

ZH_OBERGERICHT SB200280 vom 30. April 2021

ZH Obergericht, 2021-04-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200280

FR: ZH_OBERGERICHT SB200280 du 30 avril 2021

IT: ZH_OBERGERICHT SB200280 del 30 aprile 2021

Erwägungen

E. 1

Das eingangs im Dispositiv erwähnte Urteil des Bezirksgerichts Zürich,

E. 1.1

Die Vorinstanz zog auf Antrag der Staatsanwaltschaft die sichergestellten Betäubungsmittel und -utensilien ein und ordnete deren Vernichtung an (Urk. 39 S. 49). Dies blieb seitens der Verteidigung unangefochten, so dass die Anordnung der Vorinstanz betreffend Einziehung der Betäubungsmittel (Dispositivziffer 6) oh- ne weiteres zu bestätigen und unverändert ins Dispositiv zu übernehmen ist.

E. 1.2

Die Vorinstanz zog zudem die anlässlich der Hausdurchsuchung sicherge- stellte Barschaft von insgesamt Fr. 4'200.– ein und ordnete mangels nachweisli- cher Verbindung zum vorliegenden Delikt deren Verwendung zur Kostendeckung an (Urk. 39 S. 49 f.). Schliesslich ordnete die Vorinstanz mit der Begründung feh- lender Opposition seitens der Verteidigung die Vernichtung des beim Beschuldig- ten sichergestellten iPhones samt zweier SIM Karten an (Urk. 39 S. 49 f.).

- 38 -

E. 1.3

Der Beschuldigte ficht die Einziehung und Vernichtung der beschlagnahm- ten Gegenstände mit Ausnahme der sichergestellten Betäubungsmittel und - utensilien an und beantragt die Herausgabe der eingezogenen Gegenstände und Barmittel an ihn (Urk. 55 S. 1 f.; Prot. II S. 30). 2. Rechtsgrundlagen 2.1. Die Einziehung deliktischer Gegenstände und Vermögenswerte ist in Art. 69 ff. StGB geregelt. In der Regel müssen die Gegenstände und Vermögenswerte einen Zusammenhang mit der strafbaren Handlung aufweisen. 2.1.1. Konkret sehen Art. 69 Abs. 1 und 2 StGB vor, dass Gegenstände, die zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine strafbare Handlung hervorgebracht worden sind, vom Gericht ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person einzuziehen sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentli- che Ordnung gefährden. Das Gericht kann anordnen, dass die eingezogenen Ge- genstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Art. 69 Abs. 1 und 2 StGB). 2.1.2. Gemäss Art. 70 Abs. 1 StGB verfügt das Gericht die Einziehung von Ver- mögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Ver- letzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt wer- den. Die sogenannte Ausgleichseinziehung beruht auf dem Gedanken, dass sich strafbares Verhalten nicht lohnen darf. Sie setzt ein Verhalten voraus, das den ob- jektiven und den

subjektiven Tatbestand einer Strafnorm erfüllt und rechtswidrig ist. Erforderlich ist zudem, dass zwischen der Straftat und dem erlangten Vermögenswert ein Zusammenhang besteht (BGE 144 IV 285 E. 2.2 mit Hinweisen). Das Bundesgericht verlangte in seiner amtlich publizierten Rechtsprechung verschiedentlich, es müsse ein Kausalzusammenhang in dem Sinne bestehen, dass die Erlangung des Vermögenswerts als direkte und unmittelbare Folge der Straftat erscheint (BGE 144 IV 1 E. 4.2.1 mit Hinweisen). Gleichzeitig ging es aber davon aus, dass auch bloss indirekt durch eine strafbare Handlung erlangte Vermö-

- 39 - genswerte der Einziehung unterliegen können (BGE 144 IV 1 E. 4.2.2, 285 E. 2.2; je mit Hinweisen). Der Vorteil muss nach der Rechtsprechung "in sich" unrechtmässig sein. Dies ist nicht der Fall, wenn die fragliche Handlung objektiv nicht verboten ist.

