

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110630-O/U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. F. Bollinger, Präsident, und lic. iur. M. Langmeier,
Ersatzoberrichterin lic. iur. B. Schärer sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. S. Schwarzwälder

Urteil vom 12. März 2012

in Sachen

A._____

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. U. Hubmann,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

**qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc. und
Rückversetzung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
14. Juni 2011 (DG110067)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 18. März 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 28).

Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4, 5 und 6 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sowie
 - der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a und d AuG.
2. Der Beschuldigte wird in den Vollzug der mit Urteilen vom 8. Februar 2007 vom Bezirksgericht Dielsdorf sowie vom 9. April 2009 vom Bezirksgericht Pfäffikon ausgefallten Freiheitsstrafen rückversetzt.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug dieses Strafrests von 153 Tagen bestraft mit 7 Jahren Freiheitsstrafe als **Gesamtstrafe**, wovon 307 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.

Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte seit dem 25. Januar 2011 im vorzeitigen Strafvollzug befindet.
4. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
5. Auf eine Ersatzforderung wird verzichtet.
6. Die sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Lagernummer ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 25. November 2010 beschlagnahmten gefälschten Ausweise (Sachkautionsnummer ...) werden eingezogen und dem Urkundenlabor der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 20. April 2010 beschlagnahmten Barschaften von Fr. 390.– und € 320.– (Barkautionsnummer ...) werden eingezogen und zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 25. November 2010 beschlagnahmten Mobiltelefone inkl. dazugehöriger SIM-Karten (Sachkautionsnummer ...) werden eingezogen und der Laborbehörde zur Vernichtung überlassen.
10. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 44'253.– Kosten der Kantonspolizei
Fr. Kanzleikosten Untersuchung
Fr. 28'116.– Auslagen Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
11. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.
12. (Mitteilungen)
13. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(schriftlich, Urk. 63)

1. Das vorinstanzliche Urteil vom 14. Juni 2011 sei mit Ausnahme des Strafpunktes, d.h. von Dispositiv-Ziffer 3, zu bestätigen bzw. für rechtskräftig zu erklären.
2. Der Beschuldigte sei mit einer wesentlich tieferen Gesamtstrafe zu belegen, unter Anrechnung der bisher erstandenen Haft.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien einschliesslich jener der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(schriftlich und sinngemäss, Urk. 58)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 14. Juni 2011 wurde der Beschuldigte der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4, 5 und 6 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG sowie der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a und d AuG schuldig gesprochen. Betreffend die Sanktion ordnete die Vorinstanz zunächst die Rückversetzung des Beschuldigten in den Vollzug zweier früheren Freiheitsstrafen an, aus welchen er bedingt entlassen worden war, und bestrafte ihn sodann unter Einbezug des entsprechenden Strafrests von 153 Tagen mit 7 Jahren Freiheits-

strafe als Gesamtstrafe, wovon 307 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind. Weiter wurde vorgemerkt, dass sich der Beschuldigte seit dem 25. Januar 2011 im vorzeitigen Strafvollzug befinde. Nach verschiedenen Einziehungsent-scheiden auferlegte die Vorinstanz schliesslich die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens dem Beschuldigten, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, welche auf die Gerichtskasse genommen wurden (Urk. 47 S. 13 ff.).

1.2. Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte durch seinen amtlichen Verteidiger am 23. Juni 2011 fristgerecht Berufung anmelden (Urk. 36) und nach Zustel-lung des begründeten Urteils (Urk. 41 = Urk. 47; vgl. Urk. 45/1) am 26. September 2011 - ebenfalls fristgerecht - am Obergericht die Berufungserklärung einreichen. Damit beschränkte der Verteidiger die Berufung auf die Strafzumessung. Er bean-tragt, es sei eine wesentlich geringere Gesamtstrafe als die von der Vorinstanz Ausgefällte auszusprechen. Mit Präsidialverfügung vom 13. Oktober 2011 wurde die Berufungserklärung in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO der Staatsanwaltschaft übermittelt (Urk. 52). Diese erklärte am 25. Oktober 2011, die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils zu verlangen und sich nicht weiter aktiv am Verfahren beteiligen zu wollen (Urk. 58; vgl. Urk. 61).

1.3. Zu Beginn der heutigen Berufungsverhandlung, zu welcher der Beschuldigte und sein Verteidiger erschienen sind, waren weder Vorfragen zu entscheiden noch Beweise abzunehmen (Prot. II S. 4). Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung, wobei die Parteien auf eine mündliche Urteilseröffnung verzichteten (Prot. II S. 6).

