

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110218-O/U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. F. Bollinger, Vorsitzender, lic. iur. R. Naef
und Ersatzoberrichterin lic. iur. M. Bertschi sowie die juristische
Sekretärin lic. iur. C. Semadeni

Urteil vom 6. September 2011

in Sachen

A. _____,

Angeklagter und Appellant

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis,

vertreten durch Leitende Staatsanwältin lic. iur. C. Wiederkehr,

Anklägerin und Appellatin

betreffend

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom

12. Oktober 2010 (DG100037)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis vom 26. Juli 2010 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 12).

Entscheid der Vorinstanz:
(Urk. 42 S. 18 ff.)

"Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte ist schuldig
 - der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG,
 - der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 lit. a und d AuG,
 - des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG,
 - der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Der Angeklagte wird bestraft mit 16 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 168 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 500.00.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Angeklagte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 140.00 Kosten der Kantonspolizei Zürich
Fr. 48.00 Kanzleikosten Untersuchung
Fr. 833.15 Auslagen Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Angeklagten auferlegt, jedoch sofort und definitiv abgeschrieben, soweit nicht durch Barmittel und Verwertungserlös gemäss nachfolgendem Beschluss gedeckt.
7. (Mitteilung)
8. (Rechtsmittel)

Sodann beschliesst das Gericht:

1. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 26. Juli 2010 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 70.00 und Euro 85.00 (Sachkaution 40'027) wird definitiv beschlagnahmt und zur Vollstreckung des Urteils, primär zur Deckung der Busse und sekundär zur Deckung der Verfahrenskosten, verwendet.
2. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 26. Juli 2010 beschlagnahmten 2 Natel ... werden definitiv beschlagnahmt und sind durch die Bezirksgerichtskasse zu verwerten. Der allfällige Erlös wird zur Vollstreckung des Urteils, primär zur Deckung der Busse und sekundär zur Deckung der Verfahrenskosten, verwendet.
3. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 26. Juli 2010 beschlagnahmten Gegenstände, nämlich 2 SIM-Karten, div. Notizzettel, 1 ZVV Pass, 1 ... Ticket, 1 ... SIM-Karte, 1 Telefonkarte (Sachkaution 40'027), werden mit Ausnahme der SIM-Karte "...", eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen. Die SIM-Karte "..." wird dem Angeklagten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Beschlusses auf erstes Verlangen herausgegeben.

4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 26. Juli 2010 beschlagnahmten 6 Portionen Betäubungsmittel (Aufbewahrungsort: SA4-BM1, Lagernummer B-1214/10) werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur Vernichtung überlassen.
5. (Mitteilung)
6. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

a) der Verteidigung des Angeklagten:

(schriftlich, Urk. 54 S. 6)

1. In Abänderung von Disp.-Ziff. 1 des Urteils vom 12. Oktober 2010 sei der Angeklagte der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 BetmG schuldig zu sprechen. Im Übrigen seien die erstinstanzlichen Schuldsprüche zu bestätigen.
2. Der Angeklagte sei in Abänderung von Disp.-Ziff. 2 des Urteils vom 12. Oktober 2010 mit höchstens 9 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen.
3. Dem Angeklagten sei eine gerichtsübliche Genugtuung aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

b) der Staatsanwaltschaft Limmattal / Albis

(schriftlich und sinngemäss, Urk. 59 S. 2)

Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids.

Das Gericht erwägt:

I. Prozessuales

1. Per 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) in Kraft getreten. Gemäss Art. 453 Abs. 1 StPO werden Rechtsmittel gegen Entscheide, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes gefällt worden sind, nach bisherigem Recht und von den bisher zuständigen Behörden beurteilt. Demnach sind vorliegend als Prozessrecht die Zürcher Strafprozessordnung (StPO/ZH; LS 321) sowie das Zürcher Gerichtsverfassungsgesetz (GVG/ZH; LS 211.1) anwendbar.

2.1 Mit Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 12. Oktober 2010 wurde der Angeklagte der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG, der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 lit. a und lit. d des Ausländergesetzes (AuG), des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG und der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gesprochen. Der Angeklagte wurde mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 16 Monaten bestraft, unter Anrechnung der 168 Tage, welche der Angeklagte durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden hatte. Ebenso wurde gegen den Angeklagten eine Busse in Höhe von Fr. 500.– ausgesprochen.

