

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130337-O/U/eh

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, Oberrichterin lic. iur.
Ch. von Moos und Oberrichter Dr. D. Schwander sowie die
Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Grieder

Urteil vom 14. November 2013

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 Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom
10. Juli 2013 (DG130050)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 29. Mai 2013 (Urk. 12) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz::

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung 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 45 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 108 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lager nummer ... aufbewahrten 5'754 Gramm Kokaingemisch werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 2'000.– Gebühr für die Strafuntersuchung
Fr. 900.– Auslagen Vorverfahren
Fr. amtl. Verteidigungskosten (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
5. 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.
6. (Mitteilungen)
7. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(schriftlich; Urk. 55)

1. Der Berufungskläger sei mit höchstens 33 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen, unter voller Anrechnung der erstandenen Haft.
2. Dem Berufungskläger sei der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren. Der vollziehende Teil sei dabei auf nicht mehr als sechs Monate festzusetzen.
3. Alles unter Kostenfolge zulasten der Gerichtskasse.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(schriftlich; Urk. 45)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Prozessuales

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil der Vorinstanz vom 10. Juli 2013 wurde der Beschuldigte der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 45 Monaten bestraft. Ausserdem wurden die sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich aufbewahrten 5'754 Gramm Kokaingemisch eingezogen und es wurde deren Vernichtung nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils angeordnet (Urk. 38 S. 13).

2. Gegen das mündlich eröffnete und im Dispositiv übergebene Urteil meldete der Verteidiger am 19. Juli 2013 innert Frist Berufung an (Urk. 31, Art. 399 Abs. 1 StPO). Nach Zustellung des begründeten Entscheids (Urk. 34 i.V.m. Urk 35 S. 1) reichte die Verteidigung fristgerecht am 14. August 2013 (Poststempel) die Berufungserklärung ein (Urk. 40, Art. 399 Abs. 3 StPO). Die Staatsanwaltschaft verzichtete in der Folge mit Eingabe vom 28. August 2013 auf Anschlussberufung, beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und ersuchte um Dispensation von der Berufungsverhandlung (Urk. 45).

3. Der Verteidiger hat die Berufung auf Ziffer 2 (Strafmass) des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs beschränkt (Urk. 40 S. 2). Somit sind Ziff. 1 (Schuldspruch), 3-5 (Sicherstellung, Kosten) nicht angefochten, weshalb vorab festzustellen ist, dass diese Ziffern bereits in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 404 Abs. 1 StPO). Beweisanträge wurden keine gestellt.

II. Sanktion

1. Strafrahmen

Die vorinstanzlichen Erwägungen zum Strafrahmen sind zu bestätigen und es kann zur Vermeidung von Wiederholungen darauf verwiesen werden (Urk. 38 S. 7; Art. 82 Abs. 4 StPO).

2. Beanstandungen

Die Verteidigung macht in ihrer Berufungserklärung geltend, die Vorinstanz messe der Betäubungsmittelmenge als Strafzumessungsfaktor zu Unrecht immer noch eine vorrangige Bedeutung zu und die Reduktion der Einsatzstrafe um einen Fünftel aufgrund der Stellung des Beschuldigten als Kurier sei zu gering. Weiter sei das bereits zu Beginn der Untersuchung abgelegte, umfassende Geständnis des Beschuldigten, der sich im Übrigen einsichtig gezeigt habe - mit nur einem Fünftel zu wenig strafmindernd berücksichtigt worden. Weiter sei das Tatmotiv im vorinstanzlichen Urteil als leicht strafferhöhend gewertet worden, was nicht einsichtig sei. Dann dürften die zweifelhaften Vorstrafen aus Bulgarien nicht straffer-

höhend berücksichtigt werden. Schliesslich sei dem Beschuldigten der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren, wobei der vollziehende Teil auf sechs Monate festzusetzen sei (Urk. 40 S. 2 f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung trug der Verteidiger vor, dass es sich beim Beschuldigten nicht um einen üblichen Kurier aus dem Ausland gehandelt habe, da dieser nicht bezweckt habe, die beförderten Drogen aus dem Ausland in die Schweiz einzuführen, um sie hier in Umlauf zu bringen. Der Beschuldigte habe als Beförderer des sichergestellten Kokains die Schweiz nur ganz am Rande tangiert. Er habe vor seiner Verhaftung den Transitbereich nie verlassen und wäre mit einem Anschlussflug nach Brüssel weitergeflogen, ohne den Schweizerzoll zu überschreiten, womit er sich vom üblichen

Kurier aus dem Ausland unterscheide. Es sei deshalb nicht gerechtfertigt, den Beschuldigten anders als einen blossen Kurier im Inland zu betrachten, bei dem bei der Strafzumessung ein Abzug von 30% in Betracht komme. Die Einsatzstrafe sei deshalb wegen der untergeordneten Stellung des Beschuldigten als reiner Kurier, der die Schweiz nur am Rande tangiert habe, um 30 Prozent zu reduzieren (Urk. 55 S. 2f.).

