

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170464-O/U/hb

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, Obergerichterrinnen lic. iur. Wasser-Keller und lic. iur. Bertschi sowie Gerichtsschreiberin MLaw Guennéguès

Urteil vom 27. Februar 2018

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
etc. und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom
14. September 2017 (DG170045)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 24. Mai 2017 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 28).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a-d und g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG sowie
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 4 Jahren Freiheitsstrafe, wovon bis und mit 24. Mai 2017 (vorzeitiger Strafantritt) 161 Tage durch Haft erstanden sind sowie mit einer Busse von Fr. 300.–.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.
5. Der bedingte Vollzug für die mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. März 2014 ausgefallte Freiheitsstrafe von 27 Monaten wird widerrufen. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 16. Dezember 2016 beschlagnahmte Barschaft in der Höhe von Fr. 230.– wird soweit ausreichend zur Deckung der Busse herangezogen.
7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 16. Dezember 2016 beschlagnahmten und bei der Kan-

tonspolizei Zürich gelagerten Gegenstände (Lagernummer B05742-2016) werden eingezogen und der Lagerbehörde nach Eintritt der Rechtskraft zur Vernichtung überlassen:

- 19.2 Gramm Kokain in Minigrip (A009'924'907),
- 44.2 Gramm Kokain in Plastikbeutel (A009'924'930),
- 10.6 Gramm Kokain in Plastikbeutel (A009'924'941),
- 1.8 Gramm Kokain in Minigrip (A009'924'952),
- Celophansäckli (A009'924'996),
- Minigrip mit BM-Rückständen (A009'925'977),
- Löffel mit BM-Rückständen (A009'925'988),
- 1 Gramm Marihuana in Zigaretten-Päckli (A009'926'061).

8. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 16. Dezember 2016 beschlagnahmten und bei der Effektenverwaltung des Bezirksgerichts Winterthur gelagerten Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen:

- 1 Mobiltelefon der Marke "Samsung" (A009'926'107),
- 1 PostFinance-Karte mit BM-Rückständen (A009'926'016).

9. Die beiden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 16. Dezember 2016 beschlagnahmten und bei der Effektenverwaltung des Bezirksgerichts Winterthur gelagerten Mobiltelefone der Marke "Nokia" (A009'926'050 und A009'926'027) werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zu seinen Effekten herausgegeben.

10. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	3'600.00; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	5'000.00 Gebühr Vorverfahren;
Fr.	1'200.00 Auslagen (Gutachten);
Fr.	730.00 Auslagen (Polizei);
Fr.	18'458.80 amtliche Verteidigung (inkl. Barauslagen und MwSt.)
	<hr/>
	28'988.80 Total
	<hr/>

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

11. 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. 64 S. 2)

1. Das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. September 2017 sei folgendermassen abzuändern:
 - a. In Abänderung von Ziffer 2 des Dispositivs des erstinstanzlichen Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. September 2017: Der Beschuldigte sei mit 22 Monaten Freiheitsstrafe sowie einer Busse von CHF 300.– zu bestrafen, woran die durch Untersuchungshaft und Strafvollzug erstandene Haft vollumfänglich anzurechnen ist.
 - b. In Abänderung von Ziffer 5 des Dispositivs: Von einem Widerruf des mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. März 2014 für eine Freiheitsstrafe von 27 Monaten (bedingt aufgeschobener Strafteil) gewährten bedingten Strafvollzugs sei abzusehen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. der Kosten der amtlichen Verteidigung zulasten der Staatskasse.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 58, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Gegenstand des Berufungsverfahrens / Prozessuales

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. September 2017 wurde der Beschuldigte der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes schuldig gesprochen. Er wurde bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren unter Anrechnung von 161 durch Haft erstandene Tage und einer Busse von Fr. 300.–. Ferner wurde der bedingt zu vollziehende Teil der mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. März 2014 ausgefallten Freiheitsstrafe im Umfang von 27 Monaten widerrufen. Weiter wurde über die Einziehung und Verwertung der beschlagnahmten Barschaft und Gegenstände entschieden (Urk. 49).

