

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB160163-O/U/ad

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

Urteil vom 13. September 2016

in Sachen

Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland,

vertreten durch Stv. LStAin lic. iur. Steinhauser

Anklägerin, Erstberufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

gegen

A._____,

Beschuldigter, Zweitberufungskläger und Anschlussberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

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

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 28. Januar
2016 (DG150068)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 2. November 2015 (Urk. 20) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a und c BetmG,
 - der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG sowie
 - der Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. a WG und Art. 8 Abs. 1 WG.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten, wovon 34 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind (gerechnet vom 26. Februar 2015 bis und mit 31. März 2015) sowie mit einer Busse von Fr. 600.–.

3. Die Freiheitsstrafe wird im Umfang von 8 Monaten (abzüglich 34 Tage erstandene Untersuchungshaft) vollzogen. Im Umfang von 28 Monaten wird der Vollzug der Freiheitsstrafe aufgeschoben unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren.

Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen.

4. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 6. März 2015 (Dossier 1 act. 11/1/8) beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich eingelagerten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur Vernichtung überlassen.

5. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 6. März 2015 (Dossier 1 act. 11/1/9) beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich eingelagerten Gegenstände werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen:

- 1 kleiner schwarzer Wertbehälter (A007'981'342)
- Silberner Koffer mit {A007'981'502):
 - 1 Klappmesser
 - 1 schwarzes Wurfmesser mit Etui
 - 1 schwarzes Nutschako
 - 2 Wurfmesser
 - 1 Pfefferspray
 - 1 Waffenspray
 - 1 Schachtel Munition 9 mm
 - 14 Stück Munition 9 mm
 - 1 Minigrip mit diversen Stahlkugeln

6. Die folgenden mit Verfügungen der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 6. März 2015 (Dossier 1 act. 11/1/9 und act. 11/2/4) beschlagnahmten und bei der Effektenverwaltung des Bezirksgerichts Winterthur deponierten Gegenstände werden eingezogen und der Kantonspolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen:

- 1 schwarze Agenda / Notizbuch (A007'982'130)
- Diverse SIM-Karten von Swisscom und Orange (A007'982'254)
- Pistole "Sig", Model P210, Kaliber 9 mm
- 6 Patronen (9 mm x 19 mm)
- 2 Magazine
- 2 Holster
- 1 oranges Frotteetuch

7. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr.	3'000.00	; die weiteren Kosten betragen:
Fr.	1'100.00	Gebühr Strafuntersuchung;
Fr.	1'713.20	Auslagen (Gutachten);
Fr.	15'873.00	Kosten amtliche Verteidigung;
Fr.	21'686.20	Total

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

8. Die Kosten des Vorverfahrens (Gebühr Strafuntersuchung sowie Auslagen Gutachten) und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich diejenigen 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 Vertreterin der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland:
(Urk. 61 S. 1)

1. Es sei festzustellen, dass die Dispositivziffern 1, 4, 5, 6, 7 und 8 des vorinstanzlichen Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 28. Januar 2016 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten sowie mit einer Busse von Fr. 600.– zu bestrafen.
3. Die ausgefallte Freiheitsstrafe von 36 Monaten sei zu vollziehen.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien dem Beschuldigten aufzuerlegen.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten

(Urk. 62 S. 2)

1. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Haft von insgesamt 34 Tagen.
2. Die Freiheitsstrafe sei bedingt auszusprechen, unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren.
3. Sollte die Berufungsinstanz auf eine Freiheitsstrafe von mehr als 24 Monaten befinden, so wird eventualiter beantragt, den zu vollziehenden Teil der Strafe auf maximal 8 Monate festzusetzen.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens sowie die Kosten der amtlichen Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur vom 28. Januar 2016 wurde den Parteien am Tag der Entscheidfällung mündlich eröffnet und im Dispositiv übergeben (Prot. I S. 36). Mit Eingabe vom 2. Februar 2016 meldete die Anklagebehörde und mit ebensolcher vom 5. Februar 2016 die amtliche Verteidigung rechtzeitig Berufung gegen das Urteil an (Urk. 38 und Urk. 40; Art. 399 Abs. 1 StPO). Gegen ein ergänzendes Urteil vom 23. März 2016, mit welchem dem Beschuldigten weitere Kosten auferlegt wurden (Urk. 46), wurde keine Berufung angemeldet. Den Empfang der schriftlichen Begründung des angefochtenen Entscheids quittierte die Anklagebehörde am 29. März 2016 und die amtliche Verteidigung am 5. April 2016 (Urk. 45). Mit Eingabe vom 4. April 2016

reichte die Anklagebehörde fristwährend die Berufungserklärung ein (Urk. 51; Art. 399 Abs. 3 und 4 StPO). Demgegenüber liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 25. April 2016 den Rückzug der von ihm angemeldeten Berufung mitteilen, und er erklärte vorsorglich die Anschlussberufung (Urk. 52). Mit Präsidialverfügung vom 27. April 2016 wurde dem Beschuldigten eine Kopie der Berufungserklärung der Anklagebehörde zugestellt, und es wurde ihm Frist für die Erklärung der Anschlussberufung angesetzt (Urk. 54). Mit Eingabe vom 10. Mai 2016 erklärte die amtliche Verteidigung namens des Beschuldigten die Anschlussberufung (Urk. 56). Beweisanträge wurden keine gestellt.

2. Zur Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte, der amtliche Verteidiger und die Vertreterin der Anklagebehörde (Prot. II S. 4 ff.). Das Verfahren ist spruchreif.

II. Prozessuales

1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (vgl. BSK StPO-Eugster, Art. 402 N 1 f.).

2. Die Anklagebehörde beschränkt ihre Berufung auf die Frage des Vollzugs bzw. des bedingten Vollzugs der Strafe (Urk. 51 S. 1 ff.; Urk. 61 S. 1). Der Beschuldigte lässt mit seiner Anschlussberufung eine Reduktion der Freiheitsstrafe auf 24 Monate sowie den vollständigen Aufschub des Strafvollzugs – unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren – beantragen (Urk. 56 S. 2; Urk. 62 S. 2). Von keiner Seite angefochten und damit in Rechtskraft erwachsen sind somit die Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 4-6 (Einziehungen) sowie 7 und 8 (Kosten- und Entschädigungsdispositiv) des vorinstanzlichen Urteils, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist.

