

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB160183-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. R. Naef, Präsident, lic. iur. Ch. Prinz und
Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. C. Grieder

Urteil vom 29. November 2016

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

vertreten durch Staatsanwältin lic. iur. P. Brunner,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz und Widerruf

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom
13. Januar 2016 (DG150335)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 26. November 2015 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 18).

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 48 S. 37 ff.)

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig des Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 223 Tage durch Haft erstanden sind.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.
5. Der bedingte Vollzug bezüglich der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. April 2015 unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren ausgefallten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird widerrufen. Die Geldstrafe ist zu bezahlen.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 24. November 2015 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse lagernde Barschaft von Fr. 800.– wird eingezogen und – soweit ausreichend – zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.

7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 24. November 2015 und bei der Bezirksgerichtskasse lagernde Gegenstände:

- Mobiltelefon "Black Berry" rot/schwarz (Asservat-Nr. A008'264'811)
- SIM-Karte "La Poste Mobile" (Asservat-Nr. A008'264'800)
- Schlüsselbund mit 4 Schlüssel und 2 Anhänger (Asservat-Nr. A008'264'822)
- diverse Zahlungsbelege, 2 Quittungen, 2 Notizzettel (Asservat-Nr. A008'264'833)
- Laptop "Dell" silber mit Ladekabel (Asservat-Nr. A008'264'935)

werden eingezogen und vernichtet.

8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 4'000.- ; die weiteren Auslagen betragen:
- Fr. 1'100.- Gebühr Anklagebehörde
- Fr. 1'599.- Auslagen Untersuchung
- Fr. 9'659.30 amtliche Verteidigung RA X. _____

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

10. (Mitteilungen)

11. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 62 S. 2)

1. Es sei festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 2. Abteilung, vom 13. Januar 2016 hinsichtlich Dispositivziffern 2, 4, 7, 8, 9 (hinsichtlich der auf die Staatskasse genommenen Kosten der amtlichen Verteidigung), 10 und 11 in Rechtskraft erwachsen ist;
2. Der Beschuldigte und Berufungskläger sei hinsichtlich des Vorwurfs des Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG von Schuld und Strafe freizusprechen;
3. Eventualiter sei der Beschuldigte und Berufungskläger unter Anrechnung der bis 13. Januar 2016 erstandenen Haft von 223 Tagen – gemäss den nachfolgenden Ausführungen mit weniger als 24 Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen;
4. Es sei vom Widerruf des mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. April 2015 gewährten bedingten Vollzuges der Geldstrafe abzu-
sehen und die Probezeit um 1 Jahr zu verlängern;
5. Dem Beschuldigten und Berufungskläger sei gemäss den nachfolgenden Ausführungen aus der Staatskasse eine angemessene Entschädigung und Genugtuung auszurichten;
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 24. November 2015 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse lagernde Barschaft von Fr. 800.-- seien dem Beschuldigten und Berufungskläger herauszugeben;
7. Die Kosten der Untersuchung sowie des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens seien, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft:

(Urk. 68 S. 1)

1. Die Anträge des Beschuldigten / Berufungsklägers seien abzuweisen.
2. Das vorinstanzliche Urteil sei zu bestätigen.

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit vorstehend wiedergegebenem Urteil vom 13. Januar 2016 wurde der Beschuldigte des Verbrechens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen und vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG freigesprochen. Er wurde mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten bestraft, wovon 223 Tage durch Haft erstanden sind. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Weiter wurde der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. April 2015 gewährte bedingte Vollzug der Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.-- widerrufen. Schliesslich wurde über diverse beschlagnahmten Gegenstände entschieden und es wurden die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens dem Beschuldigten auferlegt (Urk. 48 S. 37 f.).

1.2. Gegen dieses den Parteien mündlich im Dispositiv eröffnete Urteil (Prot. I S. 14) liess der Beschuldigte durch seinen amtlichen Verteidiger am 22. Januar 2016 fristgerecht die Berufung anmelden (Urk. 42). Nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 44 = Urk. 48, Urk. 47/2) liess der Beschuldigte am 8. April 2016 ebenfalls innert Frist die Berufungserklärung einreichen (Urk. 49).

