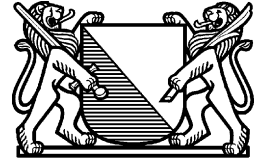


Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB170354-O/U/cw

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Spiess, Präsident, Obergerichterin lic. iur. Wasser-Keller und Ersatzoberrichter lic. iur. Amacker sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. Karabayir

Urteil vom 5. Februar 2019

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfaches Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
20. Juni 2017 (DG170024)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 23. Januar 2017 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 20).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des mehrfachen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d, und g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG,
 - des mehrfachen Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG,
 - der Hinderung einer Amtshandlung im Sinne von Art. 286 StGB,
 - des mehrfachen Fahrens in fahrunfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 2 lit. b SVG,
 - der Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahruntfähigkeit im Sinne von Art. 91a Abs. 1 SVG,
 - der falschen Anschuldigung im Sinne von Art. 303 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 303 Ziff. 2 StGB,
 - des Fahrens in fahruntfähigem Zustand im Sinne von Art. 91 Abs. 1 lit. a SVG,
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe (wovon bis und mit heute 3 Tage durch Haft erstanden sind) sowie einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.– und einer Busse von Fr. 500.–.

3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 24 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate, abzüglich 3 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen. Die Geldstrafe wird vollzogen. Die Busse ist zu bezahlen.
4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Es wird eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung Drogen) während des Vollzugs der Freiheitsstrafe angeordnet.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Oktober 2016 beschlagnahmten, beim Bezirksgericht Zürich lagernden Gegenstände (Sachkaution-Nr. 31862) werden eingezogen und der Bezirksgerichtskasse zur Vernichtung überlassen.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Oktober 2016 beschlagnahmten, bei der Stadtpolizei Zürich lagernden Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Lagernummer S00902-2016, S00903-2016, S00904-2016, S00908-2016) werden eingezogen und der Stadtpolizei Zürich zur Vernichtung überlassen.
8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. Oktober 2016 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 3'100.– (Beleg Nr. 201651) wird eingezogen und nach Eintritt der Rechtskraft zur Deckung der Busse, der Geldstrafe sowie zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

9. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:

- Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 2'100.– Gebühr Anklagebehörde,
- Fr. 3'049.80 Gutachten/Expertisen (IRM etc.).
- Fr. 3'800.00 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

10. Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten mit Fr. 3'800.– (inkl. Barauslagen und 8% MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
11. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
12. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Des Beschuldigten

(Urk. 49 S. 1)

- " 1. Herr A. _____ sei im Sinne des vorinstanzlichen Urteils schuldig zu sprechen.
2. Er sei mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten sowie einer Busse von CHF 1'000.00 zu bestrafen.
3. Die Strafe sei bedingt auszusprechen bei einer Probezeit von 4 Jahren.
- Es sei eine ambulante Massnahme auszusprechen. Die Strafe sei – für den Eventualfall der Verweigerung des bedingten Vollzugs – zu Gunsten der ambulanten Massnahme aufzuschieben.
4. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) seien ausgangsgemäss zu verteilen."

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:

(Urk. 44, schriftlich und sinngemäss)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

1. Verfahrensgang

1. Mit Eingabe vom 30. Juni 2017 liess der Beschuldigte über seinen Verteidiger rechtzeitig Berufung gegen das eingangs zitierte erstinstanzliche Urteil vom 20. Juni 2017 erheben (Urk. 36; Art. 399 Abs. 1 StPO). Am 28. August 2017 nahm der Verteidiger den begründeten Entscheid in Empfang (Urk. 39/2). Die Berufungserklärung gab er am 14. September 2017 – und damit ebenfalls fristgerecht – zur Post (Urk. 41; Art. 399 Abs. 3 StPO). Die Staatsanwaltschaft erhob kein Rechtsmittel und verlangt die Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides. Gleichzeitig ersuchte sie um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung, welches Ersuchen am 13. Oktober 2017 bewilligt wurde (Urk. 44).

