

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110684-O/U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, und lic. iur. Burger, Ersatz-
oberrichter lic. iur. Muheim sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur.
Oswald

Urteil vom 20. März 2012

in Sachen

A._____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgericht Bülach, I. Abteilung, vom
20. Juli 2011 (DG110040)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 12. Mai 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 18).

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 45 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 153 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafantritt bis und mit heute erstanden sind.
3. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 2. Mai 2011 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ... aufbewahrten 4'035 Gramm Heroingemisch (2'871 Gramm reines Heroin) werden eingezogen und sind durch die Kantonspolizei zu vernichten.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 2. Mai 2011 beschlagnahmten Unterlagen
 - 2 Airport-Eintritte, Nr. ... und Nr. ... für B. _____
 - 1 elektronisches Ticket, Nr. ...
 - 3 Boardingpässe lautend auf A. _____
 - 1 "Invitation to fast Track in ...", Nr. ...werden eingezogen und verbleiben in den Akten.

5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	2'500.–	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	300.–	Untersuchungskosten
Fr.	.–	Kosten KAPO
Fr.	1'800.–	Gebühr Strafuntersuchung
Fr.	5'183.70	amtl. Verteidigungskosten
Fr.	<u>9'783.70</u>	

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

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

Berufungsanträge:

1. Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 53)

1. Ziff. 2 des vorinstanzlichen Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 20. Juli 2011 sei aufzuheben.
2. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von höchstens 36 Monaten zu bestrafen, unter Anrechnung der bis heute erstandenen Polizei- und Untersuchungshaft und des vorzeitigen Strafvollzugs von insgesamt 397 Tagen.

3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe im Umfang von 24 Monaten sei bedingt aufzuschieben und die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen. Der Rest der Freiheitsstrafe sei zu vollziehen.
 4. Die amtliche Verteidigung sei für das vorliegende Verfahren aufrecht zu erhalten.
 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates.
2. Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(Urk. 50)
- Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils
-

I. Prozessuales

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung, vom 20. Juli 2011 meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 21. Juli 2011 rechtzeitig die Berufung an (Urk. 32). Nach Erhalt des begründeten Entscheids am 25. Oktober 2011 reichte er am 14. November 2011 (Poststempel) fristgerecht seine Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO ein (Urk. 42 Blatt 1; Urk. 47/1). Demnach richtet sich seine Berufung gegen das vorinstanzliche Strafmass. Die Staatsanwaltschaft beantragte mit Schreiben vom 24. November 2011 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 50). Anschlussberufung wurde keine erhoben und Beweisanträge wurden keine gestellt.

2. 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 20. Juli 2011 – mit Ausnahme der Sanktion – in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen.

II. Sanktion

1. Zur Begründung seines Antrags auf Strafreduktion liess der Beschuldigte zusammengefasst ausführen, dass er sich insbesondere im Vergleich mit dem gleichzeitig verhafteten C._____ ungleich und somit auch ungerecht behandelt fühle (Urk. 53 S. 2). Dieser habe für den Transport einer annähernd gleichen Drogenmenge auf dem gleichen Flug 36 Monate kassiert. Auch sei bekannt, dass in ähnlichen Fällen auch von der ersten Strafkammer Urteile in gleicher Höhe vorlägen (Urk. 53 S. 4). Sodann habe die Vorinstanz bei der Anwendung der in Fingerhuth/Tschurr publizierten Tabelle übersehen, dass diese auf einen "Prototyp" eines ungeständigen, nicht süchtigen Täters abstelle, welcher die entsprechende Menge in etwa fünf Geschäften umgesetzt habe. Beim Beschuldigten handle es sich aber nur um einen Transporteur, der lediglich einen Transport durchgeführt habe und ausserdem geständig sei. Die Vorinstanz habe weiter den Umstand zu wenig berücksichtigt, dass der Beschuldigte in D._____ vom Geschäft habe zurücktreten wollen, jedoch in diesem Moment dazu gezwungen worden sei, den Transport trotzdem durchzuführen, da das Zurückhalten der Reiseunterlagen für den Beschuldigten eine schwere Notlage dargestellt habe. Weiter sei das Geständnis des Beschuldigten zu wenig berücksichtigt worden. Es rechtfertige sich keine Freiheitsstrafe mehr, die das Höchstmass von 36 Monaten übersteige (Urk. 53 S. 2 ff.).

