Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer

Geschäfts-Nr.: SB140550-O/U/gs

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, lic. iur. Stiefel und der Ersatzoberrichter lic. iur. Flury sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Schneeberger

Urteil vom 31. März 2015

in Sachen

A._____,
Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,
Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, II. Abteilung, vom 14. Oktober 2014 (DG140057)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 16. Juli 2014 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 23).

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 40 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 189 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind.

3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.

4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 17. Juni 2014 beschlagnahmte dunkelblaue Laptoptasche Marke unbekannt (BM-Lager-Nr. ..., Asservatnr. ...) sowie die mit gleicher Verfügung beschlagnahmte dunkelblaue Aktenrolltasche Marke Samsonite (BM-Lager-Nr. ..., Asservatnr. ...) werden eingezogen und vernichtet.

5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 17. Juni 2014 beschlagnahmten Flugscheine (1 Flugticket IBERIA ETKT Nr. ...; 1 Boarding-Pass, 09.04.14, IB 3464, MAD-ZHR, ETKT Nr. ...) werden eingezogen und als Beweismittel bei den Akten belassen.

6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 17. Juni 2014 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ... aufbewahrten 1'477 Gramm Kokaingemisch werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten.

7. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	2'500.–	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	2'000.–	Gebühr für die Strafuntersuchung
Fr.	1'550.–	Auslagen Vorverfahren
Fr.	13'000.–	amtl. Verteidigungskosten inkl. Mehrwertsteuer

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

8. 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. 50 S. 3)

1. Ziff. 2 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 14. Oktober 2014 sei aufzuheben und der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten zu bestrafen, unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft von 357 Tagen (vorzeitige Festnahme, Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug);

2. Ziff. 3 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 14. Oktober 2014 sei aufzuheben und dem Beschuldigten sei der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe zu gewähren, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren.

   Eventualiter sei dem Beschuldigten der teilbedingte Vollzug zu gewähren und die Freiheitsstrafe im Umfang von 14 Monaten aufzuschieben, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren;

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8 % MwSt. zu Lasten der Staatskasse.

b) Der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(Urk. 46, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I.

Verfahrensgang

1. Mit Urteil vom 14. Oktober 2014 sprach das Bezirksgericht Bülach, II. Abteilung, den Beschuldigten A._____ 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 und bestrafte ihn - unter Anrechnung von 189 Tagen Haft und vorzeitigem Strafvollzug - mit 40 Monaten Freiheitsstrafe. Des Weiteren wurde entschieden, die beschlagnahmte Laptoptasche und die Aktenrolltasche einzuziehen und zu vernichten, die beschlagnahmten Flugscheine (Flugticket; Boarding-Pass) einzuziehen und als Beweismittel bei den Akten zu belassen sowie das beschlagnahmte Kokaingemisch einzuziehen und nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zu vernichten. Letztlich wurden die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, welche einstweilen und unter dem Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse genommen wurden, dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 39, insb. S. 15 f.).

2. Gegen das am 14. Oktober 2014 mündlich eröffnete Urteil liess der Beschuldigte innert Frist mit Eingabe vom 24. Oktober 2014 Berufung anmelden (Prot. I S. 16; Urk. 33). Mit Eingabe vom 3. Dezember 2014 reichte die Verteidigung rechtzeitig die Berufungserklärung ein (Urk. 36; Urk. 41). Beweisergänzungsanträge stellte die Verteidigung keine (vgl. Urk. 41). Mit Präsidialverfügung vom 15. Dezember 2014 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland zugestellt und es wurde ihr Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben werde, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 44). Fristgerecht beantragte der Vertreter der Staatsanwaltschaft Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und verzichtete auf die Stellung von Beweisanträgen. Des weiteren ersuchte er um Dispensation von

der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 46). Das Dispensationsgesuch wurde - im Einverständnis mit der Verteidigung (Urk. 47) - bewilligt (vgl. Urk. 46). Am 16. Januar 2015 wurde zur Berufungsverhandlung auf den 31. März 2015 vorgeladen (vgl. Urk. 48). Dazu erschien der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers (Prot. II S. 3).

II.

Prozessuales / Umfang der Berufung

1. Die Berufung des Beschuldigten richtet sich allein gegen die Sanktion (Urk. 41). Nicht angefochten ist somit der Schuldpunkt, die Einziehungen sowie die vorinstanzliche Kostenfestsetzung und Kostenauflage.

2. Somit ist festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 14. Oktober 2014 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 4 (Einziehung und Vernichtung von Laptoptasche und Aktenrolltasche), 5 (Einziehung von Flugticket und Boarding-Pass zuhanden der Akten), 6 (Einziehung und Vernichtung des sichergestellten Kokaingemischs), 7 (Kostenfestsetzung) und 8 (Kostenauflage) in Rechtskraft erwachsen ist.

