

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120468-O/U/eh

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, Oberrichterin lic. iur.
Ch. von Moos und Ersatzoberrichterin lic. iur. C. Keller sowie
die Gerichtsschreiberin Dr. iur. M. Michael

Urteil vom 31. Januar 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

bis 31.10.2012: amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

ab 01.11.2012: erbeten verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

ab 18.01.2013: amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. R. Jäger,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom
29. August 2012 (DG120062)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 3. Juli 2012 (Urk. 18) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 40)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 139 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafantritt erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 20 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (16 Monate, abzüglich 139 Tage, die durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafantritt erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 26. Juni 2012 beschlagnahmten Gegenstände
 - 1 Handy "Nokia" schwarz, inkl. Ladegerät und 2 Akkus
 - 1 Handy "Nokia" goldfarben
 - 4 SIM Karten
 - div. Reiseunterlagen
 - 1 Notizbuch
 - div. Notizzettel und Visitenkarten

werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Bezirksgerichtskasse Bülach zu vernichten.

5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 4'000.– ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 2'000.– Gebühr für die Strafuntersuchung

Fr. 1'350.– Auslagen Kantonspolizei Zürich

Fr. 180.– div. Kosten

Fr. aml. Verteidigungskosten (ausstehend)

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.
7. (Mitteilungen)
8. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge

a) Der Verteidigung des Beschuldigten (Urk. 70 S. 1 f.; Prot. II S. 8):

1. Der Beschuldigte A. _____ sei vom Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG freizusprechen.
2. Es seien dem Beschuldigten die mittels Verfügung vom 26. Juni 2012 beschlagnahmten Vermögenswerte herauszugeben.
3. Es sei der Beschuldigte für die zu unrecht erstandene Polizei- und Untersuchungshaft sowie den vorzeitigen Strafvollzug angemessen zu entschädigen.

Eventualanträge:

1. Der Beschuldigte sei der Gehilfenschaft i.S.v. Art. 25 StGB zur qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen.
2. Er sei mit einer bedingten Freiheitsstrafe von max. 24 Monaten zu bestrafen, unter Anrechnung der bereits erstandenen Polizei- und Untersuchungshaft sowie des vorzeitigen Strafvollzugs.

Subeventualanträge:

Der Beschuldigte sei bei einem allfälligen Schuldspruch im Sinne der Vorinstanz mit einer bedingten Freiheitsstrafe von maximal 24 Monaten zu bestrafen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 49)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Mit Datum vom 3. Juli 2012 erhob die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland Anklage an das Bezirksgericht Bülach, nachdem sie gegen den Beschuldigten eine Strafuntersuchung wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S. von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG i.V. mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG geführt hatte (Urk. 18). Das Bezirksgericht Bülach, I. Abteilung, verurteilte den Beschuldigten mit Urteil vom 29. August 2012 wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG i.V. mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG zu 36 Monaten Freiheitsstrafe. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 20 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen wurde der Vollzug der Freiheitsstrafe angeordnet unter Anrechnung der durch Untersuchungshaft und vorzeitigem Strafvollzug erstandenen Dauer (Urk. 40 S. 30 ff.).

2. Gegen das am 29. August 2012 mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 9) liess der Beschuldigte fristgerecht Berufung anmelden (Urk. 30), was den Parteien mit Verfügung vom 6. September 2012 mitgeteilt wurde (Urk. 31). Mit Schreiben vom 21. September 2012 informierte RA lic. iur. X1._____ die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Büro für amtliche Mandate, dass er vom Beschuldigten für das Berufungsverfahren mandatiert worden sei und ersuchte sinngemäss um Einsetzung als neuer amtlicher Verteidiger (Urk. 32). Das begründete vorinstanzliche Urteil ging beim bisherigen Verteidiger des Beschuldigten, RA Dr. X._____, am 24. Oktober 2012 ein (Urk. 35). Mit Verfügung vom 17. Oktober 2012 orientierte das Bezirksgericht Bülach über die Berufungsanmeldung des Beschuldigten (Urk. 36, 41). Mit Verfügung vom 31. Oktober 2012 widerrief das Bezirksgericht Bülach die amtliche Verteidigung des Beschuldigten durch RA Dr. X._____ und nahm Vormerk davon, dass es sich beim neuen Verteidiger RA X1._____ um eine

