

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB150161-O/U/ad-cs

Mitwirkend: der Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, die Oberrichterin lic. iur. Wasser-Keller, der Ersatzoberrichter lic. iur. Ernst sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Hafner

Urteil vom 27. Oktober 2015

in Sachen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

Anklägerin und Erstberufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Zweitberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 22. Januar 2015 (DG140078)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 14. November 2014 (Urk. 10) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG sowie
 - der Widerhandlung gegen Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 28 Monaten, wovon 33 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind (gerechnet bis und mit 2. November 2014).

Es wird davon Vormerk genommen, dass dem Beschuldigten mit Verfügung vom 3. November 2014 der vorzeitige Strafantritt bewilligt wurde.

3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.

4. Die mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Juni 2014 für eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten (abzüglich 120 Tage Haft) angesetzte Probezeit von 2 Jahren wird um 1 Jahr verlängert.

5. a) Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 20. Oktober 2014 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich deponierten 73.9 Gramm Heroin (Lager-Nr. ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
b) Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 2. Oktober 2014 beschlagnahmte Mobiltelefon, Marke Samsung, Ruf-Nr. 077 ..., IMEI ..., samt SIM-Karte wird eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

6. a) Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 10. Oktober 2014 beschlagnahmte albanische Reisepass, Nr. ..., wird dem Beschuldigten von der Gerichtskasse nach Eintritt der Rechtskraft dieser Dispositivziffer, spätestens jedoch anlässlich der Zuführung des Beschuldigten an das Migrationsamt des Kantons Zürich herausgegeben.
- b) Der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 2. Oktober 2014 beschlagnahmte silberfarbene Schlüssel mit der Aufschrift ... wird dem Beschuldigten von der Gerichtskasse auf erstes Verlangen herausgegeben.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 2. Oktober 2014 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 200.– wird zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten herangezogen.
8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
- | | | |
|-----|------------------|---------------------------------|
| Fr. | 3'000.00 | ; die weiteren Kosten betragen: |
| Fr. | 3'000.00 | Gebühr Strafuntersuchung |
| Fr. | 900.00 | Auslagen Vorverfahren |
| Fr. | 8'720.25 | Kosten amtliche Verteidigung; |
| Fr. | <u>15'620.25</u> | Total |
- Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
9. Die Kosten des Vorverfahrens (Gebühr Strafuntersuchung sowie Auslagen Vorverfahren) und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

Berufungsanträge:

a) Der Vertreterin der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 37 S. 1)

1. Der Beschuldigte sei schuldig zu sprechen
 - des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, sowie
 - des Vergehens gegen das Ausländergesetz im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG.
2. Der Beschuldigte sei zu bestrafen mit 28 Monaten Freiheitsstrafe.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei anzuordnen.
4. Es sei die mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Juni 2014 ausgefallte Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu widerrufen und als vollziehbar zu erklären.
5. Es seien dem Beschuldigten die Kosten aufzuerlegen.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 38 S. 1 f.)

1. Es sei der Beschuldigte in Abänderung des vorinstanzlichen Urteils vollumfänglich freizusprechen und für die erlittene Unbill (Haft) angemessen zu entschädigen;

die beschlagnahmten Vermögenswerte (Mobiltelefon/SIM-Karte, CHF 200.--) seien dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herauszugeben;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Staates.

2. Eventuell seien Dispositivziffern 1., 3., 4., 5.b) und 7 des vorinstanzlichen Urteils zu bestätigen und es sei der Beschuldigte mit einer nicht über die Dauer der bisher erstandenen Haft und des vorzeitigen Strafvollzuges hinausgehenden Freiheitsstrafe zu bestrafen.

