

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB110249-O/U/rc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Vorsitzender, lic. iur. Burger und  
Oberrichterin Dr. Janssen sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur.  
Schlegel

## Urteil vom 6. September 2011

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc. und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung,  
vom 31. Januar 2011 (DG100568)**

### **Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 5. November 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 9).

### **Urteil und Beschluss der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte ist schuldig
  - des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4-6 i. V. m. Ziff. 2 lit. a BetmG,
  - der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG i. V. m. Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. d AuG sowie
  - der Fälschung von Ausweisen im Sinne von Art. 252 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 3  $\frac{3}{4}$  Jahren Freiheitsstrafe, wovon 95 Tage durch Polizei- und Untersuchungshaft erstanden sind.  
  
Es wird Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte seit dem 1. November 2010 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 25. November 2009 ausgefallte bedingte Freiheitsstrafe von 22 Monaten, abzüglich 309 Tage Untersuchungshaft, wird vollzogen.
5. Die gemäss Rapport der Kantonspolizei Zürich vom 19. August 2010 sicher-gestellte und in den Untersuchungsakten liegende Identitätskarte von ..., lautend auf den Namen B.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.jjjj sowie die ZVV-Netzkarte werden eingezogen und bei den Akten belassen.
6. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 15. November 2010 beschlagnahmte Mobiltelefon Siemens A75 inklusive

SIM-Karte wird eingezogen und durch die Kasse des Bezirksgerichts verwertet. Der Verwertungserlös wird zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

7. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:

Fr. 4'000.- ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. Kosten Kantonspolizei

Fr. Gebühr Anklagebehörde

Fr. Kanzleikosten

Fr. 1'060.- Auslagen Untersuchung

Fr. 6'289.60 amtliche Verteidigung

8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.

### **Berufungsanträge:**

a) Des Verteidigers des Angeklagten:

(Urk. 40)

1. Der Beschuldigte sei der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen.
2. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von höchstens 3 Jahren zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft.
3. Die Freiheitsstrafe sei zu vollziehen.
4. Auf den Widerruf des mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 25. November 2009 für eine Freiheitsstrafe von 22 Monaten gewährten bedingten Strafvollzugs sei zu verzichten.

5. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 37, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

### **Das Gericht erwägt:**

#### **I. Verfahrensgang**

1. Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil vom 31. Januar 2011 sprach das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, den Beschuldigten A.\_\_\_\_\_ des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4-6 BetmG in Verbindung mit Ziff. 2 lit. a BetmG, der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. d AuG sowie der Fälschung von Ausweisen im Sinne von Art. 252 StGB schuldig (Urk. 26 S. 19, Dispositivziffer 1). Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 3  $\frac{3}{4}$  Jahren unter Anrechnung von 95 Tagen Untersuchungshaft und unter Vormerknahme, dass sich der Beschuldigte seit dem 1. November 2010 im vorzeitigen Strafvollzug befindet (Urk. 26 S. 19 Dispositivziffer 2). Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde nicht aufgeschoben (Urk. 26 S. 19 Dispositivziffer 3). Ferner entschied die Vorinstanz, dass die mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 25. November 2009 ausgefallte bedingte Freiheitsstrafe von 22 Monaten, abzüglich 309 Tage Untersuchungshaft, vollzogen werde (Urk. 26 S. 19, Dispositivziffer 4). Schliesslich ordnete die Vorinstanz die Einziehung der anlässlich der Verhaftung sichergestellten Identitäts- und ZVV-Netzkarte sowie des beschlagnahmten

Mobiltelefons Siemens A75 inklusive SIM-Karte an (Urk. 26 S. 19 f., Dispositivziffern 5 und 6).