erbetene Verteidigung handle (Urk. 38). Mit Eingabe vom 13. November 2012 reichte der erbetene Verteidiger des Beschuldigten fristgemäss Berufungserklärung ein (Urk. 45). Mit Präsidialverfügung vom 14. November 2012 wurde den Parteien die Berufungserklärung zugestellt sowie Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erklären oder begründet Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 47). Die Staatsanwaltschaft beantragte mit Eingaben vom 16. November 2012 die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und verzichtete auf die Stellung von Beweisanträgen (Urk. 49). Betreffend die vom Verteidiger des Beschuldigten mit Schreiben vom 18. Januar 2013 nachträglich gestellten Beweisanträge im Zusammenhang mit Briefen wurde der Staatsanwaltschaft mit Präsidialverfügung vom 22. Januar 2013 Frist zur Stellungnahme angesetzt (Urk. 56). Die Staatsanwaltschaft beantragte mit Vernehmlassung vom 24. Januar 2013 die Überprüfung resp. Vervollständigung der vom Verteidiger eingereichten Übersetzungen der Originalbriefe (Urk. 62). Dem Gesuch des Verteidigers auf Bewilligung der amtlichen Verteidigung (Urk. 58) wurde mit Präsidialverfügung vom 24. Januar 2013 stattgegeben (Urk. 60).

3. Am 31. Januar 2013 fand die Berufungsverhandlung in Anwesenheit des Beschuldigten und dessen Verteidigers statt (Prot. II S. 5 ff.).

II. Berufungsumfang

Der Beschuldigte liess in seiner Berufungserklärung vom 13. November 2012 vollumfängliche Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils resp. Freispruch beantragen (Urk. 45). Eventualiter sei der Beschuldigte der Gehilfenschaft i.S.v. Art. 25 StGB zur qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen und mit einer bedingten Freiheitsstrafe von maximal 24 Monaten zu bestrafen, unter Anrechnung der bereits erstandenen Polizei- und Untersuchungshaft sowie des vorzeitigen Strafvollzugs (Prot. II S. 5 f.) – was auch subeventualiter im Falle eines Schuldspruchs im Sinne der Vorinstanz beantragt wurde (Prot. II S. 6).

III. Beweisanträge

Weder der Beschuldigte noch die Staatsanwaltschaft stellten zunächst Beweis-
anträge (Urk. 45 S. 2; Urk. 49). Der Verteidiger des Beschuldigten reichte jedoch
mit Schreiben vom 18. Januar 2013 nachträglich noch Originalbriefe (von B.____
an den Beschuldigten) und deren Übersetzung ein (Urk. 53, 55), wie auch anläss-
lich der Berufungsverhandlung vom 31. Januar 2013 (Urk. 68). Die vorgängig ein-
gereichten Übersetzungen wurden auf Antrag der Staatsanwaltschaft vervollstän-
digt und die Übersetzungen von einer Gerichtsdolmetscherin überprüft (Urk. 67).

IV. Sachverhalt

1.1 Der Beschuldigte anerkannte sowohl in der Untersuchung als auch vor
Vorinstanz, am 6. April 2012 zusammen mit B.____ von C.____ [Stadt in Euro-
pa] nach D.____ [Staat in Südamerika] gereist zu sein und beabsichtigt zu ha-
ben, am 12. April 2012 über E.____ [Stadt in Südamerika] und Zürich zurück
nach C.____ zu fliegen (Urk. 9/1 S.2 ff.).

