

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB150274-O/U/cw

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, und lic. iur. Ruggli, der Ersatzoberrichter lic. iur. Wenker sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Schwarzenbach-Oswald

Urteil vom 9. Oktober 2015

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 25. Februar 2015 (DG140377)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 20. November 2014 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 14).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 20 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 10 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 10 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (10 Monate), abzüglich 10 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind, wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Die von der Stadtpolizei Zürich sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Lagernummern ..., ... und ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
5. Die von der Staatsanwalt Zürich-Limmat beschlagnahmte Barschaft von Fr. 4'601.55 wird zur Deckung der Verfahrens- bzw. Vollzugskosten verwendet. Die beschlagnahmten Fr. 500.– werden eingezogen und verfallen dem Staat.
6. Die sichergestellten Mobiltelefone (Asservat Nr. ... und ...) werden nach Eintritt der Rechtskraft dem Beschuldigten herausgegeben. Sollte der Beschuldigte dies nicht innert 30 Tagen verlangen, werden die Mobiltelefone entsorgt.
7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 4'000.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'000.- Gebühr für das Vorverfahren;
Fr. 1'290.80 Auslagen Untersuchung
Fr. 881.80 amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr. 5'042.85 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
9. Die amtliche Verteidigung wird mit Fr. 5'042.85 (inkl. MwSt.) entschädigt. Diese Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

A) Des Verteidigers des Beschuldigten

(Urk. 36)

1. Es sei festzustellen, dass das Urteil der 10. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 25. Februar 2015 mit Bezug auf Dispositiv-Ziff. 1 und 4 - 9 in Rechtskraft erwachsen sei.
2. A._____ sei mit 14 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen, dies unter Anrechnung der bis heute erstandenen Haft.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei bedingt auszusprechen, dies unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren.
4. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtliche Verteidigung, seien A._____ aufzuerlegen.

- B) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
(Urk. 32, schriftlich)

Verzicht auf Stellung eines Antrags.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte und Umfang der Berufung

1. Vorinstanzliches Urteil

1.1. Mit Urteil vom 25. Februar 2015 sprach das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, den Beschuldigten der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig.

Der Beschuldigte wurde mit 20 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 10 Tage durch Haft erstanden waren, bestraft.

Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von 10 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen wurde die Freiheitsstrafe für vollziehbar erklärt.

Es wurde weiter festgehalten, dass die sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen werden sollen.

Die beschlagnahmte Barschaft von Fr. 4'601.55 soll gemäss dem Urteil zur Deckung der Verfahrens- bzw. Vollzugskosten verwendet werden, der ferner beschlagnahmte Betrag von Fr. 500.– soll eingezogen werden und dem Staat verfallen.

Die sichergestellten Mobiltelefone sollen nach Eintritt der Rechtskraft an den Beschuldigten herausgegeben werden und, falls der Beschuldigte die Mobiltelefone nicht innert einer Frist von 30 Tagen verlangen sollte, entsorgt werden.

Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, wurden dem Beschuldigten auferlegt.

1.2. Gegen das Urteil wurde seitens der Verteidigung rechtzeitig Berufung angemeldet (vgl. Urk. 23). Mit Eingabe vom 28. Mai 2015 erstattete die Verteidigung die schriftliche Berufungserklärung (Urk. 29).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 7. Juli 2015 wurde der Staatsanwaltschaft sowie der Privatklägerin unter Zustellung einer Kopie der Berufungserklärung der Verteidigung Frist angesetzt, um Anschlussberufung zu erheben oder Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen.

1.4. Mit Eingabe vom 15. Juli 2015 wurde seitens der Staatsanwaltschaft mitgeteilt, dass auf Anschlussberufung und auf Stellung eines Antrages verzichtet werde, wobei gleichzeitig ein Gesuch um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung gestellt wurde (Urk. 32). Seitens der Verteidigung wurde auf entsprechende Anfrage des Gerichts mitgeteilt, dass sie mit der Gutheissung des Dispensationsgesuchs der Staatsanwaltschaft einverstanden sei (Urk. 33).

