

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130175-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, Oberrichterin Dr. Janssen und
Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim sowie der Gerichtsschreiber lic. iur.
Höfliger

Urteil vom 18. Juni 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz
etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom
12. Februar 2013 (DG120109)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 19. November 2012 (Urk. 14) 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 sowie
 - der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 32 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 169 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ... aufbewahrten 994 Gramm Kokaingemisch werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten.
5. Der sichergestellte und sich bei den Akten befindende polnische Reisepass, lt. auf B._____, geb. tt.mm.1977, Nr. ..., wird eingezogen und dem Forensischen Institut Zürich, Abteilung Urkundenlabor, zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

6. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf:

- Fr. 2'500.-- ; die weiteren Auslagen betragen:
- Fr. 2'000.-- Gebühr für die Strafuntersuchung
- Fr. 593.20 Auslagen Vorverfahren
- Fr. 450.-- Kosten Kantonspolizei Zürich
- Fr. 9'100.-- amtl. Verteidigungskosten (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. 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 Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 43 S. 1)

1. In Abänderung von Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichtes Bülach vom 12. Februar 2013 sei der Beschuldigte und Berufungskläger mit 13 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen. Im Übrigen sei das Urteil der Vorinstanz zu bestätigen.
2. Die amtliche Verteidigerin sei für ihre Bemühungen aus der Gerichtskasse zu entschädigen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8 % MwSt.) zu Lasten der Gerichtskasse.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 40, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil vom 12. Februar 2013 sprach das Bezirksgericht 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 sowie der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG schuldig (Urk. HD 34 S. 17, Dispositivziffer 1). Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 32 Monaten, unter Anrechnung von 169 Tagen Haft (Urk. HD 34 S. 17, Dispositivziffern 2 und 3). Ferner ordnete die Vorinstanz die Einziehung und Vernichtung der anlässlich der Verhaftung sichergestellten 994 Gramm Kokaingemisch sowie die Einziehung des sichergestellten polnischen Reisepasses, lautend auf B._____, an (Urk. HD 34 S. 17 f., Dispositivziffern 4 und 5).

2. Gegen das mündlich eröffnete Urteil liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 13. Februar 2013 fristgerecht Berufung anmelden (Urk. HD 27). Das vollständig begründete Urteil wurde von der Verteidigung des Beschuldigten am 16. April 2013 entgegengenommen (Urk. HD 33). Mit Eingabe vom 30. April 2013 nannte die Verteidigung innert Frist die Beanstandungen des Beschuldigten. Beweisanträge stellte sie nicht (Urk. HD 36). Die Anklagebehörde teilte mit Eingabe vom 8. Mai 2013 mit, dass sie die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantrage und darauf verzichte, Beweisanträge zu stellen (Urk. HD 40). Ihr zugleich gestelltes Gesuch um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung wurde nach Rücksprache mit der Verteidigung des Beschuldigten am 17. Mai 2013 bewilligt (Urk. HD 40 und 41).

3. Der Beschuldigte liess in der Berufungserklärung einzig die Strafzumessung beanstanden (Urk. HD 36 S. 2 f.).

II. Prozessuales

Gemäss Art. 402 i.V.m. Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Der Beschuldigte liess die Dispositivziffern 1 (Schuldsprüche betreffend 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 betreffend rechtswidrige Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG), 4 und 5 (Einziehungen) sowie 6 und 7 (Kostendispositiv) nicht anfechten (Urk. HD 36). Es ist somit vorab festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist. Als mitangefochten hat der Entscheid der Vorinstanz zum Vollzug (Dispositivziffer 3) zu gelten.

III. Sanktion

1. Strafraumen

1.1. Bei der Bemessung der Strafe ist vom gesetzlichen Strafraumen auszugehen. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zur Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafe gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB).