3. Zu überprüfen sind die Strafzumessung und die Frage des (bedingten/teilbedingten) Strafvollzugs. Auf die diesbezüglichen Argumente der Anklagebehörde und der amtlichen Verteidigung ist im Rahmen der nachstehenden Erwägungen

einzugehen. Dabei muss sich das Gericht nicht ausdrücklich mit jeder tatsächlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen; vielmehr kann es sich auf die für die Entscheidungsfindung wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 138 I 232 E. 5.1 und BGE 133 I 270 E. 3.1, je mit Hinweisen; Urteile des BGer 6B_89/2014 vom 1. Mai 2014 E. 2.2, 6B_526/2009 vom 2. September 2009 E. 3.2 und 6B_678/2009 vom 3. November 2009 E. 5.2).

III. Strafzumessung

1. Die Vorinstanz wies eingangs zur Strafzumessung zunächst zutreffend darauf hin, dass die vom Beschuldigten begangenen Straftaten teilweise vor und nach früheren Strafurteilen begangen worden seien, weshalb die Anklagebehörde die Bestrafung teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 20. September 2011 beantragt habe. Ebenso richtig stellte sie in der Folge fest, dass ein Fall von retrospektiver Konkurrenz – und damit Anlass zur Ausfällung einer (teilweisen) Zusatzstrafe – nur dann vorliege, wenn im neuen Urteil auf die gleiche Straftat zu erkennen sei wie im betreffenden früheren Urteil. Da der Beschuldigte im betreffenden Urteil des Bezirksgerichts Uster mit einer Geldstrafe und einer Busse bestraft wurde, für die vorliegend zu beurteilenden Delikte jedoch nur die Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe in Betracht komme, sei keine Zusatzstrafe, sondern eine neue Strafe auszufällen – so das Fazit der Vorinstanz (Urk. 49 S. 8). Diese Erwägungen sind nur in einem Punkt zu präzisieren: Vorliegend wird neben einer Freiheitsstrafe für die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG auch eine Busse auszufällen sein. Gleichartigkeit zur mit Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 20. September 2011 ausgefallenen Busse wäre daher grundsätzlich gegeben. Ein Fall von retrospektiver Konkurrenz liegt diesbezüglich dennoch nicht vor, da lediglich der Betäubungsmittelkonsum des Beschuldigten im verjährungsrechtlich relevanten Zeitraum vom 28. Januar 2013 (drei Jahre vor dem vorinstanzlichen Entscheid; Art. 109 StGB) bis zu seiner Verhaftung am 26. Februar 2015 zu beurteilen ist, welcher zeitlich nach dem Urteil des Bezirksgerichts Uster stattfand.

2. Auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zum methodischen Vorgehen bei der Strafzumessung sowie zu den Strafzumessungsregeln kann – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – verwiesen werden (Urk. 49 S. 9 f.). Die Vorinstanz bildete in der Folge richtigerweise für die mit Geld- oder Freiheitsstrafe bedrohten Delikte unter Anwendung des Asperationsprinzips (Art. 49 Abs. 1 StGB) eine Gesamtstrafe, wobei sie zunächst für das schwerste Delikt, die qualifizierte Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g in Verbindung mit Abs. 2 lit. a und c BetmG, eine Einsatzstrafe festsetzte und diese aufgrund der damit zusammenhängenden Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. a WG und Art. 8 Abs. 1 WG angemessen erhöhte, und bemass für die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG eine separate Busse (Urk. 49 S. 9 ff.).

2.1. Bei qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz reicht der Strafraum von nicht unter einem bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe, womit eine Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen zu maximal Fr. 3'000.– verbunden werden kann (Art. 19 Abs. 2 BetmG; Art. 40 StGB; Art. 34 Abs. 1 und 2 StGB). Wie bereits die Vorinstanz zutreffend konstatierte (Urk. 49 S. 9), ist der ordentliche Strafraum trotz Vorliegens allfälliger Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe nur zu erweitern, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angeordnete Strafe im konkreten Fall zu hart, respektive zu milde erscheint. Da der obere Strafraum bereits bei 20 Jahren Freiheitsstrafe liegt, kann er nicht mehr erweitert werden. Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafraums kann sich stellen, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren zusammentreffen, die einen objektiv an sich leichten Tatvorwurf weiter relativieren, so dass eine Strafe innerhalb des ordentlichen Rahmens dem Rechtsempfinden widerspräche (Art. 48, Art. 48a, Art. 49 Abs. 1, Art. 19 Abs. 2, Art. 22 Abs. 1 StGB; BGE 136 IV 55 E. 5.8 S. 63; Urteil des Bundesgerichts 6B_475/2011 vom 30. Januar 2012 E. 1.4.4). Solche Umstände sind vorliegend aber keine gegeben. Insbesondere liegt kein Fall einer fakultativen Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 3 lit. b BetmG (Delinquenz zur Finanzierung des Eigenkonsums) vor, lagen die Einnahmen, die der Beschuldigte mit dem Betäubungs-

mittelverkauf erzielte, doch weit über dem für den Eigenkonsum Benötigten und finanzierte er sich mit den Einnahmen – wie er selber einräumte (Prot. I S. 14; Prot. II S. 13) – seinen Lebensunterhalt. Die Einsatzstrafe ist damit im Rahmen des ordentlichen Strafrahmens zuzumessen, was im Übrigen auch von der Verteidigung festgestellt wurde (Urk. 62 S. 5).

2.2. Wie die Verteidigung weiter zutreffend ausführte und auch im angefochtenen Entscheid erwogen wurde (Urk. 33a S. 9; Urk. 49 S. 10 f.), ist bei der Bewertung der objektiven Tatschwere im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts zu berücksichtigen, dass der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung bei der Bemessung der Strafe keine vorrangige Rolle zukommen darf (BGE 118 IV 342 ff.; BGE 121 IV 202 E. 2d/cc; Urteil des Bundesgerichts 6B_558/2011 vom 21. November 2011 E. 3.3.2). Es wäre verfehlt, im Sinne eines Tarifs überwiegend oder gar allein auf dieses Kriterium abzustellen. Falsch wäre aber auch die Annahme, diesem Strafzumessungselement komme eine völlig untergeordnete oder gar keine Bedeutung zu. Auch der Reinheitsgrad der Betäubungsmittel kann für das Verschulden von Bedeutung sein. Handelt der Täter wissentlich mit ausgesprochen reinen Drogen, ist das Verschulden schwerer, handelt er wissentlich mit besonders stark gestreckten Drogen, ist es leichter (BGE 122 IV 299). Steht indes nicht fest, dass der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte, spielt der genaue Reinheitsgrad für die Gewichtung des Verschuldens und bei der Strafzumessung keine Rolle. Die genaue Betäubungsmittelmenge und gegebenenfalls ihr Reinheitsgrad verlieren zudem an Bedeutung, wenn mehrere Qualifikationsgründe gemäss Art. 19 Ziff. 2 BetmG gegeben sind, und sie werden umso weniger wichtig, je deutlicher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG überschritten ist (BGE 121 IV 193). Die objektive Tatschwere bestimmt sich bei Drogendelikten neben der erwähnten eher sekundären Bedeutung der Drogenmenge (BGE 121 IV 202) und der daraus folgenden Gesundheitsgefährdung namentlich auch nach der Art und Weise der Tatbegehung, der Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und den Beweggründen (BGE 118 IV 348). Massgebend sind dabei unter anderem die Häufigkeit und Dauer der deliktischen Handlungen, die aufgewendete persönliche Energie, das gezeigte