1.3. Mit Präsidialverfügung vom 6. Mai 2016 wurde eine Kopie der Berufungserklärung des Beschuldigten der Staatsanwaltschaft übermittelt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder Nichteintreten auf die Berufung zu beantra-

gen (Urk. 53). Mit Schreiben vom 17. Mai 2016 teilte die Staatsanwaltschaft mit, dass sie die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils beantrage (Urk. 55).

1.4. In der Folge versandte der Präsident der I. Strafkammer am 18. Mai 2016 eine E-Mail an die Parteien, um diese anzufragen, ob sie mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden sind (Urk. 57). Sowohl die Staatsanwaltschaft wie auch die Verteidigung erklärten sich in der Folge damit einverstanden (Urk. 58 u. 59). Mit Präsidialverfügung vom 26. Mai 2016 wurde hernach festgehalten, dass das Berufungsverfahren schriftlich durchgeführt wird und gleichzeitig dem Beschuldigten Frist angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen und um letztmals Beweisanträge zu stellen (Urk. 60).

1.5. Der Verteidiger reichte mit Eingabe vom 17. Juni 2016 die Berufungsbegründung ein (Urk. 62). Mit Verfügung vom 20. Juni 2016 wurde die Berufungsbegründung der Staatsanwaltschaft und der Vorinstanz zugestellt (Urk. 65). Die Vorinstanz verzichtete mit Eingabe vom 24. Juni 2016 auf eine Vernehmlassung (Urk. 67). Die Staatsanwaltschaft reichte ihre Berufungsantwort mit Eingabe vom 2. Juli 2016 ein (Urk. 68). Mit Präsidialverfügung vom 6. Juli 2016 wurde dem Beschuldigten eine Kopie der Berufungsantwort der Staatsanwaltschaft zugestellt (Urk. 70). In der Folge liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 14. Juli 2016 eine Stellungnahme zur Berufungsantwort einreichen (Urk. 72), welche mit Verfügung vom 19. Juli 2016 der Staatsanwaltschaft zugestellt wurde (Urk. 74). Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Schreiben vom 22. Juli 2016 auf eine entsprechende Vernehmlassung (Urk. 76). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Umfang der Berufung

Der Beschuldigte lässt den Schuldspruch (Dispositiv-Ziffer 1), die Strafe (Dispositiv-Ziffer 3), der Widerruf der Vorstrafe (Dispositiv-Ziffer 5), die Einziehung der Barschaft (Dispositiv-Ziffer 6) und die Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziffer 9) anfechten. Demzufolge sind der Freispruch vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts (Dispositiv-Ziffer 2), die Einziehungen (Dispositiv-Ziffer 7), die Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 8) in Rechtskraft erwachsen, wegen der Konnexität zur Strafe nicht jedoch die Regelung des Strafvollzugs (Dispositiv-Ziffer 4; vgl. Urk. 62 S. 2).

Der Beschuldigte lässt ausserdem beantragen, es sei die Rechtskraft der auf die Staatskasse genommenen Kosten der amtlichen Verteidigung festzustellen (Teilsatz von Dispositivziffer 9; Urk. 62 S. 2). Im Falle eines Freispruchs würden sämtliche Kosten – auch diejenigen der amtlichen Verteidigung – definitiv auf die Gerichtskasse genommen (Art. 426 Abs. 1 StPO e contrario). Die Regelung ist also ebenfalls konnex zum Schuldspruch, weshalb dieser Teilsatz nicht als rechtskräftig zu erklären ist.

3. Sachverhalt

3.1. Anklagesachverhalt

3.1.1. Dem Beschuldigten wird noch vorgeworfen, am 4. Juni 2015 um 20.05 Uhr die von ihm bewohnte Wohnung zur Ausscheidung und Aufbewahrung von 12 Fingerlingen mit dem Inhalt von netto 118 Gramm Kokaingemisch bzw. 70.1 Gramm reinem Kokain, zur Verfügung gestellt zu haben. Dabei sei ihm stets bewusst gewesen, dass die Menge an Kokain, welche er besessen habe, die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen könne, da die Menge ausreichend sei, um viele Menschen über einen erheblichen Zeitraum mit Betäubungsmitteln zu versorgen und süchtig zu machen (Urk. 18 S. 2 f.).