2. Umfang der Berufung

Wie erwähnt, wurde die Berufung auf die Strafzumessung beschränkt und betrifft mithin die Dispositivziffern 3 und 4 des vorinstanzlichen Urteils (wobei Dispositiv-ziffer 4 in dem Sinne unnötig ist, als bei einem Strafmass von 7 Jahren schon von Gesetzes wegen nichts Anderes als der unbedingte Vollzug zur Debatte steht). Die nicht angefochtenen Punkte (Dispositivziffern 1 und 2 sowie 5 ff.) sind damit in Rechtskraft erwachsen (Art. 399 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 402 und

437 StPO). Dies betrifft namentlich auch die erstinstanzlichen Kostenfolgen, zu welchen der Verteidiger in seiner Berufungserklärung noch beantragte, sie seien bei Gutheissung seines Berufungsantrags "allenfalls" neu zu regeln (Urk. 48 S. 2). An der Berufungsverhandlung äusserte sich der Verteidiger dazu nicht mehr und er bestätigte sodann, dass die erstinstanzliche Kostenregelung (Dispositivziffer 11) in Rechtskraft erwachsen sei (Prot. II S. 4). Lediglich der Vollständigkeit halber ist deshalb festzuhalten, dass auch wenn im Sinne des Berufungsantrags der Verteidigung die Strafe gegen den Beschuldigten reduziert würde, dies in Bezug auf die vorinstanzliche Kostenregelung keine Folgen hätte, bleibt es doch jedenfalls bei der Verurteilung und der daraus folgenden Kostentragungspflicht des Beschuldigten (Art. 426 Abs. 1 StPO). Ein allfälliges Obsiegen des Beschuldigten würde sich einzig auf die Kostenfolgen des Berufungsverfahrens auswirken (Art. 428 Abs. 1 und 2 StPO). Soweit das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen ist, ist dies vorab vorzumerken.

3. Strafzumessung

3.1. Die Vorinstanz hat die Grundsätze, nach welchen eine Strafe im Allgemeinen und bei Betäubungsmitteldelikten im Besonderen zuzumessen ist, richtig zusammengefasst (Urk. 47 S. 5 f.). Zur Vermeidung von Wiederholungen kann darauf verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Vorinstanz hat sich auch an die vom Bundesgericht in verschiedenen jüngeren Urteilen für die Strafzumessung vorgegebenen Regeln gehalten (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff.; 135 IV 130 E. 5.3.1; 132 IV 102 E. 8.1; je mit Hinweisen).

3.2. Zunächst ist festzuhalten, dass das Inkrafttreten des revidierten BetmG per 1. Juli 2011 nichts an der Strafzumessung ändert: Sowohl nach Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 aBetmG als auch nach Art. 19 Abs. 2 BetmG ist eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu 20 Jahren bedroht. Zumindest für die vorliegenden Fragestellungen bleibt auch ohne Einfluss, dass das neue BetmG den Terminus "schwerer Fall" (gemäss Art. 19 Ziff. 2 aBetmG, im Vergleich zu Art. 19 Abs. 2 BetmG) nicht mehr verwendet und der Mengenbezug in Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG im Verhältnis zu

Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG weggefallen ist. Der Gesetzgeber hat damit nicht gewollt, dass das Kriterium der Menge an Bedeutung verliere, sondern es bleibt nach wie vor - wie schon in der bisherigen Rechtsprechung - eines von mehreren Kriterien, das die Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen bewirken kann (vgl. Marcel Keller, Der Artikel 19 des Betäubungsmittelgesetzes in der Fassung vom 20. März 2008: Ein kritischer Vergleich zwischen dem alten und dem neuen Recht, Masterarbeit Hochschule Luzern 2009, S. 30/31 mit verschiedenen Nachweisen).

Da deshalb das neue Recht nicht das mildere ist, hat die Strafzumessung nach dem aBetmG zu erfolgen, welches bis zum 30. Juni 2011 (und mithin zum Zeitpunkt der dem Beschuldigten vorgeworfenen Taten und des vorinstanzlichen Urteils) in Kraft gestanden hat (Art. 2 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Art. 333 Abs. 1 StGB).

3.3. Die objektive Tatschwere der Delinquenz des Beschuldigten wiegt - auf einer Skala aller denkbaren schweren Fällen von Widerhandlungen gegen das aBetmG im Sinne dessen Art. 19 Ziff. 2 - mit der Vorinstanz (Urk. 47 S. 6) durchaus erheblich. Die Vorinstanz stützt sich für die Berechnung der Reinmenge der umgesetzten Betäubungsmittel auf einen allgemeinen Erfahrungssatz von 25% bei Heroin und auf einen solchen von 33 1/3% bei Kokain ab und verweist dabei auf den Kommentar von Fingerhuth/Tschurr (Kommentar Betäubungsmittelgesetz, 2. Aufl., Zürich 2007, N 176 zu Art. 19), welcher wiederum auf zwei Bundesgerichtsentscheide aus dem Jahr 1999 verweist. Es ist der Verteidigung Recht zu geben, dass nicht einfach auf diese Angaben abgestützt werden kann: Die zitierte bundesgerichtliche Praxis ist veraltet und zu pauschal, weswegen es sich rechtfertigt, auf die durchschnittlichen Erfahrungswerte abzustellen (Urk. 63 S. 2 f.). Nach der vom Verteidiger eingereichten Betäubungsmittelstatistik der Gruppe Forensische Chemie SGRM (Urk. 64), welche als Grundlage genommen werden kann, ergibt sich bei Heroin-Base, bei einer Menge von 1-10 g, ein Reinheitsgehalt von durchschnittlich 20% für das Jahr 2009 und 17% für das Jahr 2010. Für Mengen von 10-100 g beträgt der Mittelwert für das Jahr 2009 22% und für das Jahr 2010 19%. Beim Heroin-Hydrochlorid betragen die Werte sodann