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). 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 verwiesen werden kann (Urk. 44 S. 5 ff.).

Ausgangspunkt bei der Bemessung des Verschuldens bildet 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 Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder ein besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte (BGE 107 IV 62; BGE 122 IV 299; BGE 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 (BGE 6B_495/2008 vom 27. Dez. 2008, E. 1.4; BGE 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 BGE 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 eine allfällige Drogenabhängigkeit des Täters (BGE 118 IV 349). Zu berücksichtigen ist ebenfalls, ob ein Beschuldigter 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 4'053 Gramm Heroingemisch mit dem hohen Reinheitsgehalt von 71 %, somit insgesamt 2'871 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 über vier Kilogramm Heroingemisch, welchem ein erheblicher Marktwert zukommt. Immerhin handelte es sich nur um einen einzigen Transport. 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. 5 f., Urk. 5 S. 4, Urk. 7 S. 3, Urk. 26 S. 5).

3.1.2. Betreffend das subjektive Tatverschulden ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte wusste, dass er Drogen transportierte, führte er doch aus, dass ihm E._____ gesagt habe, dass Drogen im Paket seien (Urk. 6 S. 2, Urk. 7 S. 3 ff., Urk. 26 S. 6). Dies wusste er sogar bereits in F._____ vor Antritt der Reise, wie er in späteren Einvernahmen selbst eingestand (Urk. 7 S. 4 f., Urk. 26 S. 5). Er handelte diesbezüglich mit direktem Vorsatz.

Auch wenn der Beschuldigte ausführte, nicht gewusst zu haben, welche Art von Drogen er transportierte (Urk. 6 S. 2, Urk. 26 S. 6 f.), war es für ihn - der als ... [Staatsangehöriger von D._____] seit vielen Jahren in G._____ lebte und somit zweifelsohne aus Medien und Gesprächen von der Problematik des internationalen Rauschgifthandels gehört hatte - ausgesprochen nahe liegend, dass es sich bei der Ware um so genannte harte Drogen, mutmasslich Heroin, handeln würde. Darauf deutet nicht zuletzt die hohe Belohnung von € 12'000.- und die Bezahlung der Reisekosten durch die Auftraggeber hin. Dass es sich gerade bei Heroin um eine sehr gefährliche Droge handelt, war ihm bekannt (Urk. 4 S. 9, Urk. 5 S. 8, Urk. 7 S. 6, Urk. 26 S. 7). Bezeichnend sind auch seine Aussagen, er habe sich schon vorstellen können, dass "es etwas Gefährliches sein könnte" und gedacht, "dass es doch eine grössere Menge sein müsse und gefährlich sein könnte" bzw. es "etwas Schlimmeres sei", als er erfahren habe, dass er das Paket am Körper tragen sollte (Urk. 5 S. 6 f.). Die Ausführungen, wonach er zuerst gedacht habe, es sei etwas zum Rauchen (Urk. 4 S. 4, Urk. 7 S. 3), schliessen Heroin nicht aus, wird diese Droge doch auch in dieser Form konsumiert. Im Weiteren war ihm zwar

nicht genau bekannt, welche Menge des Stoffs er transportierte (Urk. 4 S. 9, Urk. 7 S. 6, Urk. 26 S. 8). Unter anderem aufgrund des Gewichts der selbst um die Unterschenkel gebundenen Manschetten, aber auch angesichts der ihm in Aussicht gestellten Entlöhnung, konnte er jedoch abschätzen, dass es sich nicht um eine kleine Quantität handelte. Er räumte denn auch wie erwähnt die Annahme einer grösseren Menge ein (Urk. 5 S. 6). Zusammenfassend ist bezüglich der Drogenart und der Menge des Heroingemisches von Eventualvorsatz auszugehen, wobei dieser im konkreten Fall bereits an direkten Vorsatz grenzt. Nicht nachgewiesen werden kann dem Beschuldigten, dass er den genauen Reinheitsgehalt des Heroins gekannt hat, weshalb für die subjektive Tatschwere von einer mittleren Qualität auszugehen ist.

