

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB150175-O/U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, lic. iur. M. Langmeier und
Dr. iur. D. Schwander sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur.
S. Bussmann

Urteil vom 2. Juli 2015

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,
vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. iur. R. Jäger

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, I. Abteilung, vom
14. Januar 2015 (DG140082)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 27. Oktober 2014 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 17).

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 43 S. 21 ff.)

"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 42 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 144 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 27. Oktober 2014 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse gelagerten Gegenstände
 - Mobiltelefon Samsung, weiss, GT-E1200I, IMEI-Nummer ..., Asservat-Nr. ...
 - Mobiltelefon Samsung, schwarz, SM-G350, inkl. Ladekabel, IMEI-Nummer ..., Asservat-Nr. ...
 - 2 Kofferschlüssel, schwarzer Kopf, passend zum Schalenkoffer "Munimuni", Asservat-Nr. ...werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Bezirksgerichtskasse zu vernichten.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 27. Oktober 2014 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse gelagerten Gegenstände

- 2 Boardingpässe, lt. auf A._____, 1x Sao Paulo - Zürich + 1x Zürich - Brüssel, Unterlagen zum Flugplan, Asservat-Nr. ...
- div. Notizmaterial, z. T. mit Handnotizen, Geschäftskärtchen, Hotelrechnung Hotel ... in Sao Paulo für Aufenthalt vom 15.-23.08.2014, Asservat-Nr. ...

werden zuhanden der Akten eingezogen.

5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 27. Oktober 2014 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ... aufbewahrten 3.937 Kilogramm Kokaingemisch (2.813 Kilogramm Reinsubstanz Kokain; bestehend aus fünf Paketen mit gelblich-weissem, zum Teil gepresstem Pulver), Reisekoffer (Marke Munitoni, grau, ausziehbarer Schalenkoffer mit Rollen, Asservat-Nr. ...) sowie ein grüner Schrumpflastik (abgelöst ab Koffer - Schutzhülle, Verpackung, Asservat-Nr. ...), werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten.
 6. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
 - Fr. 2'500.- ; die weiteren Auslagen betragen:
 - Fr. 3'679.- Auslagen Vorverfahren (Gutachten, MIG, Polizei)
 - Fr. 2'500.- Gebühr für die Strafuntersuchung
 - Fr. 13'837.25 amtl. Verteidigungskosten
- 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.
 8. (Mitteilungen)
 9. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 3 f.)

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 66, S. 1)

1. Der Beschuldigte A. _____ sei zu bestrafen mit einer Freiheitsstrafe von maximal 32 Monaten, wobei die erstandene Inhaftierungszeit an die Strafe anzurechnen sei.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei im Umfang von 20 Monaten aufzuschieben und die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen. Im Übrigen (12 Monate abzüglich durch Polizei- und Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstandenen Tagen) sei die Freiheitsstrafe zu vollziehen.
3. Die Dispositiv-Ziffern 1. sowie 3. bis 7. des vorinstanzlichen Urteils seien im Übrigen zu bestätigen.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen, eventualiter dem Beschuldigten aufzuerlegen, aber sofort definitiv abzuschreiben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(schriftlich, Urk. 57)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 14. Januar 2015 wurde der Beschuldigte der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 42 Monaten bestraft, wovon bis dahin 144 Tage durch Haft erstanden waren. Weiter wurde über verschiedenes beschlagnahmtes Gut entschieden (div. Gegenstände und Kokain) und wurden die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens dem Beschuldigten auferlegt, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, welche unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO einstweilen auf die Gerichtskasse genommen wurden (Urk. 43 S. 21 ff.).

1.2. Gegen dieses mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 25) liess der Beschuldigte seinen amtlichen Verteidiger am 22. Januar 2015 fristgerecht Berufung anmelden (Urk. 38) und nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 40) am 5. Mai 2015 – ebenfalls fristgerecht – dem Obergericht die Berufungserklärung einreichen (Urk. 52).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 7. Mai 2015 wurde die Berufungserklärung in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO der Staatsanwaltschaft übermittelt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 54). Am 12. Mai 2015 beantragte die Staatsanwaltschaft die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und verzichtete auf Beweis- anträge (Urk. 57).