Vermögenswerte, die aus einem objektiv legalen Geschäft stammen, sind nicht einziehbar (BGE 144 IV 285 E. 2.2; 141 IV 155 E. 4.1; BGE 137 IV 305 E. 3.1; BGE 125 IV 4 E. 2a/bb; je mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B_1302/2020 vom 3. Februar 2021 E. 4.2). 2.2. Gemäss Art. 263 Abs. 1 StPO können Gegenstände und Vermögenswerte einer beschuldigten Person oder einer Drittperson beschlagnahmt werden, wenn die Gegenstände und Vermögenswerte voraussichtlich zur Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen gebraucht werden (lit. b; vgl. auch Art. 268 StPO) oder wenn sie voraussichtlich einzuziehen sind (lit. d; sogenannte Einziehungsbeschlagnahme). Im Rahmen der Kostendeckungsbeschlagnahme können allerdings auch Gegenstände und Vermögenswerte beschlagnahmt werden, die keinen Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung aufweisen. Vorausgesetzt ist allerdings nebst Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips, dass Anzeichen dafür bestehen, dass sich der Beschuldigte seinen möglichen Zahlungspflichten gegenüber den Behörden oder der Privatklägerschaft vorsorglich entziehen will. Die Eintreibung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und weiteren im Zusammenhang mit einem Strafverfahren zu erbringenden finanziellen Leistungen hat dann zwar grundsätzlich nach den Bestimmungen des SchKG zu erfolgen (Art. 442 Abs. 1 StPO). Art. 422 Abs. 4 StPO sieht allerdings insofern eine Privilegierung vor, als den Strafbehörden gestattet ist, ihre Forderungen aus Verfahrenskosten mit Entschädigungsansprüchen der zahlungspflichtigen Partei aus dem gleichen Strafverfahren sowie mit beschlagnahmten Vermögenswerten zu verrechnen. 2.3. Ist die Beschlagnahme eines Gegenstands oder Vermögenswertes nicht vorher aufgehoben worden, so ist über seine Rückgabe an die berechtigte Person, seine Verwendung zur Kostendeckung oder über seine Einziehung im Entscheid zu befinden (Art. 267 Abs. 3 StPO).

- 40 - 3. Anwendung auf den vorliegenden Fall

E. 1.4

Die Stadtpolizei Zürich leitete die erste Befragung des Beschuldigten korrekt mit den gesetzlich gemäss Art. 143 Abs. 1 StPO und Art. 158 Abs. 1 StPO geforderten Hinweisen auf den Gegenstand des gegen ihn geführten Strafverfahrens und seine Rechte und Pflichten als beschuldigte Person, namentlich sein Aussageverweigerungsrecht und sein Recht auf den Beizug eines Verteidigers, sowie der Frage nach dem Einverständnis mit der Person seines damaligen und bereits anwesenden Verteidigers ein (Urk. 6/1/1 S. 1 F/A 1-6). Unmittelbar danach wurde dem Beschuldigten in Frage 7 der konkrete Tatvorhalt gemacht, indem er gefragt wurde, wie er sich dazu äussere; er werde des Handels mit Heroin beschuldigt, indem er den Mitbeschuldigten C._____ beauftragt habe Heroin in D._____ zu holen und einem Abnehmer in Zürich zu übergeben. Die Heroinübergabe von rund 80 Gramm sei am Donnerstag, 15. Mai 2019 um 19:40 Uhr im Restaurant E._____ ... in

Zürich erfolgt. Dabei habe der Abnehmer einen Betrag von Fr. 1'900.– an C._____ übergeben, welcher diesen Betrag nach seinen Angaben ihm (dem Beschuldigten) hätte übergeben müssen (Urk. 6/1/1 S. 2). Zweifellos genügt dieser Tatvorhalt in seiner Konkretisierung den gesetzlichen Vorgaben sowohl hinsichtlich der Tat selbst, aber auch hinsichtlich Tatort und Tatzeit. Der Beschuldigte wurde ganz genau ins Bild gesetzt, was ihm vorgeworfen wird und wogegen er sich zu verteidigen hat. Damit ist der gesetzliche Zweck der Bestimmung von Art. 158 Abs. 1 StPO vorliegend erfüllt. Der Einwand der Verteidigung erweist sich als unbegründet und die erste Einvernahme des Beschuldigten ist ohne weiteres verwertbar. Wie dargelegt, braucht der konkrete Tatvorhalt nicht bei jeder einzelnen späteren Einvernahme wiederholt zu werden, zumal wenn keine weiteren oder neuen zusätzlichen Tatvorwürfe gegen den Beschuldigten

