

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110512-O/U/rc

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. et phil. Glur, Vorsitzender, und lic. iur. Spiess,
die Oberrichterin Dr. Janssen sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. Aardoom

Urteil vom 13. Dezember 2011

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom
5. Juli 2011 (DG110086)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 10. März 2011 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 15).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3-6 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten, wovon 39 Tage durch Polizei- und Untersuchungshaft sowie 147 Tage durch vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 15 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (15 Monate, abzüglich 186 Tage, die durch Polizei- und Untersuchungshaft sowie durch vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Das unter der Sachkaution-Nr. ... sichergestellte Mobiltelefon Samsung sowie die SIM-Karte ... werden definitiv eingezogen.
5. Das unter der Sachkaution-Nr. ... sichergestellte Mobiltelefon Nokia wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils dem Beschuldigten herausgegeben.
6. Die sichergestellten und bei der Kantonspolizei unter der Lager-Nr. ... aufbewahrten Betäubungsmittel werden definitiv eingezogen und nach Eintritt der Rechtskraft durch die Lagerbehörde vernichtet.
7. Die Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'500.- ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. Kanzleikosten Untersuchung
Fr. 300.- Auslagen Untersuchung
Fr. 2'000.- Gebühr Strafuntersuchung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

1. Der Angeklagte sei des Verbrechens gegen Art. 19 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen.
2. Der Angeklagte sei mit einer Freiheitsstrafe von maximal 24 Monaten zu bestrafen. Die vom Angeklagten erstandenen 347 Tage Haft (Untersuchungshaft bzw. vorzeitiger Strafvollzug) seien an die Freiheitsstrafe anzurechnen.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei im Umfang von je 12 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von 3 Jahren bedingt aufzuschieben bzw. unter Anrechnung der vom Beschuldigten erstandenen 347 Tage Haft zu vollziehen.
4. Im Übrigen sei das erstinstanzliche Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 5. Juli 2011 (DG110086) zu bestätigen.

Alles unter Kostenfolgen zulasten der Staatskasse.

b) Der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:

(schriftlich, Urk. 33)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Das Gericht erwägt:

I.

a) Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, von einem in C. _____ [Land in Europa] ansässigen Kokainlieferanten den Auftrag zu einem Drogentransport angenommen zu haben, wofür ihm ein Kurierlohn von Fr. 3'000.– versprochen worden sei. Bei seiner am tt. Januar 2011 am Flughafen Zürich-Kloten erfolgten Einreise in die Schweiz habe er in seinem Verdauungstrakt 120 Fingerlinge mit insgesamt 1'160 Gramm Kokaingemisch (enthaltend 30 % bzw. 348 Gramm reines Kokainhydrochlorid, vgl. Urk. 9/6) mitgeführt. Er sei in der Folge mit der Eisenbahn nach D. _____ gefahren, um sich mit dem Mitbeschuldigten E. _____ zu treffen, dem er – nach erfolgter Ausscheidung – auch das Kokain hätte übergeben sollen. Dazu sei es aber nicht mehr gekommen, weil die Polizei die beiden Männer bei deren Zusammentreffen verhaftet habe.

b) Das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, sprach den geständigen Beschuldigten am 5. Juli 2011 der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3-6 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG schuldig und bestrafte ihn mit 30 Monaten Freiheitsstrafe. Dem Beschuldigten wurde für einen Strafteil von 15 Monaten der bedingte Vollzug mit einer Probezeit von 3 Jahren gewährt. Die sichergestellten Betäubungsmittel sowie ein Mobiltelefon der Marke "Samsung" wurden eingezogen, ein weiteres Mobiltelefon der Marke "Nokia" freigegeben. Ausgangsgemäss wurden die Verfahrenskosten dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 25 S. 11/12).

c) Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte rechtzeitig die Berufung anmelden (Urk. 23; Art. 399 Abs. 1 StPO) und in der Folge auch fristgerecht die Berufungserklärung einreichen (Urk. 27; vgl. Urk. 24/1, Art. 399 Abs. 3 und Art. 90 Abs. 2 StPO). Er strebt eine mildere Bestrafung in Anwendung der neuen, am 1. Juli 2011 in Kraft getretenen Fassung des Betäubungsmittelgesetzes an. Die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich teilte mit Eingabe vom 30. August 2011 fristgerecht (vgl. Urk. 29 und 30/2) mit, dass sie keine Anschlussberufung erhebe, sondern die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils beantrage und sich am weiteren Verfahren nicht aktiv beteiligen werde (Urk. 31). Mit Präsidialverfügungen vom 4. Oktober 2011 (Urk. 35) bzw. 10. Oktober 2011 (Urk. 38) wurde der Staatsanwalt mit Einverständnis der Verteidigung (Urk. 36) von der persönlichen Teilnahme an der Berufungsverhandlung dispensiert und die Herausgabe des Mobiltelefons der Marke "Nokia" veranlasst. Nach der heutigen Berufungsverhandlung erweist sich der Prozess als spruchreif.

II.

Hinsichtlich der Einziehung bzw. Freigabe von Mobiltelefonen, der Einziehung der sichergestellten Betäubungsmittel und des Kostendispositivs (Dispositivziffern 4-8) blieb das vorinstanzliche Urteil unangefochten. Es ist somit insoweit in Rechtskraft erwachsen (Art. 402 StPO), was vorab festzustellen ist.

III.

1. Der Beschuldigte anerkannte den nun eingeklagten Sachverhalt schon in der ersten Befragung grundsätzlich als zutreffend. Er wandte einzig ein, dass er nicht wisse, was sich in den Fingerlingen befunden habe, die er in C._____ im Auftrag eines Mannes geschluckt habe, den er unter dem Namen "F._____" kenne (Urk. 5/1 S. 1 und S. 3/4). In der staatsanwaltlichen Hafteinvernahme erklärte der Beschuldigte, er habe nicht genau gewusst, welche Substanz er in sich trage. Er habe aber gewusst, dass es etwas Gefährliches und eine illegale Substanz sei (Urk. 5/2 S. 3). Im weiteren Verlauf der Untersuchung sagte der Beschuldigte, er habe selber gedacht, wenn er etwas in seinem Bauch transportieren müsse, sei

es "etwas Starkes", etwas, das man im Bauch verstecke. Er habe nicht nach dem Inhalt der Fingerlinge gefragt, aber schon gedacht, dass er Drogen transportieren müsse (Urk. 5/3 S. 4/5). Er habe gewusst, dass es sich um "harte Substanzen" gehandelt habe, aber das Wort "Kokain" kenne er in seinem Sprachgebrauch nicht (Urk. 5/4 S. 2). Er habe gewusst, dass es harte Drogen sein mussten (a.a.O., S. 5). Der Beschuldigte blieb auch vor Bezirksgericht (Urk. 17 S. 4/5) und heute (Prot. II S. 7) bei seinem Geständnis. Dieses stimmt mit den übrigen Untersuchungsergebnissen überein. Der eingeklagte Sachverhalt ist somit erstellt.

2. a) Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3-6 (Abs. 3: Transportieren und Einführen; Abs. 5: Besitz; Art. 6 in Verbindung mit Abs. 4: Anstaltentreffen zum Verschaffen der Betäubungsmittel) in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG schuldig. Auf die Vorbringen der Verteidigung, dass schon der Tatbestand der Einfuhr von Betäubungsmitteln aus dem Ausland auch deren Übernahme und auftragsgemässe Ablieferung umfasse und daher für eine zusätzliche Verurteilung wegen dieser Handlungsteile kein Raum bleibe (Urk. 19 S. 3), ging das Bezirksgericht in seiner Urteilsbegründung nicht ein (Urk. 25 S. 5). Die Ausführung eines Drogentransports ist notwendigerweise mit der Entgegennahme und Ablieferung der Drogen verbunden. Soweit der Täter keine weiteren Tathandlungen ausgeführt hat, erübrigt sich daher die Anwendung weiterer Tatbestandsvarianten von Art. 19 BetmG (vgl. hierzu auch Fingerhuth / Tschurr, BetmG-Kommentar, N 129 f. zu Art. 19).