III.

Sanktion

A. Vorinstanzlich ausgesprochene Sanktion/Parteistandpunkte

1. Die Vorinstanz sanktionierte das strafbare Verhalten des Beschuldigten mit einer (unbedingten) Freiheitsstrafe von 40 Monaten (Urk. 39, insb. S. 15).

2. Der Beschuldigte lässt im Berufungsverfahren im Hauptstandpunkt beantragen, ihn mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 20 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren zu bestrafen. Eventualiter lässt er einen teilbeding-

ten Vollzug beantragen, wobei die Freiheitsstrafe im Umfang von 14 Monaten unter Festsetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufzuschieben sei (Urk. 41; Urk. 50 S. 3). Zur Begründung lässt der Beschuldigte im Wesentlichen vortragen, er sei lediglich ein Kurier in der untersten Hierarchiestufe ohne Kenntnis der Organisationsstruktur und ohne grossen Verdienst gewesen, was bei der Festsetzung der Einsatzstrafe zu berücksichtigen sei. Ausserdem habe die Vorinstanz zu Unrecht eine Vorstrafe aus Peru, welche nachweislich nicht mehr im peruanischen Strafregister aufscheine, zu seinen Lasten verwertet, obwohl dies nach Art. 369 Abs. 7 StGB nicht zulässig sei. Dass er in einem Register der Analyse-Zentrale der Antidrogeneinheit eingetragen sei, ändere daran nichts. Ein solcher Eintrag halte dem Verwertungsverbot von Art 369 Abs. 7 StGB ebenfalls nicht stand. Es verblieben daher einzig noch seine Vorstrafen aus Italien, welche aber weit zurück liegen würden und auch nicht wirklich einschlägig seien. Weiter habe die Vorinstanz sein Vorleben, insbesondere den tragischen Tod seiner Mutter und die starke Drogensucht seiner Eltern, nicht zu seinen Gunsten berücksichtigt und auch dem Umstand, dass er im erstmöglichen Zeitpunkt ein vollumfängliches Geständnis abgelegt habe, zu wenig Rechnung getragen. Anstelle einer leichten Strafminderung sei eine Reduktion um einen Drittel gerechtfertigt. Schliesslich habe die Vorinstanz nicht berücksichtig, dass er im Zeitpunkt der Tatbegehung unter einem äusserst starken Drogeneinfluss gestanden habe, auch dies sei mit einer Strafreduktion von einem Drittel zu berücksichtigen. Unter Berücksichtigung dieser Umstände, sei er mit einer bedingten, eventualiter teilbedingten, Freiheitsstrafe von höchstens 20 Monaten zu bestrafen (Urk. 50 S. 4 ff.).

3. Die Staatsanwaltschaft ihrerseits trägt auf Bestätigung der vorinstanzlichen Sanktion an (Urk. 46).

B. Strafrahmen / Grundsätze der Strafzumessung

1. Das Bezirksgericht hat den massgeblichen Strafrahmen korrekt ermittelt und die Grundsätze der Strafzumessung, insbesondere auch bei Drogendelikten, zutreffend dargelegt (Urk. 39 S. 5-8). Um Wiederholungen zu vermeiden, kann vor-

ab auf die entsprechenden vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend ist Folgendes zu bemerken:

2. Das Bundesgericht hat in neueren Entscheiden die Regeln zur Strafzumessung modifiziert und das nachfolgend skizzierte Vorgehen vorgegeben (Urteile des Bundesgerichtes 6B_323/2010 vom 23. Juni 2010, E. 2; 6B_865/2009 vom 25. März 2010, E. 1.2 und 6B_238/2009 vom 8. März 2010, E. 4 f., je mit Hinweisen).

3. Dem Tatverschulden kommt bei der Strafzumessung eine entscheidende Rolle zu. Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Zu unterscheiden ist zwischen der Tat- und der Täterkomponente.

3.1. Vorerst ist die objektive Tatschwere als Ausgangskriterium für die Verschuldensbewertung festzulegen und zu bemessen. Es gilt zu prüfen, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut überhaupt beeinträchtigt wurde. Darunter fallen etwa das Ausmass des verschuldeten Erfolges (Deliktsbetrag, Gefährdung/Risiko, Zahl der Verletzten, körperliche und psychische Schäden beim Opfer, Sachschaden etc.) sowie die Art und Weise des Vorgehens. Von Bedeutung ist auch die kriminelle Energie, wie sie durch die Tat und deren Ausführung offenbart wird. Auch die Grösse des Tatbeitrages und die hierarchische Stellung (bei mehreren Tätern) sind von Bedeutung.