3.1.2. Soweit dem Beschuldigten die Einfuhr desselben Kokaingemisches bzw. dessen Verkauf und der Besitz von Streckmitteln im Keller vorgeworfen wurde (Urk. 18 S. 2 f.), ist festzuhalten, dass die Vorinstanz diese Anklagevorwürfe nicht als erstellt erachtet hat (Urk. 48 S. 20), ohne den Beschuldigten jedoch im Dispositiv davon freizusprechen (Urk. 48 S. 37). Es ist demnach davon auszugehen, dass die Vorinstanz die dem Beschuldigten vorgeworfenen Handlungen als Einheitstat betrachtete (vgl. dazu Basler Kommentar, Strafrecht I, Jürg-Beat Ackermann, 3. Auflage 2013, Art. 49 N 45 ff.). Da dies jedoch nicht Berufungsthema ist, hat es dabei zu bleiben.

3.2. Bestrittener Sachverhalt

3.2.1. Der Beschuldigte lässt nicht bestreiten, dass 12 Fingerlinge mit Kokain in der WC-Schüssel in der Wohnung des Beschuldigten gefunden wurden. Es könne

dagegen nicht erstellt werden, dass der Beschuldigte gewusst habe, dass jemand in seiner Toilette Kokain ausgeschieden und deponiert habe (Urk. 62 S. 4 f.).

3.2.2. Demzufolge ist mit der Verteidigung (Urk. 62 S. 4) einzig zu prüfen, ob der Beschuldigte jemandem die Wohnung für die Kokainausscheidung zur Verfügung gestellt hat.

3.3. Berufungsbegründung

Die Verteidigung führt in ihrer Berufungsbegründung aus, dass der Beschuldigte erst von der Polizei von den Fingerlingen erfahren habe. Weder befänden sich DNA-Spuren des Beschuldigten an den Fingerlingen, noch werde er diesbezüglich von jemandem belastet. Zum fraglichen Zeitpunkt habe sich B.____s Schwester "C.____" wie auch die Freundin des Mitbeschuldigten "D.____" in der Wohnung befunden. Es kämen folglich mindestens zwei Frauen in Frage, welche ohne Wissen und Erlaubnis des Beschuldigten die 12 Fingerlinge in der WC-Schüssel deponiert haben könnten. Aufgrund der Unschuldsvermutung und der unterlassenen Befragung der beiden Frauen könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschuldigte Kenntnis davon hatte, dass Fingerlinge ausgeschieden oder deponiert bzw. aufbewahrt würden. Es könne nicht von der Hand gewiesen werden bzw. es sei in dubio pro reo anzunehmen, dass zum Zeitpunkt des Eingreifens der Polizei bzw. kurz zuvor neben dem Beschuldigten mindestens noch zwei Frauen in der Wohnung gewesen seien. Der Verteidiger verweist dabei auf den Polizeirapport vom 5. Juni 2015 und hält fest, dass demnach beim Eingriff der Polizei Personen aus dem Fenster im Parterre geklettert seien, also der Beschuldigte und weitere Personen. Damit stehe einzig fest, dass sich kurz vor der Intervention der Polizei der Beschuldigte und mindestens zwei Frauen in der fraglichen Wohnung aufgehalten hätten.

Auch wenn die Polizei 12 Fingerlinge mit Kokain in der WC-Schüssel gefunden habe, ab denen weibliche DNA-Spuren hätten gesichert werden können, sei noch lange nicht erstellt, dass der Beschuldigte jemandem seine Bleibe zur Ausscheidung und Aufbewahrung von Kokain zur Verfügung gestellt habe. Dies wäre erst der Fall, wenn der Beschuldigte nachweislich gewusst habe, dass jemand, z.B. eine der beiden Frauen, in seiner Toilette Kokain ausgeschieden und deponiert

habe. Dies könne aber – unabhängig von seinem Aussageverhalten oder seiner Flucht – nicht erstellt werden.