2.2 Gegen diesen Entscheid liess der Angeklagte durch seinen amtlichen Verteidiger fristgerecht Berufung erheben (Urk. 30), wobei sich diese auf den Schuldspruch betreffend Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG und entsprechend auf die Strafzumessung beschränkt. Die Beanstandungen gingen mit Schreiben vom 28. Februar 2010 ebenfalls innert Frist ein (Urk. 35). Die Anklagebehörde ihrerseits verzichtete auf eine Anschlussberufung und liess mit Eingabe vom 10. März 2011 die vollumfängliche Bestätigung des vorinstanzlichen

Urteils beantragen (Urk. 39). Beweisanträge wurden keine gestellt (Urk. 35; Urk. 39).

2.3 Nachdem sich die Parteien mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden erklärten (Urk. 35; Urk. 46 f.), wurde mit Beschluss vom 27. April 2011 und in Anwendung von § 420 und § 421 Ziff. 3 StPO/ZH das schriftliche Berufungsverfahren angeordnet (Urk. 48). Die Berufungsbegründung der amtlichen Verteidigung sowie die Berufungsantwort seitens der Anklagebehörde gingen innert Frist ein (Urk. 48ff.; Urk. 57ff.).

3. Berufungsgegenstand sind einzig der Schuldspruch betreffend Dispositivziffer 1 al. 1 und das Strafmass betreffend Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils. Im Berufungsverfahren nicht angefochten sind demnach

- die Schuldsprüche gemäss Dispositivziffer 1 al. 2, 3 und 4,
- die ausgefallte Busse in Höhe von Fr. 500.– (Dispositivziffer 2, zweiter Halbsatz) und entsprechend die Festsetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen (Dispositivziffer 4),
- die Kostenfestsetzung und -auferlegung gemäss Dispositivziffer 5 und 6 sowie
- die vorinstanzliche Regelung betreffend die Einziehung der beschlagnahmten Barschaft, Gegenstände und Betäubungsmittel (Dispositivziffer 1 bis 4 des Beschlusses zum Urteil)

Vom Eintritt der Rechtskraft dieser Anordnungen ist vorab Vormerk zu nehmen (§ 413 StPO/ZH).

4. Am 1. Juli 2011 ist das revidierte Betäubungsmittelgesetz in Kraft gesetzt worden (nBetmG). Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, so ist das neu in Kraft getretene Gesetz anzuwenden, sofern es für den Täter das mildere ist (Grundsatz des mildereren Rechts: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. Aufl., Zürich 2010, N8 zu

Art. 2, mit Verweis auf BGE 123 IV 86). Relevant ist im vorliegenden Fall die in Art. 19 Abs. 3 nBetmG neu statuierte *Möglichkeit* des Gerichtes, die Strafe in den genannten Fällen nach Ermessen zu mildern. Dies ist einerseits möglich, wenn der Angeklagte 'lediglich' Anstalten zu einer Widerhandlung nach lit. a bis lit. f von Art. 19 Abs. 1 nBetmG trifft (Art. 19 Abs. 1 lit. a nBetmG), andererseits bei einer qualifizierten Widerhandlung nach Art. 19 Abs. 2 nBetmG, wenn der Täter drogenabhängig ist und diese Widerhandlung zur Finanzierung des eigenen Betäubungsmittelkonsums bestimmt war (Beschaffungskriminalität; Art. 19 Abs. 3 lit. b nBetmG). Vorliegend wäre zu prüfen, ob allenfalls ein fakultativer Strafmilderungsgrund gemäss Art. 19 Abs. 3 lit. b nBetmG vorliegt. Dies ist jedoch zu verneinen. So liegt - wie noch zu zeigen sein wird - weder eine qualifizierte Widerhandlung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 nBetmG vor, noch kann rechtsgenügend nachgewiesen werden, dass sich der Angeklagte mit den Widerhandlungen den eigenen Konsum finanzieren wollte: Seinen Aussagen zu Folge habe er sich mit den beiden Drogentransporten seine Weiterreise finanzieren wollen (Prot. I S. 5). Folglich ist das neue Betäubungsmittelgesetz nicht das mildere, weshalb das bisher geltende BetmG anzuwenden ist.

