

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130409-O/U/eh

Mitwirkend: die Obergerichter lic. iur. S. Volken, Präsident, lic. iur. Ch. Prinz und Ersatzoberrichter lic. iur. J. Meier sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Hürlimann Winterhalter

Urteil vom 10. Februar 2014

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis,

vertreten durch Leitende Staatsanwältin lic. iur. C. Wiederkehr,

Anklägerin und Berufungsbeklagte sowie Anschlussberufungsklägerin

betreffend

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 17. Mai 2013

(DG120012)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 26. März 2012 (Urk. 62) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:
(Urk. 86 S. 21 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a und c aBetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 28 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 363 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 16 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate, abzüglich 363 Tage, die durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 11'000.– zu bezahlen.
5. Die von der Kantonspolizei Zürich sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien werden eingezogen und der Lagerbehörde (Kantonspolizei Zürich, SA4-BM1, Lagernummer ...) zur Vernichtung überlassen.
6. Die von der Kantonspolizei Zürich sichergestellte Barschaft von Fr. 21'800.–, Fr. 1'040.–, Euro 1'695.–, USD 226.–, Fr. 2'300.– und Fr. 740.– (Lagerort Kasse Bezirksgericht, Sachkaution ...) wird definitiv beschlagnahmt und zur Vollstreckung des Urteils verwendet, primär zur Deckung der Ersatzforderung gemäss Dispositiv-Ziffer 4 dieses Urteils und hernach zur

Deckung der Verfahrenskosten gemäss Dispositiv-Ziffer 10. Ein allfälliger Restbetrag wird dem Beschuldigten herausgegeben.

7. Das von der Kantonspolizei Zürich sichergestellte Natel Sony Ericson wird eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen (Kasse Bezirksgericht, Sachkaution ...).
8. Die von der Kantonspolizei Zürich sichergestellten Gegenstände, nämlich 1 Orange-PIN-Code, div. Natelunterlagen/Abos, Klebebandrollen, 1 Reisepass Libanon, 1 SIM-Karte, 1 iPhone, 3 Natel Nokia, 1 Laptop HP und 1 Laptop Acer inkl. Kabel (Lagerort Kasse Bezirksgericht, Sachkaution ...) werden dem Beschuldigten nach Rechtskraft des Urteils auf erstes Verlangen innerhalb von 3 Monaten herausgegeben und hernach vernichtet.
9. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 4'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'500.– Gebühr Strafuntersuchung (§ 4 GebStrV)
Fr. 1'599.– Auslagen Vorverfahren
Fr. 11'988.40 amtliche Verteidigung (aus Geschäfts-Nr. DG100026)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
11. Die Kosten der amtlichen Verteidigung, inklusive derjenigen in Verfahren Geschäfts-Nr. DG100026, werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Über die Höhe der Kosten der amtlichen Verteidigung im vorliegenden Verfahren sowie für die Verfahren Geschäfts-Nr. DG110032 und DG120003 wird mit separatem Beschluss entschieden.
12. (Mitteilung)
13. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

(Prot. II. S. 4 f.)

a) Der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 89 S. 2)

1. Es sei der Beschuldigte A. _____ im Sinn der Anklage schuldig zu sprechen.
2. Es sei der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten sowie einer angemessenen Geldstrafe zu bestrafen.
3. Es seien die Freiheitsstrafe und die Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren bedingt aufzuschieben.
4. Evtl.: Es sei der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten zu bestrafen.
5. Es sei die Freiheitsstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren bedingt aufzuschieben.
6. Es sei dem Beschuldigten die erstandene Haft anzurechnen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 105 S. 1)

1. Der Beschuldigte sei im Sinne des vorinstanzlichen Urteils vom 17. Mai 2013 Ziff. 1 des Dispositives schuldig zu sprechen.
2. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 32 Monaten zu bestrafen.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei im Umfange von 12 Monaten zu vollziehen und die restlichen 20 Monate bei einer Probezeit von 2 Jahren aufzuschieben.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Verfahrensgang

1.1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 86 S. 4 ff.).