1.5. Am 6. August 2015 ergingen die Vorladungen zur heutigen Berufungsverhandlung (vgl. Urk. 34).

2. Umfang der Berufung

Die Verteidigung hat ihre Berufung gestützt auf ihre Anträge auf die Dispositivziffern 2 (Sanktion) und 3 (Vollzug) beschränkt, weshalb alle übrigen massgebenden Dispositivziffern des erstinstanzlichen Urteils (Dispositivziffern 1, 4, 5, 6, 7, 8 und 9) in Rechtskraft erwachsen sind, wovon Vormerk zu nehmen ist.

II. Prozessuales

Auf die Stellung von Beweisanträgen im Berufungsverfahren wurde seitens der Parteien verzichtet. Ebenso wurden seitens der Parteien keine prozessualen Einwendungen vorgebracht (vgl. dazu Prot. II S. 4).

III. Sanktion

1. Strafrahmen

1.1. Die tat- und täterangemessene Strafe ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens der schwersten anzuwendenden Strafbestimmung festzusetzen. Dieser Rahmen ist vom Gesetzgeber in aller Regel sehr weit gefasst worden, um sämtlichen konkreten Umständen Rechnung zu tragen. Entgegen einer auch in der Praxis weit verbreiteten Auffassung wird der ordentliche Strafrahmen nicht automatisch erweitert, worauf dann innerhalb dieses neuen Rahmens die Strafe nach den üblichen Strafzumessungskriterien festzusetzen wäre. Zwar ist auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darauf hingewiesen worden, das Gesetz sehe eine Strafrahmenerweiterung vor. Damit sollte aber nur ausgedrückt werden, dass der Richter infolge eines Strafschärfungs- bzw. Strafmilderungsgrundes nicht mehr in jedem Fall an die Grenze des ordentlichen Strafrahmens gebunden ist. Der ordentliche Rahmen ist nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint (BGE 136 IV 55 E. 5.8.).

1.2. Diese geltende aktuelle Praxis des Bundesgerichts wurde seitens der Vorinstanz korrekt angewandt (s. Urk. 28 E.4.1.). Vorliegend ist demnach vom ordentlichen Strafrahmen von nicht unter einem Jahr Freiheitsstrafe bis zu 20 Jahren auszugehen, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann.

2. Strafzumessungsfaktoren

Seitens der Vorinstanz wurden zu den Kriterien der Strafzumessung die nötigen theoretischen Ausführungen gemacht. Darauf (Urk. 28 E.4.2.1.) und auf die aktu-

elle Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Thema (BGE 136 IV 55 E. 5.4. ff.; 135 IV 130 E. 5.3.1; 132 IV 102 E. 8.1; je mit Hinweisen) kann vorab verwiesen werden. Zutreffend wurde auch festgehalten, dass zwischen der Tat- und Täterkomponente sowie der objektiven und subjektiven Tatschwere zu unterscheiden ist. Auch wurden seitens der Vorinstanz die einzelnen Elemente der objektiven und subjektiven Tatschwere ausreichend und korrekt dargelegt (Urk. 28 E.4.2.2., 4.2.3.1. u. 4.2.4.1.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

3. Tatkomponente

3.1. Objektive Tatschwere

3.1.1. Der Beschuldigte hatte *in casu* – wie von der Vorinstanz zutreffend erwogen (Urk. 28 E. 4.2.3.2.) – gesamthaft mit rund 50 Gramm reinem Heroin zu schaffen, weshalb die Grenze für den mengenmässig schweren Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, welche bei einer Reinheroinmenge von 12 Gramm anzusiedeln ist (s. BGE 120 IV 334 E. 2.a), immerhin um mehr als das Vierfache und somit deutlich überschritten wurde. Nicht zu beanstanden ist in diesem Zusammenhang, dass seitens der Vorinstanz – wie dort seitens der Verteidigung gefordert (Urk. 20 S. 3) – zu Gunsten des Beschuldigten ein aus dem Gutachten des Forensischen Instituts Zürich betreffend Gehaltsbestimmung des aufgefundenen Heroins hervorgehender "Vertrauensbereich" von 4% berücksichtigt und abgezogen wurde (Urk. 28 E. 4.2.3.2.).

