

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



0Geschäfts-Nr.: SB180276-O/U/ad

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, lic. iur. Ruggli und lic. iur. Stiefel sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Linder

Urteil vom 7. November 2018

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc. (Rückweisung des Schweizerischen Bundesgerichtes)**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 23. Mai 2016 (DG160028); Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 9. Oktober 2017 (SB160448); Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 25. Juni 2018 (6B_1381/2017)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 28. Januar 2016 (Urk. 20) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - der Widerhandlung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG (Anklageziffer 1),
 - der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG (Anklageziffer 2.1 lit. b - h),
 - der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG (Anklageziffer 2.3 und 3),
 - der Gewalt und Drohung gegen Beamte im Sinne von Art. 285 Ziff. 1 StGB,
 - der einfachen Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB,
 - der Entwendung zum Gebrauch eines Motorfahrzeugs im Sinne von Art. 94 Abs. 1 lit. a SVG,
 - des Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG.
2. Der Beschuldigte wird vom Vorwurf gemäss Anklageziffer 2.1 lit. a und 2.2 freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 30 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 367 Tage durch Haft erstanden sind.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 15 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 4 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (15 Monate, abzüglich 367 Tage, die durch Haft erstanden sind) wird die Freiheitsstrafe vollzogen.
5. Die von der Stadtpolizei Zürich am 22. Mai 2015 beim Beschuldigten sicher-
gestellten und bei der Stadtpolizei Zürich unter der Lagernummer S01372-

2015 gelagerten Betäubungsmittel (1 Portion Kokain à 10.3 g und 1 Portion Heroin à 11.8 g) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

6. Folgende von der Stadtpolizei Zürich am 22. resp. 23. Mai 2015 sichergestellten und bei der Bezirksgerichtskasse gelagerten Gegenstände werden beschlagnahmt und der Bezirksgerichtskasse zur gutscheinenden Verwendung überlassen, wobei ein allfälliger Erlös zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet wird:
 - a) 1 Samsung-Handy, schwarz (Asservat Nr. A008'230'942)
 - b) 1 Nokia-Handy, schwarz (Asservat Nr. A008'230'953)
 - c) 1 Nokia-Handy, schwarz (Asservat Nr. A008'230'964)
7. Folgende von der Stadtpolizei Zürich am 22. resp. 23. Mai 2015 sichergestellten und bei der Bezirksgerichtskasse gelagerten Gegenstände werden beschlagnahmt und der Bezirksgerichtskasse zur Vernichtung überlassen:
 - a) 2 Abrechnungslisten (Asservat Nr. A008'230'931)
 - b) 1 SIM-Karte Orange (Asservat Nr. A008'230'975)
8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II vom 5. August 2015 beschlagnahmten Fr. 1'220.– werden definitiv beschlagnahmt und zur teilweisen Verfahrenskostendeckung verwendet.
9. Das Genugtuungsbegehren des Privatklägers B._____ wird abgewiesen.

10. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 5'000.00; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 2'000.00 Gebühr Anklagebehörde,

Fr. 6'517.30 Auslagen Untersuchung,

Fr. 15'639.00 Kosten Kantonspolizei,

Fr. 20'000.00 amtliche Verteidigung,

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

11. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.

12. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

13. Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten wird mit Fr. 20'000.– (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 135 S. 2)

1. Es sei festzustellen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 23. Mai 2016 bezüglich der Dispositivziffern 1 teilweise (Schuldsprüche gemäss 4. - 7- Spiegelstrich), Dispositivziffer 2 (Freisprüche gemäss Anklageziffern 2.1. lit. a und 2.2), Dispositivziffern 5 - 8 (Beschlagnahme und Einziehung), Dispositivziffer 9 (Genugtuung Privatkläger) und Dispositivziffer 13 (Entschädigung der amtlichen Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Der Beschuldigte sei von den Anklagevorwürfen der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c

i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG (Dispositivziffer 1 Spiegelstrich 1, Anklageziffer 1) sowie der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG (Dispositivziffer 1 Spiegelstrich 2, Anklageziffer 2.1. lit. b, c, d, e, g und h) freizusprechen.

3. Es sei Dispositivziffer 3 des angefochtenen Urteils aufzuheben und der Beschuldigte sei zu bestrafen mit einer Freiheitsstrafe von höchstens 7 Monaten, unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungs- und Sicherheitshaft von 407 Tagen.
4. Die Strafe sei zu vollziehen.
5. Es sei die erstandene Überhaft des Beschuldigten an die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 28. August 2017 (Geschäfts-Nr. DG170144-L) ausgefallte Freiheitsstrafe von 32 Monaten anzurechnen.

Eventualiter sei dem Beschuldigten eine angemessene Entschädigung für die erstandene Überhaft zuzusprechen.