2. Am 9. Januar 2018 fand die Berufungsverhandlung (Prot. II S. 3 ff.) statt, anlässlich welcher die Verteidigung den Antrag auf Begutachtung des Beschuldigten stellte (Prot. II S. 4 f.). Nach Durchführung der Berufungsverhandlung wurde die Gutheissung dieses Antrages eröffnet (Prot. II S. 24), wobei sich die Parteien mit der schriftlichen Fortsetzung des Verfahrens einverstanden erklärten (a.a.O.), und mit Beschluss vom 15. Januar 2018 die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens angeordnet. Als Gutachter wurde Dr. med. B._____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, bestellt (Urk. 51). Nach Eingang des in Auftrag gegebenen Gutachtens am 4. Juni 2018 (Urk. 58 f.) wurde dieses den Parteien mit Präsidialverfügung vom 12. Juni 2018 zur Stellungnahme zugestellt (Urk. 60). Die Staatsanwaltschaft reichte ihre Stellungnahme am 14. Juni 2018 ein (Urk. 62), die Verteidigung nach zweimal erstreckter Frist rechtzeitig am 13. August 2018

(Urk. 65). Mit Präsidialverfügung vom 20. August 2018 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zur Stellungnahme der jeweils anderen Partei Stellung zu nehmen (Urk. 66). Währenddem die Staatsanwaltschaft auf eine Stellungnahme verzichtete, liess sich die Verteidigung mit Eingabe vom 24. September 2018 vernehmen (Urk. 73/1).

2. Prozessuales

2.1. Der Beschuldigte akzeptiert die erstinstanzliche Verurteilung. Er beanstandet jedoch das Strafmass und verlangt die Ausfällung einer bedingten Strafe unter Ansetzung einer vierjährigen Probezeit sowie die Anordnung einer ambulanten Massnahme (Urk. 41 und 49 S. 1).

2.2. Es ist somit festzuhalten, dass der Schuldspruch in Dispositiv-Ziffer 1 sowie die Entscheide betreffend Einziehung in den Dispositiv-Ziffern 6 bis 8 und das Kostendispositiv in den Dispositiv-Ziffern 9 bis 12 rechtskräftig sind.

4. Sanktion

4.1. Vorbemerkungen

4.1.1. Die Vorinstanz hat den Strafraumen korrekt abgesteckt und die gesetzlichen Zumessungsregeln wie auch die hier massgeblichen belastenden und entlastenden Faktoren zutreffend dargelegt. Um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, kann vorab auf diese Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 40 S. 10 ff.). Der Beschuldigte beging mehrere, mit gleichartiger Strafe angedrohte Delikte, weshalb in Anwendung des Asperationsprinzips gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB nachfolgend eine Gesamtstrafe zu bilden ist. Das schwerste der begangenen Delikte ist die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Dessen Strafraumen reicht von einem Jahr bis zu zwanzig Jahren Freiheitsstrafe; damit kann eine Geldstrafe verbunden werden (Art. 19 Abs. 2 BetmG; Art. 40 StGB).

4.1.2. Innerhalb des festgelegten Strafraumens bemisst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters. Es berücksichtigt das Vorleben und die per-

sönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Ausgangspunkt bei der Strafzumessung ist die objektive Tatschwere, d.h. die Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts bzw. der schuldhaft verursachte Erfolg. Ebenso massgeblich ist die subjektive Tatschwere, die sich aus der Intensität des deliktischen Willens sowie den Beweggründen für die Tat ergibt. Mit zu berücksichtigen sind schliesslich das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters.

4.2. Tatkomponenten

4.2.1. Der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung darf bei der Bemessung der Strafe für ein Betäubungsmitteldelikt zwar keine vorrangige Bedeutung zukommen (vgl. etwa BGE 118 IV 342; 121 IV 206) – dies weil es verfehlt wäre, im Sinne eines "Tarifs" überwiegend oder gar allein auf dieses Kriterium abzustellen. Verfehlt wäre aber auch die Annahme, diesem Strafzumessungselement komme eine völlig untergeordnete oder gar keine Bedeutung zu, zumal es nicht nebensächlich sein kann, ob mit einer sehr geringen oder sehr hohen Menge einer gefährlichen Droge delinquent wird. Insofern ist das Ausmass der gesundheitlichen Gefährdung für Dritte durch die umgesetzte Menge zu berücksichtigen.