b) Gemäss dem seit dem 1. Juli 2011 geltenden Art. 19 lit. a BetmG wird der Täter mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wenn er wusste oder annehmen musste, dass sein Handeln mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen könnte. Der Gesetzgeber knüpfte mit dieser Formulierung offensichtlich an die Bestimmung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG an. Insbesondere blieb auch die Strafandrohung unverändert. Zwar erwähnt nun das Gesetz die Menge als Kriterium für das Ausmass der Gefährdung von Drogenkonsumenten nicht mehr. Der Verteidiger des Beschuldigten brachte zu Recht vor, dass es neu auch auf weitere Umstände ankomme, so etwa auf die Gefahr einer Überdosierung oder auf problematische Applikations- oder Mischkonsum-

formen (Urk. 19 S. 3, Urk. 44 S. 2). Dies kann aber nicht bedeuten, dass es nicht mehr auf die Menge ankommt. Nach der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG lag ab einer Menge von 18 Gramm reinen Kokainhydrochlorids ein schwerer Fall vor (BGE 109 IV 145, 111 IV 101). Zu einer anderen Beurteilung des Gefährdungspotentials von Kokain besteht aufgrund der vorliegenden Gesetzesänderung kein Anlass. Dies gilt umso mehr für den vorliegenden Fall, wo es um nahezu das Zwanzigfache der genannten Menge geht. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint daher das neue Recht auch nicht als milder als die zur Tatzeit in Geltung gewesene Fassung des Betäubungsmittelgesetzes.

c) Mit der Revision des Betäubungsmittelgesetzes wurden auch neue Strafmilderungsgründe eingeführt. Da keinerlei Anhaltspunkte für eine Drogenabhängigkeit des Beschuldigten bestehen, fällt der diesbezügliche Strafmilderungsgrund (Art. 19 Abs. 3 lit. b BetmG) von vornherein ausser Betracht. Gleiches gilt aber auch für den Strafmilderungsgrund gemäss Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG, weil nach dem bereits Gesagten (Erw. III/2a) mit dem Tatbestand der Drogeneinfuhr (Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG) die damit verbundenen auf die Ablieferung der transportierten Drogen gerichteten Handlungen eines Drogenkuriers bereits erfasst werden. Das neue Recht erweist sich somit auch unter diesem Aspekt nicht als milder. Der Beschuldigte ist demgemäss der qualifizierten Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG schuldig zu sprechen.

IV.

1. a) Qualifizierte Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz werden mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zwanzig Jahren bestraft. Zusätzlich kann eine Geldstrafe ausgefällt werden (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 aBetmG). Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe bestehen vorliegend nicht. Innerhalb des gesetzlichen Rahmens ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters festzusetzen. Zu berücksichtigen sind dabei auch das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben. Das Verschulden wird nach der Schwere der Rechtsgutverletzung, nach der Verwerflichkeit der Tathandlungen, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach

bestimmt, wie weit der Täter nach den gegebenen Umständen in der Lage war, rechtskonform zu handeln (Art. 47 Abs. 1 und 2 StGB).

b) Bei Betäubungsmitteldelikten insbesondere hängt das Ausmass des Verschuldens nicht nur von der Menge und Art der Drogen, sondern auch von der Art und Weise der Tatbegehung, den Beweggründen des Täters und seinem Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren ab (BGE 118 IV 348). Das Verschulden eines Drogenkuriers wiegt leichter als dasjenige eines Täters, der Drogen verkauft oder gar im grossen Stil den Drogenhandel organisiert und dirigiert. Wer selber süchtig ist und sich massgeblich vom Bedürfnis leiten lässt, Drogen für den Eigenkonsum zu beschaffen, ist milder zu beurteilen als derjenige, der einzig um des schnell verdienten Geldes willen delinquierte. Ein vollumfängliches Geständnis und insbesondere die Kooperation des Täters bei der Aufklärung weiterer Straftaten kann sich wesentlich strafmindernd auswirken. Wer sich trotz einschlägiger Vorstrafen erneut im Drogenhandel betätigt, verdient eine deutlich strengere Strafe als ein Ersttäter, und eine einmalige Verfehlung wiegt leichter als eine lange andauernde Delinquenz. Die Strafe ist nach der Gesamtheit aller Umstände zuzumessen.