Die Kosten des Verfahrens inkl. der amtlichen Verteidigung seien infolge Uneinbringlichkeit definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

3. Subeventuell sei das vorinstanzliche Urteil vollumfänglich zu bestätigen.
4. Die Berufung der Anklägerin sei vollumfänglich abzuweisen unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolge.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Prozessuales

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. Januar 2015 wurde der Beschuldigte der qualifizierten Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie der Widerhandlung gegen Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG schuldig gesprochen und mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 28 Monaten, wovon 33 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind, bestraft. Von der Bewilligung des vorzeitigen Strafantritts vom 3. November 2014 wurde Vormerk genommen. Sodann wurde die mit Urteil vom 19. Juni 2014 des Bezirksgerichts Winterthur für eine Freiheitsstrafe von 24

Monaten (abzüglich 120 Tage Untersuchungs- und Sicherheitshaft) angesetzte Probezeit von 2 Jahren um 1 Jahr verlängert. Gegen das Urteil vom 22. Januar 2015 meldete die Staatsanwaltschaft am 27. Januar 2015 Berufung an und reichte am 8. April 2015 fristwährend ihre Berufungserklärung ein (Urk. 20 und 29). Der Beschuldigte liess seinerseits mit Eingabe vom 28. Januar 2015 Berufung anmelden und reichte seine Berufungserklärung ebenfalls innert Frist am 21. April 2015 ein (Urk. 21 und 31).

2. Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (SCHMID, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 402 N 1; Art. 437 StPO).

Die Staatsanwaltschaft stellt den Antrag, die mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur am 19. Juni 2014 ausgefallte Freiheitsstrafe von 24 Monaten sei zu widerrufen, und ficht damit Dispositivziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils an (Urk. 29). Der Beschuldigte beantragt einen vollumfänglichen Freispruch und ficht das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. Januar 2015 mit Ausnahme der Dispositivziffern 5.a), 6 und 8 vollumfänglich an. Da somit die Urteilsdispositivziffern 5.a) (Einziehung und Vernichtung des Heroins), 6 (Herausgabe des Reisepasses und des Schlüssels) und 8 (Kostenfestsetzung) unangefochten blieben, ist mittels Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Die staatsanwaltschaftliche Einvernahme des Beschuldigten vom 3. November 2014 wurde von der Protokollführerin nicht unterzeichnet (Urk. 2/3). Gemäss Art. 76 Abs. 2 StPO haben jedoch die protokollführende Person, die Verfahrensleitung und die zur Übersetzung beigezogene Person die Richtigkeit des Protokolls zu bestätigen. Voraussetzung für die Gültigkeit des Protokolls ist die Beachtung der Protokollierungsvorschriften, zumal diese Vorschriften grundsätzlich zwingenden Charakter haben (BSK StPO I-NÄPFLI, 2. Aufl. 2013, Art. 76 N 12). Vorliegend haben allerdings die Verfahrensleitung, der Dolmetscher und der Beschuldigte das Einvernahmeprotokoll unterzeichnet. Es stellt sich daher die Frage, ob unter diesen Umständen durch das Fehlen der Unterschrift der Protokollführerin eine Gültigkeits- oder allenfalls nur eine Ordnungsvorschrift ver-

letzt wurde. Da der Sachverhalt auch ohne die in der Einvernahme vom 3. November 2014 gemachten Aussagen erstellt werden kann, hat die fehlende Unterschrift allerdings vorliegend keine Auswirkungen auf das Verfahren.

4. Anlässlich der Berufungsverhandlung stellten die Parteien die eingangs erwähnten Anträge.

II. Sachverhalt

1. Gemäss Anklageschrift soll der Beschuldigte am 24. August [recte: September] 2014 beim Grenzübergang Chiasso in die Schweiz gereist sein, obschon ihm das Bundesamt für Migration mit Verfügung vom 19. Juni 2014 ein Einreiseverbot für den Zeitraum vom 20. Juni 2014 bis 19. Juni 2019 erteilt habe, wovon er Kenntnis gehabt habe. Der Beschuldigte habe sich sodann vom 24. September 2014 bis 1. Oktober 2014 in Winterthur und B._____ aufgehalten im Wissen um das vorerwähnte Einreiseverbot, mithin im Wissen um die fehlende Bewilligung und seinen rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz. Ausserdem habe der Beschuldigte am 1. Oktober 2014 an eine Drittperson 5 Portionen Heroin verkauft, insgesamt 22.9 Gramm Heroingemisch mit einem Reinheitsgehalt von 25%, mithin 5.6 Gramm reines Heroinhydrochlorid. Ihm wird sodann vorgeworfen, in seinem Zimmer im Hotel ... in B._____ 63.8 Gramm Heroingemisch mit einem Reinheitsgehalt von 25%, mithin 16 Gramm reines Heroinhydrochlorid, besessen zu haben. Dies in der Absicht, dieses Heroingemisch zu verkaufen. Dabei habe der Beschuldigte gewusst, dass es sich dabei um eine Menge Heroinhydrochlorid handle, die die Gesundheit vieler Menschen massiv beeinträchtigen bzw. gefährden könne (Urk. 10).

