

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB160509-O/U/jv

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, Ersatzoberrichter lic. iur.
M. Gmünder und Ersatzoberrichterin lic. iur. N. Kaiser Job sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Boller

Urteil vom 13. April 2017

in Sachen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

vertreten durch Staatsanwalt MLaw C. Hüsler,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,

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

betreffend

**Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.
und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
26. September 2016 (DG160172)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 6. Juni 2016 (Urk. 22) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 63 S. 27 ff.)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig
 - des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d teilweise in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG (Dossier 1) sowie
 - des Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG (Dossier 2).
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 403 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Der bedingte Vollzug von 22 Monaten bezüglich der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Juni 2014 ausgefallten teilbedingten Freiheitsstrafe von 31 Monaten (abzüglich 184 Tage erstandener Haft) wird nicht widerrufen und die Probezeit wird um 3 Jahre auf 5 Jahre verlängert.
5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 2. Juni 2016 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse lagernde Barschaft im Umfang von Fr. 1'430.- (Sach-Kautio n ..., Kassenbeleg Nr. ...) wird eingezogen und zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
6. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 2. Juni 2016 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:
 - eine Portion Kokain à 23.5 Gramm (Asservat-Nr. A008'480'975, Betäubungsmittel-Lagernr. ...),

- eine Portion Kokain à 1.75 Gramm (Asservat-Nr. A008'480'997, Betäubungsmittel-Lagernr. ...),
 - eine Portion Kokain à 3.8 Gramm (Asservat-Nr. A008'481'025, Betäubungsmittel-Lagernr. ...),
 - ca. 101 Ecstasy-Tabletten, entsprechend 36.1 Gramm MDMA (Asservat-Nr. A008'481'149, Betäubungsmittel-Lagernr. ...),
 - div. Verpackungsmaterial (Asservat-Nr. A008'481'127, Betäubungsmittel-Lagernr. ...),
 - 1 elektronische Feinwaage (Asservat-Nr. A008'481'138, Betäubungsmittel-Lagernr. ...),
 - 1 Mobiltelefon Samsung (Asservat-Nr. A008'481'069),
 - 1 Mobiltelefon Samsung (Asservat-Nr. A008'481'070).
7. Der amtliche Verteidiger wird für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten mit Fr. 24'198.05 (inkl. Mehrwertsteuer) abzüglich der Akontozahlung von Fr. 11'700.– gemäss Verfügung vom 15. August 2016 aus der Gerichtskasse entschädigt.
8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
- | | | |
|-----|-----------|----------------------------------|
| Fr. | 4'500.– | ; die weiteren Kosten betragen: |
| Fr. | 3'500.– | Gebühr Strafuntersuchung |
| Fr. | 1'120.– | Kosten Kantonspolizei Zürich |
| Fr. | 1'381.15 | Kosten Gutachten/Expertisen etc. |
| Fr. | 1'120.– | Auslagen Untersuchung |
| Fr. | 24'198.05 | amtliche Verteidigung |
- Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
10. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
11. (Mitteilungen)
12. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 7 f.)

a) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 92 S. 1)

1. Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 40 Monaten
2. Widerruf des mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Juni 2014 für eine teilbedingte Freiheitsstrafe von 31 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren gewährten bedingten Strafvollzuges von 22 Monaten
3. Alles unter Kostenaufgabe an den Beschuldigten

b) Der Verteidigung des Beschuldigten

(Urk. 93 S. 1)

1. Es sei festzustellen, dass die Ziffern 1, 3, 5-10 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. September 2016 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Die Berufung der Staatsanwaltschaft sei vollumfänglich abzuweisen und A._____ sei in Gutheissung der Anschlussberufung in Abänderung von Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 26. September 2016 mit 20 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen, wovon bis und mit heute 601 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind. Ferner sei für eine allfällige Reststrafe vorzumerken, dass A._____ mit Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Dezember 2016 (implizit) der bedingte Strafvollzug gewährt wurde.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien, inklusive der Kosten der amtlichen Verteidigung, auf die Staatskasse zu nehmen.

Prozessual:

A._____ sei aus der Sicherheitshaft zu entlassen.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Die 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich sprach den Beschuldigten am 26. September 2016 des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG, teilweise in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (Dossier 1), sowie des Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG (Dossier 2) schuldig und bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, wovon 403 Tage durch Haft und vorzeitigen Straftritt erstanden waren. Der bedingt aufgeschobene Vollzug von 22 Monaten Freiheitsstrafe gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Juni 2014 wurde nicht widerrufen und stattdessen die Probezeit um drei auf fünf Jahre verlängert. Die beschlagnahmten Betäubungsmittel und Mobiltelefone, die Feinwaage und die Barschaft von Fr. 1'430.– wurden eingezogen (Urk. 63, S. 27 ff.). Gegen dieses Urteil meldete der zuständige Staatsanwalt am 3. Oktober 2016 fristgerecht Berufung an (Urk. 56). In seiner Berufungserklärung vom 20. Dezember 2016 beantragte er eine Bestrafung des Beschuldigten mit 40 Monaten Freiheitsstrafe sowie den Widerruf des bedingt aufgeschobenen Teils der Vorstrafe des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Juni 2014 von 22 Monaten (Urk. 78, S. 4).

2. Der Beschuldigte wurde am 21. August 2015 festgenommen und befand sich während des Untersuchungs- und erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens in Haft, resp. ab dem 8. August 2016 im vorzeitigen Strafvollzug (Urk. 39). Mit Verfügung der Vorinstanz vom 12. Dezember 2016 wurde die bedingte Entlassung des Beschuldigten aus dem vorzeitigen Strafvollzug angeordnet (Urk. 62). Auf Antrag der Berufungsklägerin wurde der Beschuldigte mit Präsidialverfügung vom 16. Dezember 2016 einstweilen erneut in Sicherheitshaft versetzt, wobei ihm für die Dauer der Haft der vorzeitige Strafvollzug bewilligt wurde (Urk. 69, S. 3). Mit Präsidialverfügung vom 20. Dezember 2016 wurde der Beschuldigte definitiv bis zum Entscheid der Berufungsinstanz in Sicherheitshaft versetzt (Urk. 76, S. 11).

3. Mit Präsidialverfügung vom 3. Januar 2017 wurde dem Beschuldigten Frist zur Anschlussberufung angesetzt (Urk. 80), welche dieser mit Eingabe vom 23. Januar 2017 wahrnahm. Er beschränkte die Anschlussberufung auf die Bemessung der Strafe und beantragte das Ausfällen einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten und im Übrigen die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils (Urk. 82).

4. Gemäss Art. 402 in Verbindung mit Art. 437 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Nachdem die Dispositivziffern 1 (Schuldprüche), 5 (Einziehung Barschaft), 6 (Einziehung Betäubungsmittel, Verpackungsmaterial, Feinwaage und Mobiltelefone), 7 (Entschädigung amtliche Verteidigung), 8 (Kostenblock), 9 und 10 (Kostenauflage) nicht angefochten worden sind (Urk. 78 und 80), ist mittels Beschlusses festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

5. In der heutigen Berufungsverhandlung stellten die Parteien die eingangs aufgeführten Anträge. Das Verfahren ist spruchreif.