kriminelle Engagement, die hierarchische Stellung sowie die Grösse der erzielten oder angestrebten Gewinne. Daneben kommt es darauf an, wie der Täter mit der Droge in Kontakt gekommen ist und was er mit dieser gemacht hat (Hug-Beeli, Betäubungsmitteldelikte 1983-1991, Zürich 1992, S. 429 f., 436 und 438; Derselbe, Kommentar Betäubungsmittelgesetz, Basel 2016, N 212 ff. zu Art. 26 BetmG). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts trifft beispielsweise den Transporteur einer bestimmten Drogenmenge grundsätzlich ein geringeres Verschulden als denjenigen, der diese Betäubungsmittelmenge verkauft oder zum Zwecke des Weiterverkaufs erwirbt (BSK StGB I-Wiprächtiger/Keller, N 93 f. zu Art. 47 StGB; BGE 121 IV 206). Weiter beachtlich ist auch eine allfällige Drogenabhängigkeit des Täters, ob er ausschliesslich des Geldes wegen handelte, ohne sich in einer finanziellen Notlage zu befinden, oder ob er es ablehnt zu arbeiten, obwohl es ihm möglich wäre, und er es vorzieht, durch den Drogenhandel seinen Lebensunterhalt zu verdienen (BGE 107 IV 62 f.; BGE 118 IV 349). Daraus ergibt sich, dass nicht einem einzelnen der aufgeführten Kriterien für die Beurteilung des Verschuldens eine überwiegende Bedeutung zukommt. Der Einbezug all dieser Kriterien und deren Gesamtwürdigung führten schliesslich zur Gewichtung der Tatschwere und des Verschuldens.

2.2.1. Bei der objektiven Schwere der Tat bzw. beim „Ausmass des Erfolges“ ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte während einer beachtlich langen Zeit von etwas mehr als fünf Jahren mit verschiedensten Arten von Betäubungsmitteln handelte. Auch wenn auf dem Betäubungsmittelmarkt durchaus gefährlichere Drogen als Amphetamine gehandelt werden – wie die Verteidigung insoweit zutreffend anmerkte (Urk. 62 S. 5 f.) – handelte es sich auch bei diesen wie bei allen weiteren vom Beschuldigten verkauften Stoffen um solche, die die Gesundheit ihrer Konsumenten in einem nicht geringen Ausmass gefährdeten. Der Beschuldigte kaufte während gut vier Jahren 3'000 Gramm Amphetamin, 1'500 Ecstasy-Pillen, 500 LSD-Trips, 30 bis 40 Gramm Kokain und 500 Gramm Crystal MDMA mehrheitlich zum Weiterverkauf. Zu diesem Zweck mischte er das Amphetamin mit Koffein und portionierte sowie verpackte er die Betäubungsmittel. Total verkaufte der Beschuldigte 5'000 Gramm bis 6'520 Gramm Amphetamingemisch (bei einem Reinheitsgehalt von 14% somit mindestens 700 Gramm reines

Amphetamin), 1'300 Ecstasy-Pillen, 500 LSD-Trips, 450 Gramm Crystal MSMA sowie 10 Gramm Kokain und erzielte dabei einen Umsatz von total zwischen Fr. 154'000.– und Fr. 179'000.– respektive einen Gewinn von zwischen Fr. 96'500.– und Fr. 126'500.–, wobei für die Gewichtung der objektiven Schwere der Tat zugunsten des Beschuldigten jeweils von den tieferen Beträgen auszugehen ist. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, überschreiten die vom Beschuldigten gehandelten Mengen von Betäubungsmitteln die mengenmässige Grenze zum schweren Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG um ein Vielfaches – mit Ausnahme des Kokains, für welches in der Anklage lediglich ein Verkauf von 10 Gramm (unbekannten Reinheitsgrads) an den Mitbeschuldigten B._____ erwähnt wird, sowie des MDMA (zu den Grenzwerten vgl. auch Urk. 2 S. 4). Der Handel des Beschuldigten war damit geeignet, die Gesundheit einer erheblichen Anzahl Menschen in Gefahr zu bringen, umso mehr da der Beschuldigte mit seinem breiten Angebot an Betäubungsmitteln die Bedürfnisse verschiedenster Konsumentenschichten abdeckte. Gemäss seinen eigenen Aussagen belieferte der Beschuldigte insgesamt ca. 100 Personen (Urk. 8/4 S. 1). Zusätzlich zum Qualifikationsmerkmal von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG ist sodann auch Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG einschlägig. Der Beschuldigte erzielte angesichts der langen Deliktsdauer zwar kein sehr hohes, aber doch beachtliches Einkommen, welches ihm zumindest ermöglichte, auf eine legale Erwerbstätigkeit, die ihm zweifelsohne möglich gewesen wäre (dazu sogleich Erw. 2.2.2.), zu verzichten. Er widmete sich gewerbsmässig – quasi "hauptberuflich" – dem Betäubungsmittelhandel und betrieb diesen angesichts der umgesetzten Mengen mit erheblichem Aufwand. Die Betäubungsmittel bezog er nach eigenen Aussagen einzig von C._____. Der Beschuldigte handelte dabei nicht als Teil einer besonderen Organisation zum Betäubungsmittelhandel, sondern unabhängig, als Einkäufer und Verkäufer selbständig und auf eigene Rechnung. Er behielt mithin die gesamten Einnahmen für sich selber. Im Falle des Mitbeschuldigten B._____, der die vom Beschuldigten erworbenen Betäubungsmittel auch weiterverkaufte, wie dieser und auch der Beschuldigte einräumten (Urk. 8/3 S. 2 f.; Urk. 9/3 S. 3), fungierte er zudem teilweise als Zwischenhändler. Die kriminelle Energie ist daher mit der Vorinstanz und entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 62 S. 5) insgesamt als erheblich zu be-

zeichnen (Urk. 49 S. 11). Aufgrund des selbstbestimmten Vorgehens, der grossen Menge und Streuung der gehandelten Betäubungsmittel sowie der beachtlichen Höhe des erzielten Einkommens erscheint die vorinstanzliche Qualifikation des objektiven Verschuldens als *nicht mehr leicht* den Umständen angemessen.

