

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110539-O/U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, lic. iur. R. Naef und
Ersatzoberrichter lic. iur. E. Leuenberger sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Huser

Urteil vom 10. November 2011

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. M. Imholz,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom
20. April 2011 (DG110008)**

Anklage:

(Urk. HD 32)

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 3. Januar 2011 ist diesem Urteil angeheftet.

Urteil und Beschluss der Vorinstanz vom 20. April 2011:

(Urk. 49)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 al. 4 und 5 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sowie
 - der Widerhandlung gegen Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG (in der Fassung vom 16. Dezember 2005).
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 13 Monaten, wovon 130 Tage durch Haft erstanden sind, sowie mit einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.–.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe und der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt.

4. Folgende, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 4. Januar 2011 beschlagnahmten, bei der Kantonspolizei Zürich, ..., gelagerten Gegenstände werden nach Eintritt der Rechtskraft dem Beschuldigten herausgegeben:

- 1 ... Reisepass [des Staates B. _____], Nr. ...
- 2 AAB + Ausländerausweis-Karte, ...
- 1 Ordner gelb
- 2 Flaschen Weisswein, Fendant, 50 cl
- 1 Trolley mit div. Kleidern, Schokoladen
- 1 Handy Samsung, IMEI Nr. ...
- 1 Handy Nokia 5230, IMEI Nr. ...
- 1 Veston, kariert
- 1 Lederjacke, dunkelbraun
- 1 Staubsaugersack
- 1 Sack mit 6 Bierdosen (Feldschlösschen), 50 cl
- 1 Weinglas
- 1 Paar Schuhe "Kollege"
- 1 Mobiltelefon
- 1 DVD "Teen America"

Wird innert drei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft kein entsprechendes Gesuch gestellt, werden diese Gegenstände vernichtet.

5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	3'000.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	8'475.50	Auslagen Vorverfahren der Staatsanwaltschaft
Fr.	1'010.-	Kosten der Kantonspolizei Zürich
Fr.	10'955.35	Kosten der amtlichen Verteidigung (ausstehend)
Fr.	<u>23'440.85</u>	

6. Die Kosten der Untersuchung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die übrigen Kosten (inklusive amtliche Verteidigung) werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch diejenigen der amtlichen Verteidigung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Vorbehalten bleibt Art. 135 Abs. 4 StPO.

7. (Mitteilungen)

8. (Rechtsmittel)"

Beschluss der Vorinstanz vom 14. September 2011:

(Nachtragsbeschluss)

(Urk. 60)

"wird beschlossen:

1. Folgende von der Kantonspolizei Zürich sichergestellten Gegenstände sind nach rechtskräftiger Erledigung des vorliegenden Strafverfahrens dem Beschuldigten auf erstes Verlangen herauszugeben:

- 2 Kissenbezüge, blau, Marke unbekannt
- 1 Deckenbezug, blau, Marke unbekannt
- 1 Fixleintuch, blau, Marke unbekannt

Wird innert drei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Verfahrens kein entsprechendes Gesuch an die Kantonspolizei Zürich (... [Adresse]) gestellt, sind diese Gegenstände zu vernichten.

Allfällige weitere bei der Kantonspolizei Zürich gelagerte Gegenstände sind zu vernichten.

2. (Mitteilungen)
3. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 69 S. 1; schriftlich)

1. Betreffend den Vorwurf der Widerhandlung gegen das ANAG sei der Beschuldigte lediglich eines einfaches Falles schuldig zu sprechen.
2. Der Beschuldigte sei lediglich wegen der einfachen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 BetmG schuldig zu sprechen.

3. Er sei mit einer Geldstrafe von höchstens 180 Tagessätzen à Fr. 10.00 und einer angemessenen Busse zu bestrafen und es sei dem Beschuldigten der bedingte Strafvollzug zu gewähren.
 4. Die Kosten des Verfahrens (inkl. diejenigen der amtlichen Verteidigung) seien angesichts der finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten auf die Gerichtskasse zu nehmen.
- b) Der Staatsanwaltschaft:
(Urk. 58; schriftlich)
- Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

1. Verfahrensgang

1.1. Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 3. Januar 2011 (Urk. HD 32), aus welcher der sich zu beurteilende Sachverhalt ergibt, ist diesem Entscheid beigeheftet. Dem Beschuldigten wird zusammengefasst vorgeworfen, in der Zeit von Ende Februar / Anfang März 2010 bis zum 16. März 2010 in C._____ von einem Unbekannten ca. 70 Gramm Kokain (-gemisch) entgegengenommen, davon einige Linien an eine Dritte abgegeben, die restliche Menge zum Zwecke der späteren Veräusserung in seiner Wohnung in C._____ aufbewahrt, diese jedoch dem Lieferanten zurückgegeben zu haben. Ferner wird dem Beschuldigten zur Last gelegt, am 3. August 2004 bei D._____ ohne gültige Reisepapiere in die Schweiz eingereist zu sein.

