

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110580-O/U/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Vorsitzender, Dr. Bussmann und
Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim sowie der Gerichtsschreiber
lic. iur. Höfliger

Urteil vom 3. April 2012

in Sachen

A._____,

Beschuldigter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis,

Anklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 23. Mai 2011
(DG110003)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 3. Februar 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 13).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4, 5 und 6 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG.
2. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 1. September 2008 ausgefallte, bedingte Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 100.– wird widerrufen.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der widerrufenen Strafe bestraft mit 3 ½ Jahren Freiheitsstrafe als **Gesamtstrafe**, wovon 339 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft bis und mit heute bereits erstanden sind.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
5. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Staat Fr. 5'000.– als unrechtmässig erlangten Vermögensvorteil abzuliefern.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2010 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 11'045.45 wird definitiv beschlagnahmt und zur Vollstreckung des Urteils, primär zur Deckung des Abschöpfungsbeitrages gemäss Dispositivziffer 5, verwendet.
7. Die mit Verfügungen der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 25. Januar 2011 beziehungsweise der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Juni 2010 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

8. Die mit Beschluss des Bezirksgerichtes Dietikon vom 4. Mai 2011 angeordnete Kontosperre betreffend allfällige Konti des Beschuldigten bei der B._____ und der C._____ werden aufgehoben. Demnach ist der Beschuldigte wieder über sein Konto bei der C._____ verfügungsberechtigt.
9. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf
- | | | |
|-----|-----------|------------------------------------|
| Fr. | 4'000.– | ; die weiteren Kosten betragen: |
| Fr. | 1'350.– | Kosten der Kantonspolizei Zürich |
| Fr. | | Kanzleikosten Untersuchung |
| Fr. | 10'506.90 | Auslagen Untersuchung |
| Fr. | | amtliche Verteidigung Untersuchung |
| Fr. | 14'990.– | amtliche Verteidigung. |
- Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 86, sinngemäss)
- Freispruch betreffend das Nebendossier 2
 - Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 1 ½ Jahren bedingt
 - Für den Fall, dass die Berufungsinstanz dem Antrag auf Freispruch betreffend ND 2 nicht folgt, Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 2 ½ Jahren teilbedingt, wovon 2 Jahre bedingt und 6 Monate unbedingt auszusprechen seien
 - Entsprechende neue Regelung der Kostenfolgen

b) Der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis:

(Urk. 87)

1. Der Beschuldigte sei im Sinne der Anklage des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 bis 6 i.V.m. Art. 19 Ziff. 2 lit. a schuldig zu sprechen.
2. Die mit Strafbefehl vom 1. September 2008 durch die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat ausgesprochene Vorstrafe sei zu widerrufen.
3. Der Beschuldigte sei im Sinne einer Gesamtstrafe zu einer Freiheitsstrafe von 48 Monaten zu verurteilen.
4. Die Freiheitsstrafe sei vollumfänglich zu vollziehen.

Das Gericht erwägt:

I.

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 23. Mai 2011 meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 26. Mai 2011 rechtzeitig die Berufung an (HD 62). Nach Erhalt des begründeten Urteils reichte er fristgerecht seine Berufungserklärung im Sinne von Art. 399 Abs. 3 StPO ein (HD 76). Die Staatsanwaltschaft erklärte mit Schreiben vom 4. Oktober 2011 Anschlussberufung (HD 80). Beweisanträge wurden keine gestellt.

2. Infolge Krankheit des Verteidigers musste die ursprünglich auf den 31. Januar 2012 angesetzte Berufungsverhandlung auf den 3. April 2012 verschoben werden (Urk. 81 und 82).

3. Gemäss Art. 402 i.V. mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Nachdem die Urteilsdispositiv Ziffern 1 (teilweise: betr. Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4, 5 und 6 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG bezüglich des Hauptdossiers, HD), Ziff. 5 (Ersatzforderung), Ziff. 6 und 7 (Beschlagnahme und Einziehung) sowie Ziff. 8 (Aufhebung einer Kontosperrung) nicht angefochten worden sind und diesbezüglich keine Anschlussberufungen erhoben wurden, ist mittels Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

4. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen.

II.