1.2 Der Beschuldigte bestreitet jedoch nach wie vor den der Anklage zugrunde
liegenden Sachverhalt in Bezug auf seine Beteiligung am Drogentransport von
B.____ und stellt in der Untersuchung, vor Vorinstanz und im Berufungsverfah-
ren in Abrede, von der von B.____ transportierten Kokainmenge gewusst res-
pektive etwas damit zu tun zu haben (Urk. 9/1 S. 4; 9/2 S. 5; 9/3 S. 8; 9/5 S. 10;
9/6 S. 8; 25 S. 5 ff.). Im Rahmen der vorinstanzlichen Hauptverhandlung monierte
der damalige amtliche Verteidiger, dass das Verhalten des Beschuldigten am
Flughafen Zürich in der Untersuchung nicht genügend genau untersucht worden
sei und dass sich die Anklage lediglich auf die Aussagen von B.____ stütze.
Diese Aussagen seien widersprüchlich und teilweise nicht verwertbar. Der Be-
schuldigte sei deshalb aufgrund erheblicher Zweifel an seiner Schuld freizuspre-
chen. Falls der Beschuldigte bestraft werde, sei davon auszugehen, dass er nur
Gehilfe von B.____ gewesen sei, weshalb die Strafe entsprechend zu mildern
sei. Bei einem Schuldspruch im Sinne der Anklage sei bei der Strafzumessung zu
berücksichtigen, dass der Beschuldigte nicht aus egoistischen Motiven sondern
auf Veranlassung eines anderen gehandelt habe (Urk. 27 S. 7).

1.3 Im Berufungsverfahren liess der Beschuldigte ausführen, die ihn belastenden Aussagen von B._____ anlässlich der Konfrontationseinvernahme vom 18. Juni 2012 seien nicht verwertbar. So habe die Staatsanwältin just in dem Moment, als B._____ zugunsten des Beschuldigten habe entlastende Aussagen machen wollen, einen Unterbruch von ca. 40 Minuten angeordnet, um dieser Gelegenheit für eine Rücksprache mit ihrer Verteidigung zu geben (Urk. 70 S. 5). Zudem sei ihr in Aussicht gestellt worden, dass im Falle einer neuen Aussage ihrerseits, wonach der Beschuldigte nicht an der Tat beteiligt gewesen sein soll, die Untersuchung auch auf Rechtspflegedelikte ausgeweitet werden müsse. Es sei ihr auch angekündigt worden, dass das bereits vorbesprochene abgekürzte Verfahren dann nicht durchgeführt werden könne (Urk. 70 S. 5). Alarmierend sei im Weiteren, dass die Staatsanwältin über den Gemütszustand der einvernommenen B._____ während der Einvernahmepause Bescheid wusste, wie auch über die Tatsache, dass diese von ihrer Verteidigerin in der Pause nochmals über die Folgen einer Falschaussage oder einer Begünstigung informiert worden sei, obschon die Staatsanwältin behauptet habe, in keinem der Räume mit Parteien anwesend gewesen zu sein (Urk. 70 S. 8). Zudem lasse sich die Beurteilung der Vorinstanz in Bezug auf das Aussageverhalten von B._____ im Vergleich mit demjenigen des Beschuldigten nicht aufrecht erhalten (Urk. 70 S. 10 ff.). Aus den Briefen von B._____ an den Beschuldigten gehe klar hervor, dass es sich - entgegen der Annahme der Vorinstanz - um eine Liebesbeziehung gehandelt habe (Urk. 70 S. 10). Aus dem Umstand, dass der Beschuldigte während des romantischen Trips nicht die ganze Zeit über bei seiner Freundin gewesen sei, lasse sich nichts weiter ableiten, als die Tatsache, dass das europäische Beziehungsverhalten anders sei als dasjenige von einem Paar mit Herkunft F._____ (Urk. 70 S. 14). Ebenso gehe aus den Briefen hervor, dass der Beschuldigte nichts von den Drogen gewusst habe (Urk. 70 S. 16 f.).

2. Somit ist im Folgenden zu prüfen, ob der angeklagte Sachverhalt als rechtsgenügend erstellt gelten kann. Als Beweismittel werden dabei hauptsächlich die Aussagen von B._____ sowie diejenigen des Beschuldigten herangezogen, aber auch die beim Beschuldigten sichergestellten Mobiltelefone, von denen eines - der Black Berry ... - B._____ gehört.

2.1 Auf die korrekten Ausführungen der Vorinstanz betreffend die Beweiswürdigung im Allgemeinen kann zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden (Urk. 40 S. 5 ff.).