2.1. Gegen das mündlich eröffnete Urteil meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 9. Februar 2011 fristgerecht Berufung an (Urk. 25). Das vollständig begründete Urteil wurde seitens der Verteidigung des Beschuldigten am 22. März 2011 entgegengenommen (Urk. 30/1). Mit Eingabe vom 11. April 2011 wurde die Berufungserklärung fristgerecht eingereicht (Urk. 33). Die Anklagebehörde teilte mit Eingabe vom 26. April 2011 innert der ihr mit Präsidialverfügung vom 15. April 2011 (Urk. 35) angesetzten Frist mit, dass auf Anschlussberufung verzichtet werde (Urk. 37).

2.2. Aus der Berufungserklärung des Beschuldigten ergibt sich, dass dieser den Schuldspruch wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4-6 BetmG in Verbindung mit Ziff. 2 lit. a BetmG, die Bemessung der Strafe sowie die Anordnung des Vollzugs der mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 25. November 2009 ausgefallten bedingten Freiheitsstrafe von 22 Monaten (abzüglich 309 Tage Untersuchungshaft) anfecht, nicht hingegen die Schuldsprüche wegen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz und wegen Fälschung von Ausweisen. Ferner werden die Einziehung der Identitätskarte, der ZVV-Netzkarte und des Mobiltelefons nicht angefochten (Urk. 33 S. 2).

## **II. Prozessuales**

Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils somit im Umfang der Anfechtung gehemmt. Aus der Berufungserklärung vom 11. April 2011 ergibt sich, dass die Berufung auf den Schuldpunkt (Schuldspruch wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4-5 BetmG in Verbindung mit Ziffer 2 lit. a BetmG), auf die Bemessung der Strafe und auf die Anordnung des Vollzugs der mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 25. November 2009 ausgefallten bedingten Freiheitsstrafe von 22 Monaten (abzüglich

309 Tage Untersuchungshaft) beschränkt wird (Urk. 26). Im Übrigen ist der Entscheid der Vorinstanz daher in Rechtskraft erwachsen, weshalb vorab mit Beschluss die entsprechende Teilrechtskraft des Urteils vom 31. Januar 2011 festzustellen ist.

### III. Schuldpunkt

1. Dem Beschuldigten wird in Anklageziffer 2 vorgeworfen, am 29. Juli 2010, kurz vor 12.00 Uhr, an der ...-Strasse in Y.\_\_\_\_\_ in das Fahrzeug von C.\_\_\_\_\_ eingestiegen zu sein, diesem einen Bargeldbetrag von Fr. 15'000.– übergeben und im Gegenzug eine Menge von zwei Kilogramm Heroin (Nettogewicht 1,988 kg, Reinheitsgehalt 48 %, entsprechend 950 Gramm Heroinhydrochlorid) erhalten zu haben, deren von ihm beabsichtigte Weitergabe jedoch durch die Sicherstellung anlässlich seiner kurz darauf erfolgten Festnahme habe verhindert werden können (Urk. 9 S. 2). Der Beschuldigte hat diesen Sachverhalt anerkannt (Urk. 2/9 S. 2; Urk. 19 S. 8 ff.).

2. Sowohl die Anklagebehörde als auch die Vorinstanz würdigten dieses Verhalten als Verstoss gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4-6 BetmG in Verbindung mit Ziff. 2 lit. a BetmG (Urk. 9 S. 3; Urk. 26 S. 19 Dispositivziffer 1). Der Beschuldigte ist demgegenüber der Ansicht, mit seinem Verhalten gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 in Verbindung mit Ziff. 2 lit. a BetmG, nicht aber gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4-5 in Verbindung mit Ziff. 2 lit. a BetmG verstossen zu haben (Urk. 21 S. 3 f.; Urk. 33 S. 2 ff.; Urk. 40 S. 2). Zur Begründung führt er an, es stehe fest, dass er die Drogen im Auftrag von D.\_\_\_\_\_ nach Z.\_\_\_\_\_ hätte transportieren und sie dort einem Abnehmer hätte übergeben sollen. Damit sei er ein typischer Transporteur. Er habe nie die Absicht gehabt, die Drogen selber zu verteilen oder anzubieten. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG sei objektiv und subjektiv nicht erfüllt. Das blosses Befördern von Drogen falle einzig unter Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 BetmG. Er sei um 11.52 Uhr in C.\_\_\_\_\_s Auto gestiegen. Dort habe er ihm das Geld übergeben und dafür die Drogen erhalten. Bereits um 11.55 Uhr sei er, nach dem Verlassen des Autos, verhaftet worden. Er habe die Drogen somit für höchstens drei Minuten in seinem

