

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: SB130349-O/U/gs-hb

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Ruggli, Präsident, lic. iur. et phil. Glur und Ersatzoberrichterin lic. iur. Schärer sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Leuthard

## Urteil vom 29. November 2013

in Sachen

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

Beschuldigter und Berufungskläger

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

gegen

**Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,**

Anklägerin und Berufungsbeklagte

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

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 18. April 2013 (DG130004)**

### **Anklage:**

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 21. Dezember 2012 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 22).

### **Urteil der Vorinstanz:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist schuldig
  - der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG,
  - der Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG,
  - der Hinderung einer Amtshandlung im Sinne von Art. 286 StGB.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 39 Monaten Freiheitsstrafe (wovon bis und mit heute 419 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind) sowie mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 10.– (entsprechend Fr. 100.–).
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe und der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich lagernden Betäubungs- und Streckmittel (Lagernummer ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
5. Die sichergestellten und beim Forensischen Institut Zürich lagernden drei Autopneus (Referenznummer ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 20. Oktober 2012 beschlagnahmte Selbstladepestole (SK ...) wird eingezogen und der Bezirksgerichtskasse zur gutscheinenden Verwendung überlassen. Ein allfälliger Verwertungserlös verfällt dem Staat.

7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 18. Oktober 2012 beschlagnahmten Gegenstände:

- 1 Natel "Samsung" GT-1080W, IMEI ... 1 (SK ...)

- 1 Natel "Blackberry" 9360, IMEI ,, (SK ...)

- 1 iPad (SK ...)

werden definitiv beschlagnahmt und der Bezirksgerichtskasse zur Verwertung überlassen. Ein allfälliger Verwertungserlös wird zur (teilweisen) Deckung der Geldstrafe sowie Verfahrenskostendeckung verwendet.

8. Der mit nämlicher Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse deponierte Überweisungsbeleg "Swisstransfer" (SK ...) wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen hin herausgegeben.

9. Die Entscheidungsbüher wird angesetzt auf:

Fr. 4'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 450.00 Kosten Kantonspolizei

Fr. 4'500.00 Gebühr Anklagebehörde

Fr. 119.75 diverse Kosten

Fr. 27'070.00 Auslagen Untersuchung

Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

10. Die Kosten, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Staatskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung

gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Über die Höhe der Kosten der amtlichen Verteidigung wird separat entschieden.

**Berufungsanträge:**

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 56 S. 2)

1. Der Beschuldigte sei vom Anklagesachverhalt I. Ziff. 2 frei zu sprechen.
2. Der Beschuldigte sei der mehrfachen Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 lit. a BetmG, der Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG sowie der Hinderung einer Amtshandlung im Sinne von Art. 286 StGB schuldig zu sprechen.
3. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 28 Monaten, zuzüglich einer Geldstrafe von 10 TS zu CHF 10.00, unter Anrechnung der bereits erstandenen Haft zu bestrafen.
4. Die auszufällende Freiheitsstrafe sei im Umfange von 14 Monaten, bei einer Probezeit von 2 Jahren aufzuschieben und im Umfange von 14 Monaten zu vollziehen. Entsprechend sei der Beschuldigte heute auf freien Fuss zu setzen.
5. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens seien gemäss dem Freispruch neu zu verlegen, die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens sowie diejenigen der amtlichen Verteidigung seien auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:

(schriftlich, Urk. 48)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

## Erwägungen:

### I.

1.1 Das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, sprach den geständigen Beschuldigten nach durchgeführter Hauptverhandlung mit Urteil vom 18. April 2013 der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG, der Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG sowie der Hinderung einer Amtshandlung im Sinne von Art. 286 StGB schuldig. Es bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 39 Monaten sowie mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 10.--. Den Vollzug von Freiheits- und Geldstrafe schob es nicht auf. Ferner entschied es über die Verwendung von beim Beschuldigten sichergestellten Gegenstände sowie über die Kostenfolgen des Verfahrens (Urk. 42 S. 20 ff.). Einzelheiten des Entscheides können dem Ingress dieses Urteils entnommen werden.

1.2 Gegen das mündlich eröffnete Urteil (Prot. I S. 14) meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 19. April 2013 fristgerecht Berufung an (Urk. 35; Art. 399 Abs. 1 StPO). Am 18. bzw. 19. Juli 2013 stellte die Vorinstanz den Parteien das begründete Urteil zu (Urk. 41/1 und 41/2) und übermittelte in der Folge die Anmeldung der Berufung zusammen mit den Akten dem Obergericht.

2.1 Unter dem 5. August 2013 reichte der Beschuldigte der erkennenden Kammer in der Folge rechtzeitig die schriftliche Berufungserklärung ein (Urk. 43). Die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich verzichtete mit Eingabe vom 16. September 2013 auf Anschlussberufung, beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils und ersuchte um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 48). Letzterem Gesuch wurde, nachdem der amtliche Verteidiger sein Einverständnis mit diesem erklärt hatte (Urk. 49), stattgegeben (Urk. 48 unten).