2. Der Beschuldigte gestand anlässlich der polizeilichen Einvernahme sowie der Hafteinvernahme, am 1. Oktober 2014 5 Portionen Heroin an eine Drittperson verkauft zu haben (Urk. 2/1 S. 3; Urk. 2/2 S. 2, 4). Vor Vorinstanz erklärte er, er habe die Drogen lediglich übergeben und nicht verkauft. Auf entsprechende Frage bestätigte er indes, dass er Fr. 900.– für 5 Portionen Heroin, mithin 5.6 Gramm reines Heroinhydrochlorid, erhalten habe (Prot. I S. 7). Der Verkauf von 5 Portio-

nen bzw. 5.6 Gramm reines Heroinhydrochlorid gilt demnach als erstellt. Ebenso ist aufgrund des Eingeständnisses des Beschuldigten erstellt, dass er in seinem Zimmer im Hotel ... in B._____ im Besitz von weiteren 63.8 Gramm Heroingemisch, mithin 16 Gramm reines Heroinhydrochlorid, war und die Absicht hatte, dieses Heroingemisch zu verkaufen (Urk. 2/1 S. 7; Urk. 2/2 S. 2; Prot. I S. 7 f.).

Die Vorinstanz führte zutreffend aus, dass das Vorbringen des Beschuldigten, er habe sich auf den Drogenhandel eingelassen, um zur Überführung von albanischen Hintermännern beizutragen, unglaublich und daher als reine Schutzbehauptung zu qualifizieren ist (Urk. 27 S. 5; vgl. Urk. 2/1 S. 4 f.; Urk. 2/2 S. 3 f.; Prot. I S. 8). Es erscheint lebensfremd, dass jemand mit dem Verkauf von Drogen seine Verhaftung herbeiführen will, damit er bei den Behörden eine Anzeige erstatten kann. Der Beschuldigte hätte die Polizei oder auch Staatsanwalt C._____ – in seinen Effekten befand sich ein an Staatsanwalt C._____ adressiertes Couvert – direkt aufsuchen können. Die Frage, wieso er nicht umgehend zur Polizei bzw. Staatsanwaltschaft gegangen sei, konnte er nicht plausibel beantworten. Er führte lediglich aus, er habe in Bezug auf D._____ zuerst sicher sein und nicht ohne Grund zur Polizei gehen wollen (Urk. 2/1 S. 2; Urk. 2/2 S. 3), respektive, er habe nicht gewusst, wo die Polizei zu finden sei (Prot. II S. 13). Inwiefern der Verkauf von Betäubungsmitteln diesbezüglich hätte Gewissheit bringen können, ist nicht nachvollziehbar. Zudem erklärte er, er sei von einem Albaner in Albanien angerufen und angewiesen worden, an der betreffenden Örtlichkeit einem ihm unbekanntem Dritten das Heroin zu übergeben (Urk. 2/1 S. 3 f.; Urk. 2/2 S. 4). Die Staatsanwaltschaft wies zu Recht darauf hin, dass es unglaublich ist, dass ein Verkäufer von einem Drogenhändler angewiesen werde, Drogen an einen Polizeibeamten zu verkaufen, zumal sich der Drogenhändler dadurch selbst schädigen würde (Prot. I S. 12). Auch bezüglich des Kollegen aus Albanien, der den Kontakt für den Verkauf der 5 Portionen Heroin hergestellt habe, verwickelte sich der Beschuldigte in Widersprüche. So gab er bei der Polizei dessen Telefonnummer an, die sich in seinem Natel fand, erklärte aber gegenüber der Staatsanwaltschaft, er habe keine Telefonnummer (Urk. 2/1 S. 4 und Urk. 2/2 S. 4). Ohne telefonischen Kontakt zum Kollegen aus Albanien müsste das Treffen und der Verkauf des Heroins bereits bei seiner Abreise, sprich

vor dem 24. September 2014, vereinbart gewesen sein. Gemäss dem Verhafterapport vom 1. Oktober 2014 bestellte der Polizist "... " aber erst am 30. September 2014 Betäubungsmittel für den Folgetag (Urk. 6/1 S. 2).