II. Tatsächliches

1. Die Berufungsklägerin beanstandet in ihrer Berufungserklärung die Sachverhaltserstellung der Vorinstanz insoweit, als diese bezüglich des Reinheitsgrades des gehandelten Kokains nicht durchwegs von 72% ausgegangen sei, sondern diesen Wert nur in Bezug auf das tatsächlich sichergestellte Kokain angerechnet habe, während sie im übrigen von einem tieferen Mittelwert von 48% ausgegangen sei (Urk. 78, S. 2). Ein solcher Schluss lasse sich angesichts der Tatsache, dass der Beschuldigte in der Untersuchung erklärt habe, das Kokain immer vom selben Lieferanten bezogen zu haben, nicht halten. Weiter beanstandet sie, dass die Vorinstanz bei der Bestimmung der Menge der Betäubungsmittel davon ausgegangen sei, dass die gemäss Anklageziffer 1.1.E. angepriesenen 40 Gramm Kokaingemisch identisch mit dem gemäss den Anklageziffern 1.1.D, F, G und H verkauften Kokaingemisch seien, und die erstellten Mengen deshalb bei der Strafzumessung nicht addiert habe (Urk. 78, S. 2;

Urk. 92, S. 2 ff.). Schliesslich macht sie geltend, dass, selbst wenn das lediglich angebotene Kokaingemisch mit dem später verkauften identisch wäre, dieses bei der Bestimmung der massgeblichen Menge von Betäubungsmitteln zu berücksichtigen wäre, da unterschiedliche Tathandlungen vorlägen, welche allesamt unter Strafe gestellt seien (Urk. 78, S. 2; Urk. 92, S. 4).

2. Seitens des Beschuldigten wird im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung insbesondere gerügt, die vom Beschuldigten an B._____ und C._____ verkaufte Menge Betäubungsmittel gemäss Anklageziffern 1.1.D und 1.1.H lasse sich gestützt auf die unglaublichen Aussagen der Auskunftspersonen B._____ und C._____ in dieser Höhe nicht erstellen, ebenso die B._____ gemäss Anklageziffer 1.1.E angebotene Menge Betäubungsmittel. Es sei diesbezüglich von einer weit geringeren Menge auszugehen (Urk. 93, S. 4 und S. 6 f.).

3.1. Die strittigen Sachverhaltselemente sind zu erstellen. Die Vorinstanz hat die Grundlagen der Sachverhaltserstellung konzis und korrekt dargestellt. Auf diese Ausführungen ist zu verweisen (Urk. 58, S. 5; Art. 82 Abs. 4 StPO).

Die Menge der vom Beschuldigten gemäss Anklagevorwürfen 1.1.D und 1.1.H verkauften respektive gemäss Anklagevorwurf 1.1. E angebotenen Betäubungsmittel stützt sich auf die Aussagen der Auskunftspersonen B._____ und C._____. Mit der Vorinstanz sind die Aussagen beider Auskunftspersonen als glaubhaft zu beurteilen. Nicht einzusehen ist, weshalb die beiden den Beschuldigten über Gebühr belasten sollten, zumal sie sich mit ihren Aussagen auch selbst belasten. Unter Verweis auf die zutreffende Begründung der Vorinstanz ist gestützt auf die Aussagen der Auskunftspersonen erstellt, dass der Beschuldigte C._____ bis am 21. August 2015 insgesamt 70 Gramm Kokaingemisch, B._____ in der Zeit vom 6. August bis zum 19. August insgesamt 22 Gramm Kokaingemisch verkauft und B._____ am 6. oder 7. August 2015 40 Gramm Kokaingemisch zum Kauf angeboten hat (Urk. 63, S. 6-9; Urk. 63, S. 9-11; Urk. 63, S. 11-14).

Hinsichtlich des Reinheitsgrads der Betäubungsmittel hat die Vorinstanz erwogen, dass nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden dürfe, dass sämt-

liche vom Beschuldigten verkauften Drogen einen so aussergewöhnlich hohen Reinheitsgrad aufwiesen wie das sichergestellte Kokain. Immerhin habe die Auskunftsperson B._____ teilweise schlechte Qualität des Kokains geltend gemacht und deshalb auch Kokain zurückgegeben (Urk. 58, S. 15). Dieser Schluss der Vorinstanz ist richtig. Vorab kann nämlich festgehalten werden, dass das sichergestellte Kokain mit 72% (Verkauf von 1,75 Gramm am 20. August 2015) resp. 73% (Verkaufsversuch von 23,5 Gramm am 21. August 2015) tatsächlich einen überdurchschnittlich hohen Reinheitsgrad aufwies. Gemäss der publizierten Betäubungsmittelstatistik der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin betrug der durchschnittliche Reinheitsgrad von Kokain im Jahr 2015 bei konfiszierten Mengen von 1-10 Gramm 48%, bei 10-100 Gramm 52% (https://www.sgrm.ch/inhalte/Forensische-Chemie-und-Toxikologie/Betaeubungsmittelstatistik_Cocain_Heroin_Gehaltswerte_2015-2.pdf). Zutreffend verweist die Berufungsklägerin sodann darauf, dass der Beschuldigte selber angab, das Kokain immer vom selben Lieferanten bezogen zu haben, was dafür spricht, dass das gesamte gehandelte Kokain eben einen überdurchschnittlich hohen Reinheitsgrad aufwies. Ebenso richtig ist aber der Einwand des Beschuldigten, den die Vorinstanz in ihre Begründung aufnahm, nämlich, dass nach den glaubhaften Aussagen der Auskunftsperson B._____ ein Teil der Drogen schlechte Qualität aufgewiesen habe, weshalb er diesen umgetauscht habe. Wenngleich es sich bei der umgetauschten Menge nur um zwei Gramm handelte, ist damit dennoch erstellt, dass nicht das gesamte vom Beschuldigten verkaufte resp. aufbewahrte Kokain einen überdurchschnittlich hohen Reinheitsgrad aufwies. Aus den Aussagen der übrigen Kokainabnehmer lässt sich sodann weder der Schluss ziehen, das Kokain sei regelmässig von ausserordentlich guter Qualität gewesen, noch das Gegenteil. Im Ergebnis ist deshalb zu konstatieren, dass zwar einiges für einen solch hohen Reinheitsgehalt spricht, wie ihn die Berufungsklägerin annimmt, aber auch gewisse Punkte dagegen. In einer solchen Konstellation ist aber – wie dies die Vorinstanz richtig gemacht hat – nach dem Grundsatz in dubio pro reo nicht auf den zwar wahrscheinlichen, für den Beschuldigten aber schlechteren Sachverhalt abzustellen, sondern auf den etwas weniger wahrscheinlichen, aber immer noch sehr wohl möglichen und für den Beschuldigten günstigeren. Bezüg-

lich des nicht sichergestellten Kokaingemischs ist deshalb unter Hinweis auf die Betäubungsmittelstatistik der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin von einem durchschnittlichen Reinheitsgrad von 48% auszugehen.

