

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB200279-O/U/mc-as

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur Spiess, Präsident, Oberrichterin lic. iur Haus Stebler und Ersatzoberrichterin lic. iur. Tschudi sowie Gerichtsschreiber MLaw Orlando

## Urteil vom 17. Dezember 2020

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung,  
Urteil vom 12. März 2020 (DG180299)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. November 2018 (Urk. 14) sowie die Änderungen bzw. Berichtigungen der Anklageschrift (Urk. 20 und Urk. 62 S. 2) sind diesem Urteil beigeheftet.

**Urteil der Vorinstanz:**

(Urk. 73 S. 28 f.)

**Es wird beschlossen:**

1. Das Verfahren der Übertretung gegen das Heilmittelgesetz im Sinne von Art. 87 Abs. 1 lit. f in Verbindung mit Art. 86 Abs. 2 lit. b wird eingestellt.
2. Mündliche Eröffnung, Begründung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv mit nachstehendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig
  - des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a;
  - des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c sowie
  - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe (wovon bis und mit heute 208 Tage durch Haft erstanden sind), dies als teilweise Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Mai 2018 ausgefallten Strafe, sowie einer Busse von Fr. 200.–.
3. Die Freiheitsstrafe ist zu vollziehen und die Busse zu bezahlen.

4. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen.
5. Der Beschuldigte wird in Anwendung von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für die Dauer von 5 Jahren des Landes verwiesen.
6. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem (SIS) angeordnet.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 2. November 2017 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:
  - Mobiltelefon Nokia (Asservat-Nr. A010'249'362)
  - Mobiltelefon Samsung (Asservat-Nr. A010'897'844)
8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 2. November 2017 beschlagnahmten und bei der Kasse der Staatsanwaltschaft lagernden Gegenstände werden dem Beschuldigten (oder einer durch ihn bevollmächtigten Person) innert einer Frist von 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen ausgehändigt:
  - Mobiltelefon Samsung (Asservat-Nr. A010'249'340)
  - Mobiltelefon Samsung (Asservat-Nr. A010'249'419)
  - Mobiltelefon Apple (Asservat-Nr. A010'897'719)

Werden die Gegenstände innert der obgenannten Frist nicht abgeholt, werden sie der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
9. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 2. November 2017 beschlagnahmten Medikamente sowie Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (BM-Lagernummern S02401-2017, S02402-2017 und B00945-2017) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:
  - 1 Portion Kokain ca. 101 Gramm brutto in Knittersack (Asservat-Nr. A010'249'271)

- 1 Portion Kokain ca. 21 Gramm brutto in Knittersack (Asservat-Nr. A010'249'282)
  - 1 Portion Kokain ca. 15 Gramm brutto in Knittersack (Asservat-Nr. A010'249'293)
  - 2 Minigrip mit Kokain ca. 2 Gramm brutto (Asservat-Nr. A010'249'306)
  - 1 Digitalwaage (Asservat-Nr. A010'249'317)
  - Diverse Minigrip (Asservat-Nr. A010'249'328)
  - 15 Blister mit Sildenafil 100mg (Asservat-Nr. A010'249'408)
  - 1 Portion Kokain 32.8 Gramm brutto (Asservat-Nr. A010'897'708)
  - 1 Latexhandschuh (Asservat-Nr. A010'897'877)
  - 1 Portion Kokain 0.4 Gramm brutto (Asservat-Nr. A010'897'731)
  - 1 Feinwaage (Asservat-Nr. A010'897'764)
  - 1 Beutel aus Lavabo (Asservat-Nr. A010'897'786)
  - 1 Portion Kokain 1.2 Gramm brutto (Asservat-Nr. A010'897'797)
  - 1 Latexhandschuh (Asservat-Nr. A010'897'800)
  - div. leere Minigrips (Asservat-Nr. A010'897'811)
  - 1 Feinwaage (Asservat-Nr. A010'897'822)
  - Büromaterial / Papeterieware (Asservat-Nr. A010'897'753) SK33439
10. Folgende mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 2. November 2017 beschlagnahmte Barschaft wird eingezogen und – soweit ausreichend – zur Verfahrenskostendeckung verwendet:
- Bargeld Fr. 170.– (Asservat-Nr. A010'897'720)
  - Bargeld Fr. 240.– (Asservat-Nr. A010'897'855)
  - Bargeld USD 102.– (Asservat-Nr. A010'897'866)
11. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 2. November 2017 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 1'000.– (Asservat-Nr. A010'249'339) wird eingezogen und verfällt dem Staat.
12. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 2. November 2017 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse hinterlegte Bar-

schaft von Fr. 4'320.– (Asservat-Nr. A010'897'833) ist nach Eintritt der Rechtskraft DOMINGA FLORIAN MENDEZ auf erstes Verlangen auszuhändigen.

13. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 4'500.–; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 2'100.– Gebühr Anklagebehörde

Fr. 2'100.– Auslagen (div. Gutachten FOR)

Fr. 2'940.– Telefonkontrolle

Fr. 2'046.95 Auslagen (Auswertung Mobiltelefone / Notfalltüröffnungen)

Fr. 1'138.– amtl. Verteidigung RA lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ (bereits ausbezahlt)

Fr. 18'463.05 amtliche Verteidigung RA lic. iur. X. \_\_\_\_\_

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

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

15. Der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_, wird mit Fr. 18'463.05 (inkl. MwSt.) entschädigt, wovon bereits Fr. 9'900.– ausbezahlt wurden. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

16. Der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_, wurde mit Fr. 1'138.– (inkl. MwSt.) von der Staatsanwaltschaft entschädigt. Vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

17. [Mitteilungen]

18. [Rechtsmittel]

19. [Rechtsmittel betreffend Entschädigung der amtlichen Verteidigung]

### **Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 89/1)

"1. Es seien Ziffern 2 und 3, jeweils bezüglich der verhängten Freiheitsstrafe und Ziffern 14 und 15 (betreffend Nachforderung) des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben.

2. Im Sinne einer teilweisen Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Mai 2018 sei der Beschuldigte mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten, höchstens jedoch von 18 Monaten zu bestrafen, wobei die erstandene Haft anzurechnen sei.