Deshalb sei der Beschuldigte auch vom Vorwurf des Verbrechens im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes freizusprechen (Urk. 62 S. 4 f.).

3.4. Aussagen des Beschuldigten

3.4.1. Polizeiliche Einvernahme vom 5. Juni 2015 (Urk. 2/1)

Bezüglich der Aussagen, die der Beschuldigte bei der Polizei deponierte, kann auf die Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 48 S. 13 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.4.2. Haftenvernahme vom 6. Juni 2015 (Urk. 2/2)

In der Haftenvernahme gab der Beschuldigte bezüglich des Sachverhalts zu Protokoll, dass er sich nach der Verhaftung auf die Treppe habe setzen müssen und man ihm gesagt habe, dass in der Wohnung Drogen gefunden worden seien (Urk. 2/2 S. 1). Er sei aus dem Fenster gesprungen und dann verhaftet worden (Urk. 2/2 S. 3). Es sei nicht zutreffend, dass er Kokain gelagert habe. Er habe für B. _____ und dessen Schwester C. _____ kochen wollen, B. _____ sei dann die fehlende Tomatensauce kaufen gegangen. Er habe dann plötzlich ein Geschrei des Nachbarn gehört (Urk. 2/2 S. 4).

3.4.3. Weitere Einvernahmen

Mit der Vorinstanz (Urk. 48 S. 14) ist festzuhalten, dass der Beschuldigte in den folgenden Einvernahmen hauptsächlich die Aussage verweigerte, jedoch bestritt, mit dem sichergestellten Kokain in Verbindung zu stehen (Urk. 2/4 S. 2) und das Kurzgutachten vom 16. Juni 2015 (Urk. 11/7) und den Kurzbericht des Forensischen Instituts vom 8. Juni 2015 (Urk. 11/5) anerkannte (Urk. 2/5 S. 3, S. 5).

3.5. Weitere Beweismittel

Es kann hinsichtlich der übrigen Beweismittel auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 48 S. 15 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.6. Verwertbarkeit der Beweismittel

3.6.1. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten (Urk. 48 S. 11), dass die Aussagen der Beteiligten E._____ (Urk. 3/1-3), B._____ (Urk. 4/1-3), F._____ (Urk. 5/1), G._____ (Urk. 7/1) und der drei Polizeibeamten H._____ (Urk. 6/3), I._____ (Urk. 6/6) und J._____ (Urk. 6/9) mangels Konfrontation mit dem Beschuldigten zulasten desselben nicht verwertet werden können.

3.6.2. Die im Polizeirapport protokollierten Feststellungen sind mit der Vorinstanz (Urk. 48 S. 11 f.) nur soweit verwertbar, als der Beschuldigte geständig ist. Gemäss Verteidiger ist nicht umstritten, dass mehrere Personen aus dem Fenster geklettert sind (Urk. 62 S. 4 f.). Betreffend die Feststellung im Rapport, dass die Tür zur Wohnung des Beschuldigten von innen verschlossen gewesen sei, ist jedoch mit der Verteidigung (Urk. 72 S. 1 f.) festzuhalten, dass dies dem Beschuldigten nie vorgehalten wurde und er nie Stellung dazu nehmen konnte. Dementsprechend ist diese Äusserung nicht verwertbar.

3.7. Würdigung

3.7.1. Es liegen keine direkten Beweise dafür vor, dass der Beschuldigte seine Wohnung der weiblichen Person, die die Fingerlinge mit Kokain in der Toilette ausschied, zur Verfügung gestellt hat. Es gibt jedoch verschiedene Indizien, die dafür sprechen: Der Beschuldigte sagte selbst aus, er sei immer dort (gemeint Wohnung) und wisse, wer ein- und ausgehe. In der Wohnung war am Abend der Verhaftung gemäss dem Beschuldigten zur gleichen Zeit wie er entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 62 S. 5) nur "C._____", die er hätte bekochen sollen und welche sich in der Wohnung des Beschuldigten im Wohnzimmer aufgehalten und nie die Toilette aufgesucht habe (Urk. 2/1 S. 1, S. 3 ff.). Demnach kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine weibliche Person am fraglichen Abend während der Anwesenheit des Beschuldigten die Wohnung und die Toilette betreten hat und sich dort heimlich der 12 Fingerlinge entledigt haben könnte, zumal diese Person dann wohl die Fingerlinge nach dem Ausscheiden nicht einfach in der Toilette gelassen hätte.