3. Der Beschuldigte anerkannte den Anklagesachverhalt betreffend unerlaubte Einreise und rechtswidrigen Aufenthalt vollumfänglich (Urk. 2/1 S. 2 f.; Urk. 2/2 S. 2; Prot. I S. 6; Urk. ND1.3). Die diesbezüglichen Anklagesachverhalte sind demnach ebenfalls erstellt.

III. Rechtliche Würdigung

1. Die Vorinstanz würdigt das Verhalten des Beschuldigten als qualifizierte Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG und als Widerhandlung gegen Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG. Der Beschuldigte beantragt hingegen einen vollumfänglichen Freispruch, da er durch seine Handlungen berechnigte Interessen wahrgenommen und damit kein strafwürdiges Unrecht geschaffen habe (Urk. 31).

2. Die vorinstanzlichen Ausführungen zur rechtlichen Würdigung sind zutreffend, weshalb auf diese verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 27 S. 5 f., 7). Der Beschuldigte hat sich durch sein Handeln der qualifizierten Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG und der Widerhandlung gegen Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG schuldig gemacht. Schuldausschluss- bzw. Rechtfertigungsgründe liegen, wie vorstehend dargelegt (Erw. II.2.) keine vor.

IV. Strafzumessung

1. Die Vorinstanz hat den Strafraumen korrekt abgesteckt und die gesetzlichen Zumessungsregeln wie auch die hier massgeblichen belastenden und entlastenden Faktoren zutreffend dargelegt. Auf diese Erwägungen im angefochtenen Entscheid kann verwiesen werden (Urk. 27 S. 7 f.).

2. Demnach ist das schwerste zu beurteilende Delikt die Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG mit einem Strafrahmen von nicht unter einem Jahr Freiheitsstrafe. Diese Freiheitsstrafe kann mit einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen verbunden werden.

2.1. Bei der objektiven Tatschwere ist zu gewichten, dass die vom Beschuldigten insgesamt verkaufte und besessene Menge reinem Heroin die Schwelle zur qualifizierten Widerhandlung lediglich um 9.6 Gramm überschritt. Im weiten Spektrum von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG ist die vorliegende Gesamtmenge von 21.5 Gramm reinem Heroin im unteren Bereich anzusiedeln. Zu berücksichtigen ist zudem, dass der Beschuldigte die Drogen an den (vermeintlichen) Endkonsumenten lieferte und nicht an Zwischenhändler. Der Beschuldigte befindet sich demnach im unteren Bereich der Hierarchie im Betäubungsmittelhandel und hat keine führende Rolle inne. Zudem war die Deliktsdauer äusserst kurz. Dies ist jedoch der umgehenden Verhaftung des Beschuldigten zuzuschreiben. Durch die Intervention der Polizei konnte sodann verhindert werden, dass die Betäubungsmittel auf den Markt kamen. Das Suchtpotential von Heroin ist jedoch äusserst hoch. Den Ausführungen der Vorinstanz, bei den sichergestellten Betäubungsmitteln handle es sich um eine der gefährlichsten Drogen, kann folglich zugestimmt werden. Das Verschulden wiegt in objektiver Hinsicht leicht.

Was die subjektive Tatschwere anbelangt, ist in die Verschuldensbewertung mit einzubeziehen, dass der Beschuldigte selbst keine Drogen konsumiert und er lediglich aus rein finanziellen Motiven, ein anderes Motiv ist nicht plausibel, gehandelt hat. Er handelte zudem mit direktem Vorsatz. Zu Recht wies die Vorinstanz darauf hin (Urk. 27 S. 9), dass keinerlei Hinweise vorhanden sind, dass sich der Sohn des Beschuldigten in einer Notlage befinden könnte und der Beschuldigte deshalb aus schwerer Bedrängnis gehandelt hat. Auch eine finanzielle Notlage des Beschuldigten lag nicht vor. Es sind keinerlei Strafmilderungsgründe im Sinne von Art. 48 StGB ersichtlich.

Die dargelegten Faktoren der subjektiven Tatschwere vermögen die objektive Schwere der Tat nicht im Geringsten zu mindern. Das Verschulden ist daher als

insgesamt *leicht* zu taxieren. Es erweist sich eine Einsatzstrafe von 16 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen.