Die Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt.) des erst- sowie zweitinstanzlichen Verfahrens seien ausgangsgemäss zu regeln."

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 80)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (sinngemäss).

### **Erwägungen:**

#### **I. Verfahrensgang und Gegenstand der Berufung**

1. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 12. März 2020 wurde der Beschuldigte des Verbrechens 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, des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a BetmG schuldig gesprochen. Betreffend die Übertretung gegen das Heilmittelgesetz im Sinne von Art. 87 Abs. 1 lit. f HMG in Verbindung mit Art. 86 Abs. 2 lit. b HMG wurde das Verfahren eingestellt. Der Beschuldigte wurde mit 24 Monaten Freiheitsstrafe (unter Anrechnung von 208 Ta-

gen Haft) bestraft. Dies als teilweise Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Mai 2018 ausgefallten Strafe. Ferner wurde der Beschuldigte mit einer Busse von Fr. 200.– bestraft. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde nicht aufgeschoben. Im Weiteren wurde gestützt auf Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB eine Landesverweisung von 5 Jahren sowie die Ausschreibung derselben im Schengener Informationssystem (SIS) angeordnet. Ausgangsgemäss wurden die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 73 S. 28 ff.)

2. Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 26) liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 19. März 2020 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 68). Das begründete Urteil wurde dem Beschuldigten am 10. Juni 2020 zugestellt (Urk. 72/2). Die Berufungserklärung des Beschuldigten erfolgte rechtzeitig am 29. Juni 2020 (Urk. 76). Darin beantragte dessen amtliche Verteidigung, es sei der Beschuldigte als teilweise Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Mai 2018 mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten zu bestrafen, wobei die Haft anzurechnen sei (Urk. 76). In der Folge verzichtete die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) auf Anschlussberufung (Urk. 80). Auf Antrag der Verteidigung und mit der Zustimmung der Staatsanwaltschaft wurde mit Präsidialverfügung 3. August 2020 das schriftliche Verfahren angeordnet (Urk. 84). Innert zweimalig erstreckter Frist erstattete die amtliche Verteidigung die Berufungsbegründung (Urk. 89/1), welche hernach der Staatsanwaltschaft zugestellt wurde (Urk. 90). Letztere verzichtete auf eine Berufungsantwort (Urk. 93). Mit Eingabe vom 5. November 2020 reichte die Verteidigung ihre Honorarnote ein (Urk. 95). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

3. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Auch wenn das Berufungsgericht nur die angefochtenen Punkte neu beurteilt, fällt es am Ende ein insgesamt neues Urteil (Art. 408 StPO), worin es jedoch anzugeben hat, welche

Punkte bereits früher in Rechtskraft erwachsen sind (BGE 141 IV 244 E. 1.3.3; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_533/2016 vom 29. November 2016 E. 4.2 mit Hinweisen).

Der Beschuldigte ficht die ausgefallte Zusatzstrafe (Dispositivziffer 2) an. Ebenfalls beantragte die amtliche Verteidigung, es sei Dispositivziffer 3, der Vollzug der Strafe, aufzuheben, obwohl ebenfalls eine unbedingt zu vollziehende Freiheitsstrafe beantragt wurde. Der Vollzug der Freiheitsstrafe und der Busse (Dispositivziffer 3) gilt vorliegend als mit der Sanktion mitangefochten sowie auch die Anordnung der Ersatzfreiheitsstrafe (Dispositivziffer 4). Ferner wurden die Kostenaufgabe (Dispositivziffer 14) sowie der Rückforderungsvorbehalt zulasten des Beschuldigten betreffend die Kosten der amtlichen Verteidigung (Dispositivziffer 15) angefochten. Das vorinstanzliche Urteil bleibt somit bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldprüche), 5-6 (Landesverweisung und Ausschreibung im SIS), 7-12 (Beschlagnahmen), 13 (Kostenfestsetzung) und 16 (Entschädigung vormalige amtliche Verteidigung) unangefochten. Das Urteil ist somit insoweit in Rechtskraft erwachsen. Im Weiteren ist auch der Beschluss rechtskräftig geworden. Dies ist vorab in einem Beschluss festzustellen ist.

## **II. Sanktion**

### **1. Urteil Vorinstanz / Parteistandpunkte**

Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer zu vollziehenden Freiheitsstrafe von 24 Monaten (unter Anrechnung von 208 Tagen Haft), dies als teilweise Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 23. Mai 2018 ausgefallten Strafe, sowie mit einer Busse von Fr. 200.– (Urk. 73 S. 29). Die amtliche Verteidigung rügt die durch die Vorinstanz angewandte Methodik zur Bildung einer Zusatzstrafe. Sie beantragt, der Beschuldigte sei im Sinne einer teilweisen Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 23. Mai 2018 mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten, höchstens jedoch von 18 Monaten zu bestrafen, wobei die Haft anzurechnen sei (Urk. 89/1 S. 2).



## 2. Vorbemerkungen und anwendbares Recht

2.1. Gestützt auf den rechtskräftigen Schuldspruch der Vorinstanz ist eine Strafe wegen Verbrechens 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, wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG sowie wegen der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a BetmG auszufällen.

2.2. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO die Rechtsmittelinstanz Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten Person abändern darf, wenn das Rechtsmittel nur zu deren Gunsten ergriffen worden ist. Dies trifft vorliegend zu, denn allein der Beschuldigte hat Berufung erhoben (vgl. Urk. 67; Urk. 80). Somit ist nachfolgend das Verbot der sog. reformatio in peius zu beachten, weshalb das Berufungsgericht insofern an die von der Vorinstanz ausgefallte Sanktion gebunden ist, als sie diese nicht zum Nachteil des Beschuldigten verändern kann. Da sie aber dennoch berechtigt ist, ihre Überlegungen in der Urteilsbegründung bekannt zu geben (BGE 139 IV 282 E. 2.6; Urteil des Bundesgerichts 6B\_1368/2016 vom 15. November 2017 E. 4.1; zur Publ. in AS vorges.), ist vorab die Strafzumessung frei vorzunehmen.