6. Es seien die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens angemessen zu reduzieren und dem Beschuldigten nur anteilmässig aufzuerlegen.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:

(Keine Anträge der Staatsanwaltschaft nach Nichteintreten des Gerichts auf deren Anschlussberufung und im Rahmen des schriftlichen Verfahrens, vgl. Urk. 92 und Urk. 137 und 138)

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 23. Mai 2016 wurde der Beschuldigte wegen mehrfacher einfacher und qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, Gewalt und Drohung gegen Beamte, einfacher Körperverletzung, Entwendung eines Motorfahrzeugs zum Gebrauch und Fahrens ohne Berechtigung zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten verurteilt. In Bezug auf zwei ihm vorgeworfene Drogenvorgänge sprach ihn das Bezirksgericht frei. Es entschied ferner über die Einziehung bzw. Beschlagnahme von sichergestellten Betäubungsmitteln, Vermögenswerten und anderen Gegenständen sowie über deren Verwendung. Das Genugtuungsbegehren des Privatklägers B. _____ wies es ab (Urk. 81 S. 65 ff.).

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte am 30. Mai 2016 Berufung an (Urk. 41; Urk. 81 S. 67). Dessen Berufungserklärung ging bei der hiesigen Kammer am 4. November 2016 ein (Urk. 82; vgl. Urk. 80/2). Er beantragte einen Freispruch von den Vorwürfen gemäss Anklageziffer 1. und 2.1. lit. b, c, d, e, g, h wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (dies betrifft Urteilsdispositivziffer 1, *1. und 2. Spiegelstrich*; hinsichtlich der übrigen Deliktswürfe sowie bezüglich der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Anklageziffer 2.1. lit. f akzeptierte er die erstinstanzlichen Schuldsprüche, vgl. Urk. 102). Weiter verlangte der Beschuldigte, für die verbleibenden Schuldsprüche mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von maximal sechs Monaten sowie einer unbedingten Geldstrafe von höchstens 150 Tagessätzen bestraft zu werden. Für den Fall, dass er mit einer Freiheitsstrafe von mindestens zwölf Monaten bestraft werde, sei ihm der teilbedingte Vollzug zu gewähren. Schliesslich focht er die Kostenfestsetzung (Dispositivziffer 10) und (sinngemäss) die Kostenaufgabe der Vorinstanz (Dispositivziffern 11 und 12) an.

Die Staatsanwaltschaft erklärte zwar Anschlussberufung (Urk. 83). Da sie diese aber nicht unter Wahrung der gesetzlichen Frist einreichte, wurde darauf mit

Beschluss vom 12. Januar 2017 nicht eingetreten (Urk. 92). Nach Erledigung der Anschlussberufung stellte die Staatsanwaltschaft keine weiteren Anträge.

Damit ist das vorinstanzliche Urteil unangefochten geblieben hinsichtlich der Verurteilungen wegen Gewalt und Drohung gegen Beamte, einfacher Körperverletzung, Entwendung eines Motorfahrzeugs zum Gebrauch und Fahrens ohne Berechtigung (Dispositivziffer 1, 4. - 7. Spiegelstrich). Unangefochten geblieben ist weiter der Schuldspruch wegen mehrfacher Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetrVG (Anklageziffern 2.3 und 3: Dispositivziffer 1, 3. Spiegelstrich). Ferner wurde der Freispruch (Dispositivziffer 2), die Entscheide betreffend diversen beschlagnahmten bzw. sichergestellten Gegenständen und Vermögenswerten (Dispositivziffern 5 - 8), das Genugtuungsbegehren des Privatklägers (Dispositivziffer 9) und die Kostenfestsetzung der amtlichen Verteidigung (Dispositivziffer 13) nicht angefochten. Damit ist vorab festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

Am 1. Juni 2017 stellte die Verteidigung den Beweisantrag, die Straftaten betreffend die Verfahren gegen C._____ und D._____ beizuziehen (Urk. 97). Im Lichte der nachstehenden Erwägungen (vgl. Ziff. III.1) erweist sich diese Beweiserhebung als unnötig, weshalb der Beweisantrag abzuweisen ist.

Die Berufungsverhandlung fand am 6. Oktober 2017 statt. Das Urteil wurde am 9. Oktober 2017 gefällt.

Auf Beschwerde des Beschuldigten hin wurde das Urteil des Obergerichts vom Bundesgericht am 25. Juni 2018 aufgehoben. Die Sache wurde dem Obergericht zurückgewiesen, um unter Ausserachtlassung der vom Bundesgericht als rechtswidrig erlangten Beweise zu beurteilen, ob auch der dem Beschwerdeführer für den Zeitraum vom 20. Januar bis 11. März 2015 vorgeworfene Drogenhandel rechtsgenügend erstellt werden könne (Urk. 129).

Im Einverständnis mit den Parteivertretern wurde am 16. Juli 2018 für das weitere Verfahren die Schriftlichkeit angeordnet (Urk. 133). Die Berufungsbegründungsschrift des Beschuldigten datiert vom 30. August 2018 (Urk. 135). Sie wurde

am 19. September 2018 der Staatsanwaltschaft und dem Privatkläger zugestellt mit dem Hinweis, dass Säumnis als Verzicht auf Berufungsantwort gelte und alsdann aufgrund der Akten entschieden werde (Urk. 137). Die Vorinstanz verzichtete ausdrücklich auf Vernehmlassung (Urk. 139). Die anderen Parteien liessen sich nicht vernehmen. Der Fall erweist sich demnach als spruchreif.