zwischen 19 und 24% je nach Menge und Jahr. Die Rechnung des Verteidigers ist demnach etwas zu korrigieren, da dieser sich lediglich auf die Zahlen für das Jahr 2010 abstützte, der Beschuldigte aber nachweislich bereits im Jahr 2009 Betäubungsmittel verkaufte (Urk. 63 S. 2 f.). Angesichts der Vielzahl von Einzelhandlungen mit verschiedenen Mengen und in verschiedenen Jahren scheint angemessen, für die Berechnung der reinen Heroinmenge von einem Durchschnittswert von 20% auszugehen. Bei einer Menge von 8'333 g Heroingemisch beläuft sich die reine Betäubungsmittelmenge auf 1'667 g, mithin 1,6 kg, und ist damit tiefer als die von der Vorinstanz berechnete Menge von 2 kg (Urk. 47 S. 7).

Beim Kokain ist gemäss der Statistik der Gruppe Forensische Chemie SGRM von einem Reinheitsgrad von - je nachdem, ob es sich um Base oder Hydrochlorid handelt - 33-37% auszugehen für das Jahr 2010, in welchem der Beschuldigte das Kokaingemisch verkaufte (Anklageschrift Ziff. 1.A. lit. e). Damit kann auf die von der Vorinstanz errechnete Menge von ca. 6,5 g abgestellt werden; dies unter Berücksichtigung, dass es sich auch bei den statistischen Erfahrungswerten immer nur um Durchschnittswerte handelt.

Zwar setzte der Beschuldigte insgesamt nicht die übermässig grosse Menge um (im Sinne der obigen Erwägungen rund 1,6 Kilogramm reines Heroin und ca. 6,5 Gramm reines Kokain). Es fällt aber die aussergewöhnlich rege Handelstätigkeit des Beschuldigten auf, der während nur gerade knapp 6 Monaten nicht weniger als 322 Einzelgeschäfte abwickelte und so die in Frage stehenden 8'333 Gramm Heroin- und 20 Gramm Kokaingemisch effektiv und im Sinne des treffenden Vergleichs des Staatsanwalts (Urk. 33 S. 4) im Stile eines "soliden KMU-Betriebs" umsetzte. Es ist denn auch nicht ganz ersichtlich, weshalb dies nicht (auch) zu einem Schuldspruch im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. c aBetmG geführt hat, ist doch das Handeln des Beschuldigten geradezu in optima forma als gewerbmässig zu bezeichnen und hat er offensichtlich auch einen grossen Umsatz im Sinne der genannten Bestimmung erzielt (vgl. dazu BGE 129 IV 188). Zutreffend hat die Vorinstanz den Beschuldigten auch nicht auf einer untersten Stufe der Drogenhandelskette gesehen; seine Rolle ist definitiv nicht vergleichbar mit jener des typischen Kleindealers (vgl. dazu auch die Vorinstanz: Urk. 47 S. 7).

Wenn man sich das Verhältnis der vom Beschuldigten umgesetzten Menge zu derjenigen vor Augen hält, die vom süchtigen Endverbraucher üblicherweise konsumiert wird (jeweils im Bereich von Bruchteilen eines Gramms reinen Stoffes), braucht keine weiteren Erläuterungen, dass der Beschuldigte durch seine überaus rege Handelstätigkeit zur hohen Gefährdung einer Grosszahl von Menschen beigetragen hat.

