

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB160160-O/U/cs-ad

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, lic. iur. Ruggli und lic. iur. Stiefel sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. Höfliger

## Urteil vom 24. Juni 2016

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 21. Januar 2016 (DG150045)**

**Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 14. August 2015 (Urk. 16) ist diesem Urteil beigeheftet.

**Beschluss und Urteil der Vorinstanz:**

1. Hinsichtlich der vor dem 21. Januar 2013 begangenen Übertretungen des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel wird das Verfahren definitiv eingestellt.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.
3. Ein begründeter Beschluss wird nur zugestellt, wenn dies ein Verfahrensteilnehmer binnen 10 Tagen seit Eröffnung des Beschlusses verlangt.

Gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung des begründeten Beschlusses an beim Obergericht des Kantons Zürich, III. Strafkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, schriftlich und begründet Beschwerde eingereicht werden.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig
  - der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und lit. d BetmG i. V. m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie
  - der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.

Vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Anklage Ziff. 1 Absatz 3 (2 x 100 g Kokaingemisch) wird der Beschuldigte freigesprochen.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten, wovon 3 Tage durch Haft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 300.–.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 8 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 5 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (6 Monate, abzüglich 3 Tage, die durch Haft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
4. Anstelle der Busse von Fr. 300.– wird der Beschuldigte zu gemeinnütziger Arbeit von 12 Stunden verurteilt. Wird die gemeinnützige Arbeit nicht geleistet oder die Busse nicht bezahlt, tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.

5. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	4'800.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	2'100.00	Gebühr Strafuntersuchung (§ 4 GebV StrV)
Fr.	667.70	Auslagen MIG
Fr.	4'500.00	amtl. Verteidigungskosten (via Akontozahlung vom 25. August 2015 bereits bezahlt)
Fr.	6'174.45	noch offene amtliche Verteidigungskosten
Fr.	<u>18'242.15</u>	Total

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Wird auf eine schriftliche Begründung des Urteils verzichtet, so reduziert sich die Gerichtsgebühr um einen Drittel.

6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, diejenigen der amtlichen Verteidigung indessen einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Art 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

### **Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 88 S. 1)

1. Der Beschuldigte sei der Gehilfenschaft zur qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG und Art. 25 StGB schuldig zu sprechen.
2. Der Beschuldigte sei in Anrechnung der erstandenen Haft von 3 Tagen unter Ansetzung einer Probezeit von 5 Jahren mit einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 10.– bestrafen, wobei die Geldstrafe gestützt auf Art. 37 Abs. 1 StGB in gemeinnützige Arbeit umzuwandeln sei.
3. Unter Kostenfolge zu Lasten des Staates.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:

(Urk. 81, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

---

## **I. Prozessgeschichte**

### 1. Berufung des Beschuldigten

1.1. Mit Eingabe vom 22. Januar 2016 liess der Beschuldigte gegen das vorstehend im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 21. Januar 2016 fristgerecht Berufung anmelden (HD Urk. 68).

1.2. Mit Eingabe vom 8. April 2016 liess er, nach Erhalt des begründeten erstinstanzlichen Entscheids am 23. März 2016, innert Frist die Berufungserklärung einreichen (HD Urk. 73 Blatt 2).

1.3. Von Seiten der Staatsanwaltschaft wurde kein Rechtsmittel erhoben und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantragt (vgl. auch HD Urk. 77).

## 2. Berufungsthema

2.1. Der Beschuldigte beschränkte seine Berufung auf den vorinstanzlichen Schuldspruch wegen (täterschaftlicher) qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Dispositivziffer 1 teilweise), die hierfür ausgesprochene Freiheitsstrafe (Dispositivziffer 2 teilweise) und den teilbedingten Vollzug derselben (Dispositivziffer 3). Er verlangt, dass er lediglich wegen Gehilfenschaft zu dieser Widerhandlung verurteilt werde, dass er hierfür mit einer Geldstrafe von 300 Tagessätzen zu bestrafen und dass der Vollzug derselben unter Ansetzung einer Probezeit von 5 Jahren aufzuschieben sei (HD Urk. 78).