2.2 Auch die konkrete Würdigung der einzelnen Beweismittel - die Aussagen von B._____ und jene des Beschuldigten - wurde von der Vorinstanz sorgfältig und zutreffend vorgenommen (Urk. 40 S. 7 ff.). Die Vorinstanz hat sich zudem korrekt zu den Beweismitteln der drei beim Beschuldigten sichergestellten Mobiltelefone und den darauf gespeicherten respektive angewählten Nummern in D._____ geäußert. Zusammengefasst kam die Vorinstanz zum Schluss, dass in Anbetracht der für das relevante Geschehen glaubhaften und verwertbaren Aussagen von B._____ der Sachverhalt als erstellt zu betrachten ist. Es kann auf die entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 13 S. 12 ff; Art. 82 Abs. 4 StPO).

2.2.1 Zur Verdeutlichung sei nochmals ausgeführt, dass nicht erst der zweite amtliche Verteidiger die Unverwertbarkeit der Aussagen von B._____ anlässlich der Berufungsverhandlung beantragte (Urk. 70 S. 4 ff.), sondern dass bereits der erste amtliche Verteidiger des Beschuldigten anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz vorbrachte, es sei fraglich, ob die anlässlich der Konfrontationseilvernahme vom 18. Juni 2012 von B._____ zu Protokoll gegebenen Aussagen verwertbar seien. So machte er sinngemäss auch bereits geltend, B._____ sei, nachdem sie die bei der Polizei zu Protokoll gegebenen, den Beschuldigten belastenden Aussagen nicht bestätigt habe, durch die einvernehmende Staatsanwältin mit dem expliziten Hinweis auf den Straftatbestand der Begünstigung gemäss Art. 305 StGB und dem anschliessenden Verhandlungsunterbruch unter Druck gesetzt worden (Urk. 27 S. 4 f.).

2.2.2 In dieser Konfrontationseilvernahme bei der Staatsanwaltschaft Winterthur/ Unterland vom 18. Juni 2012 (Urk 9/5) wurden nach der Rechtsbelehrung mit Hinweis auf Art. 157 ff. StPO und insbesondere auf Art. 158 Abs. 1 lit b StPO sowohl der Beschuldigte als auch B._____ von der einvernehmenden Staatsanwältin auf die Strafbestimmungen der falschen Anschuldigung nach Art. 303 StGB, Irreführung der Rechtspflege nach Art. 304 StGB und Begünstigung gemäss Art. 305 StGB hingewiesen (Urk 9/5 S. 3). Im Rahmen dieser

Einvernahme bestätigte B._____, bei der Reise von G._____ [Stadt in D._____] via E._____ nach Zürich Kokain in ihrem Körper transportiert zu haben. Auf die Frage, ob ihre bei der Polizei getätigten Aussagen in Bezug auf den Beschuldigten, welcher mit ihr gereist sei, wahrheitsgetreu seien, verneinte dies B._____ (Urk 9/5 S. 3). Nach entsprechendem Hinweis der Verfahrensleitung, wonach sich B._____ strafbar mache, wenn sie wider besseres Wissen jemanden einer Strafverfolgung entziehe, wurde die Einvernahme unterbrochen und beiden Einvernommenen Gelegenheit zur Rücksprache mit ihren jeweiligen Verteidigern gegeben (vgl. Protokollnotiz Urk 9/5 S. 6). Nach Wiederaufnahme der Konfrontationseinvernahme fragte die einvernehmende Staatsanwältin B._____ erneut, ob die bei der Polizei zu Protokoll gegebenen Aussagen vom 20. April 2012 und 4. Mai 2012 zutreffend seien, worauf diese bejahte, aber keine näheren Ausführungen zur Beteiligung des Beschuldigten am Drogentransport machen wollte (Urk. 9/5 S. 6). Auf Nachfrage führte B._____ aus, dass der Beschuldigte den Kontakt mit dem Mann hergestellt habe und sie dann zusammen in D._____ gewesen seien und verwies im Weiteren auf ihre bei der Polizei zu Protokoll gegebenen Aussagen (Urk. 9/5 S. 12). Auf entsprechenden Vorhalt, wonach B._____ ausgesagt habe, der Beschuldigte habe sie konkret angefragt, ob sie einen Drogentransport machen wolle, verneinte sie dies und führte aus, dass sie den Beschuldigten gefragt habe. Sie habe von anderen Freunden gehört, dass es in D._____ gut sei, Geld zu machen. Sie habe dann den Beschuldigten gefragt, ob er jemanden kenne. Alles was sie bei der Polizei gesagt habe, sei dasselbe, was sie heute sagen wolle (Urk. 9/5 S. 7).