3.2. Die Vorinstanz hielt in ihrer Begründung fest, dass betreffend Anklage Ziffer 1.1.E (Besitz von vier Fingerlingen Kokain für späteren Verkauf) zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen sei, dass er die in der Anklageschrift aufgelisteten Drogenverkäufe auch aus diesen vier Fingerlingen getätigt habe, weshalb ihm diese 40 Gramm Kokaingemisch bei der Gesamtmenge an deliktisch gehandeltem Kokain nicht noch einmal angerechnet werden dürften (Urk. 58, S. 15). Diesem Schluss kann nicht vollumfänglich gefolgt werden. Zunächst ist festzuhalten, dass der Verkauf resp. das Verschenken von siebzig Gramm Kokaingemisch an C._____ anhand der zahlreichen telefonischen Kontakte des Beschuldigten mit ihr erstellt wurde. Diese 185 telefonischen Kontakte fanden im Zeitraum vom 16. Juni 2015 bis zum 28. Juli 2015 statt (Urk. 13/14, S. 12-76). B._____ hingegen, der die vier Fingerlinge im Fahrzeug des Beschuldigten gesehen hat, kennt diesen erst seit anfangs August 2015 (erstes Erscheinen von B._____ auf der Telefonliste am 8. August 2015, act. 13/14, S. 85). Mit Blick auf diese zeitlichen Umstände kann ausgeschlossen werden, dass das Kokaingemisch, das der Beschuldigte C._____ verkaufte oder verschenkte, mit dem Kokaingemisch der vier Fingerlinge identisch ist. Bezüglich des Verkaufsversuchs am 21. August 2015 von 23,5 Gramm Kokaingemisch ist sodann festzuhalten, dass der Beschuldigte dieses nach seinen eigenen Aussagen erst bei seinem Lieferanten bestellt und bezogen hat, nachdem der Scheinkäufer D._____ dieses am 20. August 2015 bestellt hatte (Urk. 10/2, S. 6). Angesichts dieser Aussage kann ebenfalls ausgeschlossen werden, dass das Kokaingemisch, das der Beschuldigte am 21. August 2015 zu verkaufen versuchte, mit dem Kokaingemisch der vier Fingerlinge identisch ist. Damit verbleiben die 22 Gramm Kokaingemisch, die der Beschuldigte an B._____ verkaufte (Anklageziffer 1.1.D), die 3 Gramm Kokaingemisch, die der Beschuldigte an E._____ verkaufte (Anklageziffer 1.1.F) und die 1,75 Gramm Kokaingemisch, die der Beschuldigte an D._____ (SK 50 Stadtpolizei Zürich) verkaufte (Anklageziffer 1.1.A). Nur, aber immerhin bezüglich dieser Verkäufe kann und muss zugunsten des Beschuldigten angenommen werden, dass das verkauf-

te Kokain mit dem Kokaingemisch der vier Fingerlinge, welche B._____ im Auto des Beschuldigten gesehen hatte, identisch ist.

3.3. Die Berufungsklägerin macht schliesslich geltend, dass ungeachtet dessen, ob es sich beim Kokaingemisch der vier Fingerlinge und beim verkauften Kokaingemisch um dieselben Betäubungsmittel handle, jedenfalls beide Tathandlungen voneinander zu unterscheiden und zu berücksichtigen seien (Urk.78, S. 2). Hierzu ist festzuhalten, dass in Bezug auf die massgebliche Menge der in Frage stehenden Betäubungsmittel sehr wohl entscheidend ist, ob es sich beim Kokaingemisch der vier Fingerlinge und beim verkauften Kokaingemisch um dieselben Betäubungsmittel handelt. Das Besitzen und Anpreisen ist zwingende Vorstufe des Verkaufs und deshalb als von diesem mit umfasst zu betrachten. Zusätzlich ins Gewicht fällt aber der Besitz oder das Anpreisen von Betäubungsmitteln, deren nachträglicher Verkauf nicht erstellt und deshalb nicht angeklagt werden konnte. Dies ist vorliegend nur, aber immerhin, in Bezug auf 9,45 Gramm Kokaingemisch der Fall (vier Fingerlinge = 40 Gramm, abzüglich 22 Gramm 'B._____', 3 Gramm 'E._____', 1,75 Gramm 'D._____' SK 50' und 3,8 Gramm 'F._____').

4. Im Ergebnis ist deshalb als erstellt zu betrachten, dass die dem Beschuldigten vorzuwerfende Gesamtmenge reinen Kokains, welches er deliktisch besass resp. verkaufte, 70,32 Gramm beträgt, nämlich 51,96 Gramm (70 Gramm 'C._____' + 22 Gramm 'B._____' + 3 Gramm 'E._____' + 3,8 Gramm 'F._____' + 9,45 Gramm 'Fingerlinge' = 108,25 Gramm mit einem Reinheitsgrad von 48%) zuzüglich 18,36 Gramm (1,75 Gramm zu 72% und 23,5 Gramm zu 73% 'D._____' SK 50'). Diese erstellte Menge ist der nachfolgenden Strafzumessung zugrunde zu legen.

III. Strafzumessung

1. Strafrahmen/Strafzumessungskriterien

Die Vorinstanz hat sich grundsätzlich zutreffend zum Strafrahmen und zu den allgemeinen theoretischen Grundlagen der Strafzumessung geäussert, wo-

rauf zur Vermeidung von Wiederholungen vorab verwiesen werden kann (Urk. 58, S. 16 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu ergänzen ist, dass, wenn eine Person mehrere Straftaten begangen hat, die in echter Konkurrenz zueinander stehen, die Bildung einer Gesamtstrafe nur bei gleichartigen Strafen möglich ist (Art. 49 Abs. 1 StGB). Die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen sind sodann nur erfüllt, wenn das Gericht *konkret* für jeden einzelnen Normverstoss gleichartige Strafen ausfallen würde. Insbesondere genügt dafür nicht, dass die gesetzlichen Strafbestimmungen für die echt konkurrierenden Taten *abstrakt* gleichartige Strafen vorsehen. Die konkrete Methode verhindert, dass bei einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe für das eine Delikt für die weiteren Straftaten, welche Freiheits- oder Geldstrafe androhen, automatisch auch auf eine Freiheitsstrafe erkannt werden muss, selbst wenn für diese für sich alleine betrachtet eine Geldstrafe angemessen erscheint (BGE 138 IV 120; MARKO CESAROV, Zur Gesamtstrafenbildung nach der konkreten Methode, *forumpoenale* 02/2016, S. 97 ff. m.w.H.) Dabei sind diejenigen Täterkomponenten, die die Wahl der Strafart beeinflussen oder die nur einzelne Delikte betreffen (z.B. bei nur teilweisem Geständnis oder nur teilweise einschlägigen Vorstrafen), bereits bei der Einzelstrafzumessung zu berücksichtigen, während der Einbezug der Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB) erst ganz am Ende der Strafzumessung zu erfolgen hat (CESAROV, a.a.O., S. 98).

2. Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (Kokain)

2.1. Innerhalb des Strafrahmens von einem bis zu zwanzig Jahren Freiheitsstrafe bestimmt sich die Einsatzstrafe zunächst nach dem Verschulden (Art. 40 StGB i.V.m. Art. 26 BetmG; Art. 47 StGB). Die teilweise Qualifizierung der Tat unter Art. 19 Abs. 2 BetmG erfolgt in casu über lit. a, mithin die Menge der Betäubungsmittel, von welcher der Beschuldigte weiss oder annehmen muss, dass diese mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Das Bundesgericht hat dazu in langjähriger Praxis definiert, dass eine solche Gefährdung bei 12 Gramm Heroin, 18 Gramm Kokain, 200 Trips LSD oder 36 Gramm Amphetamin vorliegt (z.B. BGE 109 IV 143; 113 IV 32). Massgebend