2.2. Folglich sind der vorinstanzliche Beschluss hinsichtlich Dispositivziffer 1 (Teileinstellung des Verfahrens) und das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich Dispositivziffer 1 teilweise (Schuldspruch wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das BetmG/Teilfreispruch), 2 teilweise (Busse), 4 (Ersatzstrafe für Busse), 5 und 6 (Kostenregelung) bereits in Rechtskraft erwachsen, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist.

## **II. Schuldpunkt betr. Anklage Ziffer 1 (Absätze 1, 2 und 4)**

### 1. Anklagevorwurf

Hinsichtlich des im Berufungsverfahren noch relevanten Anklagevorwurfs kann auf die angeheftete Anklageschrift vom 14. August 2015, Ziffer 1, Absätze 1, 2 und 4 (HD Urk. 16, S. 2 f.) sowie die entsprechenden Zusammenfassungen im erstinstanzlichen Urteil (HD Urk. 76 S. 4-6, Ziff. II.A.1.1., 1.2. und 1.4.; Art. 82 Abs. 4 StPO) verwiesen werden.

## 2. Sachverhalt

Die Vorinstanz hat mit ausführlicher und überzeugender Argumentation dargetan, dass die eingeklagten Sachverhalte erstellt sind. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann auf ihre Erwägungen verwiesen werden (HD Urk. 76 S. 6-8, Ziff. II:A:2.), zumal die erstinstanzliche Beweiswürdigung seitens des Beschuldigten und seiner Verteidigerin nicht beanstandet worden ist (zur rechtlichen Frage der anrechenbaren Drogenmenge vgl. nachstehend Ziff. 3.4.).

## 3. Rechtliche Würdigung

3.1. Staatsanwaltschaft und Vorinstanz würdigen das Verhalten des Beschuldigten als (täterschaftliche) qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und lit. d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (HD Urk. 16 S. 3 und Urk. 76 S. 16-20, Ziff. III.A.).

3.2. Die Verteidigung macht demgegenüber geltend, dass es sich beim Verhalten des Beschuldigten in rechtlicher Hinsicht lediglich um ein Vermitteln von Drogen handle, was seit der Teilrevision des Betäubungsmittelgesetzes im Jahr 2008 keinen selbstständigen Tatbestand von Art. 19 BetmG mehr darstelle. Das Verhalten des Beschuldigten sei deshalb einzig als Gehilfenschaft zum Erwerben und Veräußern von Drogen zu qualifizieren (HD Urk. 66 S. 11 ff., Urk. 78 S. 1 f. und Urk. 88 S. 4 ff.).

3.3. Die Vorinstanz hat mit ausführlicher und überzeugender Begründung dargetan, dass der Auffassung der Verteidigung nicht gefolgt werden kann. Auf ihre Erwägungen kann vorab verwiesen werden (HD Urk. 76 S. 16-20 Ziff. III.A). Diese zusammenfassend und ergänzend ist das Folgende auszuführen:

a) Aus dem Umstand, dass Art. 19 BetmG die *Vermittlung* seit der Teilrevision vom 1. Juli 2011 nicht mehr erwähnt, wird von einem Teil der Lehre gefolgert, dass diese nicht mehr als eigenständige Handlung, sondern nur noch als Gehilfenschaft zu Art. 19 BetmG zu ahnden sei. Teilweise wird in der Literatur allerdings auch die Meinung vertreten, lit. c von Art. 19 Abs. 1 BetmG entspreche (in etwas allgemeiner gefasster und gestraffter Umschreibung) der früheren Rege-

lung (vgl. hierzu Hug-Beeli, BetmG Kommentar, Art. 19 N 402 und 463). Das Bundesgericht äusserte in einem obiter dictum die Auffassung, in Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG sei das (altrechtliche) Anbieten, Verteilen, Verkaufen, Vermitteln oder Abgeben durch die (neurechtliche) Tathandlung "veräussern" ersetzt worden (Bundesgerichtsurteil 6B\_360/2001 vom 15. Dezember 2011). In einem weiteren Entscheid liess das Bundesgericht andererseits ausdrücklich offen, ob das Vermitteln unter dem neuen Recht als Gehilfenschaft oder als eigenständige Handlung zu ahnden sei (Bundesgerichtsurteil 6B\_518/2014 vom 4. Dezember 2014, E 10.5). In der Praxis des Obergerichts des Kantons Zürich wird die Vermittlung grundsätzlich weiterhin als eigenständiger Tatbestand betrachtet und unter die Tatbestandsvarianten des Verschaffens oder der Veräusserung gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG subsumiert (vgl. Urteile des Obergerichts des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2011, SB100650, E. III, vom 11. März 2014, SB130376, E. V. 1.3.1, und vom 1. April 2014, SB130508, E. II. 1).