2.2. Betreffend die Widerhandlung gegen Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG ist in objektiver Hinsicht von einem keineswegs mehr leichten Verschulden auszugehen. Der Beschuldigte reiste gerade drei Monate, nachdem gegen ihn eine Einreisesperre verfügt wurde, wiederum in die Schweiz ein, was als äusserst dreist zu bezeichnen ist. Der Beschuldigte befand sich jedoch lediglich acht Tage unrechtmässig in der Schweiz. Diese kurze Deliktsdauer ist aber wiederum der Verhaftung des Beschuldigten zuzuschreiben.

Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte. Ihm war die Verfügung betreffend das Einreiseverbot bekannt und er wusste, dass seine Einreise und sein Aufenthalt in der Schweiz illegal sind. Die Motivation des Beschuldigten für die Einreise und den Aufenthalt war zudem lediglich, erneut dem Drogenhandel nachzugehen. Für den Beschuldigten wäre es ein leichtes gewesen, die Delikte zu vermeiden und nicht in die Schweiz einzureisen bzw. sich hier aufzuhalten.

Die subjektive Tatschwere führt nicht zu einer Verschuldensminderung. Es bleibt bei einem *keineswegs mehr leichten* Verschulden des Beschuldigten. In Anwendung des aus Art. 49 Abs. 1 StGB folgenden Asperationsprinzips ist die zuvor ermittelte Einsatzstrafe nunmehr für die Widerhandlung gegen das Ausländergesetz um 4 Monate auf insgesamt 20 Monate Freiheitsstrafe zu erhöhen.

2.3. Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann auf die Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 27 S. 10). Aus der Biografie und den persönlichen Verhältnissen ergeben sich keine Anhaltspunkte, die für die Strafzumessung von Bedeutung wären.

2.4. Die einschlägige Vorstrafe ist erheblich strafferhöhend zu gewichten. Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Juni 2014 wegen qualifizierter Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie wegen Widerhandlung gegen Art. Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG zu einer bedingt vollziehba-

ren Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt. Die Probezeit wurde auf 2 Jahre festgesetzt (Urk. 7/2). Ebenfalls strafferhöhend zu berücksichtigen ist die Delinquenz des Beschuldigten während laufender Probezeit. Unbeeindruckt von der bereits erlittenen Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft von 4 Monaten (DG140034: Urk. HD 13.1 und 27) und den drohenden Konsequenzen in Bezug auf den Widerruf der Vorstrafe delinquierte der Beschuldigte gerademal rund 3 ½ Monate nach seiner Haftentlassung erneut.

Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, ist das vollumfängliche Geständnis betreffend die Widerhandlung gegen das Ausländergesetz strafmindernd zu veranschlagen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass ein Leugnen bei vorliegender Beweislage ohnehin aussichtslos gewesen wäre. Betreffend die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz bringt der Beschuldigte jedoch Vorbehalte an, indem er den Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen geltend macht (Urk. 38 S. 2 f.). Zumindest ist dem Beschuldigten positiv anzurechnen – wie von der Verteidigung zutreffend vorgebracht (Urk. 21 S. 2 und Urk. 38 S. 4) –, dass er sich im Rahmen der Untersuchung insoweit kooperativ zeigte, als er den ermittelnden Polizeibeamten seinen Aufenthaltsort in B. _____ sowie in Winterthur bekannt gab. Im Hotelzimmer in B. _____ wies der Beschuldigte die Polizei zudem von sich aus auf den Aufbewahrungsort des restlichen Heroingemischs von 63.8 Gramm hin (Urk. 2/1 S. 6 f.).

Im Ergebnis überwiegen bei der Täterkomponente die strafferhöhenden Faktoren, weshalb die Strafe um 4 Monate zu erhöhen ist. Eine Strafe in der Höhe von 24 Monaten Freiheitsstrafe erscheint dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen angemessen.

3. Der Beschuldigte befand sich vom 1. Oktober 2014 (Urk. 6/1) bis zum 2. November 2014 in Untersuchungshaft und seit dem 3. November 2014 im vorzeitigen Strafvollzug (Urk. 6/10). Einer Anrechnung der erstandenen Haft und des vorzeitigen Strafantritts von insgesamt 391 Tagen steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

V. Vollzug

1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Freiheitsstrafe von höchstens 2 Jahren oder einer Geldstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingt vollziehbare Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Erscheinen die Bewährungsaussichten des Täters nur dann nicht als schlecht, wenn wenigstens ein Teil der Strafe vollzogen wird, so fällt der teilbedingte Strafvollzug in Betracht (Art. 43 Abs. 2 StGB; BGE 134 IV 14 f.).