2.2.2. Bei der subjektiven Tatschwere ist zu gewichten, dass der Beschuldigte seine regen Handelsaktivitäten direktvorsätzlich betrieben hat. Mit der Vorinstanz (Urk. 49 S. 12) ist zu betonen, dass er keine Skrupel zeigte, im Wissen um die Wirkung der von ihm gehandelten Suchtstoffe die Gesundheit vieler Menschen zu gefährden. Seine Motive waren egoistisch und rücksichtslos, finanzierte er mit den von ihm durch den Betäubungsmittelhandel generierten Gewinnen doch nicht seinen eigenen Konsum, sondern seinen generellen Lebensunterhalt. Dass mit dem Geld – wie in der Anklage beschrieben (Urk. 20 S. 4) – zudem Ferien im Ausland finanziert worden seien, bestritt der Beschuldigte anlässlich der Hauptverhandlung nicht unglaubhaft (Prot. I S. 14). Entgegen den Vorbringen der Verteidigung, die vor Vorinstanz als Hauptgrund für die heute zu beurteilende Delinquenz des Beschuldigten dessen eigenen Betäubungsmittelkonsum anführte – es sei davon auszugehen, dass der Beschuldigte aus dem Zwang nach genügender Selbstversorgung gehandelt, respektive dass es sich um einen rein suchtbedingten Konsum und Handel gehandelt habe (Urk. 33a S. 4 und S. 9 und 17 f.) – zeigen die Umstände, dass es vielmehr die freie Entscheidung des Beschuldigten war, sich durch den Handel mit Betäubungsmitteln auf eine vergleichsweise bequeme Art und Weise seinen Lebensunterhalt zu finanzieren. Es wäre – wie die Vorinstanz zutreffend feststellte (Urk. 49 S. 12) – dem Beschuldigten ohne Weiteres möglich gewesen, eine legale Arbeitstätigkeit auszuführen, absolvierte er doch eine Lehre als Maurer und verfügt er zudem über eine Weiterbildung als Polier. Der Beschuldigte bestätigte denn auch vor Schranken, dass es ihm "selbstverständlich" möglich gewesen wäre, zu arbeiten. Seine Arbeitsstelle habe er aus persönlichen Gründen gekündigt. Er habe Mühe mit der Situation auf dem Bau gehabt und die Arbeit nicht mehr mit sich vereinbaren können. Er sei vom Charakter her die falsche Person. Nachdem er im Jahr 2010 arbeitslos geworden sei, habe er sich zuerst noch um eine Stelle bemüht, dann nicht mehr (Prot. I S. 15; Prot. II S. 10 und S. 13). Dass eine wirtschaftliche Notsituation vorgelegen habe,

macht der Beschuldigte nicht geltend. Vielmehr führte er verschiedentlich aus, dass er finanziell von seiner Mutter unterstützt wurde (vgl. Urk. 62 S. 8; Prot. II S. 17). Gemäss den nicht widerlegbaren Angaben des Beschuldigten und der diesbezüglichen Darstellung in der Anklage konsumierte er die von ihm gehandelten Betäubungsmittel sowie Marihuana auch selber, dies jedoch gelegentlich und zu nicht bestimmten Zeitpunkten. Entgegen der Vorinstanz liegen alleine aufgrund dieses regelmässigen Betäubungsmittelkonsums des Beschuldigten keine Hinweise dafür vor, dass beim Beschuldigten im Zeitpunkt der Verhaftung eine eigentliche, verschuldensrelevante Drogensucht gegeben war. Die Aussagen des Beschuldigten lassen zwar keinen Zweifel am mehr oder weniger regelmässigen Konsum offen, deuten jedoch nicht auf eine Beschaffungskriminalität und verschuldensmindernde Sucht hin. So gab er beispielsweise an, nicht jedes Wochenende Ecstasy konsumiert zu haben, sondern ab und zu zwei bis drei Tabletten. LSD-Trips habe er nicht konsumiert. Crystal MDMA habe er "gelegentlich" konsumiert (Urk. 8/6 S. 7). Kokain und Marihuana habe er auch konsumiert (Urk. 8/8 S. 4). Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung gab er dann an, Kokain, Amphetamin, Crystal, Marihuana und gelegentlich LSD konsumiert zu haben (Prot. I S. 16), was er im Berufungsverfahren bestätigte (Prot. II S. 9). Der Beschuldigte bestritt jedoch vor Vorinstanz, süchtig gewesen zu sein. Er hätte sonst nach Haftantritt andere Entzugserscheinungen gehabt. Er habe während der gesamten Haftzeit kein Problem gehabt (Prot. I S. 23). Anlässlich der Berufungsverhandlung konstatierte er, ein "Stück weit sicherlich" abhängig gewesen zu sein. In der Haft habe er aber keine Probleme oder Entzugserscheinungen gehabt (Prot. II S. 9). Letzteres spricht deutlich gegen eine verschuldensrelevante Betäubungsmittelabhängigkeit. Die im angefochtenen Entscheid erwähnte Gewichtszunahme des Beschuldigten von 20 kg (Urk. 49 S. 13) beruht schliesslich auf dessen Aussage (Urk. 8/9 S. 7; Prot. I S. 26) und stellt – wenn die Angabe denn zutreffend sein sollte – zwar ein Anzeichen für das Beenden des Betäubungsmittelkonsums dar, nicht jedoch den Nachweis einer zuvor bestehenden verschuldensrelevanten Sucht. Auch in der psychiatrischen Abklärung der Haftersorgungsfähigkeit finden sich keine Hinweise auf eine relevante Suchtproblematik (Urk. 13/8). Zusammenfassend kann dem Beschuldigten nur bedingt zugutegehal-

ten werden, dass er aufgrund seines eigenen Drogenkonsums quasi in den Handel "hineingerutscht" sei, respektive dass es zu einem "Selbstläufer" geworden sei (vgl. Prot. I S. 22; Prot. II S. 13; Urk. 62 S. 5). Sein eigener Konsum und der damit verbundene Umgang im Milieu mag die Delinquenz des Beschuldigten zwar durchaus gefördert haben. Entgegen seinen Aussagen, wonach er aufgrund des Konsums keine andere Möglichkeit gesehen habe (Prot. I S. 22), war es der freie Entschluss des Beschuldigten, zunächst die Arbeitsstelle zu kündigen, um dann nach kurzer Zeit die Arbeitssuche aufzugeben und sich dem illegalen Betäubungsmittelhandel zu widmen. Dem Handel wurde denn auch erst durch die am 26. Februar 2015 erfolgte Verhaftung durch behördliche Intervention ein Ende gesetzt.

