

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB230036-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Wasser-Keller und Oberrichter lic. iur. Castrovilli sowie Gerichtsschreiber
MLaw Andres

Urteil vom 12. Mai 2023

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom
1. November 2022 (DG220015)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 24. Mai 2022 (Urk. 18) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 44 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 387 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Beschuldigte wird in Anwendung von Art. 66a StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen.
4. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem angeordnet.
5. Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 15. Oktober 2022 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich aufbewahrten Gegenstände werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteiles durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten:
 - Unbekannte Menge Kokain, verbaut in schwarzem Koffer der Marke American Tourister, A015'463'646
 - Schwarzer Koffer der Marke American Tourister mit Label LX869248, A015'463'657
 - Tasche mit div. Gefässen mit Flüssigkeiten mit unbestimmter Menge Betäubungsmittel; aus schwarzem Koffer, A015'463'668
 - Necessaire mit div. Gefässen mit Flüssigkeiten mit unbestimmter Menge Betäubungsmittel; aus schwarzem Koffer, A015'463'726

6. Die folgenden, einzig als Beweismittel beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich aufbewahrten Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft des Urteiles herausgegeben:

- Div. Reiseunterlagen, A015'463'260
- Mobiltelefon der Marke Motorola, A015'463'282
- Pinkfarbenes Vorhängeschloss, A015'463'442

Wird innert 30 Tagen ab Rechtskraft des Urteiles kein entsprechendes Begehren gestellt, werden die genannten Gegenstände vernichtet.

7. Sämtliche unter der Polis-Geschäfts-Nr. 81257730 sichergestellten Spuren und Spureenträger werden nach Eintritt der Rechtskraft des Urteiles vernichtet.

8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 15. Oktober 2022 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 629.10 (entsprechen Euro 600.–) wird zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

9. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 4'000.–; die weiteren Auslagen betragen:
- Fr. 2'100.– Gebühr für die Strafuntersuchung
- Fr. 1'330.– Auslagen Vorverfahren (Gutachten und Auslagen Polizei)
- Fr. 12'718.80 amtl. Verteidigungskosten (inkl. MwSt.); davon Fr. 18.80 bereits bevorschusst

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

10. 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 Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 57 S. 1)

1. Es sei in Abänderung von Dispo-Ziff. 2 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten zu bestrafen.
2. Es sei die Freiheitsstrafe im Umfang von 20 Monaten zu vollziehen. Im Übrigen sei die Freiheitsstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufzuschieben.
3. Es sei die seit dem 11. Oktober 2021 erstandene Haft anzurechnen.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 53)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Prozessverlauf

1. Mit eingangs wiedergegebenem Urteil vom 1. November 2022 (Urk. 47) sprach das Bezirksgericht Bülach, II. Abteilung, den Beschuldigten der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG schuldig und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 44 Monaten. Im Weiteren ordnete es eine 10-jährige Landesverweisung an. Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte fristgerecht Berufung an (Urk. 38). Am 21. Dezember 2022 erstattete er sodann fristgerecht

seine Berufungserklärung und beantragte im Sinne einer Beweisergänzung den Beizug der Akten der Strafsache gegen seine damalige Begleiterin B. _____ (Urk. 48).

2. Mit Präsidialverfügung vom 19. Januar 2023 wurde der Staatsanwaltschaft Frist zur Anschlussberufung angesetzt. Darin wurde überdies festgestellt, dass die gemäss Antrag der Verteidigung beizuziehenden Strafakten bereits durch die Vorinstanz mit den übrigen Akten des vorliegenden Verfahrens an das Obergericht überwiesen wurden, womit sich der Beweisantrag erledigt hatte (Urk. 51). Die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland verzichtete mit Eingabe vom 23. Januar 2023 auf eine Anschlussberufung und ersuchte gleichzeitig um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 53). Letzteres wurde mit Verfügung vom 3. Februar 2023 bewilligt (vgl. Urk. 53 unten), nachdem auch die Verteidigung keine Einwände gegen die Dispensation der Anklägerin geäussert hatte (Urk. 54/2).

