

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB150454-O/U/ad

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, lic. iur. Ruggli und
lic. iur. Stiefel sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Karabayir

Urteil vom 22. Januar 2016

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. Jäger,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom
8. September 2015 (DG150048)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 2. Juli 2015 (Urk. 18) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

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 30 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 111 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate, abzüglich 111 Tage, die durch Haft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Die sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ... aufbewahrten 903.2 Gramm Kokaingemisch werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten.
5. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
 - Fr. 2'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:
 - Fr. 1'500.– Gebühr für das Vorverfahren
 - Fr. 3'300.– Auslagen (Gutachten)
 - Fr. 180.– Auslagen (Gutachten)
 - Fr. 900.– Auslagen Polizei
 - Fr. 6'210.80 amtl. Verteidigungskosten

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. 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.

Berufungsanträge:

a) Der amtlichen Verteidigung:

(Urk. 46 S. 2)

- " 1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass das vorinstanzliche Urteilsdispositiv in Bezug auf die Ziffern 1., 4., 5., 7., und 8. in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Herr A._____ sei zu bestrafen mit einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten, unter Anrechnung von bis heute 247 Tagen erstandener Polizei- und Untersuchungshaft sowie vorzeitigem Strafvollzug.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren bedingt aufzuschieben.
4. Eventualiter sei – im Falle der Verhängung einer teilbedingten Freiheitsstrafe – der unbedingt vollziehbare Teil der Strafe auf höchstens 8 Monate anzusetzen.
5. Die Verfahrenskosten der ersten Instanz, ohne diejenigen der amtlichen Verteidigung, die auf die Staatskasse zu nehmen sind, seien dem Beschuldigten aufzuerlegen, infolge Unerhältlichkeit jedoch sogleich definitiv abzuschreiben; die Kosten des Berufungsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, seien ausgangsgemäss auf die Staatskasse zu nehmen.
6. Herr A._____ sei aus dem Strafvollzug zu entlassen."

- b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland (sinngemäss):
(Urk. 42)

Es sei der vorinstanzliche Schuldspruch zu bestätigen.

Das Gericht erwägt:

I. Verfahrensgang / Prozessuales

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil vom 8. September 2015 sprach die II. Abteilung des Bezirksgerichts Bülach den Beschuldigten 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 und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten. Im Umfang von 18 Monaten wurde deren Vollzug aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Umfang von 12 Monaten, abzüglich 111 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug erstandene Haft, wurde die Freiheitsstrafe für vollziehbar erklärt. Die polizeilich sichergestellten Betäubungsmittel (Lagernummer ...) zog die Vorinstanz ein und überliess sie der Kantonspolizei Zürich zur Vernichtung (Urk. 36 S. 16).

2. Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 17. September 2015 (Datum des Poststempels) rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 30; Art. 399 Abs. 1 StPO). Nach Zustellung des begründeten Urteils am 4. November 2015 liess er mit Eingabe vom 19. November 2015 innert Frist eine auf die Dispositivziffern 2, 3 (Strafzumessung, inkl. Vollzug) und 6 (Kostenaufgabe) des vorin-

stanzlichen Urteils beschränkte schriftliche Berufungserklärung einreichen. Er strebt wie vor Vorinstanz eine Reduktion der Freiheitsstrafe auf 22 Monate bedingt sowie – im Eventualfall eines bloss teilbedingten Vollzuges – einen zu vollziehenden Teil von höchstens 9 Monaten an (Urk. 35; Urk. 39; Art. 399 Abs. 3 StPO). Die Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 42). Die Dispensation wurde mit dem Einverständnis der Verteidigung bewilligt (Urk. 43). Beweisanträge wurden von keiner Seite gestellt.

Anlässlich der Berufungsverhandlung liess der Beschuldigte die eingangs erwähnten Anträge stellen (Urk. 46 S. 2; Prot. II. S. 15).

3. Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Nachdem die Urteilsdispositivziffern 1 (Schuldspruch), 4 (Vernichtung der Betäubungsmittel) und 5 (Kostenfestsetzung) unangefochten blieben, ist mittels Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

II. Strafzumessung

1. Bei qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz reicht der Strafraumen von nicht unter einem Jahr bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe, womit eine Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen zu maximal Fr. 3'000.– verbunden werden kann (Art. 19 Abs. 2 BetmG; Art. 40 StGB; Art. 34 Abs. 1 und 2 StGB).