1.4. Zu Beginn der heutigen Berufungsverhandlung, zu welcher der Beschuldigte und sein amtlicher Verteidiger erschienen sind, waren weder Vorfragen zu entscheiden noch Beweise abzunehmen (Prot. II S. 4 f.). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 6 ff.).

2. Umfang der Berufung

Der Beschuldigte beschränkt seine Berufung auf die Strafzumessung und beantragt, es sei eine Freiheitsstrafe von maximal 32 Monaten auszufallen, wobei der Vollzug bei einer Probezeit von 2 Jahren im Umfang von 20 Monaten aufzuschieben und die Strafe im Umfang von 12 Monaten zu vollziehen sei (Urk. 52 S. 2, Urk. 66 S. 1). Die Berufung betrifft mithin ausschliesslich Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils. Entsprechend sind die nicht angefochtenen Punkte (Dispositivziffern 1 und 3 ff.) in Rechtskraft erwachsen (Art. 399 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 402 und 437 StPO). Das ist vorab vorzumerken.

3. Strafzumessung

3.1. Die Vorinstanz hat die Grundsätze, nach welchen eine Strafe im Allgemeinen und bei Betäubungsmitteldelikten im Besonderen zuzumessen ist, richtig zusammengefasst (Urk. 43 S. 4 ff.). Zur Vermeidung von Wiederholungen kann darauf verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Strafe ist vorliegend innerhalb eines Strafrahmens von 1 bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe festzulegen (Art. 19 Abs. 2 BetmG, Art. 40 StGB).

3.2. In objektiver Hinsicht ist die Delinquenz des Beschuldigten auf einer Skala aller denkbaren qualifizierten Widerhandlungen gegen das BetmG im Sinne dessen Art. 19 Abs. 2 im Bereich etwa eines Viertels einzuordnen. Mit 3,9 kg Kokaingemisch bzw. 2,8 kg reinem Kokain führte der Beschuldigte bei seiner Einreise in die Schweiz eine Menge Betäubungsmittel mit sich, mit welcher er die vom Bundesgericht für das Vorliegen eines qualifizierten Falles im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG definierte Grenze (18 Gramm; BGE 109 IV 143) um mehr als das 150-fache überschritt. Dadurch hat der Beschuldigte in ganz massiver Weise seinen Teil dazu beigetragen, das Leben und die Gesundheit unzähliger Menschen zu gefährden. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die alleinige Menge der von einem Täter umgesetzten Betäubungsmittel zwar eine wichtige, nicht aber die allein entscheidende Grösse für die Strafzumessung ist, was auch die Verteidigung betont (Urk. 66 S. 2). So fällt insbesondere ins Gewicht, dass der Beschuldigte blosser Kurier war, dem ein einziger Transport nachgewiesen

werden kann. Damit leistete er zwar im Konkreten einen nicht wegzudenkenden – wenn auch letztlich gescheiterten – Beitrag an den Weg des Kokains von der Herstellung bis zum Endkonsumenten. Seine Funktion stand aber auf einer der untersten Stufen der Drogenhandelshierarchie; mit dem Verteidiger (Urk. 30 S. 2/3, Urk. 66 S. 1 f.) hatte er keine wirkliche Vertrauensposition oder auch nur gewissen Entscheidungsspielraum, sondern war letztlich völlig austauschbar. Diese Umstände mindern das objektive Tatverschulden.