Unter *Vermitteln* wird die (blosse) Herstellung von Kontakten zwischen Personen, die Betäubungsmitteln veräussern, und solchen, die diese Stoffe erlangen wollen, verstanden. Unter *Verschaffen* ist die Abgabe von Betäubungsmitteln nicht direkt, sondern über eine Drittperson, zu verstehen. Der Verschaffer hat Tatherrschaft über die Abgabe durch die Drittperson, kann diese z.B. verbindlich anweisen, die Betäubungsmittel auszuhändigen. Bei einem blossen Vermittler fehlt diese Tatherrschaft, da sich die Direktbeteiligten erst noch handelseinig werden müssen. Der Begriff "vermitteln" beinhaltet jegliche Vermittlungstätigkeit. Es spielt dabei keine Rolle, ob der Täter einem Konsumenten einen Drogenlieferanten vermittelt oder einem Drogenlieferanten einen Konsumenten zuhält. Voraussetzung ist aber immer, dass ein konkreter Personenkontakt hergestellt wird (vgl. Hug-Beeli, BetmG Kommentar, Art. 19 N 463 und Anm. 881 sowie N 468 f.).

b) Die Vorinstanz hat zutreffend dargetan, dass das Verhalten des Beschuldigten als ein eigentliches Verschaffen im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG zu qualifizieren ist (und damit die Frage, ob und unter welche Tatbestandsvariante des neuen Rechts der altrechtliche Begriff des Vermittelns zu subsumieren ist, letztlich offen gelassen werden kann).

Der Beschuldigte nahm bei den in seiner Wohnung abgewickelten Transaktionen eine zentrale Rolle ein. Ohne ihn wären diese nicht zustande gekommen; er allein wusste, bei wem, wie und unter welchen Konditionen Drogen beschafft werden konnten. Anhand der Aussagen der beteiligten Personen ist erstellt, dass er jeweils von seiner Schwester B.\_\_\_\_\_ kontaktiert wurde, da sie wusste, dass der Beschuldigte aufgrund seiner Vergangenheit einschlägige Kontakte im Koka-inhandel hatte (Prot. I S. 16f.; ND2 Urk. 5/9/4 S. 2; Urk. 5/9/6 S. 3; Urk. 6/2 S. 6f.). Ebenso ist erstellt, dass C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und/oder B.\_\_\_\_\_ zumindest auch deswegen zum Beschuldigten nach E.\_\_\_\_\_ [Ortschaft] kamen, weil das durch ihn verschaffte Kokaingemisch von überdurchschnittlicher Qualität war und zu einem attraktiven Preis angeboten wurde (Prot. I S. 19; ND2 Urk. 6/2 S. 7f.; Urk. 6/3 S. 9). Die Rolle des Beschuldigten erschöpfte sich nicht in einer reinen Vermittlung von Bezugsquellen, indem er beispielsweise einfach eine Telefonnummer an seine Schwester, B.\_\_\_\_\_, gegeben hätte, unter welcher diese selber hätte Kokain bestellen können. Vielmehr lief die konkrete Anbahnung und Abwicklung der Transaktionen von der Bestellung bei den Lieferanten bis zur Abgabe an die Abnehmer über den Beschuldigten. Sobald jeweils feststand, wie viel Geld C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und/oder B.\_\_\_\_\_ zur Verfügung hatten, rief der Beschuldigte den unbekanntem Drogendealer an, bestellte eine entsprechende Menge Kokaingemisch und erwirkte, dass dieses in seine Wohnung geliefert wurde. C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ waren bei den vom Beschuldigten anerkannten Transaktionen an der Aushandlung der Transaktionsbedingungen mit dem unbekanntem Drogendealer nicht beteiligt (vgl. Prot. I S. 19; HD Urk. 7/10 S. 9; ND2 Urk. 6/2 S. 8 f.; Urk. 6/3 S. 4, 8, 10, 12; Urk. 6/4 S. 3ff.). Teilweise bekamen die Abnehmer den unbekanntem Drogendealer nicht einmal zu Gesicht (vgl. ND2 Urk. 5/9/4 S. 2; Urk. 6/4 S. 5). Anlässlich der Berufungsverhandlung sagte der Beschuldigte gar aus, die Abnehmer hätten den Drogendealer "überhaupt nicht" gesehen (Prot. II S. 9).