2.2 Am 26. bzw. 28. November 2013 wurden der Entscheid der Anklagekammer des Obergerichts vom 26. März 2008, mit welchem im Rahmen der Aktion "B.\_\_\_\_\_" die rückwirkende Teilnehmerauswertung bezüglich der Mobiltelefone mit den Rufnummern 076/..., 076/..., 076/... und 076/... genehmigt wurde, und der Entscheid der Anklagekammer des Obergerichts vom 20. Februar 2008, mit welcher die Überwachung der Rufnummer 076/... in derselben Sache (TK070189) bzw. die Verwendung der daraus gewonnenen Erkenntnisse im Verfahren gegen "... " genehmigt wurde, beigezogen (Urk. 52 bis Urk. 55). Die neu zu den Akten erhobenen Dokumente wurden der Verteidigung vor Beginn der Berufungsverhandlung zur Einsicht vorgelegt (Prot. II S. 3).

3. Am 24. September 2013 wurden die Parteien zur Berufungsverhandlung vorgeladen, wobei die Verteidigung darum ersucht wurde, ihre Honorarnote noch vor der Berufungsverhandlung einzureichen (Urk. 50). Mit Eingabe vom 22. November 2013 reichte der Verteidiger seine Honorarnote ins Recht (Urk. 51). Die Berufungsverhandlung fand am 29. November 2013 statt (Prot. II S. 3 ff.).

## II.

Der Beschuldigte beantragt hinsichtlich des Anklagesachverhaltes gemäss Anklagepunkt I.2. einen Freispruch, eine auf 28 Monate reduzierte Freiheitsstrafe und die Gewährung des teilbedingten Vollzugs sowie eine Neuverteilung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Urk. 56 S. 2). Nach Einsicht in die vom Obergericht beigezogenen Dokumente (Urk. 53 und Urk. 55) liess die Verteidigung die Anfechtung des Anklagesachverhaltes gemäss Anklagepunkt I.1. fallen (Urk. 56 S. 2). Die Berufung richtet sich damit gegen den Schuldspruch wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Dispositiv-Ziffer 1 sowie gegen die Dispositiv-Ziffern 2, 3 und 10 des angefochtenen Urteils. Im Übrigen ist der vorinstanzliche Entscheid unangefochten geblieben und in Rechtskraft erwachsen (Art. 402 StPO), was vorab festzustellen ist.

### III.

1.1 Der Beschuldigte ist in Übereinstimmung mit dem Ergebnis der Strafuntersuchung geständig, sich entsprechend den in den Anklagepunkten I.1., I.3., I.4. und I.5. geschilderten Sachverhalten am Drogenhandel beteiligt zu haben und akzeptiert insoweit den Schuldspruch durch die Vorinstanz.

1.2 Ferner räumt der Beschuldigte weiterhin ein, wie in Anklageziffer I.2. geschildert, gehandelt zu haben. Das Geständnis deckt sich sodann auch insoweit mit dem weiteren Untersuchungsergebnis, namentlich mit der Sicherstellung anlässlich der Verhaftung des Beschuldigten vom 18. Mai 2008 und dem Ergebnis der Telefonüberwachung. Die Verteidigung stellt sich jedoch auf den Standpunkt, dass in diesem Anklagepunkt aus formellen Gründen dennoch ein Freispruch zu erfolgen habe (Urk. 43 S. 2 und Urk. 56 S. 2 ff.). Das Geständnis beruhe auf nicht verwertbaren Beweismitteln. Die Verhaftung des Beschuldigten vom 18. Mai 2008 stelle eine Ermittlungshandlung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 BÜPF dar. Da sie zwei Tage bevor ein Genehmigungsgesuch hinsichtlich des Zufallsfundes versandt worden sei, erfolgt sei, sei sie rechtswidrig gewesen. Die Genehmigung sei auch hinterher, innert einer Frist von 24 Stunden nach Einleitung weiterer Ermittlungen nicht eingeholt worden. Die Erkenntnisse aus der Verhaftung des Beschuldigten, d.h. die Übernahme von 300 Gramm Kokaingemisch, seien deshalb nicht verwertbar (Urk. 56 S. 2 ff.).

2.1 Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO/CH) in Kraft. Gemäss deren Art. 448 Abs. 1 werden Verfahren, die bei Inkrafttreten des Gesetzes hängig sind, nach neuem Recht fortgeführt. Verfahrenshandlungen, die vorher dem damaligen Recht konform angeordnet und durchgeführt wurden, behalten jedoch ihre Gültigkeit. Ob die Einwände der Verteidigung gegen die Verwertbarkeit eines auf Untersuchungsergebnissen aus dem Jahr 2008 beruhenden Geständnisses berechtigt sind oder nicht, beurteilt sich mithin nach der damals geltenden zürcherischen Strafprozessordnung bzw. dem damals anwendbaren Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF; vgl. § 104 StPO/ZH).