3. Strafzumessung

3.1. Die Vorinstanz hielt die Grundsätze der Strafzumessung korrekt fest und hat insbesondere auch zutreffende Ausführungen zur Strafzumessung bei Drogen delikten gemacht (Urk. 38 S. 7 f.). Darauf ist zu verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO).

Zu ergänzen ist, dass das Bundesgericht in neueren Entscheiden die Regeln zur Strafzumessung modifiziert und in Grundsatzentscheiden das nachfolgend skizzierte Modell vorgegeben hat (BGE 136 IV 55 E.5.4.; Entscheide des Bundesgerichts 6B_466/2013 vom 25. Juli 2013, 6B_323/2010 vom 23. Juni 2010 E. 2, 6B_865/2009 vom 25. März 2010 und 6B_238/2009 vom 8. März 2010, je mit Hinweisen). Die Ausführungen des Bundesgerichts werden ergänzt durch weitere Strafzumessungskriterien, die sich aus der Literatur und der weiteren Rechtsprechung des Bundesgerichts ergeben.

Ausgehend von der objektiven Tatschwere hat das Gericht das Verschulden zu bewerten. Es hat im Urteil darzutun, welche verschuldensmindernden und welche

verschuldenserhöhenden Gründe im konkreten Fall gegeben sind, um so zu einer Gesamteinschätzung des Tatverschuldens zu gelangen. Dem Tatverschulden kommt nach der Rechtsprechung bei der Strafzumessung eine entscheidende Rolle zu (Urteil des Bundesgerichtes 6B_165/2011 vom 19. Juli 2011 E. 1.5.2.; BGE 136 IV 55 E. 5.4. und BGE 134 IV 17 E. 2.1.). Dieses beurteilt sich anhand der gesamten Tatumstände. Der Gesetzgeber hat einzelne Kriterien aufgeführt, welche für die Verschuldenseinschätzung von wesentlicher Bedeutung sind und allenfalls bewirken können, das Verschulden als derart gering einzustufen, dass eine Strafe unterhalb des ordentlichen Strafrahmens geboten ist. So trifft etwa - neben einer allfällig verminderten Schuldfähigkeit - denjenigen einen geringeren Schuldvorwurf, dem lediglich eventualvorsätzliches Handeln anzulasten ist (Art. 12 Abs. 2 StGB). Das Strafgesetzbuch selbst erwähnt verschiedene Umstände, die das Verschulden reduzieren können: Wenn der Täter aus achtenswerten Beweggründen, in schwerer Bedrängnis oder unter dem Eindruck einer schweren Drohung gehandelt hat; ebenso wenn sein Handeln durch eine Person, der er Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist, veranlasst worden ist (Art. 48 lit. a StGB). Im gleichen Sinne ist von einem minderen Verschulden auszugehen, wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist (Art. 48 lit. b StGB), wenn er in einer heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung (Art. 48 lit. c StGB) gehandelt hat. Ein reduziertes Verschulden trifft auch denjenigen, der die Tat durch Unterlassung begeht (Art. 11 Abs. 4 StGB). Zu nennen sind schliesslich die entschuldbare Notwehr (Art. 16 Abs. 1 StGB) und der entschuldbare Notstand (Art. 18 Abs. 1 StGB), der vermeidbare Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21 StGB), der Rücktritt (Art. 23 Abs. 1 StGB) und die Gehilfenschaft (Art. 25 StGB). In all diesen Fällen liegen Sachverhaltselemente vor, die sich verschuldensmindernd auswirken, was zu einer milderen Strafe führt. Auf der anderen Seite sind Umstände denkbar, welche das Tatverschulden erhöhen und namentlich die wegen der reduzierten Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit des Täters geringere Schuld wieder auszugleichen vermögen. Zu erwähnen ist beispielsweise ein verwerfliches Motiv.

Weiter zu berücksichtigen sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges (Deliktsbetrag, Gefährdung/Risiko, Sachschaden etc.), die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, das "Mass an Entscheidungsfreiheit" beim Täter sowie die sogenannte Intensität des deliktischen Willens (Donatsch/Flachsmann/Hug/ Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 19. Auflage, Zürich 2013, N11 zu Art. 47 StGB samt

Zitaten). Je leichter es für ihn gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (Entscheide des Bundesgerichts 6S.270/2006 vom 5. September 2006 E. 6.2.1., 6S.43/2001 vom 19. Juni 2001 E. 2. und 6S.333/2004 vom 23. Dezember 2004 E. 1.1.; BGE 122 IV 241 und Pra 2001 S. 832 lit. a; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 2.A., Bern 2006, S. 179 N 13; Trechsel/Affolter-Eijsten, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB PK, 2. Auflage 2013, N 21 zu Art. 47 StGB). Auch die Grösse des Tatbeitrages (bei mehreren Tätern) und die hierarchische Stellung sind von Bedeutung (vgl. Hans Wiprächtiger in BSK StGB I, 3.A., Basel 2013, N 69 ff. zu Art. 47 StGB; Trechsel, a.a.O., N 18 ff. zu Art. 47 StGB).

