

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB180016-O/U/hb

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, Ersatzoberrichter lic. iur. Keller und Ersatzoberrichter lic. iur. Wenker sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. Schwarzenbach-Oswald

Urteil vom 10. Juli 2018

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. Chr. Meier,

Anklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom
18. September 2017 (DG170102)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 29. März 2017 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 20).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne dessen Art. 19 Abs. 1 lit. b sowie c in Verbindung mit lit. g und in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 29 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 59 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 17 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate, abzüglich 59 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 19. August 2013 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse lagernde Notebook Marke ASUS, schwarz, inkl. Ladekabel (Sachkaution-Nr.: 9835), wird dem Beschuldigten innert 2 Monaten nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben und ansonsten nach dieser Frist der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
5. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
 - Fr. 4'200.-; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. 4'500.- Gebühr für das Vorverfahren
 - Fr. 225.- Auslagen Untersuchung
 - Fr. 1'500.- Kosten des Beschwerdeverfahrens UH160086
 - Fr. 23'407.70 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
7. Der amtliche Verteidiger wird mit Fr. 23'407.70 (inkl. Mehrwertsteuer) entschädigt. Diese Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 54)

1. Herr A. _____ sei der Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b sowie c i.V.m. lit. g i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen und mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren zu bestrafen.
2. Es sei im Urteilsdispositiv die Verletzung des Beschleunigungsgebots festzustellen.
3. Die bereits erstandene Haft des Beschuldigten A. _____ sei an die auszufällende Freiheitsstrafe anzurechnen.
4. Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens sowie die Kosten der amtlichen Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:

(Urk. 53)

Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18. September 2017 sei wie folgt abzuändern:

1. Dispositiv-Ziffer 2: Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 32 Monaten, unter Anrechnung der erstandenen Haft

2. Dispositiv-Ziffer 3: Vollzug von 14 Monaten Freiheitsstrafe und Gewährung des bedingten Vollzugs der restlichen 18 Monate Freiheitsstrafe, unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren
3. Im Übrigen sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18. September 2017 zu bestätigen.

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 18. September 2017 liess der Beschuldigte, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter (fortan Beschuldigter) mit Eingabe vom 22. September 2017 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 38; Art. 399 Abs. 1 StPO). Das begründete Urteil der Vorinstanz wurde dem Verteidiger am 12. Januar 2018 zugestellt (Urk. 42/2), worauf der Beschuldigte am 31. Januar 2018 fristgerecht seine Berufungserklärung einreichen liess (Urk. 46).

1.2. Innert der ihr angesetzten Frist gemäss Art. 400 Abs. 3 lit. b StPO erhob die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich (Anklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin; fortan Staatsanwaltschaft) Anschlussberufung (Urk. 49).

1.3. Das vorliegende Urteil erging im Anschluss an die Berufungsverhandlung, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers, Rechtsanwalt lic. iur. X. _____, sowie Staatsanwalt lic. iur. Meier erschienen sind (Prot. II S. 4).

2. Prozessuales

2.1. Der Beschuldigte fordert mit seiner Berufung eine Reduktion der Strafe sowie die Gewährung des bedingten Strafvollzugs (Urk. 46). Auch die Anschlussberufung richtet sich gegen die Strafhöhe und den teilbedingten Strafvollzug (Urk. 49). Damit wurden Berufung und Anschlussberufung auf die Bemessung der Strafe beschränkt (Art. 399 Abs. 4 lit. b StPO).

Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils (nur) im Umfang der Anfechtung gehemmt. Es ist somit festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 18. September 2017 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 4 (Herausgabe Sachkaution) und 5-7 (Kosten- und Entschädigungsdispositiv) unangefochten blieb und in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

2.2. Der eingeklagte Sachverhalt ergibt sich aus der Anklageschrift vom 29. März 2017 (Urk. 20) und wurde vom Beschuldigten sowohl anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung als auch im Rahmen der Berufungsverhandlung vollumfänglich anerkannt (Prot. I S. 10 f. und Prot. II S. 14; vgl. Urk. 43 S. 6). Neue tatsächliche Vorbringen, welche geeignet sind, die Strafzumessung zu beeinflussen, sind im Rahmen des Berufungsverfahrens nicht eingebracht worden, weshalb nachfolgend ohne Einschränkungen vom angeklagten Sachverhalt auszugehen ist, soweit dieser für die Strafzumessung von Bedeutung ist (vgl. die Urteile des Bundesgerichts 6B_297/2014 und 6B_1167/2015; BGE 141 IV 244).