2.2 Gemäss Art. 9 BÜPF dürfen Zufallsfunde aus rechtmässigen Telefonüberwachungen im Strafverfahren gegen den bis zu diesem Zeitpunkt keiner Straftat verdächtigen mitabgehörten Gesprächspartner als Beweismittel verwendet werden, wenn die formellen und materiellen Voraussetzungen zur Telefonüberwachung des Gesprächspartners aufgrund einer nachträglichen Prüfung ebenfalls erfüllt sind. Die Zustimmung der Genehmigungsbehörde zur Verwendung von Zufallsfunden gegen den mitabgehörten Gesprächspartner muss dabei gemäss Abs. 2 der Bestimmung vor Einleitung weiterer Ermittlungen eingeholt werden, wobei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits vor der richterlichen Genehmigung des Zufallsfundes unaufschiebbare Ermittlungshandlungen als Sofortmassnahmen getroffen werden dürfen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_159/2007 vom 23. August 2007). Sind die Voraussetzungen für die Verwendung von Zufallsfunden nicht gegeben, so dürfen die entsprechenden Informationen nicht verwendet werden (Art. 9 Abs. 3 BÜPF). Eine Güterabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Wahrheitsfindung und dem privaten Interesse der beschuldigten Person, dass der fragliche Beweis unterbleibt, findet nicht statt (BGE 133 IV 329). Für alle weiteren Beweismittel, welche gestützt auf die illegalen Primärbeweismittel erhoben wurden, gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch kein absolutes Verwertungsverbot. Von der Unverwertbarkeit sekundärer Beweismittel ist vielmehr nur auszugehen, wo der ursprüngliche, ungültige Beweis Bestandteil sine qua non des mittelbar erlangten Beweises ist (BGE 133 IV 329).

3.1 Die Verhaftung des Beschuldigten unter Sicherstellung von rund 300 Gramm von ihm mitgeführtem Kokaingemischs am 18. Mai 2008 erfolgte im Rahmen eines gegen C.\_\_\_\_\_ (im Folgenden: C.\_\_\_\_\_) geführten Ermittlungsverfahrens wegen des Handels mit grossen Mengen Kokain, das unter dem Aktionsnamen "B.\_\_\_\_\_" geführt wurde. Im Rahmen dieses Ermittlungsverfahrens wurden mit richterlicher Genehmigung verschiedene von C.\_\_\_\_\_ benützte Telefone abgehört. Dabei ergab sich, dass C.\_\_\_\_\_ u.a. mit einem sich mutmasslich in Holland aufhaltenden Unbekannten in Kontakt stand und mit diesem gemäss der polizeilichen Interpretation der überwachten Gespräche/SMS eine Drogeneinfuhr in die Schweiz plante (Urk. HD 1/1 S. 8 f.). Konkret kündigte der Gesprächspartner von

C.\_\_\_\_\_ am 14. Mai 2008, 17:07 Uhr, an, "es" werde für übermorgen abends bereit sein. Am 17. Mai 2008, 12:58 Uhr, hielt er fest, die Frau sei jetzt losgegangen und um 22.01 Uhr meldete er C.\_\_\_\_\_, die Frau sei schon da, "er werde es für morgen lassen, sie sei müde angekommen". Am 18. Mai 2008, 13:55 Uhr, erkundigte sich der Unbekannte bei C.\_\_\_\_\_, ob er die Frau schon gesehen habe, was C.\_\_\_\_\_ verneinte, und forderte C.\_\_\_\_\_ auf, ihn aus einer Kabine anzurufen, um das weitere Vorgehen zu besprechen (vgl. Urk. HD 2/4 TK Protokolle "Seite 13/42", "Seite 22/42", "Seite 24/42", "Seite 25/42"). Der Beschuldigte seinerseits trat in diesem Zusammenhang erstmals am 16. Mai 2008, 12:57 Uhr, und dann am Nachmittag und Abend des 18. Mai 2008 wiederholt in Erscheinung. Am 16. Mai 2008 drehte sich das Gespräch mit C.\_\_\_\_\_ vordergründig um das Wetter (Urk. HD 2/4 TK Protokoll "Seite 14/42"). Am 18. Mai 2008, 14:17 Uhr, kündigte C.\_\_\_\_\_ dem Beschuldigten an, er werde jetzt ein paar Leute anrufen, was der Beschuldigte mit der Frage quittierte, ob C.\_\_\_\_\_ "heavy" sei und im weiteren Verlauf des Gesprächs festhielt, er werde auf C.\_\_\_\_\_ warten. Im nächsten Gespräch informiert C.\_\_\_\_\_ den Beschuldigten, dass es ihm nicht gelinge anzurufen, worauf ihn der Beschuldigte u.a. darauf aufmerksam machte, er müsse die 0031 als Vorwahl eingeben. Die folgenden Gesprächen ab 14:33 Uhr bis 20:38 Uhr drehten sich darum, wann und wo der Beschuldigte C.\_\_\_\_\_ treffen sollte bzw. könne (Urk. HD 2/4 TK Protokolle "Seite 25/42" bis "Seite 28/42", "Seite 28/31", "Seite 34/42", "Seite 39/42", "Seite 39/41"). Um 21:25 Uhr wurde der Beschuldigte schliesslich verhaftet, nachdem die Polizei aufgrund gezielter polizeilicher Ermittlungen ein Treffen zwischen ihm, C.\_\_\_\_\_ und einer Frau in einem Tram beobachtet hatte (Urk. HD 16/1).