3.4. In subjektiver Hinsicht ist zunächst entgegen der Verteidigung jedenfalls nicht in dem Sinne von einer Drogensucht des Beschuldigten auszugehen, als dieser Umstand strafmildernd zu berücksichtigen wäre (vgl. Urk. 34 S. 7). So räumte der Beschuldigte zwar ein, in der fraglichen Zeit gelegentlich Heroin und häufiger Kokain konsumiert zu haben (Urk. 26/5 S. 3/4), ergänzte jedoch gleich selbst, nicht zu wissen, ob er süchtig gewesen sei (Urk. 26/5 S. 4). Angesichts dieser Umstände ist - mit der Vorinstanz (Urk. 47 S. 7) - nicht von Beschaffungskriminalität auszugehen und liegen auch keine Anzeichen für eine möglicherweise eingeschränkte Schuldfähigkeit vor. Dass es ihm nicht um Beschaffungskriminalität ging, anerkennt der Beschuldigte denn auch selbst implizit, wenn er einerseits sagt, "ich hatte es [Drogen] zur Verfügung und habe es einfach konsumiert" (und so einräumt, den Handel nicht zur Befriedigung seines Bedürfnisses nach Drogen betrieben zu haben) und andererseits geltend macht, er habe Drogenhandel betreiben müssen, um ein Darlehen zurückzahlen zu können (vgl. dazu sogleich). Es wäre auch nicht ersichtlich, dass den Beschuldigten nach seiner Verhaftung Entzugserscheinungen getroffen hätten; lapidar stellte er dazu fest: "Im Gefängnis gibt es halt keines mehr" (Urk. 26/5 S. 4). In der Berufungsverhandlung bestätigte der Beschuldigte sodann, dass er im Gefängnis nie Drogen konsumiert und nach seiner Verhaftung keine Entzugssymptome gehabt habe (Urk. 62 S. 3). Mithin ist dem Beschuldigten direkt vorsätzliches Handeln anzulasten, einzig getrieben vom finanziellen Interesse, mit den Drogengeschäften Gewinn zu erzielen.

Soweit der Beschuldigte geltend macht, er sei von Darlehensgläubigern unter Druck gesetzt (der Verteidiger spricht gar von Todesdrohungen) und in die Schweiz geschickt worden, um die Schulden mithilfe des Drogenhandels abzuarbeiten (Urk. 32 S. 3; Urk. 34 S. 4/5), sind diese Darstellungen zu relativieren.

Schon die Vorinstanz hat festgestellt, dass sich der Beschuldigte so in Widerspruch zu früheren Darstellungen setzt (Urk. 47 S. 8; Art. 82 Abs. 4 StPO). Insbesondere dass er das seinerzeitige Darlehen für die Kosten einer Operation für seine behinderte Tochter habe aufnehmen müssen, brachte der Beschuldigte auffälligerweise erstmals in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vor (Urk. 32 S. 3). In den ersten Einvernahmen erwähnte er hievon - zum Teil auf explizite Frage danach, ob er etwas zu seiner Entlastung anführen wolle, oder auf die Frage nach allfälligen Auftraggebern - noch überhaupt nichts dergleichen (Urk. 13/1; Urk. 13/2 S. 2, 5; Urk. 13/7 S. 6). Auch in der Schlusseinvernahme antwortete er auf die Frage nach dem Grund für seine Einreise und den Drogenhandel zunächst noch, er sei nicht aus einem bestimmten Grund in die Schweiz gekommen, "schon gar nicht um hier Drogen zu verkaufen" (Urk. 14/18 S. 6). Erst auf ein Nachhaken des Staatsanwaltes hin erklärte der Beschuldigte dann, er habe für eine in der Schweiz im Gefängnis einsitzende Person gearbeitet, weil er bei dieser Schulden gehabt und diese zwei Personen in den B._____ [Land] geschickt habe, um ihn - den Beschuldigten - zu bedrohen und zur Einreise sowie zum Drogenhandel in die Schweiz zu bringen (Urk. 14/18 S. 6 ff.). Trotz mehrfachen insistierenden Nachfragens des Staatsanwaltes erwähnte der Beschuldigte aber weiterhin mit keinem Wort die angebliche Operation seiner angeblich kranken Tochter, wofür er ein Darlehen habe aufnehmen müssen (a.a.O.). Und auch in der polizeilichen Einvernahme zur Person, wo unter anderem seine familiäre Situation, ein - eigener - Unfall und eine angebliche Schuld gegenüber einem Cousin im B._____ über € 6'000 zur Sprache kam (Urk. 26/5 S. 2, 3, 6), erzählte der Beschuldigte nichts von einer angeblich behinderten und operierten Tochter, ebenso wenig wie in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme zur Person vom 25. Januar 2011, wo abermals über die Familie des Beschuldigten gesprochen wurde (Urk. 26/6 S. 2). Im Berufungsverfahren erklärte der Beschuldigte, dass seine Tochter wegen eines Geburtsfehlers am Fuss habe operiert werden müssen. Es handle sich dabei um eine Fussfehlstellung, wobei der linke Fuss nach innen zeige. Der Eingriff habe zwischen € 600 und € 700 gekostet, danach seien jedoch hohe Kosten angefallen, weil der Gips jede Woche habe gewechselt werden müssen. Er habe dafür im Jahr 2008 bei einer Familie aus C._____ [Stadt

