

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB110591-O/U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Dr. Bussmann und  
Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim sowie der Gerichtsschreiber  
lic. iur. Höfliger

## Urteil vom 31. Januar 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,**

Anklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom  
19. Juli 2011 (DG110041)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 16. Mai 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 19).

**Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 42 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 152 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitiger Strafvollzug erstanden sind.
3. Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 17. Februar 2011 beschlagnahmte Bargelddbetrag von € 100.– (entsprechend Fr. 125.75) wird eingezogen.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 29. April 2011 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ... aufbewahrten 3'975 Gramm Heroingemisch (2'833 Gramm Reinsubstanz Heroin) sowie die zwei Wadenbandagen werden eingezogen und sind durch die Kantonspolizei Zürich, ..., zu vernichten.
5. Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 29. April 2011 beschlagnahmten Gegenstände
  - 1 Boardingkarte lautend auf A.\_\_\_\_\_, ....., B.\_\_\_\_\_-C.\_\_\_\_\_
  - 1 Boardingkarte lautend auf A.\_\_\_\_\_, ..., C.\_\_\_\_\_-D.\_\_\_\_\_
  - 1 Print A.\_\_\_\_\_ für Flug ..., E.\_\_\_\_\_-B.\_\_\_\_\_, 9. Dezember 2010
  - 1 Reservation lautend auf A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_- C.\_\_\_\_\_-D.\_\_\_\_\_
  - diverse Notizzettel (3 Stück)

werden eingezogen und sind durch die Bezirksgerichtskasse Bülach zu vernichten.

6. Die Entscheidunggebühren wird angesetzt auf:

Fr. 2'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 2'000.00 Gebühr für die Führung der Strafuntersuchung i

Fr. 300.00 Auslagen Vorverfahren

Fr. 8'903.35 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

### **Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten (Urk. 56 S. 1):

1. Es sei festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgericht Bülach, II. Abteilung, vom 19. Juli 2011, bezüglich Dispositivziffern + sowie 3 bis 7 in Rechtskraft erwachsen ist;
2. Der Beschuldigte sei im Übrigen - unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft - mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten zu bestrafen und es sei ihm der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren;
3. Der Beschuldigte sei umgehend, mit Datum der Urteilseröffnung, aus dem Strafvollzug zu entlassen;
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (Urk. 55 S. 1):

Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 48 Monaten zu bestrafen.

---

### **I. Prozessuales**

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 19. Juli 2011 meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 20. Juli 2011 rechtzeitig die Berufung an (Urk. 38). Nach Erhalt des begründeten Entscheids am 2. September 2011 reichte er am 21. September 2011 (Poststempel) fristgerecht seine Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO ein (Urk. 43 Blatt 1; Urk. 46/1). Demnach richtet sich seine Berufung einzig gegen das vorinstanzliche Strafmass. Dieses sei mit 42 Monaten Freiheitsstrafe zu hoch und deshalb herabzusetzen. Dem Beschuldigten sei – zumindest teilweise – der bedingte Strafvollzug zu gewähren, und er sei spätestens am Tag der Berufungsverhandlung aus dem Strafvollzug zu entlassen.

Der Beschuldigte stellte drei Beweisanträge. Dem Antrag auf Beizug der Akten des Berufungsverfahrens in Sachen F. \_\_\_\_\_ gegen Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (Geschäftsnummer SB110270) wurde entsprochen. Die übrigen zwei Beweisanträge sind abzuweisen, wie an gegebener Stelle aufzuzeigen ist.

2. Die Staatsanwaltschaft erhob mit Eingabe vom 17. Oktober 2011 Anschlussberufung und beschränkte diese ebenfalls auf den Strafpunkt. Ihrer Auffassung nach ist die Sanktion der Vorinstanz zu gering und der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 48 Monaten zu bestrafen. Die Staatsanwaltschaft stellte keine Beweisanträge (Urk. 51).

3. Gemäss Art. 402 in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Da sich die Berufung auf die vorinstanzliche Strafzumessung beschränkt, ist vorab festzustellen, dass das Urteil der Vorinstanz vom 19. Juli 2011 – mit Ausnahme der Sanktion – in Rechtskraft erwachsen ist.

## II. Sanktion

### 1. Vorbringen der Parteien

1.1. Zur Begründung seines Antrags auf Strafreduktion liess der Beschuldigte ausführen, dass die Vorinstanz sein Geständnis und seine Kooperation zu wenig gewichtet habe. Auch gehe sie zu Unrecht davon aus, dass keine Strafminderung wegen Vorverurteilung durch die Medien gegeben sei. Sodann zeigten auch Vergleiche mit anderen Urteilen, dass das erstinstanzliche Strafmass unangemessen hoch sei. Schliesslich sei die zwischen 2004 und 2007 vom Beschuldigten unschuldig in G. \_\_\_\_\_ [Land] erstandene Haft an die Strafe anzurechnen (Urk. 46/1).

