

# ZH\_OBERGERICHT SB120317 vom 4. Oktober 2012

ZH Obergericht, 2012-10-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB120317](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120317)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB120317 du 4 octobre 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT SB120317 del 4 ottobre 2012

## Erwägungen

### E. 1

Die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) führte gegen den Beschuldigten eine Strafuntersuchung wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und Vernachlässigung von Unterhaltspflichten. Mit Datum vom 22. September 2011 erhob die Staatsanwaltschaft Anklage an das Bezirksgericht Zürich (Urk. 11). Das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung (nachfolgend: Vorinstanz), verurteilte den Beschuldigten mit Urteil vom 26. Januar 2012 wegen mehrfachen Verbrechens gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und

#### E. 1.1

Wie bereits die Vorinstanz ausführte, anerkannte der Beschuldigte stets, der Sprechende der ihm unter dem Pseudonym "... " zugeordneten Gespräche der überwachten Rufnummer zu sein. Davon ist daher vorweg auszugehen. Weiter wirft ihm die Anklagebehörde vor, der Verfasser der mit der überwachten Rufnummer gesandten SMS zu sein. Dieser Vorhalt wurde dem Beschuldigten bei der zweiten delegierten Einvernahme gemacht, worauf er dies bestritt. Wie die Vorinstanz korrekt ausführte, fällt dazu beim Aussageverhalten des Beschuldigten auf, dass er anfangs antwortete, sich nicht zu erinnern und erst bei der siebten Frage zu den fraglichen SMS erklärte, keine SMS schreiben zu können (Urk. 6/4 S. 5f.). Anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz gab er gar an, nicht einmal seinen Namen schreiben zu können und Analphabet zu sein (Urk. 21 S. 4). Auf diesen Standpunkt stellte er sich auch heute (Urk. 71 S. 3), mit der Einschränkung, dass der Beschuldigte einräumte, in der Schweiz gelernt zu haben, den eigenen Namen zu schreiben. Aktenkundig - und vom Beschuldigten nicht bestritten - ist, dass die Ehefrau dem Beschuldigten am 6. Dezember 2008 eine SMS auf ... [Sprache] schrieb. Dass die Ehefrau des Beschuldigten, welche im damaligen Zeitpunkt den Beschuldigten bereits einige Jahre kannte (vgl. Urk. 9/3 S. 2), diesem eine SMS schreiben sollte, obwohl dieser gar nicht lesen kann, ist nicht nachvollziehbar und ungläubhaft. Hätte der Beschuldigte im damaligen Zeitpunkt gar nicht lesen können, wäre zu erwarten gewesen, dass die Ehefrau dies wusste und sie hätte ihm dann wohl kaum eine SMS geschickt. Weiter hatte der Beschuldigte eigenen Aussagen zu Folge eine eigene Firma. Und eine Firma zu führen, ohne lesen und schreiben zu können, ist kaum nachvollziehbar und auch die Aussage, er habe einen Buchhalter gehabt und seine Frau habe geholfen, überzeugt nicht. Dazu kommt, dass es sich bei den inkriminierten SMS hauptsächlich um solche mit Zahlen als Inhalt oder ganz kurze, einfache Sätze handelt (vgl. Aufstellung SMS Verkehr in Urk. 53 S. 8 und 9). Diese können auch von einer Person mit sehr schlechter Schulbildung verfasst und gelesen werden. Der Beschuldigte konnte auch nicht erklären, wer sonst die SMS mit seiner Mobiltelefonnummer, welche er aktenkundig selber rege für Gespräche nutzte, geschrieben haben soll. Insgesamt bestehen damit keine unüberwindbaren

- 12 - Zweifel, dass die inkriminierten SMS ebenfalls - nebst dem anerkannten Telefongesprächen - vom Beschuldigten stammen.

### **E. 1.2**

Weiter ist zu prüfen, ob es bei den aufgezeichneten Gesprächen, wie von der Staatsanwaltschaft behauptet, um Heroin ging. Wie die Vorinstanz korrekt ausführte, ist das Aussageverhalten des Beschuldigten widersprüchlich. Nachdem er bei der ersten delegierten Einvernahme teilweise einlässliche Aussagen machte, stritt er bei den nächsten beiden Einvernahmen alles ab bzw. erklärte, sich nicht zu erinnern oder machte gar keine Aussagen. An der heutigen Berufungsverhandlung führte er aus, es sei um Geld gegangen (Urk. 71 S. 13ff.) oder sagte, er könne im Moment nicht sagen, um was es gegangen sei (Urk. 71 S. 17). Zu den Aussagen des Beschuldigten anlässlich der Einvernahme vom 21. Juni 2011 (Urk. 6/3) ist vorweg zwecks Vermeidung von Wiederholungen auf die detaillierte Zusammenstellung der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 53 S. 14-17, Ziff. 3.2.2.1.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Zusammengefasst sagte der Beschuldigte auf Vorhalt von verschiedenen Gesprächen unmissverständlich aus, es sei um Heroin gegangen. Bezeichnend dazu sind die Antworten des Beschuldigten auf die Fragen 51 bis 59 der genannten Einvernahme (S. 9 ff.). Er sagte aus, er habe auf Befehl eines anderen unbekanntes Mannes gehandelt. Er kenne diesen nicht. Irgendjemand habe diesem seine Nummer gegeben. C.\_\_\_\_\_ habe das alles mit diesem unbekanntes Mann gemacht. Er selber habe "es" [die Frage bezog sich auf Heroin und Streckmittel] nur einmal in der Hand gehabt. Implizit macht der Beschuldigte geltend, er habe die Information dieses unbekanntes Mannes an C.\_\_\_\_\_ weitergegeben. Auf die Frage zum Telefongespräch vom 06.09.2008, 15:20 Uhr, ob es richtig sei, dass hier von Heroin die Rede sei, sagte der Beschuldigte unmissverständlich aus: "Ich werde nicht lügen. Dieser Mann wollte davon, ja." (Urk. 6/3 S. 12 oben). Einige Fragen später zum gleichen Telefongespräch gab der Beschuldigte auf Vorhalt, dass mit "halben Espresso" Heroin gemeint sei, zu Protokoll, "Muss das denn unbedingt Heroin sein? Es gibt alles auf der Welt." "Auch nicht jedes Gespräch heisst, dass ich zu ihm gegangen bin und von ihm Heroin gekauft habe." (Urk. 6/3 S. 14). Dass aber mit der Bezeichnung "halber Espresso" oder "doppelter halber Espresso" etc. einmal wirklich das Kaffee-