3. Am 12. Mai 2023 fand die Berufungsverhandlung statt, zu welcher der Beschuldigte (aus dem vorzeitigen Strafvollzug zugeführt) mit seinem amtlichen Verteidiger erschien und anlässlich welcher die Verteidigung die eingangs aufgeführten Anträge stellte (Prot. II S. 3). Die vom persönlichen Erscheinen dispensierte Staatsanwaltschaft hatte bereits im Vorfeld der Verhandlung schriftlich die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragt (Urk. 53).

II. Prozessuales

1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Auch wenn das Berufungsgericht nur die angefochtenen Punkte neu beurteilt, fällt es am Ende ein insgesamt neues Urteil (Art. 408 StPO), worin es jedoch anzugeben hat, welche Punkte bereits früher in Rechtskraft erwachsen sind (BGE 141 IV 244 E. 1.3.3;

Urteil des Bundesgerichts 6B_533/2016 vom 29. November 2016, E. 4.2 mit Hinweisen).

2. Der Beschuldigte hat seine Berufung ausdrücklich auf die Höhe der Sanktion sowie deren Vollzug beschränkt (Urk. 48 S. 2 f.). Im Übrigen ist das vorinstanzliche Urteil mithin nicht angefochten. Entsprechend sind der vorinstanzliche Schuldspruch wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Dispositivziffer 1), die Anordnung der Landesverweisung einschliesslich der Ausschreibung im Schengener Informationssystem (Dispositivziffern 3 - 4), der Entscheid über die beschlagnahmten Gegenstände, Barschaft und Spuren (Dispositivziffern 5 - 8) und die Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 9) in Rechtskraft erwachsen. Angesichts dessen, dass der Beschuldigte den Schuldspruch akzeptiert, ist auch die vorinstanzliche Kostenverlegung (Dispositivziffer 10) in Rechtskraft erwachsen und gilt nicht als mitangefochten (Art. 426 Abs. 1 StPO). Die Rechtskraft der erwähnten Ziffern des vorinstanzlichen Urteils ist vorab mit Beschluss festzustellen.

III. Sanktion

1. Ausgangslage und rechtliche Grundlagen

1.1. Die Vorinstanz hat den Beschuldigten – wie bereits erwähnt – für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG mit einer Freiheitsstrafe von 44 Monaten bestraft, wobei aufgrund der Höhe der Sanktion einzig der unbedingte Strafvollzug in Frage kam.

1.2. Der Beschuldigte lässt vor Berufungsgericht beantragen, er sei mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten zu bestrafen, wobei diese nur teilweise im Umfang von 20 Monaten zu vollziehen und im Übrigen unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren bedingt aufzuschieben sei (Urk. 57 S. 1).

1.3. Der Strafrahmen für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz erstreckt sich von Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr bis zu 20

Jahren. Damit ist mit Blick auf die Sanktionsart auch bereits klar, dass zwingend eine Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 40 StGB auszusprechen sein wird, wobei diese zusätzlich mit einer Geldstrafe verbunden werden kann (Art. 19 Abs. 2 BetmG). Strafmilderungsgründe im Sinne von Art. 48 StGB, die ein Öffnen des Strafrahmens gegen unten oder eine Änderung hin zu einer milderen Sanktionsart erlauben würden, sind mit der Vorinstanz nicht ersichtlich (Urk. 47 S. 5). Sodann sei an dieser Stelle bereits vorweggenommen, dass es bei einem teilbedingten Vollzug einer 3-jährigen Freiheitsstrafe von vornherein nicht zulässig wäre, den unbedingten Teil – wie von der Verteidigung beantragt – auf 20 Monate festzusetzen, erlaubt das Gesetz in Art. 43 Abs. 1 und 2 StGB doch höchstens, den unbedingt vollziehbaren Teil auf maximal die Hälfte der Strafe (ausgehend vom Straf Antrag der Verteidigung also höchstens 18 Monate Freiheitsstrafe) festzusetzen.