3.2. In einem nächsten Schritt ist eine Bewertung des (subjektiven) Verschuldens vorzunehmen. Es stellt sich somit die Frage, wie dem Täter die objektive Tatschwere tatsächlich anzurechnen ist. Dazu gehören etwa die Frage der Zurechnungsfähigkeit (wer in seiner Einsichts- und/oder Handlungsfähigkeit beeinträchtigt ist, den trifft letztlich ein geringerer subjektiver Tatvorwurf; sein Verschulden ist minder, was zu einer tieferen Strafe führen muss) sowie das Motiv. Ferner sind die weiteren subjektiven Verschuldenskomponenten (zum Beispiel einige der in Art. 48 StGB aufgeführten Gründe) zu berücksichtigen.

In subjektiver Hinsicht ist sodann festzuhalten, dass das Verschulden eines Täters, der eine Tat vorsätzlich begeht, wesentlich schwerer zu werten ist, als das Verschulden eines Täters, der "bloss" fahrlässig oder mit Eventualvorsatz handelt. Dies ist beim Verschulden zu berücksichtigen, wiegt dieses doch dann geringer (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6P.119/2003/6S.333/2003 vom 20. Januar 2004, Erw. II. 7.5.; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 2. Auflage, Bern 2006, S. 185 f. N 25 ff. Wiprächtiger in: Basler Kommentar, StGB I, 2. Auflage, Basel 2007, N 89 zu Art. 47 StGB).

3.3. Schliesslich ist eine vorläufige Gesamteinschätzung im Sinne einer hypothetischen Einsatzstrafe vorzunehmen: das Gesamtverschulden ist zu qualifizieren und innerhalb des zur Verfügung stehenden Strafrahmens die hypothetische Strafe zu bestimmen, die diesem Verschulden entspricht.

3.4. Die verschuldensangemessene Strafe kann in einem dritten Schritt 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 (Geständnis, Einsicht, Reue etc.; vgl. Trechsel/Affolter-Eijsten, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 47 N 22 ff.; Wiprächtiger in: Basler Kommentar, StGB I, a.a.O., N 129 ff. zu Art. 47 StGB).

3.5. Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie Einsicht und Reue wirken strafmindernd (Wiprächtiger in: Basler Kommentar, StGB I, a.a.O., N 130 zu Art. 47 StGB). Das Bundesgericht hat im Entscheid BGE 121 IV 202 in E. 2d.cc darauf hingewiesen, dass ein positives Nachtatverhalten zu einer Strafreduktion im Bereich von einem Fünftel bis zu einem Drittel führen könne. Gemäss Bundesgericht kann jedoch nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer Strafreduktion von einem Drittel führen. 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, wie beispielsweise dass aufgrund des Verhaltens des Be-

schuldigten 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 reduzieren.

4. Gemäss Art. 50 StGB muss das Gericht die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände sowie deren Gewichtung festhalten (BGE 134 IV 17 E. 2.1, S. 20). Die wesentlichen Tat- und Täterkomponenten sind so zu erörtern, dass festgestellt werden kann, ob alle rechtlich massgebenden Gesichtspunkte Berücksichtigung fanden und wie sie gewichtet wurden. Es muss ersichtlich werden, ob und in welchem Mass sie strafmindernd oder straferhöhend in die Waagschale fielen (ZR 113 (2014) Nr. 6, S. 20).

C. Umsetzung auf den konkreten Fall

1.1. Hinsichtlich der objektiven Tatschwere ist zu beachten, dass der Beschuldigte die erhebliche Menge von rund 1,5 Kilogramm Drogen transportierte, wobei es sich bei Kokain um ein ausgesprochen potentes und damit gefährliches Suchtmittel handelt.

1.2. Der durchschnittliche Reinheitsgrad der vier einzelnen Portionen betrug ca. 90%, mithin eine sehr hohe Konzentration, was jedoch angesichts des bezüglich des Transportes getätigten persönlichen und finanziellen Aufwandes naheliegend ist. Somit beförderte der Beschuldigte in Berücksichtigung des Vertrauensbereichs der Analyse (vgl. Urk. 14/4) knapp 1,3 Kilogramm reines Kokain, welche Menge um ein Vielfaches über dem vom Bundesgericht festgelegten Grenzwert liegt, ab welchem ein sogenannt schwerer und damit qualifizierter Fall eines Betäubungsmitteldelikts vorliegt.

1.3. Hinsichtlich des Versteckes der Drogen ging der Beschuldigte insofern raffiniert vor, als die Drogen in Zwischenwänden der Transportbehältnisse eingenäht

waren (vgl. Fotos in Urk. 4 und Vorhalt in Urk. 6 S. 1) und so nicht auf den ersten Blick auffielen. Allerdings übernahm der Beschuldigte das Kokain bereits im in den Behältnissen eingebauten Zustand.

