

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170277-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Oberrichterin lic. iur. Wasser-Keller und Ersatzoberrichter lic. iur. Kessler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. Rissi

Urteil vom 7. November 2017

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz
und Rückversetzung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 26. April
2017 (DG170024)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 9. März 2017 (Urk. 20) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Die mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug vom 30. Mai 2016 ausgesprochene bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug wird widerrufen.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der durch den Widerruf vollziehbar gewordenen Reststrafe von 50 Tagen Freiheitsstrafe gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 17. September 2013 bestraft mit einer Gesamtstrafe von 28 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 184 Tage durch Polizei- und Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind.
4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für 7½ Jahre des Landes verwiesen.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 24. Oktober 2016 beschlagnahmte Barschaft in der Höhe von total Fr. 479.70 wird zuhanden der Staatskasse eingezogen.
7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 24. Oktober 2016 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich

gelagerten Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde nach Eintritt der Rechtskraft zur Vernichtung überlassen:

- 1 Minigrip mit div. Fingerlingen und Kugeln, beinhaltend ca. 125 Gramm Kokain (Asservat Nr. A009'757'737),
- 1 Minigrip mit div. Fingerlingen, beinhaltend ca. 198 Gramm Kokain (Asservat Nr. A009'757'748),
- div. Fingerlinge, beinhaltend ca. 183 Gramm Kokain (Asservat Nr. A009'757'759),
- Digitalwaage, FAKT (Asservat Nr. A009'757'806),
- div. Verpackungsmaterial, Teller, Messer, etc. (Asservat Nr. A009'757'873),
- 1 Packung Milchzucker (Asservat Nr. A009'757'908).

8. Die Entscheidegebühr wird angesetzt auf:

Fr.	3'600.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	2'000.00	Gebühr Anklagebehörde;
Fr.	3'850.00	Auslagen (Gutachten);
Fr.	1'390.00	Auslagen (Polizei);
Fr.	10'925.15	amtliche Verteidigung (inkl. Barauslagen und MwSt.)
Fr.	<u>21'765.15</u>	Total

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

Die Kosten des Vorverfahrens (Gebühr Anklagebehörde, Auslagen Gutachten und Auslagen Polizei) und des gerichtlichen Verfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 44 S. 2)

1. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten zu bestrafen.

2. Die Freiheitsstrafe sei im Umfang von 9 Monaten zu vollziehen und im Umfang von 9 Monaten aufzuschieben, wobei die Probezeit auf 4 Jahre anzusetzen ist.
 3. Die Probezeit für den nicht verbüssten Strafreist von 50 Tagen gemäss Verfügung des Amtes für Justizvollzug vom 30. Mai 2016 sei um ein halbes Jahr zu verlängern.
 4. Es sei eine Landesverweisung von 5 Jahren anzuordnen.
- b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(Urk. 49, schriftlich)
- Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Nach durchgeführter Untersuchung erhob die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland am 9. März 2017 Anklage (Urk. 20). Das Bezirksgericht Winterthur sprach den geständigen Beschuldigten mit Urteil vom 26. April 2017 der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig. Die mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug vom 30. Mai 2016 ausgesprochene bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug wurde widerrufen und der Beschuldigte wurde unter Einbezug der dadurch vollziehbar gewordenen Reststrafe von 50 Tagen mit einer zu vollziehenden Gesamtstrafe von 28 Monaten Freiheitsstrafe be-

strafft, unter Anrechnung von 184 Tagen erstandener Haft sowie vorzeitigem Strafvollzug. Weiter wurde der Beschuldigte für 7½ Jahre des Landes verwiesen (Urk. 43).

2. Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte am 5. Mai 2017 Berufung anmelden (Urk. 36). Nach Erhalt des begründeten Urteils folgte mit Schreiben vom 19. Juli 2017 die Berufungserklärung (Urk. 44). Der Beschuldigte verlangt die Ausfällung einer teilbedingten (je 9 Monate) Freiheitsstrafe von 18 Monaten mit einer Probezeit von 4 Jahren. Weiter sei die Probezeit für den nicht verbüssten Strafreist von 50 Tagen gemäss Verfügung des Amts für Justizvollzug vom 30. Mai 2016 um ein halbes Jahr zu verlängern und es sei eine Landesverweisung von 5 Jahren auszusprechen. Mit Präsidialverfügung vom 28. Juli 2017 wurde der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland unter Hinweis auf die Berufungserklärung des Beschuldigten Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung bzw. zum Antrag auf Nichteintreten auf die Berufung angesetzt (Urk. 47). Die Staatsanwaltschaft teilte am 3. August 2017 mit, dass sie auf eine Anschlussberufung verzichte und die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils beantrage (Urk. 49). Sie wurde in der Folge auf ihr Gesuch hin von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung dispensiert (Urk. 49). Beide Parteien erklärten, keine Beweisanträge zu stellen (Urk. 44 und 49). Die Berufungsverhandlung fand am 7. November 2017 statt (Prot. II S. 3 ff.).