Aus den Aussagen des Beschuldigten während der Untersuchung sowie aus den Aussagen der weiteren beteiligten Personen ist weiter erstellt, dass das Geld stets durch den Beschuldigten an den unbekanntem Dealer übergeben wurde (HD Urk. 7/7 S. 3, 7; ND2 Urk. 5/5/3 S. 2; Urk. 5/9/1 S. 3; Urk. 5/9/4 S. 2; Urk. 6/2 S. 9;

act. 6/3 S. 8, 12; act. 6/4 S. 3, 4, 7). Die spätere Aussage des Beschuldigten an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung, wonach er das Geld nie in den Händen gehabt hätte (Prot. I S. 19), führt zu keinem anderen Schluss, führte er anlässlich der Berufungsverhandlung doch aus, dass er das Geld, welches die Kunden vor Ankunft des Dealers auf den Tisch gelegt hätten, zwar nie in der Hand gehabt habe, dessen Übergabe an den Dealer aber durch ihn erfolgt sei (Prot. II S. 10). Nicht eindeutig aus den Aussagen der beteiligten Personen geht hervor, ob die Betäubungsmittel zunächst dem Beschuldigten (so ND2 Urk. 6/4 S. 5, 7; Urk. 5/9/4 S. 2) oder direkt an C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ oder B.\_\_\_\_\_ (so Prot. I S. 19; ND2 Urk. 5/5/3 S. 2; Urk. 6/2 S. 9; Urk. 6/4 S. 3) ausgehändigt wurden; dies ist aber letztlich unerheblich. Die Aussagen des Beschuldigten vor Berufungsgericht, wonach die Kunden den Dealer "überhaupt nicht" gesehen hätten, sprechen allerdings für eine Übergabe an den Beschuldigten, auch wenn er die Betäubungsmittel (vorerst) nicht in die Hand nahm (vgl. Prot. II S. 9 f.). Gemäss eigenen Ausführungen prüfte der Beschuldigte sodann auch die Qualität des übergebenen Kokains (vgl. Prot. I S. 15; HD Urk.7/9 S. 2; Prot. II S. 9).

Das vorstehend skizzierte Verhalten des Beschuldigten geht weit über ein blosses Vermitteln hinaus und stellt deshalb ein Verschaffen von Betäubungsmitteln an andere Personen im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG dar. Ein konkreter Kontakt zwischen dem Drogenlieferanten und den Konsumenten (welche diesen nicht zu Gesicht bekamen) wurde nicht hergestellt. Es war allein der Beschuldigte, nicht die Empfänger D.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_, der mit den Drogenlieferanten handelseinig wurde, bzw. die Geschäfte anbahnte sowie durchführte. Die Übergabe sowohl des Geldes als auch der Betäubungsmittel erfolgte durch den Beschuldigten. Ohne sein Handeln wären D.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ nicht in der Lage gewesen, in E.\_\_\_\_\_ Betäubungsmittel zu beziehen. Damit ist festzustellen, dass der Beschuldigte nicht etwa nur ein Verhalten im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG als Gehilfe gefördert hatte, sondern ihm allein jeweils die entscheidende Tatherrschaft zukam, womit sein Verhalten als täterschaftlich zu würdigen ist.

c) Entgegen der Auffassung der Vorinstanz (HD Urk. 76 S. 19 Ziff. II.A.2.5.) erfüllt das Verhalten des Beschuldigten nicht auch noch die Tatbestandsvarianten des unbefugten Besitzens, Aufbewahrens, Erwerbens oder auf andere Weise Erlangens im Sinne Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG. Zu Gunsten des Beschuldigten ist mit der Verteidigung (HD Urk. 88 S. 3 und 11 f.) davon auszugehen, dass die Teilmengen der erhaltenen Drogen, welche für den Eigenkonsum des Beschuldigten bestimmt waren (vgl. hiezu nachstehend Ziff. 3.4.), ein zwischen den Bezü- gern und dem Beschuldigten zum vornherein fest vereinbarter Bestandteil des Verschaffungsvorgangs waren und deshalb unter die privilegierten Beschaffungshandlungen nach Art. 19a Ziff. 1 (zweiter Teilsatz) BetmG zu subsumieren sind.