Sowohl die Parteivertreter (Urk. 29 S. 6/7; Urk. 30 S. 7/8) als auch die Vorinstanz (Urk. 43 S. 8) orientieren sich hierzu zumindest hilfsweise am schematischen, praxisgestützten Vergleichsrahmen, wie ihn Fingerhuth/Tschurr in ihrem BetmG-Kommentar dargestellt haben (Fingerhuth/Tschurr, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007, N 30 zu Art. 47 StGB bzw. Art. 63 aStGB; vgl. auch N 18 ff.). Das ist im Sinne einer Kontrolle und im Interesse von Rechtsgleichheit und -sicherheit statthaft. Nach der angesprochenen Tabelle führt der Handel mit 2,8 kg reinem Kokain zu einer Ausgangsstrafe von 64 Monaten (so auch beide Parteivertreter vor Vorinstanz: Urk. 29 S. 6 und Urk. 30 S. 7; die Vorinstanz spricht von "60 bis 65 Monaten", Urk. 43 S. 15). In Anbetracht des einmaligen Kurierdienstes aus dem Ausland ist hiervon ein Abzug von 20 % anzubringen. Entgegen dem Verteidiger (Urk. 30 S. 7) rechtfertigt sich dann aber ein weiterer Abzug wegen "deutlich weniger als fünf Geschäften" (Fingerhuth/Tschurr, a.a.O., N 31 zu Art. 47 aStGB) nicht, da es bei Kurieren wie dem Beschuldigten, die Betäubungsmittel auf dem Luftweg im Gepäck, am oder im Körper transportieren, geradezu typischerweise jeweils bei einer vorwerfbaren deliktischen Handlung bleibt und das demnach im erwähnten 20 %-Abzug bereits berücksichtigt ist (vgl. dazu auch das vom Verteidiger mehrfach zitierte Urteil des Obergerichts SB130512 vom 24. März 2014 E. 3.2.3).

3.3. In subjektiver Hinsicht machte der Beschuldigte im vorinstanzlichen Verfahren – nachdem er bis dahin die Aussagen verweigert hatte – geltend, den Transport unternommen zu haben, um ein Darlehen von EUR 6'000.– erlassen zu erhalten, welches er aufgrund seiner finanziellen Probleme nicht habe zurückzahlen können. Er habe unter enormem Druck gestanden und zudem seine

Familie bedroht gesehen (Prot. I S. 9/10, 18, 19, 20/21, Urk. 65 S. 5 ff.). Dieser Darstellung ist schon einmal mit Skepsis zu begegnen, weil der Beschuldigte sie – wie erwähnt – erstmals im gerichtlichen Verfahren vorbrachte, während er noch in der staatsanwaltschaftlichen Schlusseilvernehmung ausdrücklich und auf entsprechende Frage durch die befragende Staatsanwältin darauf verzichtet hatte, entlastende Angaben vorzubringen (Urk. 4/11 S. 3). Auch wenn es aber zuträfe, dass die Auftraggeber dem Beschuldigten als Gegenleistung für den Transport den Erlass einer Schuld von EUR 6'000.– in Aussicht gestellt hätten, müsste festgehalten werden, dass der Beschuldigte eben gleichwohl aus finanziellen Motiven gehandelt und diese demnach über die Gesundheit einer ganz grossen Zahl von Personen gestellt hat. Das ist egoistisch und rücksichtslos. Immerhin kann dem Beschuldigten nicht wiederlegt werden, dass das Transportgeschäft an ihn herangetragen worden ist und er es nicht aus eigener Initiative gesucht hat. Eine Bedrohungssituation, welche die Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten in massgeblichem Masse eingeschränkt hätte, bestand aber nicht, zumal er auch selbst bestätigte, dass seine Familie nie direkt bedroht worden sei (Prot. I S. 21 sowie die Vorinstanz in Urk. 43 S. 12/13, Urk. 65 S. 7 f.). Eine gewisse "Angst" im Sinne einer Anspannung, Nervosität oder auch eines Druckgefühls ist demgegenüber wohl jeder Situation immanent, in welcher sich eine – wie beim Beschuldigten davon auszugehen ist – bis anhin unbescholtene Person in ein hochkriminelles Umfeld begibt und ganz bewusst eine Straftat erheblichen Unrechtsgehalt begeht. Gleichermassen nicht entlastend wirken kann die Schuldensituation als Solche. Mit der Vorinstanz ist auch diesbezüglich festzuhalten, dass keinesfalls von einer Notlage gesprochen werden könnte, welche das Verschulden mindern würde (Urk. 43 S. 15).