1.4. Das Bundesgericht hat die allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung und die an sie gestellten Begründungsanforderungen wiederholt dargelegt (statt vieler: BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff. mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden. Mit Blick auf den vorliegenden Fall eines qualifizierten Betäubungsmitteldelikts sei sodann auf Folgendes hingewiesen: Grundsätzlich dürfen in Nachachtung des Doppelverwertungsgebots Umstände, die zur Anwendung eines höheren oder tieferen Strafrahmens führen, innerhalb des geänderten Strafrahmens nicht noch einmal als Straferhöhungs- oder Strafminderungsgrund berücksichtigt werden. Das Gericht ist dagegen nicht gehindert bzw. es ist gar verpflichtet, zu berücksichtigen, in welchem Ausmass ein qualifizierender oder privilegierender Tatumstand gegeben ist. Das Gericht verfeinert damit die Wertung, die der Gesetzgeber mit der Festsetzung des Strafrahmens vorgezeichnet hat (BGE 120 IV 67 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 6B_651/2018 vom 17. Oktober 2018, E. 7.4). Bei qualifizierten Betäubungsmitteldelikten nach Art. 19 Abs. 2 BetmG ist für die Festsetzung der Strafe innerhalb des erhöhten Strafrahmens von Bedeutung, in welchem Ausmass der Täter eine abstrakte Gefahr für die Gesundheit vieler Menschen geschaffen hat. Ausgangspunkt der Verschuldensbewertung bei Betäubungsmitteldelikten bildet entsprechend der Grad der Gefährlichkeit der Droge, die Drogenmenge und deren Reinheitsgrad, ergeben sich daraus doch die wesentlichen Anhaltspunkte für das Ausmass des Verschuldens und damit die im Einzelfall erziel-

te Gefährdung. Die Betäubungsmittelmenge stellt somit ein wichtiger Strafzumessungsfaktor dar, aber bei weitem nicht der einzige. Neben der Menge und der daraus folgenden Gesundheitsgefährdung sind insbesondere auch weitere Faktoren wie die Art und Weise der Tatbegehung, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe für sein Handeln genauso zu berücksichtigen (BGE 118 IV 342 E. 2b und E. 2c).

2. Konkrete Strafzumessung

2.1. Der Beschuldigte führte mehr als 5 kg reines Kokain, eingearbeitet in einen Koffer sowie in flüssiger Form in Behältern für Kosmetikprodukte, via Linienflug von C._____ (BRA) in die Schweiz ein in der Absicht, dieses weiter nach D._____ (POR) zu transportieren und dort an unbekannte Dritte abzuliefern. Bei Kokain handelt es sich um eines der gefährlichsten der bekannten Betäubungsmittel, bei welchem das psychische Abhängigkeitspotenzial sehr hoch ist (HUG-BEELI, Betäubungsmittelgesetz Kommentar, 2015, Art. 2 N 295 ff. m.w.H.; FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Kommentar, 4. Aufl. 2022, Art. 2 N 29). Zudem birgt der regelmässige Kokainkonsum schwere Risiken für die körperliche und psychische Gesundheit (HUG-BEELI, a.a.O., Art. 2 N 254 ff.). Entsprechend ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unter Verweis auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz davon auszugehen, dass bereits eine Menge von 18 g Reinsubstanz genügt, um die Gesundheit vieler Menschen, mithin von mindestens 20 Personen, zu gefährden (Urk. 47 S. 4 f.). Die vom Beschuldigten transportierte Menge von 5'121 g Reinsubstanz überschreitet diesen Grenzwert um fast das Dreihundertfache. Bei den transportierten Drogen handelte es sich sodann grösstenteils um sehr reinen Stoff (3'966 g in Pulverform, Reinheitsgrad 95 %; restliche 1'861 g in Flüssigform, Reinheitsgrad 72 %; Urk. 3 S. 4 f.). Diese Umstände wirken sich erheblich verschuldenserhöhend aus. Zu seinen Gunsten ist demgegenüber zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte eine reine Kurierfunktion einnahm. Besondere Vorkehrungen hat er selber nicht getroffen. Er musste den von unbekanntem Dritten professionell präparierten Koffer und die Kosmetikflaschen mit der Flüssigsubstanz nur übernehmen und als Reisegepäck mit sich führen. Selbst die Reise an sich wurde nicht durch ihn, sondern durch seine gute