II. Schuldpunkt

1.1 Die Vorinstanz verurteilte den vollumfänglich geständigen Angeklagten A._____ unter anderem wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 i.V.m. Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG. So führte sie zusammengefasst aus, dass sowohl bei den am Verhaftungstag beschlagnahmten sechs Portionen Heroin, als auch bei der tags zuvor transportierten Menge Heroin entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in Anwendung des allgemeinen Erfahrungssatzes von einem Reinheitsgrad von 25% auszugehen sei. Bei der nicht sichergestellten Menge könne ein Vertrauensbereich von 3.5% - da mangels Messung keine Messunsicherheit vorliegen könne - keine Berücksichtigung finden. Weiter führte sie an, dass selbst wenn man bei der beschlagnahmten Menge den vom Wissenschaftlichen Dienst angegebenen Vertrauensbereich von 3.5% berücksichtigen würde, der Angeklag-

te zusammen mit der nicht sichergestellten Menge über 12 Gramm reines Heroin gehandelt habe und somit die Schwelle zu einem schweren Fall überschritten worden sei (Urk. 42 S. 5 f.).

1.2 Wie bereits anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz angeführt (Urk. 25 S. 2 f.) wird seitens der Verteidigung beanstandet, dass das Heranziehen eines Durchschnittswerts von 25% in beiden Fällen als willkürlich erscheine. Sowohl bezüglich der *beschlagnahmten* 26.1 Gramm Heroingemisch, als auch der tags zuvor transportierten identischen Menge, sei der Grundsatz 'in dubio pro reo' verletzt worden. So sei die vom Wissenschaftlichen Dienst der Stadtpolizei Zürich festgestellte Messunsicherheit von 3.5% beim festgestellten Reinheitsgrad von 25% nicht berücksichtigt worden. Zugunsten des Angeklagten sei folglich von einem Reinheitsgrad von 21.5% auszugehen (Urk. 54 S. 2f. N 3-6). Bezüglich des *nicht beschlagnahmten*, am 26. April 2010 transportierten Heroingemischs sei von einem Reinheitsgrad von 21% auszugehen, wobei die Verteidigung auf die Statistiken der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin über die mittleren Betäubungsmittelgehalte verweist (Urk. 54 S. 3f. N 7-9; Urk. 55). Eventualiter sei auch bei dem nicht beschlagnahmten Heroingemisch von einem Reinheitsgrad von 21.5% auszugehen, da sich Übernahme und Transport des Heroins an beiden Daten identisch abgespielt hätten (Urk. 54 S. 3f. N 10).

2.1 Gemäss dem in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Grundsatz 'in dubio pro reo' ist bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld zu vermuten, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist. Als Beweislastregel bedeutet die Maxime, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Angeklagten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld nachweisen muss (BGE 127 I 40, 120 Ia 31 E. 2a und b). Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Die Überzeugung des Richters muss auf einem verstandesgemäss einleuchtenden Schluss beruhen und für den unbefangenen Beobachter objektiv und subjektiv nachvollziehbar sein

(Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, S. 247 N. 11). Die Beweiswürdigungsregel ist verletzt, wenn der Strafrichter an der Schuld des Angeklagten hätte zweifeln müssen (BGE 127 I 41, 124 IV 87 E. 2a).

2.2 Ein Schuldspruch darf demnach nur dann erfolgen, wenn die Schuld des Angeklagten mit hinreichender Sicherheit erwiesen ist, d.h. Beweise dafür vorliegen, dass der Angeklagte mit seinem Verhalten objektiv und subjektiv den ihm zur Last gelegten Straftatbestand verwirklicht hat. Dabei kann nicht verlangt werden, dass die Tatschuld gleichsam mathematisch sicher und unter allen Aspekten unwiderlegbar feststehe (vgl. Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, N288). Es muss genügen, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld des Angeklagten ausgeschlossen werden können. Aufgabe des Richters ist es, seinem Gewissen verpflichtet, in objektiver Würdigung des gesamten Beweisergebnisses zu prüfen, ob er von einem bestimmten Sachverhalt überzeugt ist und an sich mögliche Zweifel an dessen Richtigkeit zu überwinden vermag (§ 284 StPO/ZH; ZR 72 Nr. 80; Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast, S. 7; BGE 124 IV 88, 120 Ia 31 E. 2c). Bloss abstrakte oder theoretische Zweifel dürfen dabei nicht massgebend sein, weil solche immer möglich sind (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., S. 247 N12). Es genügt, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld ausgeschlossen werden können, hingegen darf ein Schuldspruch nie auf blosser Wahrscheinlichkeit beruhen. Lässt sich ein Sachverhalt nicht mit letzter Gewissheit feststellen, was schon im Wesen menschlichen Erkenntnisvermögens liegt, so hindert dies den Richter nicht, subjektiv mit Gewissheit davon überzeugt zu sein. Angesichts der Unschuldsvermutung besteht somit Beweisbedürftigkeit, das heisst der verfolgende Staat hat dem Beschuldigten alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen (vgl. dazu Schmid, a.a.O., S. 198, N599).