3.1.2. Von der Vorinstanz wurde weiter zutreffend ausgeführt, dass die Funktion und Stellung des Täters innerhalb des Gesamtgefüges zu berücksichtigen sei (Urk. 28 E. 4.2.3.3.). Richtig wurde erwähnt, dass die Einbindung des Beschuldigten in eine Organisationsstruktur nicht nachgewiesen oder erkennbar ist. Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Beschuldigte auf einer unteren bzw. der untersten Hierarchiestufe anzusiedeln sei, da er das bei ihm im Garten aufgefundenene Heroin in kleineren Mengen – in Portionen à fünf Gramm – an Einzelabnehmer verkauft habe (Urk. 28 E.4.2.3.3.), worin ihr dahingehend beizupflichten ist, dass sich der Beschuldigte auf einer unteren Hierarchiestufe bewegte. Erwähnenswert scheint immerhin der Umstand, dass der Beschuldigte in Abwesenheit jeglicher

erkennbarer Organisationsstrukturen in der Gestaltung und Ausübung seines Drogenverkaufs frei war und keine Weisungen entgegenzunehmen hatte.

3.1.3. Zutreffend verschuldenserschwerend in Betracht gezogen wurde von der Vorinstanz der Umstand des mehrfachen Verkaufs der Drogen, auch wenn der bereits realisierte Verkaufserlös von Fr. 500.– im unteren Bereich einzuordnen sei (Urk. 28 E.4.2.3.4.). Die Verteidigung führte zwar zu Recht aus, dass sich die Drogengeschäfte des Beschuldigten auf einen Zeitraum von nur einem Monat beschränkten (Urk. 36 S. 4), während dieser kurzen Zeit wurde der Beschuldigte aber gleich fünf Mal tätig. Sodann ist immerhin zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte nebst dem bereits verkauften Heroin in der Gesamtmenge von (reinen) 8.5 Gramm noch weitere 46.5 Gramm (reines) Heroin für den Verkauf vorgesehen hatte, womit sich der Deliktsbetrag bei nicht erfolgter Verhaftung des Beschuldigten noch vervielfacht hätte.

3.1.4. Zu Gunsten des Beschuldigten zu veranschlagen ist seine von der Vorinstanz zutreffend als wenig professionell beurteilte Tatausführung, welche Rückschlüsse auf eine eher niedrige kriminelle Energie ziehen lasse (s. Urk. 28 E. 4.2.3.5.). Den Erwägungen der Vorinstanz, welche das Vorgehen des Beschuldigten als eher planlos erachtete und sein Handeln in erster Linie im Lichte der Verschaffung eines Zusatzverdienstes durch das Ausnützen einer günstigen Gelegenheit betrachtete, ist gestützt auf den anerkannten Anklagesachverhalt und die sich aus den Akten ergebende Beweislage – so sagte der Beschuldigte u.a. aus, er "habe gedacht, ein bisschen Geld zu machen" (s. Urk. 2 S. 7 Frage 71) – vollumfänglich beizupflichten.

3.2. Subjektive Tatschwere

3.2.1. Hinsichtlich der Beurteilung der subjektiven Tatschwere wurde von der Vorinstanz zutreffend in Betracht gezogen, dass der Beschuldigte vorliegend mit direktem Vorsatz gehandelt hat (s. Urk. 28 E. 4.2.4.2.). Daran vermag das Vorbringen der Verteidigung, dass es zweifelhaft sei, dass dem Beschuldigten wirklich bewusst gewesen sei, was er gefunden und dann auch verkauft habe, wofür die Tatsache spreche, dass er das Heroin zuletzt für nur Fr. 20.– pro Gramm ver-