2.2.3. Die objektive Tatschwere erfährt keine Relativierung durch die subjektive Schwere der Tat. Das Verschulden ist daher insgesamt als nicht mehr leicht einzustufen. Eine hypothetische Einsatzstrafe im Bereich **zwischen 3 ½ und 4 Jahren** Freiheitsstrafe erweist sich daher als angemessen.

3. Die Einsatzstrafe ist aufgrund der vom Beschuldigten begangenen Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. a WG und Art. 8 Abs. 1 WG angemessen zu erhöhen.

3.1. Was das diesbezügliche Tatverschulden angeht, ist in objektiver Hinsicht zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte ohne Waffenerwerbsschein eine Pistole "Sig", Model P210, Kaliber 9mm, sechs Patronen à 9mm x 19mm sowie zwei dazugehörige Magazine erwarb und aufbewahrte. Damit besass der Beschuldigte eine gefährliche Schusswaffe samt Magazinen und Munition, und zwar während einer längeren Dauer von zwischen zwei und drei Jahren. Nicht vorgeworfen wird dem Beschuldigten, die Waffe auf sich getragen zu haben. Nachdem er die Waffe zunächst bei sich zuhause aufbewahrt hatte, musste er diese ca. am 20. Februar 2015 zumindest in die Wohnung der Mutter seiner Freundin transportiert haben, wo sie schliesslich sichergestellt werden konnte. Objektiv liegt damit ein noch leichtes Verschulden vor.

3.2. Bei der subjektiven Tatschwere ist zu gewichten, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte, da er die Waffe in Kenntnis davon erwarb und aufbewahrte, dafür nicht die erforderliche Bewilligung zu haben. Leicht verschuldensmindernd zu werten ist die Tatsache, dass der Beschuldigte die Waffe lediglich zwecks Verteidigung und Selbstschutz erwarb, wobei er als Grund zunächst einen Einbruch im Jahr 2014 angab (Urk. 8/3 S. 2), später jedoch davon abweichend ausführte, er habe die Waffe bereits im Jahr 2012 erworben, da während jener Zeit ebenfalls zwei Mal bei ihm eingebrochen worden sei, was höchstwahrscheinlich im Zusammenhang mit dem Drogenhandel gestanden habe (Urk. 8/9 S. 2; Prot. I S. 17). Auf den Konnex des inkriminierten Schusswaffenbesitzes des Beschuldigten mit dem Betäubungsmittelhandel wies auch die Verteidigung hin, indem sie zu Recht festhielt, dass die abstrakte Gefährdung, die der Beschuldigte verspürt habe, gerade im Umfeld von Betäubungsmitteln nicht als weit hergeholt erscheine (Urk. 62 S. 6). All dies deutet zwar darauf hin, dass der Beschuldigte mit der Möglichkeit rechnete, die Waffe allenfalls einsetzen zu müssen, dass er jedoch nicht beabsichtigte, von sich aus Gebrauch der Waffe zu machen. Die subjektive Tatschwere entspricht damit der objektiven, weshalb insgesamt ein noch leichtes Verschulden gegeben ist.

3.3. Die Einsatzstrafe ist einerseits angesichts des anwendbaren Strafrahmens von Art. 33 Abs. 1 WG (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) und des noch leichten Verschuldens sowie andererseits unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips um **3 Monate** zu erhöhen.

4. Wie bereits im angefochtenen Entscheid zutreffend erläutert (Urk. 49 S. 13), kann die verschuldensangemessene Strafe bei der Würdigung der Täterkomponente aufgrund von Umständen, die mit der Tat grundsätzlich nichts zu tun haben, erhöht oder herabgesetzt werden. Massgebend hierfür sind im Wesentlichen täterbezogene Komponenten wie die persönlichen Verhältnisse, Vorstrafen, Leumund, Strafempfindlichkeit und Nachtatverhalten, wie Geständnis, Einsicht, Reue etc. (Hug, in: Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar zum StGB, 19. Auflage, Zürich 2013, N 14 ff. zu Art. 47 StGB).

4.1. Zum Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann auf die im angefochtenen Entscheid zusammengefassten Aussagen des Beschuldigten verwiesen werden (Urk. 49 S. 13 f.). Anlässlich der Berufungsverhandlung ergänzte er zu seinen persönlichen Verhältnissen, er wohne mit seiner langjährigen Freundin zusammen, sei ledig und habe keine Kinder. Seit März 2016 arbeite er als Produktionsmitarbeiter und Maschinenführer im Schichtbetrieb bei der D. _____ AG in Im Moment sei dies noch temporär. Er habe jedoch seit März effektiv in einem Pensum von 100% gearbeitet und, es sei ihm eine Festanstellung innert absehbarer Zeit in Aussicht gestellt worden. Drogen habe er seit seiner Verhaftung keine mehr konsumiert; dies sei definitiv Vergangenheit (Prot. II S. 7 ff.). Mit der Vorinstanz ist festzustellen, dass sich im Werdegang und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten keine Besonderheiten finden lassen, aus denen sich strafmassrelevante Faktoren ableiten liessen.

4.2. Im angefochtenen Erkenntnis wurden die Vorstrafen des Beschuldigten richtigerweise straf erhöhend berücksichtigt (Urk. 49 S. 14). Der Beschuldigte weist aus den Jahren 2007 bis 2011 fünf Vorstrafen auf, wovon diejenige vom 18. Juni 2007 einschlägig und diejenige vom 20. September 2011 teilweise einschlägig ist, da jeweils Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz sanktioniert wurden. Beachtlich ist, dass sämtliche Strafen zunächst bedingt oder – im Falle der zuletzt erfolgten Verurteilung durch das Bezirksgericht Uster am 20. September 2011 – teilbedingt ausgesprochen wurden, so dass in der Folge allesamt infolge fortgesetzter Delinquenz des Beschuldigten während der laufenden Probezeiten widerrufen wurden (vgl. Urk. 60). Der von der Vorinstanz unter diesem Titel vorgenommene Zuschlag von **6 Monaten** Freiheitsstrafe ist daher ohne Weiteres angemessen.

4.3. Beim Nachtatverhalten ist dem Verhalten des Täters nach der Tat und im Strafverfahren Rechnung zu tragen. Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd. Umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse können eine Straf reduktion von bis zu einem Drittel bewirken (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Der Grad der Strafminderung hängt aber insbesondere davon ab, in

welchem Stadium des Verfahrens das Geständnis erfolgte. Ein Verzicht auf Strafminderung ist zulässig, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, namentlich weil der Täter nur aufgrund einer erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils geständig geworden ist (Urteil des Bundesgerichts 6B_558/2011 vom 21. November 2011 E. 2.3). Die bundesgerichtliche Praxis zeigt, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer maximalen Strafreduktion von einem Drittel führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorlage entsprechender Beweise. Ferner gehört kooperatives Verhalten in der Untersuchung dazu, wozu zählt, dass beispielsweise aufgrund des Verhaltens eines Beschuldigten weitere Delikte aufgeklärt oder Mittäter zur Rechenschaft gezogen werden können, was ohne sein kooperatives Mitwirken nicht möglich gewesen wäre. Schliesslich gehören Einsicht ins Unrecht der Tat und Reue dazu. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine Strafreduktion von einem Drittel erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu mindern (BSK StGB I-Wiprächtiger/Keller, N 169 ff. zu Art. 47 StGB; Trechsel/Affolter-Eijsten, in: Trechsel/Pieth, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, N 22 und N 24 zu Art. 47 StGB).