Der Beschuldigte äusserte diesbezüglich denn auch zumindest implizit als Vermu-

tung, dass entweder die Freundin des Nachbarn oder "C._____" etwas damit zu tun haben könnten und dies nach seiner Flucht aus der Wohnung hätte passiert sein müssen (Urk. 2/1 S. 3, S. 5). Mit der Staatsanwaltschaft (Urk. 68 S. 2 f.) und der Vorinstanz (Urk. 48 S. 18) erscheint jedoch als lebensfremd, dass in der kurzen Zeit zwischen der Flucht des Beschuldigten aus der Wohnung und der Hausdurchsuchung eine weibliche Person 12 Fingerlinge ausgeschieden hat, da dies doch eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen dürfte. Selbst wenn ein Ausscheiden von 12 Fingerlingen in dieser kurzen Zeit theoretisch möglich wäre, ist dies angesichts der zur Tatzeit vorliegenden Umstände abwegig, da im Innenhof eine durch das – seit der Flucht des Beschuldigten unbestrittenermassen (Urk. 62 S. 4 f.) – offene Fenster gut hörbare Polizeiaktion im Gange war, welche zuvor noch durch E._____ lautstark angekündigt worden war (Urk. 1/1 S. 3, Urk. 2/1 S. 1). Ein Ausscheiden von Kokain in unmittelbarer Nähe einer laufenden Polizeiaktion scheint doch sehr ungünstig zu sein, musste die betreffende Person doch auch aufgrund des offenen Fensters jederzeit damit rechnen, dass Polizeibeamte die ebenerdige Wohnung (Urk. 1/1 S. 1) betreten könnten. Die entsprechende These des Beschuldigten ist deshalb zu verwerfen.

3.7.2. Die unbekannt Person musste die 12 Fingerlinge folglich ausgeschieden haben, bevor der Beschuldigte die Wohnung verliess, demnach also in dessen Anwesenheit, was vom Beschuldigten bestritten wird. Das Verhalten des Beschuldigten vor der Verhaftung und seine Aussagen widersprechen jedoch seinen Bestreitungen, dass das Ausscheiden der Fingerlinge in seiner Anwesenheit und mit seinem Wissen passiert sei: Es gab keinen Grund, wieso der Beschuldigte nach den Warnrufen von E._____ aus dem Fenster hätte steigen und sich im Gebüsch hätte verstecken sollen, wenn er nichts von den Fingerlingen gewusst hätte. Der illegale Aufenthalt in der Schweiz war jedenfalls kein Grund für eine Flucht des Beschuldigten vor der Polizei, da dieser sich auf den Standpunkt stellte, nicht gewusst zu haben, dass er sich illegal in der Schweiz aufhielt, wobei er von diesem Vorwurf auch freigesprochen wurde (vgl. oben Ziff. 2). Der Erklärungsversuch des Beschuldigten, dass er hinunter (also "nach draussen") gegangen sei, nachdem der Nachbar in der Grünanlage zu seiner Freundin geschrien hätte, sie solle zum Beschuldigten nach unten gehen (Urk. 2/1 S. 1), macht nicht viel Sinn.

Es hat ihn niemand aufgefordert, nach draussen zu kommen, vielmehr wäre logisch gewesen, dass er auf die Freundin des Nachbarn gewartet hätte. Ebenso ist unverständlich, wieso sich der Beschuldigte vor der Polizei hätte verstecken sollen, wenn er nichts von den Fingerlingen gewusst hätte. Eine laufende Probezeit und Herzklopfen nach ersten Erfahrungen mit der Polizei (Urk. 2/1 S. 1) allein sind bei einem reinen Gewissen keine nachvollziehbaren Gründe, um sich vor der Polizei zu verstecken.