2. Gegen das am 14. September 2017 mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 24) hat der Beschuldigte mit Eingabe vom 19. September 2017 fristgerecht Berufung angemeldet (Urk. 42) und nach Erhalt des begründeten Urteils mit Eingabe vom 6. Dezember 2017 seine Berufungserklärung eingereicht (Urk. 54). Seine Berufung richtet sich lediglich gegen die Bemessung der Freiheitsstrafe und den Widerruf. Er beantragt die Aufhebung von Dispositiv-Ziffern 2 und 5 des vorinstanzlichen Urteils, die Ausfällung einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten und das Absehen vom Widerruf. Innert der mit Präsidialverfügung vom 11. Dezember 2017 angesetzten Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung beantragte die Staatsan-

waltschaft mit Eingabe vom 13. Dezember 2017 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und liess sich von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung dispensieren (Urk. 58). Demzufolge ist das vorinstanzliche Urteil bezüglich der Dispositiv-Ziffern 1 (Schuldpunkt), 6 - 9 (Einziehungen und Herausgaben), 10 und 11 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen, was vorab in einem Beschluss festzustellen ist.

3. Anlässlich der geheimen Urteilsberatung äusserte die Ko-Referentin eine abweichende Meinung. Dieses Minderheitsvotum wurde mit Begründung ins Protokoll aufgenommen (Prot. II S. 18 ff.) und wird den Parteien zusammen mit dem vorliegenden Urteil zugestellt (§ 124 GOG; vgl. Hauser/Schweri/Lieber, GOG-Kommentar, Art. 232 N 7).

4. Mit Urteilsdispositiv vom 27. Februar 2018 wurde das vorliegende Verfahren in der Sache erledigt. Wie sich nach der Eröffnung des Urteils ergeben hat, ist Dispositiv-Ziffer 2 unklar gefasst und steht im Widerspruch zu den Erwägungen des Urteils. Es liegt ein Fehler in der Redaktion (und nicht in der Willensbildung) vor, da die Formulierung von Dispositiv-Ziffer 2 lautete:

"Der Beschuldigte wird unter Einbezug der widerrufenen Strafe bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten als Gesamtstrafe, wovon bis und mit heute 441 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind, und mit Fr. 300.– Busse."

Dabei ist offensichtlich, dass die Freiheitsstrafe von 42 Monaten die Strafe für die vorliegend zu beurteilenden Delikte darstellt und zusätzlich zur widerrufenen Strafe von 27 Monaten Freiheitsstrafe auszusprechen wird. Dies ergibt sich aus den Erwägungen sowie aus den Erläuterungen bei der mündlichen Urteilseröffnung. Diese Unklarheit ist von Amtes wegen zu berichtigen (Art. 83 Abs. 1 StPO).

II. Sanktion

1. Einleitung

Wie nachstehend aufzuzeigen sein wird, ist der vorinstanzlich ausgefallte Widerruf des bedingten Vollzugs der Freiheitsstrafe zu bestätigen (vgl. Ziff. 3). Für die

heute zu beurteilenden Delikte ist – wie auch von der Verteidigung beantragt – eine Freiheitsstrafe auszufällen (vgl. Ziff. 4).

Das erstinstanzliche Gericht hat richtig festgehalten, dass zum damaligen Urteilszeitpunkt eine Gesamtstrafe im Sinne von Art. 46 StGB (i.V.m. Art. 49 StGB) nicht in Frage kam (vgl. Urk. 49 S. 17). Zum vorliegenden Urteilszeitpunkt stellt sich die Gesetzeslage indes verändert dar. Im Gegensatz zum alten Recht (BGE 134 IV 236, 137 IV 254) sieht der seit dem 1. Januar 2018 in Kraft stehende revidierte Art. 46 StGB gemäss klarem Wortlaut gerade vor, dass (ausschliesslich) bei Gleichartigkeit der widerrufenen Strafe und der neuen Strafe eine Gesamtstrafe zu bilden ist. Dieser neugefasste Art. 46 StGB ist heute anwendbar, denn er stellt – da die neuen Delikte mit einer Freiheitsstrafe zu sanktionieren sind – im vorliegenden Fall milderes Recht im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StGB dar, profitiert der Beschuldigte bei der Gesamtstrafenbildung doch vom Asperationsprinzip.