1.2. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten nach der am 20. April 2011 durchgeführten Hauptverhandlung (Prot. I S. 3 ff.) im Sinne der Anklage schuldig und bestrafte ihn mit 13 Monaten Freiheitsstrafe, unter Anrechnung von 130 Tagen erstandener Haft, sowie einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.-. Der Vollzug der Freiheits- und Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre angesetzt. Ferner ordnete die Vorinstanz die Herausgabe diverser

Gegenstände an den Beschuldigten an (Prot. I S. 8 f., Urk. 38). Nach mündlicher Eröffnung des Entscheids meldete der Verteidiger Berufung an (a.a.O. S. 10).

Mit Eingabe vom 23. April 2011 meldete der Verteidiger erneut Berufung an, welche nicht beschränkt wurde (Urk. 41).

Nach Zustellung des begründeten Entscheids (Urk. 45 = Urk. 49) am 15. August 2011 (Urk. 46) überwies die Vorinstanz das Verfahren dem Obergericht zur Behandlung der Berufung (Urk. 47).

1.3. Fristgerecht, mit Eingabe vom 5. September 2011, reichte der Beschuldigte die Berufungserklärung ein, die sich gegen den Schuldspruch wegen qualifizierter Widerhandlung des BetmG richtet (nicht aber gegen einen Schuldspruch wegen einfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz). Ferner wird beantragt, auf den Vorwurf der Widerhandlung gegen das ANAG sei nicht einzutreten, und es wird eine Bestrafung des Beschuldigten mit 180 Tagessätzen Geldstrafe zu Fr. 10.- beantragt, unter Gewährung des bedingten Vollzugs (Urk. 52).

Mit Schreiben des Präsidenten der erkennenden Kammer des Obergerichts vom 8. September 2011 wurde die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass diese nur über einen Teil der sichergestellten Asservate entschieden habe (vgl. Urk. 43, Schreiben des Forensischen Instituts vom 6. Juni 2011 an die Vorinstanz). Die Vorinstanz wurde ersucht, über den anderen Teil noch zu befinden (Urk. 54). Mit Beschluss vom 14. September 2011 ordnete die Vorinstanz die Herausgabe von weiteren Gegenständen an den Beschuldigten und die Vernichtung von allfällig weiteren bei der Kantonspolizei des Kantons Zürich gelagerten Gegenständen an (Urk. 60). Nachdem der Beschuldigte heute bestätigt hat, dass er gegen diesen Beschluss keine Beschwerde erhoben habe, ist festzustellen, dass dieser vollumfänglich in Rechtskraft erwachsen ist.

Der Präsidialverfügung vom 8. September 2011 (Urk. 56) folgend, teilte die Anklagebehörde am 16. September 2011 mit, dass auf Anschlussberufung ver-

zichtet und Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids beantragt werde (Urk. 58).

Der Verteidiger des Beschuldigten ersuchte am 3. Oktober 2011 um Erstreckung der mit Präsidialverfügung vom 8. September 2011 angesetzten Frist zur Einreichung des Datenerfassungsblattes und Unterlagen über die finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten (Urk. 63). Innerhalb der erstreckten Frist gingen dem Obergericht die verlangten Unterlagen zu (Urk. 65, 66/1-3).

1.4. Zu Beginn der heutigen Berufungsverhandlung, zu welcher der Beschuldigte und sein Verteidiger erschienen sind, waren keine Vorfragen zu entscheiden. Beweise waren keine abzunehmen. Anlässlich der Berufungsverhandlung modifizierte der Verteidiger seinen Antrag betreffend das ANAG Delikt dahingehend, dass anstelle eines Nichteintretens auf den Anklagepunkt der Beschuldigte lediglich eines einfachen Falles der Widerhandlung gegen das ANAG schuldig zu sprechen und dafür mit einer angemessenen Busse zu bestrafen sei (Urk. 69 S. 1).

Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 4 ff.).

2. Prozessuales

2.1. Beweisanträge

Der Beschuldigte hat heute auf Beweisanträge verzichtet (Prot. II S. 7).

2.2. Berufungsumfang

Die Berufung des Beschuldigten erstreckt sich auf die Schuldsprüche (Dispositivziffer 1) und die Sanktion (Dispositivziffern 2 und 3). Nicht angefochten wurden die Anordnung auf Herausgabe von Gegenständen an den Beschuldigten (Dispositivziffer 4) und die Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 5). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte die Verteidigung auf entsprechende Frage aus, dass auch Dispositiv-Ziffer 6 (Kostenaufgabe) nicht angefochten sei (Prot. II S. 6).