kauft habe (Urk. 20 S. 4 Rz. 9; Urk. 36 S. 3), nichts zu ändern. So erwiderte der Beschuldigte auf die Frage des einvernehmenden Polizisten, wie er auf die Idee gekommen sei, das Heroin zu verkaufen, dass er erst kurze Zeit zuvor darauf gekommen sei. Er sei an die Langstrasse gegangen und habe sich erkundigt, wie das laufe und wie die Preise seien. Dann habe er erfahren, dass das Material "Sugar" heisse. Auch über das Portionieren habe er sich an der Langstrasse informiert. Die hätten ihm auch gesagt, dass man in 5 Gramm-Einheiten verkaufe und das bis zu Fr. 170.– koste (Urk. 2 S. 7 Fragen 77 u. 78). Demzufolge wusste der Beschuldigte – welcher seine vor Polizei gemachten Aussagen anlässlich der staatsanwaltlichen Einvernahme vom 20. November 2014 allesamt als richtig bezeichnete (Urk. 4 S. 2 Frage 7) – über den Marktpreis des Heroins wie auch den gängigen Verkaufsprozess Bescheid. Der Umstand, dass er das Heroin schliesslich zu einem tieferen Preis verkaufte, vermag seine Unkenntnis betreffend die von ihm gehandelten Drogen deshalb nicht zu belegen. Zudem ist zu beachten, dass der Beschuldigte gemäss eigener Aussage das auf der Gasse übliche Synonym für Heroin ("Sugar") kannte. Schliesslich räumte der Beschuldigte bereits vor der Polizei ein, zu wissen, dass Heroin eine gefährliche Droge sei, die rasch süchtig mache (Urk. 2 S. 7 Frage 72). Gestützt auf diese Umstände wäre es folglich lebensfremd, anzunehmen, dass der Beschuldigte nicht wusste, mit welchen Drogen er zu tun hatte.

3.2.2. Auch ist *in casu* – wie seitens der Vorinstanz zutreffend ausgeführt (Urk. 28 E.4.2.4.2.) – davon auszugehen, dass der Beschuldigte nicht aus einer finanziellen Notlage heraus tätig geworden ist. So gab er im Vorverfahren an, monatlich Fr. 4'000.– bzw. Fr. 4'100.– an Arbeitslosenentschädigung zu erhalten und bezifferte die monatlichen Nettoeinkünfte seiner mit ihm lebenden Ehefrau mit etwa Fr. 3'300.– (Urk. 2 S. 9 Fragen 94 u. 95; Urk. 4 S. 4). Auch heute verfügen sowohl er als auch seine Ehefrau über ein regelmässiges Einkommen (Prot. II S. 8 f.). Gemäss seinen heutigen Aussagen tragen seine Kinder ausserdem einen finanziellen Beitrag an den familiären Haushalt bei (Prot. II S. 9; vgl. auch Urk. 2 S. 9 Frage 98). Abgesehen davon ist der Beschuldigte Eigentümer eines Hauses im Kosovo (Urk. 2 S. 9 Frage 96; Prot. II S. 9 f.). Von einer – wie seitens der Verteidigung vor Vorinstanz geltend gemachten (s. Urk. 20 S. 4 Rz. 8) – finanziellen

Misere des Beschuldigten als Motivationshintergrund ist deshalb – auch unter Berücksichtigung seiner Schulden im Betrag von Fr. 5'000.– bis Fr. 6'000.– (Urk. 4 S. 4), welche heute Fr. 7'000.– oder Fr. 8'000.– betragen (Prot. II S. 10) – vorliegend nicht auszugehen. Der Beschuldigte delinquierte deshalb bei voller Entscheidungsfreiheit, zumal vorliegend auch nicht von einer Betäubungsmittelsucht bzw. der Finanzierung eines entsprechenden Eigenkonsums auszugehen ist.

3.2.3. Wie bereits im Rahmen der Beurteilung der objektiven Tatschwere erwähnt wurde (s. vorstehend unter Ziffer 3.1.4.), hat der Beschuldigte vorliegend in erster Linie beabsichtigt, sich durch das Ausnutzen einer günstigen Gelegenheit einen Zusatzverdienst zu verschaffen. Dieses Tatmotiv vermag ihn weder besonders zu belasten noch massgeblich zu entlasten.

3.2.4. Aus den gemachten Erwägungen folgt, dass die subjektive Tatschwere die objektive Tatschwere nicht zu relativieren vermag.

3.3. Verschulden und Hypothetische Einsatzstrafe

Weder die seitens der Vorinstanz unter Berücksichtigung sämtlicher Elemente der Tatkomponenten vorgenommene Einschätzung des Verschuldens als gerade noch leicht (Urk. 28 E.4.2.4.1.) noch die daraus resultierende Festsetzung einer als angemessen erachteten hypothetische Einsatzstrafe von 20 Monaten (Urk. 28 E.4.2.5.) sind vorliegend gestützt auf die gemachten Erwägungen zu beanstanden.