Nach seiner Verhaftung wurde der Beschuldigte erstmals am 19. Mai 2008, ab 00.55 Uhr, befragt (Urk. HD 2/2). Im Rahmen dieser Befragung gab der Beschuldigte - ohne dass ihm gegenüber die Telefonkontrolle erwähnt wurde - erstmals zu, dass er die bei ihm sichergestellten Drogen zum Zweck der Weitergabe übernommen hatte. Er stellte einzig in Abrede, dass der mit ihm zusammen verhaftete C.\_\_\_\_\_ etwas mit der Sache zu tun habe. Am 20. Mai 2008 bestätigte er diese Aussagen im Rahmen der Hafteinvernahme (Urk. HD 2/3). Gleichentags stellte die Staatsanwaltschaft beim Obergericht u.a. den Antrag, sämtliche im Rahmen

der Aktion "B.\_\_\_\_\_" aufgezeichneten Telefonate und Kurzmitteilungen des Beschuldigten verwenden zu können bzw. aufgezeichnete Telefonate und Kurzmitteilung anderer Beteiligter, insbesondere von C.\_\_\_\_\_, welche diese inhaltlich betreffen, als Beweismittel (Zufallsfunde) auch im Verfahren gegen den Beschuldigten verwenden zu können. Mit Verfügung vom 21. Mai 2008 genehmigte das Obergericht die "Verwendung der aus der Überwachung in derselben Sache (TK070189) gewonnenen belastenden Erkenntnisse im Verfahren gegen den Beschuldigten (Urk. HD 9/2). Am 12. Juni 2008 wurde der Beschuldigte in der Folge erneute befragt, wobei ihm die Telefonüberwachung eröffnet und der Inhalt der erwähnten Telefongespräche/SMS vorgehalten wurde (Urk. HD 2/4).

3.2 Die zur Verhaftung des Beschuldigten führenden, gezielten polizeilichen Ermittlungen am 18. Mai 2008 gehen damit zweifelsohne (und letztlich unbestritten) auf die im Rahmen der Aktion "B.\_\_\_\_\_" durchgeführte Telefonüberwachung zurück. Die Möglichkeit einer Beteiligung des Beschuldigten am Drogenhandel von C.\_\_\_\_\_ ergab sich dabei bereits aufgrund des vom Beschuldigten am 16. Mai 2008 geführten Telefongesprächs mit C.\_\_\_\_\_. Einen nur annähernd dringenden Tatverdacht gegen den Beschuldigten begründete dieses Gespräch für sich allein allerdings nicht. Erst aufgrund der am Nachmittag und Abend des 18. Mai 2008 zwischen C.\_\_\_\_\_ und dem Beschuldigten geführten Telefonate, welchen einen Bezug zu Holland (Vorwahl 0031) und inhaltlich erkennbare Parallelen zu den Gesprächen zwischen C.\_\_\_\_\_ und dem Unbekannten über die Einreise eine Frau aufwies, verdichtete sich die Möglichkeit einer Beteiligung des Beschuldigten an den Drogengeschäften von C.\_\_\_\_\_ zu einem relevanten Verdacht. Die auch den Beschuldigten erfassende Observation am Abend des 18. Mai 2008, seine darauf folgende Verhaftung unter Sicherstellung der von ihm mitgeführten Drogen und seine u.a. im Hinblick auf die Haftprüfung nötige umgehende Befragung erweisen sich vor diesem Hintergrund als unaufschiebbare Sofortmassnahmen. Das Gesuch um Genehmigung der Zufallsfunde wurde von der zuständigen Staatsanwaltschaft sodann am 20. Mai 2008 und damit ohne erhebliche Verzögerung gestellt und von der Genehmigungsbehörde gutgeheissen. Der Einwand der Verteidigung, die in Art. 7 Abs. 2 BÜPF statuierte 24-Stunden-Frist sei dabei nicht eingehalten worden (Urk. 56 S. 4), verfängt nicht, handelt es sich dabei doch le-

diglich um eine Ordnungsvorschrift. Die Verwendung der Ergebnisse der Telefonkontrolle als Ansatz für weitere Ermittlungen gegen den Beschuldigten am Abend des 18. und in der Nacht auf den 19. Mai 2008 war damit zulässig. Die bei ihm sichergestellten Drogen und sein in der Nacht vom 18. auf den 19. Mai 2008 abgelegtes, nach der Genehmigung der Verwendung der Zufallsfunde durch die zuständige Behörde mehrfach wiederholtes Geständnis sind damit als Beweismittel gegen ihn verwertbar.