Zugute gehalten kann dem Beschuldigten dann aber wieder, dass er wohl weder konkret wusste, Kokain zu transportieren, noch von der genauen Menge Kenntnis hatte. Mit der Vorinstanz (Urk. 43 S. 10/11) hat er aber offenkundig in Kauf genommen, das schliesslich in seinem Koffer festgestellte Kokain in die Schweiz zu verbringen. Im Kontext musste er klarerweise damit rechnen, dass sich im in São Paulo übergebenen Koffer Kokain befinden könnte. Bezeichnenderweise liess der Beschuldigte denn auch die Frage des vorinstanzlichen Vorsitzenden

unbeantwortet, ob es denn für ihn – den Beschuldigten – nicht klar gewesen sei, dass es sich nur um Drogen handeln können. Ausweichend erwiderte der Beschuldigte nur: "Den Koffer erhielt ich am Vortag der Abreise. Diese Person legte meine persönlichen Effekten in den Koffer und schloss ihn. Erst am Flughafen erhielt ich den Kofferschlüssel" (Prot. I S. 12). Immerhin räumte er dann auch ein, gewusst zu haben, dass es um "etwas Illegales" gehe (Prot. I S. 18), was er auch anlässlich der Berufungsverhandlung bestätigte (Urk. 65 S. 9). Auch hinsichtlich der Menge liegt Eventualvorsatz vor. Angesichts der Grösse des Koffers (Urk. 6/2 und Urk. 9/2) musste er damit rechnen, dass sich knapp 4 kg Drogen darin befinden könnten. Im Verhältnis zum Gewicht des gesamten gepackten Koffers von 23 kg (Urk. 1 S. 2) machte das lediglich etwa einen Sechstel aus, was sicher nicht als auffallend viel zu bezeichnen ist. Jedenfalls ist es nicht so, dass – wie der Verteidiger geltend macht (Urk. 30 S. 4) – der Beschuldigte "vom Aussehen des Koffers her [...] eher auf eine geringe Menge" (d.h. kleinere als anklagegemässe) hätte schliessen dürfen. Und dass man dem Koffer "nichts von der geheimen Ladung angesehen hat", musste ja gerade Ziel des Manövers sein und kann vom Transporteur hernach nicht als Argument dafür angeführt werden, er habe bei einem Gesamtgewicht eines Koffers von 23 kg nicht damit rechnen müssen, dass sich darin 4 kg Drogen befinden könnten. Ebenso kann der Verteidigung nicht gefolgt werden, wenn sie vorbringt, der Beschuldigte habe schon angesichts der "bescheidenen Summe" und deren Verhältnis zur zu erwartenden Strafe im Falle einer Verurteilung nicht mit einer derart grossen Betäubungsmittelmenge rechnen müssen (Urk. 66 S. 33). Dagegen spricht schon, dass der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung festhielt, keine Ahnung gehabt zu haben, wie viel man für solche Transporte bekomme (Urk 65 S. 10).

Die Vorinstanz hat erwogen, die subjektiven Tatkomponenten würden das objektive Verschulden "nicht wesentlich zu relativieren" vermögen (Urk. 43 S. 15). Das ist zu hart. Dass dem Beschuldigten lediglich Eventualvorsatz sowohl in Bezug auf die Art als auch die genaue Menge der Droge vorzuwerfen ist, muss sich – mit der Verteidigung (Urk. 66 S. 3) –, wenn auch in der vorliegenden Konstellation nicht stark, so aber doch mehr als nur "nicht wesentlich" verschuldensmindernd

auswirken. Die weiteren vom Beschuldigten zu seiner Entlastung angeführten subjektiven Umstände (Druck, Schuldensituation) vermindern zwar sein Verschulden nicht, fallen aber auch nicht verschuldenserhöhend ins Gewicht. Es bleibt damit von der subjektiven Seite her eine leichte Reduktion des objektiven Tatverschuldens.

3.4. Die von der Vorinstanz für das gesamte Tatverschulden festgesetzte Einsatzstrafe von 48 Monaten erscheint damit als etwas zu hoch. Die Vorinstanz reduziert so die rein mengenmässige "Ausgangsstrafe" um nur gerade 20 % (bzw. leicht mehr, je nachdem, von welchem Wert man innerhalb der von der Vorinstanz angeführten "Einsatzstrafe von 60-65 Monaten" ausgeht, Urk. 43 S. 15), was indessen schon alleine in objektiver Hinsicht wegen des einmaligen Kurierdienstes aus dem Ausland gerechtfertigt ist. Wie gesehen, ist aber eine weitere leichte Reduktion des Verschuldens infolge der subjektiven Tatumstände vorzunehmen. Als Einsatzstrafe erscheint demnach eine Freiheitsstrafe von 42 Monaten als angemessen.