Freundin, die in einem separaten Verfahren abgeurteilte B._____, organisiert, welche auch den Kontakt zu den Hintermännern hielt. Es ist mit der Vorinstanz von einer relativ tiefen Hierarchieposition auszugehen, wobei dem Beschuldigten weder besonderes Wissen noch Entscheidungsgewalt zukam. Zudem ist zu berücksichtigen, dass nicht er die treibende Kraft hinter dem Delikt war, sondern B._____. Nichts Verschuldensminderndes kann der Beschuldigte allerdings aus dem Umstand ableiten, dass es nur zu einem einmaligen Transport kam, erfüllt doch auch ein solcher den Tatbestand, wohingegen eine mehrfache Begehung resp. mehrere separate Transporte fraglos zusätzlich verschuldenserhöhend zu berücksichtigen gewesen wären. Darüber hinaus ist notorisch, dass im Rahmen des internationalen Drogentransports eine einmalige Kuriertätigkeit den Normalfall darstellt. Nicht zu hören ist die Verteidigung auch, soweit sie aus dem angeblichen Missverhältnis zwischen potenziellem Deliktserlös beim Verkauf des (gestreckten) Kokains auf der Strasse und der für den Kurierdienst versprochenen Entlohnung von 30'000.– brasilianischen Reais etwas für den Beschuldigten ableiten will (vgl. Urk. 34 S. 2 f.; Urk. 57 S. 3 f.). Dass der Beschuldigte, wie er selber vorbrachte (Urk. 4/4 S. 13), gemessen daran mehr hätte erhalten sollen, wenn ihm dies bewusst gewesen wäre, hat jedenfalls keinen relativierenden Einfluss auf das begangene Unrecht, zumal der ihm zugesicherte Verdienst umgerechnet doch rund Fr. 5'400.– beträgt, was immerhin dem Fünffachen seines regulären Monatslohns entspricht (s. dazu nachfolgend E. III. 2.2.4.).

Das objektive Tatverschulden erweist sich nach dem Gesagten – in Relation zum sehr weiten Strafrahmen von nicht unter 1 Jahr bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe – als nicht mehr leicht.

2.2. Sodann ist das subjektive Tatverschulden zu bewerten.

2.2.1. Diesbezüglich bringt die Verteidigung vor, der Beschuldigte habe nur teilweise mit direktem Vorsatz gehandelt. So habe er das zu transportierende Kokain vor der Abreise nicht direkt zu Gesicht bekommen. Seitens seiner Freundin B._____ sei stets nur von jeweils 2 kg Kokain pro Person die Rede gewesen. Entsprechend habe sich der direkte Vorsatz des Beschuldigten nur auf diese Menge bezogen. Darüber hinaus, mithin für die verbleibenden 3.2 kg reinem Kokain, sei

von Eventualvorsatz auszugehen, was die Vorinstanz zu Unrecht nicht zugunsten des Beschuldigten berücksichtigt habe (Urk. 57 S. 4 f.).

2.2.2. Bei qualifizierten Betäubungsmitteldelikten muss sich der Vorsatz auch auf die Menge und die Qualität bzw. den Reinheitsgrad und damit verbunden die Gemeingefährlichkeit der in Verkehr gebrachten Betäubungsmittel beziehen. Vorsatz ist anzunehmen, wenn der Täter um die objektiven Umstände weiss oder wenn er Umstände feststellt, wonach sich ihm die Gemeingefährlichkeit seines Tuns und damit die von den Drogen ausgehende gesundheitliche Gefahr für eine Vielzahl von Menschen aufdrängen musste. Dafür muss dem Täter zumindest bekannt sein, ob die Droge eine harte oder eine weiche ist. Jedoch ist die exakte Kenntnis der massgebenden Grenzmenge nicht nötig, sondern es genügt das Bewusstsein, dass die Drogenmenge quantitativ erheblich ist (BGE 104 IV 211 E. 2).