3.4. Entgegen der Vorinstanz (HD Urk. 76 S. 20 Ziff. II.A.3.) ist deshalb auch festzuhalten, dass sich die (drei) Verschaffungshandlungen des Beschuldigten nicht auf die gesamte Menge von 70 Gramm Kokaingemisch und damit 31,5 Gramm reinen Kokains beziehen, sondern davon die Teilmengen abzuziehen sind, die im Anschluss an die Verschaffungshandlungen vom Beschuldigten ei- nerseits mitkonsumiert und ihm andererseits zum späteren Eigengebrauch über- lassen wurden. Zum späteren Eigengebrauch wurde dem Beschuldigten laut An- klageschrift jeweils ca. 2 Gramm (demnach insgesamt ca. 6 Gramm) überlassen, derweil sein Anteil am Mitkonsum unmittelbar nach dem Drogenkauf auf jeweils ca. 1 Gramm (demnach insgesamt ca. 3 Gramm) zu schätzen ist. Zu Gunsten des Beschuldigten sind somit gerundet 10 Gramm für den Eigengebrauch abzuziehen. Damit beziehen sich die Verschaffungshandlungen (entgegen der von der Vertei- digung errechneten Mengen, Urk. 88 S. 3 f.) noch auf 60 Gramm Kokaingemisch, bzw., bei einem Reinheitsgehalt von ca. 45%, auf 27 Gramm reines Kokain.

3.5. Das Verhalten des Beschuldigten ist damit als qualifizierte Widerhand- lung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c in Ver- bindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG zu würdigen.

### III. Sanktion

#### 1. Einleitung

Die Vorinstanz hat die vom Gesetz und der Rechtsprechung für die Strafzumessung von Drogendelikten aufgestellten Grundsätze und Regeln zutreffend wiedergegeben (HD Urk. 76 S. 21-27, Ziff. IV.A.1.1., 2.1., 2.3.1., 2.3.5).

#### 2. Strafrahmen

Die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG ist mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 20 Jahren, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann, zu bestrafen.

#### 3. Tatkomponente

3.1. Bezüglich der *objektiven Tatschwere* ist zunächst festzuhalten, dass die vom Beschuldigten verschaffte Menge des Kokaingemischs (27 Gramm reines Kokain) den Grenzwert eines leichten Falls gemäss Art. 19 Abs. 1 BetmG (18 Gramm reines Kokain) deutlich übersteigt. Hinzu kommt, dass der Reinheitsgrad des Kokains mit 45 % über der durchschnittlichen Gassenqualität von rund 33 ⅓ % lag. Dabei ist zu beachten, dass es sich bei Kokain bekanntlich um eine der gefährlichsten Drogen überhaupt handelt, welcher nachgewiesenermassen eine grosse gesundheitsgefährdende und abhängigkeiterzeugende Wirkung zukommt. Zu berücksichtigen ist andererseits, dass der Beschuldigte zwar über einen Zeitraum von etwa einem Jahr mehrfach aktiv wurde, dass es sich dabei mit lediglich drei Transaktionen indes noch um eine relativ geringe Anzahl von Geschäften handelte. Auch handelte der Beschuldigte als Einzelperson und nicht etwa im Rahmen einer klassischen Drogenorganisation.

3.2. Bezüglich der *subjektiven Tatschwere* ist festzuhalten, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte und um die Gefährlichkeit von Kokain wusste. Zugunsten des Beschuldigten fällt allerdings ins Gewicht, dass er jeweils nicht aus eigener Initiative, sondern nur "auf Bestellung" tätig wurde. Für den Be-

schuldigten spricht auch, dass er schliesslich aus eigenem Antrieb aufhörte, indem er seiner Schwester mitteilte, dass er nichts mehr mit C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ zu tun haben möchte (HD Urk. 7/7 S. 3; ND2 Urk. 6/4 S. 11). Weiter ist zugunsten des Beschuldigten zu berücksichtigen, dass er nicht aus finanziellen Interessen handelte, sondern zunächst lediglich seiner Schwester einen Gefallen erweisen wollte und sodann auch für die weiteren Bestellungen kein Geld verlangte, sondern jeweils nach Ermessen von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ nach der Verschaffungshandlung mitkonsumieren durfte und einen Teil des Kokains zum Eigengebrauch erhielt. Eine eigentliche Kokainabhängigkeit ist beim Beschuldigten aber nicht als Motiv festzustellen.