3.1 Vorgang vom 27. April 2010

Anlässlich seiner Festnahme vom 27. April 2010 trug der Angeklagte verteilt auf sechs Minigripsäcklein netto 26.1 Gramm Heroingemisch auf sich, welches in der Folge beschlagnahmt und durch das Forensische Institut Zürich einer Gehalts-

bestimmung unterzogen wurde (Urk. 1 S. 2; Urk. 7/3; Urk. 5/4-5). Dem Prüfbericht ist zu entnehmen, dass das beschlagnahmte Heroin einen Reinheitsgrad von 25% aufweist. Der Vertrauensbereich wurde mit 3.5% beziffert. Diesbezüglich wird im Bericht festgehalten, dass sich der Vertrauensbereich auf Empfehlungen zur Angabe der Messunsicherheit für Gehaltsbestimmungen unter anderem von Heroin in Stoffproben der Gruppe Forensische Chemie der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin beziehe (Urk. 5/5 S. 2). Aus dem Prüfbericht geht folglich klar hervor, dass der Reinheitsgrad des beschlagnahmten Heroingemischs zwischen 21.5% und 28.5% anzusiedeln ist. Wenn die Vorinstanz kurzerhand vom Mittelwert ausgeht, verletzt sie mit der Verteidigung den Grundsatz 'in dubio pro reo', zumal bei objektiver Betrachtung aufgrund des angegebenen Vertrauensbereichs Zweifel am gemessenen Reinheitsgrad von 25% aufkommen, welche weder abstrakter noch rein theoretischen Natur sind. Zugunsten des Angeklagten ist somit von einem Reinheitsgrad von 21.5% auszugehen, demzufolge die vom Angeklagten am 27. April 2010 transportierte Menge 5.6115 Gramm reines Heroin enthielt.

3.2 Vorgang 26. April 2010

Der Angeklagte ist geständig, bereits einen Tag vor seiner Festnahme am 27. April 2010 Heroin verkauft zu haben (Urk. 3/1 S. 2; Urk. 3/3 S. 3). Wie die Vorinstanz korrekt festhielt, kann gemäss Bundesgericht grundsätzlich willkürfrei auf einen allgemeinen Erfahrungssatz hinsichtlich des Misch- bzw. Streckverhältnisses abgestellt werden, gemäss welchem bei gehandeltem Heroin ein Reinheitsgrad von 25% angenommen werden kann (Urk. 42 S. 5 mit Verweis auf Fingerhuth/Tschurr, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007, Art. 19 N 176 mit Hinweis auf BGE vom 26. April 1999 [6P.53/1999 und 6S.218/1999], E. 2.6.aa). Vorliegend können jedoch die konkreten Umstände des Geschäftes nicht ohne Weiteres ausser Acht gelassen werden. So spielten sich die Vorgänge vom 26. bzw. 27. April 2010 nach Aussagen des Angeklagten im Wesentlichen identisch ab: Erhalten habe er das Heroingemisch von einer Person, von welcher er für den eigenen Konsum Drogen bezogen habe. Das Heroingemisch für den Transport sei ihm (dem Angeklagten) von dieser Person

jeweils in B._____ übergeben worden. Auch der Abnehmer am Tag der Verhaftung hätte derselbe sein sollen, wie derjenige tags zuvor. Ebenso sei die transportierte Menge in etwa die gleiche gewesen (Urk. 3/3 S. 3f.; Urk. 3/4 S. 2; Prot. I S. 8). Aufgrund der zeitlichen Nähe beider Vorgänge und insbesondere da der Angeklagte das Heroin jeweils von derselben Person bezog, kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Qualität resp. der Reinheitsgrad des Heroingemischs die- bzw. dasselbe war. Folglich kann als erstellt erachtet werden, dass der Angeklagte am 26. April 2010 den Abnehmer mit 26.1 Gramm Heroingemisch von einem Reinheitsgrad von 21.5%, folglich mit 5.6115 reinem Heroin, belieferte.