Besitz gehabt. Sein Verhalten könne nur als ein Anstaltentreffen zum Befördern von Drogen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG gewürdigt werden. Der Besitz gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG sei damit bereits abgedeckt (Urk. 33 S. 4; Urk. 40 S. 3 f.).

3.1. Per 1. Juli 2011 ist die revidierte Fassung von Art. 19 BetmG in Kraft getreten. Da das BetmG diesbezüglich keine Übergangsbestimmungen enthält, gelangt für die Frage, ob das alte oder das neue Recht anwendbar ist, gemäss Art. 26 BetmG, wonach die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches insoweit Anwendung finden, als das BetmG nicht selbst Bestimmungen aufstellt, Art. 2 StGB zur Anwendung. Nach dieser Bestimmung ist grundsätzlich das alte Recht anwendbar (Art. 2 Abs. 1 StGB). Das neue Recht gelangt nur dann zur Anwendung, wenn es das mildere ist (Art. 2 Abs. 2 StGB).

3.2. Der eingeklagte Sachverhalt wird sowohl vom alten als auch vom neuen Recht vollständig erfasst. Vorliegend erweist sich das neue Recht als das mildere, da der neue fakultative Strafmilderungsgrund gemäss Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG im konkreten Fall strafreduzierend herangezogen werden kann (dazu nachfolgend unter IV/1.3.), weshalb das neue Recht anwendbar ist.

4. Indem der Beschuldigte C. \_\_\_\_\_ einen Bargeldebetrag von Fr. 15'000.– übergab und dafür im Gegenzug rund zwei Kilogramm Heroingemisch (Nettogewicht 1,988 kg, Reinheitsgehalt 48 %, entsprechend 950 Gramm Heroinhydrochlorid) erhielt, erfüllte er nach dem anwendbaren neuen Recht den Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG, denn ein solcher Vorgang ist, auch wenn er auf Rechnung eines anderen geschieht, als Erwerb im Sinne der genannten Bestimmung zu qualifizieren (vgl. Fingerhuth/Tschurr, Kommentar Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007, Art. 19 N 91, zum altrechtlichen Tatbestand des Kaufes auf Rechnung eines anderen). Die beim Beschuldigten vorhandene Absicht, die Drogen anschliessend nach Z. \_\_\_\_\_ zu transportieren, stellt aber zusätzlich ein Anstaltentreffen zur Beförderung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. a BetmG dar. Für eine Qualifikation der gesamten Tathandlungen "lediglich" als Anstaltentreffen zur Be-

förderung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. a BetmG bleibt unter den gegebenen Umständen kein Raum.

5. Somit ist der Beschuldigte zudem des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG sowie im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen.

#### **IV. 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 das Verbrechen im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG sowie im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. a BetmG, wofür der Strafraumen bei Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zwanzig Jahren liegt, die mit einer Geldstrafe verbunden werden kann (Art. 19 Abs. 2 BetmG in Verbindung mit Art. 40 StGB). Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, beeinflussen die Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer (Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. d AuG) sowie das Fälschen von Ausweisen im Sinne von Art. 252 StGB den maximalen theoretischen Strafraumen nicht, da das gesetzliche Höchstmass der Freiheitsstrafe bei 20 Jahren liegt, doch sind sie innerhalb des ordentlichen Strafraumens strafferhöhend zu berücksichtigen.

1.3. Sodann liegt hinsichtlich des Anstaltentreffens zur Beförderung der fakultative Strafmilderungsgrund von Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG vor.