1.2. Die schwerste vom Beschuldigten begangene Straftat ist, wie die Vorinstanz korrekt dargelegt hat (Urk. HD 34 S. 5), die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, die mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bis 20 Jahren, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann, zu bestrafen ist (Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG; Art. 40 StGB). Strafschärfend wäre die Deliktsmehrheit zu berücksichtigen. Da das gesetzliche Höchstmass der

Strafe von 20 Jahren dem Höchstmass der angedrohten Strafe entspricht (Art. 40 StGB), kann der Strafschärfungsgrund vorliegend lediglich strafe erhöhend berücksichtigt werden.

1.3. Strafmilderungsgründe sind nicht ersichtlich.

2. Strafzumessung

2.1. Strafzumessungsregeln

Die Strafe ist nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters zu berücksichtigen sind (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).

Was im Einzelnen über das Mass des Verschuldens entscheidet, welche Momente in diesem Zusammenhang und wie diese zu berücksichtigen sind, lässt sich kaum in allgemeiner Weise umschreiben. Der Begriff des Verschuldens muss sich jedenfalls auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen der Tat- und der Täterkomponente. Bei der Tatkomponente sind das Ausmass des verschuldeten Erfolgs, die Art und Weise der Herbeiführung des Erfolgs, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und dessen Beweggründe zu beachten. Sodann sind für das Verschulden auch das "Mass an Entscheidungsfreiheit" beim Täter sowie die sogenannte Intensität des deliktischen Willens bedeutsam. Die Täterkomponente umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat oder im Strafverfahren, allenfalls Reue und Einsicht sowie die Strafempfindlichkeit (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 17. Auflage, Zürich 2006, S. 117 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Schwarzeneg-

ger/Hug/Jositsch, a.a.O., S. 90; BSK StGB I-Wiprächtiger, Art. 47 N 65). Je leichter es für den Täter gewesen wäre, die Norm zu respektieren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (Urteile des Bundesgerichts 6S.43/2001 vom 19. Juni 2001 E. 2. und 6S.333/2004 vom 23. Dezember 2004 E. 1.1.; BGE 122 IV 2141 und Pra 2001 S. 832 lit. a; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht AT II, 2. Auflage, Bern 2006, § 6 N 13). Das Gericht hat in seinem Urteil die Überlegungen, die es bei der Bemessung der Strafe angestellt hat, in den Grundzügen darzustellen. Dabei muss es in der Regel die wesentlichen schuldrelevanten Tat- und Täterkomponenten so erörtern, dass festgestellt werden kann, ob alle rechtlich massgeblichen Gesichtspunkte Berücksichtigung fanden und wie sie gewichtet wurden. Insgesamt müssen seine Erwägungen die ausgefallte Strafe rechtfertigen, d.h. das Strafmass muss als plausibel erscheinen (BGE 127 IV 101 E. 2.; Urteil des Bundesgerichts 6S.83/2006 vom 5. Februar 2007 E. 3.1.; Art. 50 StGB).

Bei Drogendelikten ergibt sich das Ausmass des verschuldeten Erfolgs aus der Gefährlichkeit der Droge, der Drogenmenge und dem Reinheitsgrad der Droge. Für die Gewichtung des Verschuldens und die Strafzumessung innerhalb des festgestellten Strafrahmens spielt der genaue Reinheitsgrad allerdings dann keine Rolle (bzw. hat zumindest keine vorrangige Bedeutung [Urteil des Bundesgerichts 6S.333/2004 vom 23. Dezember 2004 E. 1.2.]), wenn nicht feststeht, dass der Täter ein ausgesprochen reines oder ein besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte. Die genaue Betäubungsmittelmenge und gegebenenfalls ihr Reinheitsgrad werden umso weniger wichtig, je deutlicher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG überschritten ist (BGE 121 IV 193 = Pra 85 [1996] Nr. 28). Der Drogenmenge kommt auch keine vorrangige Rolle zu (BGE 118 IV 342 ff.; BGE 121 IV 206); es darf nicht im Sinne eines "Tarifs" allein oder überwiegend auf dieses Kriterium abgestellt werden. Verfehlt wäre aber andererseits die Annahme, die Drogenmenge habe nur eine ganz untergeordnete oder gar keine Bedeutung. Für die Strafzumessung massgebend ist ferner, wie der Täter mit den Drogen in Kontakt kam, ob er – wenigstens teilweise – aus einem Suchtzustand heraus handelte oder nur, um Geld zu verdienen, und welche Funktion und welchen Rang er innerhalb einer Drogenorganisation innehatte (zum Ganzen: Fin-

gerhuth/Tschurr, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, 2. Auflage, Zürich 2007, S. 374 ff.).