II. Prozessuales

1. Anklageziffer 1

Der Verteidiger machte geltend, dass die Aussagen des Beschuldigten anlässlich der polizeilichen Befragung vom 7. Juli 2014 sowie der staatsanwaltlichen Hafteinvernahme vom gleichen Tag (Urk. 2/2 und 2/3) aufgrund unterlassener Sicherstellung der notwendigen Verteidigung nicht verwertbar seien (Urk. 102 S. 3 f.).

Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung bei Einleitung des Vorverfahrens erfüllt, so ist die Verteidigung nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung sicherzustellen (Art. 131 Abs. 2 StPO). Mit dieser Bestimmung benennt der Gesetzgeber ein widersprüchliches und teilweise unpraktikables Vorgehen zur Sicherstellung der notwendigen Verteidigung (vgl. BSK StPO - Ruckstuhl, Art. 131 N 3), weshalb es nicht erstaunt, dass sich die Lehre in Auslegung dieses Artikels in mancher Hinsicht uneinig ist. Einhelligkeit besteht allerdings darin, dass die erkennbare notwendige Verteidigung jedenfalls *nach erfolgter Eröffnung der Untersuchung* sichergestellt sein muss, bzw. diesfalls nicht bis zur Durchführung der ersten Einvernahme zugewartet werden kann (vgl. BSK StPO - Ruckstuhl, Art. 131 N 3-7; Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Art. 131 N 7; Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl., Art. 131 N 2).

Im vorliegenden Fall war eine Untersuchung gegen den Beschuldigten bereits vor dessen polizeilicher Befragung vom 7. Juli 2014 und der staatsanwaltlichen Hafteinvernahme vom 7. Juli 2014 eröffnet worden. Dies geht aus

dem Ermittlungsauftrag der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich an die Polizei vom 17. Juni 2014 hervor, in welchem ausdrücklich davon die Rede ist, dass das polizeiliche Ermittlungsverfahren "im Rahmen der bereits eröffneten Untersuchung" durchzuführen sei (Urk. 2/1). Im Weiteren zeigt sich anhand des (blauen) Aktenumschlags der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich, dass das Dossier zu dieser Untersuchung mit der Verfahrensnummer B-1/2014/354 bereits am 11. Juni 2014 angelegt worden war. Sodann war für die Strafverfolgungsbehörden bereits vor den Einvernahmen vom 7. Juli 2014 erkennbar, dass dem Beschuldigten aufgrund der vorgeworfenen Kokainmenge eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr drohte (vgl. Art. 19 Abs. 2 BetmG) und damit ein Fall notwendiger Verteidigung im Sinne von Art. 130 lit. b StPO gegeben war, denn dem Beschuldigten wurde anlässlich dieser Einvernahmen sowohl seitens der Polizei als auch seitens der Staatsanwaltschaft vorgehalten, mit 200 Gramm Kokain gehandelt zu haben (vgl. Urk. 2/2 S. 9 und Urk. 2/3 S. 4). Aufgrund all dessen hätte bereits anlässlich der Einvernahmen vom 7. Juli 2014 die notwendige Verteidigung des Beschuldigten sichergestellt worden sein müssen.

Da dies nicht geschehen ist, bzw. der Beschuldigte ohne Anwesenheit eines Verteidigers einvernommen wurde, sind die Einvernahmen vom 7. Juli 2014 (Urk. 2/2 und 2/3) – entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 81 S. 6) – nicht verwertbar.

Wie die Vorinstanz bereits zutreffend dargetan hat, sind auch die Aussagen von D._____ vom 5. Juni 2014 (Urk. HD 3/1) mangels Konfrontation mit dem Beschuldigten nicht zu dessen Lasten verwertbar (vgl. Urk. 81 S. 6). Der Vorinstanz (Urk. 81 S. 7) ist zudem darin zu folgen, dass auch die Gesprächsprotokolle betreffend die Gespräche zwischen C._____ und D._____ (HD 2/2 Anhang 3, 7, 9) nicht verwertbar sind.