Daran würde sich im Übrigen auch nichts ändern, wenn man davon ausginge, dass das zur Verhaftung des Beschuldigten führende Vorgehen der Behörden unzulässig war. Wie erwogen, gilt für alle weiteren Beweismittel, welche gestützt auf die illegalen Primärbeweismittel erhoben wurden, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein absolutes Verwertungsverbot. Von der Unverwertbarkeit sekundärer Beweismittel ist vielmehr nur auszugehen, wo der ursprüngliche, ungültige Beweis Bestandteil sine qua non des mittelbar erlangten Beweises ist (BGE 133 IV 329). Vorliegend muss nun aber als sicher angesehen werden, dass der Beschuldigte auch festgenommen und die von ihm mitgeführten Drogen sichergestellt worden wären, wenn die von ihm mit C.\_\_\_\_\_ geführten Telefongespräche vom 16. und 18. Mai 2008 unbekannt gewesen und deshalb allein C.\_\_\_\_\_ aufgrund des sich aus der ordnungsgemässen Telefonkontrolle gegen ihn ergebenden Verdachts auf Drogenhandel observiert worden wäre. Folglich wäre der Beschuldigte auch ohne Kenntnis des Inhalts der von ihm mit C.\_\_\_\_\_ geführten Telefongespräche mit dem Vorwurf des Drogenhandels konfrontiert worden und hätte sein Geständnis in der Nacht vom 18. auf den 19. Mai 2008 genau gleich abgelegt, zumal ihm damals die Tatsache der Telefonüberwachung gar noch nicht bekannt war.

3.3 Zusammenfassend ist auf das mit dem übrigen Untersuchungsergebnis übereinstimmende Geständnis des Beschuldigten hinsichtlich des Sachverhaltes gemäss Anklageziffer I.2. abzustellen, womit auch dieser Anklagesachverhalt erstellt und dem Urteil zugrunde zu legen ist.

4.1.1 Die Vorinstanz hat den Beschuldigten wegen mehrfacher qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz für schuldig befunden. Als Quali-

fikationsgrund sah sie in allen Fällen einen mengenmässig schweren Fall als gegeben, welcher gemäss ständiger Rechtsprechung zur Anwendung gelangt, wenn sich die Widerhandlung auf mindestens 18 Gramm reinen Kokains bezieht (vgl. BGE 109 IV 145). Wie sich aus ihren Ausführungen zur Strafzumessung ergibt, legte die Vorinstanz ihrem Entscheid in tatsächlicher Hinsicht allerdings die Annahme zugrunde, dass die in den Fällen gemäss Anklageziffern I.1., I.3. und I.4. nicht sichergestellten Betäubungsmittel einen Reinheitsgrad von nur 8,9% aufwiesen. Davon ausgehend ergibt sich im Fall gemäss Anklageziffer I.1. eine Menge von lediglich 13,35 Gramm reinen Kokains und im Fall gemäss Anklageziffer I.4. - bei einer Betrachtung konsequent zugunsten des Beschuldigten (200 Gramm Kokain mit einem Reinheitsgrad von 8,9%) - eine solche von 17,8 Gramm, womit der Vorwurf einer qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz in beiden Fällen entfallen würde.

4.1.2 Die Annahme der Vorinstanz beruht auf dem Reinheitsgrad, den das am 18. September 2012 beim Beschuldigten sichergestellte Kokain aufwies. Er liegt mit Sicherheit unter der im Handel mit Konsumenten üblichen Stoffqualität. Das am 18. Mai 2008 beim Beschuldigten sichergestellte, ebenfalls für den Handel mit Endabnehmern im Grammbereich vorgesehene Kokain, wies denn auch einen Reinheitsgehalt von 42% auf. Allerdings schildern der Beschuldigte und sein Lieferant D. \_\_\_\_\_ auch für den Anklagesachverhalt I.3. grosse Qualitätsprobleme (Urk. HD 2/12 S. 4 f., 7, 9), ohne dass das rechtsgenügend widerlegt werden könnte. In Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo ist daher die Annahme der Vorinstanz zum Reinheitsgrad der nicht sichergestellten Betäubungsmittel für das Berufungsverfahren zu übernehmen.

4.1.3 Als mengenmässig schwerer Fall sind damit nur noch die Sachverhalte gemäss Anklageziffer I.2. (Kokainmenge rein: 122 Gramm), Anklageziffer I.3. (Kokainmenge rein: 89 Gramm) und Anklageziffer I.5. (Kokainmenge rein: 34,2 Gramm) zu qualifizieren.

4.2 Der Beschuldigte ist damit zusammengefasst der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (Anklageziffern I.2., I.3.

und I.5.) sowie der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG (Anklageziffern I.1. und I.4.) schuldig zu sprechen.

#### IV.

1. Die Vorinstanz hat die vom Beschuldigten begangene Hinderung einer Amtshandlung mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 10.-- bestraft. Das wird von Beschuldigten nicht beanstandet. Eine Erhöhung der Geldstrafe für dieses Delikt im Rahmen des Berufungsverfahrens würde gegen das Verschlechterungsverbot verstossen. Das Urteil der Vorinstanz ist daher insoweit ohne weiteres zu bestätigen.