3.5. Aus der Biographie des Beschuldigten ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Elemente. Ebenso ist keine besondere Strafempfindlichkeit ersichtlich. Es kann dazu auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 43 S. 16-19).

3.6. Die Vorinstanz hat sodann richtig umrissen, unter welchen Voraussetzungen und wie stark ein Geständnis strafmindernd ins Gewicht fallen kann (Urk. 43 S. 18).

3.6.1. Vorliegend hat der Beschuldigte über die ganze Untersuchung hinweg Aussagen zur Sache verweigert. Erst nachdem die Vorinstanz am 7. November 2014 zur Hauptverhandlung im Januar 2015 vorgeladen hatte (Urk. 24), liess er den Vorderrichtern am 21. November 2014 ein Schreiben zukommen, wonach er den eingeklagten Sachverhalt in objektiver und subjektiver Hinsicht vollumfänglich anerkenne (Urk. 28/2). Dabei blieb er dann auch anlässlich der Hauptverhandlung (Prot. I S. 9) sowie vor Berufungsgericht (Urk. 65 S. 9 ff.). Im gleichen Schreiben teilte der Beschuldigte mit, er bereue seinen Fehler zutiefst und bitte für seine Tat

um Entschuldigung. Im Rahmen des Schlusswortes vor Vorinstanz bekräftigte er seine Einsicht, "ein grobes Fehlverhalten" an den Tag gelegt und "nicht den besten Entscheid" getroffen zu haben. Damals sei es ihm einfach klar gewesen, dass er so habe entscheiden müssen. Das bereue er nun sehr (Prot. I S. 25).

3.6.2. Mit Bezug auf den Zeitpunkt des Geständnisses kann dieses kaum strafmindernd wirken. Zwar stimmt mit dem Verteidiger, dass damit immerhin der Staatsanwaltschaft die Vorbereitung auf die Hauptverhandlung vereinfacht worden und dem Gericht die Erstellung des Sachverhalts erspart geblieben ist (Urk. 30 S. 5). Das Mass dieser Erleichterungen war allerdings äusserst klein, nachdem der Sachverhalt zu jenem Zeitpunkt nach der Beschlagnahme des Kokains aus dem Koffer des Beschuldigten sowie den weiteren Erhebungen der Untersuchungsbehörden (Urk. 5 bis 9) praktisch unbestreitbar festgestanden hat. Die Beteuerungen des Beschuldigten, er habe bis dahin keine Aussagen gemacht, weil er Angst gehabt habe, es könnten seine Ehefrau und Familie in Gefahr sein (Urk. 28/2; Prot. I S. 14/15; Urk. 30 S. 5/6; Urk. 31/1; Urk. 65 S. 10 f.), vermögen ihm diesbezüglich nicht zu helfen, denn der Grund einer Aussageverweigerung ändert nichts am Umfang der dadurch notwendigen zusätzlichen Untersuchungshandlungen bzw. am Grad, um welchen ein Geständnis die Untersuchung erleichtert hätte. Zudem ist mit der Vorinstanz (Urk. 43 S. 13) darauf hinzuweisen, dass dem Beschuldigten bereits im Verlaufe der Einvernahme vom 15. September 2014 mitgeteilt worden war, dass seine Partnerin am 23. August 2014 von São Paulo nach Madrid geflogen sei (Urk. 4/3 S. 9), womit feststand, dass diese nicht mehr "als Pfand" (Urk. 30 S. 6) in Brasilien festgehalten werden konnte. Dieser Grund konnte damit nicht mehr dafür ausschlaggebend sein, dass der Beschuldigte weiterhin – während des Rests der Befragung vom 15. September 2014 (Urk. 4/3 S. 9-14) und in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 16. Oktober 2014 (Urk. 4/11) – die Aussage verweigerte. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte, wie bereits einmal erwähnt, einräumen musste, dass seine Familie nie direkt bedroht worden sei (Prot. I S. 21, Urk. 65 S. 8).