4.2.2. Einsatzstrafe für das schwerste Delikt (Dossier 1)

Der Beschuldigte hat eingestandenermassen die angeklagte Menge von 270 Gramm reinem Kokain bei einer Gesamtmenge von 300 Gramm verkauft. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass er die Drogen in einer Vielzahl von kleinen Einzelgeschäften an eine Vielzahl von verschiedenen Endabnehmern veräusserte. Dies wiegt in objektiver Hinsicht relativ schwer, schwerer jedenfalls wie wenn er beispielsweise die Drogen in wenigen Tranchen an denselben Endkonsumenten verkauft hätte, weil die Anzahl der gefährdeten Personen bei dieser Vorgehens-

weise ungleich grösser ist. Die Einsatzstrafe von 27 Monaten welche die Vorinstanz eingesetzt hat, erweist sich somit als angemessen und ist entsprechend zu bestätigen.

4.2.3. Was das subjektive Tatverschulden anbelangt, ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte mit Vorsatz gehandelt hat. Wenn die Vorinstanz beim subjektiven Tatverschulden festhält, dass er den Erlös für seinen Eigenkonsum verwendet hat und nicht primär eine finanzielle Besserstellung vor Augen hatte, dann erscheint dies als wohlwollend (Urk. 40 S. 13): Die Kosten seines Eigenkonsums bezifferte er auf Fr. 1'000.00 monatlich (Urk. 4 S. 1). Berücksichtigt man weiter, dass er im anklagerelevanten Zeitraum allein mit dem Verkauf des Kokains gegen Fr. 10'000.00 einnahm (Urk. 20 S. 3), so bleiben nach Abzug der Kosten des Eigenkonsums unter dem Strich doch immerhin rund Fr. 4'000.00.

In Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen ist die schwere Drogensucht des Beschuldigten zu seinen Gunsten zu berücksichtigen. Gemäss eigenen Angaben will er im anklagerelevanten Zeitraum täglich 1 - 2 Gramm Kokain konsumiert haben (ND 7 S. 3; Prot. II S. 19). Diese Angabe deckt sich im Ergebnis mit den Erkenntnissen von Dr. med. B. _____ in seinem psychiatrischen Gutachten vom 4. Juni 2018, wonach beim Beschuldigten für die Tatzeiträume von einer Kokainabhängigkeit auszugehen sei (Urk. 58 S. 36). Allerdings hält der Gutachter ebenfalls fest, dass der Beschuldigte im deliktsrelevanten Zeitraum vollumfänglich schulfähig war (a.a.O. S. 37). Die subjektive Tatschwere vermag somit die objektive insgesamt leicht zu vermindern.

Die vorinstanzliche Qualifikation des Verschuldens als leicht erscheint unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände als sehr wohlwollend, ebenso wie die Einsatzstrafe von 26 Monaten.

4.2.4. Sanktionen für die weiteren Delikte

Was die objektive Tatschwere des Drogenverkaufs an C. _____ anbelangt (Dossier 7), gilt es zu berücksichtigen, dass er 80 Gramm Kokain verkauft hat, dies jedoch an die gleiche Person und zum Einstandspreis. Dafür konnte er jeweils ein

paar Gramm für den Eigenkonsum behalten, womit auch diese Drogenverkäufe keine unentgeltlichen waren und er einen geldwerten Vorteil aus diesen Geschäften zog. Dass die Vorinstanz zu Gunsten des Beschuldigten nicht unbesehen auf den Reinheitsgrad der übrigen gehandelten Drogen gemäss Dossier 1 abstellte, sondern bei dieser Deliktsgruppe von einem durchschnittlichen Reinheitsgrad von 57 % ausging, erweist sich als eben so wohlwollend wie das Fazit, das Verschulden als insgesamt leicht zu qualifizieren.

Weit weniger leicht wiegt das Verschulden hingegen beim mehrfachen Führen eines Motorfahrzeuges trotz Verweigerung oder Aberkennung des erforderlichen Ausweises (Dossier 2 - 6). Die zurückgelegten Strecken waren zwar insgesamt nicht sehr lange, führten aber durch dichten und anforderungsreichen Agglomerationsverkehr. Dieser birgt ein überdurchschnittliches Unfallpotential, zumal der Beschuldigte auch tagsüber fuhr. Dies wirkt sich erheblich zu seinen Ungunsten aus, ebenso wie die subjektive Seite seiner Handlungen. Die Fahrten dienten dem Drogenhandel und somit einer kriminellen Tätigkeit. Besonders schwer wiegt jedoch die ausserordentliche Gleichgültigkeit, welche der Beschuldigte diesbezüglich an den Tag legte. Seit Jahren ist ihm das Führen von Motorfahrzeugen verboten, was ihm eben so bewusst ist, wie die Konsequenzen seines Tuns. Entsprechend mittelschwer wiegt sein Verschulden, womit sich die vorinstanzliche Bewertung des Verschuldens mit "nicht mehr leicht" als zu milde erweist.