2. Anklageziffer 2.1

Die Verteidigung stellte anlässlich der Berufungsverhandlung wie schon vor Vorinstanz in prozessualer Hinsicht die Verwertbarkeit einiger aus den Überwachungsmassnahmen gewonnener Erkenntnisse in Frage (Urk. 33 S. 3 - 6; Prot. I

S. 38; Urk. 102 S. 9 ff.). Konkret soll die Unverwertbarkeit diejenigen Erkenntnisse betreffen, welche seit dem 12. Juli 2013 gewonnen worden seien und den Beschuldigten im Sinne der Anklageziffer 2.1 belasten würden. Da sich diese aus Überwachungen im Rahmen der Aktion „E. _____ ...“ ergeben hätten, handle es sich dabei um Zufallsfunde im Sinne von Art. 278 Abs. 2 StPO. Demgegenüber hätte sich die einzig eingeholte Zufallsfundgenehmigung auf Erkenntnisse aus den Ermittlungen in der Aktion „F. _____“ und allenfalls „E. _____“ bezogen. In der Folge sei zu Unrecht keine neue Genehmigung zur Verwendung von ab dem 12. Juli 2013 gewonnenen Zufallsfunden eingeholt worden, weshalb letztere in Anwendung von Art. 277 Abs. 2 i.V.m. Art. 141 Abs.1 Satz 2 StPO absolut unverwertbar seien.

Anders als noch die Vorinstanz und das Obergericht im aufgehobenen Urteil hielt das Bundesgericht in seiner Rückweisungsentscheid vom 25. Juni 2018 die Auffassung der Verteidigung für teilweise begründet. Es kam zum Schluss, dass die Erkenntnisse über Taten des Beschuldigten im Zeitraum 20. Januar bis 11. März 2015 unabhängig davon, ob diese unter dieselben Tatbestände wie frühere Taten fallen würden, Zufallsfunde seien. Auch liege in casu kein Kollektivdelikt vor, dessen nicht bekannte Einzeltaten im Gesamtdelikt aufgingen und das Vorliegen eines Zufallsfundes ausschliessen würden. Es sei für die Verwertung der Erkenntnisse zu den Straftaten des Beschuldigten aus der erwähnten Periode deshalb eine Genehmigung erforderlich gewesen. Mangels einer solchen seien die Zufallsfunde absolut unverwertbar (Urk. 129 E. 1.4.2 und 1.4.3).

Die Verteidigung machte weitere Einwände gegen die Verwertbarkeit der Telefonabhörungsprotokolle (Urk. 102 S. 10 f.). Angesichts der für die erkennende Kammer verbindlichen Auffassung des Bundesgerichts, wonach diese Protokolle unverwertbar seien, braucht darauf nicht näher eingegangen zu werden.

III. Sachverhalt

1. Anklageziffer 1

Im Anklagepunkt 1 wird dem Beschuldigten vorgeworfen, am 18. Dezember 2012 im Auftrag von C._____ wissentlich und willentlich 100 Gramm Kokain an D._____ übergeben zu haben.

Als Beweismittel zur Erstellung dieses Vorwurfs stehen einzig die Aufzeichnungen der vom Beschuldigten zwischen dem 7. und 18. Dezember 2012 geführten Gespräche (Anhang zu HD Urk. 2/2) zur Verfügung sowie seine im Beisein seines Verteidigers gemachten Aussagen vom 29. Oktober 2015 (Urk. 2/9), vor Vorinstanz (Prot. I S. 13 ff. und S. 27) sowie vor Berufungsgericht (Prot. II S. 16 ff.).

Die den Vorgang betreffenden Aussagen des Beschuldigten vom 7. Juli 2014 und von D._____ vom 5. Juni 2014 und 26. Januar 2015 sowie die Gespräche zwischen C._____ und D._____ haben mangels Verwertbarkeit zulasten des Beschuldigten ausser Betracht zu fallen (s.o. Ziff. II.1.).

Der Beschuldigte gab in Bezug auf den Anklagevorwurf zwar zu, dass er D._____ im Auftrag von C._____ ein Couvert übergeben habe. Allerdings macht er geltend, davon ausgegangen zu sein, dass sich darin bloss Geld befinde (Urk. 2/9 S. 2; Prot. I S. 13 ff.; Prot. II S. 16 ff.).

Der Vorgang dieses Anklagepunkts ist zeitlich rund zwei Jahre vor den Drogenaktivitäten aus den Jahren 2015 (Anklageziffern 2.1 lit. f, 2.3 und 3) angesiedelt. Auch sind hier andere Beteiligte betroffen. Rückschlüsse vom Jahre 2015 auf das Jahr 2012 sind deshalb nicht möglich. Der in Anklageziffer 1 formulierte Vorwurf bezüglich des Wissens des Beschuldigten, dass es um Kokain gegangen sei, muss nachgewiesen werden. Anhand der wenigen verwertbaren Beweismittel ist dieser Nachweis indes nicht zu erbringen bzw. kann die Darstellung des Beschuldigten, wonach er von Geld im Innern des Couverts ausgegangen sei, nicht widerlegt werden. Der Beschuldigte ist deshalb hinsichtlich Anklageziffer 1 vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz freizusprechen.

Bei diesem Ergebnis erweist sich der Beweisantrag des Verteidigers auf Beizug der Strafakten in Sachen gegen C. _____ und D. _____ als obsolet.