1.2. Am 17. Mai 2013 wurde der Beschuldigte durch das Bezirksgericht Dietikon der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a und c aBetmG schuldig gesprochen. Der Beschuldigte wurde mit 28 Monaten Freiheitsstrafe bestraft, deren Vollzug im Umfang von 16 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufgeschoben wurde. Weiter wurde der Beschuldigte verpflichtet, dem Staat Ersatz für den erzielten Vermögensvorteil in Höhe von Fr. 11'000.-- zu bezahlen. Sodann wurde die sichergestellte Barschaft zur Deckung der Ersatzforderung bzw. Verfahrenskosten herangezogen, weitere Gegenstände wurden eingezogen. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens wurden dem Beschuldigten auferlegt, die Kosten der amtlichen Verteidigung wurden auf die Kasse genommen, unter Vorbehalt der Rückforderung (Urk. 86 S. 21 ff.).

1.3. Gegen das Urteil meldete der amtliche Verteidiger Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____ innert Frist Berufung an (Urk. 77); dasselbe tat der erbetene Verteidiger Rechtsanwalt Dr. iur. X2. _____ (Urk. 78). Ebenso fristgerecht gingen die Berufungserklärungen ein (Urk. 87 und 89). Sodann wurde in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO und Art. 401 StPO der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, Anschlussberufung zu erklären oder begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 92). Die Staatsanwaltschaft erklärte fristgerecht Anschlussberufung (Urk. 94).

2. Umfang der Berufung

2.1. Die amtliche und die erbetene Verteidigung beschränken ihre jeweilige Berufung auf die Sanktion und deren Vollzug (Urk. 87 und 89). Die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft ist ebenfalls beschränkt auf die Sanktion und den Vollzug (Urk. 94).

2.2. Nicht angefochten sind daher der Schuldspruch gemäss Dispositiv Ziffer 1, die Ersatzforderung gemäss Dispositiv Ziffer 4, die Anordnungen gemäss Dispositiv Ziffern 5-8 sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Dispositiv Ziffern 9 und 11. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen, was vorab festzustellen ist. Im Folgenden ist auf diese Punkte daher auch nicht mehr einzugehen.

II. Sanktion und Vollzug

1. Ausgangslage

Die Vorinstanz hat den Beschuldigten wegen des Erwerbs bzw. Verkaufs von 1'269.7 Gramm Heroingemisch mit einem Reinheitsgrad von ca. 18 % (entsprechend rund 228.55 Gramm reinem Heroin) und von 15.8 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgrad von ca. 30 % (entsprechend 4.74 Gramm reinem Kokain) verurteilt. Sie qualifizierte das Verhalten des Beschuldigten als Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a und c aBetmG. Von diesem bereits in Rechtskraft erwachsenen Schuldspruch der Vorinstanz ist hernach für die Strafzumessung auszugehen.

2. Parteistandpunkte

2.1. Die amtliche Verteidigung beantragte im Berufungsverfahren, der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten sowie einer angemessenen Geldstrafe zu bestrafen, eventualiter mit einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten. Die Strafen seien unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren bedingt aufzuschieben. Sie führte im Wesentlichen aus, dass die Strafe unverhältnismässig

hoch sei, wenn man die Strafhöhe mit derjenigen des aufgehobenen Urteils vergleiche, in welchem man von der doppelten Drogenmenge ausgegangen sei (Urk. 89 S.2). Weiter führte sie im Rahmen der Berufungsverhandlung aus, es müsse die Frage gestellt werden, ob eine Strafe auszufallen sei, die zwingend eine Wegweisung aus der Schweiz nach sich ziehen würde. Grundsätzlich seien die Erwägungen der Vorinstanz zu den ausländerrechtlichen Konsequenzen nicht zu beanstanden. Bei der Strafzumessung sei aber auch die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters zu berücksichtigen. Es liege auf der Hand, dass ein Ausländer, der die Schweiz, seine Ehefrau und vor allem sein Kind verlassen müsse, anders von einem Strafurteil betroffen sei als ein Schweizer, für welchen das Urteil nicht mit solchen Konsequenzen verbunden sei. Dem Beschuldigten könne sodann eine gute Prognose gestellt werden. Weiter habe der Beschuldigte die Probezeit der ursprünglich ausgefallenen Strafe bereits bestanden. Er hätte auch bereits eine doppelt so lange Probezeit bestanden. Eine Strafe, die unweigerlich die Wegweisung des Beschuldigten aus der Schweiz zur Folge hätte, liesse sich in Anbetracht der günstigen Prognose nicht rechtfertigen. Die Wegweisung des Beschuldigten würde eine Familie trennen. Sodann sei dem Urteil vom 24. August 2010 eine doppelt so grosse Drogenmenge zu Grunde gelegen und ein doppelt so hoher Gewinn. Nun müsse die Strafe entsprechend reduziert werden. Seit der Begehung der Tat sei ausserdem bereits eine recht lange Zeit verstrichen. Der Beschuldigte habe sich seither wohlverhalten, habe auch Reue und Einsicht gezeigt. Der Beschuldigte sei für sein Verhalten bereits zur Rechenschaft gezogen worden und habe auch eine angemessene unbedingte Freiheitsstrafe verbüsst (Urk. 104 S. 2 ff.).