Dasselbe gilt für das mehrfache Fahren in fahrunfähigem Zustand (Dossier 3 und 4). Bezüglich der objektiven Tatschwere kann auf das im vorhergehenden Abschnitt ausgeführte verwiesen werden. Nicht zu folgen ist der Vorinstanz, wenn sie ausführt, dass zu den gefahrenen Zeiten der Verkehr nicht so dicht und demnach das Gefahrenpotential geringer sei als sonst. Heutzutage ist der Verkehr in der Agglomeration stets sehr dicht, insbesondere auch abends. Nimmt die Verkehrsdichte ab, steigen im Gegenzug die übrigen Gefahren, wie beispielsweise schlechte Sicht und ausgeschaltete Verkehrsregelungsanlagen. Keinesfalls zu seinen Gunsten ist sodann der Umstand zu werten, dass er nicht mit übersetzter Geschwindigkeit gefahren ist. Diese Tatsache, nämlich gesetzeskonformes Verhalten, wirkt sich nicht zu Gunsten eines Verkehrsteilnehmers aus, sondern darf

von jedermann erwartet werden. Da er auch diesbezüglich mit Vorsatz gehandelt hat, ist auch das zu seinen Ungunsten zu werten und das Verschulden kann sicherlich nicht mehr als leicht qualifiziert werden.

Im Wesentlichen gefolgt werden kann der Vorinstanz mit Bezug auf das Vereiteln von Massnahmen zur Feststellung der Fahruntfähigkeit und der Qualifikation des Verschuldens als noch leicht (Dossier 4). Zu präzisieren gilt es allerdings, dass sich die Motivation der Selbstbegünstigung beim Tatbestand der Vereitelung von Massnahmen zur Feststellung der Fahruntfähigkeit nicht zu Gunsten des Täters auswirken kann, da der Gesetzgeber gerade diese Selbstbegünstigung unter Strafe stellen wollte und mit Art. 91a Abs. 1 SVG eine systemwidrige Ausnahme zur grundsätzlich straflosen Selbstbegünstigung geschaffen hat.

Nicht geteilt werden kann die Auffassung der Vorinstanz, wonach das Verschulden hinsichtlich der vorgeworfenen falschen Anschuldigung (Dossier 6) als leicht zu qualifizieren ist. Denn die falsche Anschuldigung ist auch im Fall von Übertretungen ein grundsätzlich schweres Delikt. Als eine Widerhandlung gegen Abs. 2 von Art. 303 StGB wiegt die vorliegende Tat eher schwer, denn unter den Übertretungstatbeständen ist derjenige des Fahrens in angetrunkenem Zustand ein schwerer. Zudem führt eine auf einer falschen Anschuldigung beruhende und damit unberechtigte Verurteilung in diesem Falle nicht nur zu einer strafrechtlichen Sanktion, sondern, was weit schwerer wiegt, zusätzlich auch zu einer Administrativmassnahme, sprich einem Entzug der Fahrerlaubnis. Und obwohl der Beschuldigte nicht besonders raffiniert vorgegangen ist und er nicht primär in der Absicht gehandelt hat, seinem Bruder zu schaden, sondern sich selbst vor Strafverfolgung zu schützen, war es nicht selbstverständlich, dass seine Tat schlussendlich aufflog. Insgesamt ist somit von einem bereits mittleren Verschulden auszugehen.

Asperiert man die hypothetische Einsatzstrafe von 26 Monaten mit denjenigen der weiteren Delikte, so resultiert an sich eine höhere Strafe als die von der Vorinstanz ermittelten 45 Monate. Wie nachstehend noch aufzuzeigen sein wird, muss es aber auf Grund des Verschlechterungsverbot es dabei sein Bewenden haben.