4. Täterkomponente

4.1. Wie seitens der Vorinstanz zutreffend dargelegt umfasst die Täterkomponente die persönlichen Verhältnisse, das Vorleben (insbesondere frühere Straftaten oder bisheriges Wohlverhalten) und das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere gezeigte Reue und Einsicht, oder ein abgelegtes Geständnis (Urk. 28 E.4.3.1. unter Verweis auf HUG, in: DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 19. Auflage, Zürich 2013, Art. 47 N 14).

4.2. Die Vorinstanz ging gestützt auf die Akten und ihre Befragung des Beschuldigten anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung von folgenden Angaben über sein Vorleben aus (s. Urk. 28 E. 4.3.2.): Der Beschuldigte sei im Kosovo bei einer Stiefmutter aufgewachsen und habe einen Bruder und eine Schwester sowie zwei Halbgeschwister. Im Kosovo sei er zwölf Jahre zur Schule gegangen und dann mit 17 Jahren in die Schweiz gekommen. Sein Vater sei in der Schweiz gewesen, weshalb er zu ihm in die Schweiz gekommen sei. In der Schweiz hätte er dann sogleich zu arbeiten begonnen, wobei er verschiedene Arbeiten im Lager oder in der Produktion ausgeübt habe. Im Jahr 1991 habe er seine Ehefrau geheiratet und er habe nun vier Kinder (Jahrgänge 1993, 1995, 1997 und 1999) mit ihr. Er habe als Pflegehelfer im Altersheim in ... gearbeitet und sei dann aber arbeitslos geworden. Er sei während ca. acht oder neun Monaten arbeitslos gewesen und sei mit rund Fr. 4'100.– pro Monat von der Arbeitslosenkasse unterstützt worden. Seit kurzem arbeite er wieder in einem Altersheim in Zürich. Die Familienwohnung koste rund Fr. 1'500.– im Monat. Er habe Schulden im Umfang von Fr. 5'000.– bis 6'000.– (Urk. 4 S. 4; Prot. I S. 6).

Anlässlich der Berufungsverhandlung ergab sich zudem, dass er heute temporär bei der B. _____ AG angestellt ist und in verschiedenen Spitälern Sitzwachen macht. Dabei verdient er pro Stunde Fr. 30.–, was letzten Monat ein Einkommen von ca. Fr. 4'000.– ergab. Seine Ehefrau arbeitet 50 % und verdient ca. Fr. 2'500.– pro Monat. Die ältesten drei Kinder arbeiten ebenfalls bzw. sind in der Lehre. Die Schulden des Beschuldigten betragen inzwischen ca. Fr. 7'000.– oder Fr. 8'000.– (Prot. II S. 7 ff.). Die Stelle im Altersheim musste der Beschuldigte aufgeben, weil bei ihm eine Leberzirrhose diagnostiziert wurde (Urk. 36 S. 4; Prot. II S. 10).

4.3. Eine Strafminderndigkeit des Beschuldigten, die sich strafmindernd auswirken würde, liegt nicht vor. Der Beschuldigte leidet zwar an Hepatitis B und einer Leberzirrhose, er ist aber nach wie vor in der Lage, zu arbeiten und daheim bei seiner Familie zu leben. Sodann ist die Verbüssung einer Freiheitsstrafe für jeden arbeitstätigen und in ein familiäres Umfeld eingebetteten Beschuldigten mit einer

gewissen Härte verbunden (BSK StGB I-Wiprächtiger/Keller, 3. Auflage 2013, Art. 47 N 150).

4.4. Der Beschuldigte ist mehrfach vorbestraft. Wie bereits seitens der Vorinstanz zutreffend festgestellt worden ist (Urk. 28 E.4.3.3.) wurde der Beschuldigte am 28. August 2007 wegen Hausfriedensbruchs zu einer bedingten Geldstrafe von zehn Tagessätzen verurteilt. Am 19. Mai 2009 erfolgte eine Verurteilung wegen Drohung zu einer bedingten Geldstrafe von 30 Tagessätzen. Schliesslich wurde der Beschuldigte am 25. September 2014 wegen Urkundenfälschung zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen verurteilt (Urk. 35). Wie bereits die Vorinstanz richtig erwog (Urk. 28 E. 4.3.3.), vermochten weder die bedingten Geldstrafen noch die vollzogene Geldstrafe den Beschuldigten davon abzuhalten, weitere Delikte zu begehen. Auffällig ist insbesondere der Umstand, dass der Beschuldigte nur sehr kurze Zeit nach der rechtskräftigen Verurteilung vom 25. September 2014 das vorliegend zu beurteilende Delikt beging. Auch wenn die drei Vorstrafen – wie die Verteidigung zutreffend vorbringt (Urk. 20 S. 4 Rz. 8; Urk. 36 S. 4) – nicht einschlägig sind, vermag die Anzahl der Vorstrafen sowie insbesondere der Umstand der erneuten und ungebremst erscheinenden Delinquenz dermassen kurz nach der letzten Verurteilung eine deutliche Straferhöhung zu begründen, welche sich deshalb nicht bloss in einem geringfügigen sondern vielmehr in einem mittleren Mass zu Lasten des Beschuldigten auswirkt.