3. Strafzumessung

3.1. Die Vorinstanz verurteilte den Beschuldigten zu einer Freiheitsstrafe von 29 Monaten, deren Vollzug sie im Umfang von 17 Monaten unter Ansetzung einer dreijährigen Probezeit aufschob. Hinsichtlich der verbleibenden 12 Monate wurde der unbedingte Vollzug angeordnet (Urk. 43 Dispositivziffern 2-3).

Der Beschuldigte bezweckt mit seiner Berufung eine tiefere Strafe (18 Monate), deren Vollzug überdies vollumfänglich bedingt aufzuschieben sei, unter Ansetzung einer zweijährigen Probezeit (Urk. 46, Urk. 54). Demgegenüber visiert die

Staatsanwaltschaft eine Straferhöhung auf 32 Monate Freiheitsstrafe an. Davon seien 14 Monate zu vollziehen und die restlichen 18 Monate bei einer Probezeit von 3 Jahren bedingt aufzuschieben (Urk. 49, Urk. 53). Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Staatsanwaltschaft im ordentlichen Verfahren eine höhere Strafe beantragen darf, als diejenige, welche in Gesprächen zwischen der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung hinsichtlich eines abgekürzten Verfahrens besprochen wurde (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 6B_1023/2017 vom 25. April 2018).

3.2. Die Vorinstanz hat die massgebenden Strafzumessungsregeln, insbesondere auch, was Betäubungsmitteldelikte angeht, dargelegt (Urk. 43 S. 7 ff.) und ist zu Recht von einem Strafrahmen von einem bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe ausgegangen, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann. Darauf kann verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Der von der Verteidigung geltend gemachte Strafmilderungsgrund gemäss Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG in Bezug auf das Anstaltentreffen (Urk. 54 S. 3), führt nicht zu einer Erweiterung des ordentlichen Strafrahmens nach unten, denn es liegen weder aussergewöhnliche Umstände vor noch erscheint die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart (vgl. BGE 136 IV 55 E. 5.8). Zu ergänzen bleibt sodann, dass sich die per 1. Januar 2018 in Kraft getretene Revision des Sanktionenrechts vorliegend nicht zu Gunsten des Beschuldigten auswirkt, weshalb von der Weitergeltung der bisherigen Normen auszugehen ist (Art. 2 Abs. 2 StGB).

3.3. Tatkomponenten

In objektiver Hinsicht wird die Tatschwere massgeblich durch die vorliegend ermittelte Menge von rund einem Kilogramm (1'033 g) überdurchschnittlich reinem (75 %) Kokaingemisch beeinflusst. Diese Menge liegt zigfach über dem bundesgerichtlich festgelegten Grenzwert von 18 Gramm (BGE 109 IV 145] und war – gerade auch aufgrund des gassenunüblichen Reinheitsgrades des Kokaingemisches – geeignet, die Gesundheit unzähliger Konsumenten in Gefahr zu bringen, zumal der Beschuldigte plante, die Bruttomenge durch Streckung zu verdoppeln, womit zwar einerseits gassenübliche Qualität erreicht worden wäre (gemäss der Betäubungsmittelstatistik der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin

des Jahres 2012 beträgt der mittlere Reinheitsgehalt von Kokain 36 %; vgl. auch den Entscheid des Bundesgerichts 6B_1068/2014 vom 29. September 2015, E. 1.5), andererseits jedoch auch die Anzahl mutmasslich betroffener Abhängiger verdoppelt worden wäre (vgl. Anklageschrift Urk. 20 S. 3 lit. a). Hinzu kommt, dass diese grosse Menge Betäubungsmittel im Rahmen einer einzigen Transaktion in die Schweiz eingeführt wurde, was ihn deutlich von einem "Läufer" der untersten Hierarchieebene unterscheidet. Er war – entgegen der spekulativ anmutenden Ansicht der Vorinstanz (Urk. 43 S. 9) – auch nicht lediglich als Fahrer von B._____ peripher in die ganze Angelegenheit involviert, sondern – dem Anklagevorwurf (Urk. 20), seinem vorbehaltlosen Geständnis (Prot. I S. 10 ff.) und den Gesprächsprotokollen (insb. Urk. HD 9/3 Beilagen 3a/b [Telefonprotokoll vom 6. August 2011, 14:19:02 Uhr] und 4 [Telefonprotokoll vom 6. August 2011, 16:07:21 Uhr]; Urk. HD 9/4 Beilagen 15a/b [Telefonprotokoll vom 3. August 2011, 15:28:05 Uhr], 16 [Telefonprotokoll vom 4. August 2011, 00:02:11 Uhr], 17 [Telefonprotokoll vom 4. August 2011, 20:59:17 Uhr], 23 [Telefonprotokoll vom 7. August 2011, 20:37:58 Uhr] und 24 [Telefonprotokoll vom 7. August 2011, 22:46:29 Uhr], 25 [Telefonprotokoll vom 7. August 2011, 23:26:14 Uhr]) entsprechend – von Beginn an bei der Planung, Finanzierung, konkreten Organisation und Durchführung des Drogengeschäfts in gleichwertiger Stellung wie der Genannte und C._____ als Mittäter aktiv. Geht man vom Anklagesachverhalt und den darin enthaltenen Tatbeiträgen des Beschuldigten aus, welche vom Beschuldigten ja vollumfänglich anerkannt werden, kann – entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 54 S. 5) – keine Rede davon sein, dass der Beschuldigte eigentlich mehr ein Mitläufer als ein Mittäter sei. Sodann traf er zwar bezüglich der Veräusserung der Betäubungsmittel nur Anstalten, deren Einfuhr wurde aber vollendet. Zu seinen Gunsten ist jedoch – in Übereinstimmung mit der Verteidigung (Urk. 54 S. 3) – zu berücksichtigen, dass er nur bezüglich eines einzigen Drogengeschäfts beschuldigt wird und nicht über einen längeren Zeitraum im Betäubungsmittelhandel tätig war.

Wie die Vorinstanz bereits zutreffend hervorgehoben hat, war der Beschuldigte sodann im Tatzeitpunkt weder drogenabhängig noch in einer aussichtslosen finanziellen Zwangslage. Vielmehr ging er – wie den aufgezeichneten Gesprächen

zu entnehmen ist – die Sache mit einem gewissen professionellen Kalkül an, welches Skrupel gegenüber dem durch die Drogen verursachten Leid der Süchtigen völlig missen lässt. Entgegen der Auffassung der Verteidigung ist im Tatbestand des Betäubungsmittelhandels ein gewinnorientiertes Verhalten nicht bereits enthalten (Urk. 54 S. 5), zumal vorliegend durch die Einfuhr als einzige vollendete Tat noch gar kein Gewinn erzielt werden konnte. Ein finanzielles bzw. egoistisches Motiv des Beschuldigten kann deshalb durchaus noch bei der Strafzumessung zu Lasten des Beschuldigten berücksichtigt werden ohne das Doppelverwertungsverbot zu verletzen. Dass die Verteidigung geltend macht, dem Beschuldigten sei es im Tatzeitpunkt finanziell betrachtet schlecht gegangen, gleichzeitig aber ausführt, die Entschädigung von Fr. 1'000.–, die sich der Beschuldigte habe versprechen lassen, sei sehr gering gewesen (Urk. 54 S. 5), ist widersprüchlich. Denn für jemanden, der sich finanziell in einer schwierigen Situation befindet, sind Fr. 1'000.– viel Geld. Wenn die Vorinstanz zum Schluss kommt, das Verschulden des Beschuldigten wiege nicht mehr leicht, trägt das der gezeigten kriminellen Energie zu wenig Rechnung. Insgesamt ist das Verschulden des Beschuldigten vielmehr als zumindest keinesfalls leicht zu qualifizieren, welches eine auf den Tatkomponenten basierende Einsatzstrafe von rund 36 Monaten nach sich zieht.