2. In objektiver Hinsicht sind die Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Strafvollzugs erfüllt, da der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu bestrafen ist.

3. Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Juni 2014 zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten verurteilt (Urk. 7/2). Folglich müssen in subjektiver Hinsicht besonders günstige Umstände im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB vorliegen, damit der bedingte Vollzug gewährt werden kann. Wie die Vorinstanz unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zutreffend ausführte, kann selbst beim Vorliegen einer einschlägigen Vorstrafe eine besonders günstige Prognose gestellt werden, wenn sich die Lebensumstände des Täters nach der Tat entscheidend positiv verändert haben (Urk. 27 S. 12, BGE 134 IV 1 Erw. 4.2.3).

Vorliegend delinquierte der Beschuldigte bereits rund 3 ½ Monate nach seiner Haftentlassung erneut und dies gar in einschlägiger Weise. Weder die bereits erstandene viermonatige Untersuchungs- und Sicherheitshaft noch der drohende Widerruf der bedingt ausgefallten 24-monatigen Freiheitsstrafe vermochten ihn von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten. Uneinsichtig und unbeeindruckt delinquierte der Beschuldigte während laufender Probezeit weiter. Eine signifikant positive Veränderung der Lebensumstände des Beschuldigten nach der Tat ist nicht ersichtlich; Pläne, zukünftig einen Lebensmittelladen zu führen (Prot. II S. 11), reichen hierfür nicht aus, eröffnete er doch gemäss seinen eigenen Anga-

ben bereits nach seiner ersten Haftentlassung ein Geschäft (Prot. II S. 17), was ihn offensichtlich aber nicht vom weiteren Delinquieren abhielt.

4. Gemäss obigen Erwägungen sind beim Beschuldigten keine besonders günstigen Umstände auszumachen, welche einen Aufschub der Strafe rechtfertigen würden. Die Freiheitsstrafe von 24 Monaten ist zu vollziehen.

VI. Widerruf

1. Die Staatsanwaltschaft beantragt den Widerruf der mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Juni 2014 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 24 Monaten. Der Beschuldigte habe Kenntnis vom bedingten Strafvollzug bzw. den Konsequenzen bei erneuter Delinquenz innerhalb der Probezeit gehabt. Weder die Untersuchungshaft von 120 Tagen noch die ausgesprochene Strafe hätten den Beschuldigten daran gehindert, nicht einmal 3 ½ Monate später erneut rechtswidrig in die Schweiz einzureisen und innerhalb von gerademal 5 bzw. 6 Tagen wiederum dem Betäubungsmittelhandel nachzugehen. Das Verhalten des Beschuldigten zeige, dass dieser nicht gewillt sei, sich künftig rechtskonform zu verhalten. Daran ändere auch die für die neuerlich begangenen Delikte unbedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe nichts. Der Beschuldigte habe immerhin schon während 120 Tagen in Untersuchungshaft gesessen (Urk. 29).

2. Die rechtlichen Voraussetzungen für den Widerruf einer bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe wurden im angefochtenen Urteil zutreffend wiedergegeben, darauf ist zu verweisen (Urk. 27 S. 13).

3. Wie soeben ausgeführt, delinquierte der Beschuldigte bereits rund 3 ½ Monate nach seiner Haftentlassung, mithin während laufender Probezeit, erneut. Trotz der heute unbedingt auszufällenden Freiheitsstrafe von 24 Monaten kann dem Beschuldigten keine günstige Prognose in Bezug auf sein künftiges Verhalten gestellt werden. Der Beschuldigte war bereits während vier Monaten in Untersuchungs- und Sicherheitshaft und kennt demnach bereits die Konsequenzen eines mehrmonatigen Freiheitsentzugs. Trotzdem erklärte er im Rahmen der Untersuchung auf Vorhalt, dass es ihm egal sei, dass er für mindestens 2 Jahre