II. Prozessuales

Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (Schmid, StPO Praxiskommentar, Art. 402 N 1; Art. 437 StPO).

Der Beschuldigte beschränkt die Berufung auf die Bemessung der Strafe, die Nichtgewährung des teilbedingten Vollzuges, den Widerruf einer bedingten Entlassung und die Dauer der Landesverweisung (Dispositivziffern 2-5). Im Übrigen ist der vorinstanzliche Entscheid unangefochten geblieben und daher bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 6 (Einziehung Barschaft), 7 (Einziehung

und Vernichtung von Betäubungsmitteln) sowie 8 und 9 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen, was vorab mit Beschluss festzustellen ist.

III. Strafzumessung

1. Die Vorderrichter bestrafen den Beschuldigten mit einer zu vollziehenden Gesamtstrafe von 28 Monaten Freiheitsstrafe (Urk. 43 S. 7-14). Der Beschuldigte lässt mit seiner Berufung – wie bereits vor Vorinstanz – eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten und den teilbedingten Vollzug der Strafe beantragen (Urk. 31 S. 2, Urk. 44 S. 2, Urk. 53 S. 2). Die Staatsanwaltschaft verlangt die Bestrafung des Beschuldigten mit 28 Monaten Freiheitsstrafe bzw. die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 20 S. 5f., Urk. 49).

2.1. Der Beschuldigte wurde der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen. Dementsprechend liegt ein Strafrahmen von nicht unter einem Jahr bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe vor, wobei zusätzlich eine Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen zu maximal Fr. 3'000.– ausgesprochen werden kann. Strafmilderungsgründe oder Strafschärfungsgründe liegen keine vor (Art. 19 Abs. 2 BetmG i.V.m. Art. 40 StGB; Art. 34 Abs. 1 und 2 StGB).

2.2. Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB).

2.3.1. Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen Tat- und Täterkomponente. Bei der Tatkomponente sind das Ausmass des verschul-

deten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und dessen Beweggründe zu beachten. Weiter bedeutsam sind das Mass der Entscheidungsfreiheit beim Täter und die Intensität seines deliktischen Willens. Je leichter es für den Täter gewesen wäre, die verletzte Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen diese. Als Ausgangskriterium für die Bewertung des Verschuldens ist zunächst die objektive Tatschwere festzulegen und zu bemessen. Als Gradmesser dient das Mass der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts. Es lässt sich am Ausmass des Erfolges hinsichtlich Deliktsbetrag, Gefährdung, Sachschaden etc. sowie anhand der Art und Weise des Vorgehens bemessen (HUG, in: DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, Kommentar zum StGB, 19. Aufl., Zürich 2013, N 6 ff. zu Art. 47 StGB; WIPRÄCHTIGER/KELLER, in: Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013, N 85 zu Art. 47 StGB; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, in: TRECHSEL/PIETH, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 17 ff. zu Art. 47 StGB).

2.3.2. Im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts ist zu berücksichtigen, dass der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung bei der Bemessung der Strafe keine vorrangige Rolle zukommen darf (BGE 118 IV 342 ff.; BGE 121 IV 202 E. 2d/cc; Urteil des Bundesgerichts 6B_558/2011 vom 21. November 2011 E. 3.3.2). Es wäre verfehlt, im Sinne eines Tarifs überwiegend oder gar allein auf dieses Kriterium abzustellen. Falsch wäre aber auch die Annahme, diesem Strafzumessungselement komme eine völlig untergeordnete oder gar keine Bedeutung zu. Es ist nicht nebensächlich, ob jemand mit zwanzig oder zweihundert Gramm einer gefährlichen Droge handelt.