1.2. Demgegenüber begründet die Staatsanwaltschaft ihren Antrag auf 48 Monate Freiheitsstrafe im Wesentlichen damit, dass das Tatverschulden des Beschuldigten entgegen der Vorinstanz nicht als lediglich mittelschwer, sondern als eher schwer zu qualifizieren sei (Urk. 51).

### 2. Strafrahmen und Allgemeines zur Strafzumessung

2.1. Die Vorinstanz hat den vorliegend zur Anwendung gelangenden Strafrahmen korrekt angegeben, worauf verwiesen werden kann (Urk. 44 S. S. 5; Art. 82 Abs. 4 StPO). Dabei ist sie zutreffend von den alten BetmG-Bestimmungen ausgegangen, da das per 1. Juli 2011 in Kraft getretene revidierte Betäubungsmittelgesetz im Ergebnis für den konkreten Fall nicht milder ist.

2.2. Auch zu den Kriterien der Strafzumessung im allgemeinen und im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln im speziellen hat die Vorinstanz zutreffende

theoretische Ausführungen gemacht, worauf vorab zu verweisen ist (Urk. 44 S. 6 ff., passim).

Ausgangspunkt bei der Bemessung des Verschuldens ist die objektive Tatschwere, d.h. der schuldhaft verursachte Erfolg und die Art und Weise der Tatbegehung. Ebenso massgeblich ist die subjektive Tatschwere, die sich aus der Intensität des deliktischen Willens sowie den Beweggründen für die Tat ergibt. Mit zu berücksichtigen sind schliesslich das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse des Täters sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters.

Bei Drogendelinquenten ist auch die Art und Menge der umgesetzten Drogen mit zu berücksichtigen. Je grösser die Menge und je schädlicher die Gattung der vom Täter gehandelten, weitergegebenen oder transportierten Betäubungsmittel sind, umso gewichtiger erweist sich die von ihm mit der Tatverübung herbeigeführte gesundheitliche Gefährdung für Dritte. Allerdings darf der Drogenmenge – und damit verbunden auch der Gefährlichkeit – bei der Strafzumessung keine vorrangige Bedeutung zukommen. Auch kommt es nicht auf den genauen Reinheitsgrad der Droge an, wenn nicht feststeht, dass der Angeklagte ein ausgesprochen reines oder ein besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte (BGE 107 IV 62; BGE 122 IV 299, Bundesgerichtsurteil 6\_294/2010 vom 15. Juli 2010 E. 3.2.2.). Neben der Menge und der daraus folgenden Gesundheitsgefährdung sind denn auch bei Drogendelikten die Art und Weise der Tatbegehung, die Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen zu berücksichtigen (Bundesgerichtsurteile 6B\_495/2008 vom 27. Dez. 2008, E. 1.4; 6S.463/2006 vom 3. Jan. 2007, E. 5 mit Verweis auf BGE 118 IV 342, E. 2c; BGE 121 IV 202, E. 2d/cc, sowie 6S.333/2004 vom 23. Dez. 2004, E. 1.2 samt Verweisen). So kommt es darauf an, wie der Täter mit der Droge in Kontakt gekommen ist und was er damit gemacht hat (Hug-Beeli, Betäubungsmitteldelikte 1983-1991, Zürich 1992. S. 429 f., 436 und 438). Beispielsweise trifft den Transporteur einer bestimmten Betäubungsmittelmenge grundsätzlich ein geringeres Verschulden als denjenigen, der diese Betäubungsmittelmenge verkauft oder zum Zwecke des Weiterverkaufs erwirbt (BGE 121 IV 206; BSK Strafrecht I - Wiprächtiger, Art 47 N

75). Wesentlich bei der Strafzumessung ist auch die Stellung des Täters in der Hierarchie des Drogenhandels (BGE 6S.463/2006 vom 3. Jan. 2007, E. 5) und die Zahl der Geschäfte, welche ein Indiz für die kriminelle Energie und damit für die Gefährlichkeit des Täters ist (Hansjakob, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen, in ZStrR 1997, S. 243). Ein weiteres beachtliches Zumessungskriterium ist auch eine allfällige Drogenabhängigkeit des Täters (BGE 118 IV 349). Zu berücksichtigen ist ebenfalls, ob ein Angeklagter ausschliesslich des Geldes wegen handelte, ohne in einer finanziellen Notlage zu sein (BGE 107 IV 62 f.), oder ob er es ablehnt, zu arbeiten, obwohl ihm das möglich wäre, und es vorzieht, durch Drogenhandel seinen Lebensunterhalt zu verdienen (BGE 118 IV 349). Von Bedeutung sind des weiteren allfällige Vorstrafen und schliesslich ist das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren zu berücksichtigen, wie beispielsweise kooperatives Verhalten, ein umfassendes Geständnis, Reue und Einsicht (BGE 118 IV 349, Hansjakob, a.a.O., S. 244).