2. Die in concreto schwerste Tat, die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zwanzig Jahren und fakultativ mit einer zusätzlichen Geldstrafe geahndet (Art. 19 Abs. 2 BetmG). Im Übrigen hat die Vorinstanz die Grundsätze der Strafzumessung richtig dargelegt (Urk. 42 S. 10 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.2.1 Die vom Beschuldigten begangenen qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz unterscheiden sich in ihrer Struktur nicht. In allen drei Fällen beschaffte sich der relativ unabhängig agierende Beschuldigte Kokain zum Zweck des Weiterverkaufs, wobei er - wie die Vorinstanz richtig festhielt - weder besonders raffiniert noch professionell vorging (Urk. 42 S. 12; Art. 82 Abs. 4 StPO). Sie unterscheiden sich einzig in der dem Beschuldigten im Einzelfall zuzurechnenden Kokainmenge. In diesem Sinn erweist sich ausgehend von der Menge reinen Stoffs der Vorfall vom 18. Mai 2008 (122 Gramm) als das schwerste Delikt, gefolgt von der in zwei Tranchen erfolgten Übernahme gemäss Anklageziffer I.3. (2 x 44,5 Gramm) und der Übernahme gemäss Anklageziffer I.5. (34,2 Gramm). Anzuführen ist allerdings, dass es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Strafzumessung jedenfalls dann nicht auf den genauen Reinheitsgrad der Droge ankommt, wenn - wie vorliegend - nicht feststeht, dass der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder ein besonders stark gestrecktes

Betäubungsmittel liefern bzw. beziehen wollte (BGE 107 IV 62; BGE 122 IV 299, Urteil des Bundesgerichts 6B\_294/2010 vom 15. Juli 2010 E. 3.2.2.). Es ist daher auch festzuhalten, dass die vom Beschuldigten begangenen qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz sich alle auf eine zum Weiterverkauf bestimmte Kokainmenge im Bereich von zwischen 300 und 500 Gramm pro Lieferung richteten. Mengen dieser Grössenordnung sind grundsätzlich Ausdruck einer zwar nicht zu unterschätzenden, letztlich aber doch vergleichsweise wenig bedeutenden Beteiligung am schweren Drogenhandel, zumal "lediglich" vier solcher Übernahmen in einem Zeitraum von gut vier Jahren zur Diskussion stehen. Nur marginal zu entlasten vermag den Beschuldigten - wie von der Vorinstanz richtig erkannt - die Tatsache, dass die von ihm beabsichtigte Weitergabe der Drogen in zwei Fällen durch seine Verhaftung und die Sicherstellung des Kokains vereitelt wurde (Urk. 42 S. 13; Art. 82 Abs. 4 StPO). Dass die Tätigkeit des Beschuldigten lediglich in einem "Inlandtransportdienst" bestand, wie von der Verteidigung angeführt (Urk. 56 S. 7), vermag das Tatverschulden nicht zu relativieren. Im Gegenteil wäre verschuldenserhöhend zu berücksichtigen gewesen, hätte der Beschuldigte nebst dem von ihm in der Schweiz betriebenen Handel auch noch Kokain in die Schweiz eingeführt oder aus der Schweiz ausgeführt und damit noch weitere Tatbestandsvarianten von Art. 19 Abs. 1 BetmG erfüllt. Insgesamt ist das objektive Tatverschulden vor diesem Hintergrund bezüglich der Widerhandlungen gemäss den Anklageziffern I.2. und I.3. als je nicht mehr leicht und bezüglich der Widerhandlung gemäss Anklageziffer I.5. als leicht zu bewerten.

3.2.2 Die lediglich einfachen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (Anklageziffern I.1. und I.4.) unterscheiden sich objektiv in der geringeren Drogenmenge von den qualifizierten Delikten der gleichen Art, wobei festzuhalten ist, dass der Sachverhalt gemäss Anklageziffer I.4. auch ausgehend von für den Beschuldigten günstigsten Annahme nur ganz knapp unter der Grenze zum schweren Fall liegt. In beiden Fällen fand die vom Beschuldigten angestrebte Weitergabe der Drogen durch ihn statt. Im Übrigen kann sinngemäss auf die Ausführungen unter 3.2.1 vorstehend verwiesen werden.

