

ZH_OBERGERICHT SB200311 vom 6. November 2020

ZH Obergericht, 2020-11-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200311

FR: ZH_OBERGERICHT SB200311 du 6 novembre 2020

IT: ZH_OBERGERICHT SB200311 del 6 novembre 2020

Erwägungen

E. 1

Erstinstanzliches Verfahren

E. 1.1

Die Verteidigung beantragte bereits vor Vorinstanz, das beschlagnahmte Bargeld von insgesamt Fr. 13'747.85 sei nicht einzuziehen, sondern B. _____ nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils herauszugeben (Urk. 50 S. 3). In der Begründung kam sie zum Schluss, zumindest die sichergestellten Fr. 8'000.– und EUR 2'700.–, also die Asservate A013'026'067 und A013'026'078, gehörten der Freundin des Beschuldigten, B. _____ (Urk. 50 S. 23 mit Verweis auf Urk. 17/1 S. 10). Auf diesen Standpunkt stellt sich die Verteidigung auch im Rahmen des Berufungsverfahrens (Urk. 108 S. 29 f.; Prot. II S. 23).

- 32 -

E. 1.2

Die Vorinstanz erachtete die Angabe von B. _____, es handle sich um Geld, das sie von ihrem Vater erhalten habe, aufgrund ihrer widersprüchlichen Angaben als nicht glaubhaft. In der Folge zog sie die gesamte im Verfahren gegen den Beschuldigten beschlagnahmte Barschaft von Fr. 13'747.85 (entsprechend Fr. 10'840 und EUR 2'710) in Anwendung von Art. 70 StGB definitiv ein und ordnete die Verwendung zur Deckung der Verfahrenskosten an (Urk. 68 S. 30 f.). 2. Voraussetzungen der Einziehung gemäss Art. 70 StGB

E. 1.3

Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt, weist der Beschuldigte keinen näheren Bezug zur Schweiz auf und ein schwerer persönlicher Härtefall liegt nicht vor, wie die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 68 S. 27 f.; Prot. II S. 16 ff.). Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass sich das Bundesgericht bei Straftaten gegen das BetmG hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit stets besonders streng gezeigt hat: Drogenhandel führt von Verfassungen wegen in der Regel zur Landesverweisung (Urteile des Bundesgerichts 6B_1424/2019 vom 15. September 2020 E. 3.4.10; 6B_861/2019 vom 23. April 2020 E. 3.7.4; 6B_378/2018 vom 22. Mai 2019 E. 2.2. [nicht publ. in BGE 145 IV 364], 6B_1107/2019 vom 27. Januar 2020 E. 2.2; 6B_131/2019, E. 2.5.1). Auch der EU-Gerichtshof weist auf die verheerenden Folgen der mit diesem Handel verbundenen Kriminalität hin. Die Rauschgiftsucht sei ein grosses Übel für den Einzelnen und eine soziale und wirtschaftliche Gefahr für die Menschheit (Urteil in Sachen Land Baden-Württemberg gegen Panagiotis Tsakouridis vom 23. November 2010 [Rs. C-145/09], Ziff. 46 f., zit. in: Urteil 6B_48/2019 vom 9. August 2019 E. 2.8.1). Auch nach der Praxis des EGMR, in welcher der Drogenhandel als

Ausbreitung dieser Geissel der Menschheit

- 29 - ("propagation de ce fléau" bezeichnet wird (Nachweise in den Urteilen 6B_242/2019 vom 18. März 2019 E. 1.3; 6B_50/2020 vom 3. März 2020 E. 1.4.2) bzw. als "ravages de la drogue dans la population" (Urteil DIALA et autres, a.a.O., Ziff. 36), überwiegt bei der Betäubungsmitteldelinquenz regelmässig das öffentliche Interesse an der Beendigung des Aufenthalts, falls keine besonderen persönlichen oder familiären Bindungen im Aufenthaltsstaat bestehen (Urteile 6B_300/2020 vom 21. August 2020 E. 3.4.1; 6B_1299/2019 vom 28. Januar 2020 E. 3.4.8 mit Hinweisen). Solche liegen hier nicht vor. Die qualifizierte Widerhandlung gegen das BetmG aus rein pekuniären Motiven – wie vorliegend – gilt als schwere Straftat, von welcher eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung ausgeht (Urteile 2C_99/2019 vom 28. Mai 2019 E. 4.4; 6B_143/2019 vom 6. März 2019 E. 3.4.2; je mit Hinweisen). Das öffentliche Interesse an der Verhinderung von derartigen Taten ist als stark zu gewichten. Die von der Vorinstanz ausgesprochene Landesverweisung ist aufgrund der Abwägung der gesamten Interessenlage zu bestätigen. 2. Dauer der Landesverweisung