### 3. Strafzumessung im konkreten Fall

#### 3.1. Tatkomponente

3.1.1. In objektiver Hinsicht ist das Tatverschulden des Beschuldigten im Rahmen des schweren Falles im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 BetmG als sehr erheblich zu werten:

Er führte am 17. Februar 2011 insgesamt 3'975 Gramm Heroin mit dem hohen Reinheitsgehalt von 71 %, somit insgesamt 2'833 Gramm reines Heroin in die Schweiz ein. Mit dieser Betäubungsmittelmenge, welche massiv über dem vom Bundesgericht festgesetzten Grenzwert von 12 Gramm reinem Heroin für die Begründung des schweren Falles liegt (BGE 119 IV 180), schuf der Beschuldigte ein erhebliches Gefährdungspotential für die Gesundheit vieler Menschen.

Der vom Beschuldigten vorgenommenen Tathandlung selbst kommt innerhalb einer Drogenorganisation zwar nicht eine besonders herausragende Bedeutung zu, andererseits ist ein Drogentransport als notwendige Aufgabe innerhalb einer Drogenorganisation auch keineswegs zu bagatellisieren. Der Beschuldigte

übernahm einen Transport von fast vier Kilogramm Heroingemisch, welchem ein erheblicher Marktwert zukommt. Immerhin handelte es sich nur um einen einzigen Transport, an dem sich der Beschuldigte beteiligte. Zugunsten des Beschuldigten ist auch zu berücksichtigen, dass er das Drogengeschäft nicht aktiv gesucht hatte, sondern von einem Dritten dazu motiviert worden war (Urk. 4 S. 4 f. und 6, Urk. 5 S. 3 f.; Urk. 6 S. 3; Urk. 7 S. 2; Urk. 34 S. 7).

3.1.2. Dem Beschuldigten war bekannt, dass es sich bei Heroin um eine sehr gefährliche Droge handelt (Urk. 5 S. 5; Urk. 7 S. 3 f.). Nach seiner eigenen – im Rahmen der Untersuchung zu Protokoll gegebenen – Einschätzung ging er davon aus, 3 bis 4 Kilogramm Heroin zu transportieren (Urk. 4 S. 5; Urk. 5 S. 3; Urk. 7 S. 3). Seine spätere Aussage im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens, wonach er die Drogenmenge auf lediglich ein Kilogramm geschätzt habe, wurde von der Vorinstanz zu Recht als späte Schutzbehauptung qualifiziert (vgl. Urk. 44 S. 8). Der Beschuldigte wusste somit ziemlich genau, was und wie viel er transportieren sollte. Insoweit ist zumindest bezüglich einer Menge von drei Kilogramm Heroin von direktem Vorsatz und im Übrigen von Eventualvorsatz auszugehen. Allerdings kann ihm nicht nachgewiesen werden, dass er den genauen Reinheitsgehalt des Heroins gekannt hat.

Der Beschuldigte konsumiert gelegentlich Marihuana, ist aber nicht drogen-süchtig (vgl. Urk. 34 S. 5); Beschaffungskriminalität fällt somit nicht in Betracht. Die Vorinstanz hat sodann richtig gesehen, dass entgegen der Darstellung der Verteidigung (Urk. 36 S. 4) nicht zutrifft, dass der Beschuldigte von seinen Auftraggebern mittels Gewährung von Darlehen in ein finanzielles Abhängigkeitsverhältnis gebracht und in der Folge zum inkriminierten Transport gezwungen worden sei; auf ihre entsprechenden Erwägungen kann vorab verwiesen werden (Urk. 44 S. 10 f.). Vielmehr entschied sich der Beschuldigte – welcher in der Untersuchung ausdrücklich verneinte, dass er in irgendeiner Weise unter Druck gesetzt worden sei (Urk. 5 S. 4) – nach einer gewissen Bedenkzeit freiwillig dazu.

