

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130196-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. F. Bollinger, Präsident, lic. iur. S. Volken und
Ersatzoberrichterin lic. iur. C. Brenn sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. S. Hürlimann Winterhalter

Urteil vom 2. Dezember 2013

in Sachen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

vertreten durch Leitende Staatsanwältin Dr. Ursula Frauenfelder Nohl,
Anklägerin und Berufungsklägerin und Anschlussberufungsklägerin (Rückzug)

gegen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter sowie Anschlussberufungskläger (Rückzug)
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend

Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
28. Januar 2013 (DG120291)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 10. September 2012 (Urk. 21) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG teilweise in Verbindung mit Art. 25 StGB sowie
 - der Hinderung einer Amtshandlung im Sinne von Art. 286 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 26 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 95 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (8 Monate, abzüglich 95 Tage, die durch Untersuchungshaft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich Sihl vom 7. September 2012 beschlagnahmten acht Mobiltelefone und die dazugehörigen SIM-Karten werden eingezogen und der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 7. September 2012 beschlagnahmten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Lagernummern ... und ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 7. September 2012 beschlagnahmten Barschaften von Fr. 940.–, Fr. 7'950.– und Euro 50.– werden zuhanden der Staatskasse eingezogen.
7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'600.00 ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. Kosten der Kantonspolizei
Fr. 1'500.00 Gebühr Anklagebehörde
Fr. Kanzleikosten Untersuchung
Fr. 4'381.25 Auslagen Untersuchung
Fr. 7'333.25 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
9. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
10. (Mitteilungen)
11. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten (Prot. II S. 8):

Die Berufung sei abzuweisen.

- b) Der Staatsanwaltschaft (Urk. 66 S. 1)

Die Freiheitsstrafe sei im ganzen Umfang zu vollziehen.

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte und Prozessuales

1.1. Mit dem eingangs im Dispositiv zitierten Urteil vom 28. Januar 2013 wurde der Beschuldigte A._____ vom Bezirksgericht Zürich, 4. Abt., wegen Betäubungsmitteldelikten sowie Hinderung einer Amtshandlung schuldig gesprochen und mit 26 Monaten Freiheitsstrafe bestraft, wovon 18 Monate bedingt aufgeschoben wurden (Urk. 40 S. 16).

Gegen das mündlich eröffnete und im Dispositiv übergebene Urteil (Prot. I S. 10) meldete die Staatsanwaltschaft rechtzeitig Berufung an (Urk. HD 35). Nach Zustellung des begründeten Urteils und Eingang der Akten am Obergericht reichte sie am 2. Mai 2013 innert Frist ihre Berufungserklärung ein (Urk. 41). Mit Präsidialverfügung vom 28. Mai 2013 wurde die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten zugestellt unter Hinweis auf die Möglichkeit einer Anschlussberufung oder eines Nichteintretensantrags (Urk. 44). Mit Eingabe vom 19. Juni 2013 erhob die Verteidigung fristgerecht Anschlussberufung (Urk. 46), was wiederum der Staatsanwaltschaft mitgeteilt wurde (Urk. 48). Mit Präsidialverfügung vom 13. November 2013 wurde der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie gegen die von der Verteidigung mit Anschlussberufung angefochtenen Punkte ihrerseits Anschlussberufung erhebe (Urk. 54). Dies tat sie am 15. November 2013 (Urk. 56). Die Verteidigung verzichtete innert gleicher Frist einstweilen auf Stellungnahme (Urk. 58). Nach Zustellung der staatsanwaltlichen Anschlussberufung an die Verteidigung (Urk. 60) erklärte diese mit Eingabe vom 21. November 2013, dass sie ihre Anschlussberufung zurückziehe (Urk. 61). Damit fällt auch die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft vom 15. November 2013 dahin. Davon ist vorab Vormerk zu nehmen.

1.2. Die Staatsanwaltschaft beschränkte ihre Hauptberufung explizit auf die Frage des Vollzugs der vorinstanzlich verhängten Strafe (Urk. 41) und stellt den Antrag, die Freiheitsstrafe sei im ganzen Umfang zu vollziehen (Urk. 66). Aufgrund des Wegfalls beider Anschlussberufungen ist somit einzig noch dieser Urteilspunkt

zu überprüfen (Ziff. 3). Sämtliche weiteren Ziffern des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs sind damit bereits in Rechtskraft erwachsen (Art. 404 Abs. 1 StPO), was vorab festzustellen ist.

2. Vollzug der Strafe

2.1. Bezüglich der theoretischen Voraussetzungen für den (teil-)bedingten Strafvollzug kann vollumfänglich auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 40 S. 13 f.). Die Vorinstanz gewährte dem Beschuldigten trotz seiner einschlägigen Vorstrafen eine teilbedingte Strafe mit der blossen Bemerkung, dass ihn bereits der Vollzug von 8 Monaten Freiheitsstrafe genügend beeindrucken werde, um nicht mehr straffällig zu werden (Urk. 40 S. 14). Weitere massgebliche Umstände wurden nicht genannt; eine eigentliche Begründung fehlt (vgl. auch die Staatsanwaltschaft in Urk. 66 S. 4). Dies ist nachzuholen.