## 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).

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. 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 Schwarzenegger/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; Straten-

werth, 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: Fingerhuth/Tschurr, a.a.O., S. 374 ff.).

## 2.2. Tatkomponente

### 2.2.1. *Objektive Tatschwere*

Die Vorinstanz hat das objektive Tatverschulden des Beschuldigten hinsichtlich des Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz als erheblich bezeichnet. Da dies einer Strafe im mittleren Bereich des ordentlichen Strafrahmens entsprechen würde (vgl. BGE 136 IV 55 E. 5.9), wovon die Vorinstanz in der Folge korrekterweise nicht ausgeht, erscheint es angebracht, das diesbezügliche Verschulden als nicht mehr leicht zu bezeichnen. Davon ausgehend, dass ab einer Menge von 12 Gramm reinem Heroin von einem schweren Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG auszugehen ist, war die Menge von rund 2 Kilogramm Heroingemisch (Nettogewicht 1,988 kg, Reinheitsgehalt 48 %, entsprechend 950 Gramm Heroin-Hydrochlorid), die der Beschuldigte anlässlich seiner Verhaftung mitführte, geeignet, die Gesundheit einer grossen Anzahl von Menschen zu gefährden. Der Vorinstanz ist zwar darin zu folgen, dass der Beschuldigte eher auf einer unteren Stufe innerhalb der Hierarchie des Drogenhandels anzusiedeln war. Zu Recht hat sie aber darauf hingewiesen, dass dem Beschuldigten nicht nur Fr. 15'000.–, sondern auch die genannte Menge Heroingemisch zum Transport über eine längere Strecke anvertraut wurden, weshalb nicht von einer untersten Hierarchiestufe ausgegangen werden kann.

### 2.2.2. *Subjektive Tatschwere*

Bezüglich des Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz ist, da der Beschuldigte keine Drogen konsumiert, kein anderes als ein finanzielles und somit eigennütziges Motiv denkbar. Dass er, wie von ihm geltend gemacht, aus einer finanziell angespannten Situation heraus straffällig wurde, lässt sich zwar nicht widerlegen. Dies rechtfertigt aber selbstverständlich die an den Tag gelegte Delinquenz nicht. Der Beschuldigte ist offensichtlich nicht gewillt, sich an die hiesige Rechtsordnung zu halten. Sein Verhalten zeugt von einer erheblichen kriminellen Energie; in subjektiver Hinsicht ist von einem nicht mehr leichten Verschulden bezüglich des Verbrechens im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes auszugehen.

## 2.3. Täterkomponente

### *2.3.1. Persönliche Verhältnisse und Vorleben*

Die Vorinstanz hat das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten zutreffend wiedergegeben. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann auf diese Erwägungen verwiesen werden (Urk. 26 S. 9 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

Aus den persönlichen Verhältnissen und dem Vorleben lassen sich, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, weder Straferhöhungs- noch Strafminde-rungsgründe ableiten.

### *2.3.2. Vorstrafen*

Nicht nur erheblich (so die Vorinstanz: Urk. 26 S. 10), sondern massiv strafferhö-hend zu berücksichtigen sind die einschlägige Vorstrafe des Beschuldigten sowie die Delinquenz während laufender Probezeit. Erst am 25. November 2009 war der Beschuldigte zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 22 Monaten, unter Anrech-nung von 309 Tagen Untersuchungshaft, verurteilt worden. Offensichtlich ver-mochte ihn weder diese Vorstrafe noch der damit verbundene Freiheitsentzug zu beeindrucken. Vielmehr delinquierte er während laufender Probezeit erneut, und zwar einschlägig.