Vielmehr ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschuldigte seine Wohnung einer unbekanntem weiblichen Person zum Ausscheiden der 12 Fingerlinge, welche insgesamt 70.1 Gramm reines Kokain beinhalteten, zur Verfügung gestellt hat, dann von E._____ vor dem Anrücken der Polizei gewarnt wurde und sich dann Hals über Kopf – ohne die Fingerlinge verstecken zu können – mit mindestens einer weiteren Person zusammen (vgl. diesbezüglich auch die Verteidigung: Urk. 62 S. 4 f.) durch das Fenster aus der Wohnung floh, um sich hernach vor der Polizei zu verstecken (Urk. 48 S. 18 f.).

Es muss zwar mit der Verteidigung offen bleiben, welche weibliche Person die 12 Fingerlinge ausgeschieden hat, was jedoch für die Erstellung des Sachverhalts keine wesentliche Rolle spielt.

3.7.3. Gestützt auf die obigen Erwägungen ist erstellt, dass der Beschuldigte seine Wohnung einer weiblichen Person zum Ausscheiden von 12 mit 70.1 Gramm reinem Kokain gefüllten Fingerlingen zur Verfügung gestellt hat und ihm dabei bewusst war, dass diese Menge an Kokain die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann.

4. Rechtliche Würdigung

Hinsichtlich der rechtlichen Würdigung kann auf die zutreffenden und unangefochten gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 48 S. 23 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Dementsprechend ist der Beschuldigte wegen Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG i. V. m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen.

5. Strafzumessung

5.1. Strafrahmen

Die Erwägungen der Vorinstanz zum Strafrahmen sind zutreffend und es kann darauf verwiesen werden (Urk. 48 S. 26 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Demnach erstreckt sich der Strafrahmen von einem Jahr bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann.

5.2. Objektive Tatschwere

Die theoretischen und konkreten Ausführungen der Vorinstanz zum Verschulden und zur objektiven Tatkomponente sind zutreffend und es kann darauf verwiesen werden (Urk. 48 S. 27 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Demnach ist von einem noch eher leichten objektiven Tatverschulden auszugehen, wogegen auch der Verteidiger nichts einzuwenden hat (Urk. 62 S. 5).

5.3. Subjektive Tatschwere

Die Vorinstanz hat auch korrekte theoretische Ausführungen zur subjektiven Tatschwere gemacht (Urk. 48 S. 29). Es kann darauf verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). In subjektiver Hinsicht ist der Verteidigung (Urk. 62 S. 5) insofern beizupflichten, als dass dem Beschuldigten nicht unterstellt werden kann, dass er das Risiko der Gefährdung der eigenen Gesundheit und erwischt zu werden den Bodypackerinnen überlassen und deshalb egoistisch gehandelt habe (Urk. 48 S. 30), da er angesichts seiner tiefen Hierachiestufe gar nicht die entsprechende Entscheidungskompetenz hatte. Dagegen ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschuldigte nicht Drogen konsumierte (Urk. 2/1 S. 4) und aus rein finanziellen Gründen handelte, ohne sich jedoch in einer Notlage befunden zu haben, besass er doch knapp Fr. 800.-- Bargeld (Urk. 2/1 S. 5). Es bleibt deshalb mit der Vorinstanz dabei, dass das subjektive Verschulden die objektive Tatschwere nicht zu relativieren vermag.

Wenn die Vorinstanz nach der Beurteilung der Tatschwere auf eine hypothetische Einsatzstrafe von 20 Monaten Freiheitsstrafe kommt, ist dies nicht zu beanstanden.