Somit ist vorab festzustellen, dass die Dispositivziffern 4 bis 6 des vorinstanzlichen Entscheids in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 399 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 402 und Art. 437 StPO). Gleiches gilt für den Nachtragsbeschluss vom 14. September 2011.

3. Sachverhalt

3.1. Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz

3.1.1. Strittig ist im Berufungsverfahren nur noch der Reinheitsgehalt der dem Beschuldigten zur Last gelegten Menge Kokain (Urk. 37/4 S. 1, Urk. 52 S. 2, Urk. 69 S. 2 ff.).

3.1.2. Vorab kann auf die in allen Teilen überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 49 S. 4 ff., Art. 82 Abs. 4 StPO).

Der Verteidiger stellte schon in seinem Plädoyer vor Vorinstanz auf die statistischen Daten der SGRM (Schweizerische Gesellschaft für Rechtsmedizin) ab. Der tiefste Reinheitsgrad habe im Jahre 2008 22 Prozent und im Jahre 2009 16 Prozent betragen. Es sei somit eine abnehmende Tendenz festzustellen. Gehe man von 22% aus, betrage die reine Menge 15.4 Gramm, liege also noch unter dem Grenzwert des Bundesgerichtes zum schweren Fall. Es sei nicht vom Handel mit durchschnittlicher Qualität auszugehen. Es gebe im Unterschied zum Entscheid des Bundesgerichtes vom 22. Dezember 2010 (BGE 6B_892/2010) keine zusätzlichen Aspekte, welche eine solche Vorgehensweise rechtfertigen würden. Gleich argumentierte er auch an der Berufungsverhandlung (Urk. 69 S. 3 f.).

Weiter führte er aus, dass sich die Vorinstanz auf einen Bericht der Kantonspolizei Zürich, Betäubungsmitteldelikte, vom 19. Juli 2010 stütze. Dieser Bericht äussere sich zum Reinheitsgrad der in der letzten Zeit durch die Kantonspolizei Zürich gemachten Kokainsicherstellungen. Demnach weise beim Import in die Schweiz das Kokain einen hohen Reinheitsgrad von 75 - 95 % auf. Für den Zwischenverkauf werde es auf ca. 50 - 60 % Reinheitsgrad gestreckt und gelange

schliesslich mit einem Reinheitsgrad von ca. 25 - 40 % zum Endabnehmer (ND1 Urk. 3; Urk. 49 S. 5 f.). Dieser Bericht dürfe nicht zulasten des Beschuldigten verwendet werden, da es ihm an den formellen Voraussetzungen eines Gutachtens im Sinne der StPO mangle (Urk. 69 S. 4). Zudem führte er aus, dass die Aussagen des Zeugen E._____, auf welche sich die Vorinstanz gestützt habe, nichts zur hier interessierenden Frage der Stoffqualität beitragen könne (Urk. 69 S. 5 und Prot. II S. 7). Sodann seien weder die unter fiktiven Namen registrierten Namen im Mobiltelefon des Beschuldigten noch seine regelmässigen, kurzen Telefonanrufe Indizien für eine Drogenhändlertätigkeit des Beschuldigten, wie dies die Vorinstanz erwogen habe, geschweige denn, ein Hinweis auf den zur Diskussion stehenden Reinheitsgrad (Urk. 69 S. 6). Zum Einwand der Verfahrensleitung, dass der Beschuldigte das Kokain in sieben Fingerlingen bei sich zu Hause aufbewahrt habe, und aufgrund der Transportart von Fingerlingen (im Magen bzw. Darm des Transporteurs) die Importeure darauf achten, dass Drogen mit möglichst hohem Reinheitsgehalt transportiert werden, davon auszugehen sei, dass das beim Beschuldigten gelagerte Kokain auch einen hohen Reinheitsgehalt aufgewiesen haben dürfte (Urk. 68 S. 6), meinte die Verteidigung, dass solche Fingerlinge auch zur Aufbewahrung von gestrecktem Stoff verwendet werden. Solange im vorliegenden Fall nicht belegt sei, dass es sich um originale Transportfingerlinge gehandelt habe, dürfe dies nicht zuungunsten des Beschuldigten angenommen werden (Prot. II S. 8).