Triebfeder seines Handelns war offensichtlich die in Aussicht gestellte hohe Belohnung von EUR 12'000.–. Der Beschuldigte stieg demnach aus rein finanziellen Motiven in den Drogenhandel ein. Indes kann ihm nicht widerlegt werden,

dass er seit einiger Zeit arbeitslos war, den Lebensunterhalt nur mit Aufnahme von Schulden bestreiten konnte, und es ihm deshalb vor allem darum gegangen ist, mittels des in Aussicht gestellten Verdienstes seine psychisch kranke Ehefrau finanziell unterstützen und für die ausstehenden Spitalkosten seiner kurz zuvor verstorbenen Mutter in H. \_\_\_\_\_ [Land] aufkommen zu können. Selbstverständlich vermag auch dieses Motiv das Handeln des Beschuldigten nicht zu rechtfertigen. Immerhin lag aber seinem Vorgehen nicht blosser Eigennutz zu Grunde, was deshalb leicht verschuldensmindernd berücksichtigt werden kann. Von einer Notlage kann aber nicht die Rede sein, zumal der Beschuldigte in G. \_\_\_\_\_ über eine (noch bis zum 18. Februar 2015 gültige) Aufenthaltsbewilligung verfügte (vgl. Urk. 1 S. 3) und dort in der Vergangenheit zumindest temporär in der Lage war, eine Arbeit zu finden (vgl. Urk. 6 S. 2).

3.1.3. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die subjektive Komponente die objektive Tatschwere weder relativiere noch erhöhe und von einer Einsatzstrafe von fünf bis sechs Jahren Freiheitsstrafe auszugehen sei (Urk. 44 S. 12 und 16).

Indes darf der dargelegte Umstand, dass der Beschuldigte mit der versprochenen Belohnung nicht ein luxuriöses Leben führen, sondern seine Familie unterstützen wollte, noch etwas stärker zu seinen Gunsten gewichtet werden. Gesamthaft wird somit die objektive Tatschwere durch das subjektiven Tatverschulden leicht relativiert. Damit ist von einem insgesamt erheblichen Verschulden des Beschuldigten auszugehen. Die Einsatzstrafe wäre bei 4 ½ Jahren anzusetzen.

### 3.2. Täterkomponenten

3.2.1. Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann einerseits auf die Akten und andererseits auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 6 S. 2; Urk. 7 S. 6 f.; Urk. 34 S. 2 ff.). An der Berufungsverhandlung bestätigte der Beschuldigte seine in der Untersuchung und vor Vorinstanz gemachten Angaben (Urk. 54 S. 1 ff.). Der Umstand, dass der Beschuldigte nicht zuletzt wegen erheblicher finanzieller Probleme bzw. zur Unterstützung seiner Familie delinquierte, wurde bereits beim Verschulden berück-

sichtigt. Darüber hinaus lassen sich aus dem Werdegang des Beschuldigten keine strafzumessungsrelevanten Faktoren ableiten.

3.2.2. Der Beschuldigte ist weder in der Schweiz noch in G.\_\_\_\_\_ vorbestraft (Urk. 18/1 und 18/2). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 44 S. 13) kann aus den Einträgen in den Polizeiarchiven der Interpol I.\_\_\_\_\_ [Stadt in G.\_\_\_\_\_] (betreffend Verhaftung wegen illegalem Aufenthalt im Jahr 2009 bzw. Näherungsverbot wegen häuslicher Gewalt im Jahr 2010) nicht zwingend auf entsprechende Strafen geschlossen werden. Im Ergebnis hat die Vorinstanz dann allerdings wieder richtig festgehalten, dass der Vorstrafenlosigkeit des Beschuldigten nach neuer Rechtsprechung des Bundesgerichts keine strafmindernde Wirkung zukommt (BGE 136 IV 1 E. 2.6.4.).

3.2.3. a) Die Vorinstanz hat auch zutreffend ausgeführt, dass das Wohlverhalten des Beschuldigten in der Untersuchungshaft und im Strafvollzug für die Strafzumessung unerheblich ist (vgl. Bundesgerichtsurteile 6B\_426/2010 vom 20. Juli 2010, E 1.7 und 6B\_974/2009 vom 18. Februar 2010 E. 5.5).

b) Nachdem der Beschuldigte bei der Einfuhr von Drogen auf frischer Tat erwischt wurde, wäre ein völliges Abstreiten der Tat aussichtslos gewesen. Dennoch bleibt bemerkenswert, dass der Beschuldigte von Anfang an nicht nur ein vollumfängliches Geständnis ablegte, sondern sich auch kooperativ zeigte. Der Beschuldigte bestätigte das Gewicht des transportierten Heroins, beschrieb das Zustandekommen des Auftrags sowie den Ablauf und den Weg seines Transports relativ detailliert und nannte auch die ihm in Aussicht gestellte Belohnung. Sodann machte er auch relativ ausführliche Angaben zu seinen Hintermännern. So beschrieb er beispielsweise das Äussere von "Herrn J.\_\_\_\_\_" ziemlich detailliert und gab an, an welchen Metro-Haltestellen in E.\_\_\_\_\_ [Stadt in G.\_\_\_\_\_] dieser in der Regel anzutreffen sei. Auch zeigte er sich von sich aus bereit, auf seinem Handy die Nummer herauszusuchen, unter welcher ihn "J.\_\_\_\_\_" angerufen habe (Urk. 4 S. 5). Sicher zu weit geht die Verteidigung mit ihrer Auffassung, dass die Polizei bei einer intensiveren Befragung des Beschuldigten die Drahtzieher hätte eruiieren können. Auch kann nicht gesagt werden, dass die Aussagen des Beschuldigten zur Verhaftung eines weiteren Kuriers namens K.\_\_\_\_\_ am 9. März 2011 beige-