5.4. Täterkomponente

Die Vorinstanz hat zutreffende theoretische Ausführungen zur Täterkomponente gemacht; es kann darauf verwiesen werden (Urk. 48 S. 31; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ebenso sind ihre konkreten Erwägungen zur Täterkomponente des Beschuldigten richtig. Es ist darauf zu verweisen (Urk. 48 S. 31 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Mit der Verteidigung (Urk. 62 S. 6) wurde der Beschuldigte jedoch bezüglich der Widerhandlung gegen das Ausländergesetz von der Vorinstanz freigesprochen, weshalb ihm nicht vorgeworfen werden darf, er hätte sich trotz Verurteilung wegen illegaler Einreise und Wegweisung aus dem Schengenraum ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz aufgehalten (Urk. 48 S. 33). Dennoch ist eine merkliche Straferhöhung angezeigt, da einerseits die Vorstrafe in Bezug auf die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz einschlägig ist und der Beschuldigte andererseits während laufender Probezeit und nur knapp zwei Monate nach Eröffnung der Vorstrafe (Urk. 51) erneut delinquierte.

Wenn die Vorinstanz aufgrund der Vorstrafe von einer Erhöhung der Einsatzstrafe um vier Monate auf 24 Monate ausgeht, erweist sich das demzufolge als angemessen.

5.5. Fazit

Mit der Vorinstanz erweist sich eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen. Der Anrechnung der vom Beschuldigten bis zu seiner Ausschaffung am 17. Januar 2016 (Urk. 52) erstandenen Haft von 227 Tagen steht nichts entgegen.

6. Vollzug der Strafe

Unter Verweis auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz und die nachfolgenden Ausführungen zum Widerruf (Ziff. 7) ist der bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe zu gewähren. Eine Verweigerung des bedingten Vollzugs wäre ohnehin unzulässig, da das Urteil aufgrund des Verschlechterungsverbots nicht zu Ungunsten des Beschuldigten verändert werden darf. Den verbleibenden Bedenken ist mit einer Probezeit von 4 Jahren Rechnung zu tragen (Urk. 48 S. 33 f.;

Art. 82 Abs. 4 StPO). Im Übrigen remonstrierte der Verteidiger nicht dagegen und beantragte im Gegenteil die Feststellung der Rechtskraft der entsprechenden vorinstanzlichen Dispositivziffer (Urk. 62 S. 2).

7. Widerruf

Die allgemeinen und konkreten Ausführungen der Vorinstanz zum Widerruf sind zutreffend; es ist darauf zu verweisen (Urk. 48 S. 34 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Der Beschuldigte hat nur gerade knapp zwei Monate nach der Verurteilung wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und gegen das Ausländergesetz erneut gegen das Betäubungsmittelgesetz verstossen, weshalb davon ausgegangen werden muss, dass ihn der bedingte Vollzug der Vorstrafe nicht beeindruckt hat. Es kann dem Beschuldigten deshalb mit der Vorinstanz nur unter der Voraussetzung eine gute Prognose für die heute auszufällende Freiheitsstrafe gestellt werden, dass der bedingt gewährte Vollzug der – milderer – Vorstrafe widerrufen wird. Demnach ist vorliegend der am 11. April 2015 von der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl bedingt gewährte Vollzug der Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.-- zu widerrufen, wobei 2 Tagessätze als durch Haft erstanden sind (Urk. 16/12).

8. Beschlagnahmung

Mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 24. November 2015 wurden Fr. 800.-- vom Beschuldigten zur Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigungen beschlagnahmt (Urk. 13/11). Die Verteidigung beantragt einen Freispruch und konsequenterweise damit auch die Aushändigung der Fr. 800.-- an den Beschuldigten (Urk. 62 S. 6).

Wie bereits von der Vorinstanz ausgeführt, hat das Gericht im Endentscheid über die beschlagnahmten Gegenstände zu befinden (Art. 267 Abs. 3 StPO). Es ist dabei eine Verwendung zur Kostendeckung nach Art. 426 StPO bzw. eine Einziehung nach Art. 69 ff. StGB möglich (Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Auflage 2013, Art. 267 N 5). Eine Einziehung des Geldes nach Art. 69 ff. StGB kommt nicht in Frage, da ein Zusammenhang desselben mit einer strafbaren Handlung

nicht nachgewiesen werden kann. Da der Beschuldigte jedoch wie aufgezeigt zu verurteilen ist, sind die beschlagnahmten Fr. 800.-- mit der Vorinstanz zur Kostendeckung zu verwenden (Urk. 48 S. 36).