2.2. Die Staatsanwaltschaft stellte im Berufungsverfahren den Antrag, der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 32 Monaten zu bestrafen, wovon 20 Monate mit einer Probezeit von 2 Jahren aufzuschieben seien. Der Beschuldigte habe während circa 18 Monaten fast täglich mit Drogen gehandelt. Es könne nicht mehr von einem "Kleindealer" die Rede sein. Vom Reingewinn von Fr. 11'000.-- habe der Beschuldigte sein Leben finanzieren können. Die Grenze zu einem schweren Fall habe der Beschuldigte klar überschritten, so dass er eine deutlich über der Minimalstrafe von 12 Monaten liegende Strafe erhalten müsse.

Weiter sei das Qualifikationsmerkmal der Gewerbsmässigkeit erfüllt. Das objektive und das subjektive Verschulden würden schwer wiegen. Der Beschuldigte versuche alle Rechtsmittel auszuschöpfen, da er bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils offenbar in der Schweiz bleiben könne. Der Beschuldigte wolle mit allen Mitteln verhindern, dass er aus der Schweiz weggewiesen werde. Nur weil ihm eine höhere Strafe in ausländerrechtlicher Hinsicht zum Nachteil gereichen könnte, solle die Strafe milder ausfallen. Die Strafe habe aber bei gleichen Delikten gleich zu lauten, unabhängig von der Nationalität des Beschuldigten (Urk. 105 S. 2 ff.).

3. Strafzumessung

3.1. Die Vorinstanz hat die theoretischen Grundlagen der Strafzumessung richtig dargelegt und den Strafraumen korrekt abgesteckt (vgl. Urk. 86 S. 8 ff.). Es ist demnach von einem Strafraumen von einem Jahr bis 20 Jahre Freiheitsstrafe auszugehen, womit eine Geldstrafe von 1 bis 360 Tagessätzen verbunden werden kann, wobei ein Tagessatz maximal Fr. 3'000.-- betragen kann.

3.2. Tatkomponente

3.2.1. Die Ausführungen der Vorinstanz zum objektiven Verschulden sind grundsätzlich zutreffend (Urk. 86 S. 9 ff.). Besonders hervorzuheben ist, dass der Beschuldigte eine Drogenmenge umsetzte, die deutlich über der Grenze zum schweren Fall liegt. Ausserdem handelte er mehrheitlich mit der stark gesundheitsgefährdenden Substanz Heroin, was verschuldensmässig deutlich ins Gewicht fällt. Nicht zu vernachlässigen ist sodann der mit dem Handel erzielte Gewinn von immerhin über Fr. 10'000.--. Weiter ist mit der Vorinstanz zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte über eine längere Zeit hinweg delinquierte. Er lieferte mehrmals wöchentlich kleine Portionen Heroin an seine Kundschaft aus. Er gab seine deliktische Tätigkeit sodann nicht aus eigenem Antrieb auf, sondern er wurde dabei verhaftet. Weiter betrieb der Beschuldigte ebenfalls Handel mit Kokain, wenn auch in deutlich geringerem Umfang. Klar beizupflichten ist der Vorinstanz, wenn sie ausführt, dass es nicht verschuldensmindernd sein könne, dass 14.7 Gramm Heroingemisch und 5.8 Gramm Kokaingemisch nicht in den