3.3. Gesamthaft betrachtet ist das Tatverschulden des Beschuldigten als noch leicht einzustufen und ist hierfür eine hypothetische Einsatzstrafe von 15 Monaten festzusetzen.

#### 4. Täterkomponente

4.1. Hinsichtlich der *Biographie* des Beschuldigten kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (HD Urk. 76 Ziff. IV.2.4.1.), welche vom Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung als im Wesentlichen unverändert bestätigt wurden (Prot. II S. 4 ff.). Die Lebensgeschichte des Beschuldigten wirkt sich auf die Strafzumessung neutral aus.

4.2. Straferhöhend zu berücksichtigen sind die drei *Vorstrafen* des Beschuldigten, deren gravierendste (Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 17. Mai 2001) teilweise einschlägig ist (HD Urk. 58). Zu Gunsten des Beschuldigten ins Gewicht fällt andererseits, dass diese Vorstrafen (namentlich die gravierendste) relativ weit zurückliegen. Diesbezüglich erscheint eine Erhöhung der Einsatzstrafe um 3 Monate gerechtfertigt.

4.3. Strafmindernd ist dem Beschuldigten sodann sein *Geständnis* zugute zu halten, auch wenn zu berücksichtigen ist, dass er nicht von Anfang an geständig war und anschliessend auch nicht mehr zugab, als ihm anhand der Aussagen

der übrigen Beteiligten ohnehin nachgewiesen werden konnte. Hiefür erscheint eine Reduktion der hypothetischen Einsatzstrafe um 3 Monate angezeigt.

4.4. Aufgrund der ausgewiesenen *gesundheitlichen Probleme* des Beschuldigten (vgl. HD Urk. 41/3; Urk. 66 S. 17) kann ihm mit der Vorinstanz eine leicht erhöhte Strafempfindlichkeit zugebilligt werden und ist demzufolge eine weitere Reduktion der hypothetischen Einsatzstrafe um 1 Monat vorzunehmen.

#### 5. Auszufällende Strafe und Vollzug

5.1. Unter Würdigung aller für die Strafzumessung massgebenden Umstände erweist sich somit eine Strafe von 14 Monaten als angemessen.

5.2. Die Verteidigung beantragte die Ausfällung einer Geldstrafe anstelle einer Freiheitsstrafe (wobei die Geldstrafe gestützt auf Art. 37 Abs. 1 StGB in gemeinnützige Arbeit umzuwandeln sei; HD Urk. 66 S. 17 f. und Urk. 88 S. 14 f.). Damit verkennt sie, dass gemäss Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 BetrMG als Sanktion zwingend eine Freiheitsstrafe auszusprechen ist (und diese höchstens mit einer Geldstrafe verbunden werden kann).

5.3. a) Laut Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Dabei kann – innerhalb der schuldangemessenen Gesamtstrafe – eine bedingte Strafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder Busse verbunden werden (Art. 42 Abs. 4 StGB, vgl. Trechsel/Pieth, StGB PK, 2. Aufl., Art. 42 N 19). Um dem akzessorischen Charakter einer solchen Verbindungsstrafe gerecht zu werden, ist die Obergrenze grundsätzlich auf einen Fünftel beziehungsweise 20 % festzulegen (BGE 135 IV 188, E. 3.4.4.). Demgegenüber kann das Gericht gemäss Art. 43 Abs. 1 StGB den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem und höchstens drei Jahren teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Bei der teilbedingten Freiheitsstrafe muss sowohl

der aufgeschobene wie auch der zu vollziehende Teil mindestens sechs Monate betragen (Art. 43 Abs. 3 StGB).