2.2. Tatkomponente

2.2.1. Objektive Tatschwere

Das objektive Verschulden des Beschuldigten kann auch im Rahmen des qualifizierten Tatbestands nicht mehr als leicht bezeichnet werden. Immerhin entsprach die von ihm transportierte Menge Kokain, ausgehend von der Reinsubstanz, fast dem Fünzigfachen der Quantität, die das Bundesgericht als Grenzwert für die Annahme eines schweren Falles betrachtet (BGE 109 IV 143 E. 3b). Der Beschuldigte wusste in etwa, welche Menge er als Body-Packer transportierte. Anlässlich der Einvernahme vom 27. August 2012 gab er an, dass er 1,5 Kilogramm Kokain hätte transportieren sollen, eine solche Menge aber nicht habe schlucken können. Er habe vielleicht 1'100 bis 1'200 Gramm geschluckt (Urk. HD 3 S. 4). Anlässlich der gleichentags erfolgten Hafteinvernahme erklärte er, ca. 110 Fingerlinge geschluckt zu haben, wobei er schätzte, dass ein Fingerling 10 oder 15 Gramm schwer gewesen sei (Urk. HD 4 S. 3). Auf – unter Verweis auf das Gutachten des Forensischen Instituts Zürich vom 31. August 2012 (Urk. HD 8/4) erfolgten – Vorhalt, er habe versucht, netto 994 Gramm Kokain mit einem Reinheitsgrad von 89 % in die Schweiz einzuführen resp. versucht, diese Quantität in andere Länder zu transportieren, erklärte der Beschuldigte anlässlich der delegierten Einvernahme vom 3. Oktober 2012, er habe gedacht, es sei mehr in den Kapseln. Ferner bestätigte er, dass er gewusst habe, dass es sich um Kokain handelte (Urk. HD 6 S. 2 f.). Die Vorinstanz hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die transportierte Menge Kokain die Gesundheit einer Vielzahl von Menschen in eine erhebliche Gefahr gebracht hätte (Urk. HD 34 S. 8). Entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. HD 43 S. 3) steht diese Feststellung nicht in Widerspruch zur Qualifizierung des Verschuldens des Beschuldigten als nicht allzu schwer (innerhalb des qualifizierten Falles), bezieht sich das hohe Gefährdungspotential doch ausschliesslich auf die Drogenmenge, welche lediglich ein

Aspekt des objektiven Verschuldens darstellt. Mit der Vorinstanz muss aber auch davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte innerhalb der Hierarchie der am Drogentransport beteiligten Organisation auf unterster Stufe anzusiedeln war (Urk. HD 34 S. 8 f.). Dies zeigt sich einerseits, wie von der Vorinstanz dargelegt wurde, am erhöhten Risiko, dass er verhaftet werden könnte (Urk. HD 34 S. 9), andererseits aber auch daran, dass Body-Packer ein erhebliches Risiko für ihre eigene Gesundheit eingehen, kann doch ein Defekt an einem der Fingerlinge ohne Weiteres zum Tod des Transporteurs führen. Dem Beschuldigten dürfte der aussergewöhnlich hohe Reinheitsgrad des transportierten Kokains nicht bekannt gewesen sein. Es ist aber davon auszugehen, dass ihm dies egal war.