- 10 - erhoben werden. Ist – wie vorliegend – die erste Einvernahme verwertbar, trifft dies auch auf die übrigen Einvernahmen im Vorverfahren zu. 2. Verdeckte Fahndung 2.1. Der Beschuldigte macht – wie schon vor Vorinstanz – in prozessualer Hinsicht unter Hinweis auf das Urteil 6B_646/2017 des Bundesgerichts vom 1. Mai 2018 zusammengefasst geltend, der verdeckte Ermittler bzw. verdeckte Fahnder "F._____" hätte zwingend als Zeuge durch das Gericht einvernommen werden müssen. Darauf habe die Verteidigung nicht rechtsgültig verzichten können. Die Folge der unterlassenen Zeugeneinvernahme des verdeckten Ermittlers bzw. Fahnders bestehe in der Unverwertbarkeit der gesamten Erkenntnisse der verdeckten Ermittlung bzw. Fahndung (Urk. 31 S. 6 ff.; Urk. 55 S. 5 ff.). Ohnehin sei die verdeckte Fahndung widerrechtlich erfolgt bzw. aufgrund der unzulässigen Einflussnahme durch den verdeckten Fahnder als Anstiftung zu werten, so dass von einer Bestrafung des Beschuldigten abgesehen werden müsse oder das Verhalten des verdeckten Fahnders zumindest in der Strafzumessung als stark strafmildernd zu berücksichtigen sei (Prot. I S. 37). 2.2. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen der verdeckten Fahndung und der verdeckten Ermittlung sowie deren Grenzen gestützt auf Art. 293 Abs. 4 StPO einlässlich und zutreffend dargelegt, so dass in Anwendung von Art. 82 Abs. 4 StPO vorab vollumfänglich darauf verwiesen werden kann (Urk. 39 S. 10 ff.). Lediglich als Ergänzung sei auch mit Blick auf die neuste Rechtsprechung des Bundesgerichts auf das Folgende hingewiesen: 2.2.1. Eine genehmigungspflichtige verdeckte Ermittlung im Sinne von Art. 285a StPO liegt vor, wenn Angehörige der Polizei oder Personen, die vorübergehend für polizeiliche Aufgaben angestellt sind, unter Verwendung einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (Legende) durch täuschendes Verhalten zu Personen Kontakt knüpfen mit dem Ziel, ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und in ein kriminelles Umfeld einzudringen, um besonders schwere Straftaten aufzuklären. Um eine nicht genehmigungsbedürftige verdeckte Fahndung gemäss Art. 298a StPO handelt es sich hingegen, wenn Polizeiangehörige im Rahmen

- 11 - kurzer Einsätze ohne Erkennbarkeit ihrer wahren Identität und Funktion Verbrechen und Vergehen aufzuklären versuchen und dabei insbesondere Scheingeschäfte abschliessen oder den Willen zum Abschluss vortäuschen. Verdeckte Fahnder werden dabei nicht mit einer Legende ausgestattet (Abs. 2 Satz 1). 2.2.2. Die verdeckte Ermittlung im Sinne von Art. 285a StPO und die verdeckte Fahndung gemäss Art. 298a StPO unterscheiden sich nach der gesetzlichen Neuordnung insbesondere dadurch, dass verdeckte Ermittler mit einer durch Urkunden abgesicherten falschen Identität (Legende) ausgestattet werden. Dies erfordert eine qualifizierte Form der Täuschung durch Verwendung von Urkunden. Konkret geht es darum, eine Scheinidentität mit fingierten