2.3. Am 1. Januar 2018 sind die neuen Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches (Sanktionenrechts) gemäss der Änderung vom 19. Juni 2015 in Kraft getreten (AS 2016 1249). Die Beschuldigte hat die zu beurteilenden Taten vor Inkrafttreten des neuen Rechts begangen. Nach Art. 2 Abs. 1 StGB wird nach neuem Recht nur beurteilt, wer nach dessen Inkrafttreten ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat. Hat der Täter ein Verbrechen oder Vergehen vor Inkrafttreten des neuen Rechts begangen, erfolgt die Beurteilung aber erst nachher, ist das neue Recht anzuwenden, wenn es für den Täter milder ist (Art. 2 Abs. 2 StGB). Ob das neue Recht das mildere ist, hat das Gericht nach der konkreten Methode zu ermitteln (DONATSCH, in: DONATSCH/HEIMGARTNER/ISENRING/WEDER, Kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 20. Auflage, Zürich 2018, N 10 zu Art. 2 StGB).

2.4. Als Strafe steht für den Beschuldigten, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, einzig eine nicht unter einem Jahr liegende Freiheitsstrafe (sowie eine Busse) zur Diskussion. Da eine Bestrafung des Beschuldigten nach neuem Recht zur Ausfällung derselben Strafe, mithin nicht zu einer mildereren Bestrafung führen würde, gelangt das alte Recht zur Anwendung.

### 3. Gesamtstrafenbildung bei teilweiser retrospektiver Konkurrenz

3.1. Da der Beschuldigte die Delikte gemäss Dossier 1 (Besitz und Verkauf von Kokain) zeitlich gänzlich und die Delikte gemäss Dossier 2 (Besitz und Verkauf bzw. Konsum von Kokain) zeitlich grösstenteils vor der erstinstanzlichen Verurteilung des Beschuldigten vom 29. Juni 2017 wegen versuchter vorsätzlicher Tötung (zum Nachteil von B.\_\_\_\_\_) begangen hat, liegt ein Fall von teilweiser retrospektiver Konkurrenz vor.

3.2. Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB). Das in Art. 49 Abs. 1 StGB verankerte Asperationsprinzip soll damit auch bei retrospektiver Konkurrenz gewährleistet werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung greift das Asperationsprinzip nach Art. 49 Abs. 1 StGB nur, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Bei ungleichartigen Strafen scheidet die Bildung einer Gesamtstrafe aus (BGE 141 IV 61 E. 6.1.2). Das Gericht kann somit eine Gesamtfreiheitsstrafe nur aussprechen, wenn es im konkreten Fall für jede einzelne Tat eine Freiheitsstrafe ausfällen würde. Diese Voraussetzungen gelten auch für die Bildung einer Zusatzstrafe bei retrospektiver Konkurrenz. Der Zweitrichter ist im Rahmen der Zusatzstrafenbildung nicht befugt, die Strafart des rechtskräftigen ersten Entscheides zu ändern (BGE 141 IV 61 E. 6.1.2; BGE 138 IV 120 E. 5.2). Für das Vorgehen zur Bildung einer retrospektiven Gesamtstrafe kann vorab auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung verwiesen werden, wo dies einlässlich dargelegt wird (Urteil des Bundesgerichts 6B\_837/2019 vom 6. Dezember 2019; BGE 145 IV 1; BGE 142 IV 265; Urteil des Bundesgerichtes 6B\_829/2014 vom 30. Juni 2016, E. 2.4.3-2.4.4). Für das Vorgehen bei der Bil-

dung einer Gesamtstrafe bei retrospektiver Konkurrenz gilt grundsätzlich sodann Folgendes: Der Zweitrichter hat zunächst sämtliche Einzelstrafen für die von ihm neu zu beurteilenden Delikte festzulegen (BGE 142 IV 270 f.). Sodann hat der Zweitrichter die vom Erstrichter verhängte rechtskräftige Grundstrafe und die von ihm für die neu zu beurteilenden Delikte auszusprechenden Strafen nach den Grundsätzen von Art. 49 Abs. 1 StGB zu schärfen, wobei er mittels Zahlenangaben offenzulegen hat, wie sich die von ihm zugemessene Strafe quotenmässig zusammensetzt, da anders eine Überprüfung der Strafzumessung nicht möglich ist (BGE 118 IV 121; 132 IV 102; 142 IV 268; Urteil des Bundesgerichts 6B\_712/2010 vom 13. Dezember 2010, E. 3.1.4; Urteil des Bundesgerichts 6B\_808/2017 vom 16. Oktober 2017, E. 2.3.3; Urteil des Bundesgerichts 6B\_884/2019 vom 5. Februar, E. 1.1.2). Sind die neu abzuurteilenden Taten teilweise vor und teilweise nach der ersten Verurteilung ergangen, was vorliegend der Fall ist, ist mit den vor der ersten Verurteilung begangenen Taten eine Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 2 zu bilden, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Des Weiteren ist für die nach der ersten Verurteilung begangenen Taten eine Gesamtstrafe in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 zu bilden, soweit die Voraussetzungen hierfür gegeben sind. Die für die vor der Verurteilung begangenen Taten verhängte Zusatzstrafe und die für die nach der Verurteilung begangenen Taten verhängte Gesamtstrafe sind zu kumulieren (BGE 145 IV 8).

4. Strafzumessung betreffend Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 28. Mai 2018

Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 28. Mai 2018 wegen versuchter vorsätzlicher Tötung im Sinne von Art. 111 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und zu 7 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Dieser Entscheid ist in Rechtskraft erwachsen und somit für die Bemessung der Zusatzstrafe massgeblich (Urteil des Bundesgerichts 6B\_837/2019 vom 6. Dezember 2019, E. 1.1). Vorliegend ist eine hypothetische Gesamtfreiheitsstrafe nach Art. 49 Abs. 2 StGB zu bilden, da, wie nachstehend zu zeigen sein wird (Ziffer 5), für die Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz eine Freiheitsstrafe auszufällen ist. Bezüglich der Bildung einer hypothetischen Gesamtfreiheitsstrafe nach Art. 49 Abs. 2 StGB für die vor der Erstverurteilung

vom 29. Juni 2017 begangenen Delikte ist von der versuchten vorsätzlichen Tötung als schwerstes Delikt auszugehen (Grunddelikt) unter angemessener Erhöhung der neu dem Beschuldigten zur Last gelegten Delikte (Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz).