Handel gelangt seien. Dies gerade auch deshalb, da der Beschuldigte nicht etwa von sich aus vom Drogenhandel zurücktrat, sondern die Polizei eingriff und er deshalb die aufgefundenen Drogen nicht mehr verkaufen konnte. Zugute gehalten werden kann dem Beschuldigten schliesslich, dass dieser die Drogen nicht wahllos dutzenden von Abnehmern anbot, sondern gemäss erstelltem Sachverhalt immer wieder die gleichen, wenigen Abnehmer belieferte. Auch konnte nicht festgestellt werden, dass der Beschuldigte im Drogenhandel eine wichtige Rolle spielen würde oder Teil einer Organisation sei. Dies muss sich ebenfalls verschuldensmindernd auswirken. Wenn die Vorinstanz das objektive Tatverschulden als "erheblich" bewertete (vgl. Urk. 86 S. 11), so ist dies aufgrund des weiten Strafrahmens der anzuwendenden Strafbestimmung indessen zu relativieren und es ist vielmehr von einem noch leichten Verschulden auszugehen.

3.2.2. Wenn die Vorinstanz bei der Beurteilung der subjektiven Tatschwere keine verschuldensmindernden Faktoren aufzählt, so ist diesen Erwägungen ohne weiteres beizupflichten (Urk. 86 S. 12). Zu ergänzen ist einzig, dass der Beschuldigte in seiner Schuldfähigkeit in keiner Art eingeschränkt war. Subjektiv ist mit der Vorinstanz einzig der Beweggrund des Beschuldigten zu erwähnen, mithin sein rein finanzielles Interesse, sich am Drogenhandel zu beteiligen. Eine echte Notlage des Beschuldigten lag nicht vor. Das subjektive Verschulden kann das objektive jedenfalls nicht relativieren, womit es bei einem noch leichten Verschulden des Beschuldigten bleibt.

3.2.3. Die hypothetische Einsatzstrafe nach der Beurteilung der Tatkomponente – welche festzusetzen die Vorinstanz unterlassen hat (Urteile des Bundesgerichts 6B_865/2009 vom 25. März 2010 E.1.6.; vgl. 6B_460/2010 vom 4. Februar 2011 E.3.3.4. n.p. in BGE 137 IV 57; 6B_2/2011 vom 29. April 2011 E.4.2.3.) – und was hier nachzuholen ist – ist auf rund 36 Monate anzusetzen.

3.2.4. Eine solche Einsatzstrafe lässt sich auch vertreten vor dem Hintergrund des schematischen, praxisgestützten Vergleichsrahmens von Fingerhuth/Tschurr (Fingerhuth/Tschurr, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007, N 30 zu Art. 47 StGB), welchen heranzuziehen im Sinne einer Kontrolle und im Interesse von Rechtsgleichheit und -sicherheit statthaft ist: So ist nach den

genannten Autoren bei einer Menge von rund 220 Gramm reinem Heroin von einer Einsatzstrafe im Bereich von rund 32 Monaten auszugehen, wobei vorliegend ein Zuschlag für den Handel mit Kokain gerechtfertigt ist, sowie für die Anzahl der vom Beschuldigten getätigten Geschäfte (Fingerhuth/Tschurr, a.a.O., N. 30-32 zu Art. 47 StGB). Relativierend wirkt sich dann das Geständnis aus.

3.2.5. Der vom Verteidiger bemühte Vergleich der im vorinstanzlichen Urteil ausgesprochenen Strafe mit der Strafe, welche mit Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. August 2010 ausgesprochen wurde, ist untauglich, da das zum Vergleich herangezogene Urteil einerseits aufgehoben wurde und sich daher nicht zum Vergleich eignet und da andererseits an dieser Stelle klar festzuhalten ist, dass die Halbierung der Drogenmenge nicht eine Reduktion der Strafe im gleichen Umfang zur Folge haben kann. Die Drogenmenge stellt bei der Beurteilung der Tatschwere wie schon mehrfach erwähnt, nur einen Anhaltspunkt dar. Es sind die gesamten Umstände der Tat zu würdigen, wie dies die Vorinstanz getan hat.

3.3. Täterkomponente

3.3.1. Die Vorinstanz hat die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten richtig zusammen gefasst (Urk. 86 S. 13). Darauf kann zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden. Aktualisierend führte der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung aus, er bezahle Unterhalt in der Höhe von Fr. 600.-- bis Fr. 800.-- pro Monat für seine Tochter. Er lebe von seiner Ehefrau und seiner Tochter getrennt, sehe sie aber so oft als möglich. Das Verfahren betreffend Aufenthaltsbewilligung beim Migrationsamt sei immer noch sistiert (Urk. 103 S. 2 f.). Aus den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergibt sich nichts, was für die Strafzumessung relevant wäre.