- 13 - Getränk gemeint sein soll und ein anderes Mal Heroin, ist unglaublich. Auch wurden diese Ausdrücke vom Beschuldigten regelmässig verwendet. Dazu, dass es sich dabei nicht um das Kaffeetränk handelte, führte die Vorinstanz weiter schlüssig aus, dass es kaum Sinn mache, einen halben Espresso, eine derart geringe Menge, zu trinken. Auch ist nicht nachvollziehbar, weshalb über ein Getränk, über eine so banale Sache wie Kaffee trinken, derart oft und intensiv gesprochen werden sollte. Die Vorinstanz folgerte weiter richtig, dass es sich bei den fraglichen Begriffen um Codes handeln muss, was auch von der Verteidigung eingeräumt wurde (Urk. 24 S. 3). Zudem wird Heroin umgangssprachlich auch als "Braunes" bezeichnet (im Gegensatz dazu Kokain als "Weisses"), was wiederum zum Verwenden des Begriffes von Kaffee bzw. Espresso passt. Das Verwenden von Codewörtern ist schliesslich im Drogenhandel durchaus üblich. Die späteren pauschalen Bestreitungen des Beschuldigten, dass es bei den Gesprächen um Heroin gegangen sei, überzeugen daher nicht, auch nicht die heutige "Version", es sei um Geld gegangen. Wäre es nur um Geld gegangen, hätten der Beschuldigte und C.\_\_\_\_\_ nicht derart verklausuliert miteinander sprechen müssen. Auch war der Beschuldigte bei der besagten Einvernahme, bei welcher er zugab, dass es um Heroin ging, anwaltlich vertreten. Und auch nach einer

vom damaligen Verteidiger verlangten Unterbrechung gab er weiter zu, dass es um Heroin gegangen sei (Urk. 6/3 S. 12ff.). Dazu, dass sich der Beschuldigte fälschlicherweise selber belasten sollte, liegen nicht die geringsten Hinweise vor. Es bestehen daher insgesamt keine Zweifel, dass in den aufgezeichneten Gesprächen des Beschuldigten und C.\_\_\_\_\_ von Heroin die Rede war.

### **E. 1.3**

Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten vor, dass er bei C.\_\_\_\_\_ Heroin bestellt, gekauft und übernommen habe. Wie ausgeführt, machte der Beschuldigte bei der Einvernahme am 21. Juni 2011 geltend, nur C.\_\_\_\_\_ habe mit dem Heroin zu tun gehabt, er selber aber nicht. Er habe nur auf Geheiss eines Unbekannten dem C.\_\_\_\_\_ Sachen ausgerichtet. Dem Wortlaut der aufgezeichneten Gespräche sind jedoch keine Hinweise zu entnehmen, dass der Beschuldigte auf Geheiss von einem Dritten gehandelt bzw. gesprochen hat. Der Beschuldigte spricht jeweils davon, dass er etwas brauche und gibt somit

- 14 - Bestellungen in eigenem Namen auf. Eine Drittperson, ausser Abnehmer, wird nicht genannt. Im aufgezeichneten Gespräch vom 6. September 2008, 15.20 Uhr, sagte der Beschuldigte gar: "Hör mal Bruder! Was ich will ... was kommt ... behalte ich sowieso bei mir. Verstehst du? Ich muss es bei mir behalten und später muss ich es sowieso kleiner weiter geben." Dies zeigt deutlich, dass der Beschuldigte selbst der Besteller war und das Heroin zusätzlich noch selber portionierte. Die Aussage des Beschuldigten auf Vorhalt dazu, er habe da einen Fehler gemacht, er habe es falsch gesagt, überzeugt nicht und erscheint als reine Schutzbehauptung. Etwas später in der genannten Unterhaltung sagt der Beschuldigte nämlich nochmals, er teile es, ein Halbes bleibe bei ihm und ein Halbes werde er ihm geben. Insgesamt bestehen daher keine Zweifel, dass der Beschuldigte in den inkriminierten Gesprächen für sich selber sprach und handelte.

### **E. 1.4**

Weiter prüfte die Vorinstanz vorweg, welche Menge der Umschreibung "halber Espresso" zuzuordnen sei (Urk. 53 S. 22). Dazu ist festzuhalten, dass dieser Ausdruck in den Aufzeichnungen betreffend die Anklagesachverhalte Ziff. 1. und 2.2 bzw. der Ausdruck "doppelte Halbe" und "doppelter Espresso" betreffend Anklagesachverhalt 3. verwendet wurden. Die Vorinstanz zieht dazu zu Recht die gassenüblichen Preise im inkriminierten Zeitraum heran (Urk. 53 S. 22). Den Akten liegt weiter ein Bericht des ... [Zeitung] vom 25. November 2008 (Urk. 25) bei, welcher der Verteidiger vor Vorinstanz einreichte und worauf sich die Verteidigung zur Bestimmung des im inkriminierten Zeitraums gassenüblichen Grammpreises stützt (Urk. 24 S. 6). Den aufgezeichneten Telefongesprächen ist zu entnehmen, dass der Beschuldigte und C.\_\_\_\_\_ als Mengenangabe in der Regel den Ausdruck "halber Espresso" und später, ab 2009, auch die Ausdrücke "50 Franken" oder "50" verwendeten. Dem Gespräch vom 6. September 2008, 15.20 Uhr, ist zu entnehmen, dass ein "halber Espresso" bestellt wurde und dass dafür dreitausend Franken verlangt wurden. Die Annahme der Vorinstanz eines gassenüblichen Preises von Fr. 30.-- bis Fr. 60.-- pro Gramm ist nicht zu beanstanden, zumal sich auch der Verteidiger auf diesen Richtwert beruft (Urk. 25, eingereicht vom Verteidiger vor Vorinstanz). Die von der Staatsanwaltschaft getroffene Annahme, es handle sich bei einem "halben Espresso" um 500 Gramm Heroin, überzeugt vor dem Hintergrund, dass in einem aufge-

- 15 - zeichneten Gespräch dafür Fr. 3000.-- verlangt wurden, nicht. Ebenso überzeugt dies im Vergleich mit den Anklagepunkten 2.1, 4., 5. und 6., in welchen eine Bestellung oder Übernahme im Bereich von 50 bis 100 Gramm angeklagt ist, also wesentlich kleinere Mengen, nicht. Erfahrungsgemäss handeln Drogendealer nicht einmal im Bereich von 50 bis 100 Gramm und dann wiederum im 500 Gramm oder gar Kilobereich, sondern konzentrieren sich jeweils auf dieselben Mengen. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist daher beim Begriff "halber Espresso" von rund 50 Gramm Heroingemisch auszugehen.

### **E. 1.5**

Anklageziffer I.1. Es kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 53 S. 22f.). Als Menge wurde vom Beschuldigen ein "halber Espresso" bei C.\_\_\_\_\_ bestellt. Demgemäss ist unter Verweis auf Ziff. III.2.2. und III.2.4. erstellt, dass der Beschuldigte am 27. August 2012 bei C.\_\_\_\_\_ 50 Gramm Heroin- gemisch bestellte und dieses daraufhin in D.\_\_\_\_\_ von C.\_\_\_\_\_ übernahm. Da- für, dass es zwischen den beiden auch tatsächlich zum Treffen und zur Übergabe kam, spricht, dass sich der Beschuldigte bei C.\_\_\_\_\_ noch nach dem Weg und dem genauen Treffpunkt informierte und C.\_\_\_\_\_ darüber informierte, dass er in 20 Minuten am Treffpunkt sein werde. Darüber, dass es auch tatsächlich zum Treffen und zur Heroinübergabe kam, bestehen daher entgegen der Verteidigung keine Zweifel.