5. Strafzumessung betreffend das Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz für den Tatzeitraum vor der Erstverurteilung (29. Juni 2017)

5.1. Allgemeine Grundsätze

5.1.1. Gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG erstreckt sich der Strafraum für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz von Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bis zu 20 Jahren, wobei damit eine Geldstrafe verbunden werden kann. Der ordentliche Strafraum ist trotz Vorliegens allfälliger Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe nur zu erweitern, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angeordnete Strafe im konkreten Fall zu hart, respektive zu milde erscheint. Da der obere Strafraum vorliegend bereits bei 20 Jahren Freiheitsstrafe liegt, kann er nicht mehr erweitert werden. Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafraums kann sich stellen, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren zusammentreffen, die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter relativieren, so dass eine Strafe innerhalb des ordentlichen Rahmens dem Rechtsempfinden widerspräche (Art. 48, Art. 48a, Art. 49 Abs. 1, Art. 19 Abs. 2, Art. 22 Abs. 1 StGB; BGE 136 IV 55 E. 5.8; Urteil des Bundesgerichts 6B\_475/2011 vom 30. Januar 2012, E. 1.4.4). Das Gericht ist indessen verpflichtet, Strafschärfungsgründe zumindest strafehöhend und Strafmilderungsgründe strafmindernd innerhalb des ordentlichen Strafraums zu berücksichtigen (BGE 116 IV 300 E. 2.a). Strafmilderungsgründe sind nicht gegeben. Aussergewöhnliche Umstände, welche eine Erweiterung des Strafraums rechtfertigen würden, sind ebenfalls nicht ersichtlich.

5.1.2. Die allgemeinen Regeln und Kriterien der Strafzumessung sowie die Strafzumessungskriterien des Betäubungsmittelstrafrechts wurden im vorinstanzlichen Urteil unter Hinweis auf die Lehre und Rechtsprechung korrekt wiedergegeben (Urk. 73 S. 9 f.). Dies braucht nicht wiederholt zu werden. Ergänzend ist hinsicht-

lich der objektiven Tatschwere bei Betäubungsmitteldelikten festzuhalten, dass sich diese neben der im vorinstanzlichen Urteil erwähnten Bedeutung der Drogenmenge auch nach der der Art und Weise der Tatbegehung, der Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und den Beweggründen beurteilt (BGE 118 IV 342 E. 2c). Massgebend sind dabei u.a. die Häufigkeit und Dauer der deliktischen Handlungen, die aufgewendete persönliche Energie, die hierarchische Stellung sowie die Grösse der erzielten oder angestrebten Gewinne. Daneben kommt es darauf an, wie der Täter mit der Droge in Kontakt gekommen ist und was er mit dieser gemacht hat (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Kommentar, Art. 47 N 15 ff.). Die Betäubungsmittelmenge ist zwar ein wichtiger Strafzumessungsfaktor, ihr kommt jedoch keine vorrangige Bedeutung zu. Massgebend ist das Verschulden und dieses hängt wesentlich auch davon ab, in welcher Funktion und mit welcher Intensität der Täter am Betäubungsmittelhandel mitwirkte. Die genaue Drogenmenge und der Reinheitsgrad verlieren namentlich an Gewicht, je mehr man sich von der Grenze entfernt, ab welcher ein Fall als schwer im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG betrachtet werden muss und wenn mehrere Qualifikationsgründe nach Art. 19 Abs. 2 BetmG gegeben sind (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc; Urteil des Bundesgerichts 6B\_297/2014 vom 24. November 2014, E. 2.3.2).

## 5.2. Tatkomponenten

5.2.1. In einem ersten Schritt ist betreffend die objektive Tatschwere die massgebliche Drogenmenge zu eruieren, welche auf den Tatzeitraum vor der Erstverurteilung vom 29. Juni 2017 entfällt. Vorab ist diesbezüglich festzuhalten, dass die Anklageschrift betreffend die vom Beschuldigten anerkannten Drogenmengen in Bezug auf die errechnete Reinsubstanz Rechenfehler enthält, welche nur teilweise im Plädoyer vor Vorinstanz (zu Gunsten des Beschuldigten) betreffend Dossier 2 lit. c), lit. d) und lit. e) korrigiert wurden. Nachfolgend ist auch bezüglich in der Anklageschrift noch nicht korrigierter Rechenfehler die Reinsubstanz betreffend zu Gunsten des Beschuldigten jeweils auf die tiefere Drogenmenge abzustellen.

5.2.2. Mit Bezug auf Dossier 1 ist unbestritten, dass der Beschuldigte am 27. März 2017 im Besitz von mindestens 100.01 Gramm Kokain-Reinsubstanz

war sowie 1.18 Gramm Kokain-Reinsubstanz an Dritte veräusserte. Insgesamt ist betreffend Dossier 1 somit von 101.19 Gramm Kokain-Reinsubstanz auszugehen.

5.2.3. Mit Bezug auf Dossier 2 ist für den Tatzeitraum vor dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung) von folgenden Drogenmengen auszugehen:

– Dossier 2 lit. b):

Vom eingeklagten Tatzeitraum entfallen 8 Monate auf den Zeitraum vor dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung). Ausgehend von insgesamt 10 Verkäufen zu brutto 0.7 Gramm ist für 8 Monate (bei einem Reinheitsgehalt von 57%) von 2.66 Gramm Kokain-Reinsubstanz auszugehen

– Dossier 2 lit. c):

Vom eingeklagten Tatzeitraum entfallen 30 Monate auf den Zeitraum vor dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung). Ausgehend von einem monatlichen Verkauf von 0.285 Gramm Kokain-Reinsubstanz ist für 30 Monate von 8.55 Gramm Kokain-Reinsubstanz auszugehen

– Dossier 2 lit. d):

Vom eingeklagten Tatzeitraum entfallen 4 Monate auf den Zeitraum vor dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung). Ausgehend von monatlich drei Verkäufen von ca. 0.57 Gramm Kokain-Reinsubstanz ist für 4 Monate auf 6.84 Gramm Kokain-Reinsubstanz auszugehen

– Dossier 2 lit. e):

Vom eingeklagten Tatzeitraum entfallen 14 Monate auf den Zeitraum vor dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung). Ausgehend von monatlich 8 Verkäufen von ca. 0.285 Gramm Kokain-Reinsubstanz ist für 14 Monate von 31.92 Gramm Kokain-Reinsubstanz auszugehen

– Dossier 2 lit. f):

Vom eingeklagten Tatzeitraum entfallen 30 Monate auf den Zeitraum vor dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung). Ausgehend von einem monatlichen Verkauf von 0.57 Gramm Kokain-Reinsubstanz ist für 30 Monate von 17.1 Gramm Kokain-Reinsubstanz auszugehen

Hinsichtlich Dossier 2 ist somit für den Tatzeitraum vor dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung) von insgesamt 67 Gramm Kokain-Reinsubstanz auszugehen.