1.1. Der ordentliche Strafraumen ist trotz Vorliegens allfälliger Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe nur zu erweitern, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angeordnete Strafe im konkreten Fall zu hart, respektive zu milde erscheint. Da der obere Strafraumen vorliegend bereits bei 20 Jahren Freiheitsstrafe liegt, kann er ohnehin nicht mehr erweitert werden. Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafraumens 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 (Art. 48, Art. 48a, Art. 49 Abs. 1, Art. 19 Abs. 2, Art. 22 Abs. 1 StGB; BGE 136 IV 55 E. 5.8; Urteil des Bundesgerichts 6B_475/2011 vom 30. Januar 2012 E. 1.4.4). Das Gericht ist indessen verpflichtet, Strafschärfungsgründe zumindest strafe erhöhend und Strafmilderungsgründe strafmindernd im Rahmen des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen (BGE 116 IV 300 E. 2.a).

1.2. Vorliegend sind keine Strafmilderungs- oder Strafschärfungsgründe gegeben.

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 dessen Leben (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).

2.1. Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen Tat- und Täterkomponente. Als Gradmesser für die objektive Tatschwere dient das Mass der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts. Es lässt sich am Ausmass des verschuldeten Erfolges hinsichtlich Deliktsbetrag, Gefährdung, Sachschaden etc. sowie anhand der Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, der Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und dessen Beweggründe bemessen. 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 (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).

2.2. 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; HUG-BEELI, BetmG-Kommentar, 1. Auflage, Basel 2016, N 204 ff. und insbes. N 252 ff. zu Art. 26 BetmG). 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. 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 Betäubungsmittelmenge und gegebenenfalls ihr Reinheitsgrad verlieren zudem an Bedeutung, wenn mehrere Qualifikationsgründe gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG gegeben sind, und sie werden umso weniger wichtig, je deutlicher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG überschritten ist (BGE 121 IV 193; HUG-BEELI, BetmG-Kommentar, a.a.O., N 255 ff. zu Art. 26 BetmG).

2.4. Die objektive 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; DIESELBEN, BetmG-Kommentar, a.a.O. N 212 ff. zu Art. 26 BetmG). 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.

2.4.1. Bei der objektiven Schwere der Tat bzw. beim „Ausmass des verschuldeten Erfolges ist zunächst zu gewichten, dass der Beschuldigte eine Menge von 903.2 Gramm Kokaingemisch, resp. 513.4 Gramm reines Kokain, transportierte und in die Schweiz einführte. Es handelt sich somit um einen einmaligen Transport. Über die transportierte Menge wusste der Beschuldigte relativ gut Bescheid, da er gemäss eigener Aussage 91 Fingerlinge zu je 10 Gramm vor der Reise geschluckt hatte (Urk. 4 S. 6, Antwort auf Frage 49 und S. 8, Antwort auf Frage 73; Urk. 6 S. 5; Prot. I S. 11 f.; Prot. II S. 13). Mit dieser Menge reinen Kokains ist der schwere Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, welcher eine Mindeststrafe von nicht unter einem Jahr Freiheitsstrafe vorsieht (18 Gramm Kokainhydrochlorid; vgl. BGE 109 IV 143 E. 3b), um ein Vielfaches übertroffen.

2.4.1.1. Auch über die Art des Stoffes wusste der Beschuldigte Bescheid, auch wenn er mehrfach beteuerte, bloss geahnt zu haben, dass es Kokain gewe-