1.4. Zu berücksichtigen ist, dass der Beschuldigte nicht aus eigenem Antrieb handelte, sondern dass der Drogentransport an ihn herangetragen wurde. Der Beschuldigte betätigte sich - folgt man seiner Darstellung - im Auftrage einer Person namens 'B._____' als Kurier, wobei Transporteure in der Regel auf einer tieferen Hierarchiestufe des Drogenhandels angesiedelt sind. Allerdings ist mit der Staatsanwaltschaft vor Vorinstanz (Urk. 29 S. 2) zu beachten, dass der Beschuldigte Flugtickets selber buchte bzw. buchen liess (Urk. 6 S. 3) und mit dem zuvor von 'B._____' erhaltenen Geld bezahlte (Urk. 7 S. 10, Urk. 9/1 S. 6) wie er auch die Unterkunft in Guayaquil und Madrid mit solchem Geld selbst bezahlte (Urk. 9/1 S. 6), er mithin einen gewissen Einfluss auf die Modalitäten des Transportes nehmen konnte, was eher atypisch ist für einen (rein ausführenden) Drogentransporteur.

1.5. Ausserdem wurden sämtliche Spesen von 'B._____' mittels Übergabe von US$ 500 und Soles 200 sowie via Western Union mit weiteren Euro 140 finanziert (Urk. 7 S. 2 und S. 4; Urk. 9/1 S. 6).

1.6. Das Kokain wurde durch den Beschuldigten per Flugzeug von Guayaquil in Ecuador über Madrid nach Zürich transportiert und hätte durch ihn per Bahn weiter nach Bologna gebracht werden sollen. Mit seinem Tatbeitrag hätte der Beschuldigte einen wesentlichen Beitrag an die Versorgung des Drogenmarktes in Italien geleistet.

1.7. Als Belohnung für sein Handeln wären dem Beschuldigten seine Schulden gegenüber 'B._____' in Höhe von Soles 7'000 (entspricht ca. Euro 1'800) erlassen worden und er hätte darüber hinaus noch Euro 5'000 erhalten (u.a. Urk. 9/1 S. 5).

2.1. Was die subjektive Tatschwere betrifft, ist zu beachten, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Er wusste, dass sich in seinem Gepäck ca. 1,5 Kilogramm Kokain befinden - 'B._____' hatte ihm gegenüber vor dem Transport

die Drogenart sowie die Menge erwähnt (Urk. 8 S. 2, Urk. 9/1 S. 3; vgl. auch Urk. 6 S. 4), - wobei der Beschuldigte trotz seiner leicht abweichenden Ausführungen anlässlich der Berufungsverhandlung (Prot. II S. 13) auf seine früheren Aussagen zu behaften ist. Auch wenn 'B._____' ihm nichts über die Qualität der Drogen sagte, nahm der Beschuldigte einen hohen Reinheitsgrad des Kokains zumindest in Kauf angesichts des für ihn ohne Weiteres erkennbaren personellen und finanziellen Aufwandes für den Transport der Drogen von Ecuador (via Madrid und Zürich) nach Bologna. In diesem Sinne räumte der Beschuldigte auch ein, von guter Qualität ausgegangen zu sein (Urk. 6 S. 8, Urk. 8 S. 3; Prot. II S. 13). Des Weiteren war dem Beschuldigten - auch aus eigener Erfahrung (dazu sogleich) - bewusst, dass Kokain gesundheitsgefährdend bzw. schädlich für den Menschen ist (Urk. 6 S. 7, Urk. 8 S. 7; Prot. II S. 14). Mithin nahm er bewusst die Gefährdung einer Vielzahl von Menschen in Kauf.

2.2. Gemäss dem Beschuldigten, dessen Angaben durch den Haaranalysebericht des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich vom 20. Juni 2014 (Urk. 13/4) für den Zeitraum Mitte Januar bis Mitte Mai 2014 bestätigt wird ('Werte in dieser Grössenordnung sind unseres Erachtens vereinbar mit einem mittelstarken bis starken Cocain-Konsum innerhalb der genannten Zeitperiode'), konsumierte er vor der Tat fast täglich Kokain (Urk. 6 S. 7, Urk. 8 S. 6, Prot. I S. 7). Er selber bezeichnete sich als süchtig (Urk. 7 S. 5, Urk. 10/1 S. 2). Gemäss seinen Angaben in der Untersuchung hatte er zu Beginn der Inhaftierung in der Schweiz Entzugserscheinungen (Schlafstörungen; Urk. 7 S. 5), was er aber anlässlich der Berufungsverhandlung wieder relativierte (Prot. II S. 10). Auch wenn der Beschuldigte in der Untersuchung ein anderes Motiv (als seine Sucht) für seine Delinquenz nannte (dazu unten), kann angesichts seines doch ausgeprägten Kokainkonsums von einer leichten Verminderung der Schuldfähigkeit des Beschuldigten im Zeitpunkt der Tatbegehung ausgegangen werden, was strafmindernd zu berücksichtigen ist.