1. Unter Anklageziffer II (ND 2) wird dem Beschuldigten zur Last gelegt, im Heizungskeller der Liegenschaft D. _____-Strasse 1 in E. _____ in einer Kartonschachtel in 37 Minigripsäcklein insgesamt 365 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgehalt von 39%, also insgesamt 141 Gramm reines Kokain, sowie sechs Pakete beinhaltend 3164 Gramm des Abbauproduktes von Heroin Monoacetylmorphin (6-MAM), entsprechend einer Ausgangsmenge von 48 Gramm reinem Heroin und ein Minigripsäcklein beinhaltend 138 Gramm 6-MAM, entsprechend einer Ausgangsmenge von 4 Gramm reinem Heroin, aufbewahrt zu haben. Der Beschuldigte habe diese Drogen, welche ursprünglich zum Verkauf bestimmt gewesen seien, ab einem unbestimmten Zeitpunkt, jedenfalls am 21. Juni 2008, dort aufbewahrt.

2. Der Beschuldigte bestritt den ihm vorgeworfenen Sachverhalt sowohl in der Untersuchung, anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung und auch heute (HD 2 S. 9, HD 54 S. 1 f.; Urk. 85 S. 4 f.). Der eingeklagte Sachverhalt ist deshalb zu erstellen.

3. Gemäss einem Polizeirapport der Kantonspolizei Zürich vom 6. Oktober 2008 (ND 2/1/1) hat eine unbekannte Täterschaft im Zeitraum vom 19. Juni 2008

bis 21. Juni 2008 in der Liegenschaft D._____-Strasse 1 in E._____, einem Mehrfamilienhaus, im Heizungsraum die Türe aufgebrochen. Dies stellte der Hauswart, F._____, am 21. Juni 2008 morgens fest. Im Heizungsraum fand er eine Kartonschachtel, in der sich verschiedenen kleinere Säcke mit BM-verdächtigem Pulver befanden. Seine Beobachtungen meldete er umgehend der Polizei. In der Folge ergaben die polizeilichen Abklärungen, dass sich in dieser Schachtel tatsächlich Betäubungsmittel befanden, nämlich 37 Minigripsäcklein, enthaltend insgesamt 365 Gramm Kokaingemisch sowie sechs Pakete, beinhaltend 3164 Gramm des Abbauproduktes von Heroin Monoacetylmorphin (6-MAM), und ein Minigripsäcklein beinhaltend 138 Gramm 6-MAM.

4. Aus dem Spurenbericht der Kantonspolizei Zürich vom 27. Juni 2008 vom 27. Juni 2008 (ND 2/2/1) ergibt sich, dass in dieser Schachtel DNA-Spuren sichergestellt werden konnten. Dagegen konnten keine daktyloskopische Spuren sichtbar gemacht werden. Das Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich bezüglich dieser DNA-Spuren gelangt zum Schluss, dass die Wahrscheinlichkeit, dass es sich bei den "ab 37 Minigrip mit Kokain" sichergestellten DNA-Spuren um solche des Beschuldigten handelt, mehrere Milliarden mal höher ist, als wenn man annimmt, dass es sich um eine unbekannte Person handelt. Die Wahrscheinlichkeit, dass es sich bei den Spuren auf dem Verpackungsklebeband "von fünf ovalen Paketen" um solche des Beschuldigten und drei unbekannt Personen handelt, ist gemäss diesem Gutachten ca. 100 Mal höher, als wenn man annimmt, sie stammten von vier unbekannt Personen (ND 2/2/5). Der Kontakt des Beschuldigten mit mindestens einem Minigrip ist somit erstellt. Gemäss Mitteilung von G._____, vom ... Institut ... kann aufgrund des Umstandes, dass die 37 Minigrips alle aus dem selben Behältnis stammen, nicht definiert werden, ob die gesicherte DNA ab einem oder mehreren Minigrips stammt (ND 2/2/5). Der Kontakt des Beschuldigten mit weiteren Minigrips lässt sich deshalb nicht rechtsgenügend nachweisen.

Ferner besteht auch eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass der Beschuldigte Kontakt hatte mit dem Verpackungsklebeband.