9. Kosten

9.1. Kosten Vorinstanz

9.1.1. Gestützt auf Art. 426 Abs. 1 Satz 1 StPO sind mit der Vorinstanz die Verfahrenskosten vom Beschuldigten zu tragen, der verurteilt wird (Urk. 48 S. 36). Wenn der Beschuldigte wie vorliegend teilweise freigesprochen wird, können ihm dennoch sämtliche Verfahrenskosten auferlegt werden, wenn die ihm zur Last gelegten Handlungen in einem engen und direkten Zusammenhang stehen und alle Untersuchungshandlungen hinsichtlich jedes Anklagepunktes notwendig waren (Urteil des Bundesgerichts 6B_574/2012 vom 28 Mai 2013, E. 2.3.)

9.1.2. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass sich die vorliegenden Untersuchungshandlungen primär auf den Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz richteten. Es wurde keine Untersuchungshandlung nur im Hinblick auf die Widerhandlung gegen das Ausländergesetz vorgenommen, weshalb dieser Vorwurf im vorliegenden Verfahren keinen Mehraufwand generierte. Dementsprechend sind dem Beschuldigten die gesamten vorinstanzlichen Kosten aufzuerlegen, wobei die Kosten der amtlichen Verteidigung – unter Vorbehalt einer Rückforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO – einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Die entsprechende vorinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffer 9) ist demzufolge zu bestätigen.

9.2. Kosten Berufungsverfahren

9.2.1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist praxismässig auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

9.2.2. Der Beschuldigte unterliegt im Berufungsverfahren mit seinen Anträgen vollumfänglich, weshalb ihm auch die Kosten dieses Verfahrens (exklusive Kosten der amtlichen Verteidigung) aufzuerlegen sind (Art. 428 Abs. 1 StPO).

9.2.3. Der amtliche Verteidiger hat für das Berufungsverfahren eine Honorarnote über Fr. 1'983.85 eingereicht (Urk. 78/2), wofür er entsprechend zu entschädigen ist. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt jedoch vorbehalten (Art. 135 Abs. 4 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Januar 2013 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. (...)
2. Vom Vorwurf des rechtswidrigen Aufenthalts im Sinne von Art. 115 Abs. 1 lit. b AuG wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. (...)
4. (...)
5. (...)
6. (...)
7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 24. November 2015 und bei der Bezirksgerichtskasse lagernde Gegenstände:
 - Mobiltelefon "Black Berry" rot/schwarz (Asservat-Nr. A008'264'811)
 - SIM-Karte "La Poste Mobile" (Asservat-Nr. A008'264'800)
 - Schlüsselbund mit 4 Schlüssel und 2 Anhänger (Asservat-Nr. A008'264'822)
 - diverse Zahlungsbelege, 2 Quittungen, 2 Notizzettel (Asservat-Nr. A008'264'833)
 - Laptop "Dell" silber mit Ladekabel (Asservat-Nr. A008'264'935)werden eingezogen und vernichtet.
8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4'000.-	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	1'100.-	Gebühr Anklagebehörde
Fr.	1'599.-	Auslagen Untersuchung
Fr.	9'659.30	amtliche Verteidigung RA X_____

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. (...)
 10. (Mitteilungen)
 11. (Rechtsmittel)"
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des Verbrechens 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 Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 227 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt.
4. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 11. April 2015 bedingt ausgefallte Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu Fr. 30.-- (abzüglich 2 Tage erstandener Haft) wird vollzogen.
5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 24. November 2015 beschlagnahmten Fr. 800.-- werden zur Kostendeckung verwendet.
6. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 9) wird bestätigt.
7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'983.85 amtliche Verteidigung

8. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
9. Schriftliche Mitteilung 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
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die KOST Zürich mittels Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials"
 - die Kasse des Bezirksgerichts Zürich betr. Ziff. 5
 - die Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl in die Akten G-1/2015/12916
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B
10. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 29. November 2016

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Naef

lic. iur. C. Grieder

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.