Der Umstand, dass der Beschuldigte trotz der völlig klaren Beweislage erst im Hinblick auf die vorinstanzliche Hauptverhandlung ein Geständnis ablegte, ist

damit viel eher so zu deuten, als er angesichts des Antrags der Staatsanwaltschaft, es sei eine Freiheitsstrafe von 48 Monaten auszusprechen, wohl erschrocken sein dürfte und noch versuchen wollte, "zu retten, was zu retten ist".

3.6.3. Inwieweit es wirklich aufrichtig ist, wenn der Beschuldigte nun sein Fehlverhalten einsieht und seinen Fehler bereut, ist deshalb zu bezweifeln. Es ist aber nicht zu verkennen, dass er sich reumütig und einsichtig gezeigt hat, und er bekräftigte das auch anlässlich der Berufungsverhandlung (Urk. 65 S. 11). Eine gewisse Strafminderung ist deshalb – in Übereinstimmung mit der Verteidigung (Urk. 66 S. 3) – am Platz.

3.6.4. Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten aufgrund dessen Geständnisses eine "minimale" Strafminderung im Umfang "von einigen wenigen Monaten" zugestimmt und ihre Einsatzstrafe von 48 Monaten auf 42 Monate herabgesetzt (Urk. 43 S. 19). Eine solche Strafreduktion um 12,5 % erscheint den gegebenen Verhältnissen als angemessen und ist zu übernehmen. Ausgehend von der vorstehend ermittelten Einsatzstrafe von 42 Monaten ergeben sich so etwas mehr als 36 Monate (genau berechnet 36 Monate und 22,5 Tage).

3.7. Es erscheint damit als gerechtfertigt und vertretbar, den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten zu bestrafen (vgl. dazu betreffend die Rechtsprechung im Bereich von Grenzwerten BGE 134 IV 17 E. 3.5).

3.8. Der Beschuldigte wurde am Tattag, dem 23. August 2014 verhaftet (Urk. 10/1) und befand sich anschliessend in Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Nach der Hauptverhandlung am 14. Januar 2015 wurde ihm von der Vorinstanz auf seinen Antrag hin der vorzeitige Strafvollzug bewilligt (Urk. 35). Bis und mit heute ist dem Beschuldigten damit bereits während 314 Tagen die Freiheit entzogen worden. Diese 314 Tage sind ihm in Anwendung von Art. 51 StGB auf die ausgefallte Strafe anzurechnen.

4. Strafvollzug

4.1. Eine Strafe von 3 Jahren kann nicht vollständig bedingt aufgeschoben werden (Art. 42 Abs. 1 StGB). Hingegen kommt gerade noch ein teilbedingter

Aufschub des Vollzugs gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB in Frage. Dabei darf der unbedingt vollziehbare Teil die Hälfte der Strafe nicht übersteigen und muss sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil mindestens sechs Monate betragen (Art. 43 Abs. 2 und 3 StGB).

4.2. Grundvoraussetzung für eine teilbedingte Strafe im Sinne von Art. 43 StGB ist, dass eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Zwar fehlt ein entsprechender Verweis auf Art. 42 StGB, doch ergibt sich dies aus Sinn und Zweck von Art. 43 StGB. Wenn und soweit die Legalprognose des Täters nicht schlecht ausfällt, verlangt die Bestimmung, dass zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung ausgesetzt wird. Umgekehrt gilt, dass bei einer Schlechtprognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe nicht gerechtfertigt ist. Denn wo keinerlei Aussicht besteht, der Täter werde sich in irgendeiner Weise durch den – ganz oder teilweise – gewährten Strafaufschub beeinflussen lassen, muss die Strafe in voller Länge vollzogen werden. Die Auffassung, dass die subjektiven Voraussetzungen von Art. 42 StGB auch für die Anwendung von Art. 43 StGB gelten müssen, entspricht ganz überwiegender Lehrmeinung (BGE 134 IV 1 E. 5.3.1 mit div. Verweisen). Das unklare Element des Verschuldens im Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 StGB ist gemäss Bundesgericht mit der – verschuldensmässig ermittelten – Strafhöhe verknüpft: Die Notwendigkeit einer teilbedingten Freiheitsstrafe ergibt sich demzufolge – wie vorliegend – als Folge der Schwere des Verschuldens, das sich in einer Strafhöhe zwischen zwei und drei Jahren niederschlägt (BGE 134 IV 1 E. 5.3.3). Das Verhältnis zwischen aufgeschobenem und zu vollziehendem Strafteil ist nach pflichtgemäsem Ermessen so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf dabei das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 134 IV 1 E. 5.6).