E. 2

Berufungsverfahren

E. 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 weitestgehend. Einzig hinsichtlich der Herausgabe der beiden Bargeldbeträge an B._____ wird seinem Antrag entsprochen, wobei es sich allerdings um einen Nebenpunkt mit nur sehr geringem Gewicht handelt. Insgesamt rechtfertigt es sich somit, dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, vollständig aufzuerlegen. Die Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO für die Kosten der amtlichen Verteidigung bleibt vorbehalten.

E. 2.2

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 3'500.– anzusetzen. Für das Berufungsverfahren macht der amtliche Verteidiger, Rechtsanwalt X1._____, Aufwendungen in der Höhe von Fr. 6'813.80 (inkl. Barauslagen und MwSt.; Urk. 103 und Urk. 109) geltend. Seine Aufwendungen erweisen sich angesichts des Aktenumfangs und der Komplexität des Falles als angemessen, so dass er unter Einbezug der effektiven Dauer der Berufungsverhandlung insgesamt mit Fr. 7'000.– (inkl. MwSt.) zu entschädigen ist. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG. 2. Der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. März 2018 hinsichtlich einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten gewährte bedingte Strafvollzug wird widerrufen.

- 36 - 3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug der widerrufenen Freiheitsstrafe gemäss Ziff. 2 hiervor bestraft mit 22 Monaten Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe, wovon 445 Tage durch Haft erstanden sind. 4. Die Gesamtfreiheitsstrafe wird vollzogen. 5. Der Beschuldigte wird im Sinne von Art. 66a StGB für 10 Jahre des Landes verwiesen. 6. Es wird die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im

Schengener Informationssystem angeordnet. 7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland vom 4. Dezember 2019 beschlagnahmten Gegenstände werden eingezogen und sind nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Kantonspolizei Zürich zu vernichten: a) Knittersäcke und Alufolie (A013'025'633, B02782-2019) b) 1 Feinwaage mit Rückständen von weissem Pulver (A013'025'655, B2782-2019) c) 1 Löffel (A013'025'666, B02782-2019) d) 1 Schlüssel mit schwarzem Griff (A013'025'688) e) 1 Mobiltelefon Nokia (A013'025'826) f) 1 Mobiltelefon Huawei (A013'025'837) g) Notizblock/Agenda 2020 mit handschriftlichen Einträgen (A013'025'848) h) Unterlagen zu Autokäufen und Verkehrs-Unfallbericht vom 28.08.2019 (A013'025'860) i) Papiertüte schwarz mit diverser Briefpost (A013'026'045) j) 1 Kunststoffbox "Combat", olivegrün (A013'026'125, B02783-2019) k) 1 metall-Dose "Petalini" (A013'026'136, B02783-2019) l) 1 Portion Heroin, ca. 53 Gramm (A013'026'147, B02783-2019) m) 1 Kunststoffbox rot, "Mc Donalds" (A013'026'158, B02784-2019) n) 1 Portion Kokain, 102 Gramm (A013'026'238, B02784-2019)

E. 2.3

Anlässlich der Berufungsverhandlung beschränkte sich der Beschuldigte vorwiegend auf die pauschale Bestreitung, irgendetwas mit der Sache zu tun zu haben. Er sei am besagten 17. September 2019 zwar im Auto von D._____ gewesen und gerade erst ausgestiegen, um sein Portemonnaie holen zu gehen, als bereits die Polizei gekommen sei. Im Wald sei er nie gewesen. Von dem im Wald gefundenen Drogen wisse er nichts und habe auch nichts gesehen. Zum Autoschlüssel des VW Golf, den er bei der Anhaltung in der Hand hielt und im welchem für den Drogenhandel typische Utensilien gefunden wurden, gab er an, dies sei das Fahrzeug eines Bekannten gewesen, der den Wagen habe verkaufen wollen. Er habe diesen für eine Probefahrt gehabt. Von den im Fahrzeug gefundenen Drogenutensilien wisse er allerdings nichts (Prot. II S. 20 ff.). In Anbetracht seiner

- 11 - pauschalen Bestreitungen und der sich bis ins Berufungsverfahren weiterziehenden Inkonsistenz der wenigen überhaupt vorhandenen Aussagen des Beschuldigten, beispielsweise was den VW Golf betrifft, ändert sich an der bereits von der Vorinstanz erlangten Einschätzung, wonach die Aussagen des Beschuldigten als unglaubhaft einzustufen seien, mithin nichts (vgl. Urk. 68 S.12).