5. Der Beschuldigte war in der Zeit vom 1. Oktober 2005 bis 30. September 2008 Mieter einer 3-Zimmerwohnung an der D.____-Strasse 2 in E.____ (ND 2/4/1), bei welcher es sich um die Nachbarliegenschaft handelt, in welcher die Drogen sichergestellt wurden. Die beiden Liegenschaften sind zusammengebaut (ND 2/1/3). Fest steht auch, dass er im fraglichen Zeitraum, als diese Betäubungsmittel gefunden wurden, anerkanntermassen Drogenhandel betrieben hatte. Diese Handlungen fanden Eingang in die Anklage (Anklageziffer I), und der entsprechende vorinstanzliche Schuldspruch wurde vom Beschuldigten, wie erwähnt, nicht angefochten. Schliesslich steht fest, dass er zumindest mit einem Minigrip der im Heizungsraum sichergestellten Drogen Kontakt hatte. Aufgrund all dieser Umstände besteht ein erheblicher Verdacht, dass es der Beschuldigte war, der die sichergestellte Kartonschachtel mit den Betäubungsmitteln im Heizungsraum der Liegenschaft D.____-Strasse 1 in E.____ gelagert hat, zumal die Darstellung des Beschuldigten kaum zu überzeugen vermag. Dieser beharrt auf seinem Standpunkt, dass er mit den im Keller gefundenen Drogen nichts zu tun habe. Er habe im Frühling/Sommer 2008 seine Wohnung einem Kollegen zur Verfügung gestellt, während er bei seiner damaligen Freundin gewohnt habe. Im Nachhinein habe er festgestellt, dass sein Kollege mit Drogen gehandelt habe. Er habe, als er zurück gekommen sei, in seiner Wohnung zwei Minigrip gefunden und vermute deshalb, dass auch die im Keller vorgefundenen Minigrips von diesem Kollegen stammen (HD 2/5 S. 2 ff.). Diese Darstellung wirkt wenig glaubhaft, zumal der Beschuldigte nicht bereit war, den Namen seiner damaligen Freundin und des erwähnten Kollegen zu nennen, so dass eine Überprüfung seiner Angaben nicht erfolgen konnte.

Dennoch lässt sich der rechtsgenügende Nachweis, dass es der Beschuldigte war, der die sichergestellte Kartonschachtel mit den Betäubungsmitteln im Heizungsraum gelagert hat, nicht erbringen. Gemäss der Darstellung von F.____, der seit dem 1. August 2007 Hauswart der beiden Liegenschaften D.____-Strasse 1 und 2 war, sollte nur er einen Schlüssel zu diesem Heizungsraum besitzen. Er würde dort regelmässig Kontrollen durchführen, und die Heizungsraumtüre sei bisher immer geschlossen gewesen. Früher, d.h. vor seiner Anstellung, sei es anders gewesen. Damals sei die Heizungsraumtüre immer un-

verschlossen gewesen, und es habe eigentlich jedermann ungehindert den Heizungsraum betreten können.

Es liess sich nicht ermitteln, wann diese Drogen im Heizungsraum deponiert wurden. Der Beschuldigte selber hatte keinen Schlüssel zu diesem Raum, der angeblich seit dem August 2007 immer abgeschlossen war. Es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass bereits zu einem früheren Zeitpunkt eine Drittperson diese Drogen im Heizungsraum deponiert hat, und es mag durchaus sein, dass es sich um eine Person aus dem persönlichen Umfeld des Beschuldigten handelt, der allenfalls mit diesem zusammen mit Drogen gehandelt hat, was auch die DNA-Spuren des Beschuldigten erklären könnte. Möglicherweise hat der Beschuldigte lediglich einmal ein Minigrip angefasst, das aber einer anderen Person gehörte. Es ist letztlich aber gar nicht geklärt, wie diese DNA-Spuren übertragen wurden, durch direkten Kontakt oder durch Übertragung. Trotz der belastenden Umstände verbleiben Zweifel, ob es tatsächlich der Beschuldigte war, der die Drogen im Heizungsraum aufbewahrt hat. Gemäss dem Grundsatz 'in dubio pro reo' ist er von diesem Vorwurf gemäss Anklageziffer II (ND 2) , in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (HD 73 S. 13), freizusprechen.

