

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB160516-O/U/ag

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, lic. iur. Stiefel und Ersatz-
oberrichter lic. iur. Kessler sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur.
Rissi

Urteil vom 25. April 2017

in Sachen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,
Beschuldigter und Berufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin X._____

betreffend **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom
29. November 2016 (DG160288)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 3. Oktober 2016 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 41).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die Entscheidegebühr fällt ausser Ansatz; die übrigen Kosten, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung in der Höhe von Fr. 3'000.-- (inkl. MwSt.), werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Das bei der Stadtpolizei Zürich, Büro für Waffenbelange, KA-ER2-KAD-W aufbewahrte automatische Klappmesser (Asservat-Nr. A009'171'920) wird eingezogen und der Stadtpolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
4. Der sichergestellte Reisepass [vom Staat G._____], lautend auf A._____ (Asservat-Nr. A009'173'051) wird eingezogen und dem Forensischen Institut Zürich, Urkundenlabor, zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
5. Folgende als Beweismittel beschlagnahmte Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft innerhalb von zwei Monaten auf erstes Verlangen herausgegeben:
 - 1 Mobiltelefon, Marke Samsung, IMEI-Nr. ..., inkl. Schutzhülle, SIM-Karte und Micro-SD Speicherkarte (Asservat-Nr. A009'171'997; Quittung Nr. 31737)
 - 1 Mobiltelefon, Marke Wiko, IMEI-Nr. ..., inkl. SIM-Karte und Micro-SD Speicherkarte (Asservat-Nr. A009'172'003; Quittung Nr. 31737).

Werden die Gegenstände vom Beschuldigten innert Frist nicht herausverlangt, werden sie der Stadtpolizei Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

6. Dem Beschuldigten werden Fr. 2'000.-- als Genugtuung aus der Gerichtskasse zugesprochen.

Berufungsanträge:

a) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:

(Urk. 67 S. 1)

1. Der Beschuldigte sei des Verbrechens gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und d i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen.
2. Er sei mit einer Freiheitsstrafe von 20 Monaten zu bestrafen, unter Anrechnung der bisher erstandenen Haft.
3. Dem Beschuldigten sei der bedingte Strafvollzug zu gewähren, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschuldigten.

b) Der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 68 S. 1)

1. Die Berufung der Staatsanwaltschaft sei abzuweisen.
2. Der Beschuldigte sei vollumfänglich freizusprechen.
3. Dem Beschuldigten sei für die erstandene Untersuchungshaft eine Genugtuung von Fr. 2'000.-- auszurichten.

4. Der amtlichen Verteidigung sei für die Führung des Berufungsverfahrens eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 2'607.– zu entrichten.
5. Die gesamten Verfahrenskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Nach Durchführung der Untersuchung erhob die Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl am 10. Mai 2016 Anklage im abgekürzten Verfahren (Urk. 22). Mit Verfügung vom 25. Mai 2016 wurde die Hauptverhandlung auf den 6. September 2016 festgesetzt (Urk. 24/1). Mit Verfügung vom 9. Juni 2016 wurde der Beschuldigte auf sein Gesuch hin vom persönlichen Erscheinen an der Hauptverhandlung dispensiert und in der Folge per 15. Juni 2016 aus der Sicherheitshaft entlassen (Urk. 28, 31 und 32). Mit Beschluss vom 6. September 2016 wies das Gericht die Akten der Anklägerin zur Durchführung eines ordentlichen Verfahrens zurück. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass weder die Erkenntnisse aus der Hausdurchsuchung noch das darauf ergangene Geständnis des Beschuldigten als Beweismittel verwertbar seien (Urk. 38).

2. Am 3. Oktober 2016 erhob die Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl (nunmehr im ordentlichen Verfahren) Anklage (Urk. 41). Die Hauptverhandlung wurde am 29. November 2016 durchgeführt (Urk. 43, Prot. I S.5 ff.). Der Beschuldigte wurde auch für diese Verhandlung vom persönlichen Erscheinen dispensiert. Der amtlichen Verteidigerin war eine Kontaktaufnahme mit dem Beschuldigten nicht möglich gewesen (Urk. 42, 44). Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 29. November 2016 wurde der Beschuldigte vom Vorwurf der Widerhandlung

gegen das Betäubungsmittelgesetz und der Fälschung von Ausweisen freigesprochen. Es wurde ihm eine Genugtuung von Fr. 2'000.– zugesprochen. Der sichergestellte, auf ihn lautende Reisepass [vom Staat G._____] wurde eingezogen und dem Forensischen Institut Zürich zur gutscheinenden Verwendung überlassen. Ein automatisches Klappmesser wurde eingezogen und der Stadtpolizei Zürich zur Vernichtung überlassen. Weiter wurde auf Herausgabe von zwei sichergestellten Mobiltelefonen samt Speicherkarten an den Beschuldigten entschieden. Ausgangsgemäss wurden die Kosten auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 56 S. 21 ff.). Die amtliche Verteidigerin wurde für ihre Aufwendungen vom 6. April 2016 bis zum 8. Juli 2016 mit Beschluss vom 14. Juli 2016 mit Fr. 3'681.40 entschädigt (Urk. 35/1). Für ihre Aufwendungen ab 1. September 2016 bis 29. November 2016 im ordentlichen Strafverfahren wurde ihr eine Entschädigung von Fr. 3'000.– ausbezahlt (Urk. 53).