tragen hätten. Aus den Akten geht vielmehr hervor, dass der Polizei der "modus operandi" der in G.\_\_\_\_\_ agierenden Organisation, welche den Beschuldigten angeheuert hatte, bereits seit längerem bekannt war (vgl. Urk. 2 S. 3 f. und 5 f.). Andererseits kann aber auch nicht der Vorinstanz gefolgt werden, wonach die Aussagen des Beschuldigten für die Polizeiarbeit völlig nutzlos gewesen sein sollen. Vielmehr lässt sich nicht ausschliessen, dass die eine oder andere Aussage des Beschuldigten für die Polizei von Interesse gewesen sein mag. Auf jeden Fall ist davon auszugehen, dass auch die Angaben des Beschuldigten in irgendeiner Form in das im Polizeirapport vom 11. März 2011 erwähnte gemeinsame "Auswerteprojekt" zwischen der Kantonspolizei Zürich und der ...[in G.\_\_\_\_\_] "... I.\_\_\_\_\_" einfließen werden (vgl. Urk. 2 S. 5).

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass das vollumfängliche Geständnis und die hohe Kooperationsbereitschaft des Beschuldigten abweichend von der Vorinstanz nicht 'bloss' deutlich, sondern erheblich strafmindernd zu berücksichtigen ist. Mit dieser etwas stärkeren Berücksichtigung des kooperativen Verhaltens des Beschuldigten im Sinne der Ausführungen des Verteidigers erübrigt sich die von ihm beantragte Auswertung des Mobiltelefons des Beschuldigten.

c) Hinzu kommt, dass sich der Beschuldigte einsichtig und reuig zeigte und immer wieder glaubhaft beteuerte, dass es ihm leid tue (Urk. 5 S. 6; Urk. 6 S. 6; Prot. I S. 11; Prot. II S. 7).

d) Dieses positive Nachtatverhalten des Beschuldigten hat sich deshalb insgesamt durchaus erheblich strafreduzierend auszuwirken.

3.2.4. Wenn die Vorinstanz dem Beschuldigten aufgrund der familiären Situation, eine marginal erhöhte Strafempfindlichkeit zugebilligt hat, so ist dies nicht zu beanstanden. Aus dem Schreiben der Psychiaterin der Ehefrau des Beschuldigten sowie weiteren von ihm ins Recht gelegten Unterlagen geht glaubhaft hervor, dass sowohl seine Ehefrau als auch deren Sohn unter einer psychischen Erkrankung leiden (Urk. 30/1-3). Die Familie des Beschuldigten mag deshalb durch die Strafverbüßung des Beschuldigten noch etwas stärker getroffen sein, als es die Familienmitglieder eines Straftäters in der Regel ohnehin sind. Ausserge-

wöhnliche Umstände liegen damit aber noch nicht vor. Vielmehr stellt die grosse Belastung, welche ein Strafvollzug für die Angehörigen eines Straftäters darstellen kann, ganz allgemein eine unvermeidbare Konsequenz jeder freiheitsentziehenden Sanktion dar, welche keine grössere Strafminderung zu rechtfertigen vermag (vgl. Bundesgerichtsurteil 6B\_470/2009 vom 23. November 2009, E. 2.5.).

3.2.5. Die Vorinstanz hat sodann mit überzeugender Begründung dargetan, dass von einer Vorverurteilung des Beschuldigten durch die Medien im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 128 IV 97 E.3b.aa) nicht die Rede sein kann. Der Beschuldigte wurde im Bericht zum Thema "... des ...[Fernsehsender] in der Sendung ".." vom tt.mm.2011 weder namentlich genannt, noch war sein Gesicht erkennbar, welches die meiste Zeit überhaupt nicht im Bild war und im übrigen mit technischen Mitteln unkenntlich gemacht wurde. Sodann ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Unschuldsvermutung dadurch verletzt worden sein soll, dass im Beitrag einleitend von einem "neuen Fall" gesprochen wurde. Eine solche neutrale Bezeichnung suggeriert dem Zuschauer nicht, dass es sich beim anonym gebliebenen Beschuldigten um einen nachweislichen Drogenschmuggler handle.