2.3.3. Der Reinheitsgrad der Betäubungsmittel kann für das Verschulden von Bedeutung sein. Handelt der Täter wissentlich mit ausgesprochen reinen Drogen, ist das Verschulden schwerer, handelt er wissentlich mit besonders stark gestreckten Drogen, ist es leichter (BGE 122 IV 299). Steht indes nicht fest, dass der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte, spielt der genaue Reinheitsgrad für die Gewichtung des Verschuldens und bei der Strafzumessung keine Rolle. Die genaue Betäubungsmittel-

telmenge und gegebenenfalls ihr Reinheitsgrad verlieren zudem an Bedeutung, wenn mehrere Qualifikationsgründe gemäss Art. 19 Ziff. 2 BetmG gegeben sind, und sie werden umso weniger wichtig, je deutlicher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG überschritten ist (BGE 121 IV 193).

2.3.4. Die Tatschwere bestimmt sich bei Drogendelikten neben der erwähnten eher sekundären Bedeutung der Drogenmenge (BGE 121 IV 202) und der daraus folgenden Gesundheitsgefährdung namentlich auch nach der Art und Weise der Tatbegehung, der Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und den Beweggründen (BGE 118 IV 348). Massgebend sind dabei unter anderem die Häufigkeit und Dauer der deliktischen Handlungen, die aufgewendete persönliche Energie, das gezeigte kriminelle Engagement, die hierarchische Stellung sowie die Grösse der erzielten oder angestrebten Gewinne. Daneben kommt es darauf an, wie der Täter mit der Droge in Kontakt gekommen ist und was er mit dieser gemacht hat (HUG-BEELI, *Betäubungsmitteldelikte 1983-1991*, Zürich 1992, S. 429 f., 436 und 438). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts trifft beispielsweise den Transporteur einer bestimmten Drogenmenge grundsätzlich ein geringeres Verschulden als denjenigen, der diese Betäubungsmittelmenge verkauft oder zum Zwecke des Weiterverkaufs erwirbt (WIPRÄCHTIGER/KELLER, a.a.O., N 93 f. zu Art. 47 StGB; BGE 121 IV 206). Weiter beachtlich ist auch eine allfällige Drogenabhängigkeit des Täters, ob er ausschliesslich des Geldes wegen handelte, ohne sich in einer finanziellen Notlage zu befinden, oder ob er es ablehnt zu arbeiten, obwohl es ihm möglich wäre, und er es vorzieht, durch den Drogenhandel seinen Lebensunterhalt zu verdienen (BGE 107 IV 62 f.; BGE 118 IV 349). Daraus ergibt sich, dass nicht einem einzelnen der aufgeführten Kriterien für die Beurteilung des Verschuldens eine überwiegende Bedeutung zukommt. Der Einbezug all dieser Kriterien und deren Gesamtwürdigung führt schliesslich zur Gewichtung der Tatschwere und des Verschuldens.

3.1. Bei der objektiven Tatschwere ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte das Kokain für einen Zeitraum von ca. einer Woche aufzubewahren beabsichtigte und es nur wegen seiner Verhaftung bei rund vier Tagen blieb. Der Beschuldigte hat sodann durchaus eine beachtliche Menge an persönlicher Ener-

gie aufgewendet, hat er doch das Kokain nicht einfach nur aufbewahrt, sondern gestreckt, portioniert und in konsumbereite Einheiten verpackt, was einen entsprechenden Aufwand verursachte. Er hat damit ein beträchtliches kriminelles Engagement gezeigt. Dabei erstreckte sich das Verhalten des Beschuldigten auf eine erhebliche Menge von rund 260 Gramm reinen Kokains, womit er – wie von der Vorinstanz erwogen – den zur Anwendung des qualifizierten Tatbestands des schweren Falls gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG führenden Grenzwert von 18 Gramm um rund das fünfzehnfache erfüllte. Bei Kokain handelt es sich um eine sehr gefährliche Droge und zudem hat der Beschuldigte teilweise Portionen mit hohem Kokaingehalt (teilweise weit mehr als 59%) vorbereitet, was die Gefährlichkeit verstärkte. Entgegen dem Vorbringen der Verteidigung (Urk. 53 S. 3 f.) befand sich der Beschuldigte nicht auf der untersten Stufe des Drogenhandels. Vorab wurden ihm Drogen mit einem hohen Marktwert (die Verteidigung schätzt diesen auf Fr. 100'000.–) zur Aufbewahrung für eine Woche anvertraut, was seine Vertrauensstellung in der Geschäftshierarchie aufzeigt. Das ("sichere") Zwischenlagern von Drogen für eine längere Zeit ist grundsätzlich von Wichtigkeit im Drogenhandel. Sodann oblag dem Beschuldigten die Verantwortung über das Strecken bzw. Mischen des Kokains mit Milchpulver und damit die Verantwortung über den Reinheitsgrad der zu verkaufenden, konsumbereiten Portionen, was etwa für den Verkaufspreis und die herzustellende Gesamtmenge an Kokaingemisch von Bedeutung ist. Es kann angesichts dieser Umstände – wiederum entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 53 S. 3 f.) – in Bezug auf die Rolle des Beschuldigten nicht von einem blossen Handlanger bzw. von jemandem auf der untersten Hierarchiestufe des Drogenhandels mit blosser Hilfstätigkeit gesprochen werden. Weiter war der Beschuldigte eben anders als z.B. ein blosser Gassendealer (Kontakte beim Verkauf an Konsumenten) weniger der Gefahr ausgesetzt, bei seiner Tätigkeit von der Polizei entdeckt und verhaftet zu werden. Andererseits zog er auch nicht auf einer hohen Stufe die Fäden und koordinierte beispielsweise lediglich die Tätigkeiten ohne mit den Drogen in Berührung zu kommen. Auch ist ihm zu Gute zu halten, dass er selber keine Drogen verkaufte und es sich um eine einmalige Widerhandlung (allerdings mit diversen Handlungen) gegen das Betäubungsmittelgesetz handelt. Das objektive Verschulden des