ins Gefängnis gehen müsse, da er während der Probezeit delinquent habe (Urk. 2/1 S. 5). Auch anlässlich der Hafteinvernahme erklärte er, dass er sich bewusst sei, dass die bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe widerrufen werde. Er nehme die Strafe auf sich, die das Gesetz vorsehe. Er sei zurückgekehrt, um eine Anzeige zu machen und dies habe er gemacht (Urk. 2/2 S. 4). Der Beschuldigte liess sich folglich weder durch den mehrmonatigen Freiheitsentzug noch den drohenden Widerruf der bedingt ausgefallenen 24-monatigen Freiheitsstrafe genügend beeindrucken. Zudem sieht er nach wie vor das Unrecht seiner Taten nicht ein. Es sind keine Anhaltspunkte auszumachen, die darauf hinweisen könnten, dass der Beschuldigte künftig von weiteren Straftaten absehen wird.

Die mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Juni 2014 bedingt ausgefallene Freiheitsstrafe von 24 Monaten ist folglich zu widerrufen. Aufgrund der Gleichartigkeit der neuen und der zu widerrufenden Strafe ist keine Gesamtstrafe zu bilden (vgl. BGE 134 IV 241).

VII. Einziehungen

1. Die Vorinstanz gab die Voraussetzungen für die Sicherungseinziehung nach Art. 69 StGB zutreffend wieder, worauf verwiesen werden kann (Urk. 27 S. 14). Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 2. Oktober 2014 beschlagnahmte Mobiltelefon der Marke Samsung, Tel.-Nr. 077 ..., kaufte der Beschuldigte am 24. September 2014, sodann am Tag seiner Einreise in die Schweiz (Urk. 4/5; Urk. 2/1 S. 9). Die Vorinstanz erwog zutreffend (Urk. 27 S. 14), dass das Mobiltelefon samt SIM-Karte bei der Vorbereitung und Organisation der deliktischen Handlungen, namentlich dem Betäubungsmittelhandel gedient hat. Das Mobiltelefon des Beschuldigten ist daher einzuziehen, zu verwerten und der Erlös zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden.

2. Betreffend die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 2. Oktober 2014 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 200.– (Urk. 4/5) fehlt der Nachweis, dass diese Barschaft aus einer illegalen Tätigkeit herrührt (vgl. 27 S. 14). Der beschlagnahm-

te Vermögenswert ist zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden (Art. 267 Abs. 3 StPO).

VIII. Kosten

1. Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziffer 9) zu bestätigen.
2. Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft obsiegt mit ihrer Berufung vollumfänglich. Der Beschuldigte hingegen unterliegt mit seiner Berufung im Wesentlichen mit seinen Anträgen. Die leichte Reduktion der vorinstanzlich ausgefallten Strafe erfolgte im Rahmen eines reinen Ermessensentscheides. Der Beschuldigte hat sodann die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung inklusive derjenigen für den Dolmetscher in den Besprechungen (vgl. Urk. 39/2-3) sind unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. Januar 2015 bezüglich der Dispositivziffern 5.a) (Einzahlung und Vernichtung des Heroins), 6 (Herausgabe des Reisepasses und des Schlüssels) und 8 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie
 - der Widerhandlung gegen Art. 115 Abs. 1 lit. a und b AuG.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis heute 391 Tage durch Untersuchungshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. Juni 2014 ausgefallte bedingte Freiheitsstrafe von 24 Monaten (abzüglich 120 Tage erstandene Untersuchungs- und Sicherheitshaft) wird vollzogen.
5. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 2. Oktober 2014 beschlagnahmte Mobiltelefon der Marke Samsung, Tel-Nr. 077 ..., IMEI ..., samt SIM-Karte wird eingezogen, durch die Lagerbehörde verwertet und der Erlös zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 2. Oktober 2014 beschlagnahmten Fr. 200.– werden zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
7. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziffer 9) wird bestätigt.
8. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 5'750.– amtliche Verteidigung
9. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

10. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (übergeben)
- 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 Winterthur/Unterland
- 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
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Bezirksgerichtskasse Winterthur, unter Hinweis auf Dispositivziffer 5 und 6
- in die Akten des Bezirksgerichts Winterthur Prozess-Nr. DG 140034
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

11. 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
II. Strafkammer

Zürich, 27. Oktober 2015

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Hafner