2.3. Die Vorinstanz schloss zu Recht, dass der Beschuldigte nicht aus einer eigentlichen Notlage heraus, sondern aus pekuniären Interessen handelte (Urk. 39 S. 9 f.). Die Angaben des Beschuldigten zum Motiv für sein Handeln erweisen

sich in der Tat als nicht kohärent. Während er in der polizeilichen Befragung vom 9. April 2014 zunächst davon sprach, er habe Geld gebraucht, er hätte Euro 5'000 für den Transport erhalten (Urk. 6 S. 3 und S. 6; in diesem Sinne auch Urk. 6 S. 4, Antwort 27), führte er im weiteren Verlauf der Befragung auf die konkrete Frage, ob er irgendwie zum Transport gezwungen worden sei, aus, "eigentlich ja", um dann zu ergänzen, um seine vorhandenen Schulden zu begleichen (Urk. 6 S. 7). Er präzisierte, zur Rückzahlung des geliehenen Betrages von Soles 7'000 (entspricht ca. Euro 1'800) aufgefordert worden zu sein, und es seien ihm Euro 5'000 sowie der Erlass dieser Schuld in Aussicht gestellt worden, wenn er die Reise mache (Urk. 6 S. 7 f.; dazu auch in Urk. 8 S. 5). In der Hafteinvernahme führte der Beschuldigte zunächst aus, 'B._____' habe ihn "praktisch bedroht" und ihm vorgeschlagen, die beiden Koffer zu transportieren, um damit die Schulden zu begleichen und noch etwas Geld zu verdienen (Urk. 8 S. 3). Gleichzeitig bezeichnete er 'B._____' als Freund (Urk. 8 S. 4). Im späteren Verlauf der Hafteinvernahme dramatisierte er diese Drohung, indem er deponierte, 'B._____' habe die gesamte Summe sofort zurückhaben wollen und gesagt, er würde seine Frau und das Kind bedrohen (Urk. 8 S. 6). In der polizeilichen Befragung vom 7. Mai 2014 führte der Beschuldigte dann zum Grund des Drogentransportes an, er sei gezwungen worden, sie hätten ihn und seine Familie mit dem Tod bedroht, weil er von 'B._____' Geld ausgeliehen gehabt habe (Urk. 7 S. 11 f. und S. 13). Gleichlautend äusserte er sich in der staatsanwaltschaftlichen Befragung vom 27. Mai 2014 (Urk. 9/1 S. 3). Auffallend bei den diesbezüglichen Äusserungen ist die Steigerung und Dramatisierung bezüglich der angeblichen Bedrohung, so dass diesbezüglich Zweifel aufkommen, zumal der Beschuldigte 'B._____' als Freund bezeichnete. Fraglich erscheint auch, ob es dieses Darlehen tatsächlich gegeben hat: Während der Beschuldigte im Vorverfahren noch angab, das Darlehen teils vor der Geburt des Sohnes und dann auch nachher - um ihn wegen seines schlechten Gesundheitszustandes in einer Klinik untersuchen lassen zu können - erhalten zu haben (Urk. 8 S. 3 und S. 4), behauptete er vor Vorinstanz, das Darlehen sei ihm in verschiedenen Tranchen vor der Geburt des Sohnes gegeben worden (Prot. I S. 10). Entscheidend ist indes, dass eine allfällige Drohung im Konnex zur Rückzahlung - und nicht zum Drogenkurierdienst - stand (vgl. dazu der Beschuldigte in Urk. 6

S. 6, Antwort 66), wenngleich der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung neuerdings unglaubhaft etwas anderes geltend machte (Prot. II S. 15). Selbst wenn ein gewisser Druck bestanden haben sollte, dieses Darlehen zurückzuzahlen, wäre es dem Beschuldigten jedoch ohne Weiteres möglich gewesen, Geld für die Rückzahlung bei seinem Vater erhältlich zu machen, zumal es um einen Betrag von umgerechnet lediglich ca. Euro 1'800 ging. Dass der Vater bereit war, ihn finanziell zu unterstützten, zeigt sich darin, dass er ihm im Jahre 2013 grosszügig drei Flugreisen von Peru nach Italien und retour finanzierte (Urk. 7 S. 8; Prot. I S. 12) und dem Beschuldigten auch Geld überwies, wenn er - wie sich der Beschuldigte ausdrückte - 'nichts mehr zu essen hatte' (Urk. 7 S. 8). Um so eher ist anzunehmen, dass der Vater des Beschuldigten für seinen Enkel (für dessen Geburt und medizinische Nachbetreuung) eine bescheidene finanzielle Unterstützung geleistet hätte. Somit wäre es dem Beschuldigten ohne Weiteres möglich gewesen, seinen Gläubiger zu befriedigen, weshalb von einer Notlage des Beschuldigten im Zusammenhang mit dem Drogentransport keine Rede sein kann, zumal die Rückzahlung nicht mit einem Drogentransport verknüpft war (Prot. I S. 11). Vor Vorinstanz und erneut anlässlich der Berufungsverhandlung behauptete der Beschuldigte dann erstmals, die Reise- bzw. Flugkosten seinem Vater zurückerstattet zu haben (Prot. I S. 13; Prot. II S. 12). Wenn es dem Beschuldigten möglich war, diese Kosten im Betrag von mehreren Tausend Euro an seinen Vater zurückzuzahlen und der Beschuldigte in Italien als Hilfsarbeiter Euro 2'000 monatlich verdient haben will, ist nicht ersichtlich, weshalb er das Darlehen nicht an 'B._____' zurückzahlen konnte. Mithin kann sich der Beschuldigte für sein Handeln nicht auf eine schwere Bedrängnis oder eine schwere Drohung berufen. Damit kommt als Motiv einzig ein pekuniäres, und damit ein egoistisches, in Frage, so wie es der Beschuldigte zunächst auch zu Protokoll gegeben hatte (Urk. 6 S. 3).