2.2. Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl vom 20. Dezember 2005 mit zwei Monaten Gefängnis – bedingt auf 2 Jahre – bestraft, weil er an der ...strasse in Zürich zwei Portionen Kokain verkauft hatte (beigez. Akten 2005/9638, darin Urk. 7). Der bedingte Vollzug dieser Strafe wurde später widerrufen und im Rahmen einer Gesamtstrafe in eine unbedingte Geldstrafe umgewandelt (beigez. Akten 2007/3534, darin Urk. 8; Urk. 66 S. 4). Mit Urteil vom 4. Juli 2006 wurde der Beschuldigte mit 30 Tagen unbedingtem Gefängnis bestraft, weil er nur gerade 1,5 Monate nach der letzten Verurteilung und während laufender Probezeit erneut an der ...strasse eine Portion Kokain verkaufte und in der Nähe einen Bunker mit weiteren neun Portionen besass. Trotz klarer Beweislage bestritt der Beschuldigte diese Tat bis zuletzt (beigez. Akten 2006/1114, darin Urk. 2 und Urk. 21). Diese Strafe verbüsste er in gemeinnütziger Arbeit (beigez. Akten 2007/3534, darin Urk. 4 S. 2; Urk. 65 S. 4, Urk. 66 S. 4). Am 19. Juli 2007 erging sodann ein weiterer Strafbefehl gegen den Beschuldigten, weil er erneut eingestandenermassen im Bereich der ...strasse 5 Portionen Kokain verkauft hatte. Diesmal wurde er mit einer unbedingten Geldstrafe (als Gesamtstrafe) von 90 Tagessätzen zu Fr. 40.-- bestraft (beigez. Akten 2007/3534, darin Urk. 8). Diese hat er offenbar bezahlt (Urk. 65 S. 4 und Urk. 66 S. 4).

Diese Vorgeschichte des Beschuldigten zeigt deutlich, dass er sich weder von Strafverfahren, Verurteilungen, laufenden Probezeiten noch von gemeinnütziger Arbeit oder vollziehbaren Geldstrafen irgendwie beeindrucken lässt. So konnte er sich auch nicht mehr recht daran erinnern, welche Arbeiten er im Rahmen der gemeinnützigen Arbeit verrichten musste (Urk. 65 S. 4). Die einschlägige Delinquenz des Beschuldigten umfasst somit – wenn auch nicht durchgehend – einen Zeitraum von rund 5 Jahren, weshalb schwerlich von einem Ausrutscher im Sinne jugendlicher Naivität ausgegangen werden kann (vgl. Urk. 65 S. 6 und Urk. 66 S. 9). Wer sich von strafrechtlichen Massnahmen derart unbeeindruckt zeigt, kann vielmehr keine günstige Prognose für sich beanspruchen.

2.3. Dagegen darf der Tatsache, dass zur Zeit eine neue Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten läuft, u.a. weil er am 26. Oktober 2012 wiederum an der ...strasse eine Portion Kokain verkauft haben soll, keine Bedeutung zukommen (Urk. HD 31, Urk. 52-53). Nachdem der Beschuldigte sein ursprünglich abgelegtes Geständnis heute explizit widerrufen hat (Urk. 65 S. 5 f.), ist aufgrund der Unschuldsvermutung im vorliegenden Verfahren davon auszugehen, dass er diese neuerlichen Taten nicht begangen hat. Somit ist die Behauptung des Beschuldigten, er habe sich seit seiner Entlassung aus der 95 Tage dauernden Untersuchungshaft am 7. Juli 2010 wohl verhalten, unwiderlegbar (Prot. II S. 7 f., Urk. 65 S. 6 f.). Wenn der Beschuldigte allerdings betont, wie schwer ihn die Untersuchungshaft getroffen habe (Prot. II S. 7), so zeichnet zumindest sein Schreiben aus der Haft vom 7. Juni 2010 an einen "Kumpel" doch ein anderes Bild (Urk. HD 19/10/6). Auch sein Aussageverhalten (vgl. Urk. 66 S. 4 f.) deutet in keiner Weise auf wirkliche Einsicht oder gar eine Umkehr von seinem bisherigen Lebenswandel hin, selbst wenn mit der Verteidigung das Fehlen eines Schlusswortes vor Vorinstanz nicht zu Lasten des Beschuldigten gewertet werden kann (Prot. II S. 8). Schliesslich sprechen auch die einigermaßen stabilen familiären und beruflichen Verhältnissen des Beschuldigten (Urk. 64/1-5), aus denen er gemäss Verteidigung nicht unnötig herausgerissen werden sollte (Prot. II S. 8), nicht für eine günstige Prognose. Der Beschuldigte war auch im Tatzeitraum immer wieder temporär erwerbstätig und bereits mit seiner heutigen Partnerin zusammen; genau wie heute war sie damals hochschwanger resp. soeben Mutter

seines Kindes geworden (vgl. Urk. HD 19/10/1, Urk. 65 S. 2 f. und S. 6), was den Beschuldigten offenkundig – etwa aus Verantwortungsbewusstsein gegenüber Frau und Kind – nicht vom Drogenhandel in der Wohnung ebendieser Partnerin abzuhalten vermochte.