### **E. 1.6**

Anklageziffer I.2.1. Auch dazu ist vorweg auf die Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 53 S. 23ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Vorinstanz wies zu Recht daraufhin, dass die SMS-Kommunikation vom 6. September 2008 nicht isoliert betrachtet werden könne, sondern im Kontext der restlichen Gespräche und SMS zwischen dem

- 16 - Beschuldigten und C.\_\_\_\_\_. Entsprechend greift auch das Argument der Verteidigung, man dürfe in diese fragmentarische Kommunikation nichts hineininterpretieren, nicht. Dafür, dass, wie von der Verteidigung angeführt, damit 100 Mathias und 150 Michael oder 100 Mathilda etc. gemeint sein könnte (Urk. 24 S. 5), liegen keinerlei Anhaltspunkte vor und erscheint daher sehr gesucht. Kurz nach der SMS-Kommunikation mit dem Inhalt "a: Aber 100mat.+ 150mich? b: Ok bruder 4700 ok" telefonierte der Beschuldigte und C.\_\_\_\_\_ miteinander. Aus diesem nachfolgenden Gespräch um 13.59 Uhr ist eindeutig zu entnehmen, dass der Beschuldigte nebst einem "halben Espresso", also Heroin, noch das andere brauchte. Weiter sagte der Beschuldigte zu C.\_\_\_\_\_, er werde Teile machen. Und auf die Frage von C.\_\_\_\_\_, ob der Beschuldigte mit ihm Kaffee trinken wolle, antwortete der Beschuldigte ja, das andere auch, Misch, Misch. Die Betrachtung dieser Kommunikation zwischen dem Beschuldigten und C.\_\_\_\_\_ lässt keinen anderen Schluss zu, als dass der Unbekannte beim Beschuldigten Heroin und Streckmittel bestellte. Zum Einwand der Verteidigung, es sei unglaublich, dass der Unbekannte, hätte er tatsächlich Heroin und Streckmittel bestellt, beim Beschuldigten verschiedene Ausdrücke gewählt und eine derart unklare Bestellung aufgegeben hätte, ist anzufügen, dass es in Drogenhändlerkreisen absolut üblich ist, dass für die Drogen bzw. deren Menge verschiedene Ausdrücke verwendet werden und die Beteiligten deswegen nachfragen oder die Bestellung präzisieren müssen, beispielsweise mit anderen Ausdrücken. Dies insbesondere auch dann, wenn die Abnehmer verschiedene Lieferanten haben und so nicht immer der selbe Code "gilt". Dies ist auch vorliegend der Fall. Zuerst verwendete der Unbekannte für die Bestellung 100 Fr. und 15 Euro und präziserte danach 100mat und

150mich. Die Vorinstanz folgert schliesslich weiter richtig, dass der SMS-Kommunikation weiter entnommen werden könne, dass mit "100mat" und "150mich" 100 Gramm Heroin und 150 Gramm Streckmittel gemeint sein müsse und dafür ein Preis von Fr. 4'700.-- verlangt werde. Dieses Verhältnis von Preis und Menge passt auch zum bereits erwähnten gassenüblichen Preis von Fr. 30.-- bis 60.-- pro Gramm Heroin. Dass die Preise zudem variieren und nicht bei jedem Deal der exakt gleiche Preis verlangt wird, ist ebenfalls bekannt. Dazu kommt, dass der Rein-

- 17 - heitsgehalt variieren kann und das Streckmittel ebenfalls einen gewissen, wenn auch im Vergleich zum Heroin geringen, Wert hat. Der Anklagesachverhalt Ziff. I.2.1. ist daher anklagegemäss erstellt. Zu betonen ist dabei in Übereinstimmung mit dem Verteidiger, dass unter diesem Anklage- punkt "nur" die Entgegennahme einer Bestellung und nicht auch eine Übergabe von Heroin und Streckmittel eingeklagt ist.

### **E. 1.7**

Anklageziffer I.2.2. Dazu, dass unter einem "halben Espresso" 50 Gramm Heroin gemeint ist, ist auf die voranstehenden Ausführungen zu verweisen (vgl. Ziff. I.2.2. und I.2.4.). Zum Einwand der Verteidigung, der Beschuldigte habe sich beim inkriminierten Gespräch in E.\_\_\_\_\_ befunden, weshalb nicht klar sei, dass der Deal in D.\_\_\_\_\_ statt gefunden habe (Urk. 24 S. 6f.): Richtig ist, dass der Antennenstandort, über welche Antenne sich C.\_\_\_\_\_ beim in Frage stehenden Gespräch am 6. September 2008, 13.59 Uhr einloggte, sich in E.\_\_\_\_\_ befindet. Dem genann- ten Gespräch ist jedoch zu entnehmen, dass die beiden vereinbarten, sich dort wo immer zu treffen ("S: Aber es ist besser dort, wo du immer hingekommen bist." "S: Wenn du ein Auto findest, dann komm dorthin wie immer. Und dann schauen wir mal. Rufe mich an, wenn du ... (unverst.) dann sprechen wir nochmals."). Den früheren Gesprächen zwischen den beiden ist zu entnehmen, dass sie sich sonst üblicher Weise in D.\_\_\_\_\_ trafen (vgl. Gesprächsaufzeichnungen vom 27. August 2008). Daher ist erstellt, dass der Beschuldigte und C.\_\_\_\_\_ vereinbarten, das Heroin in D.\_\_\_\_\_ zu übergeben. Daher ist erstellt, dass der Beschuldigte bei C.\_\_\_\_\_ am 6. September 2008, 13.59 Uhr, 50 Gramm Heroin bestellte und dieses am nächsten Tag in D.\_\_\_\_\_ von C.\_\_\_\_\_ übernahm. Zu präzisieren ist, dass die in Anklageziffer I.2.2. von C.\_\_\_\_\_ übernommenen 50 Gramm Heroin Teil der vom Unbekannten beim Beschuldigten am 6. Septem- ber 2008 bestellten 100 Gramm Heroin ist (vgl. dazu nachstehend zur rechtlichen Würdigung Ziff. 3.9.).

- 18 -

### **E. 1.8**

Anklageziffer I.3. Dazu kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 53 S. 25; Art. 82 Abs. 4 StPO). Dass mit einem "halben Espresso" 50 Gramm Heroin gemeint sind, wurde bereits ausgeführt. Ein (ganzer) Espresso ist demgemäss 100 Gramm Heroin. Da der Beschuldigte und C.\_\_\_\_\_ jeweils als Mengeneinheit "halber Espresso" bzw. 50 Gramm verwendeten, ist davon auszu- gehen, dass mit "doppelte Halbe" und auch "doppelte Espresso" 100 Gramm gemeint waren. Da der Beschuldigte auch noch das "andere" und "Mischler" bestellte, ist weiter erstellt, dass der Beschuldigte nebst 100 Gramm Heroin auch Streckmittel bestellte. Wie die Vorinstanz ausführte, weist der anschliessende Gesprächsverlauf klar daraufhin, dass die beiden sich suchten, um sich zu treffen und die spätere Frage, ob es gut sei, zeigt, dass das Treffen mit der Übergabe des Heroins und Streckmittels auch tatsächlich stattgefunden hat. Der

Sachverhalt ist daher anklagegemäss erstellt mit der Ausnahme, dass 100 Gramm Heroin, und nicht ein Kilogramm, bestellt und übergeben wurde.