Die Vorinstanz erwog nun allerdings weiter, es sei erstellt, dass der Beschuldigte im Zeitpunkt, als er seine DNA-Spur an den Drogen hinterlassen habe, Besitz an den Drogen gehabt habe (HD 73 S. 10 f.; 13). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Besitz im Sinne des BetmG setzt Herrschaftsmöglichkeit und Herrschaftswillen voraus. Dabei umfasst Herrschaftsmöglichkeit die tatsächliche Möglichkeit des Zugangs zur Sache und das Wissen darum, wo sie sich befindet, und bezeichnet Herrschaftswille den Willen, die Sache der tatsächlichen Möglichkeit entsprechend zu beherrschen (Fingerhuth/Tschurr, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007, N 84 zu Art. 19). Wie ausgeführt, ist nicht geklärt, wie diese DNA-Spuren übertragen wurden, durch direkten Kontakt oder durch Übertragung. Möglicherweise hat der Beschuldigte lediglich einmal ein Minigrip angefasst, das aber eine andere Person in ihrem Besitz hatte. Es ist deshalb nicht nachgewiesen, ob der Beschuldigte tatsächliche Sachherrschaft über diese Drogen hatte. Aus diesen Gründen ist er nach dem Grundsatz 'in dubio pro

reo' auch von diesem Vorwurf freizusprechen. Aufgrund des Freispruchs kann im Übrigen offen bleiben, ob dieser Vorwurf vom eingeklagten Sachverhalt gemäss Anklageziffer II überhaupt erfasst wird und die vorinstanzliche Verurteilung nicht auch auf einer Verletzung des Anklageprinzips beruht.

Bei diesem Ausgang ist auf die weiteren Ausführungen der Verteidigung – was genau Inhalt der Schachtel gewesen sei (vgl. Urk. 86 S. 3 f.) – nicht weiter einzugehen.

III.

1. Die Vorinstanz hat den Vollzug der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 1. September 2008 ausgefallten bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 100.– angeordnet, weil der Beschuldigte die heute zu beurteilenden Delikte gemäss Anklageziffer I während der laufenden Probezeit verübte, und eine Gesamtstrafe gebildet.

Die Bildung einer Gesamtstrafe ist indes nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht möglich (BGE 137 IV 249), weshalb der vorinstanzliche Entscheid diesbezüglich zu korrigieren und eine separate Freiheitsstrafe auszusprechen ist. Der Widerruf des bedingten Vollzugs der Geldstrafe vom 1. September 2008 ist indes angezeigt. Erst dadurch kann von einer günstigen, den teilbedingten Vollzug der heute auszufällenden Freiheitsstrafe zulassenden Legalprognose ausgegangen werden (vgl. unten Ziff. 4).

2.1. Bei der Strafzumessung hat die Vorinstanz den Strafraumen korrekt abgesteckt und die gesetzlichen Zumessungsregeln zutreffend dargelegt. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann vorab auf diese Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (HD 73 S. 14 ff; Art. 82 Abs. 4 StPO).

2.2. Ausgangspunkt bei der Strafzumessung ist die objektive Tatschwere, d.h. der schuldhaft verursachte Erfolg und die Art und Weise der Tatbegehung. Ebenso massgeblich ist die subjektive Tatschwere, die sich aus der Intensität des deliktischen Willens sowie den Beweggründen für die Tat ergibt. Mit zu berück-

sichtigen sind schliesslich das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 StGB; BGE 104 IV 37; 117 IV 8; 118 IV 16 ff).

Der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung darf damit bei der Bemessung der Strafe keine vorrangige Rolle zukommen (vgl. etwa BGE 118 IV 342 ff.; 121 IV 206). Es wäre verfehlt, im Sinne eines "Tarifs" überwiegend oder gar allein auf dieses Kriterium abzustellen. Falsch wäre aber auch die Annahme, diesem Strafzumessungselement komme eine völlig untergeordnete oder gar keine Bedeutung zu. Es ist nicht nebensächlich, ob jemand mit zwanzig oder zweihundert Gramm einer gefährlichen Droge handelt.

Zu beachten ist sodann, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Präventionszwecke bei der Strafzumessung bis zum Ausgleich des verschuldeten Unrechts berücksichtigt werden dürfen (BGE 118 IV 342).