in B. _____] ein Darlehen aufgenommen. Man wisse, dass diese Leute Kredit gewähren. Es handle sich dabei um unter einander verbundene Clans; woher diese das Geld hätten, sei ihm (dem Beschuldigten) nicht bekannt gewesen. Das Darlehen sei dann infolge der hohen Zinsen von € 3'800 auf € 14'800 angewachsen. Er habe weder die Zinsen bezahlen noch das Darlehen zurückerstatten können. Eines Tages seien zwei Typen bei ihm vorbeigekommen und hätten ihm gesagt, dass er die Schuld in der Schweiz abarbeiten müsse, wenn er nicht binnen einer Woche bezahle. Dies sei schriftlich festgehalten worden, das Dokument erhalten habe er jedoch nicht. Er (der Beschuldigte) habe von Anfang an gewusst, dass er hier Drogen verkaufen müsse; aus Angst um seine Familie habe er dies jedoch nicht zugeben wollen (Urk. 62 S. 5, 6, 8 bis 11). Bei einer Bank habe er schliesslich einen Kredit von € 1'500 aufgenommen, um die Reise in die Schweiz zu finanzieren. Für diesen Kredit habe seine Schwester gebürgt (Urk. 62 S. 6 f.). Auf Frage, weshalb er nicht auch für die Gesundheitskosten seiner Tochter ein Darlehen aufgenommen habe, erklärte der Beschuldigte, dass man bei einer Bank im B. _____ für den doppelten Kreditbetrag Sicherheiten leisten müsse. Solche habe er nicht anzubieten gehabt; ebenso wenig wie seine Schwester, welche als einziges Aktivum ein Auto im Wert von rund € 3'800 besessen habe, womit sie auch als Bürge nicht in Betracht gekommen sei (Urk. 62 S. 7).

Um die Angaben des Beschuldigten im Berufungsverfahren zu belegen, reichte der Verteidiger ein Arzteugnis ins Recht, welches bestätigt, dass die Tochter des Beschuldigten einen Geburtsfehler am linken Fuss hat. Seit seiner achten Lebenswoche werde das Kind orthopädisch behandelt und es sei nun eine erneute Operation, diesmal im Ausland, nötig (Urk. 65). Der Verteidiger erwähnte dazu, dass er sich vom Arzt habe bestätigen lassen wollen, dass bereits eine Operation durchgeführt worden sei, was dieser aber - vermutlich wegen befürchteter Schadenersatzforderungen - verweigert habe (Urk. 63 S. 6 und Prot. II S. 5). Es ist mittlerweile schon nahezu notorisch, dass sehr viele in der Schweiz verhaftete Drogenhändler sich nur deshalb zum Delinquieren entschlossen zu haben behaupten, weil sie durch den Erlös irgendeiner kranken Verwandten unterstützen müssten bzw. dies bereits getan hätten und nun von Darlehensgebern bedrängt würden. Offenbar erhofft man sich dadurch mildere Strafen. Es

ist jedoch in aller Deutlichkeit festzuhalten, dass solche Umstände die Betroffenen in aller Regel nicht entlasten und in keiner Weise rechtfertigen, durch Drogenhandel Gesundheit und Leben unzähliger Personen grossen Gefahren auszusetzen. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Geschichte des Beschuldigten zutrifft, ist vorliegend nicht belegt, dass die Tochter tatsächlich operiert worden ist; bestätigt ist lediglich, dass sie in ärztlicher Behandlung war. Sodann ist dazu festzuhalten, dass die Behandlung der Fussfehlstellung, mit welcher die Tochter zur Welt gekommen ist, nicht lebensnotwendig war. Die Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten war damit nicht eigentlich eingeschränkt und es lässt sich die vom Verteidiger geltend gemachte Notsituation hier nicht erkennen (Urk. 63 S. 8). Nicht darzulegen vermochte der Beschuldigte weiter, weshalb er einen Kredit über € 3'800 aufgenommen hatte: Nach seinen Aussagen habe der Arzt ihm gesagt, dass er mit Kosten von rund € 4'000 - 4'500 rechnen müsse, von den Kreditgebern gegeben worden seien ihm dann € 3'800. Man könne sich den Betrag nicht auswählen, es werde einfach eine Summe geborgt (Urk. 62 S. 8). Die Operation der Tochter hat gemäss Angaben des Beschuldigten schliesslich nur rund € 700 gekostet. Der Beschuldigte hat ein Darlehen aufgenommen, um seiner Tochter zu helfen, welche sich jedoch nicht in Lebensgefahr befand. Dazu bediente er sich der Mittel von dubiosen Kreditgebern, um deren Fragwürdigkeit der Beschuldigte gewusst haben muss. Auch wenn der Verteidiger geltend zu machen versucht, dass die Kreditpraxis solcher Familien im B. _____ nicht jedermann bekannt sei (Prot. II S. 5 f.), sagte der Beschuldigte selber, dass man nicht wisse, woher diese Familien das Geld hätten; es seien Clans, welche untereinander verbunden seien. Der Beschuldigte wusste jedoch, dass er auf legalem Weg kein Geld erhalten konnte (dazu nachfolgend) und er wusste auch, dass man von diesen Leuten auch getötet werde (Urk. 62 S. 6). Das Darlehen war sodann mit einem völlig überhöhten Zinsversprechen verbunden, welchem der Beschuldigte von Anfang an nicht nachkommen konnte, wessen er sich ebenfalls bewusst gewesen sein muss. Er hat sich damit sehenden Auges dieser Druck-situation ausgesetzt. Nicht bestätigt ist schliesslich, ob der Beschuldigte überhaupt ein solches Darlehen aufgenommen hat und wenn ja, in welchem Umfang.