### *2.3.3. Nachtatverhalten*

Der Beschuldigte war nach seiner Verhaftung zwar geständig, aber angesichts der bei ihm aufgefundenen Betäubungsmittel ohnehin praktisch überführt. Sodann war der Beschuldigte während des Verfahrens wenig kooperativ. Dass die Vo-rinstanz das Nachtatverhalten des Beschuldigten unter diesen Umständen nicht in maximalem Umfang, sondern durch Reduktion im Umfang von einem Viertel strafmindernd berücksichtigte (Urk. 26 S. 11), ist nicht zu beanstanden.

#### 2.4. Hypothetische Einsatzstrafe

In Würdigung der obgenannten Kriterien und unter Berücksichtigung des genannten fakultativen Strafmilderungsgrundes hinsichtlich des Anstaltentreffens zur Beförderung, der strafreduzierend wirkt, erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe von 3 ¼ Jahren (39 Monaten) Freiheitsstrafe als angemessen.

#### 3. Gesamtstrafe

3.1. Die für das schwerste Delikt eingesetzte Strafe ist gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips unter Einbezug der weiteren Delikte angemessen zu erhöhen. Die Vorinstanz hat die einzelnen Kriterien sowohl bezüglich der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz als auch bezüglich der Fälschung von Ausweisen detailliert dargelegt, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 26 S. 11 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Würdigung dieser Kriterien ist in sich schlüssig und überzeugend. Ergänzt werden kann, dass sich die Angabe des Beschuldigten, eingereist zu sein, um "Schwarzarbeit" zu leisten (Urk. 19 S. 8), als reine Schutzbehauptung erweist. Im Verfahren, das im Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 25. November 2009 mündete, hatte er im Zusammenhang mit seiner damaligen Tätigkeit im Drogenhandel zu Protokoll gegeben, dass er nicht in die Schweiz eingereist sei, um mit Drogen zu handeln, sondern sich dies erst aus den Umständen ergeben habe. Er habe verschiedentlich auf dem Bau arbeiten können, aber nicht so, wie er es sich vorgestellt habe. *Ohne Bewilligung habe man keine Chance*; er habe immer nach einigen Tagen wieder gehen müssen. So habe er dann das Angebot zur Tätigkeit im Drogenhandel angenommen (Beizugsakten DG090101, Urk. 3/9 S. 5). Angesichts der somit bereits im Jahr 2009 beim Beschuldigten eingetretenen Erkenntnis, dass in der Schweiz auch "schwarz" keiner Arbeit nachgegangen werden kann, muss darauf geschlossen werden, dass der Beschuldigte zwecks erneuter Betätigung im Drogenhandel einreiste.

3.2. In Würdigung aller massgeblichen Umstände erweist sich eine Freiheitsstrafe von 3 ½ Jahren (42 Monaten) als angemessen. Der Beschuldigte ist somit mit einer (unbedingten) Freiheitsstrafe von 3 ½ Jahren, wovon 404 Tage durch Polizei- und Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind, zu bestrafen.

### **V. Widerruf**

1. Die Vorinstanz hat die allgemeinen Voraussetzungen und die Kriterien für den Widerruf einer bedingt ausgesprochenen Strafe korrekt wiedergegeben und zudem mit zutreffender Begründung festgehalten, dass vorliegend die Bildung einer Gesamtstrafe ausser Betracht fällt, weshalb auf ihre diesbezüglichen Erwägungen verwiesen werden kann (Urk. 26 S. 15 Ziff. 1, Ziff. 2, zweiter Absatz, und Ziff. 3.1.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

2. Ferner hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass der Beschuldigte die heute zu beurteilenden Straftaten während der zweijährigen Probezeit, die ihm mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 25. November 2009 angesetzt worden war, verübte (Urk. 7/1), und deshalb grundsätzlich ein Widerrufsgrund im Sinne von Art. 46 Abs. 1 StGB gegeben ist.