Beschuldigten erscheint als "noch leicht" und ist im unteren Drittel des weiten Strafrahmens festzusetzen. Eine hypothetische Einsatzstrafe von 25 Monaten Freiheitsstrafe erweist sich folglich als angemessen.

3.2. Bei der subjektiven Tatschwere ist zu gewichten, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte. Da er das Kokain sodann selber streckte, musste ihm auch die Menge und der ungefähre hohe Reinheitsgrad bekannt gewesen sein. Sodann bestand bei ihm keine Drogenabhängigkeit und es ging ihm somit nicht etwa darum, Geld für die Beschaffung von Drogen zu erlangen. Er handelte vielmehr aus rein eigennützigen Motiven, um sich mit dieser Tätigkeit die ihm versprochenen rund Fr. 1'000.– zu verdienen und sich so zu bereichern. Dabei befand er sich – entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 53 S. 6 Ziff. 8) – keineswegs in einer finanziellen Notlage. Die Vorinstanz hat unter Hinweis auf die eigenen Aussagen des Beschuldigten überzeugend erwogen, dass der Beschuldigte finanziell von seiner Frau unterstützt wird (Urk. 43 S. 10 i.V.m. Urk. 4/4 S. 4 Antwort 23). Im Übrigen könnte wegen fehlenden Geldes für die Rückreise nach Spanien – wo er mit seiner Frau lebt – ohnehin nicht von einer eigentlichen finanziellen Notlage gesprochen werden. Umso mehr, als er anlässlich der Untersuchung sowie im vorinstanzlichen Verfahren jeweils ausführte, in die Schweiz eingereist zu sein, um einen Freund bzw. Freunde zu besuchen (Urk. 4/1 S. 3, Urk. 4/5 S. 3, Prot. I S. 18). Bei knappen finanziellen Verhältnissen hätte der Beschuldigte – wenngleich er anlässlich der Berufungsverhandlung nunmehr ausführte, in die Schweiz gereist zu sein, um einem Freund im Autogeschäft zu helfen (Prot. II S. 11), aufgrund seiner vorherigen Aussagen jedoch der Besuch von Freunden im Vordergrund seiner Reise gestanden haben dürfte – ohne Weiteres von einer erneuten Einreise in die Schweiz absehen können. Weiter wäre es dem Beschuldigte möglich gewesen, in Spanien einer Arbeitstätigkeit nachzugehen, er zog es aber aus freier Entscheidung vor, sich durch Beteiligung am Kokainhandel Einkünfte zu erzielen. Schliesslich spricht auch nicht für den Beschuldigten, dass er sich offensichtlich ohne Widerstände von einem ihm Unbekannten zu diesem Tun hinreissen liess. Sein deliktisches Verhalten wäre insgesamt leicht zu vermeiden gewesen.

Insgesamt ergibt sich, dass die subjektiven Komponenten die objektive Tatschwere keineswegs zu verringern vermögen, weshalb das Verschulden des Beschuldigten – auf einer Skala aller denkbaren qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und in Anbetracht des konkreten sehr weiten Strafrahmens – als noch leicht einzustufen ist. Eine hypothetische Einsatzstrafe von 25 Monaten Freiheitsstrafe erweist sich als angemessen.