Richtig ist, dass die Behandlung der Tochter finanzieller Mittel bedurfte, über welche der Beschuldigte nicht verfügte. Da es sich dabei aber nicht um eine lebensnotwendige Behandlung handelte, scheint menschlich nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschuldigte einen solch überbeuerten Kredit aufnahm und dazu noch bei äusserst zweifelhaften Geldgebern. Der Beschuldigte hätte sich mit seinem Arbeitserwerb behelfen können. Dass dies nicht aussichtslos gewesen wäre, zeigt das Beispiel seiner Frau, welche mit ihrem bescheidenen Einkommen den von der Bank bezogenen Kredit für die Reise in die Schweiz vollumfänglich zurückzahlen konnte (Urk. 62 S. 10 und 12). Sodann drängt sich die Frage auf, weshalb der Beschuldigte sich nicht mittels Bankdarlehen und Bürgschaft seiner Schwester beholfen hat. Heute hat er erklärt, dass er der Bank für den Kredit doppelte Sicherheit hätte leisten müssen, was weder er noch seine Schwester gekonnt hätten (Urk. 62 S. 7). Dass er überhaupt versucht hat, Geld auf legalem Weg zu erhalten, hat er aber gar nie dargetan. Nochmals ist auch festzuhalten, dass nicht dargelegt wurde, wie hoch die Kosten der Operation sowie der postoperativen Behandlung tatsächlich waren und ob der für die Reise in die Schweiz erhältlich gemachte Kredit von € 1'500 dafür nicht ausgereicht hätte. Infolge all dieser Erwägungen ist die Drucksituation des Beschuldigten - entgegen der Ansicht der Verteidigung - nicht strafmindernd zu berücksichtigen (Urk. 63 S. 8). Insgesamt ist aber auch festzuhalten, dass die subjektiven Elemente die objektive Tatschwere nicht zu erhöhen vermögen.

3.5. Wenn die Vorinstanz in Würdigung der gesamten Tatschwere zu einer Einsatzstrafe von 7 Jahren Freiheitsstrafe gelangt (Urk. 47 S. 8), erscheint das als zu hart, wenn auch nicht ausserordentlich. Insbesondere ist nochmals zu betonen, dass vorliegend nicht die gesamte Drogenmenge, sondern vielmehr das überaus intensive, stetige und andauernde Handeln im Vordergrund steht. Jedenfalls sind die oben berechneten (und geringer ausfallenden) reinen Betäubungsmittelmengen zu berücksichtigen. Angesichts der gesamten Umstände erscheint eine etwas tiefere Einsatzstrafe von 6 ½ Jahren dem Verschulden eher angemessen. Eine solche Einsatzstrafe lässt sich auch vertreten vor dem Hintergrund des schematischen, praxisgestützten Vergleichsrahmens von Fingerhuth/Tschurr (Fingerhuth/Tschurr, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007,

N. 30 zu Art. 47 StGB bzw. Art. 63 aStGB; vgl. auch N. 18 ff.), welchen heranzuziehen im Sinne einer Kontrolle und im Interesse von Rechtsgleichheit und -sicherheit statthaft ist: So gehen die genannten Autoren bei einer Menge von ca. 1,6 kg reinem Heroin von einer Einsatzstrafe von gut 5 Jahren aus und sehen für "deutlich mehr als 5 Geschäfte" einen Zuschlag von 10 bis 20 % sowie für Handel mit Heroin und Kokain einen solchen von bis zu 50 % vor (a.a.O., N. 30-32 zu Art. 47 StGB). Auf den vorliegenden Fall übertragen, muss dies also infolge der fast nicht mehr zu überbietenden Anzahl von 322 Einzelgeschäften innert knapp 6 Monaten und des zusätzlichen - wenn auch im Verhältnis klar untergeordneten - gelegentlichen Verkaufes von Kokain sicher zu einem Zuschlag von 25 % führen - womit man ebenfalls bei rund 6 bis 6 ½ Jahren zu liegen kommt.

3.6. Wegen der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz ist diese Einsatzstrafe in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Gemäss Art. 115 Abs. 1 lit. a AuG wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer - wie der Beschuldigte - gegen Art. 5 des genannten Gesetzes verstösst. Zwar stimmt, dass das Vergehen des Beschuldigten gegen das Ausländergesetz gegenüber den Widerhandlungen gegen das BetmG in den Hintergrund tritt (so die Vorinstanz in Urk. 47 S. 8). Es muss aber zu Lasten des Beschuldigten berücksichtigt werden, dass er sehr wohl von der gegen ihn verhängten Einreisesperre sowie angesichts seiner einschlägigen Vorstrafen (Urk. 51 S. 2 und 3) auch von den damit verbundenen Folgen Kenntnis hatte und trotzdem handelte (so bereits in der ersten Einvernahme: Urk. 13/1 S. 3). Direkt vorsätzlich missachtete er damit die Einreisesperre, um hier dem Drogenhandel nachgehen zu können. Daraus resultierte jedenfalls eine merkliche Straferhöhung.