### **E. 1.9**

Anklageziffer I.4. Die Staatsanwaltschaft und die Vorinstanz schliessen aus der Formulierung "60 gegeben dir 60", dass der Beschuldigte über einen Unbekannten bei C.\_\_\_\_\_ 60 Gramm Heroin gekauft habe. Eindeutig ist, dass der Beschuldigte und C.\_\_\_\_\_ im darauffolgenden Gespräch um 20.51 Uhr über die Qualität der übergebenen Sache diskutierten, was wiederum belegt, dass der Stoff tatsächlich übergeben wurde. Dass es sich dabei um Heroin handelt, ist aufgrund der übrigen Gespräche betreffend Heroinkauf und dass im Gespräch um 20.51 Uhr die Rede davon ist, dass die anderen wo anders kaufen wollen und dass er es nicht gratis abgeben solle, erstellt. Zu klären ist nun jedoch weiter, ob die "60" für die Menge Heroin oder für den Kaufpreis stehen. Würde es sich um den Preis, also 60 Franken handeln, wäre dies der Kaufpreis für rund ein Gramm Heroin. Den anderen Gesprächen ist jedoch zu entnehmen, dass es immer um die Übergabe von mindestens 50 Gramm ging. Nie war die Rede von derartigen Kleinstmengen. Dass "60 gegeben dir 60" (dies wird von C.\_\_\_\_\_ geantwortet) dafür stehen soll,

- 19 - dass C.\_\_\_\_\_ dem Unbekannten 60 Franken gegeben haben soll und dem Beschuldigten auch 60 Franken geben werden sollen, macht vor dem Hintergrund, dass C.\_\_\_\_\_ eindeutig als Verkäufer und nicht Käufer oder Abnehmer fungierte, keinen Sinn. Einzig nachvollziehbare Erklärung ist daher, dass der Beschuldigte über eine Drittperson bei C.\_\_\_\_\_ 60 Gramm Heroin bestellte und das Heroin von diesem Unbekannten überbracht erhielt. Nebst der Erklärung der Vorinstanz, welche auf ein sprachliches Versehen schliesst, kann "60 gegeben dir 60" bedeuten, dass C.\_\_\_\_\_ dem Unbekannten 60 Gramm für diesen selber übergab und weitere 60 Gramm für den Beschuldigten. Somit ist - entgegen der Verteidigung - auch die Verwendung der Vergangenheitsform erklärbar. Jedenfalls bestehen keine Zweifel, dass der Beschuldigte bei C.\_\_\_\_\_ über einen Unbekannten 60 Gramm Heroin kaufte und auch tatsächlich übernahm. Der Anklagesachverhalt ist demgemäss anklagegemäss erstellt.

### **E. 1.10**

Anklageziffer I.5. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist der Sachverhalt anklagegemäss erstellt (Urk. 53 S. 26f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Auch in Bezug auf diesen Vorfall sind die früheren Telefongespräche und bereits erstellten Heroinübergaben bei der Analyse des Gespräches mitzuberücksichtigen. Wie bereits zur Anklageziffer I.4. ausgeführt, handelten C.\_\_\_\_\_ und der Beschuldigte nicht Kleinstmengen im Ein-grammbereich. Wären die genannten "50 Franken" tatsächlich der Kaufpreis, würde dies einer Menge von rund einem Gramm entsprechen, was eben nicht den zuvor erfolgten Geschäften entspricht. Der Ausdruck "50 Franken" ist daher vorliegend mit 50 Gramm Heroin gleichzusetzen. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist der Sachverhalt daher anklagegemäss erstellt. Zu betonen ist, dass bei diesem Vorfall keine Übergabe eingeklagt ist, sondern lediglich das Bestellen von 50 Gramm Heroin für einen Abnehmer bei C.\_\_\_\_\_.

### **E. 1.11**

Anklageziffer I.6. Die Vorinstanz erachtete diesen Anklagesachverhalt als nicht erstellt, da es an weiteren Anhaltspunkten dafür fehle, dass mit "50 Franken" Heroin gemeint sei.

- 20 - Eine andere Interpretation könne nicht ausgeschlossen werden (Urk. 53 S. 27). Dabei vergass die Vorinstanz, den Beschuldigten in diesem Punkt formell korrekt freizusprechen, was von der Berufungsinstanz nachzuholen ist. Im Übrigen wurde diese Anklageziffer vom Beschuldigten nicht angefochten, weshalb im Berufungsverfahren diesbezüglich keine Überprüfung zu erfolgen hat und ohnehin das Verbot der reformatio in peius entgegen stehen würde. Der Beschuldigte ist daher vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz in Bezug auf Anklageziffer I.6. freizusprechen.

## **E. 1.12**

Reinheitsgehalt

### **E. 1.12.1**

Die Vorinstanz ging gestützt auf die statistischen Werte der Arbeitsgruppe Forensische Chemie, ..., von einem Reinheitsgehalt von 20% aus (Urk. 53 S. 28). Diese Annahme ist nicht zu beanstanden und fällt wohl eher zu Gunsten des Beschuldigten aus. Dies unter der Berücksichtigung, dass im Verfahren gegen C.\_\_\_\_\_ bei F.\_\_\_\_\_, welcher kurz vor der Verhaftung im Auto von C.\_\_\_\_\_ sass, rund 2 Kilogramm Heroin sichergestellt wurden (Urk. 67/1/3 S. 3). C.\_\_\_\_\_ gab an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung zu, dass er das sichergestellte Heroin transportiert habe (Urk. 67/95 S. 12f.). Die Prüfung des sichergestellten Heroins ergab einen Reinheitsgehalt von 48% (Urk. 67/6/6). Zudem wird die Annahme eines Reinheitsgehalts von 20% vom Verteidiger ausdrücklich nicht beanstandet (Urk. 72 S. 4 unten).

### **E. 1.12.2**

Die Vorinstanz ging bei ihrer Berechnung der Menge des vom Beschuldigten gehandelten Heroins davon aus, dass die Menge betreffend Anklageziffer I.2.1. nicht in derjenigen von Anklageziffer I.2.2. enthalten ist (Urk. 53 S. 29). Aufgrund der unmittelbar nach dem SMS Kontakt erfolgten Kontaktnahme des Beschuldigten gegenüber C.\_\_\_\_\_ ist jedoch davon auszugehen, dass der Beschuldigte mit Telefonat vom 6. September 2008, 19.59 Uhr (Anklageziffer I.2.2.) einen Teil der Bestellung, welche er seinerseits zuvor von einem Unbekannten erhalten hatte (Anklageziffer I.2.1.), aufgab. Dies auch unter Berücksichtigung, dass sich der Unbekannte schon 40 Minuten später mit dem

- 21 - Beschuldigten treffen wollte, dieser das Treffen aber auf rund 5 Stunden später "7 Uhr" festlegte. Zwar ist die Bestellmenge des Unbekannten gemäss Anklageziffer I.2.1 grösser, doch ist dem Gespräch mit C.\_\_\_\_\_ um 13.59 Uhr zu entnehmen, "a: Seide zusammen. Aber.. .ich muss es selber einwenig machen." a: Aber das ist... ja ... ich muss Teile machen. Verstehst du?". Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschuldigte das von C.\_\_\_\_\_ erhaltene Heroin noch in kleinere Portionen, wohl unter Beimischung von Streckmittel, aufteilen wollte und zudem wohl noch selber über eine gewisse Menge Heroin verfügte. Zu Gunsten des Beschuldigten ist daher davon auszugehen, dass die in Anklageziffer I.2.1. bestellte Menge ein Teil derjenigen unter Anklageziffer I.2.2. bestellten Menge ist.