3.3. Zu den persönlichen und finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten kann vorab auf die sorgfältigen Ausführungen der Vorinstanz unter Bezugnahme auf die Angaben des Beschuldigten (Urk. 4/6, 4/9, Prot. I S. 6-15) und den Vorstrafenbericht (Urk. 14/2) verwiesen werden (Urk. 43 S. 11). Der Beschuldigte ist 1977 in Nigeria geboren und wuchs dort zusammen mit 5 Geschwistern bei seinen Eltern auf. Über eine eigentliche Berufsausbildung verfügt er nicht. In Nigeria arbeitete er bei seinem Bruder im Gashandel. Im Jahre 2010, also im Alter von rund 33 Jahren, reiste der Beschuldigte aus Nigeria aus und über Libyen nach Europa. 2011 stellte er – unter falschem Namen – ein Asylgesuch in der Schweiz, auf welches nicht eingetreten wurde. Der Beschuldigte blieb indessen illegal in der Schweiz und wurde wegen Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz vier Mal (drei Mal 2001, einmal 2013) bestraft. Gemäss seinen Angaben habe er die Schweiz 2013 Richtung Norwegen verlassen, wo er einen Asylantrag gestellt habe. Man habe ihn aber im März 2016 zurück in die Schweiz abgeschoben. Hier verbüsste er in der Folge die Freiheitsstrafe aus dem Jahre 2013 und wurde am 23. Juni 2016 aus dem Vollzug entlassen. Anschliessend ist der Beschuldigte gemäss seinen Angaben nach Spanien gereist. Er sei seit 2014 mit einer Italienerin verheiratet, die in Spanien lebe und arbeite bzw. sich zurzeit um eine neue Stelle und Arbeitslosengeld bemühe (Prot. II S. 10). Der Beschuldigte hat weiter angegeben, im September 2016 wieder in die Schweiz eingereist zu sein, um einen Freund zu besuchen. Am 24. Oktober 2016 wurde er wegen dem zu beurteilenden Delikt verhaftet. Der Beschuldigte gibt an, über kein Vermögen zu verfügen. Er habe Schulden und sei in Spanien von seiner Frau unterstützt worden. Auf die Strafzumessung haben diese persönlichen Verhältnisse keine Auswirkungen.

3.4. Der Beschuldigte weist wie erwähnt vier Vorstrafen wegen Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz auf. Am 16. März 2011 wurde er mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl mit einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen und einer Busse von Fr. 400.–, am 26. Mai 2011 von der gleichen Behörde mit einer Freiheitsstrafe von 30 Tagessätzen und einer Busse von Fr. 300.–, am 28. Juni 2011 wiederum von der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl mit einer Freiheitsstrafe von 3 Monaten und schliesslich am 17. September 2013 von der Staatsanwaltschaft See/Oberland mit einer Freiheitsstrafe von 150 Tagen bestraft (Urk. 46). Diese vier (nicht einschlägigen) Vorstrafen und insbesondere der Umstand, dass der Beschuldigte nach der Verbüssung einer mehrmonatigen Freiheitsstrafe und während der Probezeit der bedingten Entlassung bzw. rund vier Monate nach der Verbüssung erneut delinquierte, sind merklich strafehöhend zu veranschlagen. Wenn die Vorinstanz aufgrund dieser Umstände von einer Erhöhung der Einsatzstrafe um vier Monate ausgeht, erweist sich dies demnach als angemessen.

3.5. Beim Nachtatverhalten ist dem Verhalten des Täters nach der Tat und im Strafverfahren Rechnung zu tragen. Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd. Umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse können eine Strafreduktion von bis zu einem Drittel bewirken (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Der Grad der Strafminderung hängt aber insbesondere davon ab, in welchem Stadium des Verfahrens das Geständnis erfolgte. Ein Verzicht auf Strafminderung ist zulässig, 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 (Urteil des Bundesgerichts vom 21. November 2011 6B_558/2011 E. 2.3). Die bundesgerichtliche Praxis zeigt, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer maximalen Strafreduktion von einem Drittel 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 Vorlage entsprechender Beweise. Ferner gehört kooperatives Verhalten in der Untersuchung dazu, wozu gehört, dass beispielsweise 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 gehört Einsicht ins Unrecht der Tat und Reue dazu. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine Strafreduktion von einem Drittel erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu mindern (WIPRÄCHTIGER/KELLER, a.a.O., N 169 ff. zu Art. 47 StGB; TRECHSEL/AFFOLTER-EIJSTEN, a.a.O., N 22 und N 24 zu Art. 47 StGB).