Urkunden zu untermauern, bzw. den verdeckten Ermittler mit einer fiktiven Biographie auszustatten. Nach der ratio legis sind dabei grundsätzlich Urkunden gemeint, die eine falsche Identität analog eigentlicher Ausweisdokumente zu stützen vermögen. Zu denken ist in erster Linie an Pässe, Identitätskarten, Führer- und Fahrzeugausweise, Versicherungsausweise sowie Kredit- und andere Bankkarten. Daneben kommen zu Aufbau und Aufrechterhaltung der Legende auch Schriften wie fingierte Verträge und weitere Dokumente mit falschen Personalien wie beispielsweise Kauf-, Arbeits- und Mietverträge sowie Quittungen oder Korrespondenzen mit falschen Briefköpfen und Unterschriften in Betracht. Die Legendenausstattung bildet dabei ein zentrales Abgrenzungselement (BGE 143 IV 27 E. 2.4 und 4.1.2). Eine verdeckte Ermittlung im Sinne von Art. 285a StPO ist im Regelfall auf eine längere Dauer ausgerichtet, d.h. auf den Zeitraum von mehreren Monaten, so dass in ein kriminelles Umfeld eingedrungen und mit der Zielperson ein eigentliches Vertrauensverhältnis aufgebaut werden kann. Das setzt voraus, dass der Ermittler durch täuschendes Verhalten mit der Zielperson Kontakt knüpft. Mit diesem Kriterium wird auf das Haupteinsatzgebiet der verdeckten Ermittlung – die organisierte Kriminalität – verwiesen. Die verdeckte Ermittlung ist aber auch ausserhalb dieses Bereichs und bezogen auf einen Einzeltäter als Zielperson möglich und zulässig (BGE 143 IV 27 E. 2.4, 4.2.1 und 4.4).

2.2.3. Demgegenüber legen verdeckte Fahnder zwar ihre wahre Identität oder Funktion nicht offen, sie bedienen sich aber grundsätzlich bloss einfacher Lügen,

- 12 - indem sie etwa über ihr Geschlecht, ihr Alter und ihren Wohnort unwahre Angaben machen oder in Chat-Räumen beispielsweise ein Pseudonym verwenden. Dabei muss der verdeckte Fahnder auch milieuangepasst oder szenetypisch auftreten können. Er darf sich dabei einer untergeordneten Legendierung bedienen, die durchaus auch raffiniert sein kann, solange sie nicht urkundengestützt ist (BGE 143 IV 27 E. 2.4. und 4.1.3). Die verdeckte Fahndung wird einerseits eingesetzt, um bestehende Angebote zu illegalen Handlungen oder zum Erwerb illegaler Gegenstände zu nutzen, z.B. als Probe- oder Scheinkäufer von Drogen. Sie kann andererseits dazu dienen, die allgemeine Tatbereitschaft eines potenziellen Täters auf ein konkretes Ziel zu lenken. Einem solchen Einsatz unterhalb der Schwelle zur verdeckten Ermittlung sind enge Grenzen gesetzt. Bezüglich Stellung, Aufgaben und Pflichten der verdeckten Fahnder sowie der Führungspersonen gelten nach Art. 298c StPO grundsätzlich die entsprechenden Bestimmungen für die verdeckten Ermittler nach Art. 291 - 294 StPO sinngemäss (OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2020, N 1640 S. 505; HANSJAKOB/PAJAROLA, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 3. Aufl. 2020, N 7 zu Art. 298c StPO; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, Rz 1204i S. 535; HUG-BEELI, Betäubungsmittelgesetz [BetmG], Basel 2016, Art. 23 N 45; ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19-28l BetmG], 3. Aufl. 2016, N

E. 3

Die Parteien beider Verfahren wurden nach Terminrücksprache im August 2020 zur gemeinsamen Berufungsverhandlung auf den 30. April 2021 vorgeladen (Urk. 50). Nachdem der amtliche Verteidiger telefonisch mitgeteilt hatte, dass er seinen Klienten nicht erreiche und ihm zuhause seines Klienten die Vorladung im November 2020 zugestellt worden war (Urk. 51), wurde der Beschuldigte nochmals mittels öffentlicher Publikation zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 52-53). Dennoch blieb der Beschuldigte der Verhandlung unentschuldigt

- 7 - fern und wurde durch seinen erschienenen amtlichen Verteidiger vertreten (Prot. II S. 4 und 6 f.). Das Verfahren erweist sich dennoch als spruchreif.

E. 3.1

Die Stadtpolizei Zürich stellte die später von der Staatsanwaltschaft beschlagnahmte (Urk. 12) Barschaft beim Beschuldigten sicher. Fr. 1'000.– trug der Beschuldigte auf sich und zwar in kleiner Stückelung, jedoch darunter 7 Hunderternoten und 5 Fünfigernoten (Urk. 11/1). Fr. 3'200.– in zwei Tausendernoten, zehn Zweihunderternoten und zwei Hunderternoten wurden anlässlich der Hausdurchsuchung beim Beschuldigten zuhause aus dem Kleiderschrank im Kinderzimmer sichergestellt (Urk. 11/2).