### **E. 1.12.3**

Es ist daher von folgenden Mengen Heroingemisch auszugehen: 50 Gramm (Anklageziffer I.1.), 100 Gramm (Anklageziffer 2.1. und 2.2.), 100 Gramm (Anklageziffer I.3.), 60 Gramm (Anklageziffer I.4.) und 50 Gramm (Anklageziffer I.5.).

## **E. 1.13**

## Rechtliche Würdigung

### **E. 1.13.1**

Die Vorinstanz wandte zu Recht das alte Betäubungsmittelgesetz (a-BetmG) an (die Taten erfolgten zwischen dem 27. August 2008 und dem 19. März 2009), da das neue BetmG im konkreten Fall nicht das mildere für den Beschuldigten ist (Art. 26 BetmG in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 StGB). Zwar kennt das seit 1. Juli 2011 in Kraft getretene BetmG den fakultativen Strafmilderungsgrund nach Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG bei der Tathandlung des Anstalten Treffens. Wie nachfolgend (Ziff. 3.9.2.) ausgeführt wird, hat vorliegend zwar eine Bestrafung wegen Anstalten Treffens zu erfolgen, doch besteht vorliegend in diesem konkreten Fall - zumal es sich um eine "Kann-Vorschrift" handelt - kein Anlass für eine Strafmilderung, da es insgesamt um einen schweren Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 aBetmG geht.

### **E. 1.13.2**

Die Vorinstanz subsumierte das angeklagte Verhalten des Beschuldigten als mehrfache Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von

- 22 - Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG. Entgegen der Staatsanwaltschaft und der Vorinstanz liegt angesichts der zu verschiedenen Zeitpunkten erworbenen und abgesetzten (Teil-)Mengen kein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit a aBetmG vor, sondern ein solcher gemäss Art. 19 Ziff. 2 aBetmG. Denn nach BGE 114 IV 164, E. 2b, (vgl. auch 118 IV 91 E. 6a und 6S.190/2000 vom 11. Juli 2001, E. 2c) liegt ein schwerer Fall bei wiederholter Tatbegehung vor, sofern der Täter durch seine wiederholten Handlungen insgesamt eine Betäubungsmittelmenge umsetzt, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Dabei handelt es sich allerdings nicht um einen schweren Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG, sondern um einen in der beispielhaften Aufzählung in Art. 19 Ziff. 2 BetmG nicht ausdrücklich geregelten schweren Fall. Eine mehrfache Verurteilung wegen eines schweren Falles fällt vorliegend nicht in Betracht.

### **E. 1.13.3**

Bei den Anklageziffern 2.1. und 5. ist jeweils nur das Entgegennehmen von einer Heroinbestellung von einem Abnehmer und anschliessend die Aufgabe der Bestellung bei C.\_\_\_\_\_ eingeklagt, nicht jedoch die Übergabe bzw. Entgegennahme von Heroin. Diese Tathandlungen sind als Anstalten Treffen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 aBetmG zu qualifizieren. Wie bereits unter Ziff. 3.8.2 ausgeführt, ist die Übernahme von 50 Gramm Heroin in Anklageziffer 2.2 Bestandteil des Anstalten Treffens von Anklageziffer 2.1. Kommt es tatsächlich zu einer Übergabe von Betäubungsmitteln, geht darin das vorangegangene Anstalten Treffen auf. Somit ist der Beschuldigte betreffend Anklageziffer 2.1. noch wegen Anstalten Treffens im Umfang von 50 Gramm Heroin schuldig zu sprechen und zu bestrafen. B. Vernachlässigung von Unterhaltspflichten (Anklageziffer II.)

### **E. 1.14**

Der Beschuldigte verlangt einen Freispruch vom Vorwurf der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten. Der Verteidiger führte zur Begründung anlässlich der Berufungsverhandlung an, die Anklageschrift umschreibe den Vorwurf äusserst unbestimmt, indem behauptet werde, der Beschuldigte hätte in der Zeit bis zum September

2010 zumindest teilweise in einem nicht näher bestimmbareren Teilbetrag Alimente zahlen können. Dass nicht einmal die Anklagebehörde in der Lage sei, die Quote einigermaßen einzugrenzen, mache hellhörig. Diese Lücke habe die Vorinstanz ohne Erfolg zu füllen versucht. Die Angaben des Beschuldigten zu seinem Einkommen seien reichlich unbestimmt und würden nicht auf Fakten beruhen. Aufgrund der Akten sei völlig unklar, wann der Beschuldigte bei seinem Neffen in G.\_\_\_\_\_, H.\_\_\_\_\_, zu arbeiten begonnen habe. Es gebe zwar eine Einvernahme des Beschuldigten vom 1. September 2011, wo dieser ausführte, seit etwa zwei Jahren wieder zu arbeiten und dies in G.\_\_\_\_\_. Wenn man aber die entsprechende Einkommenspfändung im fraglichen Zeitraum konsultiere, nämlich diejenige vom 11. November 2009, so stelle man fest, dass der Beschuldigte damals immer noch über kein Einkommen verfügt habe. Für die Behauptung, dass der Beschuldigte ab Mitte Dezember 2009 während mehrerer Monate ein Einkommen erzielt habe, gebe es keine Stütze. Selbst wenn die Aussage des Beschuldigten, wonach er im Jahre 2010 zeitweilig Fr. 3'400.-- verdient habe, zutreffen würde, könne es sich hierbei um den Zeitraum nach September 2010 handeln, welcher für den Anklagevorwurf nicht mehr relevant sei. Aus den Akten des Betreibungsamtes der Stadt I.\_\_\_\_\_, ND act. 5, ergebe sich, dass grundsätzlich das ganze Einkommen, welches das Existenzminimum überstiegen habe, in der fraglichen Zeit bis zum 11. November 2010 gepfändet worden sei. Gläubigerin sei immer die Kindsmutter gewesen, es sei immer um die Kinderunterhaltsbeiträge gegangen. Es könne also davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte in der gesamten massgebenden Zeit über keine weiteren finanziellen Mittel verfügt habe, um zusätzlich etwas an die Alimentenschuld zu bezahlen. Die Untersuchungsakten seien nicht vollständig, was den Erfolg oder Misserfolg der letzten Lohnpfändungen betreffe. Er [der Verteidiger] habe daher bei der Gemeinde B.\_\_\_\_\_ nach einem aktuellen Verlustschein nachgefragt, welche ihm einen solchen mit Datum vom 3. Oktober 2011 geschickt habe. Aus dem genannten Ver-

- 24 - lustschein des Betreibungsamtes I.\_\_\_\_\_ ergebe sich, dass in der anklagerelevanten Zeitspanne von Mitte Dezember 2009 bis August 2010 insgesamt der Betrag von Fr. 654.-- habe gepfändet werden können. Am 11. November 2009 habe das Betreibungsamt (einmal mehr) eine vorsorgliche Lohnpfändung verfügt. Dies sei die Grundlage dafür gewesen, dass dem Beschuldigten sämtliches pfändbares Einkommen auch tatsächlich gepfändet worden sei. Mehr habe er nicht bezahlen können. Daher fehle es an einem tatbeständlichen Handeln des Beschuldigten und er sei betreffend Vernachlässigung von Unterhaltspflichten freizusprechen (Urk. 72 S. 2-4).