Der Beschuldigte konsumiert keine Drogen (Urk. 4 S. 9, Urk. 5 S. 8 f., Urk. 7 S. 7, Urk. 26 S. 7); Beschaffungskriminalität fällt somit ausser Betracht.

Die Darstellung der Verteidigung (Urk. 28 S. 3, Urk. 53 S. 3) und des Beschuldigten (Urk. 5 S. 6, Urk. 7 S. 3 f., Urk. 26 S. 6 und S. 9), letzterer habe in D._____ kurz vor der Abreise nach Europa "kalte Füsse" bekommen und aussteigen wollen, sei jedoch durch den Organisator E._____ genötigt worden, den Drogentransport durchzuführen, ist nicht glaubhaft. Es fällt auf, dass der Beschuldigte die angebliche Drohung durch E._____, er werde ihm für den Fall der Nichtvornahme des Transports wichtige Personalpapiere, die in den Händen E.____s gewesen seien, nicht zurückgeben, in der ersten Einvernahme durch die Polizei nicht einmal ansatzweise erwähnte, obwohl er die Begegnung mit E._____ schon damals sehr detailliert schilderte (Urk. 4 S. 6 f.) und es sich dabei doch um ein sehr einschneidendes Erlebnis bzw. den wahren Grund für die Mitnahme der Drogen gehandelt haben soll. In der folgenden Befragung verneinte er zunächst sogar ausdrücklich, von jemanden unter Druck gesetzt worden sein, diese Reise anzutreten (Urk. 5 S. 5).

Doch selbst wenn man seiner Darstellung Glauben schenken würde, käme ihr keine erhebliche und damit im Ergebnis weiter strafsenkende Wirkung zu (vgl. dazu die abschliessenden Ausführungen zur Festlegung der Strafe, Ziff. II.3.3.1). Der Beschuldigte war sich zugegebenermassen schon vor der Abreise nach

D._____ für den Transport im Klaren darüber, dass er Drogen transportieren würde, und wie bereits erwogen nahm er dabei in Kauf, dass es sich um harte Betäubungsmittel handeln würde. Er fasste also den grundlegenden Entschluss, diesen Schmuggel durchzuführen, ohne dass es irgendeiner Drohung bedurft hätte. Bedenken kamen ihm vor der Abreise seinen eigenen Aussagen zufolge, weil ihm gesagt wurde, dass er die Pakete am Körper transportieren müsse (Urk. 5 S. 5 und 8). Es ist offensichtlich, dass er in diesem Zeitpunkt nicht zurücktreten wollte, weil er die Gesundheit vieler Menschen nicht (mehr) gefährden wollte, sondern aus Angst, bei dieser Transportart eher entdeckt werden zu können. Dass es - immer ausgehend davon, es habe eine Drohung stattgefunden - keiner grossen Überzeugungskraft von Seiten E._____s bedurfte, um den Beschuldigten dazu zu bewegen, doch mit den Paketen loszufliegen, gab der Beschuldigte im Übrigen dadurch zu erkennen, dass er einräumte, das Geld, welches er erhalten sollte, habe ihn "natürlich auch interessiert".

Diese hohe Belohnung von EUR 12'000.- ist als eigentliche Triebfeder seines Handelns zu betrachten. Dabei kann ihm nicht widerlegt werden, dass er seit einiger Zeit arbeitslos und verschuldet war (Urk. 4 S. 4 f., Urk. 5 S. 5) und es ihm vor allem darum gegangen ist, mittels des in Aussicht gestellten Verdienstes seinen Lebensunterhalt zu bestreiten sowie seine schwangere und kranke Freundin, seinen Bruder (vgl. allerdings die Erwägungen der Vorinstanz in Urk. 44 S. 12) und seine Familie in D._____ finanziell unterstützen zu können (Urk. 4 S. 2, Urk. 5 S. 4 f. und S. 9, Urk. 6 S. 2 und S. 5, Urk. 7 S. 2 und S. 9 f., Urk. 26 S. 6, Urk. 28 S. 4) und Schulden zurückzubezahlen (Urk. 5 S. 5, Urk. 26 S. 6). Zwar lag keine eigentliche Notlage vor, zumal der Beschuldigte in G._____ über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt und dort entsprechend Hilfeleistungen des Staates beanspruchen kann (vgl. Urk. 1 S. 3, Urk. 26 S. 2). Immerhin gründete sein Handeln aber nicht in bloss eigennützigem Streben nach einem höheren Lebensstandart; das ist leicht verschuldensmindernd zu berücksichtigen.