sen sei, sich dessen aber nicht sicher gewesen zu sein. Er sah, dass der Inhalt der Fingerlinge weiss war (Urk. 3 S. 4). Zudem wurde er gemäss eigener Aussage von einem ehemaligen Arbeitskollegen "B._____" bereits im Januar 2015 gefragt, ob er einen ersten *Drogen*transport ausführen würde und diesen dann vor Ostern (2015) mit einer ungefähr gleich grossen Menge auch tatsächlich ausgeführt hatte (Urk. 3 S. 2 f.; Urk. 5 S. 3; Urk. 6 S. 3; Prot. II S. 14). Ebenso war dem Beschuldigten die von Kokain ausgehende Gesundheitsgefährdung durchaus klar, obwohl er dies bei der Polizei zunächst noch in Abrede gestellt hatte (Urk. 3 S. 4; Urk. 4 S. 7 f.). In der Folge gab er an, zwar keine Drogen mehr zu konsumieren, aber früher Marihuana und Amphetamine probiert zu haben, weshalb ein Basiswissen über Drogen beim Beschuldigten vorausgesetzt werden darf. Ausserdem räumte er vor Vorinstanz ein, schon daran gedacht zu haben, dass ein Fingerling in seinem Magen hätte platzen und er daran hätte sterben können, diesen Gedanken jedoch verdrängt zu haben (Urk. 4 S. 2, Antworten auf die Fragen 8 ff. und S. 8; Urk. 5 S. 2 ff., S. 5; Prot. I S. 8, S. 12; Prot. II S. 9, 12 f.). Er kann daher nicht ernsthaft glauben machen wollen, bloss geahnt zu haben, dass es sich um Kokain handelte. Aufgrund des Dargelegten musste ihm vielmehr bestens bekannt und bewusst gewesen sein, dass er Kokainfingerlinge geschluckt und transportiert hatte, zumal es sich um seinen zweiten Transport dieser Art handelte.

2.4.1.2. Das vom Beschuldigten transportierte, in Fingerlinge abgepackte Kokain wies gemäss Gutachten des Forensischen Instituts Zürich vom 8. Juni 2015 einen Reinheitsgehalt von zwischen 32 % und 87 %, durchschnittlich mithin rund 60 % auf (Urk. 9/4, insbes. S. 8; Urk. 4 Anh. 3). Es kann vom Beschuldigten zwar nicht erwartet werden, den genauen Reinheitsgrad gekannt zu haben, aber auch dem intelligenten Beschuldigten musste bewusst gewesen sein, dass niemand – auch er nicht – das Risiko eines solchen Transportes auf sich genommen und Fingerlinge mit stark gestrecktem Kokain geschluckt hätte, da dieses im Verhältnis zur Qualität ein viel zu grosses Volumen beansprucht, gleichzeitig aber einen wenig lukrativen, sich nicht lohnenden, geringen Wert aufgewiesen hätte. Es musste daher auch dem Beschuldigten bewusst gewesen sein, Kokain von einem erhöhten Reinheitsgrad per Flugzeug über eine lange Strecke in ein anderes

Land transportiert zu haben. Seine Straftat wurde schliesslich nur dank der behördlichen Intervention unterbunden.

2.4.1.3. Es brauchte offenbar keine grossen Überredungskünste eines ehemaligen Arbeitskollegen, um den Beschuldigten, nach einer ausbedungenen Bedenkzeit von einer Woche, für einen ersten Drogentransport zu gewinnen. Er war weder bedroht noch dazu gezwungen worden. Telefonisches Drängen dazu und die in Aussicht stehende Entlohnung reichten beim Beschuldigten aus (Urk. 3 S. 5; Urk. 5 S. 3). Mit dem Schlucken der Fingerlinge, dem damit selber eingegangenen Gesundheitsrisiko und dem Antreten der längeren, internationalen Flugreise manifestierte der Beschuldigte ein erhebliches kriminelles Engagement. Andererseits ist dem Umstand, dass er als blosser Kurier der harten Droge aus dem Ausland und insofern – wenn auch nicht als blosser Gassendealer (so sinn gemäss die Verteidigung in Urk. 46 S. 4) – als Weisungsempfänger, in der Hierarchie der Drogenhändler eine untergeordnete Stellung einnahm und auch seine Flugreise von seinen Auftraggebern organisiert worden war, verschuldensmindernd Rechnung zu tragen. Die Höhe seiner Entlohnung, welche einzig auf seinen Angaben beruht, ist mit EURO 1'500.–, was ca. 6'000 Zloty entspricht (Prot. II S. 14), ebenfalls nicht sehr hoch.

Die objektive Tatschwere ist im Rahmen des schweren Falles der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz als *nicht mehr leicht* einzustufen.