3. Unter Berücksichtigung der genannten objektiven und subjektiven Tatkomponenten ist das Verschulden des Beschuldigten im Kontext des schweren Falles einer Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz noch als leicht einzustufen. Insgesamt ist der objektiven und subjektiven Tatschwere eine (hypothetische) Einsatzstrafe im Bereich von ca. 32 Monaten Freiheitsstrafe, d.h. im unteren Drit-

tel des Strafrahmens liegend, angemessen. Die von der Vorinstanz eingenommene Einstufung des Verschuldens als schwerwiegend (Urk. 39 S. 13), welche eine Sanktion im oberen Drittel des zur Verfügung stehenden Strafrahmens indizieren würde, kann damit nicht übernommen werden.

4. Im Folgenden ist zu prüfen, wie sich die Täterkomponenten auf diese Einsatzstrafe auswirken.

4.1. Was die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten betrifft, ergeben die Akten folgendes Bild (Urk. 19/5, Urk. 9/1 S. 15; Prot. I S. 7; Prot. II S. 6 ff.): Der Beschuldigte wurde am tt. September 1980 in …/Italien geboren, wo er - seine Mutter verstarb, als der Beschuldigte dreijährig war - bis zu seinem 9. Altersjahr bei seinen Grosseltern aufwuchs. Anschliessend wohnte er bis zu seinem 16. Altersjahr bei seinem Vater, welcher zwischenzeitlich wieder geheiratet hatte und Vater einer Tochter geworden war. Jene Periode bezeichnete der Beschuldigte als sehr schöne Zeit. Nach der obligatorischen Schulzeit absolvierte er eine technische Ausbildung, jedoch ohne einen Abschuss zu machen. Er arbeitete anschliessend zunächst in der …fabrik seines Vaters, später war er als Chauffeur tätig und übte auch verschiedene Tätigkeiten bei Baufirmen aus. Im Jahr 2008 verbrachte der Beschuldigte Ferien in Peru, bei welchen er seine heutige Ehefrau kennenlernte. Nachdem er zunächst ein Jahr zwischen Italien und Peru hin- und herpendelte, übersiedelte er im Jahr 2009 definitiv zu seiner Frau nach Peru. Im Dezember 2009 wurde er bei der Ausreise aus Peru festgenommen (dazu unten). Nach Verbüssung einer Freiheitsstrafe bis im Juni 2012 blieb der Beschuldigte in Peru, heiratete im November 2013 und wohnte zusammen mit seiner Ehefrau und deren drei minderjährigen Geschwistern. Im Dezember 2013 wurde er Vater eines Sohnes. In Peru verdiente er seinen Lebensunterhalt mit dem Verkauf von Früchten und Inkareis auf dem Markt. Sein Einkommen in Peru bezifferte er auf ca. Soles 1'000 bis 2'000 pro Monat. Der Beschuldigte verfügt über kein Vermögen. Schulden von Soles 7'000 hat er gegenüber 'B._____'. Seit seinem 17. Lebensjahr konsumierte der Beschuldigte Ecstasy und Kokain. Die Vorinstanz hat diese persönlichen Verhältnisse als strafzumessungsneutral gewichtet (Urk. 39 S. 11). Davon abweichend kann zwar nicht von einer eigentlich 'schwe-

ren Jugend' des Beschuldigten gesprochen werden, nachdem der Beschuldigte die Periode des Zusammenlebens mit seinem Vater, seiner Stiefmutter und -schwester explizit als sehr schöne Zeit bezeichnete (vgl. Urk. 19/5 S. 2). Nichtsdestotrotz ist in leichtem Masse strafmindernd zu berücksichtigen, dass die Mutter des Beschuldigten sehr früh verstarb und er aufgrund der Drogensucht seines Vaters bis zu seinem neunten Lebensjahr bei seinen Grosseltern aufgewachsen war.