Betreffend den Einwand der Telefonprotokolle kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 49 S. 8; Art. 82 Abs. 4 StPO). Was die Fingerlinge betrifft, blendet die Verteidigung bei ihrer Argumentation aus, dass der Beschuldigte eingestandenermassen bei sich zu Hause sieben originalverpackte „Fingerlinge“ aufbewahrte und er dieses Kokain verkaufen oder sonst wie weitergeben resp. zurückgeben wollte (HD Urk. 15/5 S. 6 f.; HD Urk. 15/7 S. 4 f.; HD Urk. 37/1 S. 5 f.). Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 1. September 2010 wurde dem Beschuldigten eine Fotografie von typischen Transportfingerlingen gezeigt, worauf der Beschuldigte bestätigte, dass die von ihm aufbewahrten etwa gleich ausgesehen hätten (Urk. HD 15/5 S. 6). Es widerspricht jeglicher Praxis, dass man gestrecktes Kokain für den Handel in der

Schweiz wiederum in Fingerlinge von dieser Art und Grösse verpackt, wie dies die Verteidigung vorbringt. Handelsüblicher wären die sogenannten "Kügeli", aber diese unterscheiden sich in Form und Grösse deutlich von den hier in Frage stehenden Fingerlingen. Es ist gerichtsnotorisch, dass bei der häufigsten Transportart solcher Fingerlinge (im Bauch resp. Darm) jeweils ein hoher Reinheitsgehalt festgestellt wird. Das ist darauf zurückzuführen, dass die Menge an Fingerlingen (zu üblicherweise 10 g), die ein Mensch schlucken und für die Dauer des Transportes im Bauch oder Darm „lagern“ kann, begrenzt ist, so dass die jeweiligen "Importeure" (nicht unbedingt auch die Transporteure) ein Interesse an einem möglichst hohen Reinheitsgehalt haben. Das Heranziehen von Durchschnittswerten ist vorliegend zulässig, zumal beim Beschuldigten - entgegen der Behauptung der Verteidigung (Urk. 69 S. 4) - sehr wohl zusätzliche belastende Indizien vorliegen: Er ist nicht Endabnehmer der Betäubungsmittel; gemäss eigener Aussage habe er noch nie illegalen Drogen, wie Kokain oder Heroin konsumiert (Urk. 68 S. 4) und er war im Besitze einer nicht unbeachtlichen Menge von Kokaingemisch, welches er ursprünglich weiter zu verkaufen beabsichtigte (Urk. 68 S. 5 f.). Beim Beschuldigten handelt es sich klar um einen sogenannten Zwischenhändler. Dass es letzten Endes nicht mehr zur Veräusserung des Stoffes gekommen ist, ist unwesentlich, zumal auch das Lagern desselben für die Erfüllung des Tatbestandes ausreicht. Die von der Verteidigung vorgebrachten Mittelwerte der Betäubungsmittelstatistik der Gruppe Forensische Chemie der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM) stammen aus den Jahren 2008 und 2009. Die heute zu beurteilende Tat datiert im Jahre 2010. Zudem ging die die Verteidigung von den Mittelwerten jener 16 % der Menge aus, die unter der untersten Quantile liegen. Zudem hatte sie sichergestellte Mengen von weniger als 1 Gramm im Auge (Urk. 69 S. 7). Im Jahre 2010 betrug der Mittelwert an Cocain-Hydrochlorid bei sichergestellten Mengen zwischen 100 bis 1000 Gramm (übliche Gesamt-Transportmenge bei Fingerlingen) durchschnittlich 53 %. Dies korrespondiert nicht mit dem Bericht der Kantonspolizei Zürich, die in ihrem Bericht vom 19. Juli 2010 bei importiertem Kokain gar von einem Reinheitsgrad von ca. 75 % bis 90 % ausgeht (ND 1 Urk. 3), der im Übrigen, der Argumentation der Verteidigung folgend, nicht verwertbar ist. Der Schluss der Vo-

rinstanz, die zu Gunsten des Beschuldigten von einem Reinheitsgrad von circa 50 % ausging, ist in diesem Lichte betrachtet nachvollziehbar und zulässig (Urk. 49 S. 9, Art. 82 Abs. 4 StPO).

Würde auf einen einzelnen Fingerling abgestellt, müsste immer noch ein Mittelwert von 35 % angenommen werden (Betäubungsmittelstatistik, a.a.O.). Diesfalls ergäbe sich bei sieben Fingerlingen zu 10 Gramm eine Menge von 24,5 g Cocain-Hydrochlorid. Selbst wenn die Standardabweichung von 19 % in Rechnung gestellt würde, ergäbe sich mit 19.84 Gramm Cocain-Hydrochlorid eine Gesamtmenge von über 18 Gramm. Zu betonen ist indessen, dass diese Rechnung an diesem Ort nur vorgenommen wurde, um zu belegen, dass auch bei Annahme aller günstiger Faktoren keine Gesamtmenge von 18 Gramm oder weniger erreicht wird. Richtigerweise muss aber angesichts der Art der Verpackung der Fingerlinge von einem Reinheitsgehalt von mindestens 50 % ausgegangen werden, selbst wenn die Standardabweichung von 24 % mitberücksichtigt würde. Denn jegliche (Polizei- und) Gerichtspraxis zeigt, dass der Reinheitsgehalt des in Fingerlingen verpackten Kokains aus den erläuterten Gründen weit höher liegt als bei 50 %.