E. 2.4

Der Beschuldigte wird massgeblich durch die Aussagen von D._____ belastet, der in der polizeilichen Befragung am Tag nach der Verhaftung angab, er habe von einem gewissen F._____ das in der Wohnung seines Sohnes sichergestellte braune Pulver erhalten; er hätte diese Pulver mischen sollen und dafür Fr. 1'000.- bekommen. Nach der Menge befragt, gab D._____ an, er habe ein halbes Kilo Heroinpulver erhalten sowie ebensoviel Streckmittel, von welchem er ca. 250 Gramm mit 500 Gramm Heroin vermischt und so rund 750 Gramm gestrecktes Heroingemisch erhalten habe. Dieses habe er in Portionen zu 50 Gramm abgepackt. A'._____ (gemeint der Beschuldigte) habe auch 50 Gramm gekriegt (Urk. 7/1 S. 3 ff.). Er habe ihm dieses gegeben, als A._____ am Verhaftungstag in sein Auto gestiegen sei; der Beschuldigte sei dann ausgestiegen und habe diese Portion irgendwo gelassen und sei wieder eingestiegen; darauf habe er ihn zurück gefahren. Der Beschuldigte habe ihm Fr. 1'000.- in kleiner Stückelung gegeben, es seien die Fr. 1'000.- gewesen, die er in der Brusttasche gehabt habe (a.a.O. S. 6).

E. 2.5

Diese Angaben wiederholte D._____ weitgehend anlässlich der Hafteinver- nahme gegenüber der Staatsanwältin (Urk. 7/2). Entgegen der Verteidigung (Urk. 108 S. 22) ist diese Einvernahme auch durchaus verwertbar: Gemäss bun- desgerichtlicher Rechtsprechung ist, sofern sich die Strafverfolgungsbehörden auf Aussagen eines Beschuldigten aus einem getrennt geführten Verfahren abstüt- zen, dem Konfrontationsrecht Rechnung zu tragen. Solche Aussagen können verwertet werden, solange der Beschuldigte wenigstens einmal während des Ver- fahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, die ihn belastenden Aussagen in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Beschuldigten im getrennten Verfahren zu stellen (BGE 140 IV 172 E. 1.2.3. und 1.3.). Diese Gelegenheit wur- de dem Beschuldigten anlässlich der Konfrontationseinvernahme vom

- 12 - 29. November 2019 (Urk. 8/1) gewährt. In dieser entsprechend ohne Weiteres verwertbaren Einvernahme führte D._____ aus, die 50 Gramm habe er einfach abgezweigt und das Geld von A._____ wäre in seine eigene Tasche gegangen. Ebenso bestätigte D._____ seine Aussagen in der Konfrontationseinvernahme vom 29. November 2019, wobei er dieses Mal angab, er habe A._____ 50 Gramm übergeben und von diesem Fr. 1'090.– plus zweimal Fr. 5.– in Münzen, total mit- hin Fr. 1'100.– für die 50 Gramm Heroingemisch erhalten. Das Geld habe er in der Jacken-Innentasche versorgt, die Münzen habe er im Hosensack gehabt. Die Fr. 1'000.– in der Brusttasche habe er von F._____ für das Mischen der Drogen erhalten. A._____ sei mit dem Heroingemisch in den Wald gegangen, er wisse aber nicht, wo er das deponiert habe, er sei ca. 5 Minuten weg gewesen, die Poli- zei habe alles gesehen. Danach gefragt, wie es dazu gekommen sei, dass er dem Beschuldigten dieses Heroin verkauft habe, erklärte D._____, er habe am 17. September 2019 um den Mittag zufällig den Beschuldigten im Zentrum G._____ [Ortschaft] getroffen und ihn gefragt, ob er ihm helfen könne, die 50 Gramm zu veräussern. A._____ habe darauf gesagt, er solle es ihm geben, er werde dann versuchen, es weiter zu geben. Sie hätten dann das Treffen für die Übergabe in H._____ abgemacht und er habe einfach Fr. 1'000.– dafür verlangt (Urk. 8/1 S. 5 ff.).