Zutreffend mag sein, dass einzelne Mithäftlinge den Beschuldigten im Bericht der ... erkannt haben wollen bzw. diesen in der Folge darauf ansprachen und ihn aufforderten, sich den Bericht ebenfalls anzuschauen. Die von der Verteidigung beantragte Befragung des früheren Mithäftlings namens "...." oder "..." (Urk. 46/1 S. 3) erweist sich deshalb als entbehrlich.

Rein theoretisch erscheint auch denkbar, dass weitere Personen den Beschuldigten erkannt haben könnten, welche ihn vom Sehen her kennen. Dass er aber deshalb einem erhöhten Risiko von Repressalien seitens seiner Auftraggeber ausgesetzt worden sein soll, erscheint allzu hypothetisch. Die Vorinstanz hat überzeugend festgehalten, dass praktisch jeder Drogentransporteur die Möglichkeit zukünftiger Repressalien in Kauf nimmt, weil von Seiten der Auftraggeber immer mit einer Verhaftung und darauffolgenden Kooperation eines ihrer Kuriere gerechnet werden muss. Die kurze Darstellung des Beschuldigten im Bericht der ... vom tt.mm.2011 erhöht dieses grundsätzliche Risiko des Beschuldig-

ten nicht wesentlich, selbst wenn davon ausgegangen werden müsste, dass die Auftraggeber davon Kenntnis erlangt hätten. Der Bericht mag höchstens den Eindruck hervorrufen, dass der dargestellte Beschuldigte das Einverständnis zu den Filmaufnahmen abgegeben habe. Eine darüber hinausgehende Kooperation mit der Polizei kann jedoch daraus nicht abgeleitet werden, auch zumal ausser der Frage, ob er eine Zigarette rauchen könne, keinerlei Aussagen des Beschuldigten bekannt gegeben wurden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berichterstattung der ... vom tt.mm.2011 keinen Anlass zu einer Minderung der Strafe des Beschuldigten gibt.

### 3.3. Fazit

3.3.1. In Berücksichtigung sämtlicher relevanter Strafzumessungsgründe – insbesondere einer etwas stärkeren Gewichtung des subjektiven Tatverschuldens und des Nachtatverhaltens zu Gunsten des Beschuldigten – erweist sich eine Bestrafung im Bereich zwischen 36 und 39 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen.

Angesichts der einschneidenden Konsequenzen des unbedingten Vollzugs hat der Richter bei der Strafzumessung mit zu berücksichtigen, ob die subjektiven Voraussetzungen im Sinne einer günstigen beziehungsweise nicht ungünstigen Prognose im konkreten Einzelfall an sich erfüllt sind. Bei dieser folgenorientierten Überlegung kommt dem Richter ein weites Ermessen zu. Liegt die ins Auge gefasste Sanktion in einem Bereich, der die Grenze für den bedingten (24 Monate) oder teilbedingten (36 Monate) mit umfasst, so hat sich der Richter unter Würdigung aller wesentlichen Umstände die Frage zu stellen, ob eine Strafe, welche die Grenze nicht überschreitet noch vertretbar ist, m.a.W. noch im Ermessensspielraum liegt. Bejaht er sie, hat er diese Strafe zu verhängen (BGE 134 IV 24 f.).

Eine Strafe von 36 Monaten Freiheitsstrafe erscheint unter Würdigung aller vorstehend dargelegten tat- und täterbezogenen Umstände gerade noch vertretbar. Wie noch zu zeigen sein wird, kann dem Beschuldigten sodann eine günstige Legalprognose gestellt werden. Zu Gunsten des Beschuldigten ist die Freiheitsstrafe somit auf 36 Monate festzusetzen.

3.3.2. Eine Strafe in dieser – den teilbedingten Vollzug gerade noch zulassenden – Höhe erscheint auch unter Betracht vergleichbarer Fälle, welche das Obergericht in letzter Zeit zu entscheiden hatte, als angemessen. Der Grundsatz der Gleichmässigkeit der Strafzumessung wird heute in der Lehre einhellig verfochten (vgl. z.B. BSK-Strafrecht I- Wiprächtiger, Art. 47 N 157 und Trechsel/Affolter-Ejsten, StGB PK. Art. 47 N 40) und ist vom Bundesgericht zumindest im Falle von Mittätern anerkannt (vgl. BGE 116 IV 292, 120 IV 144, 135 IV 191).