2. Der Beschuldigte hat eine schon recht erhebliche Menge, nämlich fast 350 Gramm reines Kokainhydrochlorid, in die Schweiz eingeführt. Kokain gehört aufgrund seines grossen Suchtpotenzials zu den gefährlichsten Drogen. Zu beurteilen ist ein einmaliger Transport von Drogen. Als Kurier stand der Beschuldigte innerhalb des Drogenhandels auf einer niedrigen Hierarchiestufe. Indem er das Kokain in seinem Verdauungstrakt transportierte, setzte er sich zudem einer erheblichen Gefahr für sein Leben aus, um ein vergleichsweise bescheidenes Entgelt zu erlangen. Sein Tatmotiv war zugegebenermassen finanzieller Natur. Er führte wiederholt aus, dass er im Zusammenhang mit dem Tod seines Vaters und einer Kaiserschnittgeburt seiner Ehefrau in M. _____ [Land] dringend Geld benötigt habe. Auch müsse er in C. _____ noch für ein zweites Kind sorgen. Er habe versucht, sich irgendwo Geld zu leihen, und sei dabei an diese Leute (d.h. Drogenhändler) geraten. Da habe sich ihm diese Gelegenheit geboten, und so habe er sich auf den Drogentransport eingelassen (Urk. 5/1 S. 4, Urk. 5/2 S. 5, Urk. 5/3

S. 3, Urk. 43 S. 3). Diese Schilderung der Umstände, die den Beschuldigten zur Tatbegehung veranlassten, ist plausibel und in weiten Teilen sogar aktenmässig belegt (vgl. Urk. 20/1-3), weshalb darauf abzustellen ist. Auch lebte der Beschuldigte unmittelbar vor der Tat in sehr knappen finanziellen Verhältnissen. In einer ausweglosen Notsituation befand sich der Beschuldigte damit allerdings nicht. Sein Vater war im November 2010 verstorben (Urk. 17 S. 3) und dessen Bestattung somit zweifellos längst erfolgt. Die Geburt des Kindes lag bereits eine Woche zurück (Urk. 5/2 S. 5). Anlässlich der Berufungsverhandlung erklärte der Beschuldigte, seine Anwesenheit in M._____ nach dem Tod seines Vaters sei nötig gewesen, da gewisse Dokumente zum Erhalt der Todesfalleistungen hätten organisiert werden müssen, wofür er persönlich hätte vorsprechen müssen. Die Todesfalleistung hätte seiner Mutter deshalb bis heute nicht ausgerichtet werden können (Urk. 43 S. 5 f.). Zu regeln waren somit nur noch finanzielle Angelegenheiten. Der Beschuldigte machte nie geltend, dass er deswegen unter schwerem Druck gestanden oder gar an Leib und Leben bedroht worden sei. Die finanzielle Situation des Beschuldigten kann sich deshalb nicht wesentlich verschuldensmindernd auswirken. Die Gesamtsituation lässt sein Verschulden jedoch in etwas milderem Licht erscheinen. Sein Verschulden ist insgesamt – im Rahmen von Art. 19 Ziff. 2 aBetmG – als nicht mehr leicht einzustufen. Noch ohne Berücksichtigung der täterbezogenen Strafzumessungsgründe ist als Sanktion eine Freiheitsstrafe in der Grössenordnung von 24 Monaten ins Auge zu fassen.

3. a) A._____ wurde 1983 in M._____ geboren. Er wuchs zusammen mit fünf Geschwistern bei seinen Eltern auf. Sein Vater verstarb im November 2010. Die Mutter und sämtliche Geschwister leben in M._____. Der Beschuldigte besuchte sechs Jahre die Primar- und weitere sechs Jahre die Sekundarschule. Eine Berufsausbildung genoss er nicht. Er fand in seiner Heimat auch keine Arbeit und emigrierte deshalb 2004 nach C._____, wo er seither lebt. Im Oktober 2009 heiratete er G._____, geb. H._____, die ebenfalls aus M._____ stammt und derzeit auch dort lebt, weil sie nach dem Studium für ein Jahr dienstverpflichtet ist. Das Ehepaar hat eine Tochter, die an Weihnachten 2010 zur Welt kam. Aus einer früheren Beziehung hat der Beschuldigte einen sechsjährigen Sohn. Vor seiner Verhaftung wohnte er in I._____ [Stadt im Land C._____], wo er 2009/10 bei ei-