4.2.5 Strafzumessung für die Übertretungen und für Art. 286 StGB

Diesbezüglich kann, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden, welche weder der Ergänzung noch der Präzisierung bedürfen (Art. 82 Abs. 4 StPO).

4.3. Täterkomponente

4.3.1. Persönliche Verhältnisse

Was das Vorleben des Beschuldigten anbelangt, ist auf die Erwägungen im angefochtenen Urteil zu verweisen (Urk. 40 S. 17 f.). Anlässlich der heutigen Befragung bestätigte er diese weitgehend auch für den Zeitraum nach der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (Prot. II S. 5 ff.). In Bezug auf sein aktuelles Konsumverhalten gab er an, dass er bis Silvester 2017/2018 noch Kokain und Gras konsumiert habe, sich aufs neue Jahr hin aber den Vorsatz genommen habe, damit aufzuhören (Prot. II S. 10, 19). Gemäss dem Gutachten scheint ihm dieses Vorhaben nicht gelungen zu sein. Jedenfalls konsumierte er noch bis Mitte 2018 einmal wöchentlich Kokain (Urk. 58 S. 25).

Aus den persönlichen Verhältnissen ergibt sich nichts, was sich wesentlich zu seinen Gunsten oder zu seinem Nachteil auswirken könnte. Insgesamt fällt auf, dass sich der Drogenkonsum seit den frühen 90-er Jahren wie ein roter Faden durch sein Leben zieht. Wohl wurden zwischendurch auch therapeutische Massnahmen in Angriff genommen, doch waren diese nie von Erfolg gekrönt, immer wieder geriet der Beschuldigte ins gleiche Fahrwasser. Es fällt aber auch auf, dass der Beschuldigte über die Jahre hinweg immer wieder auch Phasen der Erwerbstätigkeit als Elektriker hatte. Derzeit ist er wiederum arbeitslos und auf Arbeitssuche (Prot. II S. 7).

Zusammengefasst lässt sich aus seiner Biographie und seinen persönlichen Verhältnissen nichts ableiten, was einen erheblichen Einfluss auf die Strafe haben könnte.

4.3.2. Nachtatverhalten

Da fällt zunächst auf, dass er bereits in einem frühen Stadium ein vollumfängliches Geständnis ablegte und sich im Strafverfahren sehr kooperativ zeigte (Urk. 6). Dabei gilt es besonders zu berücksichtigen, dass ihm ohne sein Geständnis wohl einige Delikte nicht hätten nachgewiesen werden können. Ein solches Geständnis ist, anders etwa als ein unter erdrückender Beweislast zustande gekommenes, erheblich strafmindernd zu veranschlagen. Nicht zu folgen ist der Vorinstanz, wo sie in seinem Verhalten Zeichen von Reue sehen will. Von Reue kann nur dann die Rede sein, wenn sich diese in konkreten Handlungen niederschlägt (BSK StGB I, Wiprächtiger/Keller, Art. 47 N 175). Solche sind vorliegend nicht erkennbar. Seine Ausführungen sind somit reine Lippenbekenntnisse, welche darüber hinaus von Selbstmitleid getränkt sind. Zu seinen Gunsten wirkt sich dies jedenfalls nicht aus.

4.3.3. Vorstrafen

Im Strafregister des Beschuldigten sind aktuell drei, v.a. mit Bezug auf Strassenverkehrsdelikte einschlägige Vorstrafen verzeichnet. Diese sind erheblich strafehöhend zu berücksichtigen wie der Umstand, dass er während laufendem Verfahren unbeeindruckt weiter delinquierte. Die zahlreichen weiteren, ebenfalls meist einschlägigen und weiter zurückliegenden Vorstrafen des Beschuldigten sind nicht zu berücksichtigen (Urk. 18/2).

4.3.4. Fazit

Berücksichtigt man sämtliche relevanten Strafzumessungsgründe, so erscheint, wie bereits oben ausgeführt, die von der Vorinstanz festgesetzte Freiheitsstrafe von 36 Monaten insgesamt als zu milde. Auf Grund des Verschlechterungsverbots muss es dabei jedoch sein Bewenden haben und es ist nicht mehr weiter darauf einzugehen. Der Beschuldigte ist somit mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten sowie einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.– und mit Busse von Fr. 500.– zu bestrafen. Die bereits durch Untersuchungshaft erstandenen drei Tage sind der Freiheitsstrafe anzurechnen (Art. 51 StGB).