b) Für Freiheitsstrafen im überschneidenden Anwendungsbereich der Art. 42/43 StGB (zwischen einem und zwei Jahren) gilt laut der höchstrichterlichen Rechtsprechung Folgendes: Der Strafaufschub nach Art. 42 StGB ist die Regel, die grundsätzlich vorgeht. Der teilbedingte Vollzug bildet dazu die Ausnahme. Sie ist nur zu bejahen, wenn der Aufschub wenigstens eines Teils der Strafe aus spezialpräventiver Sicht erfordert, dass der andere Strafteil unbedingt ausgesprochen wird. Ergeben sich – insbesondere aufgrund früherer Verurteilungen – ganz erhebliche Bedenken an der Legalbewährung des Täters, die bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände eine eigentliche Schlechtprognose noch nicht zu begründen vermögen, so kann das Gericht an Stelle des Strafaufschubs den teilbedingten Vollzug gewähren. Auf diesem Wege kann es im Bereich höchst ungewisser Prognosen dem Dilemma "Alles oder Nichts" entgehen. Art. 43 StGB hat die Bedeutung, dass die Warnwirkung des Teilaufschubes angesichts des gleichzeitig angeordneten Teilvollzuges für die Zukunft eine weitaus bessere Prognose erlaubt. Erforderlich ist aber stets, dass der teilweise Vollzug der Freiheitsstrafe für die Erhöhung der Bewährungsaussichten unumgänglich erscheint. Das trifft nicht zu, solange die Gewährung des bedingten Strafvollzuges, kombiniert mit einer Verbindungsgeldstrafe bzw. Busse (Art. 42 Abs. 4 StGB), spezialpräventiv ausreichend ist. Diese Möglichkeit hat das Gericht vorgängig zu prüfen (BGE 134 IV 1, E. 5.5.2.).

c) Das Gericht kann mit Zustimmung des Täters an Stelle einer Geldstrafe bis zu 180 Tagessätze gemeinnützige Arbeit von höchstens 720 Stunden anordnen (vgl. Art. 37 Abs. 1 StGB).

5.4. a) In Betracht zu ziehen ist einerseits, dass der Beschuldigte doch auf eine relativ lange kriminelle Karriere zurückblickt und damit eine ziemliche Unbelehrbarkeit aufweist. Aufgrund dessen bestehen grundsätzlich grosse Bedenken, ob sich der Beschuldigte bewähren wird. Zu berücksichtigen ist allerdings andererseits, dass die gravierendste Vorstrafe des Beschuldigten 15 Jahre und das ihr zugrundeliegende Verhalten rund 17 Jahre zurückliegen. Im Zeitraum danach

weist der Beschuldigte lediglich zwei geringfügigere Vorstrafen auf, welche auf Tathandlungen in den Jahren 2006 bis 2008 zurückgehen. Dem Beschuldigten ist somit zugute zu halten, dass er sich bis zu den vorliegend zu sanktionierenden Handlungen im Jahr 2013 während rund fünf Jahren nichts zu Schulden kommen liess. Hinzu kommt, dass sich der Beschuldigte auch seither nichts mehr hat zu Schulden kommen lassen. Für eine günstige Legalprognose spricht weiter, dass der Beschuldigte glaubhaft dargetan hatte (vgl. Prot. I S. 9), dass er sich zu den aktuellen Drogenbeschaffungen allein deshalb hinreissen liess, weil es seine Schwester war, die ihn darum gebeten hatte, und dass er schliesslich aus eigenem Antrieb wieder damit aufhörte.

b) Insgesamt erscheint es nur bei einer Sanktion mit einer spürbaren Warnwirkung möglich, nicht von einer ungünstigen Prognose ausgehen zu müssen. Die Gewährung eines *ausschliesslich* bedingten Strafvollzugs steht aufgrund der kriminellen Vergangenheit des Beschuldigten ausser Frage.

Die Vorinstanz hielt es für angezeigt, dem Beschuldigten eine teilbedingte Freiheitsstrafe gemäss Art. 43 StGB auszusprechen (HD Urk. 76 S. 28 f., Ziff. V.A.). Die Möglichkeit einer Verbindungsgeldstrafe im Sinne von Art. 42 Abs. 4 StGB wurde von ihr nicht geprüft.