ist dabei immer die Menge des reinen Stoffes. Vorliegend ist der Beschuldigte wegen Verkaufs, Anbietens und Inverkehrbringens von gut 70 Gramm reinen Kokains verurteilt worden (Verkauf von 1,75 Gramm zu 72%, Anklagevorwurf 1.1.A; versuchter Verkauf von 23,5 Gramm zu 73%, Anklagevorwurf 1.1.B; Verkauf von 22 Gramm zu 48%, Anklagevorwurf 1.1.D; Anbieten von 9,45 Gramm zu 48%, Anklagevorwurf 1.1.E; Verkauf von 3 Gramm zu 48%, Anklagevorwurf 1.1.F; Inverkehrbringen von 3,8 Gramm zu 48%, Anklagevorwurf 1.1.G und Verkauf von 70 Gramm zu 48%; Anklagevorwurf 1.1.H). Alle diese Taten bilden eine Handlungseinheit, da die einzelnen Taten wegen des engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs als auf einem einheitlichen Tatentschluss beruhend angesehen werden müssen (vgl. dazu: FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, OFK-BetmG, 3. Auflage, Zürich 2016, BetmG Art. 19, N 193 f., m.w.H.). Die Menge der Betäubungsmittel entspricht damit knapp dem Vierfachen des Grenzwerts des schweren Falles bei Kokain. Sie bildet vorliegend ein erstes wichtiges Element des objektiven Tatverschuldens (BGE 121 IV 202, E. 2). Je deutlicher der genannte Grenzwert im konkreten Fall aber überschritten wird, desto mehr ist jener nicht allein entscheidendes Element bei der Beurteilung der objektiven Tatschwere (BGE 121 IV 193). Wichtiges Element ist in diesen Fällen auch, welche hierarchische Stellung der Beschuldigte im Rahmen des konkreten Betäubungsmittelhandels inne hatte. Zur Beantwortung dieser Frage sind die konkreten Aufgaben des Beschuldigten, seine Entscheidungsbefugnis, wie sehr er gegen aussen exponiert wurde, welche Sicherheitsvorkehrungen zu seinem Schutz vorgenommen wurden und welchen Profit der Beschuldigte aus dem Handel zog, zu beleuchten und zu bewerten (vgl. dazu LUZIUS EUGSTER/TOM FRISCHKNECHT, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, AJP 3/14, S. 335 ff.). Vorliegend fällt dazu in Betracht, dass der selber nicht drogensüchtige Beschuldigte einerseits direkt an den Endverbraucher verkaufte, andererseits aber in der Lage war, auch rasch grössere Mengen (30 Gramm Kokaingemisch) zu liefern. Er kommunizierte mit einem speziell für den Drogenhandel vorgesehenen Mobiltelefon und löschte darauf sämtliche Mitteilungen. Das Vorgehen ist mit der Vorinstanz gleichwohl noch als nicht sehr professionell zu bezeichnen (Urk. 58, S. 20). Insgesamt ist damit von einer eher tiefen, nicht aber der tiefsten hierarchischen Stellung auszugehen. Bezüglich der weiteren, für die

Bewertung des objektiven Tatverschuldens massgeblichen Komponenten ist festzuhalten, dass es sich bei der gehandelten harten Droge Kokain um eine solche mit grossem gesundheitsgefährdendem Potential handelt. Sodann fällt auf, dass der Beschuldigte in kurzer Zeit eine recht grosse Zahl von Verkäufen tätigte und einen nicht unerheblichen Erlös erzielen wollte (ca. Fr. 6'000.—, der versuchte Verkauf an den Polizisten D._____ vor der Festnahme eingerechnet).

Insgesamt ist bei dieser Sachlage in objektiver Hinsicht gleichwohl von einem gerade noch leichten Verschulden auszugehen, das eine Einsatzstrafe von 24 Monaten rechtfertigt, eine Strafe mithin im unteren, nicht aber im untersten Bereich des Strafrahmens.

2.2. Die Prämissen zur Bewertung der subjektiven Tatschwere hat die Vorinstanz sorgfältig und richtig dargelegt; auf diese kann verwiesen werden (Urk. 58, S. 20). Vorliegend fällt in Betracht, dass der Beschuldigte vorsätzlich handelte, um die Menge und die Gefährlichkeit des von ihm veräusserten Kokains wusste, selber nicht süchtig war und aus rein finanziellen Motiven handelte. Er befand sich nicht in einer eigentlichen Notlage und wurde nicht unter Druck gesetzt. In diesem Zusammenhang sind auch die Vorbringen der Verteidigung unbehelflich, der Beschuldigte habe sich zum Tatzeitpunkt in einer tiefen seelischen Krise befunden, da seine ihm sehr nahestehende Grossmutter Ende 2014 in Honduras gestorben sei (Urk. 93, S. 13 f.). So liegen bereits zum Todeszeitpunkt der Grossmutter widersprüchliche Angaben vor. Der Beschuldigte ordnete diesen anlässlich der Berufungsverhandlung zuerst Ende 2014 ein, erklärte später aber, sie sei im August oder September 2014 gestorben (Urk. 91, S. 8 und 10). Seine Schwester hatte im Untersuchungsverfahren demgegenüber angegeben, die Grossmutter sei bereits im Jahr 2013 verstorben (Urk. D1/17/25). Der Tod der 93-jährigen Grossmutter lag zum Tatzeitpunkt im August 2015 jedenfalls bereits mehrere Monate zurück. Besucht hatte sie der Beschuldigte gemäss eigenen Angaben letztmals im Jahr 2014 und davor im Jahr 2012 (Urk. 91, S. 11). Wie nah der Beschuldigte seiner Grossmutter tatsächlich noch stand, erscheint vor diesem Hintergrund zumindest fraglich. Immerhin hat er tiefe Trauer über deren Tod auch während des gesamten Vorverfahrens nie erwähnt. Die subjektive Tatschwere wird durch dieses

Vorbringen jedenfalls in keiner Art relativiert. Damit verändern die subjektiven Elemente insgesamt das Verschulden des Beschuldigten weder nach unten noch nach oben, und es bleibt bei einer Einsatzstrafe von 24 Monaten.

2.3. Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten hat die Vorinstanz ebenfalls konzis und richtig dargelegt, weshalb auch hier vorab auf diese zu verweisen ist (Urk. 58, S. 22 f.). An der Berufungsverhandlung bestätigte der Beschuldigte, weiterhin mit seiner Freundin verlobt zu sein und mit ihr eine Familie gründen zu wollen (Urk. 91, S. 2). Sie besuche ihn regelmässig im Gefängnis, ebenso wie seine Schwester (Urk. 91, S. 3 f.). Was die Arbeit betreffe, so stehe eine Anstellung als Hilfskoch in Aussicht, welche er im Falle einer Entlassung sofort antreten könnte (Urk. 91 S. 7). Die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten wirken sich mit der Vorinstanz strafzumessungsneutral aus. Der Strafregisterauszug des Beschuldigten weist sodann drei Vorstrafen auf. Diese datieren aus den Jahren 2007 (30 Tagessätze Geldstrafe bedingt und Fr. 500.– Busse wegen In-umlaufsetzen falschen Geldes), 2014 (Freiheitsstrafe von 31 Monaten, wovon 22 Monate bedingt, wegen gewerbsmässigem Betrug, mehrfacher Urkundenfälschung, mehrfacher Veruntreuung und unrechtmässiger Aneignung) und 2014 (20 Tagessätze Geldstrafe wegen Nichtabgabe von Kontrollschildern; Urk. D1/18/5). Die Vorstrafen sind zwar nicht einschlägig, wirken sich in ihrer Zahl und der Nähe zu den neuen Delikten gleichwohl deutlich strafe erhöhend aus. Ebenfalls deutlich strafe erhöhend ist sodann zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte die hier zu beurteilenden Delikte während laufender Probezeit, ja gar während dem Verbüssen des unbedingten Teils der Freiheitsstrafe in Halbgefangenschaft (!) beging. Insgesamt ist die Einsatzstrafe aus diesen Gründen um 8 Monate zu erhöhen. Angesichts der klaren Beweislage kann das Geständnis des Beschuldigten lediglich leicht strafmindernd berücksichtigt werden. Gleiches gilt für den Umstand, dass bezüglich der beiden letzten beurteilten Betäubungsmitteldelikte (Anklageziffern 1.1.A und B) ein Polizist als Scheinkäufer eingesetzt wurde. Angesichts des Umstands, dass der Beamte nicht als eigentlicher "agent provocateur" gehandelt hat, rechtfertigt sich höchstens eine marginale Strafminderung. Insgesamt angemessen erscheint eine Strafminderung von 4 Monaten. Im Resultat ist

die Einsatzstrafe aufgrund der Täterkomponenten also um 4 Monate (8 Monate Straferhöhung abzüglich 4 Monate Strafminderung) auf 28 Monate zu erhöhen.