3. Mit Eingabe vom 30. November 2016 meldete die Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl (nachfolgend Staatsanwaltschaft) innert Frist Berufung an (Urk. 50). Das vollständig begründete Urteil (Urk. 56) wurde von der Staatsanwaltschaft am 21. Dezember 2016 entgegen genommen (Urk. 55/1). Mit Eingabe vom gleichen Tag reichte die Staatsanwaltschaft die Berufungserklärung ein, welche auf den Freispruch betreffend Verbrechen gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel, die Bemessung der Strafe und den Vollzug bzw. den bedingten Vollzug der Strafe sowie die Kosten-, Entschädigungs- und Genugtuungsfolgen beschränkt wurde (Urk. 57). Mit Präsidialverfügung vom 6. Januar 2017 wurde dem Beschuldigten unter Hinweis auf die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft Frist zur Erhebung einer Anschlussberufung bzw. zum Antrag auf Nichteintreten auf die Berufung angesetzt (Urk. 58). Mit Eingabe vom 20. Januar 2017 beantragte die amtliche Verteidigerin ein Nichteintreten auf die Berufung der Staatsanwaltschaft, da diese nicht fristgerecht eingereicht worden sei (Urk. 60/1). Mit Beschluss vom 26. Januar 2017 wurde dieser Einwand verworfen und auf die Berufung eingetreten (Urk. 61). Mit Eingabe vom 28. Februar 2017 wies die amtliche Verteidigerin darauf hin, dass ihr eine Kontaktaufnahme mit dem Beschuldigten (weiterhin) unmöglich sei und ersuchte um Dispensation seiner persönlichen Teilnahme an der auf den 25. April 2017 festgesetzten Berufungsverhandlung

(Urk. 65). Dieses Gesuch wurde bewilligt (Urk. 65). Die Berufungsverhandlung fand am 25. April 2017 statt (Prot. II S. 4).

4.1. Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird somit im Umfang der Berufungsanträge gehemmt, während die von der Berufung nicht erfassten Punkte in Rechtskraft erwachsen (vgl. Eugster, in: Niggli/Heer/Wiprächtinger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 402 N 1 f. [zit. BSK StPO-Eugster]).

4.2. Nachdem das vorinstanzliche Urteil bezüglich Dispositiv Ziff. 1 teilweise (Freispruch vom Vorwurf der Fälschung von Ausweisen im Sinne von Art. 252 StGB) sowie bezüglich Dispositiv Ziff. 3 (Einziehung Klappmesser), 4 (Einziehung Reisepass) und 5 (Herausgabe Mobiltelefone und Speicherkarten) nicht angefochten wurde, ist festzustellen, dass es in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

II. Prozessuales

1. Im vorliegenden Strafverfahren bestand gemäss Polizeirapport aufgrund von polizeilichen Ermittlungen der Verdacht, dass über die Mobiltelefon-Nummer ... Kokain bestellt werden könne (Urk. 1 S. 2). In der Folge wickelte der polizeiliche Scheinkäufer (SK...) – seiner Ansicht nach gestützt auf § 32d Polizeigesetz – über diese Nummer mit (der im Parallelverfahren SB160452 als Mittäterin beschuldigten) B._____ einen Scheinkauf von 1 Portion Kokaingemisch à 5 Gramm (4.5 Gramm reines Kokain) ab (vgl. Urk. 1 und Urk. 6). In der Folge wurde B._____ verhaftet und es wurde in ihrer Wohnung an der C._____strasse ... in Zürich eine Hausdurchsuchung durchgeführt, anlässlich welcher insgesamt 695,6 Gramm Kokaingemisch bzw. 272 Gramm reines Kokain sowie mehrere Kilogramm Streck- und Arzneimittel sichergestellt wurden (Urk. 1 S. 3 f.; Urk. 12/8, 12/11, Urk. 14/4-8). Anlässlich der Hausdurchsuchung wurde auch der dort ange-troffene Beschuldigte A._____ verhaftet (Urk. 1 S. 2). Dieser erklärte sich im Laufe der Untersuchung geständig, dass das Kokain ihm gehöre und anerkannte in

der Schlusseilvernahme vom 10. Mai 2016 den zur Anklage gebrachten Sachverhalt (Urk. 4/3, Urk. 4/4 und Urk. 4/5).