3.1.3. Damit ist die Schlussfolgerung der Vorinstanz, die ihrem Entscheid ca. 35 Gramm reines Kokain zu Grunde legte, vorbehaltlos zu übernehmen (Urk. 49 S. 9, Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.1.4. Entgegen dem Einwand der Verteidigung (Urk. 69 S. 6) nahm der Beschuldigte, welcher grundsätzlich die Rolle eines Zwischenhändlers innehatte, mit den originalverpackten Fingerlingen durchaus in Kauf, mit Kokain in der eingeklagten Menge zu agieren. Erfüllt ist somit auch der subjektive Tatbestand des schweren Falls der Widerhandlung.

3.2. Widerhandlung gegen das ANAG

Der Beschuldigte hat sowohl in der Untersuchung wie auch anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung und der heutigen Berufungsverhandlung den ihm

in der Anklageschrift vorgeworfenen Sachverhalt hinsichtlich der Widerhandlung gegen das ANAG anerkannt (HD Urk. 15/7 S. 5, HD Urk. 37/1 S. 7 f., Urk. 68 S. 4). Diese Eingeständnisse decken sich mit dem Resultat der Untersuchung. Weitere Bemerkungen dazu erübrigen sich.

4. Rechtliche Würdigung

4.1. Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz

Die Vorinstanz hat den erwiesenen Sachverhalt richtigerweise unter aArt. 19 Ziff. 1 al. 4 und 5 BetmG in Verbindung mit aArt. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG subsumiert (Urk. 49 S. 9 f., Art. 82 Abs. 4 StPO). Dem ist nichts beizufügen.

4.2. Widerhandlung gegen das ANAG

4.2.1. Die Vorinstanz hat mit zutreffender Begründung, auf die verwiesen werden kann, die Annahme eines leichten Falles im Sinne von Art. 23 Abs. 1 al. 7 ANAG verneint (Urk. 49 S. 10, Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Verjährung ist – für den Fall, dass auf die Anklage einzutreten wäre - somit nicht eingetreten (Art. 97 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Abs. 3 StGB resp. Art. 70 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Abs. 3 aStGB).

4.2.2. In welchem Zeitpunkt das Strafverfahren wegen Widerhandlung gegen das ANAG gegen den Beschuldigten aufgehoben wurde, ist aus den Akten nicht ersichtlich (vgl. ND 2). Gemäss den Angaben der Anklagebehörde wurde ein Verfahren betr. Widerhandlung gegen das ANAG geführt und am 10. April 2006 eingestellt, weil damals nicht bekannt gewesen sei, wie das Asylverfahren ausgehe. Erst jetzt, nachdem das Asylverfahren gegen den Beschuldigten negativ ausgegangen sei, könne seine Einreise ohne notwendige Dokumente als strafbar erfasst werden. Die wesentliche Tatsache, dass auf das Asylgesuch nicht eingetreten worden sei, sei erst mit dem Verfügungsdatum vom 9. Juli 2006 [recte: 9. Juni 2006, vgl. ND 2 Urk. 4 S. 3] bekannt geworden (HD Urk. 15/8, Urk. 37/3 S. 2). Es stellt sich die Frage der res judicata.

In welchem Zeitpunkt das Verfahren wegen Widerhandlung gegen das ANAG eröffnet wurde, ist unbekannt, ein Polizeirapport oder eine Eröffnungsverfügung nach § 23 Abs. 21 StPO/ZH ist in den Akten nicht zu finden. Wann es wieder aufgenommen wurde, ist aus den Akten ebenfalls nicht ersichtlich, es fehlt an einer entsprechenden Verfügung. Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Befragung vom 4. Mai 2010 wurde der Beschuldigte zu seiner Einreise in die Schweiz im Jahre 2004 befragt (HD Urk. 15/1 S. 2 ff.). Mit Schreiben vom 8. Juli 2010 zog der Staatsanwalt den Asylentscheid bei (ND 2 Urk. 1). Und in der Schlusseinvernahme vom 5. Januar 2011 wurde dem Beschuldigten erstmals der konkrete Vorwurf der illegalen Einreise in die Schweiz gemacht (HD Urk. 15/7 S. 5). Nachdem dem Beschuldigten im vorliegenden Verfahren erstmals im Jahre 2011 der konkrete Vorwurf der illegalen Einreise in die Schweiz und damit der Widerhandlung gegen das ANAG gemacht wurde, richtet sich die Frage der res judicata nach dem neuen Strafprozessrecht (N. Schmid, Übergangsrecht der Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2010, N 210).