2.2.2. Subjektive Tatschwere

Bei der Bemessung der subjektiven Tatschwere fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte die Tat mit direktem Vorsatz verübte, wobei er insofern eine zusätzliche Schwelle zu überwinden hatte, als er die 99 Fingerlinge schlucken musste. Mit der Vorinstanz kann ausgeschlossen werden, dass der Beschuldigte selber drogenabhängig war (Urk. HD 34 S. 9). Ferner wusste der Beschuldigte um die Gefährlichkeit von Drogen für die Gesundheit und um die Strafbarkeit des Transports von Kokain in seinem Herkunftsland und den meisten anderen Ländern (Urk. HD 3 S. 6 f.; Urk. HD 4 S. 4 ff.; Urk. HD 6 S. 9 und S. 11; Prot. II S. 15). Dass die Initiative zur Tat nicht vom Beschuldigten ausgegangen sein dürfte, sondern er von ihm unbekanntem Dritten ein entsprechendes Angebot erhielt (Urk. HD 4 S. 3 f.; Urk. HD 6 S. 3; Urk. HD 23 S. 3), relativiert das subjektive Verschulden nicht wesentlich. Ferner wirkt der von ihm geltend gemachte finanzielle Engpass (Urk. HD 4 S. 4 f.; Urk. HD 6 S. 3 f. und S. 13; Prot. II S. 15) nicht verschuldensmindernd. Der Vorinstanz ist darin zu folgen, dass der Beschuldigte einen legalen Weg hätte wählen müssen, um aus diesem Engpass herauszufinden (Urk. HD 34 S. 9 f.). Zudem handelte es sich zwar um eine angespannte finanzielle Situation, nicht aber um eine eigentliche Notlage, gab der Beschuldigte in der Untersuchung doch als Grund für den finanziellen Engpass Schulden für den Kauf von Konsumgütern an (Urk. HD 4 S. 5) und erklärte er weiter, sein Lohn hätte ei-

gentlich schon für die Bestreitung des Lebensunterhaltes gereicht, aber er habe die Kreditraten noch bezahlen müssen (Urk. HD 6 S. 13; vgl. auch Urk. HD 3 S. 2 f.). Vor dem Hintergrund dieser früheren Aussagen ist seine Darstellung anlässlich der Berufungsverhandlung, soweit er sinngemäss vorbrachte, dass er und seine Partnerin kein existenzsicherndes Einkommen hätten erzielen können und den Kredit (auch) zur Bestreitung des Lebensunterhaltes hätten aufnehmen müssen (Prot. II S. 9; Urk. HD 43 S. 4 f.), als späte Schutzbehauptung zu werten. Der Beschuldigte verkennt ferner, dass ihm im Zusammenhang mit der Kreditaufnahme nicht die Anschaffung von *Luxusgütern* (deren Finanzierung über einen Drogentransport als verschuldenserhöhender Umstand zu berücksichtigen wäre) vorgeworfen wird, sondern auch schon die Vorinstanz in Übereinstimmung mit seinen eigenen Aussagen von der Anschaffung von Konsumgütern gesprochen hat, was nicht strafmindernd berücksichtigt werden kann. Ebenso wenig kann der Einwand der Verteidigung, dass dem Beschuldigten die Stelle in Polen jederzeit mit einmonatiger Kündigungsfrist hätte gekündigt werden können (Urk. HD 43 S. 4), berücksichtigt werden. Die Auseinandersetzung mit dieser Argumentation erübrigt sich schon deshalb, weil nicht geltend gemacht wurde, dem Beschuldigten sei die Stelle tatsächlich gekündigt worden. Andere als eigennützige Motive sind daher nicht ersichtlich. Auch das subjektive Verschulden wiegt – im Rahmen des qualifizierten Tatbestands – nicht mehr leicht.

2.2.3. Hypothetische Einsatzstrafe gestützt auf die Tatkomponente

Die Vorinstanz ging zu Recht davon aus, dass das subjektive Verschulden die objektive Tatschwere nicht zu relativieren vermag. Dass die Vorinstanz gestützt auf die Tatkomponente von einem mittelschweren Verschulden ausging, spiegelt sich nicht in der von ihr als angemessen betrachteten Einsatzstrafe von 27 bis 30 Monaten (Urk. HD 34 S. 10) wider. In diesem Fall müsste sie von einer Einsatzstrafe im mittleren Bereich des aufgezeigten Strafrahmens ausgehen (vgl. BSK StGB-Wiprächtiger/Keller, Art. 47 N 19; BGE 136 IV 55 E. 5.9). Vorliegend erweist sich – gemessen an der Bandbreite möglicher Drogendelikte, die auch Heroin- und Kokainhandel mit Mengen im zwei- und dreistelligen Kilobereich umfasst – eine

