieben und die Probezeit auf die gesetzliche Mindestdauer von 2 Jahren festzulegen. Die übrigen 18 Monate Freiheitsstrafe sind zu vollziehen.

IV. Landesverweisung

1. Ausgangslage

1.1. Die Vorinstanz sprach gestützt auf Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB eine Landesverweisung für die Dauer von 10 Jahren aus (Urk. 33 S. 8 f.).

1.2. Die Verteidigung beantragt demgegenüber, die Dauer der Landesverweisung sei auf 8 Jahre zu reduzieren (Urk. 22 S. 11; Urk. 36 S. 1; Urk. 44 S. 2).

2. Aussprechung der Landesverweisung

Bezüglich der Aussprechung der Landesverweisung als solchen, also des Vorliegens einer Katalogtat und des Fehlens eines schweren persönlichen Härtefalls, ist vorab auf die zutreffenden Erwägungen im vorinstanzlichen Urteil zu verweisen (Urk. 33 S. 8 f.), zumal dies von der Verteidigung zu Recht nicht in Frage gestellt wird.

3. Dauer der Landesverweisung

3.1. Art. 66a StGB sieht als Dauer der obligatorischen Landesverweisung einen Rahmen von 5 bis 15 Jahren vor. Die Bemessung der Dauer im Einzelfall liegt im Ermessen des Gerichts, welches sich dabei insbesondere am Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu orientieren hat (Botschaft vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes [BBl 2013 S. 5975 ff., 6021]).

3.2. Der Beschuldigte wurde durch die Vorinstanz mit Urteil vom 15. November 2022 in Form des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG wegen eines schweren Delikts verurteilt, wobei sein Verschulden, wie vorstehend dargelegt, im Rahmen des schweren Falles als keineswegs mehr leicht zu bezeichnen ist. Unterzieht man den Deliktskatalog des Art. 66a Abs. 1 StGB einer genauen Betrachtung, so zeigt sich, dass der Gesetzgeber die mögliche Spannweite der Dauer der Landesverweisung von 5 bis 15 Jahren einerseits auf schwerste Delikte wie Mord oder vorsätzliche Tötung (lit. a), andererseits aber unter Umständen selbst auf gewisse Bagatelldelikte im Bereich der Vermögensdelikte, die unter lit.

d, e und f der Bestimmung zu subsumieren wären, angewendet haben will. Das Verschulden des Beschuldigten ist mithin auch bei dieser Betrachtung im etwa mittleren Bereich anzusiedeln. Er weist keinerlei Bindung zur Schweiz auf, indem er am Verhaftungstag mit den Betäubungsmitteln von Brasilien herkommend lediglich auf Durchreise war. Die Landesverweisung aus dem Staatsgebiet der Schweiz trifft ihn daher kaum bzw. stellt für ihn keine Härte irgendwelcher Art dar, zumal die Landesverweisung aufgrund seiner italienischen Staatsbürgerschaft auch nicht im Schengener Informationssystem auszuschreiben ist (vgl. nachfolgend).

3.3. In Würdigung aller Umstände und entgegen der Verteidigung (vgl. Urk. 44 S. 13) erscheint die von der Vorinstanz ausgesprochene Dauer der Landesverweisung von 10 Jahren (Urk. 33 S. 9) trotz der nunmehr tiefer festzusetzenden Strafe nicht unangemessen. Der Beschuldigte ist daher gestützt auf Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für die Dauer von 10 Jahren des Landes zu verweisen.

4. Verzicht auf die Ausschreibung der Landesverweisung

Eine Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem SIS kommt aufgrund der italienischen Staatsbürgerschaft des Beschuldigten nicht in Betracht. Der Klarheit halber ist dies im Dispositiv festzuhalten.

V. Kosten

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'000.– zu veranschlagen. Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Berufung nicht vollständig, aber doch im deutlich überwiegenden Teil. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, sind daher gesamthaft auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Die amtliche Verteidigung des Beschuldigten ist für das Berufungsverfahren mit Fr. 8'100.– (Urk. 43/1-2, zzgl. 2 Stunden Aufwand für die Berufungsverhand-

lung samt Nachbesprechung und 1 Stunde Weg, inkl. MwSt.), aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom 15. November 2022 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 4 (Beschlagnahmen) sowie 5 und 6 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ wird bestraft mit 3 Jahren Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 536 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (18 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
3. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen.
4. Es erfolgt keine Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 8'100.– amtliche Verteidigung.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.

7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (versandt)
- das Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (versandt)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (versandt)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- das Bundesamt für Polizei fedpol, Hauptabteilung Bundeskriminalpolizei, Kriminalanalyse KA2, Guisanplatz 1A, 3003 Bern

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug und Wiedereingliederung des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A
- das Migrationsamt des Kantons Zürich.

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 30. Mai 2023

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Stiefel

MLaw Tresch

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.