E. 2.6

Gemäss Polizeirapport wurde im Waldstück zwischen der I._____ -strasse und dem J._____ -weg in der Nähe der Wohnung der Schwester des Beschuldig- ten in einem hohlen Baumstumpf unter anderem eine Portion Heroin von ca. 53 Gramm sichergestellt (Urk. 1 S. 4 sowie Urk. 7/1 S. 11 und 19/1 S. 5). Dass es sich bei dem im Wald gefundenen Heroingemisch um eine Portion aus dem Be- stand der – nach Angaben von D._____ – für F._____ gemischten Menge von rund 750 Gramm handelte, lässt sich sodann daraus schliessen, dass sowohl an den Verpackungen der in der Wohnung des Sohnes von D._____, wo letzterer lo- gierte, sichergestellten Heroinportionen als auch an der im Wald gefundenen He- roin-Portion jeweils DNA gefunden wurde, die mit grösster Wahrscheinlichkeit von D._____ stammt (Urk. 17/1 S. 3 und Urk. 24/4 S. 2 betreffend A013'040'465 [A013025235], Urk. 17/1 S. 3 und Urk. 24/4 S. 3 betreffend A013'040'443 - 13 - [A013'025'279] sowie Urk. 17/1 S. 11 und Urk. 24/4 S. 4 betreffend A013'040'476 [A013'026'147]).

E. 2.7

Die Angaben von D._____, wonach er die Heroinportion dem Beschuldigten im Auto übergeben gehabt habe, worauf dieser die Drogen im Wald deponiert ha- be und wieder zu

ihm ins Auto zurückgekehrt sei, erscheinen insbesondere auch deshalb glaubhaft, weil sie sich mit den Wahrnehmungen des Polizeibeamten E. _____ decken. Dieser gab als Zeuge an, er habe im Waldstück bei H. _____ in seinem Wagen sitzend beobachtet, wie A. _____ an seinem Auto (des Polizisten) vorbei gegangen und wenige Minuten später wieder zurückgekommen und dann auf der Beifahrerseite des – wie sich bei der Verhaftung herausstellte – von D. _____ gelenkten und in der Nähe wartenden Fahrzeugs eingestiegen sei (Urk. 9/4 S. 2 f.). Dass beim Beschuldigten keine auffällig dreckigen Schuhe festgestellt und beim Drogenversteck keine Schuhspuren erhoben wurden, wie die Verteidigung vorbringt (Urk. 108 S. 10), vermag diese übereinstimmenden belastenden Momente keineswegs zu widerlegen.

E. 2.8

Zum Einwand der Verteidigung, man hätte an der sichergestellten Kunststoffbox und am Minigrip DNA- oder Dakty-Spuren finden müssen, wenn die Version von D. _____ der Wahrheit entsprechen sollte (Urk. 50 S. 5; Urk. 108 S. 5 ff.) ist Folgendes festzustellen: Es trifft zu, dass bei verschiedenen Spurenasservaten aufgrund der inkompletten DNA-Mischprofile sichere Interpretationen bezüglich Spurengerschaft nicht möglich waren (Urk. 24/4 S. 5). Dies war insbesondere bei den Asservaten A013'040'498 und 512 der Fall, die ab den im Waldstück zwischen I. _____-strasse und J. _____-weg aus einem hohlen Baumstrunk (Drogenbunker) sichergestellten Behältnissen – Kunststoffbox "COMBAT" olivgrün, in welcher das Heroingemisch gefunden wurde und Metall-Dose "Petalini" (A013026136) – genommen wurden (Urk. 17/1 S. 10 f.). Dies und der Umstand, dass keine Spuren vom Beschuldigten auf der Verpackung der im Wald sichergestellten Portion Heroingemisch gefunden wurden, schliesst mit der Vorinstanz (Urk. 68 S. 13) indessen nicht aus, dass der Beschuldigte die sichergestellte Portion über eine kurze Strecke getragen und im Wald versteckt hatte. Aus dem Sicherstellungsbericht ergibt sich nämlich, dass die im Waldstück bei H. _____ ge-

- 14 - fundene Heroinportion in Zeitungspapier gewickelt war (Urk. 17/1 S. 11 und 19/1 S. 5). Um das Heroin gemäss Einwand der Verteidigung zuerst anschauen zu können, hätte der Beschuldigte einfach das Zeitungspapier aufwickeln können, ohne die Plastikverpackung zu berühren. Mithin verfängt die diesbezügliche Argumentation der Verteidigung nicht. Dass es der Beschuldigte war, der das sichergestellte Heroin im Wald versteckte, ergibt sich insbesondere aus den Beobachtungen der Polizei, sein Zusammensein mit D. _____ im Zeitpunkt der Verhaftung, der Auswertung der Telefondaten seiner beiden Mobiltelefone und der im VW Golf sichergestellten Betäubungsmittelutensilien.