nem Baugeschäft arbeitete. Zuletzt war er allerdings arbeitslos und auf Sozialhilfe angewiesen, die lediglich € 420.– betrug. Er hat kein Vermögen und – ausser allenfalls den bereits erwähnten Todesfall- und Entbindungskosten – auch keine Schulden. Die Hobbies des Beschuldigten sind Fussball und Musik. Gemäss seinen Aussagen vor Vorinstanz besteht die Aussicht, dass er bei der erwähnten Baufirma in I._____ wieder Arbeit bekommen wird (Urk. 13/1, Urk. 13/5, Urk. 17 S. 2-4).

b) In der Schweiz ist der Beschuldigte nicht vorbestraft (Urk. 13/3), wohl aber in J._____. Der Polizeirichter von K._____ [Stadt im Land J._____] bestrafte ihn am 17. Januar 2007 wegen eines Betäubungsmitteldelikts zu 7 Monaten Gefängnis, die der Beschuldigte auch verbüssen musste (Urk. 13/4).

4. a) Deutlich strafferhöhend fällt die einschlägige Vorstrafe ins Gewicht. Keinen Straferhöhungsgrund bildet entgegen der vorinstanzlichen Auffassung (vgl. Urk. 25 S. 7) die Tatsache, dass der Beschuldigte selber nicht drogenabhängig ist. Dies hat lediglich zur Folge, dass ihm unter diesem Titel keine Strafminderung oder gar -milderung gewährt werden kann.

b) Das Geständnis des Beschuldigten kann als solches nur leicht strafmindernd berücksichtigt werden, da er in flagranti verhaftet wurde und in Anbetracht der in seinem Verdauungstrakt mitgeführten Kokainfingerlinge auch keine Möglichkeit hatte, die vorsätzliche Tatbegehung in Abrede zu stellen. Eine zusätzliche Strafminderung ist dem Beschuldigten aber zu gewähren, weil er dazu beigetragen hat, den nicht geständigen Drogenabnehmer E._____ zu überführen. Die schwierigen Lebensumstände des Beschuldigten zur Tatzeit wurden bereits beim subjektiven Verschulden berücksichtigt, so dass eine erneute Berücksichtigung an dieser Stelle entfällt. Eine zusätzliche Reduktion der Strafe wegen Strafempfindlichkeit ist dem Beschuldigten nicht zuzugestehen (Urk. 44 S. 5). Wer im Ausland delinquent, nimmt in Kauf, nicht in der Heimat inhaftiert zu werden, weshalb er sich nicht darauf berufen kann, erhöht strafempfindlich zu sein, da er keinen persönlichen Besuch von Freunden und Familie erhalte. Zugute zu halten sind dem Beschuldigten schliesslich die vor Gericht bekundete Einsicht und Reue (Prot. I S. 7) sowie ein tadelloses Verhalten im Strafvollzug (Urk. 20/4, Urk. 42).

c) Der gewichtige Straferhöhungsgrund der einschlägigen Vorstrafe überwiegt die dargelegten strafmindernden Umstände. Bei einer gesamthaften Würdigung aller für die Strafzumessung relevanten Tatsachen erscheint daher eine Freiheitsstrafe von 26 Monaten als angemessene Sanktion.

d) Der Beschuldigte hat bis heute insgesamt 347 Tage Haft erstanden (vgl. Urk. 12/1-10 und Urk. 26), die ihm auf die Strafe anzurechnen sind (Art. 51 StGB).