2.2.3 Die Rechtsbelehrung zu Beginn der Konfrontationseinvernahme der beiden beschuldigten Personen vom 18. Juni 2012 erfolgte vollständig und korrekt mit Hinweis auf die entsprechenden Bestimmungen der Strafprozessordnung und des Strafgesetzbuches durch die Verfahrensleitung (Urk. 9/5 S. 2). Ein erneuter Hinweis auf einschlägige Strafbestimmungen durch die einvernehmende Staatsanwältin, wenn eine anlässlich der Konfrontationseinvernahme deponierte Aussage im Widerspruch zu einer zuvor zu Protokoll gegebenen Aussagen steht, ist ein Gebot der Fairness und führt nicht zur Unverwertbarkeit der diesbezüglichen Aussage. Bei einer Konfrontation ist es die Pflicht der Staatsanwaltschaft, zu intervenieren und die beschuldigten Personen auf widersprüchliches Aussage-

verhalten und entsprechende Konsequenzen aufmerksam zu machen. Auch der vom Verteidiger gerügte anschliessende Unterbruch von 40 Minuten ist nicht zu beanstanden, sondern im Gegenteil die Konsequenz und eine Chance für die beschuldigten Personen, sich mit ihrer Verteidigung erneut besprechen zu können. Beide Einvernommenen konnten sich mit ihren Verteidigern - in Bezug auf allfällige Folgen ihrer Aussagen - nochmals besprechen. Eine Unterdrucksetzung durch die Staatsanwältin kann weder im Hinweis auf den Straftatbestand der Begünstigung noch in der anschliessenden Pause gesehen werden, jedoch ist nachvollziehbar, dass sich B. _____ in dieser Situation der Konfrontation mit ihrem Geliebten, den sie belasten musste, unter massivem Druck befand. Im Übrigen lässt der Umstand, dass die Staatsanwältin über den emotionalen Zustand der Beschuldigten informiert ist, noch lange nicht zwingend auf deren Anwesenheit bei der Beschuldigten und deren Verteidigerin in der Pause schliessen, sondern kann sich beispielsweise auch aus einer kurzen Begegnung im Gang oder auf eine Information durch die Verteidigerin ergeben. Zu erwähnen bleibt zudem, dass B. _____ ihre den Beschuldigten belastenden Aussagen - weder in den Befragungen noch in den eingereichten Briefen - nie widerrufen und sich mit ihren Aussagen auch selber erheblich belastet hat. Es tut ihr leid, dass sie den Beschuldigten belasten musste, wie auch aus den vom Verteidiger eingereichten Briefen ersichtlich ist, jedoch geht mitnichten daraus hervor, dass diese Belastung zu Unrecht erfolgt sein soll. Die Aussagen von B. _____ in der Konfrontationseinvernahme sind insgesamt glaubhaft und damit verwertbar.

2.2.4 Ergänzend zu den Ausführungen der Vorinstanz sei erwähnt, dass B. _____ in ihrer Einvernahme bei der Kantonspolizei Zürich vom 20. April 2012 (Urk. 10/3) ausführte, sie sei neun Tage vor der Abreise nach D. _____ bereits von C. _____ nach H. _____ [Stadt in Europa] geflogen, habe aber dort den Anschlussflug nach D. _____ verpasst, so dass sie angewiesen worden sei, wieder zurück nach C. _____ zu fliegen (Urk. 10/3 S. 5). Dies habe der Beschuldigte organisiert, zusammen mit jener Person, welche I. _____ genannt werde. Nachdem sie auf ihrer ersten Reise von H. _____ wieder zurück nach C. _____ geflogen sei, habe ihr der Beschuldigte, welcher immer in Begleitung von I. _____ gewesen sei, den Pass abgenommen. Einige Tage später habe der Beschuldigte ihr mitgeteilt, dass sie am kommenden Donnerstag, am 5. April 2012 nochmals fliegen würden und dass