2.4. Die Einsatzstrafe für das Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG ist demnach auf 28 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen.

3. Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und BetmG (MDMA, Ecstasy)

3.1. Die Vorinstanz hat richtig erkannt, dass das Aufbewahren von 16,9 Gramm reinem MDMA/Ecstasy gemäss Anklagevorwurf 1.1.C nicht als Handlungseinheit zusammen mit dem Verkauf und dem Besitz des Kokains betrachtet werden kann und die Anwendung von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, mithin die Qualifizierung als schwerer Fall aufgrund der Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen, bei der Droge MDMA/Ecstasy nicht möglich ist (Urk. 58, S. 16 mit Verweis auf BGE 125 IV 90). Für dieses Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz ist deshalb eine separate Strafe innerhalb des Strafrahmens von Art. 19 Abs. 1 BetmG (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren) festzusetzen. Sodann sind hier noch einmal die Grundsätze der Strafzumessung bei einer Verurteilung zu mehreren Straftaten in Erinnerung zu rufen: Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB zu der Strafe der schwersten Straftat (Einsatzstrafe) und erhöht sie in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen (Gesamtstrafe). Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte überschreiten. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden. Für die Bildung einer Gesamtstrafe hat das Gericht in einem ersten Schritt den Strafrahmen für die schwerste Straftat zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für diese Tat, unter Einbezug aller strafferhöhenden und strafmindernden Umstände, innerhalb dieses Strafrahmens festzusetzen. Bei der Bestimmung des Strafrahmens für die schwerste Straftat ist von der abstrakten Strafandrohung auszugehen (BGE 116 IV 300 E. 2c/bb S. 304; Urteil des Bundesgerichts 6B_681/2013 vom 26. Mai 2014 E. 1.3.1; GÜNTER STRATENWERTH, Erneut zur Gesamtstrafenbildung, forum-

poenale 2011, S. 349; JÜRIG-BEAT ACKERMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, Art. 49 N 116; TRECHSEL/AFFOLTER-EIHSTEN, Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 39 N 8). Genau dies ist vorstehend erfolgt. In einem zweiten Schritt hat das Gericht nun diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei es wiederum den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen hat (BGE 127 IV 101 E. 2b, Urteil des Bundesgerichts 6B_460/2010 vom 4. Februar 2011 E. 3.3.4; BGE 137 IV 57). Die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB ist dabei aber nur bei gleichartigen Strafen möglich. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen, da das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden (BGE 137 IV 57 E. 4.3.1). Geld- und Freiheitsstrafe sind keine gleichartigen Strafen im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB (BGE 137 IV 57 E. 4.3.1). Das Gericht kann somit auf eine Gesamtfreiheitsstrafe nur erkennen, wenn es im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss eine Freiheitsstrafe ausfallen würde (konkrete Methode; BGE 138 IV 120 E. 5.1; 137 IV 249 E. 3.4.2). Dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen vorsehen, genügt nicht (BGE 138 IV 120 E. 5.2).

Ausnahmsweise ist es aber erlaubt, die einzelnen Taten und deren kriminelle Energie in einem Gesamtzusammenhang zu betrachten und insgesamt eine Freiheitsstrafe auszufällen, selbst wenn für einzelne Delikte theoretisch ungleichartige Strafen auszufällen wären. Dies ist insbesondere zulässig, wenn die einzelnen Taten Teile eines zusammenhängenden Vorgehens und gleichgelagerte Einzelhandlungen in einem Gesamtkontext darstellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_499/2013 vom 22. Oktober 2013, E. 1.7 f.; Urteil des Bundesgerichts 6B_157/2014 vom 26. Januar 2015, E. 3.1).

3.2. Diese Grundsätze konkretisierend ist für den vorliegenden Fall festzuhalten, dass die mehreren Betäubungsmitteldelikte zusammen als gleichgelagerte Handlungen in einem Gesamtkontext angesehen werden können, nicht aber das Verkehrsdelikt und die Betäubungsmitteldelikte zusammen. Da für das nicht in einem Zusammenhang mit den Betäubungsmitteldelikten stehende Verkehrsdelikt allein jedenfalls eine Geld- und nicht eine Freiheitsstrafe ausgefällt würde, ist für

dieses kumulativ eine Geldstrafe festzusetzen. Für das Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz (Aufbewahren von 16,9 Gramm reinem MDMA/Ecstasy; Anklagevorwurf 1.1.C) ist hingegen eine zusätzliche Freiheitsstrafe auszufällen und mit der Einsatzstrafe für die Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz in Anwendung des Asperationsprinzips eine Gesamtstrafe zu bilden.

3.3. Zur objektiven und subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte 101 Ecstasy-Tabletten, entsprechend 16,9 Gramm reinem MDMA besass und diese später an eine Vielzahl Abnehmer verkaufen oder verschenken wollte (Urk. D1/10/2 S. 4; D1/10/4 S. 14 und D1/12/5). Er handelte mit direktem Vorsatz und aus rein finanziellen Motiven, allerdings nicht in grossem Stil und hier wohl auf einer der untersten Hierarchiestufen. Die hypothetische Strafe ist bei diesen Prämissen auf dreieinhalb Monate festzusetzen. Bezüglich der Täterkomponenten sind die Ausführungen in der vorstehenden Ziffer 2.3 auch hier vollumfänglich massgebend, weshalb auf diese zu verweisen ist. Im Ergebnis ist die hypothetische Strafe für das Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz aufgrund der Täterkomponenten um einen halben Monat auf vier Monate zu erhöhen.

3.4. Die beiden gleichartigen Strafen für die Betäubungsmitteldelikte sind in Anwendung des Asperationsprinzips zu einer Gesamtstrafe zu verbinden. Angemessen erscheint unter diesen Umständen eine Erhöhung der Einsatzstrafe um zwei auf 30 Monate.

4. Fahren ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG

4.1. Der Beschuldigte wurde wegen Fahrens ohne Berechtigung verurteilt. Die Strafdrohung für dieses Delikt lautet auf Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG). Die Strafmassempfehlungen der Staatsanwaltschaft Zürich lauten für einen Ersttäter in einer vergleichbaren Konstellation auf fünfzehn Tagessätze Geldstrafe. Diese Strafe erscheint in objektiver und subjektiver Hinsicht auch für den vorliegenden Fall angemessen. Bezüglich der Täterkomponenten sind die Ausführungen in der vorstehenden Ziffer 2.3 auch hier vollumfänglich massgebend, weshalb auf diese zu verweisen ist. Sie führen zu ei-

ner Erhöhung um fünf Tagessätze Insgesamt erscheint eine Geldstrafe für das Verkehrsdelikt von zwanzig Tagessätzen angemessen.

4.2. Zur Strafart ist zu ergänzen, dass die Geldstrafe im Bereich der leichteren und mittleren Kriminalität die Hauptsanktion darstellt (BGE 134 IV 97). Im Strafbereich unter 6 Monaten ist deshalb in aller Regel eine Geldstrafe auszufällen ist (Art. 34 Abs. 1 und Art. 40 Satz 1 StGB). Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, weshalb eine Geldstrafe als Sanktion für das Fahren ohne Berechtigung nicht angemessen wäre. Der Beschuldigte ist deshalb kumulativ zur Freiheitsstrafe mit einer Geldstrafe für das Vergehen gegen das Strassenverkehrsgesetz zu bestrafen.