2. Widerruf des bedingten Vollzugs einer Vorstrafe

Mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. März 2014 wurde der Beschuldigte des mehrfachen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz und des teilweisen Versuchs dazu im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a und b BetmG, teilweise in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten bestraft. Für den bedingt ausgefallten Strafteil von 27 Monaten Freiheitsstrafe setzte ihm das Gericht eine Probezeit von 2 Jahren an. Am 26. Mai 2016 sprach die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland den Beschuldigten mit Strafbefehl des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g BetmG und der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig. Mit diesem Strafbefehl vom 26. Mai 2016 wurde auch die Probezeit um ein Jahr verlängert (vgl. Beizugsakten der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland, C-1/2016/10013223). Gemäss Art. 46 Abs. 2 StGB beginnt die Verlängerung am Tag der Anordnung, wenn sie nach Ablauf der Probezeit erfolgt. Somit dauerte die Probezeit bis 26. Mai 2017. Die vorliegend zu beurteilenden Delikte beging der Beschuldigte zwischen Ende August 2016 bis 14. Dezember 2016, mithin während der laufenden Probezeit.

Dieser Umstand wird vom amtlichen Verteidiger grundsätzlich auch anerkannt (Urk. 34 S. 12 N 37).

Der Beschuldigte lässt aber einwenden, die Verlängerung der Probezeit sei rechtswidrig zustande gekommen. Der Beschuldigte sei während der Einvernahme vom 11. März 2016 vom Polizisten unter Druck gesetzt worden und habe daher wahrheitswidrig einen weiteren Drogenkauf zwei Wochen zuvor – mithin während der noch laufenden Probezeit, welche am 5. März 2016 endete – zugegeben. Aufgrund dieses Geständnisses sei ein Widerruf im Raume gestanden. Deshalb hätte dem Beschuldigten eine notwendige Verteidigung beigegeben werden müssen. Weil die Verlängerung der Probezeit rechtswidrig erfolgt sei, sei von einem Widerruf abzusehen (Urk. 34 S. 12 f., Urk. 64 S. 6). Überdies könne das Gericht von einem Widerruf absehen, wenn eine ungünstige Prognose fehle. Auch müsse die mögliche Warnwirkung der neuen, zu vollziehenden Strafe mitberücksichtigt werden (Urk. 34 S. 13).

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass der Beschuldigte an der staatsanwaltlichen Einvernahme vom 26. Mai 2016 sein bei der Polizei am 11. März 2016 angeblich falsches Geständnis nicht widerrufen hat (Urk. 49 S. 14). Im Gegenteil bestätigte er auf die explizite Nachfrage hin, zwei Wochen vor der Verhaftung bereits Kokain zum Eigenkonsum bzw. zur Weitergabe an seine Kollegen erworben zu haben. Seine Antwort war: "Das stimmt. Damals kaufte ich insgesamt 3 Gramm.". Auch auf die Frage, weshalb er innerhalb der noch laufenden Probezeit erneut straffällig wurde, antwortete er in seinen eigenen Worten : "Es ist einfach blöd gelaufen. Ich sass mit Kollegen zusammen und diese fragten mich nach diesem Gefälligkeitsdienst.". Diese Aussagen sind glaubhaft, zumal der Beschuldigte, angesprochen auf seinen Kokainkonsum, angab, dass es Wochen gebe, da nehme er "gar nichts, dann wiederum am Wochenende". Dass er selber seit der Entlassung aus der Haft nie an einem Kauf von Kokain direkt beteiligt war, sondern jeweils eingeladen wurde, ist durchaus möglich. Vor dem Hintergrund, dass er früher selber mit Kokain handelte und daher mit der Drogenszene in B._____ bekannt war, ist unwahrscheinlich, dass er selber nie Kokain (zum Eigenkonsum) erworben hatte. Es leuchtet daher nicht ein, weshalb er dieses in ei-

genen Worten formulierte und detaillierte Geständnis fälschlicherweise gemacht hätte.

Auch erklärte der Staatsanwalt dem Beschuldigten, dass auf den Widerruf verzichtet werden könne, sofern neu eine unbedingte Sanktion ausgefällt würde. Explizit nach den Konsequenzen einer neuerlichen Straftat gefragt, erklärte der Beschuldigte: "Ich müsste voraussichtlich die Reststrafe absitzen.". Dem Beschuldigten war demnach die Bedeutung des bedingten Vollzugs und des Widerrufs bekannt und er war sich dessen bewusst, dass erneute Delinquenz die Umwandlung einer bedingten in eine unbedingte Strafe zur Konsequenz haben würde. Selbst wenn der Beschuldigte davon ausgegangen wäre, dass die Verlängerung der Probezeit nicht ab der Ausstellung des Strafbefehls ein Jahr dauerte, sondern ab dem Zeitpunkt des Ablaufs der Probezeit um ein Jahr verlängert wurde, musste er wissen, dass die neuen Delikte in der verlängerten Probezeit lagen.

Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, waren die Voraussetzungen zur Bestellung einer notwendigen Verteidigung im Sinne von Art. 130 StPO nicht erfüllt, da für den zuständigen Staatsanwalt von Anfang an kein Widerruf der 27 Monate Freiheitsstrafe – sondern lediglich die allfällige Verlängerung der Probezeit – in Frage kommen konnte, zumal es sich bei der neu zu beurteilenden Delinquenz um einen Bagatellfall handelte was sich auch in der ausgefallten Sanktion (60 Tagessätze Geldstrafe und Fr. 300.– Busse) niedergeschlagen hat.

Das erstinstanzliche Gericht hat zusammenfassend überzeugend dargetan, dass der mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. März 2014 (DG140004-K) bedingt ausgefallte Strafteil von 27 Monaten Freiheitsstrafe angesichts der mehrfachen Delinquenz in Probezeiten trotz erstandener mehrmonatiger Haft zu widerrufen ist (Urk. 49 S. 13 ff.). Dieser Widerruf ist deshalb zu bestätigen.

3. Strafe

3.1. Übergangsrecht / Gesamtstrafe

Wie ausgeführt ist in Anwendung des neuen Sanktionenrechts und aufgrund des Widerrufs eine Gesamtstrafe im Sinne von Art. 46 Abs. 1 i.V.m. Art. 49 Abs. 1

StGB auszusprechen. Hierfür ist in einem ersten Schritt die Einsatzstrafe für die heute zu beurteilenden neuen Taten festzulegen. Diese Einsatzstrafe ist in einem zweiten Schritt unter Einbezug der widerrufenen Vorstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen.

3.2. Allgemeine Strafzumessungsregeln

Die Vorinstanz hat die allgemeinen Strafzumessungsregeln sowie die besonderen Regeln bei Betäubungsmitteldelikten zutreffend dargelegt. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann darauf verwiesen werden (Urk. 49 S. 6 f.). Es ist zu betonen, dass den Faktoren Gefährlichkeit der Droge, Drogenmenge und Reinheitsgrad bei der Strafzumessung eine wesentliche, jedoch keine vorrangige Rolle zukommt. Es darf aber nicht im Sinne eines "Tarifs" allein oder überwiegend auf diese Kriterien abgestellt werden. Die Drogenmenge kann insbesondere im Sinne einer Kontrolle und im Interesse der Rechtsgleichheit herangezogen werden. Das Verschulden hängt aber auch von der Funktion des Täters und der Hierarchiestufe im Betäubungsmittelhandel ab. Zu berücksichtigen ist, wie der Täter in den Besitz der Drogen gelangte, welche Tathandlungen er ausführte, ob er aus einem Suchtzustand heraus handelte oder nur, um Geld zu verdienen (BGE 121 IV 193; Urteil BGer vom 12. Mai 2005 [6S.465/2004], E. 3.1).

Der Beschuldigte hat mehrfach gleichartige Betäubungsmitteldelikte verübt. Dennoch wurde er nicht der mehrfachen Tatbegehung schuldig gesprochen. Die Staatsanwaltschaft führte diesbezüglich vor Vorinstanz aus, sie habe darauf verzichtet, das Verhalten des Beschuldigten als mehrfaches Verbrechen gegen das BetmG zu qualifizieren und sei zugunsten des Beschuldigten davon ausgegangen, dass die Tathandlungen auf einem Tatentschluss beruhten, den er zu Beginn seiner Drogenhandelstätigkeit gefasst habe. Damit entgehe der Beschuldigte einer Strafschärfung im Sinne von Art. 49 StGB (Urk. 33 S. 2 f.). Entsprechend hat denn auch die Vorinstanz den Beschuldigten nur der einfachen Tatbegehung schuldig gesprochen und hat keine separate Strafzumessung für die einzelnen Anklagepunkte vorgenommen und keine Asperation durchgeführt. Da der Schuldpunkt in Rechtskraft erwachsen ist, hat auch vorliegend eine Strafzumessung für alle Anklagepunkte gemeinsam zu erfolgen. Davon ausgenommen sind einzig die

Übertretungen, für welche eine Busse ausgefällt wurde, welche zu bestätigen ist (vgl. nachstehend E. 3.8).