3.4. Täterkomponenten

Was das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten angeht, kann auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 43 S. 10 f.). Heute ergänzte der Beschuldigte dazu, dass er mit seiner Partnerin mit ihrer gemeinsamen Firma im Bereich Telekommunikation, Geldtransfer und Reisen tätig sei, wobei er mit ihr über ein gemeinsames Einkommen von ca. Fr. 4'000.– pro Monat verfüge. Gegenüber seinem jüngsten Sohn sei er unterstützungspflichtig. Sodann verfüge er über kein Vermögen, habe aber Schulden in der Höhe von ca. Fr. 40'000.– (Prot. II S. 10 ff.). Strafzumessungsrelevant ist dies nicht.

Die Vorstrafe aus dem Jahr 2012 betrifft ein gänzlich anders gelagertes Delikt (Bedrohung der Lebenspartnerin, Art. 180 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 lit. b StGB; Urk. 45). Der Strafbefehl wurde überdies erst nach der heute zu beurteilen-

den Tat erlassen (und dem Beschuldigten erst anlässlich seiner Verhaftung am 1. Juli 2013 eröffnet, vgl. Beizugsakten der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl G-3/2010/5340, Urk. 21), weshalb es sich beim Beschuldigten faktisch nicht um einen durch eine frühere Verurteilung gewarnten Wiederholungstäter handelt. Mit hin ist die Vorstrafe ausnahmsweise nicht zu Lasten des Beschuldigten zu werten. Weitere Vorstrafen weist der Strafregisterauszug des Beschuldigten nicht auf (Urk. 45).

Mit Bezug auf das Nachtatverhalten ist primär das Geständnis des Beschuldigten von Belang, welches – entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft (Urk. 53) – strafmindernd zu berücksichtigen ist. Dieses erfolgte allerdings – erst anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung (vgl. Prot. I S. 10) – und damit nach abgeschlossener Untersuchung und Anklageerhebung. Kurz vor der Verhandlung wurde der Anklagesachverhalt noch bestritten (vgl. Urk. 32 S. 1) und damit – entgegen den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 54 S. 7) – kein Geständnis angekündigt. Nach der Rechtsprechung kann ein Geständnis bei der Beurteilung des Nachtatverhaltens im Rahmen der Strafzumessung zugunsten des Täters berücksichtigt werden, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt oder der Täter dadurch zur Tataufdeckung über den eigenen Tatanteil hinaus beiträgt (vgl. BGE 121 IV 202 E. 2d S. 204 ff.; Urteil 6B_296/2017 vom 28. September 2017 E. 6.3). Diese Praxis fusst auf der Überlegung, dass Geständnisse zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen können. Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, namentlich weil der Täter nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils geständig geworden ist (Urteil 6B_296/2017 vom 28. September 2017 E. 6.3 mit Hinweis). Vorliegend kann dem Geständnis des Beschuldigten, welches mit der Vorinstanz als taktisch motiviert anzusehen ist (Urk. 43 S. 12), nur marginalen strafmindernden Einfluss zugestanden werden, ist doch die Beweislage insgesamt als komfortabel anzusehen. Immerhin kann ihm in diesem Zusammenhang in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vorderrichter zugute gehalten werden, dass er nie bestritten hat, dass er auf den mitgeschnittenen Telefongesprächen zu hören war. Allerdings endete

seine Kooperation im Untersuchungsverfahren bei diesem Zugeständnis auch bereits wieder. Er half mithin weder mit, den verwendeten Code zu entschlüsseln, noch trug sein Geständnis über seinen eigenen Tatanteil hinaus zur Tataufdeckung bei. Eine Reduktion der Einsatzstrafe um maximal vier Monate erscheint angezeigt.