Vor dem Hintergrund der vorstehend aufgezählten positiven prognostischen Elementen ist aber festzuhalten, dass die zur Verneinung einer Schlechtprognose führende ausreichende Warnwirkung im vorliegenden Fall nicht erst durch einen (minimalen) Teilvollzug der auszusprechenden Freiheitsstrafe, sondern auch schon durch eine unbedingte Verbindungsgeldstrafe im Sinne von Art. 42 Abs. 4 StGB erreicht werden kann. Zwar lässt sich fragen, ob sich der Beschuldigte – neben der bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe – durch eine zu bezahlende Geldstrafe genügend abschrecken liesse, welche vorliegend höchstens Fr. 2'000.– betragen könnte (darf eine solche doch einen Fünftel der Gesamtstrafe und damit vorliegend höchstens rund 100 Tage nicht übersteigen, wobei der Tagessatz in Anbetracht der prekären finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten bei höchstens Fr. 20.– anzusetzen wäre). Dass dem Beschuldigten ein *spürbarer* Denkkzettel verpasst werden kann, der die Legalprognose nachhaltig positiv beein-

flussen wird, ist vorliegend aber deshalb anzunehmen, da die Verbindungsgeldstrafe (dem Antrag des Beschuldigten entsprechend) in Anwendung von Art. 37 StGB in gemeinnützige Arbeit umzuwandeln ist. Die Verpflichtung zur Leistung von mehrtägiger gemeinnütziger Arbeit wird beim Beschuldigten einen nachhaltigeren Eindruck hinterlassen, als die Verpflichtung zur Bezahlung einer (objektiv) relativ geringfügigen (und möglicherweise uneinbringlichen) Geldsumme. Restzweifeln hinsichtlich der Legalprognose ist bei der Bestimmung der Probezeit (vgl. Art. 44 Abs. 1 StGB) Rechnung zu tragen.

5.5. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen erscheint es angemessen, den Beschuldigten in Anwendung von Art. 42 Abs. 4 StGB mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 12 Monaten sowie mit einer unbedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu bestrafen. Die Probezeit für die bedingte Freiheitsstrafe ist auf 5 Jahre festzusetzen. Anstelle der Geldstrafe ist zu vollziehende gemeinnützige Arbeit von 240 Stunden anzuordnen.

Aufgrund der hier vorgenommenen Umwandlung der Geldstrafe in gemeinnützige Arbeit kann auf die Festsetzung eines Tagessatzes zum vorliegenden Zeitpunkt verzichtet werden. Sollte der Beschuldigte die gemeinnützige Arbeit trotz Mahnung (der Vollzugsbehörden) nicht leisten, so wird das Gericht in Anwendung von Art. 39 StGB und Art. 363 StPO (auf Antrag der Vollzugsbehörden) ein nachträgliches Umwandlungsverfahren zur Anordnung einer Ersatzsanktion (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe) vorzunehmen haben, wobei auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten im dannzumaligen Zeitpunkt abzustellen sein würde.

Einer Anrechnung der erstandenen Haft von drei Tagen (11. Dezember 2012 bis 12. Dezember 2012 sowie 3. Juni 2014; HD Urk. 16 S. 4) an die Freiheitsstrafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

#### **IV. Kostenfolge**

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten aufzu-

erlegen, in Anbetracht seiner wirtschaftlichen Verhältnisse jedoch zu erlassen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung – welche gestützt auf die Honorarnote der Verteidigung auf Fr. 5'700.– festzusetzen sind (Urk. 89) – sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Verzicht eines Rückforderungsvorbehalts.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 21. Januar 2016 bezüglich Dispositivziffern 1 teilweise (Schuldspruch wegen mehrfacher Übertretung des BetmG/Teilfreispruch), 2 teilweise (Busse), 4 (Ersatzstrafe für Busse), 5 und 6 (Kostenregelung) sowie der gleichentags ergangene Beschluss hinsichtlich Dispositivziffer 1 (Teileinstellung des Verfahrens) in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist ferner schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG i. V. m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird hierfür bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten, wovon 3 Tage durch Haft erstanden sind, sowie mit einer unbedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 5 Jahre festgesetzt.
4. Anstelle der Geldstrafe wird zu vollziehende gemeinnützige Arbeit von 240 Stunden angeordnet.

5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 5'700.– amtliche Verteidigung
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch erlassen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.
7. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
  - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- sowie in vollständiger Ausfertigung an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
  - das Bundesamt für Polizei, Nussbaumstrasse 29, 3003 Bern
- und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz
  - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
  - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
  - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"
8. 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, 24. Juni 2016

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Höfliger

Zur Beachtung:

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

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

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

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