2.4.1.4. Es ist daher insgesamt noch nicht zu beanstanden, wenn die Vorderrichter ausgehend von der transportierten Menge von rund einem halben Kilogramm *reinem* Kokain (513 Gramm rein; 902 Gramm Gemisch; Urk. 9/4 S. 8) und den vorstehend dargelegten weiteren Tatumständen in Anwendung der Tabelle von FINGERHUTH/TSCHURR, eine hypothetische Einsatzstrafe von rund 3 Jahren Freiheitsstrafe festlegten (Urk. 36 S. 8). Ergänzend ist indessen infolge der Stellung des Beschuldigten als blosser Kurier aus dem Ausland – der Verteidigung folgend (Urk. 26 S. 4; Urk. 46 S. 4) – eine Reduktion auf 2 ½ Jahre Freiheitsstrafe vorzunehmen (FINGERHUTH/TSCHURR, BetmG Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2007, N 176 zu Art. 19 BetmG; vgl. auch HUG-BEELI, BetmG-Kommentar, a.a.O. N 272 ff., insbes. N 275 zu Art. 26 BetmG).

2.4.2. Bei der subjektiven Tatschwere ist das Wissen und Wollen des Beschuldigten – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. Urk. 26 S. 5; Prot. I S. 15; Prot. II S: 15 f.) – auch unter dem Aspekt zu würdigen, dass es sich beim anklagegegenständlichen Kokaintransport bereits um die zweite Reise dieser Art des Beschuldigten handelte (vgl. vorstehend, Erw. II.2.4.1.1.).

2.4.2.1. Bei der Willensrichtung, mit welcher der Beschuldigte handelte, berücksichtigte die Vorinstanz ein bloss eventualvorsätzliches Vorgehen zu Unrecht verschuldensmindernd (Urk. 36 S. 9, Ziff. 3.1.7). Wie bereits erwogen (vorstehend, Erw. II.2.4.1.1.a.E.), sind seine Beteuerungen, lediglich geahnt zu haben, dass es sich um Kokain handelte, unglaublich. Aufgrund der gesamten Tatumstände konnte er keine Zweifel daran haben, dass er Kokainfingerlinge geschluckt und transportiert hatte. Es liegt daher direktvorsätzliches Handeln vor.

2.4.2.2. Der Beschuldigte hatte in den der Tat vorangegangenen Jahren keine feste Anstellung mehr und nur sporadisch gearbeitet (Urk. 3 S. 5; Urk. 6 S. 4). Er hat es demnach vorgezogen, seine finanziellen Bedürfnisse (einige Schulden und teilweise Lebensunterhalt) durch den Drogentransport mitabzudecken, obwohl es ihm zumutbar gewesen wäre, einer legalen, regelmässigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Er ist nicht betäubungsmittelabhängig und hat den Drogentransport nicht zur Finanzierung einer eigenen Drogensucht durchgeführt. Er handelte mit voll erhaltener Schuldfähigkeit. Seine Beweggründe waren daher einzig geldwerter und damit egoistischer Natur. Zudem hatte er sich aufgrund eines finanziellen Engpasses, aber ohne eigentliche Notlage alleine, d.h. ohne äussere Einflussnahme Dritter, zum illegalen Drogentransport entschlossen (Urk. 6 S. 4; Prot. I S. 13; Prot. II S. 9, 11). Die Gefahren und das Abhängigkeitspotential von Kokain waren ihm durchaus bekannt, zumal ihm auch bewusst war, dass das Platzen eines Fingerlings in seinem Verdauungstrakt tödliche Folgen hätte haben können (vgl. vorstehend, Erw. II.2.4.1.1.). Trotz dieser Kenntnisse führte er diesen Transport aus.

2.4.2.3. Damit vermag die subjektive Schwere der Tat die objektive Tatschwere nicht zu relativieren. Seine aufgrund des früheren Transportes bereits vorhandenen Vorkenntnisse wirken vielmehr erschwerend auf sein subjektives

Tatverschulden. Insgesamt erweist sich das Verschulden daher als *keineswegs mehr leicht*, was eine hypothetische Einsatzstrafe von 3 Jahren Freiheitsstrafe als angemessen erscheinen lässt.