E. 2.9

So passte der Schlüssel, den der Beschuldigte bei der Verhaftung in der Hand hielt, zu einem ganz in der Nähe parkierten VW Golf. Im Kofferraum wurden Betäubungsmittelutensilien wie Digitalwaage, Löffel, etc. gefunden und an einigen dieser Gegenstände wurden Dakty-Spuren des Beschuldigten festgestellt, so auf der Alufolie und dem Knittersack, die sich im Kofferraum befanden (Urk. 5 S. 6). Diese Indizien verstärken die Beweislage zusätzlich, so dass mit der Vorinstanz feststeht, dass der Beschuldigte im Drogenhandel tätig war (Urk. 68 S. 13). Dies wird im übrigen durch die Datenauslesung der beiden im Zimmer des Beschuldigten sichergestellten Mobiltelefone bestätigt. Aus dem polizeilichen Ermittlungsbericht ergibt sich, dass die Auslesung nur wenige Daten lieferte, was den Rückschluss zulässt, dass die Daten jeweils sofort oder zeitnah gelöscht wurden.

Nach der Verhaftung des Beschuldigten erfolgten jedoch Dateneingänge auf seinem Nokia Handy, deren Rufnummern Personen zugeordnet werden konnten, die in der Vergangenheit polizeilich bereits als Betäubungsmittelkonsumenten in Erscheinung getreten waren. Auf dem zweiten Mobiltelefon, einem Huawei Handy, fanden sich wieder die gleichen Rufnummern jener Betäubungsmittelkonsumenten, welche auch im Nokia Handy gefunden wurden (Urk. 5 S. 8). Weiter ergibt sich aus der Datenauslesung des Huawei Gerätes, dass dieses Kontakt zu D._____ hielt, der seine Beteiligung bezüglich der Heroinlieferung von "F._____" zugab, und dass die vorgefundenen SMS verklausulierte Dialoge mit polizeilich bekannten Betäubungsmittelkonsumenten aus früheren Betäubungsmittelverfahren enthielten (Urk. 5 S. 9). Mithin ist auch der angeklagte Sachverhalt dahingehend erstellt, dass der Beschuldigte das versteckte Heroin weiterverkaufen wollte.

- 15 - Weder machte der Beschuldigte geltend, das Heroin selber konsumieren zu wollen, noch liegen dafür objektive Anhaltspunkte vor. Ganz im Gegenteil weist das Ergebnis der Haaranalyse des Instituts für Rechtsmedizin (IRM) auf einen schwachen bis mittelstarken Kokainkonsum des Beschuldigten hin, zumindest im Zeitraum von ca. Ende August bis Ende September 2019. Damit steht fest, dass der Beschuldigte selbst kein Heroin konsumierte (Urk. 22/8 S. 3). Die gesamten Indizien zusammen verdichten sich derart zu einem logischen Ganzen, dass keinerlei unüberwindbare Zweifel daran bestehen, dass sich der angeklagte Sachverhalt – inklusive der Weitergabeabsicht bezüglich des Heroins – wie geschildert ereignete.

E. 2.10

Hinsichtlich der von D._____ an den Beschuldigten übergebenen Heroinmenge ist auf das Gutachten des Forensischen Instituts Zürich vom 11. Oktober 2019 abzustellen. Dieses kommt zum Schluss, das vom Beschuldigten entgegengenommene Heroin weise einen Gehalt von 37 % Hydrochlorid auf, was eine Reinsubstanz von 18.9 Gramm ergebe (Urk. 19/3/3 S. 2). Die Verteidigung wies wie bereits vor Vorinstanz darauf hin, die Anklage verschweige, dass der im Gutachten mit 4 % bezifferte Vertrauensbereich bei dieser Mengenangabe noch nicht berücksichtigt sei. Gemäss Gutachten betrage der Reinheitsgrad somit 33 % bis 41 % (Urk. 50 S. 12 f.; Urk. 108 S. 17, 23). Zugunsten des Beschuldigten ist vorliegend – insbesondere da dies für die rechtliche Qualifikation namentlich, ob ein qualifizierter Fall vorliegt und der Tatbestand von Art. 19 Abs. 2 lit. a. BetmG erfüllt ist (vgl. dazu nachfolgend), von Bedeutung sein könnte – von einem Reinheitsgehalt von 33 % auszugehen (vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 6B_632/2019 vom 20. August 2019 E. 1.2 - 1.4). Somit ergibt sich eine anrechenbare Menge von 16.86 Gramm reinem Heroin.