2.2.3. Wenn der Beschuldigte also, wie aus seinen Aussagen hervorgeht, ganz bewusst darauf verzichtete, sich über die genaue Menge der von ihm transportierten Drogen zu informieren bzw. sich darüber durch eigene Nachforschungen (etwa Abtasten des Koffers oder Wiegen des Koffers bzw. der Kosmetikflaschen) zu vergewissern, weil man in diesem Milieu "nicht zu viele Fragen stellt" und es ihm lieber war, gar nicht genau zu wissen, wieviel er transportiert, kann dies nur sehr begrenzt zu seinen Gunsten ausgelegt werden. Hinweise darauf, dass er "gutgläubig" darauf vertraut hätte, dass die transportierte Menge deutlich geringer war, ergeben sich aus seinem Verhalten genauso wenig wie solche, dass er – wäre ihm die exakte Menge bekannt gewesen – tatsächlich von der Reise abgesehen hätte. So ergibt sich bereits aus seinen Befragungen in der Strafuntersuchung und an der Berufungsverhandlung, dass ihm durchaus bewusst gewesen sein musste, dass er eine nicht unerhebliche Menge Kokain transportierte, welche im Bereich von mehreren Kilogramm liegen würde, wurden ihm doch zum einen vier Flaschen mit wissentlich kokainhaltiger Flüssigsubstanz übergeben, welche bereits für sich ein Gewicht von fast 2 kg aufwiesen (vgl. Urk. 3 S. 4 f.; Prot. II S. 10). Hinsichtlich dieser Menge liegt mithin direkter Vorsatz vor, wovon wie dargelegt auch die Verteidigung ausgeht. Zum anderen musste er zusätzlich den von

den Hintermännern zur Verfügung gestellten Koffer für die Reise verwenden, womit klar war, dass sich darin zusätzliche harte Drogen – ebenfalls Kokain – befinden würden (vgl. Urk. 4/4 S. 9 ff.; Prot. I S. 14). Bereits daraus ergibt sich, dass dem Beschuldigten, auch wenn er um die genaue Menge dieses Kokains nicht wissen konnte, jedenfalls bewusst gewesen sein muss, dass er über die besagten, wissentlich kokainhaltigen Kosmetikflaschen hinaus zusätzlich eine erhebliche Menge Kokain zum Transport erhalten hatte, die ihrerseits ohne weiteres geeignet war, eine erhebliche gesundheitliche Gefahr für eine Vielzahl von Menschen darzustellen. Dass der Beschuldigte um die Gefährlichkeit und das grosse Abhängigkeitspotenzial von Kokain wusste, ist im Übrigen von ihm anerkannt worden (Prot. II S. 11 f.). Dass es sich bei solchen grossangelegten Transporten üblicherweise um Stoff mit hohem Reinheitsgrad handeln muss, ist bereits aus "logistischen" Gründen (möglichst geringes Volumen der versteckt zu transportierenden Drogen) unausweichlich. Entsprechend ändert mithin auch der Umstand, dass er sich bewusst dafür entschied, lieber keine genaueren Informationen über die exakte Menge der transportierten Drogen zu erlangen, nichts daran, dass er den Transport einer Drogenmenge mit Reinheitsgrad im Umfang der Sicherstellung zumindest in Kauf nahm, was er denn auch selber eingestehen musste (Prot. II S. 13). Entsprechend ist, soweit nicht wie dargelegt ohnehin direkter Vorsatz vorliegt, zumindest von Eventualvorsatz auszugehen, was sich – mit der Verteidigung und entgegen der Vorinstanz (Urk. 47 S. 6 f.) – zumindest leicht verschuldensmindernd auswirkt.