Einsatzstrafe im unteren Drittel des Strafrahmens, und zwar von 27 Monaten als angemessen. Die von der Verteidigung vorgetragene Kritik (Urk. HD 43 S. S. 7) ist somit nur insofern berechtigt, als dass die Vorinstanz das Gesamtverschulden fälschlicherweise als mittelschwer bezeichnet hat, nicht aber in Bezug auf die von der Vorinstanz vorgenommene tatsächliche Bemessung der tatangemessenen Strafe, ging sie doch von einer Einsatzstrafe von 27 bis 30 Monaten aus.

2.3. Täterkomponente

2.3.1. Persönliche Verhältnisse und Vorleben

Die Vorinstanz hat das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten zutreffend wiedergegeben. Anlässlich der persönlichen Befragung im Rahmen der Berufungsverhandlung bestätigte der Beschuldigte im Wesentlichen seine früher gemachten Angaben (Prot. II S. 5 ff.), weshalb zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die erstinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden kann (Urk. HD 34 S. 10 f.).

Aus den persönlichen Verhältnissen und dem Vorleben lassen sich, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (Urk. HD 34 S. 11), weder Straferhöhungs- noch Strafminderungsgründe ableiten.

Entgegen der erneut vorgebrachten Auffassung der Verteidigung (Urk. HD 43 S. 7) hat die Vorinstanz sodann (unter dem Titel der Wirkung der Strafe auf das persönliche Leben des Beschuldigten) auch zutreffend festgehalten, dass die Trennung von seiner Familie als eine dem Strafvollzug allgemein immanente Konsequenz keine erhöhte Strafempfindlichkeit zu begründen vermag (Urk. HD 34 S. 12).

2.3.2. Vorstrafen

Der Verteidigung (Urk. HD 43 S. 6) ist insoweit zuzustimmen, dass der polnische Strafregisterauszug des Beschuldigten entgegen den Ausführungen der Vorinstanz (Urk. HD 34 S. 112) nicht sechs, sondern fünf Vorstrafen aufweist, da einmal ein verschiedene Vorstrafen zusammenfassendes Gesamturteil ausgesprochen wurde (vgl. Urk. 11/3; Prot. II S. 10). Dies ändert aber nichts daran, dass die Vorstrafen des Beschuldigten in Polen, auch wenn diese nicht einschlägig sind, erheblich strafe erhöhend zu gewichten sind. Offensichtlich vermochten weder diese noch die Verbüssung von – gemäss seinen eigenen (widersprüchlichen) Angaben (Urk. HD 11/4 S. 2; Urk. HD 23 S. 2; Prot. II S. 10 und S. 11) – insgesamt mindestens zwei Jahren Freiheitsentzug den Beschuldigten zu beeindrucken und von künftiger Delinquenz abzuhalten. Vielmehr delinquierte der Beschuldigte sogar innerhalb der ihm mit Urteil des Bezirksgerichts C._____ in D._____ [Stadt in Polen] vom 1. April 2011 angesetzten Probezeit von fünf Jahren erneut (Urk. HD 11/3), was ebenfalls strafe erhöhend zu berücksichtigen ist.

2.3.3. Nachtatverhalten

Der Beschuldigte war nach seiner Verhaftung von der ersten Einvernahme an geständig (Urk. HD 3 S. 1). Es ist indes darauf hinzuweisen, dass ein Abstreiten wenig sinnvoll gewesen wäre, da die unmittelbar nach der Arretierung im Airport Medical Center angefertigte Röntgenaufnahme ihn ohnehin überführt hatte (Urk. HD 3 S. 1; Urk. HD 8/6). Zu Recht hat die Vorinstanz neben dem Geständnis auch das kooperative Verhalten des Beschuldigten strafmindernd berücksichtigt (Urk. HD 34 S. 11). Allerdings darf nicht übersehen werden, dass der Beschuldigte grosse Erfahrung im Umgang mit Strafverfolgungsbehörden aufweist (Urk. HD 11/3) und ihm demnach bekannt ist, wie er sich verhalten muss, damit er eine möglichst milde Strafe erhält. Da fünf Vorstrafen und rund fünf Jahre Freiheitsentzug den Beschuldigten, der heute 28-jährig ist und mithin rund die Hälfte seines Erwachsenenlebens im Gefängnis verbracht hat, nicht von weiterer Delinquenz