Sodann ist – entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft und der Vorinstanz – aufgrund einer Verletzung des Beschleunigungsgebots eine weitere Strafmindering um rund vier Monate angezeigt. Dies im Dispositiv zu vermerken, wie es von der Verteidigung beantragt wird (Urk. 54 S. 2 und S. 13), ist jedoch nicht erforderlich. Zwischen der Verhaftung des Beschuldigten am 1. Juli 2013 (davor war das Verfahren zu Recht sistiert) und der Anklageerhebung am 29. März 2017 sind knapp vier Jahre verstrichen, wobei die wesentlichen Untersuchungshandlungen hauptsächlich bereits im Jahr 2013 stattgefunden haben und es sich um keinen allzu komplexen Sachverhalt handelt. Allfällige Untersuchungshandlungen in einem Nebendossier, welche dem Beschuldigten überdies bis kurz vor Verfahrensabschluss gar nie vorgehalten wurden (vgl. Urk. HD 14/17), sind nicht geeignet, diese Verfahrensverschleppung zu rechtfertigen, zumal der Beschuldigte nach seiner Haftentlassung vom 28. August 2013 noch bis zum 19. Juni 2014 einer engmaschigen polizeilichen Meldepflicht unterstand (Urk. HD 13/5 und 8 sowie Urk. HD 14/14), was erst recht zu einer beförderlichen Behandlung hätte motivieren sollen. Nicht zu beanstanden ist demgegenüber, dass zwischen der Schlusseinvernahme vom 23. März 2016 (Urk. HD 9/6) bzw. dem Beschwerdeentscheid der III. Strafkammer vom 22. Juli 2016 betreffend Genehmigung Zufallsfund (Urk. 17/6) bis zur Anklageerhebung erneut rund ein dreiviertel Jahr verstrich, führten der Beschuldigte und die Staatsanwaltschaft in dieser Zeit doch offenbar Gespräche über ein allfällig durchzuführendes abgekürztes Verfahren (Urk. HD 14/21).

Eine zusätzliche Strafmindering infolge Zeitablaufs im Sinne von Art. 48 lit. e StGB rechtfertigt sich indessen nicht, da erst knapp die Hälfte der ordentlichen (Verfolgungs-)Verjährung erreicht ist (BSK Strafrecht I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, 3. Auflage 2013, Art. 48 N 40 f. m.w.H.).

3.5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die auf den Tatkomponenten basierende Einsatzstrafe aufgrund strafmindernder Täterkomponenten zu reduzieren ist. Insgesamt erweist sich damit eine Bestrafung des Beschuldigten mit 28 Monaten Freiheitsstrafe als angezeigt.

3.6. Die bereits erstandenen 59 Tage Untersuchungshaft sind auf diese Strafe anzurechnen (Art. 51 StGB).

4. Strafvollzug

4.1. Für Freiheitsstrafen, die über der Grenze für bedingte Strafen liegen (zwischen zwei und drei Jahren), sieht Art. 43 StGB einen eigenständigen Anwendungsbereich vor. An die Stelle des vollbedingten Strafvollzuges, der hier ausgeschlossen ist (Art. 42 Abs. 1 StGB), tritt der teilbedingte Vollzug, wenn die subjektiven Voraussetzungen dafür gegeben sind (BGE 134 IV 1 E. 5.5.1). Dies ist, in Anlehnung an die entsprechende Lehre und Rechtsprechung zu Art. 42 StGB, der Fall, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (vgl. den Wortlaut von Art. 42 Abs. 1 StGB). Subjektiv ist das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt. Das heisst in Anlehnung an die herrschende Praxis, dass auf das Fehlen von Anhaltspunkten für eine Wiederholungsgefahr abgestellt wird. Die günstige Prognose wird also vermutet. Bei der Beurteilung der Frage, ob die für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges erforderliche Voraussetzung des Fehlens einer ungünstigen Prognose vorliegt, ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen. Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB). In einem solchen Fall wird die ungünstige Prognose vermutet.

Für die heute auszufällende Freiheitsstrafe von 28 Monaten ist der teilbedingte Vollzug zu prüfen.