E. 3.2

Wenngleich die deliktische Herkunft dieses Geldes oder zumindest Teilen davon angesichts der desolaten finanziellen Situation des Beschuldigten zum Tatzeitpunkt zwar durchaus möglich erscheint, lässt sich eine solche letztlich nicht mit genügender Gewissheit erstellen. Zu Gunsten des Beschuldigten ist entsprechend davon auszugehen, dass dieses Bargeld nicht deliktsverstrickt ist, womit eine Einziehung im Sinne von Art. 70 Abs. 1 StGB nicht in Frage kommt. Mit der Vorinstanz ist es jedoch gestützt auf Art. 263 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 268 Abs. 1 lit. a StPO zur Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden.

E. 3.3

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 7. August 2019 (Urk. 12) beschlagnahmten Gegenstände – das Mobiltelefon iPhone und beiden SIM-Karten (Asservate A012'640'038, A012'639'995 und A012'640'005) – haben zur Begehung einer Straftat gedient oder waren dazu bestimmt, nachdem der Beschuldigte das iPhone bei der Verhaftung auf sich trug und sich der deliktsrelevante Zusammenhang aus der durchgeführten Mobiltelefonauswertung ergibt, so dass sie ohne Zweifel gestützt auf Art. 69 StGB einzuziehen und zu vernichten sind. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen Gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO hat die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu befinden, wenn sie selber ein neues Urteil fällt und nicht kassatorisch entscheidet (GRIESSER in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers, Kommentar zur Schweizerischen Strafpro-

- 41 - zessordnung, 3. Aufl. 2020, N 14 zu Art. 428). Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Das ist vorliegend der Fall, so dass ausgangsgemäss die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen sind. Ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, wobei Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten bleibt, wonach für diese Kosten auf den Beschuldigten Rückgriff genommen werden kann, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben. Die vorinstanzliche Kostenfestsetzung wurde inhaltlich nicht angefochten, so dass das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 9 bis 11) zu bestätigen ist. 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren 2.1. Die Kosten im Rechtsmittelverfahren tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen im Berufungsverfahren vollumfänglich. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, dem Beschuldigten aufzuerlegen. Seine Rückzahlungspflicht gemäss Art.

135 Abs. 4 StPO für die Kosten der amtlichen Verteidigung bleibt vorbehalten. 2.2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von Art. 424 Abs. 1 StPO i. V. m. §§ 16, 2 Abs. 1 lit. b, c und d sowie 14 GebV OG unter Berücksichtigung der Bedeutung und Schwierigkeit des Falles sowie des Zeitaufwands des Gerichts auf Fr. 3'500.– anzusetzen. Für das Berufungsverfahren macht der amtliche Verteidiger Dr. iur. X1._____ einen Zeitaufwand von rund 30 Stunden geltend (Urk. 56), was angesichts des Aktenumfangs und der Komplexität des Falles als angemessen erscheint, so dass er insgesamt mit Fr. 7'000.– (inkl. Auslagen und MwSt.) zu entschädigen ist. 3. Genugtuungsforderung des Beschuldigten Bei diesem Ausgang des Verfahrens bleibt kein Raum für Genugtuungsansprüche des Beschuldigten (Art. 429 ff. StPO).

- 42 - Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG. 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 13 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 82 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind. 3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. 4. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB für 5 Jahre des Landes verwiesen. 5. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im Schengener Informationssystem angeordnet.

E. 3.4

Der Beschuldigte weist in Schweiz keine Vorstrafen auf. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, ist das Teilgeständnis bezüglich des äusseren Ablaufs moderat strafmindernd zu berücksichtigen (Urk. 39 S. 39).