3.3. Strafrahmen

Der Strafrahmen wurde von der Vorinstanz zutreffend ermittelt. Er erstreckt sich für qualifizierte Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a-d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG von einem Jahr bis 20 Jahren Freiheitsstrafe. Es liegen keine besonderen Umstände vor, welche ein Verlassen des ordentlichen Strafrahmens rechtfertigen würden.

3.4. Tatkomponente

3.4.1. Objektive Tatkomponente

Der Beschuldigte hat über einen längeren Zeitraum von ca. Ende August 2016 bis 14. Dezember 2016 in 5 Malen Kokain in Peru bei einem Mittelsmann bestellt, welches getarnt als Dokumentensendung, verflüssigt eingebracht auf Papier als Trägermaterial, in die Schweiz geliefert wurde. Beim letzten Mal ging die bestellte Menge von 300 Gramm Kokain verloren. Insgesamt wurden 1'050 Gramm reines Kokain aus Peru in die Schweiz eingeführt. Bezüglich der letzten 300 Gramm blieb es beim Versuch. Das eingeführte Kokain wies einen ausserordentlich hohen Reinheitsgrad von ca. 95 % auf. Der Beschuldigte beteiligte sich an der Einfuhr von rund 1'280 Gramm reinem Kokain in die Schweiz. Er bestellte die Ware und bezeichnete als Zustelladresse den Wohnort eines ehemaligen Arbeitskollegen. Das organisierte Vorgehen deutet darauf hin, dass seine Position in der mittleren Stufe der Drogenhandelshierarchie anzusiedeln ist. Der Beitrag des Beschuldigten erschöpfte sich denn auch nicht im Entgegennehmen und Weitergeben der Drogen, vielmehr gab er die Bestellungen auf und fasste nachdem sich der Abnehmer nicht mehr meldete den Entschluss, die letzte Lieferung selber zu verarbeiten und zu vertreiben. Entsprechend löste er die Hälfte des Kokains aus der Lieferung von Mitte November 2016 selber aus, bezüglich der andern Hälfte misslang ihm das Auslösen. Ausserdem verkaufte der Beschuldigte im Auftrag

seines Abnehmers 50 Gramm Kokaingemisch an vier Abnehmer. Die vielfältigen Tätigkeiten des Beschuldigten (Bestellen der Droge in Peru, Einfuhr in die Schweiz, Entgegennehmen und Weitergabe an den Abnehmer, Erzeugen bzw. Auslösen der Drogen aus dem Papier und Verkauf von Drogen), das organisierte und hinsichtlich der Tarnung der Drogen professionelle Vorgehen, der hohe Reinheitsgrad der harten Droge Kokain, die grosse Drogenmenge, welche die Grenze von 18 Gramm für einen schweren Fall 70-fach übersteigt, stellen Faktoren dar, welche die Tatschwere als erheblich erscheinen lassen. Zu berücksichtigen ist jedoch auch, dass der Beschuldigte als Entgelt für seine Tätigkeit pro Einfuhr lediglich Fr. 1'000.-- und einige Gramm Kokain für den Eigenkonsum erhalten hat, was auf eine eher untergeordnete Position im ganzen Drogenhandelsgefüge hinweist. Dasselbe gilt auch bezüglich des dilettantischen Vorgehens des Beschuldigten beim Auslösen der Hälfte des Kokains aus der letzten Lieferung, welches zur Zerstörung von 120 Gramm Kokain führte. Insgesamt ist die objektive Tatschwere mit der Vorinstanz als nicht mehr leicht einzustufen.