4. Der Angeklagte transportierte somit insgesamt 11.223 Gramm reines Heroin. Ist die Grenze von 12 Gramm reinem Heroin nicht erreicht, ist die objektive Voraussetzung der Anwendung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetMG nicht erfüllt (vgl. BGE 119 IV 180 E. 2d). Folglich scheidet der Qualifikationsgrund nach Ziff. 2 lit. a aus. Der Angeklagte ist somit in Abänderung des vorinstanzlichen Entscheides des *mehrfachen* Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 zu verurteilen.

III. Sanktion

1. Die Verteidigung beantragt eine Freiheitsstrafe von höchstens 9 Monaten. Zudem sei dem Angeklagten für die Überhaft von rund 50 Tagen eine Genugtuung von mind. Fr. 5'000.– zuzusprechen (Urk. 54 S. 5f.).

2. Strafraumen

2.1 Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der 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 Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Bei der Bildung der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB ist nach der Rechtsprechung vorab der Strafraumen für die schwerste Straftat zu bestimmen und

alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat innerhalb dieses Strafrahmens festzusetzen. Schliesslich ist die Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Der Richter hat mithin in einem ersten Schritt, unter Einbezug aller strafe erhöhenden und strafmindernden Umstände, gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen. In einem zweiten Schritt hat er diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei er ebenfalls den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen hat (Urteil des Bundesgerichtes 6B_323/2010 vom 23. Juni 2010, E. 2.2 mit Hinweisen).

2.2 Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der (schwersten) anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen. Strafschärfungsgründe öffnen den Strafrahmen theoretisch nach oben (Art. 49 Abs. 1 StGB), Strafmilderungsgründe nach unten (Art. 48a StGB, vgl. dazu auch Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, a.a.O., N 6 zu Art. 49 StGB unter Hinweis auf N 4 zu Art. 48a StGB; BGE 116 IV 302, 121 IV 55). Der Richter ist somit infolge eines Strafschärfungs- bzw. Strafmilderungsgrundes nicht mehr in jedem Fall an die Grenze des ordentlichen Strafrahmens gebunden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der ordentliche Rahmen aber nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint (Urteil des Bundesgerichtes 6B_238/2009 vom 8. März 2010, E. 5.8 mit Hinweisen).

2.3 Ausgangspunkt für die Strafzumessung bildet vorliegend – als schwerste vom Angeklagten begangene Tat – die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 BetmG, welche mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe zu bestrafen ist (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 BetmG). Die strafschärfende Deliktsmehrheit und die mehrfache Tatbegehung öffnen den Strafrahmen theoretisch nach oben (Art. 49 Abs. 1 StGB). Die Vorinstanz verneinte eine Verminderung der Schuldfähigkeit des Angeklagten im Sinne von Art. 19 Abs. 2 StGB; was von der Verteidigung im Berufungsverfahren nicht beanstandet worden ist. Es ist diesbezüglich vollumfänglich auf

die ausführlichen und zutreffenden Ausführungen des vorinstanzlichen Entscheids zu verweisen, welche keiner Ergänzung gebrauchen (Urk. 42 S. 8f.; § 161 GVG). Weitere Strafmilderungsgründe sind nicht ersichtlich.

3. Strafzumessung

Innerhalb dieses Strafrahmens ist die Strafe nach dem Verschulden des Angeklagten zu bemessen, wobei der Richter das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters zu berücksichtigen hat. Das Verschulden wird dabei 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 dieser nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 1 und 2 StGB).

3.1 Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz

3.1.1 Was das objektive Verschulden des Angeklagten hinsichtlich des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 BetmG angeht, ist zunächst festzuhalten, dass die Grenze zur qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG nur knapp nicht erreicht wurde. Verglichen mit anderen Fällen von Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz hantierte der Angeklagte mit einer beachtliche Menge an Betäubungsmitteln. Allerdings kommt der Drogenmenge – und damit verbunden der Gefährlichkeit – bei der Strafzumessung keine vorrangige Bedeutung zu; denn die Strafe ist nicht allein nach der Gefährlichkeit einer Droge, sondern auch und in erster Linie nach dem Verschulden des Täters zu bemessen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_495/2008 vom 27. Dezember 2008 E. 1.4 am Ende; 6S.463/2006 vom 3. Januar 2007, E. 5; mit Verweisung auf BGE 118 IV 342 E. 2c; BGE 121 IV 202 E. 2d/cc und Urteil des Bundesgerichtes 6S.333/2004 vom 23. Dezember 2004 E. 1.2. samt Verweisen; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen, 2008 N 48 zu Art. 47 StGB). Dennoch sind bei Drogenstraftätern bei der Verschuldensbeurteilung auch die Art und Menge der umgesetzten Drogen mit zu berücksichtigen (Urteil des Bundesgerichtes