3.1.3. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die subjektive Komponente die objektive Tatschwere relativiere und setzte die Einsatzstrafe im Rahmen der Tatkomponente auf 50 Monate Freiheitsstrafe fest (Urk. 44 S. 14). Insgesamt ist von

einem erheblichen Verschulden auszugehen, weshalb diese Einsatzstrafe als angemessen erscheint.

3.2. Täterkomponente

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. 5 S. 4, Urk. 6 S. 2, Urk. 7 S. 9 f., Urk. 26 S. 1 ff., Urk. 28 S. 3, Urk. 44 S. 14 f.). An der Berufungsverhandlung führte er aus, dass er nach der Matura nicht studiert habe, sondern als Kellner und im Bereich Elektrizität gearbeitet habe. In G._____ habe er als Kellner monatlich ca. EUR 1'000.– bis 1'700.– verdient, ca. im Jahr 2009 sei er aber arbeitslos geworden und nur noch gelegentlichen Aushilfseinsätzen in einer Bar nachgegangen. Er sei mit seiner Freundin, mit welcher er ein Kind habe, verlobt und sie würden heiraten (Urk. 52 S. 2 f.). Der Umstand, dass der Beschuldigte nicht zuletzt wegen erheblicher finanzieller Probleme bzw. zur Unterstützung seiner Familie delinquierte, wurde bereits beim Verschulden berücksichtigt. 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. 18/1-3). Die Vorinstanz hat richtig festgehalten, dass der Vorstrafenlosigkeit des Beschuldigten nach neuer Rechtsprechung des Bundesgerichts keine strafmindernde Wirkung zukommt (Urk. 44 S. 15; 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 fast von Anfang an nicht nur ein vollumfängliches Geständnis ablegte, sondern sich auch kooperativ zeigte.

Der Beschuldigte beschrieb das Zustandekommen des Auftrags sowie den Ablauf und den Weg seines Transports relativ detailliert und erwähnte auch die ihm in Aussicht gestellte Belohnung. Sodann nannte er auch die ihm bekannten Hintermänner. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das vollumfängliche Geständnis und die Kooperationsbereitschaft des Beschuldigten strafmindernd zu berücksichtigen sind.

c) Hinzu kommt, dass sich der Beschuldigte einsichtig und reuig zeigte und immer wieder glaubhaft beteuerte, dass es ihm leid tue (Urk. 5 S. 9, Urk. 7 S. 7, Prot. I S. 7, Prot. II S. 5), was ebenfalls zu seinen Gunsten zu werten ist.

d) Dieses positive Nachtatverhalten des Beschuldigten hat sich deshalb insgesamt in nicht unerheblichem Masse strafreduzierend auszuwirken.

3.2.4. Im Zusammenhang mit der Strafempfindlichkeit kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass keine aussergewöhnliche Umstände vorliegen, welche sich erheblich strafmindernd auswirken würden (Urk. 44 S. 16 f.). 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. BGE 6B_470/2009 vom 23. November 2009, E. 2.5.).

3.3. Fazit

3.3.1. In Berücksichtigung sämtlicher relevanter Strafzumessungsgründe – insbesondere einer etwas stärkeren Gewichtung 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) Vollzug 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, zumal dem Beschuldigten eine günstige Legalprognose gestellt werden kann (vgl. unten Ziff. III).

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).