3.4.2. Subjektive Tatkomponente

Der Beschuldigte handelte direktvorsätzlich. Er handelte aus finanziellen Motiven und erhielt als Entgelt für jeden Vorgang Fr. 1'000.-- und einige Gramm Kokain zum Eigenkonsum. Auch wenn er gemäss eigenen Aussagen nicht abhängig ist, deutet der Umstand, dass er als Entgelt nicht lediglich Geld, sondern auch Drogen erhielt, darauf hin, dass er seine Taten auch beging, um an Drogen zum Eigenkonsum zu gelangen. Er räumte selber ein, infolge finanzieller Probleme gehandelt zu haben, nicht aus einem Suchtverhalten heraus (Urk. 4/2 S. 4). Der Beschuldigte befand sich im Zeitpunkt der Tatbegehung in schwierigen finanziellen Verhältnissen, er hatte seit September 2016 keine Arbeit mehr, hatte keinen Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung und war auf Sozialhilfe angewiesen. Bezüglich der von ihm geltend gemachten Drucksituation hat die Vorinstanz zutreffend darauf hingewiesen, dass er selber aussagte, er hätte die Lieferung vermutlich schon ablehnen können, auch wenn dies mit Problemen irgendwelcher Art verbunden gewesen wäre (Urk. 4/5 S. 8). Er habe in der Vergangenheit auch schon ein Paket unterschlagen und es werde ihm von den Peruanern

immer noch vorgehalten, dass er diesen noch Geld schulde. Es sei ihm am Telefon einmal gedroht worden, man gehe auf sein Kind los, es sei dann aber nie etwas passiert (Urk. 4/5 S. 8). Die vom Beschuldigten geschilderte Drucksituation ist somit eher diffus und vermag sein Verschulden nicht erheblich zu mindern. Der finanzielle Engpass als auch eine gewisse Drucksituation wirken sich jedoch zusammen leicht relativierend auf die subjektive Tatschwere aus.

In subjektiver Hinsicht wiegt das Verschulden ebenfalls nicht mehr leicht.

3.4.3. Einsatzstrafe

Insgesamt ist die Tatschwere als nicht mehr leicht zu qualifizieren. Dem Tatverschulden angemessen erscheint eine Einsatzstrafe von 5 Jahren.

3.5. Täterkomponente

3.5.1. Persönliche Verhältnisse

Der Beschuldigte kam am tt. Mai 1968 in B._____ zur Welt, absolvierte dort die obligatorische Schulzeit und eine Anlehre als Maler. Im Jahr 1996 ist er nach Lima (Peru) ausgewandert. Dort heiratete er; aus dieser Ehe ging ein Sohn hervor. Im Jahre 2013 kehrte der Beschuldigte in die Schweiz zurück, wobei er sich ab dem 12. Mai 2013 im Rahmen eines damaligen Strafverfahrens in Haft befand. Nach seiner Entlassung aus dem Strafvollzug arbeitete der Beschuldigte bei seiner Mutter in der Gebäudereinigung und ab dem Jahr 2015 in der Bauabteilung des Vereins "C._____" in B._____. Innerhalb des Vereins wechselte er dann in die Gartenbauabteilung und verblieb dort bis Ende August 2016. Er erzielte einen Lohn von monatlich Fr. 5'000.– netto. Zuletzt war er arbeitslos. Der Beschuldigte schickt dem Sohn monatlich Geldbeträge zwischen Fr. 500.– und Fr. 800.–. Zuletzt lebte der Beschuldigte bei seiner Partnerin D._____. Der Beschuldigte hat kein Vermögen, dagegen Schulden in fünfstelliger Frankenhöhe (Prot. II S. 11). Aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Faktoren.

3.5.2. Vorstrafen und Delinquenz während laufender Probezeit

Der Beschuldigte weist zwei Vorstrafen auf; beide sind einschlägig. Mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. März 2014 wurde er wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten bestraft, davon 27 Monate bedingt vollziehbar unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren (DG140004). Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 26. Mai 2016 wurde der Beschuldigte wegen mehrfacher Widerhandlung und mehrfacher Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer unbedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen à Fr. 70.– sowie einer Busse von Fr. 300.– bestraft (C-1/2016/10013223). Da mit gleichem Strafbefehl die Probezeit betreffend das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. März 2014 um ein Jahr verlängert wurde, delinquierte der Beschuldigte zudem während laufender Probezeit. Die einschlägigen Vorstrafen sowie die Delinquenz in der Probezeit wirken sich deutlich strafe erhöhend aus.