E. 2.11

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der äussere Sachverhalt gemäss Anklage bis auf den Reinheitsgrad des Heroins, bei dem von 33 % auszugehen ist, aufgrund des Beweisergebnisses erstellt ist. Im übrigen ist festzuhalten, dass dem Beschuldigten in der Anklage nur der Besitz des beschlagnahmten Heroingemischs zwecks Weiterverkauf vorgeworfen wird, nicht aber tatsächlich erfolgte

- 16 - Verkäufe an Drogenabnehmer und auch nicht das Anstaltentreffen dazu im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g i.V.m. lit. c BetmG.

E. 2.12

Darauf, was der Beschuldigte bezüglich der Menge und Gefährlichkeit der von ihm übernommenen und versteckten Drogen annahm oder in Kauf nahm, wird im Rahmen der rechtlichen Würdigung zurückzukommen sein.

E. 3

Rechtliche Würdigung

E. 3.1

Erheben mehrere Personen Anspruch auf Gegenstände oder Vermögenswerte, deren Beschlagnahme spätestens mit dem Endentscheid aufzuheben ist, kann das Gericht darüber entscheiden. Sind die Berechtigten nicht bekannt, so schreibt das Gericht die Gegenstände oder Vermögenswerte öffentlich aus (Art. 267 Abs. 3, 4 und 6 StPO). Die Strafbehörde hat sich bei der Zusprechung zunächst nach dem materiellen Strafrecht zu richten und Art. 70 Abs. 1 StGB geht

- 33 - vor und der Gegenstand oder Vermögenswert ist dem Geschädigten zuzusprechen. Ansonsten sind beschlagnahmte Gegenstände und Vermögenswerte, die nicht gemäss Art. 69 und Art. 70 Abs. 1 StGB der Einziehung unterliegen, gestützt auf die Eigentumsvermutung gemäss ZGB Art. 930 zuhanden des Besitzers freizugeben. Eine Beschlagnahme von Vermögenswerten gestützt auf Art. 268 StPO ist nur bei Vermögenswerten des Beschuldigten erlaubt (HEIMGARTNER in: Zürcher Kommentar StPO, 3. Aufl. 2020, Art. 267 N 7 und Art. 268 N 6).

E. 3.2

Im Zimmer der Wohnung der Schwester des Beschuldigten, in welchem die fraglichen Gelder gefunden wurden, wohnten zur Zeit der Hausdurchsuchung dieser und seine Freundin B. _____. Somit kommen nur diese beiden als Besitzer der sichergestellten Gelder in Frage. B. _____ gab nach der Verhaftung des Beschuldigten in der polizeilichen Befragung vom 18. September 2019 an, sie sei mit Fr. 8'000.– und etwa EUR 2'000.–, welches Geld ihr Vater ihr für den Kauf von 1 - 2 Autos geschickt habe, in die Schweiz eingereist (Urk. 9/1 S. 4 f.). Er habe ihr das Geld genauso gegeben, wie sie es mitgenommen habe. Es seien Tausendernoten gewesen. Die EUR seien 2x 500.–, 2x 100.–, 4 oder 5x 50.–, und der Rest 20er und 10er gewesen (Urk. 9/1 S. 9). Tatsächlich wurden im fraglichen Zimmer Fr. 8'000.– in acht Tausendernoten (vgl. Asservat Nr. A013'026'067) und EUR 2'700.–, welche zumindest bezüglich der Stückelung 2x 500.– und 2x 100.– exakt den Angaben von B. _____ entsprachen (vgl. Asservat Nr. A013'026'078) in einer schwarzen Tasche sichergestellt (Urk. 17/1 S. 10, Urk. 17/4/1 sowie Urk. 18/1 S. 2). Somit können die sichergestellten Fr. 8'000.– und die EUR 2'700.– nicht ohne weiteres dem Beschuldigten zugeordnet werden. Mit Bezug auf die übrigen beschlagnahmten Bargeldbeträge kann jedoch davon ausgegangen werden, dass diese dem Beschuldigten gehören; sie sind entsprechend zur Kostendeckung heranzuziehen.