er sich selbst auch ein Ticket besorgen und sie in D._____ unterhalten würde (Urk. 10/3 S. 6). Zum ersten Mal aufmerksam gemacht worden auf die Möglichkeit, nach D._____ zu reisen, sei sie aber von J._____ (Urk. 10/3 S. 6). Auf die Frage nach der Funktion des Beschuldigten gab B._____ zu Protokoll, dass der Beschuldigte ein Freund von I._____, dem Organisator der Drogentransporte, sei. Dieser habe sie - über den Beschuldigten - angefragt, ob sie diesen Transport ausführen würde (Urk. 10/3 S. 6). Weiter sagte B._____ aus, bereits kurz nach ihrer Ankunft in K._____ [Staat in Europa] vor sechs Wochen von J._____, die den Beschuldigten auch gut kenne, zum ersten Mal von den Drogentransporten gehört zu haben. Sie habe dann mit dem Beschuldigten darüber gesprochen, da ihr niemand habe richtig sagen können, wie das mit diesen Transporten funktioniere. J._____ habe sie davor gewarnt mit Leuten zu sprechen, deshalb habe sie mit dem Beschuldigten gesprochen. Er habe gesagt, dass er jemanden kennen würde und damit sei I._____ gemeint gewesen. Er habe den Kontakt zu I._____ hergestellt (Urk. 10/3 S. 7). Es sei alles über den Beschuldigten gelaufen; dieser sei einfach eine Art Vermittler zwischen ihr und dem Organisator I._____ gewesen. Der Beschuldigte habe eine Nummer in D._____ gehabt und mit einem Drogenlieferanten gesprochen, wobei es um die Grösse der Pakete gegangen sei; sie denke, der Beschuldigte sei einfach ein Vermittler gewesen (Urk. 10/3 S. 7). Als sie die Drogen geschluckt habe, sei der Beschuldigte dabei gewesen. Er sei im Zimmer gewesen und habe sie aufgefordert, mehr zu schlucken, aber sie habe nicht gekonnt. Er habe gesagt, dass sie weniger erhalten würde, wenn sie nicht mehr schlucken könnte (Urk. 10/3 S. 8). Die Frage, ob der Beschuldigte den Lieferanten kontaktiert habe, welcher die Drogen gebracht habe, bejahte B._____ und führte aus, der Beschuldigte habe angerufen und am Dienstag sei ein Kurier mit einer Umhängetasche gekommen und sie habe am Abend die Drogen schlucken müssen. Die restlichen Drogen seien im Hotel deponiert und dann wieder abgeholt worden (Urk. 10/3 S. 8). In E._____ habe der Beschuldigte telefonisch I._____ orientiert und gewollt, dass man sie in C._____ abhole; dabei habe der Beschuldigte mit ihrem Black Berry telefoniert. Der Beschuldigte sei auch zum ersten Mal nach D._____ geflogen und sie hätten zwei SIM-Karten mit einem Guthaben darauf erhalten (Urk. 10/3 S. 8).

2.2.5 Diese Aussagen wurden von B._____ in der Konfrontationseinvernahme vom 18. Juni 2012 bestätigt (Urk. 9/5). Aus ihnen geht im Wesentlichen hervor, dass der Beschuldigte den Kontakt zum Organisator I._____ herstellte, dass er B._____, nachdem die erste Reise scheiterte, den Pass wegnahm, um eine zweite Reise zu organisieren, bei welcher er selber mitging. Ferner organisierte der Beschuldigte die zu transportierenden Drogen und übergab ihr diese zwecks Einnahme und Einführung während seiner Anwesenheit. Die Rückreise wurde gemeinsam angetreten (Urk. 9/5 S. 6 ff.).