3.5.3. Geständnis

Mit der Vorinstanz ist dem Beschuldigten sein vollumfängliches Geständnis erheblich strafmindernd anzurechnen, welches die Strafuntersuchung massgeblich erleichtert hat und ohne welches dem Beschuldigten die vorliegend angeklagte Menge Kokain kaum in diesem Umfang rechtsgenügend hätte nachgewiesen werden können und das Verfahren erheblich komplizierter gewesen wäre.

3.6. Fazit

Insgesamt überwiegt der strafmindernde Faktor des Geständnisses die strafe erhöhenden Faktoren. Die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe von 4 Jahren erscheint als wohlwollend, aber insgesamt noch angemessen. Lediglich am Rande sei hier erwähnt, dass das Verschlechterungsverbot der Ausfällung einer höheren Sanktion als der von der Vorinstanz ausgefallten entgegensteht.

3.7. Gesamtstrafe unter Berücksichtigung des Widerrufs

Wie bereits vorstehend erwähnt, ist der bedingte Vollzug für die mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. März 2014 ausgefallten Freiheitsstrafe von 27 Monaten zu widerrufen und in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Ge-

samtstrafe zu bilden. Unter Einbezug der zu widerrufenden Strafe erscheint in Anwendung des Asperationsprinzipes eine Gesamtstrafe von 69 Monaten angemessen (statt 75 Monaten bei Addition der Strafen). Da das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur unangetastet bleibt, ist vorliegend eine Strafe von 42 Monaten (69 Monate abzüglich 27 Monate) auszufällen.

3.8. Busse

Wie erwähnt wurde der Beschuldigte von der Vorinstanz für die Übertretungen (mehrfacher Betäubungsmittelkonsum) mit einer Busse von Fr. 300.– bestraft (Urk. 49 S. 12). Diese Busse erscheint – auch angesichts des eingangs wiedergegebenen Antrags des Beschuldigten auf Ausfällung einer Busse in dieser Höhe – angemessen und ist zu bestätigen.

4. Anrechnung der Haft und des vorzeitigen Strafvollzugs

Die erstandene Haft von 161 Tagen sowie der vorzeitige Strafvollzug von 280 Tagen seit 24. Mai 2017 sind an die Freiheitsstrafe anzurechnen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens (mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung) dem Beschuldigten aufzuerlegen, denn die Ausfällung einer tieferen Strafe ist allein auf das Inkrafttreten der Änderung des Sanktionenrechts und die Gesamtstrafenbildung zurückzuführen.

Der Beschuldigte liess beantragen, es seien ihm aufgrund seiner knappen finanziellen Verhältnisse die Kosten des Berufungsverfahrens zu erlassen (Urk. 64 S. 7). Er bringt selber vor, dass er nach seiner Entlassung aus der Haft wieder bei seinem ehemaligen Arbeitgeber arbeiten könne (Prot. II S. 15). Die zukünftigen Möglichkeiten des Beschuldigten auf einen Wiedereinstieg ins Berufsleben erscheinen daher nicht von vornherein als aussichtslos, so dass im heutigen Zeitpunkt eine finanzielle Situation erwartet werden kann, welche einen Erlass der

Gerichtskosten nicht rechtfertigen würde. Deshalb sind die dem Beschuldigten auferlegten Kosten des Berufungsverfahrens nicht auf Gerichtskasse zu nehmen.

Das Honorar der amtlichen Verteidigung ist gestützt auf die eingereichte Honorarnote auf pauschal Fr. 9'000.– (inkl. MwSt.) festzusetzen, wobei der Rückgriff auf den Beschuldigten gestützt auf Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. September 2017 bezüglich der Dispositiv-Ziffern 1 (Schuldpunkt), 6 - 9 (Einziehungen und Herausgaben) sowie 10 und 11 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 5. März 2014 bedingt aufgeschobene Vollzug von 27 Monaten Freiheitsstrafe wird widerrufen.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten im Sinne einer Gesamtstrafe (zusätzlich zur widerrufenen Strafe gemäss Dispositivziffer 1), wovon bis und mit heute 441 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind, und mit Fr. 300.– Busse.
3. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlte der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 9'000.– amtliche Verteidigung
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt vorbehalten.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterlandsowie 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
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
 - in die Akten DG140004-K des Bezirksgerichts Winterthur
7. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung

des Bundesgerichts (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, 27. Februar 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Guennéguès