2.2.4. Neutral sind demgegenüber seine finanziellen Beweggründe zu gewichten, welche bei Drogenkurieren üblich sind und entsprechend keine gesonderte verschuldenserhöhende Wirkung zeitigen. Für ihn negativ ins Gewicht fällt allerdings, dass sich der Beschuldigte nicht aus einer finanziellen Notlage oder einer Sucht heraus zu diesem Verbrechen hinreissen liess (Prot. I S. 16; Prot. II S. 11). So lebte er zum Tatzeitpunkt in geordneten Verhältnissen, verfügte über ein geregeltes, verhältnismässig gutes Einkommen (seine Angaben variieren zwischen 3'000.– und 6'000.– brasilianischen Reais im Monat, umgerechnet also zwischen Fr. 550.– und Fr. 1'100.–) und hatte weder Schulden noch Unterstützungspflichten (Urk. 4/5 S. 3; Prot. I S. 12; Prot. II S. 6 f. und S. 9). Es fehlte ihm an nichts

(Urk. 4/6 S. 6). Vielmehr gab er an, für ihn sei die Reise mit seiner guten Freundin B._____, die den Kontakt zu den Hintermännern hergestellt und ihn ermutigt hatte, mit ihr zu kommen und ebenfalls Drogen zu transportieren, im Vordergrund gestanden (Urk. 4/4 S. 24; Prot. I S. 14 f.). Er habe den Kurierdienst mithin als "Abenteurer" bzw. vorwiegend als touristische Reise verstanden (Prot. II S. 9). Zwar ist – wie bereits berücksichtigt (hiervor E. III. 2.1.) – nicht unerheblich, dass er nicht die treibende Kraft hinter der Tat war. Der Umstand, dass er sich ohne Not, sondern vielmehr einzig des Abenteurers wegen zu einem derart schweren Verbrechen hinreissen liess, zeigt allerdings, dass dem Beschuldigten grosse Entscheidungsfreiheit zukam, sich gegen das Unrecht der Tat zu entscheiden und sich normkonform zu verhalten (vgl. dazu auch Prot. II S. 13). Dies wirkt sich nicht nur entgegen der Verteidigung, die diesen Umstand als verschuldensrelativierend darzustellen versucht (Urk. 34 S. 3), sondern auch entgegen der Vorinstanz nicht einfach neutral, sondern vielmehr verschuldens erhöhend aus (BGE 117 IV 112 E. 1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B_18/2022 vom 23. Juni 2022, E. 2.4.1), was die aufgrund des partiellen Eventualvorsatzes vorzunehmende verschuldensmindernde Wirkung teilweise aufwiegt. Insgesamt wird das objektive Tatverschulden durch die subjektiven Tatkomponenten nur sehr leicht relativiert. Im Ergebnis bleibt es innerhalb des weiten Strafrahmens allerdings beim Verschuldensprädikat "nicht mehr leicht". Die Einsatzstrafe ist auf 5 Jahre Freiheitsstrafe festzusetzen.

2.3. Hinsichtlich der Täterkomponente ist unter Verweis auf die zuvor gemachten Ausführungen zu den persönlichen Verhältnissen sowie die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 47 S. 7) zunächst festzuhalten, dass sich aus dem privaten und beruflichen Werdegang des Beschuldigten keine für die Strafzumessung relevanten Umstände ergeben. Gleichermassen wirkt sich das Fehlen von Vorstrafen (Urk. 16/1-3) in der Strafzumessung neutral aus. Mit der Vorinstanz zu seinen Gunsten zu berücksichtigen ist dagegen, dass sich der Beschuldigte relativ früh vollumfänglich geständig zeigte. Die von Beginn weg klare Beweislage relativiert diesen Schritt zwar etwas. Dennoch trug sein Geständnis fraglos zu einer gewissen Vereinfachung des Strafverfahrens bei. Dabei ist dem Beschuldigten auch zugute zu halten, dass er zu keinem Zeitpunkt versuchte, die Hauptschuld