4. Strafvollzug

Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen unter denen der Aufschub des Strafvollzuges möglich ist zutreffend dargelegt, weshalb vollumfänglich darauf verwiesen werden kann. Sind die Voraussetzungen in objektiver Hinsicht noch erfüllt, so bestehen in subjektiver Hinsicht, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, erhebliche Zweifel.

Wohl ist wahr, dass ein enger Zusammenhang zwischen Drogenkonsum und Delinquenz besteht. Doch kann, bei objektiver Betrachtungsweise, dem Beschuldigten weder beim einen noch beim anderen eine positive Prognose gestellt werden. Der Beschuldigte lebt mittlerweile schon rund 30 Jahre in diesem Teufelskreis. Und genau so wie sich seine Drogensucht und Delinquenz wie zwei rote Fäden durch sein Leben ziehen, wurden immer wieder Versuche unternommen, den Beschuldigten von der schiefen Bahn abzubringen; sei dies mit Freiheitsentzug oder allen möglichen Formen von Massnahmen und Therapien. Erfolg blieb ihnen stets versagt, der Beschuldigte fiel immer wieder ins alte Fahrwasser zurück. Auch dieses Mal sind die Rahmenbedingungen alles andere als günstig: Er ist nicht erwerbstätig und lebt derzeit von der Fürsorge (Prot. II S. 7). Seine Lebenspartnerin, Frau D._____, ist psychisch krank, arbeitet nicht und ist ebenfalls drogenkrank (ND 5 Urk. 3). Auch sie wird von der Fürsorge unterstützt (Prot. II S. 8). Seine beiden Kinder sind beide in einem Heim untergebracht, wobei er seinen Unterhaltspflichten kaum nachkommt (Prot I S. 10; Prot. II S. 8 f.). Er hat Schulden in der Höhe von Fr. 120'000.– und Alimentenrückstände in Höhe von ca. Fr. 40'000.– (Prot. II S. 9). Konkrete Anhaltspunkte, dass er in irgend einer Art und Weise etwas gegen seine Drogensucht unternimmt, bestehen keine. Das letzte Mal Drogen konsumiert hat er gemäss seinen eigenen Angaben bis mindestens Mitte Mai 2018 (Urk. 58 S. 25). Wohl gab er anlässlich der Berufungsverhandlung an, dass er sein Leben ändern möchte (vgl. Prot. II S. 10, 16-18). Doch ist auch dies, insbesondere im Lichte seiner gleichlautenden Beteuerungen in seinen früheren Verfahren und dem Umstand, dass er offensichtlich nach der Berufungsverhandlung weiterhin Drogen konsumierte, nichts weiter als ein Lippenbekenntnis. Von einer günstigen Prognose kann somit keine Rede sein. In der

Folge sind die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs nicht gegeben. Auf Grund des Verschlechterungsverbot ist jedoch nicht weiter darauf einzugehen, sondern es ist die vorinstanzliche Regelung, wonach 24 Monate aufzuschieben und 12 Monate zu vollziehen sind, zu bestätigen.

Bezüglich der Probezeit und dem Vollzug der Geldstrafe kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 40 S. 22).

5. Massnahme

5.1. Die Vorinstanz hat eine ambulante Massnahme des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB während des Vollzugs der Freiheitsstrafe angeordnet (Urk. 40 S. 29). Der Beschuldigte liess ebenfalls die Anordnung einer ambulanten Massnahme beantragen, allerdings unter Aufschub der Sanktion für den Fall der Verweigerung des bedingten Strafvollzugs (Urk. 49 S. 1).

5.2. Das bei den Akten liegende Gutachten ist mittlerweile über zehn Jahre alt (Urk. 40 S. 23). Es taugt somit nicht mehr als Grundlage zur Beurteilung der Fragen im Zusammenhang mit einer Massnahme. In der Folge wurde, wie oben ausgeführt, ein Gutachten in Auftrag gegeben, welches nunmehr bei den Akten liegt (Urk. 58).

5.3. Mit Bezug auf die Voraussetzungen zur Anordnung einer ambulanten Massnahme kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 40 S. 23).