3.7. Aus der Biographie des Beschuldigten ergeben sich keine strafzumessungsrelevanten Elemente (vgl. dazu Urk. 47 S. 9, 10). Namentlich kann sich der Hintergrund der politischen Unruhen im Herkunftsgebiet des Beschuldigten nicht strafmindernd auf die vorliegend zu beurteilenden Betäubungsmitteldelikte auswirken; der "verzweifelten Flucht in die Schweiz oder mit anderen Worten hin zur Arbeit" (so der Verteidiger in Urk. 34 S. 3) ist sodann entgegen zu halten, dass er

eben gerade des Landes verwiesen und ausgeschafft worden ist. Eine besondere Strafeempfänglichkeit wäre nicht ersichtlich. Deutlich strafe erhöhend sind indessen die fünf Vorstrafen des Beschuldigten zu werten, zumal sie sowohl hinsichtlich BetrG (Urteile vom 7. April 1999 und 15. Dezember 1999) als auch der Ausländergesetzgebung (Urteile vom 9. Juli 2002, 8. Februar 2007 und 9. April 2009) einschlägig sind (Urk. 51). Und ebenso zulasten des Beschuldigten fällt ins Gewicht, dass er mit der vorliegend zu beurteilenden Deliktserie im Oktober 2009 begann - und mithin kein halbes Jahr nach seiner bedingten Entlassung aus dem Vollzug zweier Vorstrafen und entsprechend auch noch in der Probezeit (Urk. 51 S. 3).

3.8. Schliesslich ist das Nachtatverhalten eines Täters in die Strafzumessung einfließen zu lassen. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren (wie namentlich Reue und Einsicht). Ein Geständnis, kooperatives Verhalten bei der Aufklärung von Straftaten sowie Einsicht und Reue wirken in der Regel strafmindernd. Das Bundesgericht hielt dafür, ein positives Nachtatverhalten könne zu einer Strafreduktion im Bereich von einem Fünftel bis zu einem Drittel führen (vgl. BGE 118 IV 349 und 121 IV 202; BSK StGB I-Wiprächtiger, Art. 47 N. 129 ff.).

Bereits in der ersten polizeilichen Einvernahme nach seiner Verhaftung am 24. März 2010 war der Beschuldigte in dem Sinne geständig, als er seine Beteiligung am Drogenhandel nicht grundsätzlich in Abrede stellte. Auf Vorhalt einzelner Abnehmer bzw. Abnehmerinnen war er indessen noch sehr zurückhaltend, namentlich was Anzahl und Menge der einzelnen Verkäufe anbelangte (Urk. 13/1 passim). Nicht wirklich ergiebig war sodann auch die Einvernahme vom 16. April 2010 (Urk. 13/5), und am 4. Mai 2010 stritt der Beschuldigte - wiederum vorab bezüglich Häufigkeit und Menge der Verkäufe, zum Teil aber auch grundsätzlich - gleichermassen noch sehr vieles ab (Urk. 13/6). Offenbar (auch) aufgrund eines Gesprächs mit seinem Verteidiger (Urk. 13/6 S. 18) begann der Beschuldigte dann ab der Einvernahme vom 17. Juni 2010 mit Geständnissen bezüglich aufgrund des überwachten Telefon- und SMS-Verkehrs erstellter Zusammenstellungen, auch wenn er sich zu ganz vielen Einzelverhalten nicht

mehr zu erinnern vorgab, sich die Befragungen entsprechend "harzig" gestalteten und teilweise auch etwas in ein "Verhandeln" der jeweils zutreffenden Menge hinausliefen (Urk. 13/7 S. 3 ff., 8; Urk. 13/8 S. 1 ff., 10; Urk. 13/9 S. 2 ff., 10; Urk. 13/10 S. 13 f.; Urk. 13/11 S. 15 f.; Urk. 14/13 S. 19; Urk. 14/14 S. 13; Urk. 14/15 S. 2; Urk. 14/16 S. 1, 2; Urk. 14/17 S. 1/2; Urk. 14/18 S. 5). Echte Einsicht und Reue zeigte der Beschuldigte nicht; erst im Schlusswort am Ende der vorinstanzlichen Hauptverhandlung äusserte er, sich zu schämen und zu bereuen, was er getan habe; es tue ihm leid (Prot. I S. 10). Namentlich infolge des Geständnisses, welches die Untersuchung letztlich doch recht weitgehend vereinfacht hat, rechtfertigt sich aber gleichwohl eine erhebliche Strafminderung.