auf jemand anderen (etwa auf seine Begleiterin) zu schieben, und sich offensichtlich bemühte, so genaue Angaben wie möglich zu machen, insbesondere was die Umstände der Übergabe der Koffer durch die unbekanntes Hintermänner angeht (Urk. 4/3 S. 4 f.; Urk. 4/4 S. 5 ff.). Dass er aufgrund seiner tiefen Stellung als einfacher Kurier nur begrenzte Informationen liefern konnte, ist im Drogengeschäft nicht ungewöhnlich. Schliesslich sind die Vorbringen der Verteidigung, wonach der Beschuldigte aufgrund seiner Homosexualität und seinen "femininen Zügen" im machoid geprägten Gefängnisumfeld zur Zielscheibe werde, was den bisherigen Gefängnisaufenthalt für den Beschuldigten besonders einschneidend mache (Urk. 34 S. 4; Urk. 57 S. 6), zwar nachvollziehbar; sie stellen allerdings nur grundsätzliche Überlegungen dar und wurden denn auch vom Beschuldigten, der selber angab, es sei zwar schwierig in einem Männergefängnis, es gehe ihm aber grundsätzlich gut im Vollzug und er nutze die Zeit für Deutsch- und Englischkurse (vgl. Prot. I S. 18), nur begrenzt bestätigt. Haft stellt für die Betroffenen immer eine gewisse Härte dar. Eine besondere Strafempfindlichkeit, die zu einer Strafreduktion führen müsste, ist daraus entgegen der Verteidigung jedenfalls nicht ersichtlich.

2.4. Unter dem Strich ergibt sich aufgrund der Täterkomponente eine Reduktion aufgrund des Geständnisses im Umfang von rund einem Fünftel, womit die Strafe im Bereich von 4 Jahren (bzw. 48 Monaten) Freiheitsstrafe zu liegen kommt. Wenn die Vorinstanz für die Tat des Beschuldigten eine Sanktion von 44 Monaten Freiheitsstrafe festsetzt, so ist dies in Anbetracht des Erwogenen mithin in keiner Weise überhöht. Vielmehr hätte die Strafe gar noch etwas höher ausfallen können, was – nachdem nur der Beschuldigte ein Rechtsmittel ergriffen hat – allerdings aufgrund des Verschlechterungsverbots gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO ausser Frage steht. Die vorinstanzlich festgesetzte Strafe steht zudem auch insgesamt im Einklang mit den von der Lehre entwickelten Richttabellen zur Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten, etwa jenen von FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER. Deren Berechnungsmodell schlägt aufgrund der Betäubungsmittelmenge eine Einsatzstrafe vor, wobei diese in der Folge durch Abzüge und Zuschläge gestützt auf Individualkriterien wie subjektives Verschulden und Täterkomponente anzupassen ist (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O.,

Art. 47 N 45 ff.). Eine starre Anwendung solcher schematisch hergeleiteter "Straftarife" ist gemäss Bundesgericht zwar dem Grundsatz nach nicht zulässig. Allerdings ist das Heranziehen von solchen Berechnungsmodellen als Orientierungshilfe – wie es die Vorinstanz getan hat – statthaft, solange dadurch die Festsetzung einer der Überzeugung des Gerichts entsprechenden, schuldangemessenen Strafe nicht torpediert wird (Urteil des Bundesgerichts 6B_662/2015 vom 12. Januar 2016, E. 2.4). Bei einer Kokainmenge von knapp 5 kg, mithin etwas unter der vorliegend vom Beschuldigten transportierten Menge, wird in der besagten Tabelle als Ausgangspunkt der Strafzumessung von einer Einsatzstrafe von rund 6 Jahren Freiheitsstrafe ausgegangen, was auch die Vorinstanz berücksichtigt hat (Urk. 47 S. 6). Indem sie die weiteren in casu relevanten Strafzumessungsfaktoren – insbesondere die Hierarchiestellung, die subjektiven Komponenten sowie das Nachtatverhalten des Beschuldigten – einzelfallgerecht berücksichtigt hat, ist ihre Strafzumessung mithin auch unter diesem Blickwinkel nicht zu beanstanden.