Es liegt im Ermessen des Sachrichters, in welchem Umfang er die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Gericht ist nicht gehalten, in Zahlen oder Prozentsätzen anzugeben, wie es die einzelnen Strafzumessungskriterien bewertet (Urteil des Bundesgerichtes 6B_524/2010&6B_626/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 4.4.).

Das Gesamtverschulden ist zu qualifizieren und mit Blick auf Art. 50 StGB im Urteil ausdrücklich zu benennen, wobei von einer Skala denkbarer Abstufungen nach Schweregrad auszugehen ist. Das Bundesgericht drängt in seiner aktuellen Praxis vermehrt darauf, dass Formulierung des Verschuldens und Festsetzung des Strafmasses auch begrifflich im Einklang stehen (Urteile des Bundesgerichtes 6B_524/2010&6B_626/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 4.4., 6B_1096/2010 vom 7. Juli 2011 E. 4.2., 6B_1048/2010 vom 6. Juni 2011 E. 3.2. und 6B_763/2010 vom 26. April 2011 E. 4.1.).

Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der (schwersten) anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen.

Dieser Rahmen ist vom Gesetzgeber in aller Regel sehr weit gefasst worden, um sämtlichen konkreten Umständen Rechnung zu tragen. Entgegen einer auch in der Praxis verbreiteten Auffassung wird der ordentliche Strafrahmen durch Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe nicht automatisch erweitert, worauf dann innerhalb dieses neuen Rahmens die Strafe nach den üblichen Zumessungskriterien festzusetzen wäre (Urteil 6S.73/2006 vom 5. Februar 2007 E. 3.2). Zwar ist auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darauf hingewiesen worden, das Gesetz sehe eine Strafrahmenerweiterung vor (vgl. BGE 116 IV 300 E. 2a S. 302). Damit sollte aber nur ausgedrückt werden, dass der Richter infolge eines Strafschärfungs- bzw. Strafmilderungsgrundes nicht mehr in jedem Fall an die Grenze des ordentlichen Strafrahmens gebunden ist. Der ordentliche Rahmen ist nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint (SCHWARZENEGGER/HUG/JOSITSCH, Strafen und Massnahmen, 8. Auflage, 2007, S. 74). Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens kann sich stellen, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren zusammentreffen, die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter relativieren, so dass eine Strafe innerhalb des ordentlichen Rahmens dem Rechtsempfinden widerspräche. Dabei hat der Richter zu entscheiden, in welchem

Umfang er den unteren Rahmen wegen der besonderen Umstände erweitern will.

Der vom Gesetzgeber vorgegebene ordentliche Rahmen ermöglicht in aller Regel, für eine einzelne Tat die angemessene Strafe festzulegen. Er versetzt den Richter namentlich in die Lage, die denkbaren Abstufungen des Verschuldens zu berücksichtigen. Die verminderte Schuldfähigkeit allein führt deshalb grundsätzlich nicht dazu, den ordentlichen Strafrahmen zu unterschreiten. Dazu bedarf es weiterer ins Gewicht fallender Umstände, die das Verschulden als besonders leicht erscheinen lassen. Nur eine solche Betrachtungsweise vermag der gesetzgeberischen Wertung des Unrechtsgehaltes einer Straftat und damit letztlich der Ausgleichsfunktion (auch) des Strafrechts Rechnung zu tragen.

Hierauf ist in einem zweiten Schritt innerhalb des zur Verfügung stehenden Strafrahmens die (hypothetische) Strafe zu bestimmen, die diesem Verschulden

ent-

spricht (Urteil des Bundesgerichtes 6B_524/2010 und 6B_626/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 4.4.).

Diese allgemeinen Grundsätze sind auch auf das Betäubungsmittelrecht anwendbar. Die Strafe ist somit vor allem nach dem Verschulden des Täters zu bemessen und nicht nach der Gefahr, die von den jeweiligen Drogen ausgeht. Diese

Gefahr ist zwar eines der Elemente, die das Verschulden des Täters ausmachen, doch muss sie zusammen mit den übrigen verschuldensrelevanten Momenten gewertet werden. Weder dem Reinheitsgrad noch der Drogenmenge kommt bei der Strafzumessung eine vorrangige Bedeutung zu. Die genaue Betäubungsmittelmenge und gegebenenfalls ihr Reinheitsgrad verlieren an Bedeutung, wenn mehrere Qualifikationsgründe gemäss Art. 19 Ziff. 2 BetmG erfüllt sind. Auch werden sie umso weniger wichtig, je deutlicher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG überschritten ist. Steht nicht fest, dass der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder ein besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte, spielt der genaue Reinheitsgrad für die Gewichtung des Verschuldens und bei der Strafzumessung keine Rolle (BGE 118 IV 342 E. 2c; 122 IV 299 E. 2c S. 301; 121 IV 193 E. 2b/aa S. 196).