5.2.4. Gesamthaft ist für das Dossier 1 und 2 für den Tatzeitraum vor dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung) von ca. 168 Gramm auszugehen, welche der Beschuldigte besessen und teilweise weiterveräussert hat.

5.2.5. Mit einer beim Beschuldigten am 27. März 2017 vorgefundenen Menge Kokain von ca. 100 Gramm Reinsubstanz und einer gemäss Anklageschrift im Zeitraum vom ca. 1. Januar 2015 bis zum 29. Juni 2017 verkauften Menge Kokain von ca. 68 Gramm Reinsubstanz wurde die Menge von 18 Gramm Reinsubstanz, welche einen schweren Fall begründet (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., Art. 19 N 181; BGE 109 IV 143 E. 3b), um ein Vielfaches überschritten. Bei Kokain handelt es sich zudem um eine "harte" Droge, welche dazu geeignet ist, die Gesundheit Dritter massiv zu gefährden. Auch wenn die Menge nicht allein entscheidend für die Beurteilung der objektiven Tatschwere ist, so fällt eine derartige Drogenmenge für die Festlegung des objektiven Tatverschuldens dennoch erheblich ins Gewicht (Urteil des Bundesgerichts 6B\_687/2016 vom 12. Juli 2012, E. 1.4.3). Leicht strafferhöhend wirken sich auch die mehrfachen Verkäufe aus. Betreffend die Art und Weise der Tatbegehung fällt zu Gunsten des Beschuldigten ins Gewicht, dass dem Beschuldigten keine übergeordnete hierarchische Stellung nachgewiesen werden konnte. So tätigte der Beschuldigte mehrere Verkäufe an verschiedene Personen, wobei es sich jeweils um kleinere Mengen handelte. Ferner ist nicht erstellt, dass der Beschuldigte die Abnehmer aktiv kontaktierte und so initiativ den Weiterverkauf des Kokains veranlasste (Urk. D1 2/2 S.4, S. 8). Der Beschuldigte fungierte folglich als Anlaufstelle für Drogenabnehmer, wobei ihm keine weitergehenden planerischen bzw. organisatorischen Vorkehrungen

nachgewiesen werden konnten. Somit hat der Beschuldigte beim Drogenhandel in untergeordneter Stellung mitgewirkt. Das objektive Tatverschulden ist auf einer Skala aller denkbaren qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und in Anbetracht des konkreten sehr weiten Strafrahmens (Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG) als noch leicht zu bezeichnen.

5.2.6. In subjektiver Hinsicht hat der Beschuldigte in Bezug auf den Verkauf von Betäubungsmitteln und im Hinblick auf die Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen vorsätzlich gehandelt. Ferner nahm er zumindest in Kauf, dass er dadurch die Gesundheit seiner Abnehmer schädigt. Sodann ist festzuhalten, dass dem Beschuldigten in der Anklageschrift nicht vorgeworfen wird, sich aus finanziellen Motiven am Drogenverkauf beteiligt zu haben (Urk. D1 14 S. 3 und 6). Solches kann dem Beschuldigten somit auch nicht straf erhöhend zur Last gelegt werden. Die amtliche Verteidigung brachte zu Recht vor, dass die finanzielle und familiäre Situation bei der Strafzumessung strafmindernd berücksichtigt werden müsse (Urk. 89/1 S. 4). Der Beschuldigte gab am 29. März 2017 an, seit drei oder vier Monaten stellenlos zu sein (Urk. D1 2/2 S. 8) und von seinem Vater (gemeint Stiefvater) monatlich Fr. 800.– zu erhalten (Urk. D1 2/3 S. 7). Seine Mutter führte sogar aus, der Beschuldigte habe seit ca. zwei oder drei Jahren keine Arbeitsstelle mehr (Urk. D2 3/5 S. 4). Zudem gab der Beschuldigte zu Protokoll, dass er habe Geld verdienen müssen, weil seine in Spanien lebende Freundin ein Kind erwartet habe (Urk. D1 2/3 S. 7). Sodann geht aus den Akten hervor, dass der Beschuldigte zusammen mit seinem kleineren Bruder, seiner Mutter und seinem Stiefvater zusammen lebt (Urk. D2 5/3 S. 3). Die Mutter arbeitet als Reinigungskraft und der Stiefvater sei gemäss Aussagen der Mutter und des Beschuldigten krank und beziehe eine Rente bzw. Ergänzungsleistungen (Urk. D1 2/2 S. 8; Urk. D2 5/3 S. 4). Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht verfehlt, von einer angespannten finanziellen Situation des Beschuldigten auszugehen und dass die wirtschaftlich desolate Lage des Beschuldigten zur Anwerbung als Drogenverkäufer ausgenutzt wurde bzw. eine solche erleichterte. Mithin ist in diesem Zusammenhang auch glaubhaft, dass der Beschuldigte sich am Drogenhandel beteiligte, um seine Freundin, welche im Tatzeitraum ein Kind erwartete, finanziell zu unterstützen. Eine finanziell angespannte Situation hat den Beschuldigten folglich zur



Tat bewogen und es ist somit nicht von einem rein egoistischen Gewinnstreben auszugehen, was vorliegend leicht strafmindernd berücksichtigt werden kann. Auch gab der Beschuldigte mehrfach an, selber Kokain zu konsumieren (Urk. D1 2/8 S. 12; Urk. D1 2/10 S. 3; Prot. I S. 13). Um sich diesen Drogenkonsum zu finanzieren, sei er auf Geld angewiesen gewesen (Urk. D1 2/8 S. 12; Prot. I S. 19). Selbst wenn der Beschuldigte angab, nicht kokainabhängig zu sein (Urk. D1 2/10 S. 3), ist das Delinquieren zur teilweisen Deckung des Eigenkonsums leicht strafmindernd zu berücksichtigen. Das subjektive Tatverschulden vermag das objektive Tatverschulden somit leicht zu verringern.