4.3. Der Beschuldigte ist weder in der Schweiz (Urk. 15/1; Urk. 45) noch in seinem Heimatland Portugal vorbestraft (Urk. 15/3; Prot. I S. 8). Als Ersttäter ist

bei ihm deshalb eine günstige Prognose zu vermuten. Indizien, welche diese Vermutung umstossen könnten, liegen keine vor.

4.4. Es ist deshalb keine unbedingte Strafe notwendig, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten, und es kann ihm der teilbedingte Aufschub der Strafe gewährt werden. Bei der Bemessung des Verhältnisses zwischen dem zu vollziehenden und dem bedingt aufzuschiebenden Teil der Strafe fällt zunächst ins Gewicht, dass die Delinquenz des Beschuldigten zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren geführt hat, was das Höchstmass dessen ist, bei welchem eine teilbedingte Strafe überhaupt noch möglich ist (1 Jahr bis 3 Jahre, Art. 43 Abs. 1 StGB). Bei Strafen in derartigen Höhen spricht die angemessene Berücksichtigung der Verschuldungsgesichtspunkte grundsätzlich für einen vollziehbaren Anteil im oberen Bereich des Zulässigen. Eine Reduktion kann aber etwa bei einer einwandfreien Legalprognose angezeigt sein. Dies ist vorliegend der Fall. Der Beschuldigte war – im Tatzeitpunkt immerhin schon 44-jährig – bisher unbescholten, und es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass er künftig nochmals straffällig werden wird. Es ist deshalb nicht erforderlich, von der ausgesprochenen Freiheitsstrafe mehr als einen Drittel und mithin 12 Monate zu vollziehen. Den vollziehbaren Anteil noch kleiner anzusetzen, trüge einerseits den Zweifeln hinsichtlich seiner Einsicht und Reue (vgl. E. 3.6.3 vorstehend) zu wenig Rechnung und unterschritte andererseits bei der gesamthaft ausgefallten Strafe von 3 Jahren das unter Verschuldungsgesichtspunkten gebotene Mindestmass.

4.5. Der Vollzug der Freiheitsstrafe von 36 Monaten ist damit im Umfang von 24 Monaten bei einer Probezeit von 2 Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB) bedingt aufzuschieben und im übrigen Umfang (12 Monate) zu vollziehen. Auf den vollziehbaren Teil sind die erstandenen 314 Tage Haft bzw. vorzeitigen Strafvollzug anzurechnen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Im Berufungsverfahren erfolgt die Kostentragung nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens der Parteien (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschul-

digte obsiegt mit seiner Berufung etwa zur Hälfte. Das rechtfertigt es, die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, zur Hälfte dem Beschuldigten aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen.

5.2. Dem Antrag der Verteidigung, die Kosten angesichts der wirtschaftlichen Situation des Beschuldigten definitiv abzuschreiben (Urk. 66 S. 1, 5), kann nicht gefolgt werden. Zwar können gemäss Art. 425 StPO Forderungen aus Verfahrenskosten von der Strafbehörde gestundet oder unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der kostenpflichtigen Person herabgesetzt oder erlassen werden. Keinesfalls verlangt aber Art. 425 StPO, dass schon im Urteil darüber befunden wird, ob der minderbemittelte Betroffene von der Kostentragungspflicht (allenfalls auch nur teilweise) zu befreien ist. Vielmehr ermöglicht es die genannte Bestimmung – bzw. legt es deren Wortlaut gar nahe – dass den Verhältnissen des Betroffenen erst im Zeitpunkt des Kostenbezugs Rechnung getragen werden kann. Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang nämlich, dass die definitive Abschreibung von Gerichtskosten eine weitreichende Wirkung aufweist und einem Erlass gleichkommt. Sie können daher selbst dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Schuldner in der Folgezeit in günstige finanzielle Verhältnisse kommt. Diese Art der Abschreibung sollte daher nur in ausgesprochenen Ausnahmefällen gewährt werden (vgl. zum alten Recht ZR 103 Nr. 46). Vorliegend ist kein solcher Ausnahmefall gegeben, wonach es sich rechtfertigen würde, den Beschuldigten von der Kostentragung zu befreien. Es ist nicht auszuschliessen, dass der Beschuldigte dereinst wieder in günstige finanzielle Verhältnisse kommen kann, sei dies etwa durch eigenen Arbeitserwerb oder auch Vermögensanfall sonstiger Art, beispielsweise aus eherechtlichen oder erbschaftlichen Ansprüchen. Den Beschuldigten bereits im jetzigen Zeitpunkt von der – ganzen oder teilweisen – Tragung der Untersuchungs- und Verfahrenskosten definitiv zu entbinden, wäre daher nicht gerechtfertigt.