Der Beschuldigte ist vollumfänglich geständig. Er gab die gegen ihn erhobenen Vorwürfe auch bereits in der ersten Einvernahme zu. Der Beschuldigte hat dieses Geständnis abgegeben, als ihm vorgehalten wurde, dass in dem von ihm bewohnten Zimmer ein blauer Rollkoffer sichergestellt wurde und er einräumen musste, nicht leugnen zu können, dass auf dem Kokain und dem Verpackungsmaterial etc. im Koffer seine Spuren gefunden werden können (Urk. 4/1 S. 3). Es kann der Verteidigung daher nicht gefolgt werden, der Beschuldigte habe dieses Geständnis zu einem Zeitpunkt abgelegt, als er noch nicht habe wissen können, welche Beweismittel die Strafverfolgungsbehörde gegen ihn in der Hand habe (Urk. 31 Ziff. 16). Es ist vielmehr von einer weitgehend erdrückenden Beweislage auszugehen. Mit seinem Hinweis auf den unbekanntem "B._____" hat der Beschuldigte sodann keinen Beitrag zur Aufklärung weiterer Delikte oder Eruiierung von Mittätern geleistet. Sein Geständnis hat indessen die Untersuchung immerhin erleichtert, insbesondere auch hinsichtlich des Sachverhaltes, dass der Beschuldigte die Drogen selber gestreckt und abgepackt hat. Weiter kann mit der Vorinstanz gesagt werden, dass der Beschuldigte Reue zeigt, den Koffer aufbewahrt zu haben. Insgesamt kann dem Beschuldigten das Geständnis und die gezeigte Reue leicht strafmindernd berücksichtigt werden. Es erscheint angemessen, die Strafe um zwei Monate zu reduzieren.

4.1. Das Bezirksgericht Winterthur hat zutreffend erwogen, dass sich der Beschuldigte während der vom Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich vom 30. Mai 2016 verfügten Probezeit von einem Jahr nach der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug per 23. Juni 2016 (Urk. 10/2) nicht bewährte, indem er die nunmehr zu beurteilenden Delikte zwischen dem 21. und 24. Oktober 2016 beging (Urk. 43 S. 12 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Der Beschuldigte befand sich vom

16. März 2016 bis zum 23. Juni 2016 im Strafvollzug. An diesem Tag wurde er bei einem Strafrest von 50 Tagen entlassen. Nur knapp vier Monate nach seiner bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug hat er gegen das Betäubungsmittelgesetz verstossen.

4.2. Gestützt auf Art. 89 Abs. 1 StGB ist bei Delinquenz während der Probezeit bei einer bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug grundsätzlich die Rückversetzung anzuordnen. Eine Ausnahme hiervon ist nur zu machen, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, ihm mithin in Bezug auf die Verübung weiterer Straftaten eine günstige Prognose gestellt werden kann. In diesem Fall kann die Probezeit verlängert oder der Verurteilte verwahrt werden (Art. 89 Abs. 2 StGB). Ob dem Beschuldigten vorliegend eine günstige Prognose gestellt werden kann und von einer Rückversetzung des Beschuldigten in den Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 17. September 2013 ausgefallten Freiheitsstrafe abzusehen ist, wird im Folgenden unter Ziffer IV zu prüfen sein.

5. In Würdigung aller Strafzumessungsgründe erweist sich demnach – einstweilen ohne Einbezug des bei allfälliger Rückversetzung zu berücksichtigenden vorerwähnten Strafrests – eine Freiheitsstrafe von 27 Monaten den Taten und dem Täter angemessen. Der Anrechnung von 380 Tagen, die im vorliegenden Verfahren durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind, auf die heute auszufällende Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

IV. Strafvollzug und Rückversetzung

1. Da heute – vor Einbezug einer allfälligen Rückversetzung – eine Freiheitsstrafe von 27 Monaten auszufallen ist, kommt nur der unbedingte oder teilbedingte Strafvollzug in Frage. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Freiheitsstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (vgl. Art. 42 Abs. 1 StGB). Der Beschuldigte wurde innerhalb der letzten 5 Jahre vor der Tat nicht zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten oder einer Geldstrafe

von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt. Folglich müssen keine besonders günstigen Umstände vorliegen, um den teilbedingten Vollzug zu gewähren (Art. 42 Abs. 2 StGB).