4.3.1. Zur Höhe des Tagessatzes ist festzuhalten, dass sich dieser nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschuldigten im Zeitpunkt des Urteils bemisst. In die Bemessung einzubeziehen sind insbesondere seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie sein Lebensaufwand, allfällige Familien- und Unterstützungspflichten und das Existenzminimum (Art. 34 Abs. 2 StGB). Das Existenzminimum stellt jedoch nur ein Berechnungskriterium dar und nicht eine Grenze für die Höhe des Tagessatzes. Das Vermögen ist für die Bemessung des Tagessatzes nicht generell, sondern nur als Korrektiv vor allem bei Tätern in Betracht zu ziehen, die über ein grosses Vermögen verfügen oder aber kein oder bloss ein geringes Einkommen ausweisen. Der Tagessatz soll dem Teil seines täglichen wirtschaftlichen Einkommens entsprechen, auf den der Beschuldigte nicht zwingend angewiesen ist (vgl. dazu MARKUS HUG, in: Schweizerisches Strafbuch und weitere einschlägige Erlasse, 19. Auflage 2013, Art. 34 N 18 ff.).

4.3.2. Der Beschuldigte befindet sich im Strafvollzug und erzielt deshalb – abgesehen vom peculium – kein regelmässiges Einkommen. Vor der Inhaftierung war er als Versicherungsmakler tätig (Urk. D1/18/1, S. 2 und Prot. I, S. 11). Die Pläne mit einer Anstellung in einem Schuhladen nach der Entlassung aus der Strafverbüsung (Prot. I, S. 12) haben sich offenbar zerschlagen (Urk. 72/2). Neu steht eine Anstellung im Gastrobereich im Raum (Urk. 88 und 90). Der Beschul-

digte hat kein Vermögen, aber Schulden in der Höhe von ca. Fr. 70'000.– (Prot. I, S. 12). Bei diesen Prämissen ist die Tagessatzhöhe auf Fr. 30.– festzusetzen.

5. Resultat

Der Beschuldigte ist demnach im Ergebnis mit einer Freiheitsstrafe von 30 Monaten und einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.– (mithin Fr. 600.–) zu bestrafen.

IV. Vollzug

1. Die Vorinstanz ist von einer schlechten Legalprognose des Beschuldigten ausgegangen und hat die ausgesprochene Freiheitsstrafe für vollziehbar erklärt (Urk. 58, S. 23 ff.). Diese Einschätzung ist richtig und wurde nicht angefochten.

2. Spricht das Gericht verschiedenartige Strafen aus, so muss es für jede Straftat gesondert prüfen, ob die Voraussetzungen für den bedingten Vollzug gelten. Vorliegend ist deshalb noch zu prüfen, ob auch die Geldstrafe zu vollziehen ist. Dies ist zu bejahen. Zu verweisen ist dabei insbesondere auf den Umstand, dass der Beschuldigte bereits drei Vorstrafen ausweist, wobei die letzten beiden im Jahre 2014 ausgesprochen wurden. Die erste Strafe im Jahr 2007 wurde bedingt ausgesprochen (30 Tagessätze Geldstrafe), die zweite – aufgrund der Strafhöhe gezwungenermassen – teilbedingt (31 Monate Freiheitsstrafe, wovon 9 vollzogen wurden) unter gleichzeitiger Anordnung des Vollzugs der ersten bedingten Vorstrafe und die dritte unbedingt (20 Tagessätze Geldstrafe) unter Verwarnung in Bezug auf den bedingten Teil der zweiten Vorstrafe; Urk. D1/18/3). Trotz dem Vollzug von Freiheits- und Geldstrafen und dem Ansetzen einer Probezeit für die nicht vollzogenen 22 Monate Freiheitsstrafe hat der Beschuldigte noch während dem Strafvollzug in Halbgefängenschaft und der laufenden Probezeit die heute zu beurteilenden Delikte begangen, was sich, wie bereits vorstehend dargelegt, jedenfalls auch nicht mit dem Tod der in Honduras lebenden Grossmutter des Beschuldigten erklären lässt. Dass dem Beschuldigten aufgrund seiner Trau-

er gar seine Vorstrafen nicht präsent gewesen sein sollen, wie das die Verteidigung vorbringt (Urk. 93, S. 9; Prot. II, S. 11 f.), mutet mehr als seltsam an. Immerhin hatte der sich in Halbgefangenschaft befindliche Beschuldigte jeden Abend in die Vollzugsanstalt zurückzukehren und sich die Folgen seiner vormaligen Delinquenz vor Augen zu führen.

Der Beschuldigte manifestiert mit diesem Verhalten eine selten gesehene Ignoranz gegenüber den geltenden Rechtsnormen und den staatlichen Zwangsmassnahmen resp. deren Androhung. Die Legalprognose ist bei dieser Konstellation deutlich negativ, was zum Vollzug auch der Geldstrafe führen muss.

V. Widerruf

1. Die Berufungsklägerin verlangt den Widerruf des bedingt aufgeschobenen Teils der vom Bezirksgericht Zürich am 19. Juni 2014 ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 22 Monaten. Zur Begründung verweist sie auf die vorgenannten Vorstrafen und den Umstand, dass der Beschuldigte sich von diesen, der angesetzten Probezeit und dem teilweisen Vollzug der Strafen nicht davon abhalten liess, erneut mehrfach zu delinquieren (Urk. 78, S. 2). Damit habe der Beschuldigte seine letzte Chance zur Bewährung bewusst und gewollt nicht wahrgenommen. Das Einhalten der hiesigen Rechtsordnung schein dem Beschuldigten vollends egal zu sein. Es sei nicht zu erkennen, dass der Beschuldigte sich mit seinen Taten aufrichtig auseinandergesetzt habe. Somit bestehe auch keine ernsthafte Hoffnung auf eine künftige Legalbewährung, weshalb kein Raum für eine "allerletzte Chance" bestehe. Der bedingte Vollzug des Strafteils von 22 Monaten Freiheitsstrafe sei zu widerrufen und die Strafe zu vollziehen (Ur. 78, S. 4).

2. Der Beschuldigte führte zur Frage des Widerrufs aus, dass die neu zu beurteilenden Delikte in keinerlei Zusammenhang mit seinen Vorstrafen stünden. Auch der Umstand, dass der Beschuldigte aus der Halbgefangenschaft delinquent habe, deute nicht auf eine besondere Uneinsichtigkeit, denn er habe sich wegen dem Tod seiner Grossmutter in einer Lebenskrise befunden. Er sei aufgrund vermehrten Alkoholkonsums in die Szene der "Latinos", insbesondere der Dominika-

ner an der Langstrasse, gelangt und so ins erneute Delinquieren geraten. Mit dem Antreten der Halbgefängenschaft sei er zudem eher verzweifelt, als dadurch wachgerüttelt worden. Der Strafantritt habe ihm wegen seiner Lebenskrise und der Diabetes nicht die Möglichkeit geboten, sich Gedanken zu seinen Verfehlungen zu machen, sondern letztlich die Krise verstärkt, der er in seiner Scheinwelt zu entfliehen versucht habe. Der aktuelle, lange Freiheitsentzug habe den Beschuldigten nun aber geläutert und er habe nun vernünftige, schöne und sinnvolle Lebensziele in Gesprächen mit seinen Nächsten erarbeitet (Urk. 50, S. 17; Urk. 93, S. 9). Er wolle seine Verlobte baldmöglichst heiraten und Kinder zeugen. Der Beschuldigte sei äusserst kinderliebend, familienbezogen und wisse, was es bedeute, ohne Vater aufzuwachsen. Sodann plane er seine Tätigkeit als Versicherungsagent mit dem ganzen Provisionsdruck zugunsten einer Vollzeitstelle bei fixem Gehalt zu ersetzen, sobald er entlassen werde (Urk. 50, S. 15; Urk. 93, S. 10). Aus allen diesen Gründen sei auf den Widerruf zu verzichten.