4.2. Art. 42 Abs. 2 StGB ist vorliegend nicht anwendbar, da die Vorstrafe des Beschuldigten nach der hier zu beurteilenden Tat datiert (Urk. 45), zumal sie auch hinsichtlich der Strafhöhe keine ungünstige Prognose begründen würde. Folglich wird die günstige Prognose vermutet. Das vorliegende Strafverfahren und insbesondere die knapp zweimonatige Untersuchungshaft dürften den Beschuldigten überdies genügend beeindruckt haben, um künftig nicht weiter gegen das Gesetz zu verstossen. Dem Beschuldigten ist vor diesem Hintergrund der teilbedingte Strafvollzug der heute auszufällenden Freiheitsstrafe zu gewähren.

Wenn das Gericht auf eine teilbedingte Strafe erkennt, hat es im Zeitpunkt des Urteils den aufgeschobenen und den zu vollziehenden Strafteil festzusetzen und die beiden Teile in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Nach Art. 43 StGB muss der unbedingt vollziehbare Teil mindestens sechs Monate betragen (Abs. 3), darf aber die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Abs. 2). Vorliegend ergibt sich somit für den vollziehbaren Teil ein Rahmen zwischen 6 und 14 Monaten. Innerhalb dieses gesetzlichen Rahmens liegt die Festsetzung im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. Als Bemessungsregel ist das "Verschulden" zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist (Art. 43 Abs. 1 StGB). Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf dabei das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 134 IV 1 E. 5.6).

Was die Einzeltatschuld betrifft, so kann vollumfänglich auf die Erwägungen zur Strafzumessung (vgl. Ziff. 3.3 vorstehend) verwiesen werden. Das keinesfalls leichte Verschulden spricht dafür, den vollziehbaren Strafteil im mittleren Bereich des Möglichen anzusetzen. Dafür, den vollziehbaren Strafteil eher kurz zu halten, spricht demgegenüber der Umstand, dass sich der Beschuldigte soweit ersichtlich in den bald fünf Jahren seit seiner Freilassung nichts mehr hat zu Schulden kommen lassen. Hinzu kommt, dass er seit mehreren Jahren in einer stabilen Beziehung lebt und auch beruflich als selbständig Erwerbender etabliert

ist. Bei dieser Ausgangslage ist es angezeigt, im vorliegenden Fall den zu vollziehenden Strafteil auf 8 Monate festzusetzen. Im Übrigen (20 Monate) ist die Freiheitsstrafe aufzuschieben.

4.3. Schiebt das Gericht den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB). Vorliegend ist die Probezeit für den bedingten Teil der Strafe auf drei Jahre festzusetzen, womit der Tatsache, dass der Beschuldigte wiederholt straffällig wurde, hinreichend Rechnung getragen wird.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

5.2. Vorliegend unterliegen sowohl die Staatsanwaltschaft wie auch der Beschuldigte mit ihren beantragten Strafhöhen, die auszufällende Strafe von 28 Monaten liegt jedoch näher beim Antrag der Staatsanwaltschaft (32 Monate) als beim Antrag des Beschuldigten (18 Monate). Die Staatsanwaltschaft obsiegt bezüglich des Antrags, den teilbedingten Vollzug anzuordnen, unterliegt hingegen betreffend die Höhe des zu vollziehenden Teils. Der Beschuldigte wiederum unterliegt bezüglich des Antrags auf einen bedingten Vollzug der Strafe. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, dem Beschuldigten die Kosten zu zwei Dritteln aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

5.3. Die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche aufgrund der eingereichten Aufwandübersicht (Urk. 56) und unter Hinweis auf §§ 17 f. AnwGebV auf Fr. 5'000.– (inkl. 8 % bzw. 7.7 % MWST) festzusetzen sind, sind ebenfalls auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei hinsichtlich zwei Dritteln der Kosten die Rückforderung im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 18. September 2017 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 4 (Herausgabe Sachkaution) und 5-7 (Kosten- und Entschädigungsdispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 28 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 59 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 20 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (8 Monate abzüglich 59 Tage erstandene Haft) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'400.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 5'000.– amtliche Verteidigung
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden zu zwei Dritteln dem Beschuldigten auferlegt und zu einem Drittel auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen, wobei hinsichtlich zwei Dritteln der Verteidigungskosten die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten vorbehalten bleibt.
5. 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 (übergeben)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 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 KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

6. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 10. Juli 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Schwarzenbach-Oswald