Der Verteidiger hat in diesem Zusammenhang auf das Urteil des Obergerichts vom 16. Juni 2011 hingewiesen, mit welchem F. \_\_\_\_\_ – ein ebenfalls in E. \_\_\_\_\_ domizilierter Landsmann des Beschuldigten (vgl. Beizugsakten SB110270, Urk. 29 S. 9) – wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das BetmG zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 36 Monaten verurteilt wurde (vgl. Beizugsakten SB110270, Urk. 44). Tatsächlich ist der dort behandelte Fall mit dem vorliegenden in einem hohen Masse vergleichbar. F. \_\_\_\_\_ wurde am 5. September 2010 am Flughafen D. \_\_\_\_\_ verhaftet, nachdem er von B. \_\_\_\_\_ via C. \_\_\_\_\_ herkommend in zwei an seinen Unterschenkeln befestigten Beinmanschetten 3'974 Gramm Heroingemisch mit einem Reinheitsgehalt von 64 %, d.h. total 2'530 Gramm reines Heroinhydrochlorid einzuführen versuchte, welches er gegen die Bezahlung der Reisespesen und ein versprochenes Entgelt von EUR 12'000.– auf dem Landweg von D. \_\_\_\_\_ nach L. \_\_\_\_\_ [Land] (M. \_\_\_\_\_) hätte weiter transportieren sollen (vgl. die an SB110270, Urk. 44 angeheftete Anklageschrift vom 19. November 2010). Offensichtlich steht hinter den Transporten des Beschuldigten und von F. \_\_\_\_\_ dieselbe Auftraggeberschaft mit der gleichen Methode und der gleichen Transportmenge Heroin in nahezu identischer Qualität. Ähnlich wie der Beschuldigte liess sich der seit längerer Zeit arbeitslose, selber nicht süchtige F. \_\_\_\_\_ zu einem solchen Transport überreden, weil er erhoffte, damit seine misslichen finanziellen Verhältnisse sanieren und seiner Familie sowie seinen kranken Eltern unter die Arme greifen zu können. Gleich wie der Beschuldigte führte der nicht vorbestrafte F. \_\_\_\_\_ lediglich einen einzigen Transport durch und zeigte sich nach seiner Verhaftung sofort geständig, kooperativ und reuig (vgl. SB110270, Urk. 44 S. 10 ff.).

Aufgrund dieser nahezu identischen objektiven und subjektiven Umständen drängt sich in Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung bzw. der Gleichmässigkeit der Strafzumessung eine Bestrafung dieser beiden Kuriere in der gleichen Grössenordnung auf. Ein plausibler Grund, weshalb eine Strafe, welche noch den teilbedingten Vollzug zulässt, im einen Fall ausgesprochen werden kann und im anderen Fall nicht, ist jedenfalls nicht ersichtlich.

3.3.3. Die Angemessenheit der Strafe ergibt sich schliesslich auch bei einer Vergleichsrechnung mit dem schematisierten Berechnungsmodell von Fingerhuth/Tschurr (Kommentar Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007, S. 385 f.): Demnach wäre bei 2'833 Gramm reinem Heroin von einer Einsatzstrafe von rund 72 Monaten auszugehen. Aufgrund des sofort abgelegten und umfassenden Geständnis wäre ein Abzug von nahezu einem Drittel, also bis zu 24 Monaten möglich. Eine weitere Reduktion von etwa 15 % (also rund 11 Monaten) ergäbe sich, weil der Beschuldigte das Heroin lediglich durch die Schweiz durchtransportierte und es sich um eine einzelne Tat handelte (a.a.O. S. 386). Mithin resultierte aufgrund dieser schematisierten Berechnung eine Freiheitsstrafe von knapp 37 Monaten. Eine solche Vergleichsrechnung – welche nicht Grundlage der eigentlichen Strafzumessung ist – ist durchaus zulässig (vgl. Bundesgerichtsurteil 6B\_495/2008 vom 27. Dezember 2008 E. 1.4.).

### **III. Vollzug**

1. Das Gericht kann den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 StGB). Der Gesetzgeber geht davon aus, bei Freiheitsstrafen in dieser Höhe wiege das Verschulden (siehe Art. 43 Abs. 1 StGB) so schwer, dass trotz günstiger beziehungsweise nicht ungünstiger Prognose ein Teil der Strafe zum Ausgleich des Verschuldens vollzogen werden muss (BGE 134 IV 241 E. 3.1.3). Der unbedingt vollziehbare Teil darf die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB). Sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil muss mindestens sechs Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 Satz 1 StGB). Innerhalb des

gesetzlichen Rahmens liegt die Festsetzung im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat sind, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingt vollziehbare Strafteil darf dabei das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 134 IV 1 E. 5.6, 241 E. 3.1.4).