E. 3.3

Nachdem als Besitzerin dieser Fr. 8'000.– und der EUR 2'700.– nebst dem Beschuldigten nur B. _____ in Frage kommt und ersterer selber keinen Anspruch auf diese Beträge erhebt, ist keine Ausschreibung nach Art. 267 Abs. 6 StPO vorzunehmen. Entsprechende Abklärungen haben ergeben, dass die Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland, Büro D-3, am 19. September 2019 einen Strafbefehl

- 34 - fehl gegen B._____ wegen Widerhandlung gegen das AIG erlassen und ihr Kosten auferlegt hat. Dagegen hat B._____ Einsprache erhoben, zufolge Abwesenheit der Beschuldigten B._____ wurde das Verfahren jedoch sistiert (Urk. 99 sowie Urk. 100/1 - 4). Die zwei Bargeldbeträge von Fr. 8'000.- (Asservat Nr. A013'026'067) und EUR 2'700.- (Asservat Nr. A013'026'078) sind B._____ folglich grundsätzlich herauszugeben. Zur Wahrung allfälliger Ansprüche der Staatskasse – insbesondere mittels Beschlagnahme durch die zuständige Staatsanwaltschaft – hat die Herausgabe jedoch frühestens 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils durch die Gerichtskasse auf Verlangen und bei entsprechendem Identitätsnachweis an B._____ zu erfolgen. In analoger Anwendung von Art. 267 Abs. 6 StPO fallen diese Bargeldbeträge bei Nichtverlangen nach fünf Jahren seit Rechtskraft des Urteils an den Staat. 4. Beschlagnahmte Gegenstände Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 4. Dezember 2019 beschlagnahmten Gegenstände wie die Utensilien für den Betäubungsmittelhandel aus dem VW Golf, die beiden Mobiltelefone Nokia und Huawei sowie die sichergestellten Betäubungsmittel (Kokain und Heroin) und die für ihren Transport benutzten Gegenstände haben zur Begehung einer Straftat gedient oder waren dazu bestimmt und sind mit der Vorinstanz ohne Zweifel gestützt auf Art. 69 StGB einzuziehen und zu vernichten (siehe Urk. 68 S. 29). 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. 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. Die vorinstanzliche Kostenfestsetzung wurde in-

- 35 - haltlich nicht angefochten, so dass das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffern 9 und 10) zu bestätigen ist. 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren

E. 3.4

Es ist unbestritten, dass der Beschuldigte einem sogenannten Drittstaat angehört, da C._____ erst ein offizieller EU-Beitrittskandidat, aber noch kein Mitgliedstaat des Schengen-Übereinkommens ist. Der Beschuldigte wird vorliegend wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit einer Freiheitsstrafe von 17 Monaten bestraft. Beim Drogenhandel mit mengenmässig qualifiziertem Heroin wie vorliegend handelt sich um eine schwere Straftat und die Ausschreibung im SIS erscheint vor diesem Hintergrund verhältnismässig. Die Ausschreibung der Landesverweisung (Einreise- und Aufenthaltsverweigerung) im SIS ist deshalb anzuordnen. VI. Beschlagnahme / Einziehung / Verwendung zur Kostendeckung 1. Antrag Verteidigung und erstinstanzlicher Entscheid

E. 3.5

Anrechenbare Haft Gestützt auf Art. 51 StGB sind an diese Freiheitsstrafe die in beiden Verfahren zusammengezählten, bereits erstandenen Hafttage anzurechnen. Im vorliegenden Verfahren betrifft dies die verbüssten Tage im vorzeitigen Strafvollzug ab 17. September 2019, 16.40 Uhr (Urk. 29/1) bis zum 11. September 2020 (die effektive Entlassung aus dem Strafvollzug erfolgte am 11. September 2020 um 13 Uhr, vgl. dazu

Urk. 90), mithin total 360 Tage. Dazu kommen die 85 Tage erstandene Untersuchungshaft gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. März 2018. Es sind folglich an die 22 Monate Freiheitsstrafe insgesamt 445 Tage erstandene Haft und vorzeitiger Strafvollzug anzurechnen. IV. Vollzug 1. Der Vollzug der für das Betäubungsmitteldelikt auszusprechenden Strafe kann aufgrund des Umstandes, dass der Beschuldigte innerhalb der letzten fünf Jahre vor dieser Tat bereits zu einer bedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt wurde, nur aufgeschoben werden, wenn besonders günstige Umstände vorliegen (Art. 42 Abs. 2 StGB). Dies führte bereits die Vorinstanz zutreffend aus und sah aufgrund der wiederholten Delinquenz und dem nicht mehr