3. Die Vorinstanz hat zur Frage des Widerrufs erwogen, dass der Beschuldigte wohl während der Halbgefängenschaft delinquent habe, weshalb ihm eine schlechte Legalprognose zu attestieren sei und sich deshalb ein Widerruf des bedingten Teils der Vorstrafe aufdränge. Es sei indessen davon auszugehen, dass der Vollzug der neu auszusprechenden Freiheitsstrafe von zwei Jahren eine genügende Warnwirkung habe und den Beschuldigten genügend beeindrucken werde, sodass er künftig nicht mehr straffällig werde. Sie räumte ihm daher unter Hinweis auf BGE 134 IV 140 E. 4.5 eine allerletzte Chance ein und verzichtete auf den Widerruf. Stattdessen verlängerte sie die Probezeit um drei auf fünf Jahre (Urk. 58, S. 25 und 27).

4.1. Zunächst ist festzuhalten, dass eine Verlängerung einer zweijährigen Probezeit um drei auf fünf Jahre nicht möglich ist. Das Gesetz normiert in Art. 46 Abs. 2 StGB, dass die Probezeit um maximal die *Hälfte* der vom Gericht ausgesprochenen Probezeit zulässig und möglich ist. Eine zweijährige Probezeit kann demnach höchstens um ein Jahr verlängert werden.

4.2. Zur Frage des Widerrufs hat das Bundesgericht im von der Vorinstanz zitierten Entscheid (BGE 134 IV 140) festgehalten, dass es der Beschuldigte bei

einer Verurteilung zu einer bedingten (oder teilbedingten) Strafe in den eigenen Händen habe, ob er dem Vollzug der Strafe entgehe oder nicht. Bewähre er sich, so werde die Strafe nicht vollstreckt (Art. 45 StGB). Begehe er während der Probezeit hingegen ein Verbrechen oder ein Vergehen, so könne der Strafaufschub widerrufen werden (Art. 46 Abs. 1 StGB). Verzichte das Gericht auf einen Widerruf, könne es den Verurteilten verwarnen oder die Probezeit um höchstens die Hälfte der im Urteil festgesetzten Dauer verlängern (Art. 46 Abs. 2 StGB). Die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens während der Probezeit bilde einen möglichen, aber keinen zwingenden Widerrufsgrund. Der Widerruf solle nur erfolgen, wenn wegen des neuen Delikts zu erwarten sei, dass der Täter weitere Straftaten verüben werde. Dabei stehe dem Richter ein Ermessensspielraum zu. Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters sei dabei anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung mit einzubeziehen seien neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zuließen. Für die Einschätzung des Rückfallrisikos sei ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich. Relevante Faktoren seien etwa strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweise auf Suchtgefährdungen usw. Dabei seien die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides mit einzubeziehen. Es sei zudem unzulässig, einzelnen Umständen eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen. In die Beurteilung der Bewährungsaussichten im Falle des Widerrufs des bedingten Vollzugs einer Freiheitsstrafe sei im Rahmen der Gesamtwürdigung sodann auch mit einzubeziehen, ob die neue Strafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen werde. Der Richter könne so zum Schluss kommen, dass vom Widerruf des bedingten Vollzugs für die frühere Strafe abgesehen werden könne, wenn die neue Strafe vollzogen werde. Aber auch das Umgekehrte sei zulässig: Wenn die frühere Strafe widerrufen werde, könne unter Berücksichtigung ihres nachträglichen Vollzugs eine Schlechtprognose für die neue Strafe verneint und diese bedingt ausgesprochen werden. Art und Schwere der erneuten Delinquenz seien auch unter neuem Recht für den Entscheid über den

Widerruf von Bedeutung, insoweit nämlich, als das im Strafmass für die neue Tat zum Ausdruck kommende Verschulden Rückschlüsse auf die Legalbewährung des Verurteilten erlaube. Insoweit lasse sich sagen, dass die Prognose für den Entscheid über den Widerruf umso eher negativ ausfallen könne, je schwerer die während der Probezeit begangenen Delikte wögen (BGE 134 IV 140 E. 4 mit weiteren Hinweisen).

4.3. Im vom Bundesgericht beurteilten Fall wurde der Täter hauptsächlich wegen Vermögensdelikten zu einer bedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von 12 Monaten verurteilt. Einen Teil der Straftaten beging der Beschwerdeführer vor, einen Teil unmittelbar nach der ersten Verurteilung. Wegen der während der Probezeit begangenen Vergehen und Verbrechen bestand Anlass, den für die Vortat gewährten bedingten Strafvollzug für eine Freiheitsstrafe von 11 Monaten zu überprüfen. Dabei hielt das Bundesgericht fest, dass der Täter nach Vollzug von knapp drei Monaten Untersuchungshaft sich bis zur mehrere Jahre später erfolgten Beurteilung durch das Bundesgericht nichts mehr habe zuschulden kommen lassen. Ebenfalls ins Auge springe die im Zeitraum nach der Haftentlassung einsetzende positive Persönlichkeitsentwicklung des Täters und die nachhaltige Veränderung seiner Lebensumstände. So sei ihm bereits im Strafverfahren Geständnisbereitschaft und Einsicht zugute gehalten worden. In Bezug auf die Schadenswiedergutmachung habe man ihm gar besondere Anstrengungen attestiert. Auch beruflich habe sich der Beschwerdeführer aufgefangen und erfolgreich integriert. Er arbeite seit der Entlassung aus der Haft nun schon während mehrerer Jahre bei der Firma X., die ihn nun sogar zum Lagerchef (mit Verantwortung über ein kleines Team) befördert habe. Seit seiner Heirat (zwei Jahre nach Haftentlassung) und der Geburt seines ersten Kindes (drei Jahre nach Haftentlassung) sei der Beschwerdeführer neu auch in ein stabilisierendes familiäres Umfeld eingebettet. Das Bundesgericht schloss angesichts dieser Umstände, es sei nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen werde, weshalb es auf den Widerruf des bedingt aufgeschobenen Vollzugs der Vorstrafe verzichtete (BGE 134 IV 140 E. 5).