E. 3.5

Eine Strafreduktion wegen des Einsatzes der verdeckten Fahnder kommt wie erwähnt (siehe Erwägung II.2.5.) nicht in Betracht, so dass sich eine verschuldensangemessene Strafe von 15 Monaten Freiheitsstrafe ergibt. Diese Strafe hält auch einem Vergleich mit der gegenüber dem Mittäter C._____ als angemessen beurteilten Strafe von 14 Monaten Freiheitsstrafe stand, zumal bei diesem

- 31 - eine deutliche Straferhöhung infolge Vorstrafen zu berücksichtigen war und sich der Vergleich auf die hypothetische Einsatzstrafe von 12 Monaten Freiheitsstrafe zu beziehen hat. Hier ist insbesondere die gegenüber dem Mitbeschuldigten C._____ eindeutig hierarchisch übergeordnete Funktion, die Planung und Koordination der Ausführung durch den Beschuldigten zu berücksichtigen (siehe vorstehende Erwägung IV.3.2).

E. 3.6

Einer Strafe von 15 Monaten Freiheitsstrafe steht jedoch das Verschlechterungsverbot entgegen, so dass die Strafe gemäss der Vorinstanz auf 13 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen ist. Der Anrechnung der vom Beschuldigten erstandenen Haft von 82 Tagen (Urk. 17/14) steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). 4. Strafvollzug

E. 3.7

Der Beschuldigte ist daher anklagegemäss der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen.

- 26 - IV. Strafe / Vollzug 1. Urteil Vorinstanz / Parteistandpunkte Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit 13 Monaten Freiheitsstrafe (unter Anrechnung von 82 Tagen Haft) und schob den Vollzug bei einer Probezeit von 2 Jahren auf (Urk. 39 S. 51). Der Beschuldigte lässt für den Eventualfall seiner Verurteilung eine Strafe von maximal 10 Monaten Freiheitsstrafe beantragen (Urk. 55 S. 2). 2. Grundsätze der Strafzumessung 2.1. Die Vorinstanz hat die allgemeinen Strafzumessungskriterien und die für Betäubungsmitteldelikte im Besonderen zu beachtenden Grundsätze zutreffend dargestellt (Urk. 39 S. 22 ff.). Es kann vorab darauf verwiesen werden. 2.2. Gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG erstreckt sich der Strafrahmen für die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz von Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bis zu 20 Jahren, wobei damit eine Geldstrafe verbunden werden kann. Der ordentliche Strafrahmen ist 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 Strafrahmen vorliegend bereits bei 20 Jahren Freiheitsstrafe liegt, kann er nicht mehr erweitert werden. Die Frage einer Unterschreitung des ordentlichen Strafrahmens kann sich stellen, wenn verschuldens- bzw. strafreduzierende Faktoren zusammenkommen, 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; Urteil des Bundesgerichts 6B_475/2011 vom 30. Januar 2012 E. 1.4.4). Das Gericht ist indessen verpflichtet, Strafschärfungsgründe zumindest straf erhöhend und Strafmilderungsgründe strafmindernd innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu berücksichtigen (BGE 144 IV 217 E. 3.5.4; 136 IV 55 E. 5.8). Strafmilderungsgründe sind nicht gegeben. Aussergewöhnliche Umstände, welche eine Erweiterung des Strafrahmens rechtfertigen würden, sind

- 27 - ebenfalls nicht ersichtlich. Die Strafe ist vorliegend mithin innerhalb des ordentlichen Strafrahmens zu bemessen. 2.3. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsmittelinstanz gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO Entscheide nicht zum Nachteil der beschuldigten Person abändern darf, wenn das Rechtsmittel nur zu deren Gunsten ergriffen worden ist (sog. Verbot der reformatio in peius). Dies trifft vorliegend zu, nachdem allein der Beschuldigte Berufung erhoben und die Staatsanwaltschaft auf Anschlussberufung verzichtet hat. Somit darf das vorinstanzlich ausgefallte Strafmass von 13 Monaten Freiheitsstrafe nicht überschritten werden darf. Die Rechtsmittelinstanz hat aber dennoch eine eigene Strafe nach ihrem pflichtgemässen Ermessen festzusetzen und nachvollziehbar zu begründen (BGE 141 IV 244 E. 1.3.3; Urteile des Bundesgerichts 6B_992/2020 vom 30. November 2020 E. 2.1; 6B_466/2015 vom 28. September 2016 E. 2 [nicht publ. in: BGE 142 IV 329]). 2.4. Bei der Strafzumessung ist zudem das Doppelverwertungsverbot zu beachten. Dieses besagt, dass Umstände, die zur Anwendung eines höheren oder tieferen Strafrahmens führen, innerhalb des geänderten Strafrahmens nicht noch einmal als Straferhöhungs- oder Strafmilderungsgrund herangezogen werden dürfen, weil dem Täter sonst der gleiche Umstand zweimal zur Last gelegt oder zugutegehalten würde (BGE 142 IV 14 E. 5.4 mit Hinweisen). Indessen darf der Richter zusätzlich berücksichtigen, in welchem Ausmass ein qualifizierender oder privilegierender Tatumstand gegeben ist. Der Richter verfeinert damit nur die Wertung, die der Gesetzgeber mit der Festsetzung des Strafrahmens vorgezeichnet hat (BGE 120 IV 67 E. 2b und BGE 118 IV 342 E. 2b). 2.5. Hat das Gericht im gleichen Verfahren mehrere Mittäter zu beurteilen, so ist bei der Verschuldensbewertung mit zu berücksichtigen, in welchem gegenseitigen Verhältnis die