4.5. Deutlich zu Gunsten des Beschuldigten ist sein Geständnis zu berücksichtigen. Die Vorinstanz hielt diesbezüglich zutreffend fest, dass der Beschuldigte die Straftaten nach anfänglichem Abstreiten gestanden und das Vorgehen geschildert hat (Urk. 2 S. 3 ff.), wobei insbesondere die Drogenverkäufe von fünf Säcklein zu je fünf Gramm Heroin ohne das Geständnis des Beschuldigten schwierig nachzuweisen gewesen wären (Urk. 28 E.4.3.4.). Zentral ist *in casu* die Frage, ob sich das Geständnis in einem deutlicheren Umfang zu Gunsten des Beschuldigten auszuwirken vermag als es die Berücksichtigung seiner Vorstrafen zu seinen Lasten tut.

Dies ist zu bejahen: Das Geständnis des Beschuldigten erfolgte bereits weniger als 24 Stunden nach seiner Verhaftung (vgl. Urk. 1 u. 2). Zwar war das Beweiser-

gebnis aufgrund der auf seiner Ehefrau bzw. zu Hause aufgefundenen Betäubungsmittel erdrückend, doch gab der Beschuldigte – wie zuvor erwähnt – auch mehr zu, als ihm die Untersuchungsbehörden hätten nachweisen können. Nicht zu seinen Lasten zu berücksichtigen sind schliesslich der dubios anmutende Umstand des Heroinfinds im Garten und die damit verbundenen Unklarheiten, zumal der Beschuldigte den ihm seitens der Anklagebehörde zur Last gelegten Anklagesachverhalt vollumfänglich eingestanden hat.

Insgesamt resultiert deshalb aus der Würdigung der für die Täterkomponente massgebenden Umstände eine geringfügige Reduktion der hypothetischen Einsatzstrafe.

5. Ergebnis

Unter Berücksichtigung sämtlicher massgebender Strafzumessungsgründe erweist sich eine Freiheitsstrafe von 18 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen.

6. Anrechnung der Untersuchungshaft

Der Anrechnung von 10 Tagen, welche der Beschuldigte durch Haft erstanden hat, steht nichts entgegen (Art. 51 StGB; Urk. 28 E.5).

IV. Vollzug

1. Zu den Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges äusserte sich bereits die Vorinstanz ausführlich und zutreffend, weshalb auf jene Ausführungen verwiesen werden kann (Urk. 28 E.6.1., 6.2.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu ergänzen sind die grundlegenden Voraussetzungen des teilbedingten Strafvollzuges: Gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB kann das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren teilweise aufschieben, wenn dies notwendig erscheint, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Der unbedingt vollziehbare Teil darf dabei die Hälfte der Strafe nicht überschreiten (Art. 43 Abs. 2 StGB). Sowohl der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil der Freiheitsstrafe müssen mindestens sechs Monate betragen

(Art. 43 Abs. 3 StGB). In subjektiver Hinsicht wird für die Gewährung des teilbedingten Strafvollzuges – wie bei der Gewährung des bedingten Vollzugs – das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt. Mit anderen Worten wird die günstige Prognose gesetzlich vermutet, doch kann diese Prognose widerlegt werden. Bei der Prognosestellung sind die Tatumstände, das Vorleben, der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen, zu berücksichtigen (BGE 134 IV 1 E. 4.2.1).