2.3. Was nun den Beschuldigten betrifft, so wiegt das Tatverschulden in objektiver Hinsicht im Rahmen des schweren Falles im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 BetmG nicht unerheblich. Er verkaufte mehreren Personen insgesamt etwa 540 Gramm Heroingemisch und ca. 10 Gramm Kokaingemisch von gassenüblicher Qualität (Reinheitsgrad etwa 25% bei Heroin und etwa 33% bei Kokain, vgl. Fingerhuth/Tschurr, a.a.O., N 176 zu Art. 19), was rund 135 Gramm reinem Heroinhydrochlorid und einigen wenigen Gramm reinem Kokain entspricht. Hinzu kommt noch der Besitz von insgesamt 93,7 Gramm Heroingemisch bei der Verhaftung (8,2 Gramm reines Heroin). Mit dieser Betäubungsmittelmenge, welche bei weitem über dem kritischen Grenzwert für die Begründung des schweren Falles liegt – bei Heroin sind es 12 Gramm (BGE 109 IV 143 ff.) – schuf der Beschuldigte ein erhebliches Gefährdungspotential für die Gesundheit vieler Menschen. Den vom Beschuldigten vorgenommenen Tathandlungen selbst kommt innerhalb einer Drogenorganisation zwar nicht eine besonders herausragende Bedeutung zu, andererseits sind die Drogenverkäufe an süchtige Betäubungsmittelkonsumenten als notwendige Aufgabe innerhalb einer Drogenorganisation auch keineswegs zu bagatellisieren.

Die Tathandlungen des Beschuldigten erstrecken sich über den langen Zeitraum zwischen Winter 2007/2008 und Juni 2010, was auf einen ausgeprägten deliktischen Willen schliessen lässt. Der Beschuldigte hat nach eigenen Angaben Kokain konsumiert, damit aber im Sommer 2009, als er seine jetzige Ehefrau heiratete, plötzlich aufgehört (HD 54 S. 4). Anhaltspunkte dafür, dass er süchtig war, bestehen nicht. Zudem ist zu berücksichtigen, dass er noch bis zu seiner Verhaftung Mitte Juni 2010 weiter mit Drogen Handel betrieb. Es ist deshalb davon auszugehen, dass er vorab aus finanziellem Interesse delinquierte. In subjektiver Hinsicht ist sein Verschulden insgesamt als erheblich zu qualifizieren.

Der Beschuldigte weist zwei, allerdings nicht einschlägige, Vorstrafen auf (vgl. HD 10/4; HD 73 S. 17 f.). Diese beiden Vorstrafen und der Umstand, dass er während einer laufenden Probezeit delinquierte, sind in leichtem Masse straf erhöhend zu berücksichtigen. Ebenso wirkt sich der Umstand der mehrfachen Tatbegehung straf erhöhend aus.

Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten ist auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen zu verweisen (HD 73 S. 17). Heute hat der Beschuldigte ergänzend ausgeführt, dass er seit seiner Haftentlassung als Elektromonteur bei der Firma H. _____ angestellt sei und daneben noch als Zeitungsvertrager bei einer Tochterfirma der I. _____ arbeite, womit er insgesamt monatlich bis ca. Fr. 6'500.– verdiene (Urk. 85 S. 3). Dem Vorleben kommt keine strafzumessungsrelevante Bedeutung zu.

Das Geständnis des Beschuldigten hat nur leicht strafmindernde Wirkung, weil sich der Beschuldigte erst in einem späten Stadium der Untersuchung dazu durchringen konnte.

2.4. Aufgrund des Umstandes, dass der Beschuldigte, in Abweichung zum vorinstanzlichen Urteil, vom Anklagepunkt II freigesprochen und deshalb von einer geringeren Drogenmenge ausgegangen wird, rechtfertigt sich eine Reduktion der Strafe. Eine Gesamtwürdigung der wesentlichen Strafzumessungsgründe, auch unter Berücksichtigung der Generalprävention, soweit dies zulässig ist (BGE 118 IV 342) und ein Vergleich mit ähnlich gelagerten Fällen, welche die Kammer

in den vergangenen Jahren zu beurteilen hatte, führt zum Schluss, dass eine Freiheitsstrafe von 30 Monaten als angemessen erscheint. Der Anrechnung von 362 Tagen Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft (vom 19. Juni 2010 bis 16. Juni 2011, vgl. HD 68) steht nichts entgegen.