### **E. 1.15**

Dem Verteidiger ist zuzustimmen, dass den Akten zu entnehmen ist, dass das Betreibungsamt für den Beschuldigten ein Existenzminimum festgelegt hat und ihm grundsätzlich im massgebenden Zeitraum von Mitte Dezember 2009 bis September 2010 sämtliches das Existenzminimum übersteigende Einkommen gepfändet wurde (vgl. ND 1 Urk. 5/8: gepfändeter Lohn vom 28.09.2009 bis 29.11.2010). Weiter liess der Beschuldigte heute einen Verlustschein infolge Pfändung des Betreibungsamtes I.\_\_\_\_\_ für Kinderunterhaltsbeiträge im Zeitraum von Dezember 2009 bis August 2010 einreichen. Aus dem Verlustschein ist weiter ersichtlich, dass dem Gläubiger, der Gemeinde B.\_\_\_\_\_, bisher Fr. 654.-- vergütet wurden (Urk. 70/1). Es lag somit für die gesamte massgebende Zeit von Mitte Dezember 2009 bis September 2010 eine Lohnpfändung vor und sämtliches das Existenzminimum übersteigende Einkommen wurde gepfändet. Anhand des Ver-

lustscheines ist ersichtlich, dass wohl versucht wurde, die Forderung einzutreiben, die Gläubigerin jedoch einzig im Betrag von Fr. 654.-- zu Geld kam. Es ist daher davon auszugehen, dass es dem Beschuldigten nicht möglich war, seine Alimentschulden zu bezahlen. Der Anklagesachverhalt (Anklageziffer II.) lässt sich daher nicht erstellen.

#### **E. 1.16**

Demgemäss ist der Beschuldigte vom Vorwurf der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten freizusprechen. Im Weiteren ist anzumerken, dass die Anklageschrift sehr pauschal und allgemein formuliert und insbesondere nicht umschrieben ist, wie viel der Beschuldigte im angeklagten Zeitraum tatsächlich verdiente, in welchem Umfang er Alimentenzahlungen leistete und in welchem

- 25 - Umfang ihm eine Zahlung möglich und zumutbar gewesen wäre. Es würde sich daher die Frage stellen, ob die Anklage dem Anklageprinzip genügt, welche Frage jedoch aufgrund des zu erfolgenden Freispruchs offen bleiben kann.

#### **E. 5**

i.V.m. Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG und Vernachlässigung von Unterhaltspflichten im Sinne von Art. 217 StGB zu 27 Monaten Freiheitsstrafe. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 17 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf drei Jahre festgesetzt. Im Übrigen wurde der Vollzug der Freiheitsstrafe angeordnet. Weiter verzichtete die Vorinstanz auf den Widerruf des bedingten Vollzugs der mit Strafbescheid des Untersuchungsrichteramtes St. Gallen vom 6. Juni 2007 ausgefallenen Geldstrafe von 60 Tagessätzen und verlängerte die Probezeit um 1 ½ Jahre (Urk. 53 S. 41). 2. Gegen den genannten vorinstanzlichen Entscheid erhob der Beschuldigte am

#### **E. 6**

Die Vorinstanz hielt korrekt fest, dass als Beweismittel die Aussagen des Beschuldigten und die Aufzeichnungen der Telefonüberwachungen vorliegen (Urk. 53 S. 7). Weiter liegen, nachdem dem Beweisergänzungsantrag der Verteidigung stattgegeben wurde (vgl. Ziff. I.4. hier vor), die Aussagen von C. \_\_\_\_\_ im Strafverfahren gegen ihn vor (Urk. 67). Die Strafakten in Sachen Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich gegen C. \_\_\_\_\_ lagen den Parteien vor der Berufungsverhandlung zur Einsicht vor (Urk. 68 und 69). Die Vorinstanz fasste die relevanten Telefongespräche ausführlich und korrekt zusammen (Urk. 53 S. 7-14). Auf diese Zusammenstellung ist vorweg zu verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu präzisieren ist, dass es sich auf den Seiten 13 und 14 um Gespräche vom 19. März 2009, nicht 2012 handelt (Urk. 53 S. 13). Weiter fasste die Vorinstanz die Aussagen des Beschuldigten korrekt zusammen. Auch darauf ist zu verweisen (Urk. 53 S. 14-18; Art. 82 Abs. 4 StPO).

- 11 -

#### **E. 7**

Anklagesachverhalte I.1. bis 6.

#### **E. 8**

Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten für den Zeitraum von Mitte Dezember 2009 bis September 2010 der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten schuldig (Urk. 53 S. 29-32).

- 23 -

## E. 9

Zusammenfassung Schuldpunkt Der Beschuldigte ist somit schuldig des Verbrechens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4-6 aBetmG in Verbindung mit Ziff. 2 aBetmG (Anklageziffern I./1. - 5.). Von folgenden Vorwürfen ist der Beschuldigte freizusprechen: – der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten im Sinne von Art. 217 Abs. 1 StGB (Anklageziffer II.) sowie – der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz in Anklageziffer I.6. IV. Strafzumessung 1. Die Vorinstanz hielt die Grundsätze der Strafzumessung korrekt fest (Urk. 53 S. 32f.). Darauf ist zu verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu ergänzen ist, dass das Bundesgericht in neueren Entscheiden die Regeln zur Strafzumessung modifiziert und in Grundsatzentscheiden das nachfolgend skizzierte Modell vorgegeben hat (BGE 136 IV 55 E.5.4.; Entscheide des Bundesgerichts 6B\_323/2010 vom 23. Juni 2010 E. 2, 6B\_865/2009 vom 25. März 2010 und 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. Ausgehend von der objektiven Tatschwere hat das Gericht das Verschulden zu bewerten. Es hat im Urteil darzutun, welche verschuldensmindernden und welche verschuldenserhöhenden Gründe im konkreten Fall gegeben sind, um so zu einer Gesamteinschätzung des Tatverschuldens zu gelangen. Dem Tatverschulden kommt nach der Rechtsprechung bei der Strafzumessung eine entscheidende

- 26 - Rolle zu (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_165/2011 vom 19. Juli 2011 E. 1.5.2.; BGE 136 IV 55 E. 5.4. und BGE 134 IV 17 E. 2.1.). Dieses beurteilt sich anhand der gesamten Tatumstände. Der Gesetzgeber hat einzelne Kriterien aufgeführt, welche für die Verschuldenseinschätzung von wesentlicher Bedeutung sind und allenfalls bewirken können, das Verschulden als derart gering einzustufen, dass eine Strafe unterhalb des ordentlichen Strafrahmens geboten ist. So trifft etwa - neben einer allfällig verminderten Schuldfähigkeit - denjenigen einen geringeren Schuldvorwurf, dem lediglich eventualvorsätzliches Handeln anzulasten ist (Art. 12 Abs. 2 StGB). Das Strafgesetzbuch selbst erwähnt verschiedene Umstände, die das Verschulden reduzieren können: Wenn der Täter aus achtenswerten Beweggründen, in schwerer Bedrängnis oder unter dem Eindruck einer schweren Drohung gehandelt hat; ebenso wenn sein Handeln durch eine Person, der er Gehorsam schuldet oder von der er abhängig ist, veranlasst worden ist (Art. 48 lit. a StGB). Im gleichen Sinne ist von einem minderen Verschulden auszugehen, wenn der Täter durch das Verhalten der verletzten Person ernsthaft in Versuchung geführt worden ist (Art. 48 lit. b StGB), wenn er in einer heftigen Gemütsbewegung oder unter grosser seelischer Belastung (Art. 48 lit. c StGB) gehandelt hat. Ein reduziertes Verschulden trifft auch denjenigen, der die Tat durch Unterlassung begeht (Art. 11 Abs. 4 StGB). Zu nennen sind schliesslich die entschuldbare Notwehr (Art. 16 Abs. 1 StGB) und der entschuldbare Notstand (Art. 18 Abs. 1 StGB), der vermeidbare Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21 StGB), der Rücktritt (Art. 23 Abs. 1 StGB) und die Gehilfenschaft (Art. 25 StGB). In all diesen Fällen liegen Sachverhaltselemente vor, die sich verschuldensmindernd auswirken, was zu einer mildernden Strafe führt. Auf der anderen Seite sind Umstände denkbar, welche das Tatverschulden erhöhen und namentlich die wegen der reduzierten Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit des Täters geringere Schuld wieder auszugleichen vermögen. Zu erwähnen ist beispielsweise ein verwerfliches Motiv. Weiter zu berücksichtigen sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges (Deliktsbetrag, Gefährdung/Risiko, Sachschaden etc.), die Willensrichtung, mit der der