2. Den seitens der Vorinstanz gemachten Erwägungen und der von ihr getroffenen Schlussfolgerung, dass der vollbedingte Strafvollzug vorliegend nicht zur Anwendung gelangt, da jenem keine günstige Prognose im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB gestellt werden kann (s. Urk. 28 E.6.5. u. 6.6.), ist vollumfänglich beizupflichten. So wurde der Beschuldigte mehrfach straffällig, ohne dass ihn die Ausfällung zweier bedingten Strafen und sogar der Vollzug einer weiteren Strafe davon abgehalten hätten, erneut zu delinquieren. Zutreffend ist, dass der Umstand, dass der Beschuldigte die vorliegende Straftat innert sehr kurzer Zeit nach rechtskräftiger und unbedingter Verurteilung begangen hat, beträchtlich zu seinen Ungunsten ins Gewicht fällt. Der Einschätzung der Vorinstanz, dass sich daraus ergebe, dass es sich bei der vorliegend zu beurteilenden Tat nicht um eine einmalige Entgleisung handelt, und dass sich der Beschuldigte auch von einer vollzogenen Geldstrafe nicht hat beeindrucken lassen, ist deshalb zu folgen. Auch die daraus von der Vorinstanz gewonnene Erkenntnis, dass eine nur bedingt ausgesprochene Strafe den Beschuldigten kaum davon abhalte, weitere Delikte zu begehen, ist ohne Weiteres nachvollziehbar und auch aus Sicht der urteilenden Instanz angemessen. Die seitens der Verteidigung vorgebrachten Einwände, dass der Beschuldigte die Lehren aus seinem Verhalten gezogen und nach seiner Haftentlassung eine Ausbildung als Pflegehelfer absolviert habe, wobei er bis Ende Juni 2015 in ebendieser Funktion im Altersheim C._____ gearbeitet habe (Urk. 36 S. 4 f.), vermögen diese Einschätzung nicht zu erschüttern, wiegt die vom Beschuldigten in der Vergangenheit an den Tag gelegte Uneinsichtigkeit doch zu schwer. Auch das Vorbringen der Verteidigung, dass den allenfalls verbleibenden Bedenken vorliegend mit einer Probezeit von drei Jahren genügend Rechnung

getragen werden könne (Urk. 20 S. 4 Rz. 11; Urk. 36 S. 5), vermag dieses Ergebnis bereits deshalb nicht umzustossen, weil der Beschuldigte sich in der Vergangenheit von vollbedingt ausgesprochenen Strafen wiederholt nicht davon abhalten liess, erneut straffällig zu werden.

3. Von der Vorinstanz ausführlich dargelegt (s. Urk. 28 E.6.7.) wurden die Grundsätze, welche auf Strafen anzuwenden sind, welche sich im sich überschneidenden Anwendungsbereich von Art. 42 und 43 StGB befinden. Ein teilbedingter Vollzug der Strafe hat in diesem Bereich vor allem dann seine Berechtigung, wenn der Aufschiebung wenigstens eines Teils der Strafe aus spezialpräventiver Sicht erfordert, dass der andere Strafteil unbedingt ausgesprochen wird, d.h. wenn im Bereich einer höchst ungewissen Prognose die Warnwirkung des Teilaufschiebes angesichts des gleichzeitig angeordneten Teilvollzuges für die Zukunft eine weitaus bessere Prognose erlaubt (vgl. dazu HUG, in: DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, a.a.O., Art. 43 N 3 mit Hinweis auf BGE 134 IV 1 und die weitere bundesgerichtliche Rechtsprechung). Wie seitens der Vorinstanz zutreffend dargelegt, ist aber stets erforderlich, dass der teilweise Vollzug der Freiheitsstrafe für die Erhöhung der Bewährungsaussichten unumgänglich erscheint und das Verschulden in diesem Zusammenhang kein anwendbares Kriterium bildet (BGE 134 IV 13, E. 5.4.3).