Die Staatsanwaltschaft verfügt die Wiederaufnahme eines durch Einstellungsverfügung rechtskräftig beendeten Verfahrens, wenn ihr neue Beweismittel oder Tatsachen bekannt werden, die (a) für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der beschuldigten Person sprechen und (b) sich nicht aus den früheren Akten ergeben (Art. 323 Abs. 1 StPO). Als neues Beweismittel, auf welches sich die Staatsanwaltschaft beruft, wird der Entscheid des BFM (Bundesamt für Migration) vom 9. Juni 2006 bezeichnet. Erst nach Abweisung des Asylgesuchs könne die rechtswidrige Einreise als strafbar erfasst werden (HD Urk. 15/8). Diese Begründung ist nicht stichhaltig. Asylsuchende haben generell wie alle anderen Ausländer die für sie geltenden Einreisevorschriften zu beachten. Eine asylsuchende Person – selbst wenn sie nicht über die erforderlichen Papiere verfügt – kann zwar berechtigt sein, in die Schweiz einzureisen. Allerdings ist stets erforderlich, dass ihr eine Bewilligung zur Einreise erteilt wird. Es ist deshalb nicht erlaubt, über die so genannte grüne Grenze einzureisen, um in der Schweiz ein Asylgesuch zu stellen. Damit würde die gesetzlich vorgeschriebene Überprüfung der Gründe, die

zur Erteilung der asylrechtlichen Einreisebewilligung führen, ausgehebelt. Der Umstand, dass nach der Einreise auf der Empfangsstelle unverzüglich ein Asylgesuch gestellt wird, ändert nichts daran, dass die Einreise im Sinne von Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG rechtswidrig erfolgte (BGE 132 IV 29 E. 2.3 f.). Die Einreise einer Person ist gerechtfertigt, wenn sie die Eigenschaft als Flüchtling erfüllt, für ihre Einreise triftige Gründe darlegen kann, unmittelbar aus dem Verfolgerstaat in die Schweiz gelangt und sich unverzüglich den Behörden stellt. Das Erfordernis der unmittelbaren Einreise ist dabei nicht geographisch zu verstehen. Es genügt, wenn der Flüchtling zielstrebig, ohne wesentliche Verzögerung in die Schweiz gelangt, und zwar unabhängig davon, ob er Drittstaaten durchquert hat, in denen er nicht im Sinne des Flüchtlingsabkommens bedroht wird (BGE 132 IV 29 E. 3.3). Dass die Voraussetzungen von Art. 23 Abs. 3 Satz 2 ANAG oder Art. 31 Ziff. 1 des Flüchtlingsabkommens erfüllt seien, stand beim Beschuldigten nie zur Diskussion (vgl. Entscheid der Asylrekurskommission vom 8. September 2006, ND 2 Urk. 4).

Damit stand der Durchführung des (angeblich in den Jahren 2004, 2005 oder 2006 eingeleiteten) Strafverfahrens nichts im Wege. Die rechtswidrige Einreise hätte unabhängig vom gestellten Asylgesuch beurteilt werden können. Der von der Anklagebehörde angegebene Grund für die Wiedereröffnung des Strafverfahrens kann sich nicht auf Art. 323 Abs. 1 StPO abstützen. Damit war die Wiederaufnahme des eingestellten Verfahrens wegen Widerhandlung gegen das ANAG nicht zulässig, der Grundsatz „ne bis in idem“ steht dem entgegen. Dies hat Nichteintreten auf die Anklage zur Folge (N. Schmid, Praxiskommentar StPO, Zürich/St.Gallen 2009, Art. 323 N 11).

5. Sanktion

5.1. Nachdem keine Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 3 BetmG ersichtlich ist, gelangt die bis zum 30. Juni 2011 geltende Fassung des Betäubungsmittelgesetzes zur Anwendung (Art. 2 Abs. 2 StGB).

5.2. Zum Strafraumen kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 49 S. 11), die untere Grenze liegt bei einem Jahr Freiheitsstrafe (aArt. 19 Ziff. 1 al 9 Satz 2 in Verbindung mit Ziff. 2 lit. a BetmG).

5.3. Innerhalb des Strafraumens misst das Gericht gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. 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). Nach Art. 50 StGB hat das Gericht die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten.

Das Bundesgericht hat in neuesten Entscheiden die Regeln zur Strafzumessung modifiziert und in Grundsatzentscheiden das nachfolgend skizzierte Modell vorgegeben (BGE 136 IV 55 E.5.4; BGE 6B_323/2010 vom 23. Juni 2010, E. 2; BGE 6B_865/2009 vom 25. März 2010; BGE 6B_238/2009 vom 8. März 2010, je mit Hinweisen). Die Ausführungen des Bundesgerichts werden ergänzt durch weitere Strafzumessungskriterien, die sich aus der Literatur und der weiteren Rechtsprechung des Bundesgerichts ergeben.