2.4. Insgesamt ist somit zwar davon auszugehen, dass der Beschuldigte seit 7. Juli 2010, mithin seit rund 3,5 Jahren, nicht mehr straffällig geworden ist, was für sich allein bei seiner Vorgeschichte allerdings keine günstige Prognose zu begründen vermag. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Beschuldigte noch nie eine Freiheitsstrafe verbüssen musste, sondern bis anhin nur mit gemeinnütziger Arbeit und Geldstrafen von eher geringem Umfang sanktioniert wurde, welche naturgemäss weniger Eindruck auf einen Verurteilten machen. Sodann befand sich der Beschuldigte vor dem April 2010 auch nie länger in Untersuchungshaft als einen Tag (Urk. 43). Es kann daher insgesamt – im Sinne einer letzten Chance – noch davon ausgegangen werden, dass ihn der Teilvollzug der vorinstanzlich ausgefallten Strafe von 26 Monaten Freiheitsstrafe nunmehr nachhaltig beeindrucken wird, sodass ihm für die Reststrafe eine günstige Prognose attestiert werden kann. Entgegen der Vorinstanz erscheint hingegen der Vollzug von lediglich 8 Monaten Freiheitsstrafe (wovon noch knapp 5 Monate zu vollziehen wären) als zu wenig gewichtig, um dem Beschuldigten den Ernst der Lage vor Augen zu führen. Vielmehr ist der Vollzug der Freiheitsstrafe im Umfang von 12 Monaten anzuordnen (vgl. Art. 43 Abs. 2 StGB) und somit im Umfang von 14 Monaten bedingt aufzuschieben, wobei angesichts der einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten eine Probezeit von 4 Jahren anzusetzen ist.

3. Kosten

Die Staatsanwaltschaft unterliegt im Berufungsverfahren mit ihrem Antrag auf eine vollumfänglich unbedingte Strafe, obsiegt indes teilweise, zumal der unbedingt vollziehbare Teil erhöht wird. Der Beschuldigte andererseits unterliegt mit seinem Antrag auf Abweisung der Berufung (Prot. II S. 5) und bezüglich Rückzug seiner Anschlussberufung. Damit rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens je zur Hälfte dem Beschuldigten aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Die Kosten der amtlichen Verteidigung bemessen sich aufgrund der eingereichten Honorarnote (Urk. 63). Hinzu kommen noch drei Stunden für die Berufungsverhandlung (inkl. Weg), was ein Honorar von Fr. 1'695.60 (inkl. Barauslagen und MwSt) ergibt. Angesichts der knappen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten sind diese Kosten einstweilen gesamthaft auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei der Beschuldigte die Hälfte davon zu begleichen hat, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse ermöglichen (Art. 135 Abs. 4 StPO).

Es wird beschlossen:

12. Vom Rückzug der Anschlussberufung des Beschuldigten vom 19. Juni 2013 wird Vormerk genommen. Damit fällt auch die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft vom 15. November 2013 dahin.
13. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abt., vom 28. Januar 2013 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:
 - "1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig
 - des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG teilweise in Verbindung mit Art. 25 StGB sowie
 - der Hinderung einer Amtshandlung im Sinne von Art. 286 StGB.
 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 26 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 95 Tage durch Haft erstanden sind.
 3. (...)
 4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich Sihl vom 7. September 2012 beschlagnahmten acht Mobiltelefone und die dazugehörenden SIM-Karten werden eingezogen und der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
 5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 7. September 2012 beschlagnahmten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Lagernummern ... und ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 7. September 2012 beschlagnahmten Barschaften von Fr. 940.–, Fr. 7'950.– und Euro 50.– werden zuhanden der Staatskasse eingezogen.
7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'600.00 ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. Kosten der Kantonspolizei
Fr. 1'500.00 Gebühr Anklagebehörde
Fr. Kanzleikosten Untersuchung
Fr. 4'381.25 Auslagen Untersuchung
Fr. 7'333.25 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
9. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
- 10.-11.(...)"
14. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.
15. Gegen Ziffer 1 dieses Entscheids 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.

Es wird erkannt:

1. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 14 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate abzüglich 95 Tage Haft) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'600.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'695.60 amtliche Verteidigung
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen.
Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. **Die Rückzahlungspflicht im Umfang der Hälfte bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.**
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (übergeben)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - die Bundesanwaltschaft, 3003 Bernund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
5. 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
I. Strafkammer

Zürich, 2. Dezember 2013

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. F. Bollinger

lic. iur. S. Hürlimann Winterhalter