5.4. Im Lichte der mittlerweile auch von Seiten des Gutachters bestätigten hohen Rückfallgefahr hinsichtlich der Widerhandlungen gegen das SVG und das BetmG und der nach wie vor bestehenden Suchtproblematik ist die Anordnung einer Massnahme zu überprüfen, zumal das Gutachten den Beschuldigten als massnahmebedürftig, massnahmefähig und auch bedingt massnahmewillig qualifiziert (Urk. 58 S. 40). Während dem es eine stationäre Massnahme als wenig aussichtsreich einschätzt, erachtet es eine ambulante Massnahme als durchaus geeignet, um sowohl bei der Persönlichkeits- als auch der Drogenproblematik Fortschritte zu erzielen (Urk. 58 S. 39). Aus gutachterlicher Sicht bestehe dabei eine

leichte Präferenz für eine strafvollzugsbegleitende Massnahme, da diese sowohl vor dem Hintergrund gemachter früherer Erfahrungen im Rahmen von Massnahmen als auch vor der aktuellen Lebenssituation und der fehlenden Suchtmittelabstinenz erfolgsversprechender sei (Urk. 58 S. 40). In diesem Rahmen könnten erste Erfolge gesichert werden und mit sozialarbeiterischer Unterstützung des BVD auch bezüglich Wohn- und Arbeitssuche und finanzieller Restabilisierung Hand geboten werden (Urk. 58 S. 43).

5.5. Der Beschuldigte schliesst sich dieser Beurteilung so weit sie eine ambulante Massnahme fordert an. Hingegen beantragt er den Aufschub der Strafe und widersetzt sich einer strafvollzugsbegleitenden Massnahme. Dies mit folgender Begründung: Auch im Massnahmerecht gelte das Verhältnismässigkeitsprinzip und so sei stets das mildeste mögliche Mittel einzusetzen. Alleine schon aus diesem Grund sei die Behandlung unter Aufschub der Strafe anzuordnen, zumal im Falle des Scheiterns der Massnahme ohnehin die Strafe vollzogen werden könne. Auch bestehe bei einer ambulanten Massnahme unter Aufschub des Strafvollzugs die Möglichkeit diese während der Dauer von sechs bis zwölf Monaten stationär einzuleiten. Schliesslich sei er von Lungenkrebs befallen, was ihm vor Augen geführt habe, dass er von den Drogen loskommen müsse. Auch begründe dies den Verdacht der fehlenden Hafterstellungsfähigkeit (Urk. 73/1).

5.6. Im Sinne eines Zwischenfazits kann somit festgehalten werden, dass aus gutachterlicher Sicht eine ambulante Massnahme angezeigt und einer stationären Massnahme klar vorzuziehen ist. Da sich der Beschuldigte damit einverstanden erklärt und auch die gesetzlichen Voraussetzungen zur Anordnung derselben gegeben sind (Art. 63 StGB), ist eine ambulante Massnahme anzuordnen.

5.7. Zu prüfen bleibt, ob diese begleitend zum oder unter Aufschub des Strafvollzugs anzuordnen ist.

Vorab gilt es festzuhalten, dass der Aufschub des Strafvollzugs zu Gunsten einer Massnahme Ausnahmecharakter hat und der Grundsatz gilt, dass die Strafe vollstreckt und die Massnahme gleichzeitig durchgeführt wird. Ein Strafaufschub ist

an zwei Bedingungen gebunden, nämlich die Ungefährlichkeit des Täters und die Vordringlichkeit der Behandlung (BSK StGB - Heer, Art. 63 N 40).

5.7.1. In diesem Zusammenhang ist die Gefährlichkeit nicht mit einer schlechten Legalprognose gleichzusetzen, zumal letztere bei der Anordnung einer Massnahme per definitionem vorausgesetzt wird. Vielmehr gilt ein Täter als "ungefährlich", wenn keine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit besteht oder ein besonderes Rückfallrisiko vorliegt. Währenddem ersteres offensichtlich nicht vorliegt, attestiert das Gutachten dem Beschuldigten ein zwar teilweise hohes, aber kein besonderes Rückfallrisiko (Urk. 58 S. 38), weshalb in dieser Hinsicht einem Strafaufschub nichts im Wege steht.