Täter gehandelt hat, das "Mass an Entscheidungsfreiheit" beim Täter sowie die sogenannte Inten-

- 27 - sität des deliktischen Willens (Donatsch/Flachsmann/Hug/ Weder, Schweizeri- sches Strafgesetzbuch, Kommentar, 18. Auflage, Zürich 2010, N11 zu Art. 47 StGB samt Zitaten). Je leichter es für ihn gewesen wäre, die Norm zu respektie- ren, desto schwerer wiegt die Entscheidung gegen sie (Entscheide des Bundes- gerichts 6S.270/2006 vom 5. September 2006 E. 6.2.1., 6S.43/2001 vom 19. Juni 2001 E. 2. und 6S.333/2004 vom 23. Dezember 2004 E. 1.1.; BGE 122 IV 241 und Pra 2001 S. 832 lit. a; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 2.A., Bern 2006, S. 179 N 13; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen, 2008, N 21 zu Art. 47 StGB). Auch die Grösse des Tatbeitrages (bei mehreren Tätern) und die hierarchische Stellung sind von Bedeutung (vgl. Hans Wiprächtiger in BSK StGB I, 2.A., Basel 2007, N 69 ff. zu Art. 47 StGB; Trechsel, a.a.O., N 18 ff. zu Art. 47 StGB). Es liegt im Ermessen des Sachrichters, in welchem Umfang er die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Das Gericht ist nicht gehalten, in Zahlen oder Prozenten anzugeben, wie es die einzelnen Strafzumessungs- kriterien bewertet (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_524/2010&6B\_626/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 4.4.). Das Gesamtverschulden ist zu qualifizieren und mit Blick auf Art. 50 StGB im Urteil ausdrücklich zu benennen, wobei von einer Skala denkbarer Abstufungen nach Schweregrad auszugehen ist. Das Bundesgericht drängt in seiner aktuellen Praxis vermehrt darauf, dass Formulierung des Verschuldens und Festsetzung des Strafmasses auch begrifflich im Einklang stehen (Urteile des Bundesgerichtes 6B\_524/2010&6B\_626/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 4.4., 6B\_1096/2010 vom 7. Juli 2011 E. 4.2., 6B\_1048/2010 vom 6. Juni 2011 E. 3.2. und 6B\_763/2010 vom 26. April 2011 E. 4.1.). Hierauf ist in einem zweiten Schritt innerhalb des zur Verfügung stehenden Strafrahmens die (hypothetische) Strafe zu bestimmen, die diesem Verschulden entspricht (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_524/2010&6B\_626/2011 vom 8. Dezember 2011 E. 4.4.).

- 28 -

### **E. 10**

Weiter legte die Vorinstanz den abstrakten Strafrahmen korrekt auf Freiheits- strafe von einem Jahr bis zu 20 Jahren fest, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann (Urk. 53 S. 33; Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 aBetmG i.V.m. Art. 40 StGB). Strafmilderungsgründe liegen keine vor.

### **E. 11**

Zum objektiven Tatverschulden in Bezug auf das schwerste Delikt, die qualifi- zierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, ist vorweg auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 53 S. 34; Art. 82 Abs. 4 StPO). Der Beschuldigte handelte insgesamt mit einer Betäubungsmittel- menge von knapp 80 Gramm reinem Heroinhydrochlorid (vgl. Ziff. 3.8.2. hiervor). In Bezug auf eine Menge von 100 Gramm Heroingemisch hat sich der Beschul- digte zwar lediglich des Anstalten Treffens schuldig gemacht, indem er Bestellun- gen von Abnehmern entgegennahm und anschliessend seinerseits bei C.\_\_\_\_\_ Heroin bestellte. Da der Beschuldigte jedoch insgesamt mit einer Menge Heroin handelte, welche den Grenzwert für einen qualifizierten Verstoss gegen das Betäubungsmittelgesetz um ein Vielfaches überstieg, rechtfertigt sich vorliegend keine Strafmilderung. Wie auch die Vorinstanz festhielt, ist zu betonen, dass der

Beschuldigte über derart gute Kontakte verfügte und entsprechend organisiert war, dass es ihm immer wieder auch kurzfristig möglich war, für Abnehmer, welche ihn direkt kontaktierten, Heroin zu beschaffen. Er besorgte Heroin und Streckmittel im Bereich von 50 bis 100 Gramm und verkaufte diese in denselben Mengen an Abnehmer, welche ihn kontaktierten, weiter. Er kaufte und verkaufte daher nicht einzelne Konsumportionen. Dies weist daraufhin, dass er nicht direkt an Konsumenten, Endabnehmer verkaufte und er ist somit in Übereinstimmung mit der Vorinstanz auf einer mittleren Hierarchiestufe im Drogenhandel einzustufen. Das objektive Tatverschulden ist daher als nicht mehr leicht zu qualifizieren. In subjektiver Hinsicht ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass von direktem Vorsatz und rein finanziellen Motiven auszugehen ist (Urk. 53 S. 34f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Richtig ist zwar, dass die finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten gemäss den Akten eng waren. Jedoch ist auch zu bemerken, dass der Beschuldigte eigenen Angaben zufolge seit seiner Einreise in die Schweiz immer wieder

- 29 - über Arbeitsstellen, teilweise auch über mehrere Jahre, verfügte (Urk. 6/4) und es ihm daher durchaus möglich war bzw. gewesen wäre, auf legale Weise ein bedarfsdeckendes Einkommen zu erzielen. Es erscheint daher eher wohlwollend die egoistischen finanziellen Motive des Beschuldigten nur leicht verschuldens-erhöhend zu berücksichtigen. Insgesamt ist das Tatverschulden für das schwerste Delikt daher als nicht mehr leicht zu qualifizieren. Die von der Vorinstanz festgelegte Einsatzstrafe von 23 Monaten erscheint der objektiven und subjektiven Tatschwere angemessen.