3. Der Vorinstanz ist darin zuzustimmen, dass dem Beschuldigten in Würdigung aller wesentlichen Umstände eine ungünstige Legalprognose gestellt werden muss. Sie hat ihre Beurteilung der Rückfallgefahr einlässlich und plausibel begründet, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen darauf verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO). Nur gerade 7 ½ Monate, nachdem er vom Bezirksgericht Winterthur wegen Drogendelikten und wegen Verstosses gegen das Ausländergesetz zu einer 22-monatigen Freiheitsstrafe verurteilt worden war, reiste der Beschuldigte wieder in die Schweiz ein. Nicht nur damit, sondern auch indem er sich in der Folge wiederum im Drogenhandel betätigte, delinquierte er erneut, und zwar einschlägig. Nicht einmal die im vorherigen Verfahren erstandene Untersu-

chungshaft von immerhin 309 Tagen vermochte ihn von dieser weiteren Delinquenz abzuhalten. Unter diesen Umständen vermögen die Einsichtsbeteuerungen und Absichtserklärungen des Beschuldigten nicht zu überzeugen. Zudem kann entgegen der Argumentation seines Verteidigers (Urk. 33 S. 5) nicht davon ausgegangen werden, dass der (vom Beschuldigten nicht in Frage gestellte) Vollzug der heute auszufällenden Freiheitsstrafe ihm Warnung genug sein werde, um inskünftig nicht mehr straffällig zu werden. Die mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 25. November 2009 ausgesprochene Freiheitsstrafe von 22 Monaten ist demnach zu vollziehen, wobei an den Strafvollzug 309 Tage als durch Untersuchungshaft erstanden anzurechnen sind.

#### **VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Auflage der Kosten und die Zusprechung einer Entschädigung erfolgt im Berufungsverfahren gemäss Art. 428 Abs. 1 StPO nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens der Verfahrensbeteiligten.
2. Der Beschuldigte hat im Berufungsverfahren eine mildere Bestrafung sowie das Absehen vom Widerruf der mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 25. November 2009 ausgefallten bedingten Freiheitsstrafe von 22 Monaten, abzüglich 309 Tagen Untersuchungshaft, beantragt, weshalb er zum grössten Teil unterliegt. Ausgangsgemäss hat der Beschuldigte die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Der amtliche Verteidiger ist für das Berufungsverfahren aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Hinsichtlich des entsprechenden Rückforderungsanspruchs des Kantons Zürich gegenüber dem Beschuldigten gilt Art. 135 Abs. 4 StPO.

**Das Gericht beschliesst:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 31. Januar 2011 bezüglich Dispositivziffer 1, Spiegelstrichen 2 und 3 (Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a und lit. d AuG sowie wegen Fälschung von Ausweisen im Sinne von Art. 252 StGB), Dispositivziffer 3 (Vollzug), Dispositivziffern 5 und 6 (Einziehung) sowie Dispositivziffern 7 und 8 (Kosten) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Das Gericht erkennt:**

1. Der Beschuldigte ist ferner schuldig des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG sowie im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 3 ¼ Jahren Freiheitsstrafe, wovon 404 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind.
3. Die mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 25. November 2009 ausgefallte bedingte Freiheitsstrafe von 22 Monaten, abzüglich 309 Tage Untersuchungshaft, wird vollzogen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– wird dem Beschuldigten auferlegt.

5. Der amtliche Verteidiger wird für das Berufungsverfahren aus der Gerichtskasse entschädigt. Hinsichtlich des entsprechenden Rückforderungsanspruchs des Kantons Zürich gilt Art. 135 Abs. 4 StPO.

6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- den amtlichen Verteidiger im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Strafanstalt E.\_\_\_\_\_ (durch die zuführenden Polizeibeamten)

in vollständiger Ausfertigung an

- den amtlichen Verteidiger im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
- die Bundesanwaltschaft
- das Bundesamt für Migration

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Vorinstanz
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Löschmoden
- das Bezirksgericht Winterthur betreffend Prozess-Nr. DG090101 im Dispositivauszug (Ziffer 3).

7. Rechtsmittel:

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.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. Bussmann

lic. iur. Schlegel