2. Anklageziffer 2.1 f.

In Bezug auf den Vorwurf in Anklageziffer 2.1. lit. f zeigte sich der Beschuldigte teilweise geständig. Er räumte ein, dass er zwischen dem 21. und 25. Februar 2015 von G. _____ versehentlich 73.8 statt 20 Gramm Kokain erhalten habe. Auch anerkannte er, G. _____ Fr. 1'400.– bezahlt zu haben. Dieses Teilgeständnis deckt sich mit den Aussagen des Drogenlieferanten (Urk. 3/2 und 3/3), weshalb der Anklagesachverhalt in diesem Umfange auch ohne die nicht verwertbare Telefonabhörung als erstellt gelten kann.

Da weitere verwertbare Beweismittel fehlen, muss es beim Eingeständnis des Beschuldigten sein Bewenden haben, wonach er lediglich 20 Gramm Kokaingemisch kaufen wollte und dafür Fr. 1'400.– bezahlt hat. Der entsprechende Schuldspruch der Vorinstanz ist damit zu bestätigen. Soweit der Anklagevorwurf darüber hinausgeht, ist der Beschuldigte freizusprechen.

3. Anklageziffer 2.1. b-e und g-h

Die Beweisführung der Vorinstanz stützt sich hier im Wesentlichen auf die Erkenntnisse aus den Zufallsfunden der Telefonüberwachung. Nachdem diese nicht verwertbar sind und keine weiteren Beweismittel vorliegen, können diese Anklagevorwürfe nicht erstellt werden. Dies führt zum Freispruch des Beschuldigten in diesen Punkten.

4. Reinheitsgehalt des Kokains

Zu bestimmen bleibt schliesslich der Reinheitsgrad des gehandelten bzw. besessenen Kokains (hinsichtlich Anklageziffern 2.1.f, 2.3 und 3). Gesicherte Werte darüber sind keine vorhanden. Die Vorinstanz ist in der Folge gestützt auf die Betäubungsmittelstatistik der Schweizerischen Gruppe für Rechtsmedizin (SGRM) des Jahres 2015 von einem Reinheitsgrad des Kokains von 25 % aus-

gegangen (Urk. 81, S. 55). Dem kann gefolgt werden, zumal auch die Verteidigung dies akzeptiert (Urk. 135 Rz 10).

IV. Rechtliche Würdigung

Dem Beschuldigten sind unter Einbezug der bereits rechtskräftigen Verurteilungen in den Anklagepunkten 2.3 und 3 zusammengefasst der Handel bzw. Besitz betreffend rund 34,3 Gramm Kokaingemisch und der Besitz von rund 11,8 Gramm Heroingemisch zur Last zu legen. Bei einem anzunehmenden Reinheitsgehalt bei Kokain von 25% und bei Heroin von 20% ist in Übereinstimmung mit der Auffassung der Verteidigung somit von rund 8,5 Gramm reinem Kokain und von 2,3 Gramm reinem Heroin auszugehen. Folglich liegt noch kein schwerer Fall eines Betäubungsmitteldelikts vor.

Der Beschuldigte ist somit ergänzend zu den rechtskräftigen Schuldsprüchen der Vorinstanz, worunter bereits die mehrfache Wiederhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz betreffend der Anklageziffern 2.3 und 3 fällt, des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von dessen Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG (Anklageziffer 2.1 lit. f, teilweise) schuldig zu sprechen.

V. Strafzumessung

1. a) Die allgemeinen und konkret für Betäubungsmitteldelikte entwickelten Regeln und Grundsätze der Strafzumessung hat die Vorinstanz richtig wiedergegeben (Urk. 81 Ziff. V.2. und V.3.). Dies braucht nicht wiederholt zu werden. Entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 102 S. 14 f.) kommt für alle zu beurteilenden Delikte aus folgenden Gründen lediglich eine Freiheitsstrafe in Frage, und es ist deshalb insgesamt eine Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB auszufällen. Gemäss Strafregisterauszug wurden gegen den Beschuldigten in der Vergangenheit bereits sechs Geldstrafen verhängt (Urk. 132). Die erneute Straffälligkeit zeigt deutlich, dass die stattliche Anzahl an pekuniären Sanktionen ihn nicht zu beeindrucken vermochte. Unter diesen Umständen erscheint heute die Ausfällung einer weiteren Geldstrafe als zwecklos, und der Beschuldigte ist

deshalb mit einer Gesamtfreiheitsstrafe zu sanktionieren. Diese Sicht wird inzwischen auch von der Verteidigung geteilt (vgl. Berufungsbegründungsschrift in Urk. 135 Rz 15-17).

Wegen der Ungleichartigkeit der Strafen ist sodann keine Zusatzstrafe zu der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 4. November 2016 ausgefallten Geldstrafe (vgl. Urk. 132) zu bilden. Allerdings ist dies hinsichtlich des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 28. August 2017, das dem Beschuldigten eine Freiheitsstrafe von 32 Monaten auferlegte, der Fall. Vorerst ist jedoch für die behandelten Straftaten eine eigenständige Strafe zu bemessen.