Obschon - wie vorstehend erwähnt - der Drogenmenge (und damit verbunden der Gefährlichkeit) bei der Strafzumessung keine *vorrangige* Bedeutung mehr zukommt, sind bei Drogenstraftätern bei der Verschuldensbeurteilung dennoch (als eines von vielen Elementen) die Art und Menge der umgesetzten Drogen mitzuberücksichtigen. Je grösser die Menge und je schädlicher die Gattung der vom Täter gehandelten, weitergegebenen oder transportierten Betäubungsmittel ist, um so gewichtiger erweist sich die von ihm mit der Tatverübung herbeigeführte gesundheitliche Gefährdung für Dritte. Neben der Menge und der daraus

folgenden Gesundheitsgefährdung sind 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 118 IV 348; BSK StGB I, Wiprächtiger/Keller, 3. Auflage 2013, Art. 47 N 93 ff.; ferner Hans Wiprächtiger, Strafzumessung und bedingter Strafvollzug - eine Herausforderung für die Strafbehörden, in: ZStrR 114

S. 434 ff.; Fingerhuth/Tschurr, BetmG-Kommentar, 2. Aufl. 2007, Art. 47 StGB N 1 ff.).

Zunächst 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. 429f., 436 und 438). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes trifft beispielsweise den Transporteur einer bestimmten Betäubungsmittelmenge grundsätzlich ein geringeres Verschulden als denjenigen, der diese Betäubungsmittelmenge verkauft oder zum Zwecke des Weiterverkaufes erwirbt (BGE 121 IV 206; Th. Hansjakob, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen in ZStrR 1997, S. 242; Fingerhuth/Tschurr, a.a.O., Art. 47 StGB N 12). Wesentlich bei der Strafzumessung ist auch die Stellung des Täters in der Hierarchie des Drogenhandels und die Zahl der Geschäfte, welche ein Indiz für die kriminelle Energie und damit für Gefährlichkeit des Täters ist (Hansjakob, a.a.O., S. 243). Ein weiteres beachtliches Zumessungskriterium ist aber auch 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 62f.), 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 z.B. kooperatives Verhalten, ein umfassendes Geständnis, Reue und Einsicht (BGE 118 IV 349; Hansjakob, a.a.O., S. 244). Alle diese weiteren Gesichtspunkte können im einen Fall erheblich strafe erhöhend, im anderen stark strafmindernd wirken (BGE 118 IV 348).

3.2. Bei Kokain handelt es sich um eine sogenannt "harte Droge" mit unbestrittenermassen gesundheitsgefährdender und abhängigkeiterzeugender Wirkung
Tatkomponente

3.2.1 Gemäss Vorgaben der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist somit ausgehend von der objektiven Tatschwere das Verschulden zu bewerten und für die Tat eine Einsatzstrafe festzusetzen.

Der Beschuldigte hat eine beträchtliche Menge Kokain (5'754 Gramm Kokaingemisch, 4'216 Gramm reines Kokain) von Sao Paulo nach Zürich transportiert. Bei Kokain handelt es sich um eine so genannt "harte Droge" mit unbestrittenermassen gesundheitsgefährdender und abhängigkeiterzeugender Wirkung (vgl. dazu bereits die Vorinstanz: Urk. 38 S. 8). Die Menge, die der Beschuldigte in die Schweiz einführen liess bzw. hier in Verkehr brachte, übersteigt die vom Bundesgericht festgesetzte Limite von 18 Gramm (BGE 118 IV 342 E. 1a und 109 IV 143 E. 3b) um ein Vielfaches. Dadurch hat der Beschuldigte die Gesundheit einer Vielzahl von Menschen in erhebliche Gefahr gebracht. Der Beschuldigte führte durch seinen Kokaintransport einen wesentlichen und keinesfalls zu verharmlosenden Tatbeitrag aus. Seine Tätigkeit ist dabei nicht auf der absolut untersten Hierarchiestufe des Drogenhandels, also beispielsweise derjenigen von abhängigen Strassendealern, anzusiedeln. Seine Funktion im Drogenhandelsgefüge darf daher nicht bagatellisiert werden, wenn auch festzuhalten ist, dass er keine Drahtzieherfunktion hatte, sondern nur ausführend tätig war. Entgegen der Ansicht der Verteidigung handelt es sich beim Beschuldigten um einen Kurier aus dem Ausland. Es spielt hierfür keine Rolle, ob die Drogen für die Schweiz bestimmt waren oder für einen anderen Staat. Bedeutend ist vielmehr, dass der Transport von Drogen aus Südamerika nach Europa ein nicht unwesentlicher Schritt im ganzen Drogenhandel ist und ein Kurier aus dem Ausland sich wegen der Grenzkontrollen grösseren Gefahren aussetzt (und sich dessen auch bewusst ist) als inländische Kuriere, was entsprechend in die Strafzumessung einfließen muss.