3.3.2. Bei der im Strafregister aufgeführten Vorstrafe handelt es sich – wie die Vorinstanz richtig erkannt hat – um das aufgehobene Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. August 2010 (vgl. Urk. 91; Urk. 86 S. 15). Der Beschuldigte weist korrekterweise keine Vorstrafe auf. Dies ist jedoch neutral zu würdigen (BGE 136 IV 1).

3.3.3. Strafmindernd fällt das Geständnis des Beschuldigten ins Gewicht. Auch die Vorinstanz hat dem Beschuldigten unter diesem Titel eine Strafminderung zugestanden (Urk. 86 S. 15), da sie es aber unterlassen hat, nach der Tatkomponente eine Einsatzstrafe festzusetzen, ist nicht auszumachen, in welchem Umfang die Strafminderung für das Geständnis ausgefallen ist. Festzuhalten gilt es hier jedenfalls, dass der Beschuldigte nicht gleich von Beginn an geständig war, sondern erst in einer relativ späten Phase der Untersuchung (nämlich in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 12. April 2010; vgl. Urk. 4/5). Zu diesem Zeitpunkt gab es aber bereits Aussagen von verschiedenen Belastungszeugen, die den Beschuldigten schlüssig, übereinstimmend und unabhängig von einander belasteten (vgl. Urk. 5/1-3 vom 20. Januar 2010 resp. 16. März 2010). Es kann daher gesagt werden, dass das Geständnis des Beschuldigten die Untersuchung nicht mehr wesentlich vereinfachte, da der Beschuldigte bereits durch die Aussagen der Belastungszeugen überführt war. Daher kann dem Beschuldigten unter dem Titel Geständnis nur eine geringe Strafminderung zugestanden werden. Besondere Einsicht oder Reue hat der Beschuldigte im übrigen nicht gezeigt. Er hat sich betreffend die Folgen des Strafverfahrens primär selbst bemitleidet (Prot. I S. 5 f.; Urk. 103 S. 4 f.). Die Strafe ist auf 32 Monate zu senken.

3.3.4. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall entgegen der Verteidigung die ausländerrechtlichen Folgen einer Freiheitsstrafe keinen zwingenden Strafzumessungsgrund darstellen und insbesondere nicht zu einer erhöhten Strafempfindlichkeit und damit zu einer Strafminderung führen (Urk. 86 S. 14 f. mit Hinweis auf Urteile des Bundesgerichts 6B_829/2010 vom 28. Februar 2011 E. 5.4. und 6B_892/2010 vom 22. Dezember 2010 E. 3.3; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B.51/2013 vom 12. März 2013). Diesen Erwägungen ist nichts beizufügen.

3.3.5. Die Vorinstanz hat dem Beschuldigten sodann aufgrund der langen Verfahrensdauer, die der Beschuldigte nicht zu vertreten habe, eine Strafminderung zugestanden (Urk. 86 S. 15), ohne dass sie nähere Ausführungen dazu machte. Darauf näher einzugehen, erscheint aber nach einem Blick in die Verfahrensakten