5.3. Ausgangsgemäss sind sodann die Kosten der amtlichen Verteidigung im Umfang der einen Hälfte einstweilen und im Umfang der andern Hälfte definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei im Umfang der einstweilen auf die

Gerichtskasse genommenen Hälfte die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung, vom 14. Januar 2015 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:
 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. (...)
 3. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 27. Oktober 2014 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse ge-lagerten Gegenstände
 - Mobiltelefon Samsung, weiss, GT-E1200I, IMEI-Nummer ..., Asservat-Nr. ...
 - Mobiltelefon Samsung, schwarz, SM-G350, inkl. Ladekabel, IMEI-Nummer ..., Asservat-Nr. ...
 - 2 Kofferschlüssel, schwarzer Kopf, passend zum Schalenkoffer "Munimuni", Asservat-Nr. ...werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Bezirksgerichtskasse zu vernichten.
 4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 27. Oktober 2014 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse gelagerten Gegenstände
 - 2 Boardingpässe, lt. auf A._____, 1x Sao Paulo - Zürich + 1x Zürich - Brüssel, Unterlagen zum Flugplan, Asservat-Nr. ...
 - div. Notizmaterial, z. T. mit Handnotizen, Geschäftskärtchen, Hotelrechnung Hotel ... in Sao Paulo für Aufenthalt vom 15.-23.08.2014, Asservat-Nr. ...werden zuhanden der Akten eingezogen.
 5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 27. Oktober 2014 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich unter der Lagernummer ... aufbewahrten 3.937 Kilogramm Kokaingemisch (2.813 Kilogramm Reinsubstanz Kokain; bestehend aus fünf Paketen mit gelblich-weissem, zum Teil gepresstem Pulver), Reisekoffer (Marke Munimuni, grau, ausziehbarer Schalenkoffer mit Rollen, Asservat-Nr. ...) sowie ein grüner Schrumpfpplastik (abgelöst ab Koffer - Schutzhülle, Verpackung, Asservat-Nr. ...), werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten.
 6. Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf:

Fr. 2'500.- ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 3'679.- Auslagen Vorverfahren (Gutachten, MIG, Polizei)
Fr. 2'500.- Gebühr für die Strafuntersuchung
Fr. 13'837.25 amtl. Verteidigungskosten

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.
 8. (Mitteilungen)
 9. (Rechtsmittelbelehrung)
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 314 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 24 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate, wovon 314 Tage erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
3. Die ab den eingezogenen Mobiltelefonen (Dispositivziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach, I. Abteilung, vom 14. Januar 2015) auf einen externen Datenträger kopierten Daten (Untersuchungs-Nr. ..., Ref.-Nr. ...) werden nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist (Dispositivziffer 7 nachfolgend) gelöscht und der Datenträger wird zu diesem Zweck der Kantonspolizei Zürich zurück gegeben.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'000.- amtliche Verteidigung

5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden zur Hälfte dem Beschuldigten auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden zur Hälfte einstweilen und zur Hälfte definitiv auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt im Umfang der einstweilen auf die Gerichtskasse genommenen Hälfte gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
- das Bundesamt für Polizei, Nussbaumstrasse 29, 3003 Bern

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
- die KOST Zürich mittels Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"
- die Kantonspolizei Zürich, Dienststelle TEU-ICT-Ref.-Nr. ...

7. 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, 2. Juli 2015

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Marti

lic. iur. S. Bussmann

§