4.3.1. Da der Begriff des Nachtatverhaltens, für den im günstigsten Fall eine Strafminderung von maximal einem Drittel erfolgen kann, mithin einerseits das kooperative Verhalten der beschuldigten Person bei der Aufklärung der Straftaten sowie andererseits auch deren allfällige Einsicht und Reue beinhaltet, erweist sich die von der Vorinstanz vorgenommene Reduktion der Strafe zunächst für das Geständnis und das kooperative Verhalten um einen Drittel und hernach für Reue und Einsicht um weitere zwei Monate bereits vor dem Hintergrund der höchstgerichtlichen Rechtsprechung als zu weitgehend.

4.3.2. Darüber hinaus erscheint aber auch die von den Vorderrichtern unter dem Titel 'Geständnis und kooperatives Verhalten' gewährte Strafreduktion um einen Drittel angesichts der angeführten Rechtsprechung als wohlwollend. Der Beschuldigte war zwar von der ersten Einvernahme an (vgl. Urk. 8/1 Frage 17) wei-

testgehend geständig und kooperativ, wodurch der Nachweis des eingeklagten Ausmasses des Betäubungsmittelhandels wesentlich vereinfacht und die Anklagebehörde entlastet wurde. Allerdings bestritt der Beschuldigte zunächst, insbesondere dem Mitbeschuldigten B._____ auch grössere Mengen verkauft zu haben (Urk. 8/1 S. 4; Urk. 8/2 S. 4). Später gab er dies zu (Urk. 8/3 S. 2 f.). Auch war er anfänglich nicht bereit, weitere involvierte Personen zu identifizieren (Urk. 8/2 S. 7). Später tätigte er jedoch auch diesbezüglich Aussagen und identifizierte seinen Lieferanten C._____ (Urk. 8/3 S. 6; Urk. 8/4 S. 2 f.). Dennoch lagen bereits im Zeitpunkt des Geständnisses des Beschuldigten teilweise erdrückende Beweismittel vor, wie beispielsweise die den Beschuldigten konkret belastenden Aussagen von E._____, welche Ausgangspunkt der Strafuntersuchung gegen ihn waren, oder die anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten und beschlagnahmten weiteren Beweismittel, insbesondere die Betäubungsmittel samt Utensilien, das Notizbuch sowie die Pistole. Da sich der Beschuldigte immerhin zuletzt bis ins Berufungsverfahren hinein reuig zeigte und seinen Bemühungen ihre Ernsthaftigkeit nicht abgesprochen werden muss, rechtfertigt sich unter dem Titel Nachtatverhalten insgesamt eine Strafreduktion von gegen einen Drittel.

5. Unter Berücksichtigung sämtlicher Strafzumessungskriterien erweist sich die von der Vorinstanz für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie die Widerhandlung gegen das Waffengesetz festgesetzte Gesamtstrafe von **3 Jahren** (36 Monaten) Freiheitsstrafe als gerade noch angemessen. Sie ist daher zu bestätigen. Der Anrechnung von 34 Tagen erstandener Haft an die Freiheitsstrafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

6. Für die Bemessung der aufgrund der vom Beschuldigten begangenen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG separat festzusetzenden Busse kann auf die in allen Punkten zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 49 S. 9 ff.). Die Festsetzung einer Busse von Fr. 600.– trägt dem Verschulden sowie den finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen Rechnung.

IV. Vollzug

1. Die Vorinstanz erklärte 8 Monate der Freiheitsstrafe für vollstreckbar. Im weiteren Umfang von 28 Monaten wurde die Freiheitsstrafe aufgeschoben, unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren (Urk. 49 S. 18). Was den Vollzug der Freiheitsstrafe angeht, liegen gegensätzliche Berufungsanträge der Parteien vor: Während die Anklagebehörde beantragt, es sei die gesamte Freiheitsstrafe von 36 Monaten zu vollziehen (Urk. 51 S. 3; Urk. 61 S. 1), lässt der Beschuldigte im Zusammenhang mit dem Begehren auf Reduktion der Strafe auf 24 Monate Freiheitsstrafe beantragen, die Freiheitsstrafe sei (vollständig) bedingt auszusprechen (Urk. 56 S. 2; Urk. 62 S. 2).

2. Richtig sind zunächst die Hinweise im angefochtenen Erkenntnis, wonach bei einer Strafhöhe von 36 Monaten Freiheitsstrafe die Anordnung des bedingten Vollzug gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB nicht mehr in Frage kommt, sondern einzig der teilbedingte Vollzug im Sinne von Art. 43 Abs. 1 StGB möglich ist (Urk. 49 S. 15). Dem Begehren des Beschuldigten kann mithin bereits aufgrund der Bestätigung der vorinstanzlich festgesetzten Strafhöhe nicht entsprochen werden. Zu entscheiden ist im Folgenden jedoch, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang ein teilweise bedingter Strafvollzug zu gewähren ist.

2.1. Die Vorinstanz fasste die formellen Voraussetzungen der Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs zutreffend zusammen (Urk. 49 S. 16). Danach 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.

2.2. Damit eine teilbedingte Strafe überhaupt verhängt werden kann, müssen jedoch zunächst die materiellen Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs gemäss Art. 42 StGB erfüllt sein. Ist keine fünfjährige straffreie Zeit im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB (keine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat) gegeben, ist eine teilbedingte Strafe nur möglich, wenn "besonders günstige Umstände" vorliegen. Die

Kriterien sind die gleichen wie für eine bedingte Strafe im Sinne von Art. 42 StGB (BSK StGB I-Schneider/Garré, Art. 43 N 11 und 13 mit Hinweisen). Der Ausschluss des teilbedingten Vollzugs ist daher in Fällen, in denen die Voraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 StGB erfüllt sind, die Regel, da die Vermutung einer günstigen Prognose in diesem Fall nicht gilt, sondern der früheren Verurteilung zunächst die Bedeutung eines Indizes für die Befürchtung, der Täter könnte weitere Straftaten begehen, zukommt. Besonders günstige Umstände, die für eine gute Prognose sprechen können, liegen etwa vor, wenn frühere und spätere Taten nicht demselben Verhaltensmuster entsprechen, oder wenn in der Zwischenzeit eine deutlich positive Wandlung der Lebensumstände des Täters eingetreten ist. Die Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs kommt nur in Betracht, wenn eine Gesamtwürdigung aller massgeblichen Faktoren den Schluss zulässt, dass trotz der Vortat begründete Aussicht auf Bewährung besteht (BSK StGB I-Schneider Garré, Art. 42 N 97 mit Hinweisen).