6B_294/2010 vom 15. Juli 2010 E. E. 3.3.2.). Weil die Drogenmenge nur einer von verschiedenen relevanten Faktoren ist, ist auch der genaue Reinheitsgrad der Droge bezüglich des Verschuldens nicht massgebend, wenn - wie vorliegend - nicht feststeht, dass der Angeklagte ein ausgesprochen reines oder ein besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte (Wiprächtiger in BSK StGB I, a.a.O., N 72 zu Art. 47 StGB mit Verweis u.a. auf BGE 122 IV 299). Verschuldenserhöhend wirkt sich sodann die besondere Gefährlichkeit der gehandelten Droge aus, zumal es sich bei Heroin um eine harte Droge mit grossem gesundheitsgefährdenden Potential handelt, welche im Vergleich zu anderen Drogen ein hohes Abhängigkeitspotential birgt (beispielsweise 10mal stärker als Morphin: Fingerhuth/ Tschurr, Kommentar zum BetmG, a.a.O., N8 zu Art. 8 sowie N10 zu Art. 47 StGB). Wie die Vorinstanz korrekt festhielt, führte der Angeklagte lediglich Drogentransporte aus, bewegte sich folglich auf einer unteren Hierarchiestufe (Urk. 42 S. 10; § 161 GVG/ZH). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts trifft den Transporteur einer bestimmten Betäubungsmittelmenge grundsätzlich ein geringeres Verschulden als denjenigen, der diese Betäubungsmittelmenge verkauft oder zum Zwecke des Weiterverkaufs erwirbt (vgl. Wiprächtiger in BSK StGB I, a.a.O., N 75 zur Art. 47 StGB mit Verweis auf BGE 121 IV 198). Dies ist dem Angeklagten folglich mit der Vorinstanz verschuldensreduzierend anzurechnen (Urk. 42 S. 10; § 161 GVG/ZH). In objektiver Hinsicht muss das Verschulden des Angeklagten demnach in Anbetracht des konkreten Strafrahmens als nicht mehr leicht qualifiziert werden.

3.1.2 Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere kann vollständig auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 42 S. 11; § 161 GVG). Die nachstehenden Ausführungen sind lediglich ergänzender Natur: In subjektiver Hinsicht ist 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.A., Bern 2006, S. 185 f. N 25 ff.

und Hans Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 89 zu Art. 47 StGB). Der Angeklagte beteiligte sich vorsätzlich am Drogentransport; lediglich bezüglich der genauen Menge reinen Heroins kann von Eventualvorsatz ausgegangen werden. Aus den in den vorinstanzlichen Erwägungen aufgeführten Gründen kann auch nicht von einer Notsituation des Angeklagten ausgegangen werden (Urk. 42 S. 11; § 161 GVG/ZH). Dass der Angeklagte drogensüchtig war und sein Heroin bei derselben Person bezog, für welche er Transporte tätigte (Prot. I S. 8), lässt sein subjektives Verschulden in milderem Licht erscheinen. Wie die Vorinstanz korrekt ausführte, war der Angeklagte als Drogenkonsument leichter für den Transport zu gewinnen, als es ein Nichtkonsument gewesen wäre. Dies schlägt sich auch im eher geringen Entgelt (Fr. 150.– bzw. Fr. 100.–) nieder, welches er für seinen Dienst erhielt.

3.1.3 Insgesamt wird die objektive Tatschwere durch die subjektive Komponente leicht relativiert, was aber noch nicht zu einer Änderung der Verschuldensqualifikation führt.

3.1.4 Insgesamt ist das Verschulden des Angeklagten betreffend den Transport des Heroins als nicht mehr leicht zu qualifizieren. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die schweizerische Praxis bei nicht besonders schweren Verschulden in aller Regel die Strafen im unteren bis mittleren Teil des vorgegebenen Strafrahmens ansiedelt. Strafen im oberen Bereich, insbesondere Höchststrafen, sind bloss ausnahmsweise und bei sehr schwerem Verschulden des Täters auszusprechen (Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 15 zu Art. 47 StGB). Das Bundesgericht drängt in seiner neuesten Praxis vermehrt darauf, dass Formulierung des Verschuldens und Festsetzung des Strafmasses auch begrifflich in Einklang stehen (Urteile des Bundesgerichtes 6B_1096/2010 vom 7. Juli 2011 E. 4.2.; 6B_1048/2010 vom 6. Juni 2011 E. 3.2. und 6B_763/2010 vom 26. April 2011 E. 4.1.). Stünde allein das vom Angeklagten mehrfach begangene Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 zur Beurteilung, wäre von der Tatkomponente her eine hypothetische Einsatzstrafe von etwa 11 Monaten angemessen.