In diesem Zusammenhang kann auf die Urteile des Obergerichts vom 16. Juni 2011 und 31. Januar 2012 hingewiesen werden, mit welchen H. _____ bzw. C. _____ – ebenfalls in F. _____/G. _____ domizillierte Landsmänner des Beschuldigten (vgl. Beizugsakten SB110270, Urk. 29 S. 9; Beizugsakten SB110591, Urk. 44 S. 12) – wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das BetmG zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 36 Monaten verurteilt wurden (vgl. Beizugsakten SB110270, Urk. 44; Beizugsakten SB110591, Urk. 60). Tatsächlich sind die dort behandelten Fälle mit dem vorliegenden in einem hohen Masse vergleichbar. H. _____ wurde am 5. September 2010 und C. _____ am selben Tag wie der Beschuldigte am Flughafen Zürich verhaftet, nachdem sie von B. _____ via ... herkommend in zwei an ihren Unterschenkeln befestigten Beinmanschetten 3'974 bzw. 3'975 Gramm Heroingemisch mit einem Reinheitsgehalt von 64 % bzw. 71 %, d.h. total 2'530 bzw. 2'833 Gramm reines Heroinhydrochlorid einzuführen versuchten, welches sie gegen die Bezahlung der Reisespesen und ein versprochenes Entgelt von EUR 12'000.– auf dem Landweg von Zürich nach I. _____

(J._____ [Stadt]) bzw. F._____ (G._____) hätten weiter transportieren sollen (vgl. die an SB110270, Urk. 44 angeheftete Anklageschrift vom 19. November 2010; vgl. die an SB110591, Urk. 60 angeheftete Anklageschrift vom 16. Mai 2011). Offensichtlich steht hinter den Transporten des Beschuldigten und von H._____ sowie C._____ dieselbe Auftraggeberschaft mit der gleichen Methode und der fast gleichen Transportmenge Heroin in nahezu identischer Qualität (vgl. auch Urk. 2 S. 4). Ähnlich wie der Beschuldigte liessen sich die seit längerer Zeit arbeitslosen, selber nicht süchtigen H._____ und C._____ zu einem solchen Transport überreden, weil sie erhofften, damit ihre misslichen finanziellen Verhältnisse sanieren und ihrer Familie unter die Arme greifen zu können. Gleich wie der Beschuldigte führten die nicht vorbestraften H._____ und C._____ lediglich einen einzigen Transport durch und zeigten sich nach ihrer Verhaftung geständig, kooperativ und reuig (vgl. Beizugsakten SB110270, Urk. 44 S. 10 ff. ; Beizugsakten SB110591, Urk. 60 S. 9 ff.).

Aufgrund dieser nahezu identischen objektiven und subjektiven Umstände drängt sich in Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichbehandlung bzw. der Gleichmässigkeit der Strafzumessung eine Bestrafung dieser drei 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 2'871 Gramm reinem Heroin von einer Einsatzstrafe von rund 72 Monaten auszugehen. Aufgrund des am Anfang der Untersuchung abgelegten und umfassenden Geständnisses 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 durchtransportieren wollte 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 – wel-

che nicht Grundlage der eigentlichen Strafzumessung ist – ist durchaus zulässig (vgl. BGE 6B_495/2008 vom 27. Dezember 2008, E. 1.4.).

3.3.4. Zusammenfassend ist die Freiheitsstrafe somit auf 36 Monate festzusetzen.

Gemäss Art. 51 StGB rechnet das Gericht die Untersuchungshaft, die der Täter während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden hat, auf die Strafe an. Der Beschuldigte war ab dem 17. Februar 2011 in Untersuchungshaft und befindet sich seit dem 11. Mai 2011 im vorzeitigen Strafvollzug (Urk. 16/16). An die heute ausgesprochene Strafe sind somit 397 Tage anzurechnen, welche durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.

III. Vollzug

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; BGE 134 IV 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 Freundin und sein Kind leben dort und er verfügt über eine gültige ... Aufenthaltbewilligung [des Staates 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 Strafanteil bis zu 18 Monaten auszufallen. Bei eher leichtem Verschulden und einer vorbehaltlos günstigen Prognose läge der zu vollziehende Strafanteil gegen 6 Monate.

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

IV.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Nachdem der Beschuldigte mit seinen Anträgen 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, I. Abteilung, vom 20. Juli 2011 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 3 und 4 (Einziehungen) sowie 5 und 6 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 397 Tage durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 24 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate abzüglich 397 Tage erstandene Haft) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, 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 Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (vorab per Fax ...)
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - die Justizvollzugsanstalt ... durch den zuführenden Polizeibeamtensowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - 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.

6. 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, 20. März 2012

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Oswald