2. Der Beschuldigte weist – wie erwähnt – vier Vorstrafen aus den Jahren 2011 und 2013 auf. Zudem wurde ihm mit Verfügung der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 15. November 2013 die mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug vom 15. September 2011 verfügte bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug widerrufen und es wurde für eine Reststrafe von 30 Tagen die Rückversetzung in den Strafvollzug angeordnet (Urk. 14/7). Des Weiteren befand er sich vom 16. März 2016 bis zum 23. Juni 2016 im Strafvollzug und hat dennoch rund vier Monate später die vorliegenden Taten verübt. Es ist indessen zu berücksichtigen, dass alle vier Vorstrafen Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz betreffen und im Zusammenhang mit seinem illegalen Aufenthalt in der Schweiz zwischen 2011 und 2013 stehen und somit – im Einklang mit der Verteidigung (Urk. 53 S. 6) – nicht einschlägig sind. Es ist nun das erste Mal, dass der Beschuldigte in Drogenhandel involviert war. Der Beschuldigte ist nicht süchtig und es handelte sich im Wesentlichen um einen Vorgang. Sodann hat der Beschuldigte, wie erwogen, doch eine gewisse Einsicht gezeigt und wenigstens erkannt, dass er Fehler gemacht hat. Es kann auch davon ausgegangen werden, dass seine Ehefrau ihn in Freiheit finanziell unterstützen wird. Weiter ist zu bedenken, dass es sich bisher um eher geringe Strafen handelte. Auch wenn der Beschuldigte sich wie erwähnt vom 16. März 2016 bis zum 23. Juni 2016, mithin während 100 Tagen, im Strafvollzug befand und nur wenige Monate danach wieder straffällig wurde, so kann – nachdem wie ausgeführt vorliegend für den teilbedingten Vollzug keine besonders günstigen Umstände vorliegen müssen – davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte aufgrund des vorliegenden Strafverfahrens, der damit verbundenen Untersuchungshaft und noch zu erstehenden Haft die richtigen Schlüsse und Lehren gezogen hat und sich in Zukunft wohlverhalten wird. Insgesamt kann dem Beschuldigten daher trotz Vorliegens von durchaus gewichtigen ungünstigen Faktoren eine positive Prognose gestellt werden. Demnach ist dem Beschuldigten der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren. Es erscheint angemessen, die auszufällende Freiheitsstrafe von 27 Monaten im Umfang von 14 Monaten aufzuschieben

und im Umfang von 13 Monaten zu vollziehen. Die Probezeit ist unter Hinweis auf die gemachten Erwägungen angesichts der verbleibenden Bedenken auf 4 Jahre festzusetzen.

3. Wie bereits unter Ziffer 4.2. erwähnt, führt ein während der Probezeit begangenes Verbrechen oder Vergehen nicht zwingend zum Widerruf der bedingten Entlassung. Im Rahmen von Art. 89 Abs. 2 Satz 1 StGB muss genügen, dass vernünftigerweise erwartet werden kann, der Verurteilte werde keine weiteren Straftaten begehen (Urteil 6B_118/2017 vom 14. Juli 2017 E. 5.2.2). Aufgrund der günstigen Prognose ist von einer Rückversetzung des Beschuldigten in den Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 17. September 2013 ausgefallten Freiheitsstrafe abzusehen.

Verzichtet das Gericht auf eine Rückversetzung, so kann es die Probezeit um höchstens die Hälfte der von der zuständigen Behörde ursprünglich festgesetzten Dauer verlängern. Erfolgt die Verlängerung erst nach Ablauf der Probezeit, so beginnt sie am Tag der Anordnung. Mit Verfügung des Amtes für Justizvollzug vom 30. Mai 2016 wurde der Beschuldigte bei einem Strafreist von 50 Tagen und unter Ansetzung einer Probezeit von einem Jahr am 23. Juni 2016 bedingt aus dem Strafvollzug entlassen (Urk. 14/8). Es scheint vorliegend angemessen, die Probezeit mit Wirkung ab heute um ein halbes Jahr zu verlängern.

V. Landesverweisung

1. Auch die Verteidigung anerkennt, dass zwingend eine Landesverweisung anzuordnen ist. Sie erachtet es indessen angesichts der auszusprechenden Strafe im unteren Bereich des Strafrahmens als angezeigt, eine Landesverweisung ebenfalls im unteren Bereich der möglichen Dauer von 5 bis 15 Jahren festzusetzen und beantragt eine Landesverweisung für die Dauer von 5 Jahren (Urk. 31 S. 9, Urk. 44, Urk. 53 S. 2).