3.1.5 Zur Täterkomponente ist hinsichtlich der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz vorab zu bemerken, dass sich die einschlägige Vorstrafe strafehöhend auswirkt (Urk. 10/3). Das Geständnis ist - mit der Vorinstanz (Urk. 42 S. 13 Ziffer 2.3.2.) - nur bezüglich des Transports vom 26. April 2010 erheblich strafmindernd zu berücksichtigen, zumal er am 27. April 2010 auf frischer Tat ertappt und sein diesbezügliches in der zweiten Einvernahme abgelegtes Geständnis zu keiner Erleichterung der Untersuchung führte. Eine eigentliche Reue und Einsicht kann dem Angeklagten mit der Vorinstanz nicht zu Gute gehalten werden. Eine Beurteilung der Täterkomponente ergibt insgesamt eine leichte Reduzierung der nach der Beurteilung der Tatkomponente festgesetzten Einsatzstrafe.

3.2 Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz

3.2.1 Die Vorinstanz zählte die einzelnen Komponenten des objektiven und subjektiven Tatverschuldens hinsichtlich der Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz korrekt auf, worauf zu verweisen ist (Urk. 42 S. 11f.; § 161 GVG). Entgegen der Vorinstanz kann jedoch nicht mehr von einem nicht mehr leichten Verschulden ausgegangen werden. Der Angeklagte reiste im Wissen darum, dass er diese benötigen würde, ohne Pass und Visum ein (Urk. 3/1 S. 2f.). Er missachtete vorsätzlich eine unbefristete Einreisesperre (Urk. 3/3 S. 1), ohne dass er hierfür einen plausiblen Grund hätte geltend machen können. Zwar hielt er sich lediglich für relativ kurze Zeit (ca. 11 Tage) illegal in der Schweiz auf, wurde aber gleich mehrfach straffällig. Das Verschulden des Angeklagten ist folglich als erheblich einzustufen.

3.2.2 Zur Täterkomponente ist hinsichtlich der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz festzuhalten, dass sich die einschlägige Vorstrafe deutlich strafehöhend auswirkt. Aufgrund der erdrückenden Beweislage kann ihm sein diesbezügliches Geständnis anlässlich der ersten polizeilichen Einvernahme nicht wesentlich strafmindernd angerechnet werden, insbesondere er sich danach auf den Standpunkt stellte, dass er bei der Einreise über Dokumente verfügte, diese ihm aber zwei, drei Tage danach abhanden gekommen seien (vgl. Urk. 3/1 S. 2f. Frage 13-15 und Urk. 3/3 S. 5f.).

3.3 Es wurde aufgezeigt, dass für den Handel mit Heroin eine Einsatzstrafe von rund 9 Monaten Freiheitsstrafe angemessen erscheint. Die Einsatzstrafe ist nun unter Einbezug der anderen Strafe angemessen zu erhöhen. Zwar ist das Asperationsprinzip zu beachten, dennoch ist darauf hinzuweisen, dass sich die Deliktsmehrheit deutlich strafe erhöhend auswirkt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B865/2009 vom 25. März 2010, Erw. 1.2.2). Das Verschulden des Angeklagten betreffend den Handel mit Heroin ist als nicht mehr leicht und betreffend die Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz als erheblich zu taxieren. Aufgrund der gesamten Tatschwere erscheint eine hypothetische Einsatzstrafe von rund 14 Monaten angemessen.

3.4 Bezüglich des Vorlebens und persönlichen Verhältnisse kann vollständig auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden, welche festhielt, dass sich daraus weder belastende noch wesentlich entlastende Elemente ableiten lassen (Urk. 42 S. 12f.; § 161 GVG/ZH). Eine besondere Strafe empfindlichkeit ist nicht ersichtlich. Wie die Vorinstanz korrekt festhielt, kann der Angeklagte weder Einsicht noch Reue für sich reklamieren (Urk. 42 S. 13; § 161 GVG).