2.2.1. Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelgericht, vom 20. September 2011 zu einer Geldstrafe von 300 Tagessätzen à Fr. 20.– verurteilt (Urk. 60). Damit liegt keine straffreie Zeit gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB vor. Wie die Anklagebehörde zur Begründung ihrer Berufung zu Recht vorbringt (Urk. 51 S. 2; Urk. 61 S. 5), ist entgegen den Erwägungen im angefochtenen Entscheid (Urk. 49 S. 16) für die Gewährung des teilbedingten Vollzugs der auszufällenden Freiheitsstrafe daher nicht nur das Fehlen einer ungünstigen Prognose bezüglich weiterer künftiger Verbrechen oder Vergehen, sondern das Vorliegen besonders günstiger Umstände vorausgesetzt.

2.2.2. Die Vorinstanz erwog dazu, der Beschuldigte sei zwar vorbestraft, teilweise auch einschlägig, und damit nicht mehr Ersttäter. Es sei aber festzuhalten, dass er zuvor noch nie mit einer Freiheitsstrafe bestraft worden und noch nie in Haft gewesen sei. Die Untersuchungshaft im Frühjahr 2015 scheine eine gehörige Wirkung auf ihn gehabt und eine Trendwende eingeleitet zu haben. Der Beschuldigte habe seither in der Arbeitswelt wieder Fuss zu fassen versucht. Er habe eine temporäre Stelle auf dem Bau gehabt, diese jedoch mangels Arbeit in den Wintermonaten verloren. Er habe sich aber erneut für diverse Stellen beworben. Der Beschuldigte sei offenbar von seinem Betäubungsmittelkonsum losgek-

men. Sein Umfeld wirke stabil. Der Beschuldigte sei gemäss eigenen Angaben bereits seit rund 20 Jahren mit seiner derzeitigen Freundin zusammen. Der Effort des Beschuldigten, wieder auf den rechten Weg zurückzukommen, sei offensichtlich. Eine vollständig unbedingte Freiheitsstrafe erscheine kontraproduktiv. Dem Beschuldigten könne daher im Sinne einer allerletzten Chance eine positive Prognose gestellt werden. Gleichzeitig erscheine aber eine relativ lange Probezeit angebracht. Im Hinblick auf die Tatschuld und die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung setzte die Vorinstanz den vollziehbaren Teil der Freiheitsstrafe auf 8 Monate und die Probezeit für die bedingt vollziehbaren weiteren 28 Monate auf 4 Jahre fest (Urk. 49 S. 16).

2.2.3. Die Anklagebehörde kritisiert diese Erwägungen im Berufungsverfahren in verschiedener Hinsicht (Urk. 51 S. 2 f.; Urk. 61 S. 4 ff.). Sie führt aus, der Umstand, dass der Beschuldigte seit über 20 Jahren und bis heute mit seiner Freundin zusammen sei, könne nicht als günstiger Umstand gewertet werden, da der Beschuldigte sämtliche Delikte, für die er vorbestraft sei, während der Beziehung begangen habe. Zudem habe der Beschuldigte seine ersten vier Vorstrafen erwirkt, als er noch arbeitstätig gewesen sei, und die letzte Verurteilung, als er nach einer Arbeit gesucht habe. Es lasse sich daher auch nicht erkennen, inwiefern der Umstand, dass der Beschuldigte wieder eine Arbeitsstelle suche, besonders günstig sein soll.

2.2.4. Gegen das Vorliegen von günstigen Umständen sprechen zunächst die Vorstrafen des Beschuldigten. Wie unter vorstehender Erwägung III./7.2. ausgeführt, weist der Beschuldigte aus den Jahren 2007 bis 2011 fünf Vorstrafen auf, wovon zwei bezüglich der Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz einschlägig sind. Zu beachten ist allerdings, dass auch die einschlägigen Vorstrafen nicht wegen Handels mit Betäubungsmitteln erfolgten. Während der Beschuldigte in den Jahren 2007 und 2011 infolge Konsums bzw. Erwerbs zum Eigenkonsum jeweils wegen einer Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes verurteilt wurde, hatte die Verurteilung wegen eines Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz aus dem Jahr 2007 die Einfuhr von Haschisch und Marihuana von Amsterdam in die Schweiz zum Eigenkonsum zum Gegenstand (vgl. Bezugs-

akten Thek 1). Die Vorstrafen aus den Jahren 2007 bis 2010 wurden zwar allesamt bedingt ausgefällt, jedoch infolge der fortgesetzten Delinquenz des Beschuldigten während laufenden Probezeiten widerrufen. Für die Vorstrafe aus dem Jahr 2011 wurde der teilbedingte Vollzug gewährt. Die Gewährung des bedingten Vollzugs des aufgeschobenen Teils der Strafe wurde anschliessend jedoch ebenfalls widerrufen und die gesamte Strafe vollzogen, da sich der Beschuldigte nicht an eine gerichtlich angeordnete Weisung gehalten hatte (vgl. Urk. 60; Beizugsakten). Der Beschuldigte zeigte mithin eine beachtliche Hartnäckigkeit in seiner Delinquenz und Resistenz betreffend der Warnwirkung aufgeschobener Strafen.

2.2.5. Im Hinblick auf die Prognosestellung relativiert wird diese Feststellung jedoch durch die auch von der Vorinstanz berücksichtigte Tatsache, dass es sich bei sämtlichen Vorstrafen des Beschuldigten um Geldstrafen und Bussen handelt, welche vom Beschuldigten offenbar mittlerweile – mit Hilfe seiner Mutter – bezahlt wurden (Prot. I S. 25; Prot. II S. 10). Der Beschuldigte wurde vor dem vorliegenden Strafverfahren weder mit einer Freiheitsstrafe bestraft noch wurde er inhaftiert. Der Verteidigung ist daher zuzustimmen, wenn sie sinngemäss geltend macht, aus der Deliktshistorie des Beschuldigten lasse sich nicht zuverlässig auf eine ungenügende Warnwirkung einer teilbedingt ausgesprochenen *Freiheitsstrafe* schliessen (Prot. II S. 16).