#### **E. 12**

Bezüglich der Täterkomponente ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 53 S. 35-37; Art. 82 Abs. 4 StPO). Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte zu seinen persönlichen Verhältnissen an, er habe kurz nach seiner Entlassung aus dem vorzeitigen Strafvollzug wieder zu arbeiten begonnen. Zunächst habe er 50 % gearbeitet und seit 1. Oktober 2012 arbeite er 100% und verdiene ca. Fr. 3'400.-- brutto im Monat. Von seiner Frau, welche in ... [Staat] sei, lebe er seit sieben Jahren getrennt (Urk. 71 S. 5; Urk. 72 S. 5). Für die Strafzumessung lässt sich aus den persönlichen Verhältnissen nichts Relevantes ableiten. Die Vorinstanz hat die beiden Vorstrafen und die Delinquenz während einer laufenden Probezeit hingegen zu Recht straf erhöhend gewürdigt. Wenn dies im Ergebnis mit einer Erhöhung der hypothetischen Einsatzstrafe von lediglich drei Monaten zu Buche schlug, ist dies als sehr wohlwollend zu betrachten (Urk. 53 S. 36 f.).

#### **E. 13**

Ein Geständnis, Reue oder Einsicht sind nicht zu erkennen. Ein Nachtatverhalten, welches eine Reduktion der Strafe rechtfertigen würde, ist nicht ersichtlich.

#### **E. 14**

Insgesamt erscheint eine Strafe von 26 Monaten Freiheitsstrafe dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen.

- 30 - Der Beschuldigte wurde am 10. Juni 2011 verhaftet (Urk. 8/1) und befand sich vom 15. Februar 2012 bis zum 8. April 2012 im vorzeitigen Strafantritt (Urk. 40 und 56). Es sind ihm daher 303 Tage erstandene Haft anzurechnen (Art. 51 StGB). V. Vollzug 1. Zwecks Vermeidung von Wiederholungen kann vorweg auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 53 S. 37f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Der Vorinstanz ist

zuzustimmen, dass dem Beschuldigten der teilbedingte Vollzug mangels Vorliegen einer eigentlichen Schlechtprognose, insbesondere auch wegen der erstmaligen Delinquenz im Bereich von Betäubungsmitteln, zu gewähren ist. Der Ausfällung einer vollständig unbedingten Strafe stünde jedoch ohnehin das Verschlechterungsverbot entgegen.

#### **E. 15**

Zu bestimmen bleibt noch, welcher Teil der Freiheitsstrafe bedingt und welcher unbedingt vollzogen werden soll. Der unbedingt vollziehbare Teil darf dabei die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB). Zudem muss bei teilbedingten Freiheitsstrafen sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil mindestens sechs Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 StGB). Vorliegend erscheint es dem Verschulden des Beschuldigten angemessen, den Vollzug der Freiheitsstrafe im Umfang von 10 Monaten zu vollziehen. Die restlichen

#### **E. 16**

Monate sind aufzuschieben und die Probezeit – um den verbleibenden Bedenken aufgrund der beiden Vorstrafen Rechnung zu tragen – auf 3 Jahre festzusetzen. Den bedingt zu vollziehenden Teil der Strafe zu erhöhen, erscheint aufgrund des Verschuldens, welches sich nicht ganz am untersten Rand des Strafrahmens befindet, nicht angemessen. An den zu vollziehenden Teil von 10 Monaten sind dem Beschuldigten 303 Tage erstandene Haft anzurechnen. Somit bleibt es bei der von der Vorinstanz getroffenen Regelung des Strafvollzugs. VI. Widerruf Die Vorinstanz hielt korrekt fest, dass die heute zu beurteilenden Delikte in die Probezeit der mit Strafbescheid des Untersuchungsrichteramtes St. Gallen vom

- 31 - 6. Juni 2007 angesetzten Probezeit von drei Jahren fallen. Das vorinstanzliche Gericht verzichtete auf den Widerruf des mit Strafbescheid des Untersuchungsrichteramtes St. Gallen vom 6. Juni 2007 gewährten bedingten Vollzugs (Urk. 53 S. 39 und 41). Aufgrund des Verbots der reformatio in peius (Verschlechterungsverbot, Art. 391 Abs. 2 StPO) ist es der Berufungsinstanz ohnehin verwehrt, auf einen Widerruf zu erkennen, weshalb sich weitere Ausführungen dazu erübrigen. Die Vorinstanz erkannte weiter auf eine Verlängerung der Probezeit des Strafbescheids des Untersuchungsrichteramtes St. Gallen um eineinhalb Jahre. Dies erscheint auch unter Berücksichtigung, dass der Beschuldigte eine weitere Verurteilung aus dem Jahre 2005 aufweist, angemessen. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Untersuchung und erstinstanzliches Gerichtsverfahren Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv Ziffer 5.) und die Kostenauferlegung (Dispositiv Ziffer 6.) sind wie erwähnt in Rechtskraft erwachsen. Zu regeln verbleiben die Kosten der früheren amtlichen Verteidigung, Rechtsanwalt J.\_\_\_\_\_. Diese sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Unter Berücksichtigung des zu erfolgenden Teilfreispruchs bleibt die Rückzahlungspflicht für die Kosten der amtlichen Verteidigung im Umfang von 7/8 gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 2. Berufungsverfahren: Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens, exklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, zu 7/8 aufzuerlegen und zu 1/8 auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Hinweis auf die Rückzahlungspflicht im Umfang von 7/8 nach Art. 135 Abs. 4 StPO.

- 32 - Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 26. Januar 2012 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird

erkannt: 1.-4. (...) 5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 4'000.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 12'240.– Kosten der Kantonspolizei Fr. 3'000.– Gebühr Anklagebehörde Fr. Kanzleikosten Fr. 7'230.– Auslagen Untersuchung Fr. 1'842.70 amtliche Verteidigung Untersuchung (RA lic. iur. Y. \_\_\_\_\_) Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend) Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten. 6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt; sie werden ihm aber erlassen. 7. (...)"

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig des Verbrechens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4-6 aBetmG in Verbindung mit Ziff. 2 aBetmG (Anklageziffern I./1. - 5.).

- 33 - 2. Der Beschuldigte ist nachstehender Delikte nicht schuldig und wird diesbezüglich freigesprochen - der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz in Anklageziffer I./6. sowie - der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten im Sinne von Art. 217 Abs. 1 StGB (Anklageziffer II.). 3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 26 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 303 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind. 4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 16 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (10 Monate, die durch 303 Tage Haft erstanden sind) wird der Vollzug der Freiheitsstrafe angeordnet. 3. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbescheid des Untersuchungsrichteramtes St. Gallen vom 6. Juni 2007 ausgefallenen Geldstrafe von 60 Tagessätzen wird nicht widerrufen. Die Probezeit wird ab heute um 1 ½ Jahre verlängert. 4. Die Kosten der früheren amtlichen Verteidigung (RA J. \_\_\_\_\_) werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht für 7/8 bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen: Fr. amtliche Verteidigung 6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu 7/8 auferlegt und zu 1/8 auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

- 34 - Die Rückzahlungspflicht für 7/8 bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten. 7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich (versandt) – die Privatklägerin Politische Gemeinde B. \_\_\_\_\_ (versandt) sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich – die Privatklägerin Politische Gemeinde B. \_\_\_\_\_ – das Bundesamt für Polizei und nach unbenutztem 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 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 – das Untersuchungsrichteramtes St. Gallen betreffend Verlängerung Probezeit. 8. 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.

- 35 - Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichts- gesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 4. Oktober 2012 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: Oberrichter lic. iur. P. Marti lic. iur. N. Burri

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.