3.9. Kurz zusammengefasst, erscheint damit die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe von 7 Jahren (unter Einbezug des Strafrests von 153 Tagen aus der Rückversetzung) als zu hoch: Unter Berücksichtigung der wesentlichen Straferhöhungs- (Konkurrenz [AuG und Strafrest], Vorstrafen, Delinquenz während Probezeit) und -minderungsgründe (Geständnis) ergibt sich, dass eine Reduktion der von der Vorinstanz für die Tatschwere der Betäubungsmitteldelikte festgelegten Einsatzstrafe von 7 Jahren gerechtfertigt ist, dies insbesondere deshalb, weil die reine Menge des gehandelten Heroins mit 1,6 kg doch um einiges tiefer liegt als der von der Vorinstanz berechnete Wert von 2 kg. Wiederholt ist festzuhalten, dass die Ansicht der Verteidigung, wonach die Strafminderungsgründe die Straferhöhungsgründe überwiegen, nicht zutreffend ist: Es kann dazu insbesondere auf die Ausführungen unter Ziffer 3.4. verwiesen werden, nochmals ist zu bemerken, dass der Beschuldigte, selbst wenn seine Geschichte stimmt, seine Zwangssituation letztlich selbst verschuldet hat. Der Beschuldigte ist damit mit einer Freiheitsstrafe von 6 ½ Jahren (als Gesamtstrafe, unter Berücksichtigung eines zu vollziehenden Strafrests von 153 Tagen) zu bestrafen. Darauf anzurechnen sind die vom Beschuldigten durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstandenen 720 Tage entzogener Freiheit (Art. 51 StGB).

4. Strafvollzug

Bei einer Freiheitsstrafe von 6 ½ Jahren kommt ein ganzer oder teilweiser bedingter Aufschub der Strafe schon von Gesetzes wegen nicht in Frage (Art. 42 ff. StGB). Angesichts dessen muss im Dispositiv nicht erwähnt werden, dass die Strafe zu vollziehen ist.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Im Berufungsverfahren erfolgt die Kostentragung nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens der Parteien (Art. 428 Abs. 1 StPO). Nachdem der Beschuldigte mit seiner Berufung in geringem Masse obsiegt, sind die Kosten - mit Ausnahme derjenigen für die amtliche Verteidigung - im Umfang von einem Viertel auf die Gerichtskasse zu nehmen und dem Beschuldigten im Umfang von drei Vierteln aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 Satz 2 StPO). Diesbezüglich ist er jedoch auf Art. 135 Abs. 4 StPO hinzuweisen, wonach er verpflichtet ist, die der Verteidigung vom Staat ausbezahlte Entschädigung im Umfang von drei Vierteln zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 14. Juni 2011 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4, 5 und 6 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sowie
 - der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 lit. a und d AuG.
2. Der Beschuldigte wird in den Vollzug der mit Urteilen vom 8. Februar 2007 vom Bezirksgericht Dielsdorf sowie vom 9. April 2009 vom Bezirksgericht Pfäffikon ausgefallten Freiheitsstrafen rückversetzt.
3. (...)
4. (...)

5. Auf eine Ersatzforderung wird verzichtet.
 6. Die sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Lagernummer ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
 7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 25. November 2010 beschlagnahmten gefälschten Ausweise (Sachkautionsnummer ...) werden eingezogen und dem Urkundenlabor der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
 8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 20. April 2010 beschlagnahmten Barschaften von Fr. 390.– und € 320.– (Barkautionsnummer ...) werden eingezogen und zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
 9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 25. November 2010 beschlagnahmten Mobiltelefone inkl. dazugehöriger SIM-Karten (Sachkautionsnummer ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
 10. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
 - Fr. 3'500.–; die weiteren Auslagen betragen:
 - Fr. 44'253.– Kosten der Kantonspolizei
 - Fr. Kanzleikosten Untersuchung
 - Fr. 28'116.– Auslagen Untersuchung
 - Fr. amtliche Verteidigung Untersuchung
 - Fr. 15'545.70 amtliche Verteidigung (*festgesetzt mit Beschluss vom 16. August 2011*)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 11. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.
 12. (Mitteilungen)
 13. (Rechtsmittelbelehrung)"
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird unter Einbezug des Strafrestes von 153 Tagen gemäss Rückversetzungsentscheid der Vorinstanz (Dispositivziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils) bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 6 ½ Jahren als

Gesamtstrafe, wovon 720 Tage durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

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

Fr. amtliche Verteidigung

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu drei Vierteln auferlegt und im Umfang von einem Viertel auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. **Die Rückzahlungspflicht bleibt im Umfang von drei Vierteln vorbehalten.**

4. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
- das Bundesamt für Migration
- das Bundesamt für Polizei

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Justizvollzugsanstalt ...
- das Migrationsamt des Kantons Zürich

- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
5. 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, 12. März 2012

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. F. Bollinger

lic. iur. S. Schwarzwälder