5.4. Die Vorinstanz hat die massgebenden Faktoren für die Festlegung der objektiven Tatschwere in ihrem Entscheid zutreffend aufgeführt, darauf kann verwiesen werden. Zu korrigieren ist einzig die Erwägung, die Grenze zum schweren Fall sei nur knapp überschritten worden (Urk. 49 S. 12). Wird aber von einer Menge von ca. 35 Gramm reinem Kokain ausgegangen (a.a.O. S. 9), so ist eher die Einschätzung zulässig, die Grenze sei mit fast dem Doppelten des Grenzwertes von 18 Gramm deutlich überschritten worden. Wenn die Vorinstanz zu einer im Bereich des qualifizierten Falles einer Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz eher leichten Tatschwere gelangt, so kann dem indessen zugestimmt werden (Urk. 49 S. 12, Art. 82 Abs. 4 StPO).

Nicht gefolgt werden kann jedoch der Einschätzung der subjektiven Tatschwere als erheblich (a.a.O. S. 13), müsste dies doch eine Einsatzstrafe etwa im zweiten Viertel des zur Verfügung stehenden Strafrahmens zur Folge haben, mithin eine Einsatzstrafe von vier bis zehn Jahren. Richtigerweise ist die objektive Tatschwere aufgrund der von der Vorinstanz zutreffend aufgeführten subjektiven Faktoren (Urk. 49 S. 12, Art. 82 Abs. 4 StPO) leicht zu erhöhen. Angemessen erscheint eine (zunächst theoretische) Einsatzstrafe von rund 16 Monaten.

Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten wurden von der Vorinstanz richtig dargestellt (Urk. 49 S. 12, Art. 82 Abs. 4 StPO). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte der Beschuldigte, dass er zur Zeit über ein Temporärbüro eine befristete Stelle bei F._____ habe und so ein monatliches Einkommen von circa Fr. 3'500.-- netto generiere. Seine zwei Kinder unterstütze er regelmässig finanziell und pflege auch Kontakt zu ihnen. In naher Zukunft plane er die Heirat mit Frau G._____, der Mutter seiner zweiten Tochter (Urk. 68 S. 2 f.).

Aus diesen persönlichen Verhältnissen geht nichts Relevantes für die Strafzumessung hervor.

Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer erheblichen Strafreduktion führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorhalt entsprechender Beweise. Die Berücksichtigung von Geständnissen im Rahmen der Strafzumessung beruht hauptsächlich auf zwei Gründen. Zum einen kann das Geständnis (vorbehältlich seiner kritischen Prüfung im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung) zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen. Zum andern kann das Opfer bzw. die geschädigte Partei durch die Schuldanerkennung des Täters bereits eine gewisse immaterielle Genugtuung erfahren. Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich allenfalls aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, weil die Täterschaft ohnehin bereits überführt gewesen wäre. Bei umfangreichen und prozessentscheidenden Geständnissen kann die Strafreduktion nach der bundesgerichtlichen Praxis hingegen bis zu einem Drittel betragen (vgl.

121 IV 202 E. 2d/cc S. 205). Ferner gehört kooperatives Verhalten in der Untersuchung dazu, beispielsweise wenn aufgrund des Verhaltens eines Angeklagten weitere Delikte aufgeklärt oder Mittäter zur Rechenschaft gezogen werden können, was ohne sein kooperatives Mitwirken nicht möglich gewesen wäre. Schliesslich stellen auch Einsicht ins Unrecht der Tat und Reue Strafminderungsgründe dar. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine massgebliche Strafreduktion erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu reduzieren. Ausgeschlossen ist eine Strafreduktion, wenn der Angeklagte lediglich einen erstinstanzlichen Schuldspruch akzeptiert und nicht anfecht (vgl. BGE 6B_974/2009 vom 18. Februar 2010, E.5.4.). Der Beschuldigte hat zu Beginn der staatsanwaltschaftlichen Befragungen den Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz immer bestritten (HD Urk. 15/1 S. 6, Urk. 15/2 S. 17 f.). Erst in der Einvernahme vom 1. September 2010 hat er den Vorwurf anerkannt (HD Urk. 15/5 S. 15). Das letztlich im Untersuchungsverfahren abgelegte Geständnis des Beschuldigten kann nur zu einer leichten Reduktion der Einsatzstrafe führen, hat doch die Zugabe des Beschuldigten die Untersuchung weder beschleunigt noch erleichtert. Das massgebende Beweismittel, die Einvernahme der Geschädigten (im eingestellten Verfahren wegen Vergewaltigung), war bereits am 12. Juli 2007 abgenommen worden (HD Urk. 15/11 und 15/12 S. 4).

Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten die Vorstrafenlosigkeit zu Unrecht strafreduzierend zu gute gehalten (Urk. 49 S. 13). Gemäss der nun gefestigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 135 IV 1, E. 2.6.2 ff.; zuletzt BGE 6B_473/2011 vom 13. Oktober 2011, E. 4.5 mit Hinweisen) ist die Vorstrafenlosigkeit im Regelfall nicht strafmindernd zu werten; eine Ausnahmefall ist nicht ersichtlich.

In Würdigung sämtlicher relevanter täterbezogener Faktoren ist die theoretische Einsatzstrafe auf 13 Monate Freiheitsstrafe zu reduzieren.

5.5. Der Anrechnung von 130 Tagen erstandener Untersuchungshaft steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

5.6. Nachdem die Vorinstanz dem Beschuldigten den bedingten Strafvollzug gewährt und die Probezeit auf zwei Jahre angesetzt hat (Urk. 49 S. 14 f.), kann heute auf Grund des Verbots der reformatio in peius (Verschlechterungsverbot, Art. 391 Abs. 2 StPO) nicht anders entschieden werden.

5.7. Zusammengefasst ist der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 13 Monaten zu belegen, unter Anrechnung von 130 Tagen erstandener Haft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe ist aufzuschieben und die Probezeit auf zwei Jahre anzusetzen.

6. Kostenfolgen

Der Beschuldigte obsiegt in einem untergeordneten Punkt (Nichteintreten auf die Anklage betr. Widerhandlung gegen das ANAG; gemäss seinem ursprünglichen Antrag) im Übrigen (Sanktion betr. Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz) unterliegt er. Demzufolge sind ihm die Kosten des Berufungsverfahrens (exklusive die Kosten der amtlichen Verteidigung) zu vier Fünfteln aufzuerlegen, im Übrigen jedoch auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung trägt der Staat (Art. 426 Abs. 1 StPO). Die Rückzahlungspflicht nach Art. 135 Abs. 4 StPO für vier Fünftel der Kosten der amtlichen Verteidigung bleibt vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 20. April 2011 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1.-3. (...)

4. Folgende, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 4. Januar 2011 beschlagnahmten, bei der Kantonspolizei Zürich, ..., gelagerten Gegenstände werden nach Eintritt der Rechtskraft dem Beschuldigten herausgegeben:

- 1 ... Reisepass [des Staates B. _____], Nr. ...
- 2 AAB + Ausländerausweis-Karte, ...
- 1 Ordner gelb
- 2 Flaschen Weisswein, Fendant, 50 cl
- 1 Trolley mit div. Kleidern, Schokoladen
- 1 Handy Samsung, IMEI Nr. ...
- 1 Handy Nokia 5230, IMEI Nr. ...
- 1 Veston, kariert
- 1 Lederjacke, dunkelbraun
- 1 Staubsaugersack
- 1 Sack mit 6 Bierdosen (Feldschlösschen), 50 cl
- 1 Weinglas
- 1 Paar Schuhe "Kollege"
- 1 Mobiltelefon
- 1 DVD "Teen America"

Wird innert drei Monaten nach Eintritt der Rechtskraft kein entsprechendes Gesuch gestellt, werden diese Gegenstände vernichtet.

5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	3'000.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	8'475.50	Auslagen Vorverfahren der Staatsanwaltschaft
Fr.	1'010.–	Kosten der Kantonspolizei Zürich
Fr.	10'955.35	Kosten der amtlichen Verteidigung (ausstehend)
<hr/>		
Fr.	23'440.85	
<hr/> <hr/>		

6. Die Kosten der Untersuchung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die übrigen Kosten (inklusive amtliche Verteidigung) werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch diejenigen der amtlichen Verteidigung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Vorbehalten bleibt Art. 135 Abs. 4 StPO.
7. (Mitteilungen)
8. (Rechtsmittel)"
2. Weiter wird festgestellt, dass der gesamte Beschluss des Bezirksgerichts Winterthur vom 14. September 2011 in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Auf die Anklage betreffend Widerhandlung gegen Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG wird nicht eingetreten.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.
5. Gegen Ziffer 3 dieses Beschlusses 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.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte **A.**_____ ist schuldig des Verbrechens im Sinne von von aArt. 19 Ziff. 1 al. 4 und 5 BetmG in Verbindung mit aArt. 19 Ziff. 2 lit. a des Betäubungsmittelgesetzes.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 13 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 130 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu vier Fünfteln auferlegt und zu einem Fünftel auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Rückzahlungspflicht für vier Fünftel der Kosten der amtlichen Verteidigung bleibt vorbehalten.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürichsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich
 - die Bundesanwaltschaft

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- Forensisches Institut Zürich, ... [Adresse]
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

7. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 10. November 2011

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Marti

lic. iur. R. Huser