V.

a) Das Gericht schiebt den Vollzug einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Wurde der Täter jedoch innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Strafaufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB). Ausländische Urteile sind schweizerischen gleichgestellt, wenn sie bezüglich Strafwürdigkeit des Verhaltens, Mass der verhängten Strafe und Verfahrensgerechtigkeit den Grundsätzen des schweizerischen Rechts entsprechen (Basler Kommentar zum StGB, N 90 zu Art. 42 mit Hinweis auf die bundesrätliche Botschaft zur Revision des Allgemeinen Teils des StGB). Diese Voraussetzungen gelten auch für die Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs (BGE 134 IV 11).

b) Der Beschuldigte wurde im Jahre 2007 von einem ... Gericht [des Staates J. _____] wegen Widerhandlung gegen das dortige Betäubungsmittelgesetz mit sieben Monaten Gefängnis bestraft (Urk. 13/4). Das nun zu beurteilende Delikt hat er innerhalb von fünf Jahren nach dieser Verurteilung begangen. Dies hat zur Folge, dass ihm sowohl der bedingte als auch der teilbedingte Strafvollzug nur noch unter der Voraussetzung besonders günstiger (prognoserelevanter) Umstände gewährt werden kann. Die Vorinstanz prüfte indessen – wohl versehentlich – nur die Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 1 StGB und gewährte dem Beschuldigten auf dieser Basis den teilbedingten Strafvollzug (Urk. 25 S. 9). Dabei muss

es, da einzig der Beschuldigte appelliert hat, aufgrund des Verbots der *reformatio in peius* (Art. 391 Abs. 2 StPO) sein Bewenden haben.

c) Bei einer teilweise bedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 26 Monaten muss der zu verbüssende Strafteil mindestens sechs Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 StGB), darf aber 13 Monate nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB). Innerhalb dieses Rahmens steht dem Gericht ein erheblicher Ermessensspielraum offen. Bei dessen pflichtgemässer Handhabung muss es aber einerseits die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Beschuldigten und andererseits dessen Einzeltatschuld angemessen berücksichtigen (BGE 134 IV 15, BGE 6B_785/2007 vom 14. Mai 2008, E. 3.1., BGE 6B_941/2009 vom 28. Januar 2010, E. 4). Vorliegend ist das Tatverschulden auch im Rahmen des qualifizierten Tatbestandes von Art. 19 Ziff. 2 aBetmG nicht mehr leicht und somit insgesamt schon erheblich, aber auch noch nicht besonders schwer. Aufgrund der einschlägigen, erst wenige Jahre zurückliegenden Vorstrafe bestehen aber andererseits erhebliche Bedenken bezüglich der Bewährungsaussichten des Beschuldigten. Besonders günstige Umstände, die an sich hätten vorliegen müssen, damit ihm der teilbedingte Strafvollzug überhaupt noch gewährt werden kann, sind nicht ersichtlich. Bei dieser Sachlage drängt es sich auf, den unbedingt vollziehbaren Strafteil auf das vorliegend gegebene gesetzliche Maximum von 13 Monaten festzusetzen. Die erstinstanzlich festgesetzte Probezeit von drei Jahren trägt den erwähnten Bedenken Rechnung und kann im übrigen aus prozessualen Gründen (Art. 391 Abs. 2 StPO) heute nicht verlängert werden.

VI.

Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Berufung insofern teilweise, als die Strafe von 30 auf 26 Monate reduziert wird. Er unterliegt hingegen mit seinem Antrag, den unbedingt vollziehbaren Strafteil auf weniger als die Hälfte der Strafe festzusetzen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens erscheint es als angemessen, dem Beschuldigten die Hälfte der zweitinstanzlichen Gerichtskosten aufzuerlegen und die verbleibende Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Da der Beschuldigte derzeit nicht über die Mittel verfügt, um die Kosten seiner

amtlichen Verteidigung zu tragen, und eine Rückforderung derselben (Art. 135 Abs. 4 StPO) aller Voraussicht nach auch in Zukunft unmöglich sein wird, sind die Kosten der amtlichen Verteidigung definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 5. Juli 2011, bezüglich der Dispositivziffern 4-8 (Einziehung bzw. Herausgabe sichergestellter Sachen und Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 26 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis heute 347 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 13 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt. Im Übrigen wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'400.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung (*ausstehend*)
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen, diejenigen der amtlichen Verteidigung jedoch ganz auf die Gerichtskasse genommen.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- sowie in vollständiger Ausfertigung an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
 - das Bundesamt für Polizei
- und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.
7. 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, 13. Dezember 2011

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. et phil. Glur

lic. iur. Aardoom