Der Beschuldigte wird wegen verschiedener Straftatbestände, die alle dieselbe Strafandrohung aufweisen (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) verurteilt. Auch wenn ihm, was das Betäubungsmittelgesetz angeht, noch lediglich 8,5 Gramm reines Kokain und 2,3 Gramm reines Heroin anzulasten sind und somit kein schwerer Betäubungsmittelfall vorliegt, wiegt dieses mehrfache Vergehen dennoch schwerer als die anderen Taten. Vorab ist sodann darauf hinzuweisen, dass der gegebene Strafraum trotz Vorliegens von Tatmehrheit und mehrerer Tathandlungen, mithin eines Strafschärfungsgrundes, nicht zu verlassen ist. Es sind keine aussergewöhnlichen Umständen ersichtlich, welche die angedrohte Strafe im konkreten Fall als zu mild erscheinen lassen. Die Delikts- und Tatmehrheit ist im Rahmen der konkreten Strafzumessung strafferhöhend zu berücksichtigen.

b) Bei der Beurteilung der objektiven Tatschwere des *mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz* erweist sich die diesbezügliche reine Drogenmenge nach der Gerichtspraxis nicht mehr als im Bagatellbereich liegend, sondern im mittleren Bereich des Vergehenstatbestands. Die Gesundheitsgefährdung für die Konsumenten war damit bereits erheblich. Der Beschuldigte befand sich im Drogenhandel zwar in der unteren Hierarchiezone, wenn auch klar über dem Bereich eines Gassendealers. Er liess im Übrigen nicht von sich aus von dieser Tätigkeit ab, sondern seine Verhaftung musste dem ein Ende setzen. Im

Rahmen des Betäubungsmittelvergehens war sein objektives Verschulden nicht mehr leicht.

Bei der subjektiven Tatschwere ist zu gewichten, dass der Beschuldigte seine Drogenaktivität direktvorsätzlich und aus geldwerten Motiven betrieben hat. Weder befand er sich in einer finanziellen Notlage noch war er selber drogen-süchtig. Damit vermag die subjektive Schwere der Tat das objektive Tatverschulden in keiner Weise zu relativieren. Insgesamt ist das Verschulden weiterhin als nicht mehr leicht zu qualifizieren. Hierfür erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe von fünf Monaten als angemessen.

Des Weiteren sind die Täterkomponenten zu gewichten. Die Vorinstanz hat das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten zutreffend dargelegt und daraus zu Recht den Schluss gezogen, dass sie nicht strafzumessungsrelevant seien (Urk. 81 Ziff. V.4.2.1). Die Erwägungen brauchen nicht wiederholt zu werden, zumal sich gemäss den Aussagen des Beschuldigten seit der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nichts Wesentliches geändert hat (vgl. Prot. II S. 9 ff.). Der Beschuldigte gestand die Vorwürfe gemäss Anklageziffern 2.1 lit. f, 2.3 und 3 ein. Diese (Teil-)Geständnisse erfolgten weitgehend aufgrund der erdrückenden Beweislage. Auch ist beim Beschuldigten von aufrichtiger Reue und Einsicht wenig zu spüren. Unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung rechtfertigt sich daher lediglich eine marginale Strafreduktion. Gemäss Strafregisterauszug weist der Beschuldigte sieben Einträge auf (Urk. 132). Als eigentliche Vorstrafen können deren fünf bezeichnet werden. Auch wenn diese Vorstrafen keine einschlägigen Delikte betreffen, ist die Tatsache, dass der Beschuldigte während der letzten sechs Jahre wiederholt gegen verschiedene Strafbestimmungen verstossen hat, spürbar straf erhöhend zu berücksichtigen.

In Betrachtung sämtlicher Strafzumessungskriterien erweist sich für das mehrfach begangene Drogenvergehen des Beschuldigten eine Freiheitsstrafe von sieben Monaten als angemessen.

c) In Anwendung des Asperationsprinzips gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB ist diese Einsatzstrafe im Folgenden unter Einbezug der Schwere der übrigen Delikte angemessen zu erhöhen.

Aufgrund des direkten sachlichen, örtlichen und zeitlichen Zusammenhangs zwischen der *Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte und der einfachen Körperverletzung* erscheint im Folgenden für diese Delikte eine einheitliche Strafzumessung als sachgerecht. In Bezug auf die objektive Tatschwere ist dabei zu berücksichtigen, dass die Verletzung des Privatklägers im Vergleich zu ähnlichen Fällen eher leicht war. Dies ist aber vordergründig nicht dem Beschuldigten zu verdanken. Ein Schlag mit dem Hinterkopf in das Gesicht einer anderen Person kann durchaus auch schwerwiegendere Verletzungen nach sich ziehen. Besonders dreist erscheint, dass der Beschuldigte den Schlag mit seinem Hinterkopf ausführte, als er von der Polizei bereits am Boden fixiert war. Schliesslich wirkt sich die Deliktsmehrheit verschuldens erhöhend aus. Insgesamt ist das objektive Tatverschulden dennoch als noch leicht zu qualifizieren.