IV.

1. Da die Dauer der heute ausgefallten Strafe mehr als 24 Monate beträgt, ist die Gewährung des bedingten Vollzugs bereits aus objektiven Gründen ausgeschlossen (Art. 42 Abs. 1 StGB). In Betracht zu ziehen ist hingegen die Gewährung eines teilweisen Strafaufschubs auf Bewährung (Art. 43 Abs. 1 StGB). Grundvoraussetzung für die teilbedingte Strafe im Sinne von Art. 43 StGB ist, dass eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht (BGE 134 IV 1, Erw. 5.3.1; Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, 8. Aufl., S. 130 ff.).

Der Beschuldigte weist zwar zwei nicht besonders stark ins Gewicht fallende Vorstrafen auf (30 Tage Gefängnis bedingt und Geldstrafe von 30 Tagessätzen), die nicht einschlägiger Natur sind. Es ist davon auszugehen, dass ihn die rund einjährige Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft nachhaltig beeindruckt hat. Zieht man zudem die Warnwirkung des Vollzugs der bisher aufgeschoben gewesenen Geldstrafe (vorstehend Ziff III.1) in Betracht, so kann dem Beschuldigten eine günstige Legalprognose gestellt werden, weshalb eine teilbedingte Freiheitsstrafe auszufallen ist.

2. 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). 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 Teil sein (BGE 134 IV 1 Erw.5.6).

Das Verschulden des Beschuldigten ist, wie bereits im Rahmen der Strafzumessung ausgeführt, in objektiver und subjektiver Hinsicht als erheblich qualifiziert worden und erfordert deshalb eine tatsächlich spürbare Sanktion. Wie ausgeführt, ist von einer günstigen Legalprognose auszugehen, zumal der Beschuldigte heute in geordneten Verhältnissen lebt. Er ist verheiratet und hat eine Arbeitsstelle. Unter Berücksichtigung der vorgenannten Umstände erscheint es als angemessen, den unbedingt zu vollziehenden Strafteil auf 10 Monate festzusetzen. Der Vollzug der restlichen Strafe von 20 Monaten ist aufzuschieben, wobei die Probezeit angesichts der beiden Vorstrafen gemäss Art. 44 Abs. 1 StGB nicht auf das gesetzliche Minimum von zwei Jahren, sondern auf drei Jahre festzusetzen ist.

V.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kostenaufstellung (Ziff. 9) zu bestätigen. Da der Beschuldigte zu einem wesentlichen Teil obsiegt, sind ihm die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens dem Beschuldigten lediglich zur Hälfte aufzuerlegen. Die andere Hälfte dieser Kosten sowie diejenigen des Berufungsverfahrens, ebenso die Kosten der amtlichen Verteidigung für das gesamte Verfahren, sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 23. Mai 2011 bezüglich Dispositivziffern 1 (teilweise: betreffend Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4, 5 und 6 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG bezüglich des Hauptdossiers, HD), 5 (Ersatzforderung), 6 und 7 (Beschlagnahme und Einziehung) sowie 8 (Aufhebung einer Kontosperrung) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte **A. _____** ist der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG bezüglich des Neben-dossiers 2 (Anklageziffer II) nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 1. September 2008 ausgefallte, bedingte Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 100.-- wird vollzogen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 30 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 362 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 20 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (10 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen. Es wird festgestellt, dass der zu vollziehende Teil durch die Untersuchungshaft erstanden ist.
5. Die erstinstanzliche Kostenaufstellung (Ziff. 9) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
7. Die Kosten der Untersuchung und der erstinstanzlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt. Die andere Hälfte dieser Kosten und diejenigen des Berufungsverfahrens, ebenso die Kosten der amtlichen Verteidigung für das gesamte Verfahren, werden auf die Gerichtskasse genommen.
8. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis (übergeben)
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienstesowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis
- die Bundesanwaltschaft, 3003 Bern

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

- die Vorinstanz
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B;
- an die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat, in die Untersuchungsakten Nr. ...
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten

9. 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, 3. April 2012

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Höfliger