unumgänglich. Art. 5 Abs. 1 StPO besagt, dass die Strafbehörden die Strafverfahren unverzüglich an die Hand nehmen und ohne unbegründete Verzögerung zum Abschluss bringen. Der Beschuldigte wurde im vorliegenden Verfahren am 20. Januar 2010 verhaftet (Urk. 1). Bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens mit Zustellung des begründeten Urteils und Beschlusses vom 24. August 2010 Ende Oktober 2010 ist keine Verzögerung des Verfahrens ersichtlich. Es folgte sodann das Berufungsverfahren, welches mit Beschluss vom 14. April 2011 abgeschlossen wurde (Urk. 42). Nach Durchführung weiterer Einvernahmen und Untersuchungshandlung wurde am 11. Januar 2012 erneut Anklage beim Bezirksgericht Dietikon erhoben (Urk. 56). Es wurde sodann am 2. Februar 2012 wiederum die Rückweisung des Verfahrens an die Staatsanwaltschaft beschlossen (Urk. 59), worauf nach einer weiteren Einvernahme des Beschuldigten (Urk. 61) schliesslich am 26. März 2012 die heute zur beurteilende Anklage erhoben wurde. Diese Anklage ging beim Bezirksgericht Dietikon gemäss Eingangsstempel am 28. März 2012 ein (Urk. 62). Bis hierher kann zwar von einer langen Verfahrensdauer gesprochen werden, die aber keinesfalls eine Verletzung des Beschleunigungsverbotest darstellt, wurden die notwendigen Amtshandlungen von den zuständigen Stellen doch jeweils innert angemessener Zeitdauer durchgeführt. Auffallend ist indessen die Zeitspanne zwischen Eingang der Anklageschrift beim Bezirksgericht Dietikon am 28. März 2012 (Urk. 62) und dem Eingangsdatum des nächsten Aktenstücks, nämlich dem 14. Februar 2013 (Urk. 64). Dafür, dass in diesen knapp 11 Monaten keine einzige Amtshandlung vorgenommen wurde, ergibt sich aus den Akten keine Erklärung. Entgegen der Auffassung der Anklagebehörde (Urk. 94) hat diese ungebührliche Verzögerung des Verfahrens weder die Verteidigung noch der Beschuldigte zu vertreten. Angesichts dieser nicht nachvollziehbaren Verzögerung des Verfahrens durch das Bezirksgericht Dietikon, was als Verletzung des Beschleunigungsgebotes im Sinne von Art. 5 StPO bezeichnet werden und zu einer Reduktion der Strafe führen muss, ist die Strafe schliesslich auf 28 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen. Diese Reduktion der Strafe um vier Monate erscheint angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angemessen. In seinem Urteil vom 24. März 2009 hatte das Bundesgericht beispielsweise einen Fall zu beurteilen, in welchem es mit Unterbrüchen zu einer mehr als zweijährigen Verfahrensverzögerung kam.

In jenem Fall erachtete das Bundesgericht eine Strafreduktion von 20 % als vertretbar (Urteil des Bundesgerichts 6B_1017/2008). Im Lichte dieser Rechtsprechung erscheint vorliegend eine Reduktion um vier Monate als ohne Weiteres vertretbar. Insgesamt ist das angefochtene Strafmass als angemessen zu bestätigen. Eine Erhöhung gemäss Antrag der Anklagebehörde drängt sich nicht auf. Der Antrag der Verteidigung hingegen ist völlig unrealistisch. Der Anrechnung der erstandenen Haft sowie des vorzeitigen Strafvollzugs steht nichts entgegen.

3.4. Strafart

Bei einer Strafhöhe von 28 Monaten kommt grundsätzlich nur eine Freiheitsstrafe in Frage. Die von der Verteidigung beantragte Verbindung der Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe erscheint vorliegend dem Verschulden des Beschuldigten nicht angemessen. Auch die finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten sprechen nicht dafür, die Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe zu verbinden und dafür die Freiheitsstrafe zu reduzieren. Eine Geldstrafe als Verbindungsstrafe kommt praktisch ausschliesslich bei der Schnittstelle Übertretungsstrafrecht/Vergehen zur Anwendung. Vorliegend ist ein Verbrechen zu beurteilen. Die Frage der Schnittstellenproblematik stellt sich nicht und es besteht keine Veranlassung, eine Verbindungsstrafe im Sinne von Art. 42 Abs. 4 StGB anzuordnen.

4. Vollzug

4.1. Wie die Vorinstanz richtig erkannt hat, kommt bei einer Strafhöhe von 28 Monaten Freiheitsstrafe nur der teilbedingte Vollzug im Sinne von Art. 43 Abs. 1 StGB in Frage. Sie legte sodann die Voraussetzungen zur Gewährung des teilbedingten Vollzugs richtig dar. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 86 S. 16 f.).

4.2. In subjektiver Hinsicht ist für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges das Fehlen einer ungünstigen Prognose bezüglich weiterer künftiger Verbrechen oder Vergehen vorausgesetzt. Die günstige Prognose wird vermutet, doch kann diese Vermutung widerlegt werden (BGE 134 IV 5, 134 IV 117). Bei der Prognosestellung, das heisst bei der Einschätzung des Rückfallrisikos, ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich. Zu beachten sind die Tat-

umstände, das Vorleben, der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen (Hug in Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, StGB Kommentar, N 7 zu Art. 42 StGB). Grundsätzlich sind Einsicht und Reue Voraussetzungen für eine gute Prognose (Trechsel/Pieth in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, N 12 zu Art. 42 StGB).