2.2.6. Was die aktuelle Situation des Beschuldigten angeht, kann auf die vorstehende Erwägung III./7.1. verwiesen werden. Dabei ist zunächst positiv zu werten, dass der Beschuldigte – zumindest nach eigenen Angaben, die ihm jedoch zu glauben sind – keine Betäubungsmittel mehr konsumiert. Da die vorliegend zu beurteilende Delinquenz des Beschuldigten jedoch nicht alleine durch seinen Konsum begründet war, ist eine allfällige Abstinenz des Beschuldigten alleine noch nicht geeignet, besonders günstige Umstände im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB zu begründen. Weiter ist erfreulich, dass der Beschuldigte wieder einer geregelten Arbeit nachgeht, wobei er seit März 2016 temporär in einem Vollpensum arbeitete und nach eigenen Aussagen gute Aussichten auf eine Festanstellung hat. Zudem ist die an diversen Orten zum Ausdruck kommende Unterstützung, die dem Beschuldigten aus seinem Umfeld, insbesondere von Seiten seiner Mut-

ter und seiner langjährigen Freundin, zuteil wird, positiv zu werten. Bezüglich dieser Umstände sind jedoch die von der Anklagebehörde angeführten Einwände nicht von der Hand zu weisen. So delinquierte der Beschuldigte in der Vergangenheit auch, als er noch arbeitstätig, respektive als er auf Arbeitssuche war und obwohl er bereits damals über das selbe gute Umfeld verfügte. Insgesamt präsentiert sich die Situation des Beschuldigten nicht deutlich anders als in den Jahren vor Beginn des Betäubungsmittelhandels, in denen er ebenfalls fest angestellt war und familiäre Unterstützung erfuhr. Die Umstände bieten aber immerhin einen Rahmen, der zur berechtigten Hoffnung auf das Ausbleiben zukünftiger Delinquenz Anlass gibt. "Besonders günstige Umstände", wie sie für die Gewährung des teilbedingten Vollzugs vorliegen müssten, sind damit aber noch nicht gegeben.

2.2.7. Entscheidend für das künftige Wohlverhalten wird vor allem der Wille des Beschuldigten, der Wandel seiner inneren Einstellung zur Delinquenz, sein. Diesbezüglich ist mit der Vorinstanz zu konstatieren, dass der Beschuldigte durchaus bereits durch die verhältnismässig kurze Zeit, die er in Untersuchungshaft verbrachte und während derer er zum ersten Mal einen Freiheitsentzug erfuhr, beeindruckt schien. Zudem konnte der Beschuldigte zuletzt anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung, an der er einen guten Eindruck hinterliess, in überzeugender Art und Weise dartun, einen Gesinnungswandel durchlebt und mit voller Ernsthaftigkeit einen Lebenswandel anzustreben (Prot. II S. 6 ff.). Es kann daher mit Fug erwartet werden, dass der Vollzug auch nur eines Teils der Freiheitsstrafe in Verbindung mit einem drohenden späteren Widerruf des Aufschubs des Strafrests einer künftigen Delinquenz des Beschuldigten ausreichend Vorschub leisten wird, so dass die genannten ungünstigen Umstände kompensiert werden und dem Beschuldigten auch bei Gewährung des teilbedingten Vollzugs der Freiheitsstrafe gerade noch eine gute Prognose gestellt werden kann. Der Strafvollzug ist daher im Sinne von Art. 43 Abs. 1 StGB teilweise bedingt aufzuschieben.

3. Zur Ausscheidung der bedingt respektive unbedingt auszufällenden Strafteile finden sich zutreffende Ausführungen im angefochtenen Entscheid (Urk. 49 S. 16).

3.1. Das Gericht hat im Zeitpunkt des Urteils den aufgeschobenen und den zu vollziehenden Strafteil festzusetzen und die beiden Teile in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Als Bemessungsregel ist das "Verschulden" zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist (Art. 43 Abs. 1 StGB). Der unbedingt vollziehbare Teil darf in jedem Fall die Hälfte der Strafe nicht übersteigen (Art. 43 Abs. 2 StGB). Bei der teilbedingten Freiheitsstrafe muss zudem sowohl der aufgeschobene als auch der zu vollziehende Teil mindestens sechs Monate betragen (Abs. 3).

3.2. Im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung sind vorliegend sowohl der vollziehbare als auch der bedingt aufzuschiebende Teil der Freiheitsstrafe nicht zu knapp festzusetzen, damit von beiden eine maximal mögliche Warnwirkung ausgeht. Insbesondere der vollziehbare Teil darf nicht zu gering ausfallen, um dem Beschuldigten vor Augen zu führen, wohin ihn seine Delinquenz geführt hat und welche Konsequenzen eine erneute Straffälligkeit mit sich bringen wird. Was die Tatschuld des Beschuldigten angeht, so ist zunächst auf die obenstehenden Erwägungen zur Strafzumessung zu verweisen. Die mehrfache Delinquenz und das in Bezug auf das Hauptdelikt nicht mehr leichte Verschulden führen zu einer schuldangemessenen Strafe von 3 Jahren und damit zu einer Strafe an der obersten Grenze des Rahmens der Strafen, für welche die Gewährung des teilbedingten Strafvollzug überhaupt möglich ist. Insgesamt ist es daher angezeigt, den maximal möglichen Teil, mithin die Hälfte der auszufällenden Freiheitsstrafe, für vollziehbar zu erklären. Die Strafe ist daher jeweils im Umfang von 18 Monaten zu vollziehen respektive unter Ansetzung einer Probezeit von 4 Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB) aufzuschieben.

4. Die Busse ist zwingend zu vollziehen, und es ist für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung durch den Beschuldigten eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen festzusetzen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die berufungsführende Anklagebehörde obsiegt mit ihren Anträgen aufgrund der Erhöhung des vollziehbaren Anteils der Strafe teilweise, unterliegt jedoch im Übrigen. Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen, die er im Rahmen seiner Anschlussberufung stellen liess, vollständig. Es rechtfertigt sich daher, dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens zur Hälfte aufzuerlegen, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, die auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt bezüglich der Hälfte dieser Kosten vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 28. Januar 2016 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch), 4-6 (Einziehungen) sowie 7 und 8 (Kosten- und Entschädigungsdispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 34 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 600.–.
2. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 18 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im übrigen Umfang von 18 Monaten wird die Freiheitsstrafe vollzogen.

Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen.

3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 6'251.90 amtliche Verteidigung.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und im übrigen Umfang auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt im Umfang der Hälfte dieser Kosten vorbehalten.
5. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (übergeben)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland
 - das Bundesamt für Polizeiund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz [mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen insbesondere an die Lagerbehörden]
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

6. 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. September 2016

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Berchtold

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.