2.5. Die Strafe hält schliesslich ohne weiteres auch einem Quervergleich mit der in einem separaten Verfahren abgeurteilten damaligen Begleiterin des Beschuldigten, B._____, stand, die mit Urteil vom 1. November 2022 vom Bezirksgericht Bülach im abgekürzten Verfahren zu 54 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt wurde (Beizugsakten DH220032 Urk. 26). B._____ zeigte sich – im Gegensatz zum Beschuldigten, der wie dargelegt in subjektiver Hinsicht kein vollumfängliches Geständnis ablegte – durchwegs geständig und akzeptierte entsprechend die Anklageschrift ohne Einschränkung, was sich zu ihren Gunsten ausgewirkt haben dürfte. Ihre im Vergleich zum Beschuldigten bedeutendere Rolle bei diesem gemeinsam durchgeführten Kurierdienst (Kontakt zu den Hintermännern, Überzeugung des Beschuldigten, ebenfalls mitzukommen und seinerseits Drogen zu transportieren) und die von ihr transportierte, leicht höhere Drogenmenge schlugen sich dennoch in einer gegenüber dem Beschuldigten etwas höheren Freiheitsstrafe nieder.

3. Fazit

Im Ergebnis bleibt es mithin bei der vorinstanzlich festgesetzten Sanktion von 44 Monaten Freiheitsstrafe, an der die bis heute erstandenen 579 Tage Untersuchungshaft und vorzeitiger Strafvollzug anzurechnen sind (Art. 51 StGB). Nachdem bei dieser Strafhöhe ein vollständig oder teilbedingter Aufschub nicht mehr in Frage kommt (Art. 42 f. StGB), bleibt es zudem beim unbedingten Vollzug der auszusprechen Freiheitsstrafe. Demgemäss ist die Berufung des Beschuldigten, die auf eine teilbedingte Strafe abzielte, abzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die vorinstanzliche Kostenregelung ist wie eingangs dargelegt bereits in Rechtskraft erwachsen (oben E. II. 2.).

2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Nachdem der Beschuldigte mit seiner Berufung vollumfänglich unterliegt, sind ihm auch die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen.

3. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von Art. 424 Abs. 1 StPO in Verbindung mit § 16 Abs. 1 GebV OG, § 2 Abs. 1 lit. b, c und d GebV OG sowie § 14 Abs. 1 lit. b GebV OG unter Berücksichtigung der Bedeutung und Schwierigkeit des Falles sowie des Zeitaufwands des Gerichts für dieses Verfahren auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

4. Die amtliche Verteidigung ist durch die Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 135 StPO in Verbindung mit Art. 426 StPO). Vorliegend machte der amtliche Verteidiger mit Kostennoten vom 8. und 12. Mai 2023 einen Zeitaufwand von knapp 12 Stunden für das obergerichtliche Verfahren (ohne Berücksichtigung der Berufungsverhandlung) geltend (Urk. 56 und Urk. 58). Dieser Aufwand erscheint angemessen. Unter Hinzurechnung des Zeitaufwands für die Berufungsverhandlung ist der amtliche Verteidiger entsprechend mit pauschal Fr. 3'600.– (inkl. MwSt. und Auslagen) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Zudem ist die

Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 1. November 2022 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 3 - 4 (Landesverweisung inkl. Ausschreibung im Schengener Informationssystem), 5 - 8 (Entscheid über beschlagnahmte Gegenstände, Barschaft und Spuren) und 9 - 10 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ wird bestraft mit 44 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 579 Tage durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'600.- amtliche Verteidigung.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- das Bundesamt für Polizei fedpol

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA 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.

5. 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, 12. Mai 2023

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Andres