Tatbeiträge stehen. Ist aus formellen Gründen nur über einen Mittäter zu urteilen, während die Strafe der anderen bereits feststeht, so geht es darum, einen hypothetischen Vergleich anzustellen. Das Gericht hat sich zu fragen, welche Strafen es ausfallen würde, wenn es sämtliche Mittäter gleichzeitig beurteilen müsste. Dabei hat es sich einzig von seinem pflichtgemässen Ermessen leiten zu lassen. Es wäre mit der richterlichen Unabhängigkeit unvereinbar, müsste

- 28 - es sich gegen seine Überzeugung einem anderen Urteil anpassen. Die Autonomie des Gerichts kann zur Folge haben, dass die Strafen von Mittätern, die nicht im selben Verfahren beurteilt werden, in einem Missverhältnis stehen. Dies ist verfassungsrechtlich unbedenklich und hinzunehmen, solange die in Frage stehende Strafe als solche angemessen ist. Allerdings ist zu verlangen, dass in der Begründung auf die Strafen der Mittäter Bezug genommen und dargelegt wird, weshalb sich diese nicht als Vergleichsgrösse eignen (BGE 135 IV 191 E. 3.2 f. mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B_1366/2016 vom 6. Juni 2017 E. 4.8.2). 3. Konkrete Strafzumessung

E. 4

Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung auf-schiebende Wirkung und wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils dementsprechend gehemmt. Das Berufungsgericht überprüft somit das erstinstanzliche Urteil nur in den angefochtenen Punkten (Art. 404 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte ficht mit seiner Berufung das vorinstanzliche Urteil in der Sache vollumfänglich an. Lediglich die Nebenfolgen wie die Festsetzung der Kosten und der Entschädigung des damaligen amtlichen Verteidigers sowie die Einziehung der sichergestellten Betäubungsmittel und -utensilien (Dispositivziffern 6, 9 und 11) blieben unangefochten (Urk. 41 S. 2; Urk. 55 S. 1 f.; Prot. II S. 30). Bei Anfechtung des Schuldspruchs mit Antrag auf Freispruch gelten für den Fall der Gutheissung automatisch auch damit zusammenhängenden Folgepunkte des Urteils, wie zum Beispiel die Nebenfolgen, vor allem der Zivilpunkt sowie Kosten- und Entschädigungsregelungen, aber auch Entscheidungen über Einziehungen, als angefochten. Bestätigt das Berufungsgericht den Schuldspruch, sind die weiteren nicht angefochtenen Urteilspunkte bei einer Beschränkung der Berufung nicht zu überprüfen (vgl. dazu SCHMID/JOSITSCH, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar [kurz: Praxiskommentar StPO], 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 399 N 18; HUG/SCHNEIDER in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO [kurz: ZH Kommentar StPO], 3. Aufl. 2020, N 19 und 20 zu Art. 399; SPRENGER in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung [kurz: BSK StPO], 2. Aufl., Basel 2014, Art. 437, N 31 f.). Demzufolge ist das vorinstanzliche Urteil in keinem Punkt in Rechtskraft erwachsen und grundsätzlich vollumfänglich zu überprüfen.