2.2.6 Demgegenüber ergeben die Aussagen des Beschuldigten für sich ein uneinheitliches Bild. So weicht er beispielsweise konsequent der Frage aus, wessen Idee die Destination D._____ denn gewesen sei (Urk. 69 S. 8) und macht grundsätzlich nur verknappte Aussagen, erklärt sich nicht, obschon er könnte, macht keine konkreten Ausführungen zu seinen Freunden, die er in D._____ getroffen haben will, ausser dass es sich dabei um Freunde aus F._____ handle, etc. Wenn sich ein Beschuldigter weigert, zu seiner Entlastung erforderliche Angaben zu machen, obschon eine Erklärung angesichts der belastenden Beweiselemente vernünftigerweise erwartet werden dürfte, darf das Gericht dies in die Beweiswürdigung einbeziehen (Urteil des Bundesgerichts vom 28. Oktober 2010, 6B_562/2010 E. 2.1). Dass auch eine romantische Beziehung zwischen den beiden Beschuldigten bestand, wird durchaus glaubhaft dargelegt, ist aber vorliegend nicht von Bedeutung und steht dem Ziel einer Reise zwecks Drogentransport nicht entgegen.

2.2.7. Werden die Aussagen des Beschuldigten jenen von B._____ gegenübergestellt, erweisen sich die Aussagen von B._____ als anschaulich sowie folgerichtig und charakteristisch geschildert und damit insgesamt als glaubhaft, im Gegensatz zu denjenigen des Beschuldigten. In Übereinstimmung mit den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zur Funktion und Aufgabe des Beschuldigten bei der Durchführung des Drogentransportes ist daher davon auszugehen, dass der Beschuldigte anlagegemäss als Begleiter und Mitorganisator des von B._____ durchgeführten Drogentransports agierte.

2.3 Der Sachverhalt kann somit als erstellt gelten und der Tatbeitrag des Beschuldigten am Drogentransport kann angesichts seiner wesentlichen, nicht

weg zu denkenden Mitwirkung bei der Planung und Ausführung in Übereinstimmung mit der Vorinstanz als mittäterschaftlich beurteilt werden (Urk. 40 S. 19 f.).

V. Rechtliche Würdigung

In Bezug auf die zutreffende rechtliche Würdigung des Verhaltens des Beschuldigten als qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit b BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie bezüglich dessen Qualifizierung als Mittäter kann auf die korrekten Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 40 S. 19 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

VI. Sanktion

1. Die ausführlichen vorinstanzlichen Erwägungen zum Strafraumen und zur Strafzumessung sind zu bestätigen und es kann zur Vermeidung von Wiederholungen darauf verwiesen werden (Urk. 40 S. 21 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend sei diesbezüglich einzig auf die einschlägigen Entscheide des Bundesgerichts hingewiesen (BGE 136 IV 55 E.5.4; Entscheide des Bundesgerichts 6B_323/2010 vom 23. Juni 2010 E. 2, 6B_865/2009 vom 25. März 2010 und 6B_238/2009 vom 8. März 2010, je mit Hinweisen).

2. Den Ausführungen der Vorinstanz betreffend die objektive Tatkomponente ist im Resultat zuzustimmen. Richtig wird festgehalten, dass der Reinheitsgrad, die Gefährlichkeit, die Menge und der Kontakt resp. die Aufgabe des Täters im Zusammenhang mit der Droge bei der Beurteilung des Verschuldens nicht immer zwingend ins Gewicht fallen. Vorliegend ist das objektive Verschulden des Beschuldigten in Anbetracht aller Umstände nur als erheblich zu werten. So kann ihm, wie zutreffend ausgeführt, der hohe Reinheitsgrad des Kokains nicht angelastet werden, da ein Wissen darum nicht erwiesen ist. Sodann zeugt das Verhalten des Beschuldigten von einer eher geringen kriminellen Energie, da er sich beispielsweise am Flughafen Zürich anlässlich der Verhaftung der Drogenkurierin B._____ als deren Freund zu erkennen gab und sich nach ihr erkundigte. Es scheint ihm nicht ausschliesslich um das Drogengeschäft und dessen Erfolg gegangen zu sein und sein Verhalten lässt insgesamt eine gewisse Professionalität

vermissen, weshalb sein Verschulden - auch in Übereinstimmung mit der Höhe der ausgefallten Freiheitsstrafe von drei Jahren - als "nur" erheblich zu qualifizieren ist. Immerhin darf nicht unerwähnt bleiben, dass der Beschuldigte das gesundheitliche Risiko (geschluckte Drogen) "grosszügig" B._____ überliess, was verschuldensmässig belastend wirkt.

Auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erläuterungen zur subjektiven Tatschwere wie auch zur Täterkomponente kann verwiesen werden (Urk. 40 S. 24 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Auch anlässlich der Berufungsverhandlung war der Beschuldigte nicht geständig, so dass entsprechend auch keine Reue, Einsicht oder ein anderes die Strafe reduzierendes Nachtatverhalten ersichtlich ist.

3. Insgesamt ist somit eine Freiheitsstrafe von 36 Monaten dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen. Der Beschuldigte wurde am 12. April 2012 verhaftet (Urk. 1) und befindet sich seit dem 29. Juni 2012 im vorzeitigen Strafvollzug (Urk. 15/17). Es sind ihm daher 294 Tage Freiheitsentzug als erstanden anzurechnen (Art. 51 StGB).

VII. Vollzug

1. Zwecks Vermeidung von Wiederholungen kann auch hier vorweg auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 40 S. 27; Art. 82 Abs. 4 StPO). Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass dem Beschuldigten der teilbedingte Vollzug mangels Vorliegen einer Negativprognose, insbesondere auch aufgrund seiner erstmaligen Delinquenz, zu gewähren ist. Der Ausfällung einer vollständig unbedingten Strafe stünde ausserdem das Verbot der reformatio in peius entgegen (Art. 391 Abs. 2 StPO).

2. Der unbedingt vollziehbare Teil darf die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB). Zudem muss bei teilbedingten Freiheitsstrafen sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil mindestens sechs Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 StGB). Vorliegend scheint es dem immerhin erheblichen Verschulden des Beschuldigten angemessen, den Vollzug der Freiheitsstrafe im Umfang von 16 Monaten zu vollziehen. Die restlichen 20 Monate sind aufzu-

schieben und die Probezeit ist auf 3 Jahre festzulegen. An den zu vollziehenden Teil von 16 Monaten ist dem Beschuldigten der bereits erstandene Freiheitsentzug anzurechnen.

VIII. Einziehung

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind in Übereinstimmung mit der Vorinstanz die von der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland mit Verfügung vom 26. Juni 2012 beschlagnahmten Gegenstände, namentlich das Handy "Nokia" schwarz, inkl. Ladegerät und 2 Akkus, das Handy "Nokia" goldfarben, 4 SIM Karten, div. Reiseunterlagen, 1 Notizbuch, div. Notizzettel und Visitenkarten gestützt auf Art. 69 StGB einzuziehen und durch die Bezirksgerichtskasse Bülach zu vernichten.

IX. Kostenfolgen

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 StPO), weshalb das vorinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 5 und 6) zu bestätigen ist.
2. Zudem sind dem im Berufungsverfahren unterliegenden Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens - ausgenommen die Kosten der amtlichen Verteidigung für die Zeit ab 18. Januar 2013 - vollumfänglich aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Rückzahlungspflicht für die Kosten der amtlichen Verteidigung nach Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b Betäubungsmittelgesetz i.V. mit Art. 19 Abs. 2 lit. a Betäubungsmittelgesetz.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis heute (31. Januar 2013) 294 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 20 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (16 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 26. Juni 2012 beschlagnahmten Gegenstände
 - 1 Handy "Nokia" schwarz, inkl. Ladegerät und 2 Akkus
 - 1 Handy "Nokia" goldfarben
 - 4 SIM Karten
 - div. Reiseunterlagen
 - 1 Notizbuch
 - div. Notizzettel und Visitenkarten

werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Bezirksgerichtskasse Bülach zu vernichten.

5. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 5 und 6) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 4'316.75 amtliche Verteidigung
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung (ab 18.1.2013) werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
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 (versandt)
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Bundesamt für Polizei

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Kasse des Bezirksgerichts Bülach.

9. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 31. Januar 2013

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. P. Marti

Dr. iur. M. Michael

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.