4.4. Mit Blick auf den Entscheid des Bundesgerichts ist festzuhalten, dass vorliegend in verschiedener Hinsicht unterschiedliche Prämissen bestehen. Einerseits sind mit Blick auf das Strafmass sowohl die Vortat als auch die neuen Taten von grösserem deliktischem Gewicht als im vom Bundesgericht beurteilten Fall (11 Monate Vorstrafe, 12 Monate neue Strafe gegenüber 31 Monaten Vorstrafe und 30 Monaten neue Strafe). Sodann ist beim Beschuldigten nach dem ersten Vollzug einer längeren Freiheitsstrafe eben gerade keine nachhaltige Veränderung seiner Lebensumstände erkennbar. Nach der Untersuchungshaft im Verfahren, welches zum teilbedingten Strafvollzug führte, hat der Beschuldigte ja noch während dem weiteren Vollzug in Halbgefangenschaft die heute zu beurteilenden Delikte begangen. Besondere Anstrengungen in Bezug auf die Schadenswiedergutmachung, z.B. im Zusammenhang mit den Vermögensdelikten, für welche die Vorstrafe erfolgte, fehlen. Sein Verhalten in der Strafuntersuchung kann trotz Geständnis nur mit Vorbehalten als Einsicht und Reue ausgelegt werden, erfolgte dieses doch nur stockend und in Anlehnung an die Untersuchungsergebnisse. Sodann hat sich der Beschuldigte im Gegensatz zum vom Bundesgericht beurteilten Fall nicht in einem vergleichbaren Masse stabilisiert (Heirat, Kind, Job), sondern stellt all dies erst einmal als Plan für die Zukunft in Aussicht. Die tatsächliche Gründung einer Familie sowie die regelmässige, erfolgreiche Arbeitstätigkeit sind aber als stabilisierende Faktoren zu würdigen und nicht schon die diesbezüglich geäusserte Absicht. Die Taten werden gewichtet, nicht die Worte. Im Übrigen hat sich die persönliche Situation des Beschuldigten auch nicht derart stark verändert. Als er im August 2015 straffällig wurde, war er bereits in einer festen Beziehung und verlobt, hatte das gleiche familiäre Umfeld und eine feste Arbeitsstelle. Einzige Neuerungen stellen ein geplantes Kind und die mögliche Aufnahme einer Arbeitstätigkeit als Hilfskoch dar (Urk. 88; Urk. 90). Was letztere betrifft, so war im Laufe des vorliegenden Strafverfahrens indessen bereits von verschiedenen in Aussicht stehenden Beschäftigungen die Rede, namentlich von einer Anstellung als Schuhverkäufer im Laden des E. _____s des Beschuldigten (Prot. I S. 13) und von einer Nebenbeschäftigung bei der Schwester des Beschuldigten als Tagesvater, samt Finanzierung einer Ausbildung im kaufmännischen Bereich (Urk. 71, S. 7; Urk. 72/3). Ob sich die nunmehr vorgebrachte Stelle als Hilfskoch tatsächlich

realisieren liesse (der spätest mögliche Antritt der Arbeitsstelle gemäss Vertrag, Ende Mai 2017, lässt sich jedenfalls nicht realisieren), kann dahingestellt bleiben. Eine günstige Prognose vermöchte der Berufswechsel alleine jedenfalls nicht zu begründen.

4.5. Bei der Gesamtwürdigung ist deshalb in Bezug auf die Frage des Widerrufs festzuhalten, dass sich der Beschuldigte weder durch den Widerruf des bedingten Vollzugs einer Geldstrafe noch die Untersuchungshaft von insgesamt 184 Tagen noch den teilweisen Vollzug einer neunmonatigen Freiheitsstrafe noch den drohenden Vollzug von 22 Monaten Freiheitsstrafe, noch eine Verwarnung hinsichtlich des Vollzugs dieser 22 Monate Freiheitsstrafe vom erneuten, wiederholten Delinquieren abhalten liess. Bereits bei der bezüglich des Widerrufs in Frage stehenden Vorstrafe hatte der Beschuldigte nicht einmal, sondern mehrfach und wiederholt delinquent (Urk. D1/18/14). Das Nämliche gilt für die heute zu beurteilenden Straftaten. Der Beschuldigte hat auch in der Probezeit nicht einmal delinquent, sondern mehrfach, in einem engen Rhythmus von Tagen, und das während dem Verbüssen eines Teils der Vorstrafe in Halbgefangenschaft. Wie vorstehend dargelegt ist beim Beschuldigten auch keine Reue, Umkehr und Stabilisierung in einem Ausmass erkennbar, welches die schlechte Legalprognose nachhaltig zum Guten zu wenden vermöchte. An dieser Einschätzung vermag auch die in diesem Verfahren mittlerweile erstandene Haft, resp. der entsprechende vorzeitige Strafvollzug, nichts Wesentliches zu ändern.

5. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass aufgrund der gesamten Umstände beim Beschuldigten die Gefahr weiterer Straftaten nach wie vor als bestehend angesehen werden muss. Aus diesem Grunde ist der bedingte Aufschub des Vollzugs von 22 Monaten Freiheitsstrafe gemäss Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Juni 2014 zu widerrufen. Auch diese Strafe ist zu vollziehen.

VI. Kostenfolgen

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens zu einem Viertel auf die Staatskasse zu nehmen und zu drei Vierteln dem Beschuldigten aufzuer-

legen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die amtliche Verteidigung ist mit Fr. 7'800.– zu entschädigen (Urk. 94/1). Diese Kosten sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Vorbehalten bleibt deren Rückforderung im Umfang von drei Vierteln gestützt auf Art. 135 Abs. 4 StPO.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 26. September 2016 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig

- des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c und d teilweise in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG (Dossier 1) sowie
- des Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG (Dossier 2).

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 2. Juni 2016 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse lagernde Barschaft im Umfang von Fr. 1'430.– (Sach-Kautions ..., Kassenbeleg Nr. ...) wird eingezogen und zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

6. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 2. Juni 2016 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:

- eine Portion Kokain à 23.5 Gramm (Asservat-Nr. A008'480'975, Betäubungsmittel-Lagernr. ...),
- eine Portion Kokain à 1.75 Gramm (Asservat-Nr. A008'480'997, Betäubungsmittel-Lagernr. ...),
- eine Portion Kokain à 3.8 Gramm (Asservat-Nr. A008'481'025, Betäubungsmittel-Lagernr. ...),

- ca. 101 Ecstasy-Tabletten, entsprechend 36.1 Gramm MDMA (Asservat-Nr. A008'481'149, Betäubungsmittel-Lagernr. ...),
 - div. Verpackungsmaterial (Asservat-Nr. A008'481'127, Betäubungsmittel-Lagernr. ...),
 - 1 elektronische Feinwaage (Asservat-Nr. A008'481'138, Betäubungsmittel-Lagernr. ...),
 - 1 Mobiltelefon Samsung (Asservat-Nr. A008'481'069),
 - 1 Mobiltelefon Samsung (Asservat-Nr. A008'481'070).
7. Der amtliche Verteidiger wird für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten mit Fr. 24'198.05 (inkl. Mehrwertsteuer) abzüglich der Akontozahlung von Fr. 11'700.– gemäss Verfügung vom 15. August 2016 aus der Gerichtskasse entschädigt.
8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
- | | |
|---------------|----------------------------------|
| Fr. 4'500.– | ; die weiteren Kosten betragen: |
| Fr. 3'500.– | Gebühr Strafuntersuchung |
| Fr. 1'120.– | Kosten Kantonspolizei Zürich |
| Fr. 1'381.15 | Kosten Gutachten/Expertisen etc. |
| Fr. 1'120.– | Auslagen Untersuchung |
| Fr. 24'198.05 | amtliche Verteidigung |
- Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
10. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
11. (Mitteilungen)
12. (Rechtsmittel)"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ wird bestraft mit 30 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 602 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind) sowie mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.–.
2. Freiheitsstrafe und Geldstrafe werden vollzogen.
3. Der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Juni 2014 bedingt ausgefallte Teil der Freiheitsstrafe von 22 Monaten wird vollzogen.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 7'800.00 amtliche Verteidigung
5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden zu einem Viertel auf die Gerichtskasse genommen und zu drei Vierteln dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt im Umfang von drei Vierteln gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - den Beschuldigten (übergeben)
 - die amtliche Verteidigung (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (übergeben)
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (unter Beilage einer Kopie der Haftverfügung)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - das Bundesamt für Polizei

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen (PIN-Nr. ...)
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- das Bezirksgericht Zürich in die Akten DG140112

7. 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, 13. April 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. A. Boller