- 27 - leichten Tatverschulden keine Möglichkeit für einen Strafaufschub (Urk. 68 S. 26 f.). 2. Besonders günstig sind Umstände, die ausschliessen, dass die Vortat die Prognose verschlechtert. Der bedingte Strafvollzug ist nur möglich, wenn eine Gesamtwürdigung aller massgebenden Faktoren den Schluss zulässt, dass trotz der Vortat eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Dabei ist zu prüfen, ob die indizielle Befürchtung durch die besonders günstigen Umstände zumindest kompensiert wird. Das trifft etwa zu, wenn die neuerliche Straftat mit der früheren Verurteilung in keinerlei Zusammenhang steht, d.h. wenn frühere und spätere Tat nicht demselben Verhaltensmuster entsprechen. Ebenfalls liegen solche vor bei einer besonders positiven Veränderung in den Lebensumständen des Täters (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 6B_23/2018 vom 26. März 2019 E. 2.2. mit Verweis auf BGE 134 IV 1 E. 4.2.3 mit weiteren Hinweisen sowie SCHNEIDER/GARRÉ, in: BSK StGB I, 4. Aufl. 2019, N 42 zu Art. 42). 3. Die Vorinstanz legte mit zutreffender Begründung dar, dass im vorliegenden Fall solche besonders günstigen Umstände nicht ersichtlich sind. Der Beschuldigte wurde innerhalb der letzten 9 Jahre wiederholt straffällig, unbeschadet von bedingt gewährten Geld- und Freiheitsstrafen und trotz erstandener Untersuchungshaft. Die bisherigen bedingten Strafen haben sich ganz offensichtlich als wirkungslos erwiesen und den Beschuldigten in keiner Weise von weiterer Delinquenz abgehalten. Dem Beschuldigten muss mit der Vorinstanz eine eigentliche Schlechtprognose zu gestellt werden (Urk. 68 S. 26), weshalb die Freiheitsstrafe zu vollziehen ist. V. Landesverweisung 1. Voraussetzungen der Anordnung bzw. des Absehens von einer Landesverweisung

E. 8

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 23. September 2019 beschlagnahmten Barbeträge werden mit Ausnahme

- 37 - von Fr. 8'000.– (Asservat Nr. A013'026'067) und mit Ausnahme von EUR 2'700.– (Asservat Nr. A013'026'078) eingezogen und die verbleibenden Fr. 2'840.– sowie EUR 10.– werden zur Vollstreckung des Urteils verwendet.

E. 9

Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Winterthur / Unterland vom 23. September 2019 beschlagnahmten zwei Bargeldbeträge von Fr. 8'000.– (Asservat Nr. A013'026'067) und EUR 2'700.– (Asservat Nr. A013'026'078) werden frühestens 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils durch die Gerichtskasse auf Verlangen und bei entsprechendem Identitätsnachweis an B._____ ausgehändigt. Diese Bargeldbeträge fallen bei Nichtverlangen nach fünf Jahren seit Rechtskraft des Urteils an den Staat.

E. 10

Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziffern 9 und 10) wird bestätigt.

E. 11

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

E. 12

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 gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.

E. 13

Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland – das Migrationsamt des Kantons Zürich – im Auszug (Ziff. 8 und 9) an den Beschuldigten zu Händen von B._____ sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (unter Beilage einer Kopie von Urk. 112)

- 38 - – die Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland (unter Beilage einer Kopie von Urk. 112) – 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 – die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten – an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung in die Akten GG170229 (Urteil vom 28. März 2018, betr. Widerruf) – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B – die Kantonspolizei Zürich, Asservate-Triage, Postfach, 8021 Zürich (betr. Ziff. 7) – die Kasse des Bezirksgerichts Bülach (betr. Ziff. 8 f.) – Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau, z.Hd. Staatsanwalt K._____, Bahnhofstrasse 4, 5600 Lenzburg (Aktenbeizug gem. Urk. 102)

E. 14

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 Beschwerde Voraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

- 39 - Obergericht des Kantons Zürich II. Strafkammer Zürich, 6. November 2020
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: Oberrichter lic. iur. Spiess MLaw Andres

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