### 5.3. Einsatzstrafe

Nach dem Gesagten ist insgesamt von einem leichten Verschulden auszugehen. Es erscheint daher angemessen, eine Einsatzstrafe von 22 Monaten Freiheitsstrafe aufgrund der Tatkomponenten festzusetzen.

### 5.4. Täterkomponenten

5.4.1. Die Vorinstanz hat die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten und seinen Werdegang in den wesentlichen Punkten korrekt zusammengefasst und wiedergegeben. Darauf ist zu verweisen (Urk. 73 S. 13; Art. 82 Abs. 4 StPO). Im Berufungsverfahren sind keine Ergänzungen zu den aktuellen persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten erfolgt. Die amtliche Verteidigung möchte die Tatsache, dass der Beschuldigte im Alter von 15 Jahren aus der Dominikanischen Republik in die Schweiz einreiste, strafmindernd berücksichtigt wissen, weil dem Beschuldigten dadurch der Eintritt in die öffentliche Schule verwehrt geblieben sei und er andererseits nicht das Rüstzeug für eine Ausbildung gehabt habe (Urk. 89/1 S. 4). Sicherlich ist zutreffend, dass der Beschuldigte im Alter von 15 Jahren in der Schweiz keine einfache Situation angetroffen hat, da er sich ohne sprachliche Vorkenntnisse in einem fremden Kulturkreis behaupten musste. Seine beruflichen Tätigkeiten als Reinigungskraft und Serviceangestellter sowie ein Temporäreinsatz bei der C.\_\_\_\_\_ zeigen aber, dass er immerhin beruflich einen Einstieg finden und ein Erwerbseinkommen generieren und sich so in die Arbeitswelt integrieren konnte. Der Verkauf von Drogen war somit nicht der einzige Ausweg aus seiner schwierigen finanziellen Situation, welche bereits bei der sub-

jektiven Tatschwere im Hinblick auf seine Motive für die Delinquenz berücksichtigt wurden. Mit der Vorinstanz lässt sich aus dem Vorleben und den persönlichen Verhältnissen nichts ableiten, was die Strafzumessung in massgeblicher Weise beeinflussen würde.

5.4.2. *In geringem Umfang* strafe erhöhend berücksichtigte die Vorinstanz, dass der Beschuldigte – teilweise – einschlägig vorbestraft ist (Urk. 73 S. 14; Urk. 74). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass auch nicht einschlägige Vorstrafen eine gleichgültige Einstellung des Delinquenten gegenüber der geltenden Rechtsordnung belegen. Sodann ist der Beschuldigte nicht nur vorbestraft, er beging die vorliegend zu beurteilende Tat auch während laufender Probezeit (Urk. 74). Insgesamt resultiert mindestens eine leichte Straferhöhung. Zutreffend ist, dass die Vorinstanz das Geständnis des Beschuldigten moderat strafmindernd berücksichtigte, zumal dies die Untersuchung erheblich erleichterte, indem ihm nicht jeder einzelne Verkauf nachgewiesen werden und die Aussagen der betreffenden Abnehmer nicht auf ihre Glaubhaftigkeit überprüft werden mussten. Ferner wäre unter dem Titel des Nachtatverhaltens leicht strafmindernd zu berücksichtigen gewesen, dass der Beschuldigte das Unrecht seiner Tat einsah und sich dafür entschuldigte (Prot. I S. 19), woraus auf eine gewisse Einsicht und Reue geschlossen werden kann.

## 5.5. Zwischenfazit

Insgesamt halten sich die strafmindernden und strafe erhöhenden Faktoren die Waage. Die objektive und subjektive Tatschwere im Rahmen des qualifizierten Tatbestandes sind im unteren Bereich einzuordnen und dem Beschuldigten ist ein leichtes Verschulden anzulasten, weshalb eine Einsatzstrafe von 22 Monaten als angemessen erscheint.

## 6. Asperation zur Grundstrafe (Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 28. Mai 2018)

6.1. Den vorstehend unter Ziffer II.2 und Ziffer II.3 dargelegten Grundsätzen der Gesamtstrafenbildung bei retrospektiver Konkurrenz folgend ist vorliegend von der mit Urteil vom 29. Mai 2018 ausgefallenen Freiheitsstrafe von 7 Jahren für die

versuchte vorsätzliche Tötung als Grundstrafe auszugehen. Diese ist für die Verurteilung wegen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz (für den Tatzeitraum vor der Erstverurteilung vom 29. Juni 2017) mittels Asperation angemessen um 15 Monate zu erhöhen, womit eine hypothetische Gesamtfreiheitsstrafe von 8 Jahren und 3 Monaten resultiert. Sodann ist von der so gebildeten hypothetischen Gesamtstrafe die vom Erstrichter ausgesprochene rechtskräftige Grundstrafe abzuziehen und der verbleibende Rest als Zusatzstrafe zu verhängen. Es resultiert eine Zusatzstrafe von 15 Monaten.