2.5. Bei der Würdigung der Täterkomponente kann die verschuldensangemessene Strafe aufgrund von Umständen, die mit der Tat grundsätzlich nichts zu tun haben, erhöht oder herabgesetzt werden. Massgebend hierfür sind im Wesentlichen täterbezogene Komponenten wie die persönlichen Verhältnisse, Vorstrafen, Leumund, Strafempfindlichkeit und Nachtatverhalten, wie Geständnis, Einsicht, Reue etc. (HUG, in: DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, a.a.O., N 14 ff. zu Art. 47 StGB).

2.5.1. Zum Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ist bekannt, dass er am tt. Mai 1990 in ..., Polen, geboren, ledig und kinderlos ist. Weiter gab er zu Protokoll, dass er zusammen mit einem Bruder und drei Halbbrüdern bei seiner Mutter in .../Polen aufgewachsen ist. Seine Eltern sind seit seinem dritten Lebensjahr geschieden. Zu seinem Vater habe er seit der Scheidung keinen Kontakt mehr. In ... hat er sechs Jahre die Primarschule und drei Jahre ein Sport-Gymnasium besucht. Dieses musste er wegen eines Herzfehlers aber abbrechen. Direkt anschliessend zog er mit dem Freund seiner Mutter nach Holland, wo er zusammen mit diesem während drei Jahren überwiegend auf dem Bau arbeitete. Der Beschuldigte hat nie eine Lehre absolviert. Etwa im Jahre 2011/2012 kehrte er nach Polen zurück und arbeitete schwarz in einer Garage für Autoreparaturen. Sein Lohn habe damals zum Leben gereicht, weil er noch bei seiner Mutter gelebt habe und nichts habe zahlen müssen. Später zog er nach ... [Ort in Polen] zu seinem Bruder und Kollegen. Zur Tatzeit hatte der Beschuldigte keine Arbeitsstelle und war ohne Einkommen. Zuvor hatte er sich mit diversen Gelegenheitsarbeiten durchgeschlagen. Durch einen Bankkredit, ein Privatarlehen sowie nicht bezahlte Bussen und Mietzinse seien Schulden in der Höhe von ca. Zloty 1'300.– entstanden (Urk. 6 S. 2 ff., insbes. S. 6 ff.; Urk. 14/3; Prot. I S. 6 ff.; Prot. II S. 5 ff.).

2.5.2. Aus den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschuldigten gehen keine zusätzlichen, strafmassrelevanten Faktoren hervor.

2.5.3. Die Auszüge des Beschuldigten aus dem schweizerischen und dem polnischen Strafregister enthalten keine Vorstrafen (Urk. 14/1+2). Die Vorstrafenlosigkeit wirkt sich ebenfalls strafzumessungsneutral aus (BGE 136 IV 1).

2.5.4. 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. Dabei können umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse 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 6B_558/2011 vom 21. November 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).

2.5.4.1. Der Beschuldigte gab den Kokaintransport von Beginn des Vorverfahrens an zu und räumte sogar ein, dass er bereits rund zwei Monate früher einen solchen durchgeführt hatte. Angesichts der erdrückenden Beweislage (z.B. Passeinträge) blieb ihm indessen vernünftigerweise auch nichts anderes übrig,

als die vorliegende Tat zu gestehen. In Ergänzung zur vorinstanzlichen Würdigung ist noch herauszustreichen, dass er sein Wissen um die von ihm transportierte Droge stets herunterzuspielen versuchte. Obwohl er vordergründig bereitwillig Vornamen seiner Auftraggeber zu Protokoll gab, machte er zu den Hintermännern des Kokaintransportes keine wirklich sachdienlichen Angaben (z.B. Urk. 4 S. 2; Urk. 6 S. 4 f.; Prot. I S. 9 f.; Prot. II S. 11 ff.), welche deren Strafverfolgung hätte ermöglichen können.

2.5.4.2. Es ist demzufolge nicht zu beanstanden, dass die Vorderrichter dem Beschuldigten nicht eine maximale Strafreduktion von einem Drittel gewährten, sondern die Strafe in der Grössenordnung von 15 – 20 % minderten (Urk. 36 S. 12).

2.5. Somit ist die Einsatzstrafe unter Berücksichtigung der Täterkomponente, insbesondere des Nachtatverhaltens, auf 2 ½ Jahre Freiheitsstrafe zu reduzieren.