Das objektive Tatverschulden wiegt demzufolge nicht mehr leicht, weshalb die hypothetische Einsatzstrafe bei 58 Monaten festzulegen ist.

Berücksichtigt ist dabei insbesondere die hierarchisch tiefe Stellung des Beschuldigten sowie die Tatsache, dass es sich um einen einmaligen Transport aus dem Ausland handelte.

3.2.2. Bei der Bewertung des subjektiven Verschuldens ist die Frage zu beantworten, wie dem Täter die objektive Tatschwere tatsächlich anzurechnen ist. Der Beschuldigte handelte eventualvorsätzlich in Bezug auf die Drogenart. Der

Beschuldigte trug die Betäubungsmittel beim Transport auf seinem Körper (Urk. 6/4, Urk. 3/3 S. 10 oben), weshalb ihm zwangsläufig bewusst war, dass es sich bei den von ihm transportierten Drogen um mehrere Kilos handelte. Selbst wenn der Beschuldigte nicht direkt angestrebt haben mag, genau die von ihm letztlich transportierte Menge zu transportieren, bezweckte seine Reise nichts anderes als einen Drogentransport im Mehrkilogrammereich; es war für ihn unumgänglich, diese Menge zu transportieren, nachdem er seine Zustimmung gegeben hatte, sich die Kokainpakete an die Beine kleben zu lassen und er auch eine doppelte Neoprenhose mit dem entsprechenden Kokain anzog. Folglich handelte der Beschuldigte mit einem einfachen Vorsatz in Bezug auf die Drogenmenge. Der Beschuldigte handelte nicht aus einem Suchtzustand heraus, gab er doch an, noch nie Drogen konsumiert zu haben (Urk. 3/1 S. 4, Urk. 3/2 S. 3, Urk. 3/3 S. 14, Urk. 3/4 S. 4). Mit der Vorinstanz ist dem Beschuldigten zugute zu halten, dass er sich mit dem Lohn für den Drogentransport keine Luxusgüter leisten wollte, sondern die durch den Konkurs seines Cafés entstandenen Schulden zu begleichen beabsichtigte (Urk. 38 S. 9).

Insgesamt wird die objektive Tatschwere durch die subjektiven Komponenten relativiert, weshalb die Einsatzstrafe auf 52 Monate zu reduzieren ist.

3.3. Täterkomponente

3.3.1. Zur Täterkomponente hat die Vorinstanz den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten angeführt, worauf zu verweisen ist (Urk. 38 S. 10 f.). Zur Präzisierung führte der Beschuldigte anlässlich der

Berufungsverhandlung aus, dass es ihm gesundheitlich zur Zeit gut gehe, er aber in der Vergangenheit bereits zweimal an Tuberkulose erkrankt sei. Das erste Mal sei er nicht ganz geheilt worden, weshalb die Tuberkulose dann beim zweiten Mal akut gekommen sei, was schlimm gewesen sei. Er sei auch heute noch nicht von der Tuberkulose geheilt, da es kein Mittel zur Heilung gebe. Im Jahr 1990 habe er einen Autounfall gehabt und habe vier Tage im Koma gelegen. Ausserdem habe er 12 Brüche davon getragen, weshalb auch sein rechtes Bein um zwei Finger kürzer sei. Zwei Jahre nach dem Unfall habe er Gleichgewichtsprobleme und Schwindelgefühle bekommen. Er habe in Bulgarien Schulden bei verschiedenen

Leuten und einer Kreditfirma in der Höhe von Fr. 10'000.-- bis Fr. 12'000.--. Er sei aber in diesem Zusammenhang nie bedroht worden (Urk. 54 S. 3 f.). Die Vorinstanz hat korrekt festgehalten, dass sich die persönlichen Verhältnisse neutral auf die Strafzumessung auswirken (Urk. 38 S. 11, Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.3.2. Der Beschuldigte ist in Bulgarien wegen Entzugs eines Motorfahrzeugs, Diebstahls und Sachbeschädigung vorbestraft (Urk. 9/3 unten). Ausländische Vorstrafen dürfen bei der Strafzumessung mitberücksichtigt werden (Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, N 134 zu Art. 47 StGB). Lange zurückliegende Vorstrafen sind, in analoger Anwendung von Art. 369 Abs. 7 StGB, nicht mehr zu berücksichtigen. Wann der Beschuldigte die Delikte begangen hat, ergibt sich nicht aus dem Dokument der Bundespolizei. Gemäss eigenen Angaben ist der Beschuldigte im Jahre 2008 verurteilt worden, da er eine Autoscheibe mit einem Bierfass aus Metall kaputt gemacht habe, wobei der Autobesitzer ihm kurz vorher mit einer Bierflasche auf den Kopf geschlagen habe. Er habe dafür zwei Jahre bedingt bekommen. Innerhalb dieser Probezeit habe er dann aber einem Feuerwehrmann den Kiefer gebrochen, da dieser nach zwei Gläsern Schnaps die Barfrau mit Dingen beworfen hat. Er habe dann eine neue Strafe bekommen und eineinhalb Jahre absitzen müssen. Er habe 2008 sechs Monate abgesessen, sei dann aber freigelassen worden und nach Rechtskraft des Urteils bis zum 3. September 2011 wieder ins Gefängnis gekommen (Urk. 54 S. 5 f.). Demzufolge sind diese beiden vom Beschuldigten eingestandenen Vorstrafen, welche nach hiesigem Recht gemäss Art. 369 Abs. 1 StGB noch im Strafregister eingetragen wären, zwar zu berücksichtigen, mangels Einschlägigkeit jedoch nur leicht.