4.2. Strafmindernd zu gewichten ist das Geständnis des Beschuldigten, indes nicht in dem von der Verteidigung vor Bezirksgericht und auch anlässlich der Berufungsverhandlung geltend gemachten Ausmass von einem Drittel (vgl. Urk. 30 S. 11, Urk. 50 S. 8). Es kann zunächst auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden (oben Erw. III/B/3.5.). Es ist wohl zutreffend, dass der Beschuldigte bereits in der ersten Einvernahme mit Bezug auf den Drogentransport geständig war. Anderseits war die Beweislage zumindest in objektiver Hinsicht erdrückend. Des Weiteren kann auch nicht davon gesprochen werden, der Beschuldigte sei ausgesprochen kooperativ gewesen; mit Bezug auf die Hintermänner, insbesondere den direkten Auftraggeber 'B._____', äusserte er sich nicht bzw. wenig ergiebig, wobei der Grund dafür offen bleiben kann. Insbesondere das Geständnis im subjektiven Bereich wirkt sich jedoch merklich aus, was insgesamt zu einer Minderung im mittleren Bereich des von der Verteidigung erwähnten Maximums führt.

4.3. Der Beschuldigte weist verschiedene Strafregistereinträge in Italien und Peru auf.

4.3.1. Zu seinen Gunsten ist die Verurteilung am 30. Oktober 2001 zu einer bedingten Freiheitsstrafe sowie einer Busse von 5,5 Mio. Lire (Urk. 19/3; vgl. auch Urk. 9/1 S. 10 f.) vorliegend nicht mehr zu berücksichtigen, da diese Verurteilung nach schweizerischem Recht heute aus dem Strafregister entfernt wäre (Art. 369 Abs. 3 StGB).

4.3.2. Am 25. Februar 2005 wurde der Beschuldigte wegen Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten sowie einer Busse von Euro 6'000 verurteilt (Urk. 19/3; vgl. auch

Urk. 9/1 S. 11). Am 4. November 2010 erwirkte der Beschuldigte eine Zusatzstrafe von acht Monaten Freiheitsstrafe und eine Busse von Euro 800 zum Urteil vom 25. Februar 2005 (Urk. 19/3; vgl. auch Urk. 9/1 S. 11). Diese Zusatzstrafe ist zusammen mit der Verurteilung vom 25. Februar 2005 als eine Vorstrafe zu gewichten.

4.3.3. Wohl ist zutreffend, dass die Verurteilung des Beschuldigten wegen (versuchten) Schmuggelns von ca. 2,4 Kilogramm Kokain von Peru nach Mailand, begangen am 21. Dezember 2009, zu 30 Monaten Freiheitsstrafe (vgl. dazu der Beschuldigte in Urk. 7 S. 5 f., Urk. 9/1 S. 12, Urk. 10/1 S. 2 und Prot. I S. 8: Strafvollzug bis 20. Juni 2012) im eigentlichen Strafregister von Peru nicht registriert ist (Urk. 19/4/1), der Beschuldigte jedoch diesbezüglich seit dem 3. Januar 2010 wegen illegalem Drogenhandel bei der Antidrogen-Einheit verzeichnet ist (Urk. 19/4/1). Diese Registrierung ist einem schweizerischen Strafregistereintrag gleichzusetzen, und diese Vorstrafe ist mit der Vorinstanz (Urk. 39 S. 12) - und entgegen der Ansicht der Verteidigung - bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Der von der Verteidigung vor Vorinstanz (Urk. 30 S. 11) angerufene Bundesgerichtsentscheid befasst sich mit der Verwertung von fristbedingt entfernten Strafregistereintragungen, wohingegen aus der Auskunft der peruanischen Behörden nicht hervorgeht, weshalb die Verurteilung des Beschuldigten keinen Eingang ins Strafregister fand bzw. allenfalls gelöscht wurde. Die peruanische Vorstrafe wurde denn auch vom Beschuldigten anerkannt (Prot. II S. 11), weshalb sie unabhängig von einer allfälligen Eintragung im peruanischen Strafregister im Rahmen des Vorlebens des Beschuldigten gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist, zumal sie erst rund fünf Jahre zurückliegt. Art. 369 Abs. 7 StGB, welcher der Verteidiger mit Blick auf die peruanische Vorstrafe angewendet habe will (Urk. 50 S. 5 f.), gilt denn auch nur für die im schweizerischen Strafregister eingetragenen Vorstrafen und ist für die Beurteilung ausländischer Vorstrafen höchstens analog heranzuziehen.

4.3.4. Diese erwähnten beiden einschlägigen Vorstrafen wirken sich stark straferhöhend aus, zumal der Beschuldigte nicht einmal zwei Jahre nach Verbüssung

einer längeren Freiheitsstrafe in Peru bis zum 20. Juni 2012 erneut - wiederum wegen Kokainschmuggels im Kilobereich - straffällig wurde.