Nachdem der Beschuldigte die mit Gewalt bewirkte Behinderung der Amtshandlung direktvorsätzlich und die einfache Körperverletzung eventualvorsätzlich beging, wird das objektive Tatverschulden durch das subjektive nur marginal relativiert. Isoliert betrachtet wäre für die beiden Delikte eine Einsatzstrafe in der Grössenordnung von ca. drei Monaten festzusetzen. Als strafferhöhende Täterkomponenten zu berücksichtigen sind die diversen Vorstrafen des Beschuldigten. Die eine Vorstrafe ist unter anderem wegen eines Vergehens gegen die Rechtspflege ergangen, mithin wegen eines wesensähnlichen Delikts. Dass der Beschuldigte diese Tatvorwürfe erst im Berufungsverfahren akzeptierte, wirkt sich bei der Strafe nicht wesentlich aus. Unter Berücksichtigung der Täterkomponenten wäre hier isoliert betrachtet eine Freiheitsstrafe von rund vier Monaten angemessen. Asperiert zur Sanktion für das schwerste Delikt ist diese um zwei Monate zu erhöhen.

d) Aufgrund des Zusammenhangs zwischen der *Entwendung eines Fahrzeugs zum Gebrauch und dem Fahren ohne Berechtigung* erscheint schliesslich auch hier eine einheitliche Strafzumessung als sachgerecht. Die objektive Tat-

schwere ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz als leicht zu qualifizieren. So legte der Beschuldigte lediglich eine vergleichsweise kurze Strecke ohne Berechtigung zurück. Verschuldenserhöhend zu gewichten ist auch hier die Deliktsmehrheit. Die Taten beging der Beschuldigte zwar mit direktem Vorsatz, allerdings spontan. Die Halterin des Fahrzeugs war im Übrigen seine Ehefrau. Für diese Delikte wäre damit isoliert betrachtet eine Strafe von rund zwei Monaten angemessen. Als strafmindernde Täterkomponente fällt in Bezug auf das Fahren ohne Berechtigung das Geständnis des Beschuldigten ins Gewicht. Erheblich straf erhöhend zu gewichten sind einmal mehr seine Vorstrafen, die in diesem Fall mehrheitlich einschlägig sind. Dieser Umstand deutet auf eine eigentliche Unbelehrbarkeit und Renitenz des Beschuldigten in diesem Bereich hin. Unter Berücksichtigung der Täterkomponenten wäre für diese Delikte isoliert betrachtet eine Freiheitsstrafe von zwei bis drei Monaten angemessen. Asperiert zur Sanktion des schwersten Delikts rechtfertigt sich eine Erhöhung um einen weiteren Monat.

e) Zusammenfassend ist der Beschuldigte für die in diesem Verfahren zu sanktionierenden Delikte für sich betrachtet mit einer Freiheitsstrafe von insgesamt zehn Monaten zu bestrafen.

2. Bei dieser Strafhöhe stellt sich – anders als noch vor Vorinstanz – die Frage nach einem teilbedingten Vollzug nicht. Dem erstinstanzlichen Entscheid, wonach dem Beschuldigten jedenfalls kein vollbedingter Vollzug gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB gewährt werden kann, ist jedoch zu folgen. Der Beschuldigte ist innerhalb der letzten 5 Jahre vor den heute zu beurteilenden Taten, die im 2014/2015 begangen wurden, zwar zu diversen Geldstrafen, jedoch nie zu über 180 Tagessätzen verurteilt worden. Der frühere Art. 42 Abs. 2 StGB, der in der Übergangsbestimmung zur am 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Revision (AS 2016 1249) weiterlebt, kommt demnach nicht zur Anwendung. Vielmehr richtet sich der Entscheid über die Gewährung einer bedingten Strafe vorliegend nach der allgemeinen Bestimmung von Art. 42 Abs. 1 StGB. Folglich ist zu prüfen, ob eine unbedingte Strafe notwendig erscheint, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Verbrechen und Vergehen abzuhalten. Dies ist klar zu bejahen. Der Beschuldigte hatte zur Zeit der Tatbegehung bereits eine Reihe von Vorstra-

fen. Er ist weitgehend uneinsichtig, zeigt kaum Reue und war während des Verfahrens wenig kooperativ. Hinzu kommt, dass er nach dem erstinstanzlichen Urteil erneut wegen Fahrens ohne Berechtigung und wegen Drogenhandels bestraft werden musste. Dies spricht deutlich gegen einen Strafaufschub. Mangels einer günstigen Prognose ist die Anordnung des unbedingten Vollzugs zwingend. Dies wird im Übrigen auch von der Verteidigung so gesehen (Urk. 135 Rz 32).