2.6. Der Anrechnung von 247 Tagen erstandener Untersuchungshaft und vorzeitiger Strafvollzug bis und mit heute steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

III. Vollzug

1. Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten mit zutreffender Begründung den teilbedingten Vollzug der Freiheitsstrafe gewährt, indem der Vollzug der Freiheitsstrafe im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt und für die restlichen 12 Monate der Vollzug angeordnet wurde (Urk. 36 S. 13 f.).

2. Mit dem Eventualantrag der Verteidigung liess der Beschuldigte einen unbedingt vollziehbaren Teil von höchstens 8 Monaten beantragen (Urk. 46 S. 2). Einer Erhöhung des zu vollziehenden Anteils dieser Freiheitsstrafe stünde das Verbot der reformatio in peius im Sinne von Art. 391 Abs. 2 StPO entgegen, nachdem einzig der Beschuldigte ein Rechtsmittel gegen das vorinstanzliche Urteil ergriffen hat.

3. Für Freiheitsstrafen von mehr als zwei Jahren und höchstens drei Jahren sieht das Gesetz den teilbedingten Vollzug vor (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 StGB). Der Gesetzgeber geht davon aus, bei Freiheitsstrafen in dieser Höhe wiege das Verschulden (siehe Art. 43 Abs. 1 StGB) so schwer, dass trotz günstiger bzw. nicht ungünstiger Prognose ein Teil der Strafe zum Ausgleich des Verschuldens zu vollziehen ist (Urteil des Bundesgerichts 6B_538/2007 vom 2. Juni 2008 E. 3.1.3; BGE 134 IV 241). Der unbedingt vollziehbare Teil darf die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB). Zudem muss sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil der Freiheitsstrafe mindestens sechs Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 Satz 1 StGB). Innerhalb des gesetzlichen Rahmens liegt die Festsetzung im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat sind, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingt vollziehbare Strafteil darf das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 134 IV 97 E. 6.3.4.3; BGE 134 IV 1 E. 5.6).

3.1. Das Verschulden des Beschuldigten wurde im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz als *keineswegs mehr leicht* qualifiziert (vorstehend, Erw. II.2.4.2.3.). In Übereinstimmung mit den Vorderrichtern ist dem Beschuldigten angesichts seiner Vorstrafenlosigkeit eine positive Legalprognose zu stellen (Urk. 36 S. 14 f.). Es kann indessen nicht gänzlich ausgeblendet werden, dass es sich beim anklagegegenständlichen Kokaintransport bereits um den zweiten dieser Art handelte und er nach wie vor offene Schulden zurückzahlen hat. Der Beschuldigte wird sich um eine feste Anstellung mit regelmässigen Erwerbseinkünften und für ein geregeltes Leben bemühen müssen, um nicht erneut der Verlockung vermeintlich leicht verdienten Geldes zu erliegen.

3.2. Angesichts der Tatumstände und des Verschuldens sowie der aktuellen Lebensumstände des Beschuldigten erscheint es angemessen, den zu vollzie-

henden Teil der Freiheitsstrafe bei 12 Monaten zu belassen. Die restliche Freiheitsstrafe von 18 Monaten ist unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufzuschieben. Einer längeren Probezeit stünde wiederum Art. 391 Abs. 2 StPO entgegen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Berufungsanträgen gänzlich. Ausgangsgemäss wird er für das Vorverfahren und die Verfahren vor beiden Instanzen vollumfänglich kostenpflichtig (Art. 426 Abs. 1 StPO; Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung gehen ebenfalls zu Lasten des Beschuldigten, doch hat er diese nur dann nachträglich zu bezahlen, wenn es seine finanzielle Lage erlaubt (Art. 426 Abs. 1 StPO; Art. 135 Abs. 4 StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 8. September 2015 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpruch), 4 (Vernichtung der Betäubungsmittel) und 5 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte A. _____ wird bestraft mit 2 ½ Jahren Freiheitsstrafe, wovon 247 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate, abzüglich 247 Tage bereits erstandene Haft) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

3. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 6) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'000.00 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 bleibt vorbehalten.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (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 Angeklagten
 - 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
 - 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
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 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, 22. Januar 2016

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Karabayir

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.