3.3 Zutreffend hat sich die Vorinstanz auch zur subjektiven Tatschwere der Betäubungsmitteldelikte geäussert. Ihrer Schlussfolgerung, wonach sich diese neutral auf die Strafzumessung auswirkt, ist zu folgen (Urk. 42 S. 13 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Der Einwand der Verteidigung, die Vorinstanz habe gegen das Doppelverwertungsverbot verstossen, indem sie dem Beschuldigten subjektiv angelastet habe, dass er selbst fast an einer Überdosis gestorben sei und hernach trotzdem mit Drogen gehandelt habe, und gleichzeitig beim Nachtatverhalten strafe erhöhend berücksichtigt habe, dass der Beschuldigte mehrfach während laufender Untersuchung delinquent habe (Urk. 56 S. 8), verfängt vor diesem Hintergrund nicht. Zum einen hat sich die subjektive Tatschwere gemäss den Erwägungen der Vorinstanz gar nicht erhöhend auf die Strafe ausgewirkt. Zum andern wäre - selbst wenn beide Umstände zu einer Verschärfung der Strafe geführt hätten - kein Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot auszumachen. Zwar zeugt sowohl die Tatsache, dass der Beschuldigte trotz laufender Untersuchung weiter delinquent war, wie auch diejenige, dass er dies nach einer so einschneidenden persönlichen Erfahrung, wie einem nahen Drogentod, weiter tat, von einer erheblichen Unbelehrbarkeit des Beschuldigten. Doch handelt es sich dabei um zwei völlig verschiedene Lebenssachverhalte, welche durchaus separat gewürdigt werden dürfen.

3.4 Ausgehend von einem objektiv nicht mehr leichten Verschulden des Beschuldigten ist die Einsatzstrafe für das unter Anklageziffer I.2. angeklagte Delikt auf 20 Monate Freiheitsstrafe festzulegen. Diese ist sodann unter Berücksichtigung der unter Anklageziffer I.3. geschilderten Widerhandlung, welche nur geringfügig leichter wiegt als der Sachverhalt gemäss Anklageziffer I.2., sowie des unter Anklageziffer I.5. angeklagten Verhaltens merklich auf 28 Monate zu erhöhen. Weiter sind die Widerhandlungen gemäss den Anklageziffern I.1. und I.4. leicht strafe erhöhend zu berücksichtigen. Insgesamt ist die hypothetische Einsatzstrafe für die vom Beschuldigten begangenen Betäubungsmitteldelikte auf 30 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen. Sie trägt der eigennützigen, insgesamt nicht zu unterschätzenden Beteiligung des Beschuldigten am Drogenhandel angemessen Rechnung.

3.5 Den Ausführungen der Vorinstanz zur Täterkomponente ist nichts beizufügen. Allerdings ist im Ergebnis davon auszugehen, dass sich insoweit straf erhöhende und strafmindernde Faktoren die Waage halten (Urk. 42 S. 14 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes ist mit der Vorinstanz sodann zu verneinen (Urk. 42 S. 16 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Damit bleibt es auch unter Berücksichtigung der Täterkomponente bei einer für die Beteiligung des Beschuldigten am Drogenhandel angemessenen Freiheitsstrafe von 30 Monaten.

4. Den Ausführungen der Vorinstanz zur Strafzumessung betreffend die Widerhandlung gegen das Waffengesetz ist zuzustimmen (Urk. 42 S. 17; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die von der Vorinstanz unter Berücksichtigung dieses Delikts vorgenommene Erhöhung der Freiheitsstrafe für die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz um zwei Monate ist angemessen.

5. Zusammenfassend ist der Beschuldigte mit einer Freiheitsstrafe von 32 Monaten und mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 10.-- zu bestrafen. Der Anrechnung der bereits erstandenen Untersuchungshaft und der im vorzeitigen Strafvollzug verbrachten Zeit von bis heute 644 Tagen steht nichts entgegen.

## V.

1. Der Vollzug einer Geldstrafe und einer Freiheitsstrafe von 32 Monaten kann gemäss Art. 43 StGB teilweise aufgeschoben werden. Voraussetzung für einen teilweisen Aufschub des Vollzugs bildet dabei eine begründete Aussicht auf Bewährung. Wenn und soweit die Legalprognose nicht schlecht ausfällt, verlangt die Bestimmung von Art. 43 StGB, dass zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung ausgesetzt wird. Umgekehrt gilt, dass bei einer Schlechtprognose auch ein blosser teilweiser Aufschub der Strafe nicht gerechtfertigt ist (BGE 134 IV 1).

2. Der Beschuldigte weist keine Vorstrafen auf, ist also Ersttäter. Allerdings befand er sich im Laufe des vorliegenden Strafverfahrens einmal während 41 Tagen und ein weiteres Mal während 165 Tagen in Untersuchungshaft, ohne dass ihn dies, sein familiäres Umfeld und die immer (wieder) bestehende Möglichkeit der