3. Die für die Schuldsprüche im vorliegenden Verfahren auszusprechende Sanktion ist als Zusatzstrafe zu der am 28. August 2017 vom Bezirksgericht Zürich, mithin nach den vorliegenden Taten ausgefallten Freiheitsstrafe von 32 Monaten zu bestimmen. Selbständig betrachtet wäre im vorliegenden Verfahren – wie erwogen – eine Freiheitsstrafe von zehn Monaten angemessen. Zusammen mit den am 28. August 2017 behandelten Delikten sanktioniert hätte dies asperationsbedingt eine leicht tiefere Strafe zur Folge als bei Addition der beiden selbständigen Strafen. Nach Sichtung des Urteils vom 28. August 2017, welches im abgekürzten Verfahren ergangen ist, und der dazugehörigen Akten (in Urk. 140/1- 44) ist die Reduktion auf drei Monate zu veranschlagen. Es handelt sich beim jüngsten Urteil denn auch erneut um Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz und Strassenverkehrsgesetz. Die heutige Zusatzstrafe zu diesem Urteil ist deshalb auf sieben Monate Freiheitsstrafe zu bemessen.

4. Der Beschuldigte befand sich im vorliegenden Verfahren – worauf die Verteidigung zutreffend hinwies (Urk. 135 Rz 31) – vom 22. Mai 2015 bis 1. Juli 2016 in Untersuchungs- und Sicherheitshaft (vgl. Urk. HD 8/7 und Urk. 66). Diese 407 Tage sind auf die heute ausgefallte Zusatzstrafe anzurechnen. Allerdings ergibt sich dabei ein Überschuss von 197 Tagen. Folglich sind diese Hafttage an die Freiheitsstrafe von 32 Monaten gemäss Urteil vom 28. August 2017 anzurechnen.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Nachdem der Beschuldigte in zweiter Instanz bezüglich der strittigen Betäubungsmitteldelikte im Vergleich zum Entscheid der Vorinstanz eines weit geringe-

ren Umfangs schuldig gesprochen und die Strafe entsprechend zum grösseren Teil reduziert wird, sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, das aber immerhin mit Bezug auf diverse andere Delikte zur rechtskräftigen Verurteilung geführt hat, dem Beschuldigten zur Hälfte aufzuerlegen. Die Nachforderung betreffend der Entschädigung des amtlichen Verteidigers gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO ist folglich ebenfalls auf den hälftigen Umfang zu reduzieren.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Dieses ist aufgrund des heutigen Verfahrensausgangs und der Anträge des Beschuldigten in der Berufungserklärung vom 3. November 2016 (Urk. 82) im Vergleich zum vorinstanzlichen Urteil einzuschätzen. Dabei rechtfertigt es sich, dem weitestgehend obsiegenden Beschuldigten die Kosten des ersten Berufungsverfahrens lediglich zu einem Viertel aufzuerlegen und im Übrigen samt den Kosten seiner amtlichen Verteidigung im ersten Berufungsverfahren auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachforderung des Beschuldigten ist dabei ebenfalls auf den Anteil der Kostenaufgabe zu beschränken. Die Kosten des zweiten Berufungsverfahrens sind samt den Kosten der diesbezüglichen amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 23. Mai 2016 bezüglich der Dispositivziffern 1 teilweise (Schuldsprüche gemäss 3. - 7. Spiegelstrich), 2 (Freisprüche), 5 - 8 (Beschlagnahme und Einziehung), 9 (Genugtuung Privatkläger), und 13 (Entschädigung der amtlichen Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist ferner schuldig des Vergehens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG (Anklageziffer 2.1 lit. f, teilweise).
2. Von den weiteren Vorwürfen der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Anklageziffern 1 und 2.1. lit. b-e und g-h sowie teilweise lit. f wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird als Zusatzstrafe zu den 32 Monaten Freiheitsstrafe gemäss Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom 28. August 2017 mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 7 Monaten bestraft, welche Strafe durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden ist. Die im vorliegenden Verfahren entstandene Überhaft von 197 Tagen wird an die Strafe gemäss vorgenanntem Urteil vom 28. August 2017 angerechnet.
4. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Ziff. 10) wird bestätigt.
5. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens werden dem Beschuldigten zur Hälfte auferlegt und im Übrigen samt den Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse genommen; hinsichtlich Entschädigung der amtlichen Verteidigung bleibt eine Nachforderung im Verhältnis der Kostenaufgabe vorbehalten.
6. Die Gerichtsgebühr für das erste Berufungsverfahren wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt. Für das zweite Berufungsverfahren fällt eine Gerichtsgebühr ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. 7'850.– amtliche Verteidigung im ersten Berufungsverfahren
Fr. 1'919.– amtliche Verteidigung im zweiten Berufungsverfahren
7. Die Kosten des ersten Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten zu einem Viertel auferlegt und im Übrigen samt denjenigen der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse genommen; hinsichtlich Entschädigung der amtlichen Verteidigung bleibt eine Nachforderung im Verhältnis der Kostenaufgabe vorbehalten. Die Kosten des zweiten Berufungsverfahrens werden

einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse genommen.

8. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
- die Privatklägerschaft

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

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, Richterliche Fahrverbote, 8090 Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit sep. Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)

9. 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, 7. November 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Linder