4. Es ist vorliegend mit der Vorinstanz (Urk. 28 E. 6.7.) davon auszugehen, dass – zumindest aus heutiger Sicht – ein teilweiser Vollzug der Strafe den Beschuldigten genügend beeindrucken dürfte, um den Rest der Strafe bedingt aufzuschieben zu können. So ist diesbezüglich insbesondere zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte bis anhin bloss zehn Tage in Haft verbracht hat und deshalb eine mehrmonatige Freiheitsstrafe ihre Wirkung auf das Verhalten des Beschuldigten nicht verfehlen dürfte. Ausserdem scheint seine berufliche Integration Gewähr dafür zu bieten, dass der Beschuldigte nach Verbüsung des zu vollziehenden Teils der Freiheitsstrafe und unter deren Eindruck imstande sein sollte, ein in geordneten Bahnen verlaufendes deliktfreies Leben zu führen. Auch ist erwähnenswert, dass *in casu* eine Halbgefangenschaft gemäss Art. 77b StGB in Frage kommen könnte, welche die berufliche Integration des Beschuldigten nicht ge-

fährdet. Es ist sodann nicht ersichtlich, dass der Beschuldigte aufgrund seiner Krankheiten nicht hafterstehungsfähig sein sollte. Unter Einbezug des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit erscheint vorliegend deshalb ein bloss teilweiser Vollzug der Freiheitsstrafe als angemessen.

5. Wenn das Gericht auf eine teilbedingte Strafe erkennt, hat es im Zeitpunkt des Urteils den aufgeschobenen und den zu vollziehenden Strafteil in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Als Bemessungsregel ist das Verschulden zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist. 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 (BGE 134 IV 1 E. 5.6).

6. Seitens der Vorinstanz wurde in Erwägung gezogen, dass der zu vollziehende Anteil der Freiheitsstrafe angesichts der eher schlechten Legalprognose des Beschuldigten auf die Hälfte anzusetzen sei (Urk. 28 E.6.7.). Zu berücksichtigen ist jedoch andererseits, dass das Verschulden des Beschuldigten gerade noch leicht wiegt und sich deshalb im unteren Rahmen bewegt. Aufgrund des Umstands, dass der Beschuldigte bis anhin nie einen längeren Freiheitsentzug als einen solchen von zehn Tagen zu vergegenwärtigen hatte, und davon ausgegangen werden kann, dass ihn bereits ein zu vollziehender Strafteil von sechs Monaten genügend beeindrucken dürfte, um seine Legalprognose massgeblich zum Positiven zu wenden, rechtfertigt es sich in casu, insgesamt sechs Monate (abzüglich zehn Tagen, die durch Untersuchungshaft erstanden sind) der ausgesprochenen Strafe zu vollziehen und den Rest der Strafe (zwölf Monate) aufzuschieben.

7. 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).

8. Um allfälligen Restbedenken der Bewährung des Beschuldigten hinsichtlich des bedingt ausgesprochenen Strafteils genügend Rechnung zu tragen, rechtfertigt es sich vorliegend angesichts der immerhin drei Vorstrafen des Beschuldigten – wie die Vorinstanz (Urk. 28 E.6.7.) – eine Probezeit von drei Jahren anzusetzen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Dem im Berufungsverfahren unterliegenden Beschuldigten sind die Kosten des Berufungsverfahrens – ausgenommen die Kosten der amtlichen Verteidigung – vollumfänglich aufzuerlegen, weil der angefochtene Entscheid nur geringfügig zu Gunsten des Beschuldigten abgeändert wurde bzw. ein wohlwollender Ermessensentscheid ist (Art. 428 Abs. 2 lit. b StPO). Die Rückzahlungspflicht für die Kosten der amtlichen Verteidigung nach Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

3. Der vom amtlichen Verteidiger für seine Bemühungen im Berufungsverfahren verrechnete Betrag von Fr. 2'860.50 (Urk. 36) steht im Einklang mit den Ansätzen der AnwGebV und erscheint als angemessen, weshalb der amtliche Verteidiger unter Berücksichtigung der heutigen Berufungsverhandlung mit Fr. 3'100.– (inkl. 8 % MWST) zu entschädigen ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 25. Februar 2015 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 4 (Einziehung und Vernichtung Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien), 5 (Einziehung und Verwendung Barschaften), 6 (Herausgabe Mobiltelefon), 7 und 8 (Kostendispositiv) sowie 9 (Entschädigung amtliche Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ wird bestraft mit 18 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 10 Tage durch Haft erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 12 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (6 Monate, abzüglich 10 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'100.– amtliche Verteidigung.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmatsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - das Bundesamt für Polizeiund 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 Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles

6. 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, 9. Oktober 2015

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Schwarzenbach-Oswald