beruflichen Integration (vgl. Urk. ND 2/7/7) von einer weiteren Beteiligung am Drogenhandel abgehalten hätte. An seinen begrenzten finanziellen Möglichkeiten, die gemäss seinen Aussagen für seine Delinquenz ausschlaggebend waren (Urk. HD 2/11 S. 4; Urk. ND 2/2/4 S. 2, 6 f.), hat sich nichts geändert und wird sich angesichts seiner fehlenden Berufsausbildung in absehbarer Zeit auch nichts ändern. Wenn er heute (Prot. II S. 7 f. und S. 10) wie bereits vor Vorinstanz (Urk. 33 S. 11 f.) beteuert, die Lektion nun gelernt zu haben, ist ihm entgegenzuhalten, dass er sich bereits am Tag der ersten Entlassung aus der Untersuchungshaft entschuldigte und versprach, "es" in Zukunft nicht wieder zu tun (Urk. HD 2/5 S. 7) und er kurz vor seiner zweiten Entlassung äusserte, er wäre dumm, wenn er noch einmal wegen Drogen ins Gefängnis kommen würde (Urk. HD 2/12, 2. Teil, S. 2), ohne dass er seinen Worten Taten hätte folgen lassen. Vor diesem Hintergrund muss dem Beschuldigten eine schlechte Legalprognose gestellt werden. Der von der Verteidigung anlässlich der Berufungsverhandlung eingereichte Bericht des Psychiatrisch-Psychologischen Dienstes vom 24. November 2013, in welchem bestätigt wird, dass sich der Beschuldigte seit dem 16. Mai 2013 freiwillig einer ambulanten deliktorientierten Psychotherapie unterzieht (Urk. 57), ändert daran nichts. Er zeigt lediglich auf, dass der Beschuldigte einer Therapie bedarf, was sich jedoch nicht positiv auf seine Legalprognose auszuwirken vermag.

3. Dem Beschuldigten ist damit der teilbedingte Strafvollzug nicht zu gewähren. Freiheits- und Geldstrafe sind zu vollziehen.

## VI.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht keine Veranlassung an der erstinstanzlichen Kostenaufgabe etwas zu ändern.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist dem - hinsichtlich der Höhe der Freiheitsstrafe teilweise obsiegenden - Beschuldigten in Anwendung von Art. 428 Abs. 1 StPO zu 2/3 aufzuerlegen und im Übrigen auf die Staatskasse zu nehmen. Die demgemäss auf ihn entfallenden Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren im Betrag von Fr. 4'200.-- inklusive Mehrwertsteuer (vgl.

Urk. 51, Urk. 58 und Prot. II S. 9) hat der Beschuldigte dem Staat unter den Voraussetzungen gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO zu erstatten.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18. April 2013 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"1. Der Beschuldigte A.\_\_\_\_\_ ist schuldig

- (...)
- der Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG
- der Hinderung einer Amtshandlung im Sinne von Art. 286 StGB.

2. (...)

3. (...)

4. Die sichergestellten und bei der Kantonspolizei Zürich lagernden Betäubungs- und Streckmittel (Lagernummer ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

5. Die sichergestellten und beim Forensischen Institut Zürich lagernden drei Autopneus (Referenznummer ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 20. Oktober 2012 beschlagnahmte Selbstladepistole (SK ...) wird eingezogen und der Bezirksgerichtskasse zur gutscheinenden Verwendung überlassen. Ein allfälliger Verwertungserlös verfällt dem Staat.

7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 18. Oktober 2012 beschlagnahmten Gegenstände:

- 1 Natel "Samsung" GT-1080W, IMEI ... 1 (SK ...)

- 1 Natel "Blackberry" 9360, IMEI ... (SK ...)

- 1 iPad (SK ...)

werden definitiv beschlagnahmt und der Bezirksgerichtskasse zur Verwertung überlassen. Ein allfälliger Verwertungserlös wird zur (teilweisen) Deckung der Geldstrafe sowie Verfahrenskostendeckung verwendet.

8. Der mit nämlicher Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse deponierte Überweisungsbeleg "Swisstransfer" (SK ...) wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen hin herausgegeben.

9. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:

Fr. 4'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 450.00 Kosten Kantonspolizei

Fr. 4'500.00 Gebühr Anklagebehörde

Fr. 119.75 diverse Kosten

Fr. 27'070.00 Auslagen Untersuchung

Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten."

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

### **Es wird erkannt:**

1. Der Beschuldigte A. \_\_\_\_\_ ist ferner schuldig

- der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG (Anklageziffern I.2, I.3 und I.5);
- der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG (Anklageziffern I.1 und I.4.).

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 32 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 644 Tage durch Untersuchungshaft und vorzeitigen Strafvollzug bis und mit heute erstanden sind) und mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 10.--.
3. Der Vollzug der Freiheits- und der Geldstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziff. 10) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 4'200.-- amtliche Verteidigung
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu 2/3 auferlegt und im Übrigen auf die Staatskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung für das Berufungsverfahren werden auf die Staatskasse genommen, vorbehalten bleibt eine Nachforderung für 2/3 derselben gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
  - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
  - die Strafanstalt ... (durch den zuführenden Sicherheitsbeamten)sowie in vollständiger Ausfertigung an
  - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
  - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
  - Bundesamt für Polizei, Hauptabteilung Dienste, Zentralstelle Waffen, Nussbaumstrasse 29, 3003 Bern
  - das Bundesamt für Polizei (in Bezug auf die Widerhandlung gegen das BetmG)

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 Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich, Neumühlequai 10, Postfach, 8090 Zürich
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Strafkammer

Zürich, 29. November 2013

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Ruggli

lic. iur. Leuthard