4.4. Die Einsicht des Beschuldigten ins Unrecht seiner Tat sowie seine bekundete Reue (vgl. Urk. 7 S. 14) rechtfertigen eine weitere, allerdings nur sehr leichte Strafminderung.

4.5. Weitere täterbezogene Zumessungsgründe sind nicht ersichtlich.

5. Insgesamt erweist sich unter Würdigung aller Tatkomponenten eine Freiheitsstrafe im Bereich von ca. 32 Monaten für die vom Beschuldigten begangene Straftat als verschuldensangemessen. Die Täterkomponenten wirken sich insgesamt leicht straferhöhend aus, da die Minderungen wegen seiner Jugend, Geständnis sowie Einsicht und Reue die Erhöhung wegen der einschlägigen Vorstrafen nicht aufzuwiegen vermag. Damit erweist sich eine Freiheitsstrafe von 36 Monaten als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen. An die Strafe anzurechnen sind 356 Tage Untersuchungshaft und vorzeitiger Strafvollzug, die bis und mit heute erstanden sind (Art. 51 StGB).

6. Für Freiheitsstrafen von mehr als einem und höchstens drei Jahren sieht das Gesetz den teilbedingten Vollzug vor, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 StGB). Materiell ist das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt. Bei der Beurteilung der Frage, ob die für die Gewährung des bedingten bzw. teilbedingten Strafvollzuges erforderliche Voraussetzung des Fehlens einer ungünstigen Prognose vorliegt, ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen.

6.1. Durch die Festsetzung einer Freiheitsstrafe in der Höhe von 36 Monaten ist die objektive Voraussetzung für die Gewährung des teilbedingten Strafvollzuges erfüllt (Art. 43 Abs. 1 StPO).

6.2. Der Beschuldigte weist gemäss vorstehender Erwägungen eine einschlägige Vorstrafe in Italien auf und hat hinzukommend anerkannt, im Jahr 2009 in Peru wegen Schmuggelns von 2,4 kg Kokain zu einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten verurteilt worden zu sein und diese verbüsst zu haben (Prot. II S. 11). Unter Be-

rücksichtigung der erheblichen einschlägigen strafrechtlichen Vorbelastung und der übrigen vorerwähnten Lebensumstände - insbesondere der von ihm selbst erwähnten Suchtproblematik - ist von einer eigentlichen Schlechtprognose auszugehen. Die Freiheitsstrafe von 36 Monaten ist damit in vollem Umfang zu vollziehen.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

A. Allgemeines

1. Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung. Bei einem Freispruch können der beschuldigten Person die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 1 und Abs. 2 StPO).

2. Wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen, hat sie u.a. Anspruch auf Entschädigung der wirtschaftlichen Einbussen, die ihr aus ihrer notwendigen Beteiligung am Strafverfahren entstanden sind (Art. 429 Abs. 1 lit. b StPO). Die Behörde prüft den Anspruch von Amtes wegen und sie kann die beschuldigte Person auffordern, ihre Ansprüche zu beziffern und zu belegen (Art. 429 Abs. 2 StPO).

3. Bei Freispruch ist die Frage der Kostenauflage für jede Verfahrensstufe und bei Teilfreispruch für jeden Anklagekomplex gesondert zu prüfen (Niklaus Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 1791).

4. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

B. Kostenauflage

1. Im Berufungsverfahren unterliegt der Beschuldigte mit seinen Anträgen vollumfänglich, weshalb ihm - mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung - die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind. Die geringfügige Herabsetzung der Strafe fällt mit Bezug auf die Kostenauflage demgegenüber nicht ins Gewicht.

2 Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

3. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.-- festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, II. Abteilung, vom 14. Oktober 2014 bezüglich Dispositivziffern 1 (Schuldpunkt), 4 (Einziehung und Vernichtung von Laptoptasche und Aktenrolltasche), 5 (Einziehung von Flugticket und Boarding-Pass zuhanden der Akten), 6 (Einziehung und Vernichtung des sichergestellten Kokaingemischs), 7 (Kostenfestsetzung) und 8 (Kostenauflage) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 356 Tage durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.

2. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

   Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:

   Fr. 4'564.10 amtliche Verteidigung

4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden 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 Beschuldigten (übergeben)
   - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
   - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
   - das Gefängnis Affoltern

   sowie in vollständiger Ausfertigung an

   - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
   - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
   - die 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, Postfach, 8090 Zürich
   - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profils und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Löschungsdaten
   - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

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

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

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

Zürich, 31. März 2015

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Der Präsident:	Die Gerichtsschreiberin:
Oberrichter Dr. Bussmann	lic. iur. Schneeberger