5.7.2. Hingegen fehlt es vorliegend klar am zweiten Erfordernis des Strafaufschubs, der Vordringlichkeit der ambulanten Behandlung, um ihrer Art Rechnung zu tragen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Strafaufschub bei einer Beeinträchtigung des möglichen Heilungserfolges durch einen Freiheitsentzug angezeigt (BSK StGB Heer, Art. 63 N 48 mit zahlreichen Verweisen).

Eine solche Beeinträchtigung wird vom Gutachten klar verneint: "Aus gutachterlicher Sicht ist die strafvollzugsbegleitende Variante nicht mit einer geringeren Erfolgsaussicht ausgestattet, [...]" (Urk. 58 S. 39). Ergänzend ist in diesem Zusammenhang aufzuführen, dass auch keine weiteren Umstände vorliegen, welche für einen Strafaufschub sprechen würden, wie etwa gefestigte soziale und solide wirtschaftliche Verhältnisse oder eine bereits aus eigenem Antrieb erfolgreich angefangene Therapie.

5.8. Nichts an dieser Beurteilung zu ändern vermag die beim Beschuldigten diagnostizierte Lungenkrebserkrankung und die in diesem Zusammenhang geltend gemachte Strafempfindlichkeit (Urk. 73/1 S. 2). Diese steht weder im Zusammenhang mit seiner Delinquenz noch mit den im Rahmen des Massnahmenvollzuges zu therapierenden Erkrankungen und stellt somit keinen Grund im Sinne von Art. 63 Abs. 2 StGB oder der allgemeinen Bestimmungen zum bedingten Strafvollzug dar, welcher einen Strafschub zu rechtfertigen vermag.

Die Strafempfindlichkeit ist somit für die Frage des Aufschubs einer Strafe ohne Bedeutung und wäre – gegebenenfalls – einzig im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen (Art. 47 StGB). Unter diesem Titel hat die Verteidigung nichts geltend gemacht. Im Lichte der recht zurückhaltenden Praxis ist auch im Rahmen der Strafzumessung nicht weiter darauf einzugehen.

5.9. Damit ist nicht gesagt, dass der gesundheitliche Zustand mit Blick auf den Strafvollzug unberücksichtigt bleiben muss. Vielmehr ist im Rahmen des Vollzuges die Frage der Hafterstehungsfähigkeit zu überprüfen, was jedoch nicht Aufgabe des Sachrichters ist.

5.10. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die ambulante Massnahme nicht zu Gunsten des Strafvollzuges aufzuschieben, sondern vollzugsbegleitend durchzuführen ist.

6. Kostenfolgen

Die Kosten des Rechtsmittelverfahren sind nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens zu verlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen vollumfänglich, weshalb ihm die gesamten Kosten aufzuerlegen sind. Davon auszunehmen sind die Kosten für die amtliche Verteidigung, welche auf die Gerichtskasse zu nehmen sind (Art. 426 Abs. 1 Satz 2 StPO), wobei eine Rückzahlungspflicht im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt.

Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten ist für das Berufungsverfahren mit Fr. 2'627.90 (inklusive Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 20. Juni 2017 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 6 - 8 (Einziehungen) und 9 - 12 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Eröffnung und Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe (wovon bis und mit heute 3 Tage durch Haft erstanden sind) sowie einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.– und mit Busse von Fr. 500.–.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 24 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate, abzüglich der 3 Tage erstandene Haft) wird die Freiheitsstrafe vollzogen. Die Geldstrafe wird vollzogen. Die Busse ist zu bezahlen.
3. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
4. Es wird eine ambulante Behandlung des Beschuldigten im Sinne von Art. 63 StGB (Suchtbehandlung Drogen) während des Vollzugs der Freiheitsstrafe angeordnet.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 13'440.00 psychiatrisches Gutachten
Fr. 2'627.90 amtliche Verteidigung
6. 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 des Beschuldigten bleibt vorbehalten.

7. Schriftliche Eröffnung und Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
- das Bundesamt für Polizei, fedpol

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, Richterliche Fahrverbote, 8090 Zürich (PIN Nr. ...)
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

8. 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, 5. Februar 2019

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Karabayir

Zur Beachtung:

Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht:

Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe.

Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB),

- wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht,
- wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.