6.2. Auf den Tatzeitraum vor der Erstverurteilung vom 29. Juni 2017 entfällt ferner teilweise der Tatvorwurf des Konsums von mindestens 4 Portionen Kokain pro Monat (mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes nach Art. 19 a BetmG, Dossier 2). Betreffend die Ausfällung einer Busse für dieses Delikt erscheint es nicht sachgemäss, zwischen einer Tathandlung vor und nach der Erstverurteilung vom 29. Juni 2017 zu unterscheiden, weil nicht eruiert werden kann, welche Drogenmenge auf welchen Zeitpunkt entfällt. Es erscheint betreffend diesen Tatvorwurf sachgerecht, die strafbare Handlung als Tateinheit zu betrachten, wobei sich die Einzelakte im Rahmen der Strafzumessung in denjenigen Teil des Delikts eingliedern, in welchen die letzte Einzeltat fällt (vgl. BGE 145 IV 377 E. 2.3.3). Gemäss Anklage erstreckt sich der Tatzeitraum bis zum 28. Oktober 2017. Somit ist für die Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Rahmen der Strafzumessung für die Tathandlungen nach der Erstverurteilung 29. Juni 2017 eine Busse auszufällen (vgl. nachstehend Ziffer II.7.).

## 7. Strafzumessung betreffend das Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz für den Tatzeitraum nach der Erstverurteilung (29. Juni 2017)

7.1. In einem nächsten Schritt ist eine Strafe für die Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz für Tathandlungen nach der Erstverurteilung (29. Juni 2017) auszufällen (Dossier 2). Diesbezüglich ist wiederum im Rahmen der objektiven Tatschwere die massgebliche Drogenmenge zu eruieren, welche auf den Tatzeitraum nach der Erstverurteilung vom 29. Juni 2017 entfällt:

– Dossier 2 lit. a):

Für den eingeklagten Tatzeitraum ist von 22.98 Gramm Kokain-Reinsubstanz auszugehen

– Dossier 2 lit. b):

Vom eingeklagten Tatzeitraum entfallen 4 Monate auf den Zeitraum nach dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung). Ausgehend von insgesamt 10 Verkäufen zu brutto 0.7 Gramm ist für 4 Monate (bei einem Reinheitsgehalt von 57%) von ca. 1.33 Gramm Kokain-Reinsubstanz auszugehen

– Dossier 2 lit. c):

Vom eingeklagten Tatzeitraum entfallen 4 Monate auf den Zeitraum nach dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung). Ausgehend von einem monatlichen Verkauf von 0.285 Gramm Kokain-Reinsubstanz ist für 4 Monate von 1.14 Gramm Kokain-Reinsubstanz auszugehen

– Dossier 2 lit. d):

Vom eingeklagten Tatzeitraum entfallen 4 Monate auf den Zeitraum nach dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung). Ausgehend von monatlich drei Verkäufen von ca. 0.57 Gramm Kokain-Reinsubstanz ist für 4 Monate auf 6.84 Gramm Kokain-Reinsubstanz auszugehen

– Dossier 2 lit. e):

Vom eingeklagten Tatzeitraum entfallen 4 Monate auf den Zeitraum nach dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung). Ausgehend von monatlich 8 Verkäufen von ca. 0.285 Gramm Kokain-Reinsubstanz ist für 4 Monate von 9.12 Gramm Kokain-Reinsubstanz auszugehen

– Dossier 2 lit. f):

Vom eingeklagten Tatzeitraum entfallen 4 Monate auf den Zeitraum nach dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung). Ausgehend von einem monatlichen Verkauf von 0.57 Gramm Kokain-Reinsubstanz ist für 4 Monate von 2.28 Gramm Kokain-Reinsubstanz auszugehen

7.2. Hinsichtlich Dossier 2 ist somit für den Tatzeitraum nach dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung) von insgesamt 43.69 Gramm Kokain-Reinsubstanz auszugehen, welche der Beschuldigte besessen und im Umfang von ca. 20 Gramm Kokain-Reinsubstanz veräusserte. Die Menge von 18 Gramm Reinsubstanz, welche einen schweren Fall begründet, wurde damit wiederum deutlich überschritten. Betreffend die Art und Weise der Tatbegehung sowie in Bezug auf die subjektive Tatkomponente kann vollumfänglich auf vorstehende Ausführungen (Ziffer II.5.2.5-5.2.6) verwiesen werden. Insgesamt ist von einem leichten Tatverschulden auszugehen.

7.3. Auch hinsichtlich der Täterkomponenten kann auf vorstehende Ausführungen verwiesen werden (Ziffer II.4.4). Vorstehenden Erwägungen zu den Täterkomponenten bleibt hinzuzufügen, dass der Beschuldigte die verübten Delikte nach der Erstverurteilung während einer laufenden Strafuntersuchung beging, was strafehöhend zu berücksichtigen ist. Insgesamt rechtfertigt es sich, isoliert betrachtet eine hypothetische Einsatzstrafe für die Betäubungsmitteldelikte (Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz) nach dem 29. Juni 2017 (Erstverurteilung) von 16 Monaten festzusetzen.

7.4. Die amtliche Verteidigung bringt vor, auf den vorliegenden Sachverhalt wäre die alte bundesgerichtliche Rechtsprechung anzuwenden, gemäss welcher die Strafe für die Delikte nach der Erstverurteilung und die Zusatzstrafe nicht zu addieren sondern zu asperieren seien (Urk. 89/1 S. 6). Die amtliche Verteidigung macht damit geltend, dass eine nach der Anklageerhebung geänderte Rechtsprechung, welche sich zu Ungunsten des Beschuldigten auswirkt, nicht angewendet werden dürfe. Damit beruft sich die amtliche Verteidigung sinngemäss auf das Rückwirkungsverbot. Das im Strafrecht geltende Rückwirkungsverbot, welches

Ausfluss des verfassungsrechtlichen Legalitätsprinzips ist (Art. 5 Abs. 1 BV), ist in Art. 2 Abs. 1 StGB geregelt und wird durch den Grundsatz der *lex mitior* in Abs. 2 eingeschränkt. Beschuldigte, die nach Inkrafttreten des neuen Rechts verurteilt werden, fallen unter dieses, wenn es für sie das mildere ist. Art. 2 StGB bezieht sich hingegen nur auf Gesetzesänderungen und nicht auf eine Änderung der Rechtsprechung (Trechsel/Vest. in: Schweizer Strafgesetzbuch - Praxiskommentar, Art. 2 N 1; BSK-Popp/Berkemeier, Art. 2 N 17). Die Argumentation der amtlichen Verteidigung zielt damit ins Leere.