4.3. Der Beschuldigte lebt derzeit von seiner Familie getrennt. Gemäss eigenen Angaben arbeite er immer noch im Autohandel und verdiene dabei fast nichts. Er sei selbständig tätig und habe keine sonstigen Einkünfte (Prot. I S. 7). Er habe sich im Drogenhandel betätigt, da er Schwierigkeiten mit Geld gehabt habe (Prot. I S. 6). Gestützt auf diese Angaben des Beschuldigten ergeben sich zunächst erhebliche Bedenken, dass der Beschuldigte sich bewähren werde. Er scheint nach wie vor in prekären finanziellen Verhältnissen zu leben, ausserdem führt er auch kein intaktes Familienleben. Weiter ist immer noch das Verfahren betreffend Aufenthaltsbewilligung pendent. Sodann ist entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 86 S. 16) beim Beschuldigten weder Reue noch Einsicht zu erkennen. Allein die Tatsache, dass der Beschuldigte geständig ist, vermag noch keine Reue oder Einsicht zu begründen. Aus seinen Ausführungen (Prot. I S. 5 ff.) kann jedenfalls nicht herausgelesen werden, dass er sein Verhalten bereuen würde oder das Unrecht seines Handelns eingesehen hätte. Zugute gehalten werden kann dem Beschuldigten hingegen, dass er sich seit seiner Verhaftung – mithin seit über vier Jahren – nichts mehr hat zu Schulden kommen lassen. Es kann wohl daraus geschlossen werden, dass die im Rahmen des vorliegenden Verfahrens erstandene Haft den Beschuldigten nachhaltig beeindruckt hat und sich positiv auf sein künftiges Wohlverhalten auswirken wird. Ausserdem ist er auch vor der hier zu beurteilenden Delinquenz noch nie strafrechtlich in Erscheinung getreten.

4.4. Insgesamt kann dem Beschuldigten daher noch eine positive Prognose gestellt werden, die allerdings auch von gewissen Bedenken geprägt ist (instabile persönliche Verhältnisse, ungewisse Zukunft). Daher und auch in Nachachtung

des nicht zu bagatellisierenden Verschuldens des Beschuldigten erscheint es mit der Vorinstanz angemessen, 12 Monate der auszusprechenden Freiheitsstrafe zu vollziehen. Im Umfang von 16 Monaten ist der Vollzug der Freiheitstrafe aufzuschieben.

4.5. Bei der Festsetzung der Dauer der Probezeit gemäss Art. 44 Abs. 1 StGB sind, wie bereits die Vorinstanz ausführte (Urk. 86 S. 17), keine Gründe ersichtlich, die eine über das Minimum hinausgehende Probezeit erfordern würden. Beim Beschuldigten handelt es sich um einen Ersttäter, dem grundsätzlich eine gute Prognose gestellt werden muss. Die Ausführungen des Verteidigers, wonach der Beschuldigte die Probezeit bereits bestanden hätte, wenn das Urteil vom 24. August 2010 rechtskräftig geworden wäre, und da daher auf Festsetzung einer Probezeit zu verzichten oder festzustellen sei, dass die Probezeit schon bestanden sei, verfangen nicht (Urk. 89 S. 6). Bei der Aufhebung eines Urteils mit Rückweisung ist für den Beginn der Probezeit das Datum des neuen erstinstanzlichen Urteils massgebend, unter Vorbehalt einer weiteren Berufung. Bei Bestätigung oder Reformation des erstinstanzlichen Urteils im Rahmen der Berufung beginnt die Probezeit mit der Eröffnung des Berufungsurteils (BSK StGB-Schneider/Garré, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 44 N 12). Es besteht folglich keine Grundlage dafür, den Beginn der Probezeit im Datum des aufgehobenen erstinstanzlichen Urteils zu sehen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Staatsanwaltschaft unterliegt im Berufungsverfahren mit ihrem Antrag auf Erhöhung der Strafe. Der Beschuldigte andererseits unterliegt mit seinem Antrag auf Herabsetzung der Strafe und betreffend Vollzug. Damit rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens zu zwei Dritteln dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu einem Drittel auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen gesamthaft auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei der Beschuldigte zwei Drittel davon zu begleichen hat, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse ermöglichen (Art. 135 Abs. 4 StPO).