abgehalten haben, sind seine Reue-Bekundungen (Urk. HD 6 S. 2; Urk. ND 1/2 S. 6) mit entsprechender Vorsicht zu würdigen.

2.4. Hypothetische Einsatzstrafe

Da die strafferhöhenden täterbezogenen Kriterien die strafmindernden überwiegen, erweist sich die von der Vorinstanz für die im vorliegenden Verfahren zur Beurteilung stehenden Delikte eingesetzte Freiheitsstrafe von rund 31 Monaten (Urk. HD 34 S. 13) als angemessen.

2.5. Gesamtstrafe

2.5.1. Die für die schwerste Tat eingesetzte Strafe ist gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips unter Einbezug des weiteren Delikts angemessen zu erhöhen.

2.5.2. Was das objektive und subjektive Verschulden des Beschuldigten hinsichtlich des Verstosses gegen das Ausländergesetz angeht, ist darauf hinzuweisen, dass er mit direktem Vorsatz mit einem ihm nicht zustehenden Reisepass in die Schweiz einreiste. Als Motiv gab er an, er habe den Kokaintransport aus Angst nicht unter eigener Identität vornehmen wollen (Urk. HD 23 S. 5 f.; Urk. ND 1/2 S. 1 und S. 4), was das subjektive Verschulden nicht verringert. Entgegen den Erwägungen der Vorinstanz (Urk. HD 34 S. 13) sind auch bei diesem Delikt die fünf nicht einschlägigen Vorstrafen sowie die Delinquenz während laufender Probezeit strafferhöhend zu berücksichtigen. Strafmindernd ist das Geständnis anzurechnen, das der Beschuldigte von sich aus ablegte.

2.5.3. Die von der Vorinstanz ausgesprochene Gesamtstrafe von 32 Monaten ist unter den gegebenen Umständen angemessen. Anzurechnen sind insgesamt 296 Tage Untersuchungshaft sowie vorzeitiger Strafvollzug bis heute.

IV. Vollzug

1. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs korrekt dargelegt (Urk. HD 34 S. 14), weshalb diese an dieser Stelle nicht zu wiederholen sind. Insbesondere ist ihre Erwägung, dass dem Beschuldigten ein Aufschub nur bei Vorliegen besonders günstiger Umstände gewährt werden könnte (Urk. HD 34 S. 15 f.), zutreffend.

2. Angesichts der vielen Vorstrafen des Beschuldigten, der zudem vorliegend während laufender Probezeit delinquierte, hat die Vorinstanz ihm zu Recht den teilbedingten Vollzug der Freiheitsstrafe verweigert. Den entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen ist vollumfänglich zu folgen, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen darauf verwiesen werden kann (Urk. HD 34 S. 15 f.). Die Freiheitsstrafe ist daher zu vollziehen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

2. Der Beschuldigte hat im Berufungsverfahren eine mildere Bestrafung beantragt, weshalb er vollumfänglich unterliegt. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, sind daher ihm aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 12. Februar 2013 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldsprüche betreffend 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 betreffend rechtswidrige Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a AuG), 4 und 5 (Einziehungen) sowie 6 und 7 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ wird bestraft mit 32 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 296 Tage durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug bis heute erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'400.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung (noch ausstehend)
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. **Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.**
5. 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 Vollzugsdienste
 - die Justizvollzugsanstalt E. _____ (durch die zuführende Polizei)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des der Angeklagten

- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- das Bundesamt für Polizei, ... [Adresse]

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

6. 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, 18. Juni 2013

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Höfliger