7.5. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung betreffend die teilweise retrospektive Konkurrenz ist zur Zusatzstrafe (vorliegend 15 Monate Freiheitsstrafe) die Strafe, welche für die Delikte nach der Erstverurteilung erginge, zu addieren. Vorliegend wäre somit der Beschuldigte mit 31 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen. Da diese Sanktion aufgrund des Verschlechterungsverbot nicht ausgefällt werden kann, ist im Folgenden auch keine weitere Strafzumessung für die Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz (Dossier 2, Verkauf von 8 Gramm Marihuana) vorzunehmen, welche in den Zeitraum nach der Erstverurteilung fallen. Es bleibt bei den durch die Vorinstanz ausgefallenen 24 Monaten Freiheitsstrafe.

7.6. Sodann ist eine Strafzumessung betreffend die mehrfachen Übertretungen gegen das Betäubungsmittelgesetz vorzunehmen. Für die Übertretung gemäss Art. 19a Abs. 1 BetmG sieht das Gesetz eine Bestrafung mit Busse vor. Für Übertretungen gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG ist eine Bestrafung mit Busse vorgesehen. Mangels Androhung einer gleichartigen Strafe ist somit für dieses Delikt eine selbständige Strafe auszusprechen. Der Beschuldigte konsumierte vorsätzlich mindestens vier Mal monatlich Kokain. Das Gericht bemisst eine Busse nach den Verhältnissen des Täters und nach dessen Verschulden (Art. 106 Abs. 3 StGB). Vorliegen fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte mehrfach konsumierte, obwohl er wusste, und dies sogar während einer laufenden Strafuntersuchung. Hingegen wirkt sich das Geständnis verschuldensmildernd aus. Insgesamt erweist sich eine Busse von Fr. 200.– als verschuldensangemessen. Die geringe Bussenhöhe trägt auch den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen Rechnung.

## 8. Fazit

Unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbots ist die von der Vorinstanz ausgefallte Sanktion zu bestätigen. Der Beschuldigte ist daher mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten (unter Anrechnung von 211 Tagen [27.03.2017 bis 29.03.2017 und 28.10.2017 bis 23.05.2018; Urk. D1 10/1; D1 10/05; D1 10/7; Urk. 15] erstandener Haft) sowie mit einer Busse von Fr. 200.– als teilweise Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Mai 2018 ausgefallten Strafe zu bestrafen. Für die Busse ist praxisgemäss eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen festzusetzen.

### III. Vollzug

Der amtliche Verteidiger focht den Vollzug der Freiheitsstrafe und der ausgefallten Busse an (Urk. 89/1 S. 2) an. Hingegen beantragte er, die auszufällende Freiheitsstrafe sei zu vollziehen. Der unbedingte Vollzug der Freiheitsstrafe und der Busse ist infolge fehlender Opposition und zutreffender rechtlicher Würdigung durch die Vorinstanz zu bestätigen (Urk. 73 S. 21). Somit ist die Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu vollziehen und die Busse von Fr. 200.– ist zu bezahlen.

### IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO hat die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu befinden, wenn sie selber ein neues Urteil fällt und nicht kassatorisch entscheidet (Griesser in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014 [kurz ZH StPO Komm.], N 14 zu Art. 428). Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Das war vorliegend der Fall, sodass ausgangsgemäss die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen sind bzw. die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffer 14) zu bestätigen ist. Im Hinblick auf die Entschädigung des amtlichen Verteidigers wurde einzig der Rückforderungsvorbehalt zu Lasten des Beschuldigten angefochten (Urk. 89/1 S. 2). Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Be-

schuldigte (nach dem Vollzug der Landesverweisung) dereinst wieder in die Schweiz zurückkehren wird, da ein Grossteil seiner Familie ihren Lebensmittelpunkt in der Schweiz begründet hat. Aufgrund der Tatsache, dass der Beschuldigte in der Schweiz auch erwerbstätig war, ist nicht auszuschliessen, dass er dereinst in der Lage sein wird, die Entschädigung des amtlichen Verteidigers dem Kanton zurückzubezahlen (Art. 135 Abs. 4 StPO). Vor diesem Hintergrund ist der von der Vorinstanz angeordnete Rückforderungsvorbehalt betreffend die Kosten für die amtliche Verteidigung (Dispositivziffer 15) zu bestätigen.

2. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Ob bzw. inwieweit eine Partei im Sinne dieser Bestimmung obsiegt oder unterliegt, hängt davon ab, in welchem Ausmass ihre vor der zweiten Instanz gestellten Anträge gutgeheissen werden (Urteil des Bundesgerichtes 6B\_1025/2014 vom 9. Februar 2015 E. 2.4.1 mit Hinweisen; bestätigt in 6B\_10/2015 vom 24. März 2015 E. 4.2.1). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen vollumfänglich. Bei diesem Ausgang sind dem Beschuldigten auch die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, aufzuerlegen. Die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO für die Kosten der amtlichen Verteidigung bleibt vorbehalten.

3. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 2'500.– anzusetzen. Für das Berufungsverfahren macht der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_, Aufwendungen von Fr. 2'762.– (inkl. Barauslagen und MwSt.; Urk. 95) geltend. Die geltend gemachten Aufwendungen erweisen sich angesichts des Aktenumfangs und der Komplexität des Falles als angemessen. Der amtliche Verteidiger ist insgesamt mit Fr. 2'762.– (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass der Beschluss sowie das Urteil des Bezirksgerichts, 3. Abteilung, vom 12. März 2020 bezüglich der Dispositivziffern 1



(Schuldsprüche), 5-6 (Landesverweisung und Ausschreibung im SIS), 7-12 (Beschlagnahmungen), 13 (Kostenfestsetzung) und 16 (Entschädigung vor-malige amtliche Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen sind.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, dies als teilweise Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Mai 2018 ausgefallten Strafe, wovon 211 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 200.–.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
3. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen.
4. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 14) und das erstinstanzliche Entschädigungsdispositiv (Ziff. 15) werden bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 2'762.– 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 gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
7. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich

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

- die Vorinstanz
  - den Justizvollzug und Wiedereingliederung Kanton Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste, unter Beilage des Formulars "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"
  - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich.
8. Gegen diesen Entscheid kann **bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 17. Dezember 2020

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

MLaw Orlando