Für die erbetene Verteidigung ist dem Beschuldigten keine Entschädigung zuzusprechen, da nicht ersichtlich ist, weshalb beim vorliegenden Fall neben der bestehenden amtlichen Verteidigung eine erbetene Verteidigung beigezogen wurde, zumal die Verhältnisse aufgrund der beschränkten Berufung als einfach bezeichnet werden können.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 17. Mai 2013 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:
 - "1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a und c aBetmG.
 - 2.-3. [...]
 4. Der Beschuldigte wird verpflichtet, dem Staat als Ersatz für nicht mehr vorhandenen, widerrechtlich erlangten Vermögensvorteil Fr. 11'000.– zu bezahlen.
 5. Die von der Kantonspolizei Zürich sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien werden eingezogen und der Lagerbehörde (Kantonspolizei Zürich, SA4-BM1, Lagernummer ...) zur Vernichtung überlassen.
 6. Die von der Kantonspolizei Zürich sichergestellte Barschaft von Fr. 21'800.–, Fr. 1'040.–, Euro 1'695.–, USD 226.–, Fr. 2'300.– und Fr. 740.– (Lagerort Kasse Bezirksgericht, Sachkaution ...) wird definitiv beschlagnahmt und zur Vollstreckung des Urteils verwendet, primär zur Deckung der Ersatzforderung gemäss Dispositiv-Ziffer 4 dieses Urteils und hernach zur Deckung der Verfahrenskosten gemäss Dispositiv-Ziffer 10. Ein allfälliger Restbetrag wird dem Beschuldigten herausgegeben.

7. Das von der Kantonspolizei Zürich sichergestellte Natel Sony Ericson wird eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen (Kasse Bezirksgericht, Sachkaution ...).
 8. Die von der Kantonspolizei Zürich sichergestellten Gegenstände, nämlich 1 Orange-PIN-Code, div. Natelunterlagen/Abos, Klebebandrollen, 1 Reisepass Libanon, 1 SIM-Karte, 1 iPhone, 3 Natel Nokia, 1 Laptop HP und 1 Laptop Acer inkl. Kabel (Lagerort Kasse Bezirksgericht, Sachkaution ...) werden dem Beschuldigten nach Rechtskraft des Urteils auf erstes Verlangen innerhalb von 3 Monaten herausgegeben und hernach vernichtet.
 9. Die Entscheidungsbüher wird angesetzt auf:
Fr. 4'500.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'500.- Gebühr Strafuntersuchung (§ 4 GebStrV)
Fr. 1'599.- Auslagen Vorverfahren
Fr. 11'988.40 amtliche Verteidigung (aus Geschäfts-Nr. DG100026)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
 11. Die Kosten der amtlichen Verteidigung, inklusive derjenigen in Verfahren Geschäfts-Nr. DG100026, werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Über die Höhe der Kosten der amtlichen Verteidigung im vorliegenden Verfahren sowie für die Verfahren Geschäfts-Nr. DG110032 und DG120003 wird mit separatem Beschluss entschieden."
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 28 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 363 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 16 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (12 Monate

abzüglich 363 Tage, die durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 3'264.20 amtliche Verteidigung (inkl. MwSt.)

4. Die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung werden dem Beschuldigten zu zwei Dritteln auferlegt und zu einem Drittel auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Rückzahlungspflicht für zwei Drittel der Kosten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten(übergeben)
- die erbetene Verteidigung (übergeben)
- die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis (übergeben)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die erbetene Verteidigung
- die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis
- die Bundesanwaltschaft, 3003 Bern

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, mit dem Hinweis, dass das vorliegende Urteil das eingetragene Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. August 2010 ersetzt
 - die KOST Zürich mittels Formular „Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials“ zwecks Löschung des DNA-Profiles
 - die Bezirksgerichtskasse Dietikon unter Hinweis auf Ziffern 6 bis 8 des vorinstanzlichen Dispositivs
 - die Kantonspolizei Zürich unter Hinweis auf Ziffer 5 des vorinstanzlichen Dispositivs (SA4-BM1, Lagernummer ...)
6. 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, 10. Februar 2014

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Volken

lic. iur. S. Hürlimann Winterhalter