- 8 - II. Prozessuales 1. Tatvorhalt

E. 4.1

Wie das Bundesgericht in BGE 146 IV 172 festgehalten hat, darf eine Ausschreibung von Drittstaatsangehörigen im Sinne von Art. 3 lit. d SIS-II-Verordnung im SIS gemäss dem in Art. 21 SIS-II-Verordnung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip nur vorgenommen werden, wenn die Angemessenheit, Relevanz und Bedeutung des Falles dies rechtfertigen. Eine Ausschreibung im SIS setzt voraus, dass die Ausschreibungsvoraussetzungen von Art. 21 und 24 SIS-II-Verordnung erfüllt sind (Erläuterungen des Bundesamtes für Justiz [BJ])

vom 20. Dezember 2016 zur Verordnung über die Einführung der Landesverweisung, S. 11). Eine Ausschreibung im SIS darf gemäss Art. 21 und Art. 24 Ziff. 1 SIS-II-Verordnung nur auf der Grundlage einer individuellen Bewertung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips ergehen. Im Rahmen dieser Bewertung ist bei der Ausschreibung gestützt auf Art. 24 Ziff. 2 SIS-II-Verordnung insbesondere zu prüfen, ob von der betroffenen Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht. Verhältnismässig ist eine Ausschreibung im SIS immer dann, wenn eine solche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gegeben ist. Sind die Voraussetzungen von Art. 21 und 24 Ziff. 1 und 2 SIS-II-Verordnung er-

- 37 - füllt, besteht eine Pflicht zur Ausschreibung im SIS (a.a.O. E. 3.2.2 mit Hinweisen).

E. 4.2

Es ist unbestritten, dass der Beschuldigte einem sogenannten Drittstaat angehört. Der Beschuldigte wird vorliegend wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer Freiheitsstrafe von 13 Monaten bestraft. Beim Drogenhandel mit mengenmässig qualifiziertem Heroin wie vorliegend handelt es sich um eine schwere Straftat, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung auch in den übrigen Schengenstaaten gefährdet. Angesichts des Umstands, dass sich der Beschuldigte an einem Drogendeal beteiligte, der länderübergreifend (albanische Hintermänner bzw. albanische Zentrale mit "Bestelltelefon", Abnehmer des Heroins und Geldempfänger in der Schweiz) stattfand, erscheint die Ausschreibung im SIS zur Verhinderung weiterer Drogendelikte gerechtfertigt und verhältnismässig, so dass die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) des Beschuldigten im SIS anzuordnen ist. VI. Beschlagnahmung / Einziehung / Verwendung zur Kostendeckung 1. Vorinstanz / Parteistandpunkte

E. 6

Die folgenden sichergestellten und bei der Stadtpolizei Zürich unter der BM-Lagernummer S01184-2019 lagernden Betäubungsmittel sowie Betäubungsmittelutensilien werden eingezogen und vernichtet: - A012'640'016 1 Feinwaage mit Rückständen von braunem Pulver - A012'640'027 1 Cellophansack mit unbekanntem braunem Pulver

E. 7

August 2019 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse Zürich lagernden Barschaften von insgesamt CHF 4'200.- werden zur Deckung der Verfahrenskosten (einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung) verwendet: - A012'640'049 Bargeld CHF 1'000.- - A012'639'984 Bargeld CHF 3'200.-

- 43 -

E. 8

Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 7. August 2019 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei Zürich, Asservate Triage, lagernden Gegenstände werden eingezogen und vernichtet: - A012'640'038 1 iPhone schwarz - A012'639'995 1 SIM-Karte "yallo" - A012'640'005 3 SIM-Karten-Halterungen

E. 9

Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 9 bis 11) wird bestätigt.

E. 10

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'500.– ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 7'000.– amtliche Verteidigung

E. 11

Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

E. 12

Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat – das Migrationsamt des Kantons Zürich 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

- 44 - – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten – die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A – die Stadtpolizei Zürich gemäss Dispositiv-Ziffer 6 (im Dispositiv); – die Kantonspolizei Zürich, Asservate Triage, gemäss Dispositiv-Ziffer 8 (im Dispositiv) – die Bezirksgerichtskasse Zürich gemäss Dispositiv-Ziffer 7 (Sachkauti- on Nr. 33736, im Dispositiv) – Zentrale Inkassostelle der Gerichte (betr. Dispositiv-Ziffer 7).

E. 13

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, vom Empfang 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, 30. April 2021 Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Oberrichter lic. iur. Spiess MLaw Andres

- 45 - 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.