3.5 Gesamtwürdigung

Unter Würdigung aller Umstände erscheint eine Freiheitsstrafe von 14 Monaten als dem Verschulden des Angeklagten angemessen. Der Anrechnung von 168 Tagen, welche durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind, steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

4. Vollzug

Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass dem Angeklagten eine ungünstige Prognose gestellt werden muss, weshalb die Strafe zu vollziehen sei (Urk. 42 S. 14-16). Auf die ausführlichen und zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz kann vollumfänglich verwiesen werden, welche zudem auch nicht beanstandet worden sind (Urk. 35 S. 2; Urk. 42 S. 14; § 161 GVG/ZH).

IV.Kosten

1. Da aufgrund der ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 14 Monaten kein Fall von Überhaft gegeben ist, ist das Genugtuungsbegehren des Angeklagten abzuweisen (Urk. 54 S. 5f.).

2.1 Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'000.– zu veranschlagen.

2.2 Im Berufungsverfahren obsiegt der Angeklagte dahingehend, dass er nicht des Verbrechens sondern des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen wird. Er unterliegt jedoch mit der Reduktion der beantragten Höhe der Freiheitsstrafe. Es rechtfertigt sich deshalb, die Kosten des Berufungsverfahrens zur Hälfte dem Angeklagten aufzuerlegen. Die restliche Hälfte der Gerichtskosten sowie die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 396a StPO/ZH).

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil und der Beschluss des Bezirksgerichts Dietikon vom 12. Oktober 2010 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte ist schuldig
 - (...)
 - der rechtswidrigen Einreise im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG in Verbindung mit Art. 5 lit. a und d AuG,
 - des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG,
 - der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.

2. Der Angeklagte wird (...),
sowie mit einer Busse von Fr. 500.00.
3. (...). Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Angeklagte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 140.00 Kosten der Kantonspolizei Zürich
Fr. 48.00 Kanzleikosten Untersuchung
Fr. 833.15 Auslagen Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung.
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Angeklagten auferlegt, jedoch sofort und definitiv abgeschrieben, soweit nicht durch Barmittel und Verwertungserlös gemäss nachfolgendem Beschluss gedeckt.
7. .(Mitteilung)
8. (Rechtsmittel)

Sodann beschliesst das Gericht:

1. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 26. Juli 2010 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 70.00 und Euro 85.00 (Sachkaution 40'027) wird definitiv beschlagnahmt und zur Vollstreckung des Urteils, primär zur Deckung der Busse und sekundär zur Deckung der Verfahrenskosten, verwendet.
2. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 26. Juli 2010 beschlagnahmten 2 Natel ... werden definitiv beschlagnahmt und sind durch die Bezirksgerichtskasse zu verwerten. Der allfällige Erlös wird zur Vollstreckung des Urteils, primär zur Deckung der Busse und sekundär zur Deckung der Verfahrenskosten, verwendet.

3. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 26. Juli 2010 beschlagnahmten Gegenstände, nämlich 2 SIM-Karten, div. Notizzettel, 1 ZVV Pass, 1 ... Ticket, 1 ... Prepaid SIM-Karte, 1 Telefonkarte (Sachkaution 40'027), werden mit Ausnahme der SIM-Karte "...", eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen. Die SIM-Karte "..." wird dem Angeklagten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Beschlusses auf erstes Verlangen herausgegeben.
 4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 26. Juli 2010 beschlagnahmten 6 Portionen Betäubungsmittel (Aufbewahrungsort: SA4-BM1, Lagernummer B-1214/10) werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur Vernichtung überlassen.
 5. (Mitteilung)
 6. (Rechtsmittel)"
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Angeklagte A._____ ist zudem schuldig des mehrfachen Vergehens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 des Betäubungsmittelgesetzes.
2. Der Angeklagte wird bestraft mit 14 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 168 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Das Genugtuungsbegehren des Angeklagten wird abgewiesen.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung

6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, exklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Angeklagten zur Hälfte auferlegt. Die restliche Hälfte sowie die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.

7. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
- die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis
- das Bundesamt für Migration

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A unter Beilage des Formulars "Löschung des DNA-Profil und Vernichtung des ED-Materials"

8. 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

I. Strafkammer

Der Vorsitzende:

Die juristische Sekretärin:

Oberrichter Dr. F. Bollinger

lic. iur. C. Semadeni