3.3.3. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann ein Geständnis bei der Analyse des Nachtatverhaltens im Rahmen der Strafzumessung zugunsten des Täters berücksichtigt werden, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt oder der Täter dadurch zur Tataufdeckung über den eigenen Tatanteil beiträgt (vgl. BGE 121 IV 202 E. 2d/cc S. 206). Diese Praxis fusst auf der Überlegung, dass Geständnisse zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen können. Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich demgegenüber deshalb

aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, namentlich weil der Täter nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils geständig geworden ist (Urteile 6B_426/2010 vom 22.7.2010, Erw. 1.5. + 1.6.; 6B_974/2009 vom 18. Februar 2010 E. 5.4, 6B_737/2007 vom 14. April 2008 E. 1.2 sowie 6S.531/2006 vom 24. Januar 2007 E. 3.6.3 mit Hinweisen).

Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer erheblichen Strafreduktion führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorhalt entsprechender Beweise. Die Berücksichtigung von Geständnissen im Rahmen der Strafzumessung beruht hauptsächlich auf zwei Gründen. Das Geständnis kann (vorbehältlich seiner kritischen Prüfung im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung) zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen. Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich allenfalls aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, weil die Täterschaft ohnehin bereits überführt gewesen wäre. Bei umfangreichen und prozessentscheidenden Geständnissen kann die Strafreduktion nach der bundesgerichtlichen Praxis hingegen bis zu einem Drittel betragen (vgl. BGE 121 IV 202 E. 2d/cc S. 205). Ferner gehört kooperatives Verhalten in der Untersuchung dazu, beispielsweise wenn aufgrund des Verhaltens eines Beschuldigten weitere Delikte aufgeklärt oder Mittäter zur Rechenschaft gezogen werden können, was ohne sein kooperatives Mitwirken nicht möglich gewesen wäre. Schliesslich stellen auch Einsicht ins Unrecht der

Tat und Reue Strafminderungsgründe dar. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine massgebliche Strafreduktion erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu reduzieren. Ausgeschlossen ist eine Strafreduktion, wenn der Beschuldigte lediglich einen erstinstanzlichen Schuldspruch akzeptiert und nicht anführt (vgl. BGE 6B_ 974/2009 vom 18. Februar 2010, E.5.4.).

3.3.4. Vorerst ist darauf hinzuweisen, dass der Beschuldigte quasi "in flagranti" ertappt wurde. Seine Überprüfung auf dem Polizeiposten ergab, dass er die ein

geklagte Menge an illegalen Stoffen auf sich trug, nämlich eingenäht in Neoprenhosen und vier Pakete um seine Waden gewickelt (Urk. 6/4). Es muss somit - was den Transport angeht - von einer erdrückenden Beweislage gesprochen werden. Trotzdem verweigerte der Beschuldigte in seiner ersten polizeilichen Befragung (Urk. 3/1) praktisch alle Aussagen, die sich auf den Drogentransport bezogen. Das war das Recht des Beschuldigten und kann ihm sicher nicht straf erhöhend angelastet werden. Es ist aber auch kein Verhalten, das zu einer Strafreduktion führen könnte. Auch zu Beginn der staatsanwaltschaftlichen Hafteinvernahme (Urk. 3/2) führte der Beschuldigte aus, dass er zum (konkret vorgehaltenen) Tatvorwurf keine Fragen beantworten wolle, er keine Aussagen mache. Im Laufe jener Befragung machte er dann aber doch erste klare Zugeständnisse. In den nachgelagerten Befragungen (Urk. 3/3 und 3/4) gab er dann bereitwillig Auskunft und nannte auch seinen direkten Auftraggeber (einen "B._____"; vgl. Urk. 3/3), doch konnte oder wollte er zu diesem nichts Näheres wissen, obschon ihn dieser rund 20 bis 30 Mal in seiner Bar besucht hatte und er sagen konnte, dass "B._____" ein Motorrad der Marke "Suzuki" benützt habe, verheiratet sei und ein Kind habe (Urk. 3/3 S. 5 und 6). Zu seinen Lieferanten in Brasilien konnte der Beschuldigte überhaupt keine brauchbaren Angaben liefern. Nun mag es durchaus zutreffen, dass dem Beschuldigten zwecks Schutz der Drogenhändlerorganisation so wenig Informationen wie möglich gegeben wurden. Immerhin ist hier seine Aussage in Urk. 3/1 S. 4 (Antwort auf Frage 23: "Wir stufen Sie nicht als dumm ein"), aufschlussreich:

"Ich betrachte Sie auch als intelligent genug, damit sie aufhören, mir so konkrete Fragen zu stellen. Es gibt zwei verschiedene Antworten, warum ich keine Aussagen machen will. Die eine ist, ich hatte einen Unfall, was zur Folge hatte, dass ich einen Teil meines Gedächtnisses verlor. Ich habe in meinem Portemonnaie eine Notiz mit Medikamenten, die ich ständig einnehmen muss. Die zweite Erklärung ist, dass, wenn man auf dem Weg ist zu fallen und wenn sehr viele Leute an einen gebunden sind, dann kann man nicht einfach alle mitreißen. Das ist ein ungeschriebenes Gesetz. Man muss die Folgen selber tragen und nicht alle, die an einem hängen, auch zu Fall (zu) bringen" (Hervorhebung durch das Gericht).

Es scheint, dass der Beschuldigte diesem Leitspruch bei seinen künftigen Befragungen, bei denen er zu seinem eigenen Tatbeitrag durchaus Aussagen machte, treu blieb. Es erstaunt daher nicht, dass er über seinen Auftraggeber, die

Lieferanten etc. keine brauchbaren Angaben lieferte. Wie auch immer: Fest steht aufgrund der konkreten Situation, dass den Beschuldigten einerseits von Anfang an eine erdrückende Beweislage belastete, und andererseits in den Aussagen des Beschuldigten kaum etwas vorhanden ist, das über den Anfangsvorhalt hinaus ginge und zur Aufklärung der Hintermänner und Lieferanten geführt hätte.

Fragen lässt sich auch, ob der Beschuldigte tatsächlich reuig und einsichtig ist. Zwar erklärte er auf die Frage, wie er sich zur Schuldfrage stelle, er sei schuldig, was für ihn aber nicht die Hauptsache sei, er fühle sich schrecklich (Urk. 3/3 S. 14). Es ist jedoch unklar, was er damit genau gemeint hat. Weiter erklärte er stets, dass er keine andere Wahl gehabt habe, was auch nicht gerade von Einsicht zeugt (Urk. 3/3 S. 15, Prot. I S. 7). Dann gab der Beschuldigte zu Protokoll, er hätte das nicht gemacht, wenn es Heroin gewesen wäre. Weiter hinten

erklärte er, er sei froh, dass es sich nicht um Heroin gehandelt habe, da er einige Freunde gehabt habe, die wegen Heroinkonsums gestorben seien. Ausserdem könne man eine Person, die nicht Drogen konsumieren möchte, nicht dazu zwingen (Urk. 3/4 S. 4 f.). Der Beschuldigte tendiert stark dazu, sein Verhalten zu verharmlosen bzw. sich als Opfer äusserer Umstände darzustellen. Jedenfalls kann keine Rede davon sein, dass dem Beschuldigten aufgrund der geschilderten Umstände aufgrund seines Nachtatverhaltes eine merkliche Strafreduktion zugebilligt werden kann. Immerhin kann ihm das Eingestehen des eigenen Tatbeitrages leicht strafmindernd angerechnet werden.

3.3.5. Mit der Vorinstanz liegt keine besondere Strafempfindlichkeit des Beschuldigten vor (Urk. 38 S. 12).

3.3.6. Da die Vorstrafe ein wenig schwerer zu gewichten ist als das Geständnis wäre aufgrund der Täterkomponente eine nur geringe Erhöhung der Einsatzstrafe um einen Monat angemessen.

3.4. In Würdigung sämtlicher Elemente sowohl der Tat- als auch der Täterkomponente ist die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe von 45 Monaten zu bestätigen. Der Anrechnung von 236 Tagen Haft erstandener Haft und vorzeitigem Strafvollzug (bis heute) an die Freiheitsstrafe steht nichts entgegen (Art. 51

StGB). Von einer übersetzten Sanktion kann entgegen der Ansicht der Verteidigung nicht die Rede sein. Vielmehr hätte wie aufgezeigt durchaus auch eine höhere Strafe in Betracht gezogen werden können. Aufgrund des in Art. 391 Abs. 2 StPO festgehaltenen Verschlechterungsverbot kann der erstinstanzliche Entscheid jedoch nicht zum Nachteil der Beschuldigten abgeändert werden, weshalb die ausgefallte Sanktion insgesamt zu bestätigen ist.