Der Beschuldigte weist keine Vorstrafen auf. Es ist davon auszugehen, dass ihn der mehrmonatige Freiheitsentzug (Untersuchungshaft und vorzeitiger Strafvollzug) nachhaltig beeindruckt hat. Auch wenn der Beschuldigte im Moment arbeitslos ist, ist er in G.\_\_\_\_\_ weitgehend sozial integriert: Seine Familie lebt dort und er verfügt über eine gültige ... Aufenthaltbewilligung [im Land G.\_\_\_\_\_]. Auch zeigt er sich einsichtig und reuig. Dem Beschuldigten kann deshalb eine günstige Legalprognose gestellt werden, weshalb eine teilbedingte Freiheitsstrafe auszufallen ist. Das Verschulden des Beschuldigten ist, wie bereits im Rahmen der Strafzumessung ausgeführt, insgesamt als erheblich qualifiziert worden und erfordert deshalb eine tatsächlich spürbare Sanktion. Bei dieser Ausgangslage befindet man sich in einem mittleren Bereich: Bei schwerem Verschulden und Restbedenken bezüglich der günstigen Prognose wäre ein vollziehbarer Strafannteil bis zu 18 Monaten auszufallen. Bei eher leichtem Verschulden und einer vorbehaltlos günstigen Prognose läge der zu vollziehende Strafannteil gegen 6 Monate.

Unter diesen Prämissen ist es angezeigt, im vorliegenden Fall den zu vollziehenden Strafannteil auf 12 Monate festzusetzen. Aufgrund der vorbehaltlos guten Prognose ist die Probezeit auf zwei Jahre anzusetzen.

2. Gemäss Art. 51 StGB rechnet das Gericht die Untersuchungshaft, die der Täter während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden hat, auf die Strafe an. Für die Anrechnung ist keine Tatidentität erforderlich. Ebenso wenig ist erforderlich, dass die Anrechnung im gleichen Verfahren erfolgt, in welchem die Untersuchungshaft ausgestanden wurde. Der Grundsatz der Verfahrensidentität

war zwar noch im bundesrätlichen Entwurf zu Art. 51 StGB vorgesehen, fand aber keinen Eingang in die definitive Gesetzesfassung (BGE 133 IV 150 E. 5.1 S. 154 f). Gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe (IRSG) gilt Art. 51 StGB auch für die Anrechnung der im Ausland erstandenen Untersuchungshaft oder der Haft, die durch ein Verfahren nach diesem Gesetz (IRSG) im Ausland veranlasst wurde.

a) Der Beschuldigte war ab dem 17. Februar 2011 in Untersuchungshaft und befindet sich seit dem 14. April 2011 im vorzeitigen Strafvollzug (Urk. 17/1 und 17/12). An die heute ausgesprochene Strafe sind somit 348 Tage anzurechnen, welche durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.

b) Der Verteidiger macht geltend, dass auch die – vom Beschuldigten behauptete (vgl. Urk. 17/6 S. 5 f.) – zwischen 2004 und 2007 in G.\_\_\_\_\_ erstandene Haft anzurechnen sei, welche dieser unschuldig abgesessen habe, bis er mit ... Urteil [von Land G.\_\_\_\_\_] vom 28. Mai 2007 (Urk. 33/3) vom Vorwurf des Terrorismus und der Gefährdung der öffentlichen Ordnung vollumfänglich freigesprochen wurde, und für welche er nie eine Entschädigung erhalten habe (Urk. 46/1 S. 3; Urk. 36 S. 11).

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Wie ausgeführt, verlangt Art. 51 StGB zur Anrechnung von Haft zwar weder Tat- noch Verfahrenseinheit. Der in diesem Artikel statuierte Grundsatz der umfassenden Anrechnung gilt aber selbstverständlich nur für Haft, welche innerhalb der Schweiz erstanden wurde oder für welche die Schweizer Staatsorgane zumindest eine Entschädigungspflicht trifft. Art. 14 IRSG öffnet denn auch den Anwendungsbereich von Art. 51 StGB nur für solche ausländische Haft, welche im Zusammenhang mit einem internationalen Rechtshilfeverfahren steht (zur Entschädigung vgl. Art. 15 IRSG). Im Ausland erstandene Haft ohne jeglichen Konnex zur Schweiz bzw. zu einem schweizerischen Verfahren kann weder entschädigt noch angerechnet werden.

#### IV.

Nachdem der Beschuldigte mit seinen Anträgen weitgehend obsiegt, sind die Kosten des Berufungsverfahrens zusammen mit den Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 19. Juli 2011 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 3 bis 5 (Einziehungen) sowie 6 und 7 (Kostenregelung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

#### **Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 348 Tage durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 24 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate abzüglich 348 Tage erstandene Haft) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten(übergeben)
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (übergeben)

- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Gefängnis N. \_\_\_\_\_ durch den zuführenden Polizeibeamten

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- die Bundesanwaltschaft, 3003 Bern

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 mit Formular A
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten

6. 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.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 31. Januar 2012

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Höfliger