2. Zur grundsätzlichen Frage der Anordnung einer Landesverweisung hat die Vorinstanz zutreffende und umfassende Ausführungen gemacht. Auf die entspre-

chenden Erwägungen kann vollumfänglich verwiesen werden (Urk. 43 S. 15 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

3. Gemäss Art. 66a StGB ist die Landesverweisung für 5 bis 15 Jahre auszusprechen. Die Dauer der Landesverweisung hat dabei verhältnismässig zu sein (vgl. De Weck, N 30 zu Art. 66a StGB, in Migrationsrecht [Kommentar], Spe-scha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka [Hrsg.], 4. Auflage 2015). Es ist zwar – wie die Verteidigung zutreffend ausführt (Urk. 31 S. 9) – eine Strafe auszusprechen, die sich im unteren Drittel des konkreten Strafrahmens bewegt, dennoch ist zu beach-ten, dass der Beschuldigte eine beachtliche Menge Kokain für den Handel vorbe-reitete und er damit die öffentliche Sicherheit der Schweiz in doch bedeutsamer Schwere gefährdet hat. Zudem beträgt die Dauer der heute auszusprechenden Strafe mehr als das Doppelte der Mindeststrafe von 12 Monaten gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, welche zwingend zu einer Landesverweisung führt. Sodann hat der Beschuldigte keinerlei Beziehungen zur Schweiz, kam er doch angeblich einzig deshalb im September 2016 hierher, um einen Freund zu besuchen, um nur einen Monat später zu delinquieren. Sein Lebensmittelpunkt liegt in Spanien, wo seine Frau wohnt und wohin er auch zurückkehren möchte (vgl. Urk. 43 S. 16, Prot. I S. 7 und 14, Prot. II S. 13). Des Weiteren spricht auch nicht für ihn, dass er die Schweiz im Jahre 2011 trotz Nichteintreten auf sein Asylgesuch und Wegwei-sung aus der Schweiz jahrelang nicht verlassen hat und sich in dieser Zeit mehr-fach strafbar gemacht hat. Insgesamt erscheint es in Anbetracht der Schwere der heute zu beurteilenden Tat und des Verschuldens des Beschuldigten sowie der genannten Umstände angemessen, ihn für die Dauer von 7½ Jahren des Landes zu verweisen.

VI. Kostenfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kostendisposi-tiv (Ziffern 8 und 9) zu bestätigen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Im Berufungsverfahren werden die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Berufung in Bezug auf die Gewährung des teilbedingten Strafvollzuges sowie hinsichtlich des Absehens von der Rück-

versetzung in den Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 17. September 2013 ausgefallten Freiheitsstrafe, unterliegt jedoch in den anderen Punkten. Unter diesen Umständen scheint es angemessen, dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, zu zwei Dritteln aufzuerlegen und zu einem Drittel auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht im Umfang von zwei Dritteln ist vorzubehalten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 26. April 2017 hinsichtlich der Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 6 (Einziehung Barschaft), 7 (Einziehung und Vernichtung von Betäubungsmitteln) sowie 8 und 9 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird mit 27 Monaten Freiheitsstrafe bestraft, wovon bis und mit heute 380 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 14 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (13 Monate abzüglich 380 Tage bis heute erstandene Haft) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
3. Von der Rückversetzung des Beschuldigten in den Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft See/Oberland vom 17. September 2013 ausgefallten Freiheitsstrafe wird abgesehen und die Probezeit mit Wirkung ab heute um ein halbes Jahr verlängert.

4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 7 ½ Jahre des Landes verwiesen.
5. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 8 und 9) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'800.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'800.- amtliche Verteidigung
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden zu zwei Dritteln dem Beschuldigten auferlegt und zu einem Drittel auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt im Umfang von zwei Dritteln vorbehalten.
8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - die Justizvollzugsanstalt Pöschwies (den zuführenden Polizisten übergeben)
 - das Bundesamt für Polizei, Nussbaumstrasse 29, 3003 Bern
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich, Berninastrasse 45, 8057 Zürich
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste, Postfach, 8090 Zürichsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz in die Verfahrensakten Nr. DG170024 sowie mit Ersuchen um Mitteilung an die entsprechenden Lagerbehörden gemäss Beschluss Dispositivziffer 1

- die Staatsanwaltschaft See/Oberland in die Verfahrensakten Nr. A-3/2013/4496
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste, Postfach, 8090 Zürich
- das Migrationsamt des Kantons Zürich, Berninastrasse 45, 8057 Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B, Postfach, 8090 Zürich
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles

9. 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, 7. November 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Rissi

Zur Beachtung:

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

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

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

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