Dass diese Strafe in keiner Weise übersetzt ist, zeigt auch eine Vergleichsrechnung nach dem Strafzumessungsmodell Fingerhuth/Tschurr (Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007): Bei 3,9 kg reinem Kokain wäre von einer Einsatzstrafe von 6 Jahren oder 72 Monaten auszugehen (a.a.O. N 30 zu Art. 47). Vorliegend betrug die Menge reinen Kokains 4,216 kg, was eine leichte Erhöhung dieser Ausgangsbasis rechtfertigt. Die Kuriereigenschaft (Kurier aus dem Ausland) bringt einen Abzug von maximal 20%, wobei die nicht einschlägige Vorstrafe leicht erhöhend ins Gewicht fällt (a.a.O. N 31 zu Art. 47). Demnach ist die Sanktion von 45 Monaten Freiheitsstrafe sicherlich nicht zu hoch bemessen.

3.5. Die Verteidigung legt im Rahmen der Berufungsbegründung (Urk. 55 S. 2 f.) grosses Gewicht auf das Strafzumessungsmodell von Fingerhuth/Tschurr (Th. Fingerhuth/Ch. Tschurr, Betäubungsmittelgesetz (BetmG), Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2007). Das genannte Modell ist für das Gericht nicht verbindlich

und kann - entgegen der Berechnungen der Verteidigung - nicht einfach derart schematisch angewendet werden. Insbesondere beinhaltet diese Aufstellung weder spezial- noch generalpräventive Überlegungen. Die letztlich auf "Grammjustiz" beruhende Tabelle kann bereits deshalb nicht einfach mathematisch angewandt werden, weil sie teilweise im Widerspruch zum geltenden Recht steht: Dies wird etwa darin sichtbar, dass bei einem ungeständigen, nicht süchtigen Täter mit 18 Gramm Kokain von 12 Monaten ausgegangen wird, wovon z.B. für ein Geständnis ein Abzug von 20-33% verlangt wird (und je nach den Umständen weitere Abzüge). Angesichts der in Art. 19 Ziff. 2 BetrMG statuierten Mindeststrafe müsste hingegen auch ein Täter, welcher sich nur ganz kurz im Besitz von 18 Gramm reinen Kokains befand, aus reiner Gefälligkeit handelte und sich vollumfänglich geständig zeigt, bereits mit 12 Monaten Freiheitsstrafe bestraft

werden. Dies hat der Gesetzgeber so vorgesehen. Es kann daher nicht gesagt werden, die für die konkrete Straftat des Beschuldigten ausgefallte Strafe von 45 Monaten Freiheitsstrafe stehe nicht im Einklang mit der Tabelle von Fingerhuth/Tschurr und sei daher unangemessen. Im Übrigen kommen solchen "Strafmasstaxen" ohnehin höchstens Richtlinienfunktion zu; sie mögen Orientierungshilfen sein, um einen Vergleich mit ähnlich gelagerten Fällen zu ermöglichen. Solche Richtlinien können und dürfen aber den Richter nicht binden und ihn daran hindern, seine eigene Überzeugung zur schuldangemessenen Strafe im Sinne von Art. 47 StGB frei gewinnen und begründen zu können (Urteile des Bundesgerichts 6S.560/1996 vom 9.9.1996; 6S.350/2005 vom 3.2.2005). Die systematische Anwendung eines abstrakten Einsatzstrafenkatalogs würde Bundesrecht verletzen (BSK StGB I, 3. Auflage, Basel 2013, Hans Wiprächtiger/Stefan Keller, Art. 47 N 213).

4. Vollzug

Bei dieser Strafhöhe steht die Gewährung des (teil-)bedingten Strafvollzugs schon aus objektiven Kriterien nicht zur Diskussion (Art. 42 Abs. 1 und 43 Abs. 1 StGB).

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Kosten der Berufungsverfahrens sind auf Fr. 2'500.– zu veranschlagen (Art. 424 Abs. 1 StPO i.V.m. § 16 Abs. 1 und § 14 der Gebührenverordnung des Obergerichts, LS. 211.11).

2. Im Berufungsverfahren unterliegt der Beschuldigte mit seinen Anträgen vollumfänglich, weshalb ihm die Kosten dieses Verfahrens, exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen sind (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei die Rückzahlungspflicht dieser Kosten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 10. Juli 2013 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"1. Der Beschuldigte ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.

2. (...)

3. Die sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ... aufbewahrten 5'754 Gramm Kokaingemisch werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten.

4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 2'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 2'000.– Gebühr für die Strafuntersuchung

Fr. 900.– Auslagen Vorverfahren

Fr. amtl. Verteidigungskosten (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

5. 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.
 6. (Mitteilungen)
 7. (Rechtsmittel)"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 45 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 236 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'664.95 amtliche Verteidigung
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. **Die Rückzahlungspflicht bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO 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 Vollzugsdienstesowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten

- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- das Bundesamt für Polizei, 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
- die Kantonspolizei Zürich, BM, Lagernr. ..., betr. Dispositivziffer 1.3 des Beschlusses

5. 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
I. Strafkammer

Zürich, 14. November 2013

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Marti

lic. iur. C. Grieder