2. Nachdem die im Parallelverfahren SB160452 als Mittäterin beschuldigte B._____ von der Vorinstanz vom Vorwurf der Veräusserung von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG freigesprochen wurde und das Urteil diesbezüglich in Rechtskraft erwachsen ist, stellt sich vorliegend betreffend den Vorwurf der Einfuhr, der Aufbewahrung und des Besitzes von Betäubungsmitteln nach Art. 19 Abs. 1 lit. b und d i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG die Frage, ob die – als Folge des polizeilichen Scheinkaufes – aufgrund der Hausdurchsuchung sichergestellten Beweise verwertbar sind oder nicht.

2.1. Die amtliche Verteidigung stellt sich auf den Standpunkt, die aufgrund des Scheinkaufes erhobenen Beweise seien das Ergebnis eines illegalen Polizeieinsatzes und deshalb nicht verwertbar (Urk. 48 S. 2f., Urk. 68 Ziff. II. f.).

2.2. Die Staatsanwaltschaft macht im Wesentlichen geltend, die in der Wohnung aufgefundenen Betäubungsmittel dürften gestützt auf Art. 141 Abs. 2 StPO – unabhängig von der vorgängigen, unzulässigen verdeckten Fahndung – als Beweismittel in einem schweren Fall und somit auch vorliegend verwertet werden (Urk. 47 S. 2-5, Urk. 57 S. 2, Urk. 67 S. 2 f.).

3.1. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Ergebnisse des Scheinkaufes und der Hausdurchsuchung nicht als Beweismittel verwertet werden dürfen. Sie erwog zusammengefasst, dass es sich beim Scheinkauf um eine verdeckte Fahndung nach Art. 298a StPO handelte und für diese entgegen den gesetzlichen Vorschriften keine schriftliche Anordnung durch die Staatsanwaltschaft oder Polizei ausgestellt worden sei. Des Weiteren fehle es vorliegend an einer hinreichend dokumentierten Verdachtslage. Es sei unbekannt, wie die Polizei zu dieser Rufnummer für BM-Bestellung gelangt sei und seitens der Polizei auch unsicher gewesen, ob unter dieser Nummer überhaupt Drogen bestellt werden könnten und wer der Besitzer dieser Rufnummer sei. Der Hinweis, es bestehe aufgrund polizeilicher Ermittlungen ein Verdacht, sei zu wenig konkret. Der Vollständigkeit erwägt die Vorinstanz unter Hinweis zum Mass der zulässigen Einwirkung auf die Zielperson im

Zuge einer verdeckten Ermittlung, dass aus den Akten nicht ersichtlich sei, ob B._____ womöglich tatgeneigt gewesen sei und schliesst daraus, dass von einer unzulässigen Einwirkung auf die Beschuldigte auszugehen sei. Schliesslich würden Hinweise fehlen, dass jenem Einsatz erfolglose Ermittlungshandlungen (Subsidiarität der Massnahme) vorangegangen seien (Urk. 56 S. 5-14).

3.2. Weiter erwog die Vorinstanz unter Hinweis auf Art. 141 Abs. 4 StPO, dass vorliegend sämtliche Aussagen und Auswertungen aufgrund des Fernwirkungsverbotes unverwertbar seien, da alle infolge des illegalen Scheinkaufes erhoben worden seien. Auch ein weiterer Beweis, der durch einen Beweis, der nicht verwertet werden dürfe, erhoben wird, sei nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre. Ohne den illegalen Betäubungsmittelscheinkauf wäre die Hausdurchsuchung in der Wohnung der als Mittäterin Beschuldigten B._____ mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht durchgeführt worden, wären die vom Beschuldigten in ebenjener Wohnung aufbewahrten Betäubungsmittel nicht gefunden und wären die Aussagen von B._____ und dem Beschuldigten, namentlich dessen Geständnis, nicht gemacht worden. Damit würden auch diese Beweismittel einem Verwertungsverbot im Sinne von Art. 141 Abs. 4 StPO unterliegen (Urk. 56 S. 16-18).

4.1. Die Vorinstanz kam nach ausführlicher Auseinandersetzung über die Frage der Zulässigkeit der angewendeten verdeckten Fahndung und der Verwertbarkeit der vorliegenden Beweismittel zum Schluss, dass der Scheinkauf nach den Regeln der StPO durchzuführen gewesen wäre, er diesen Anforderungen nicht entspreche und die Erkenntnisse aus den sichergestellten Beweismitteln sowie die von B._____ und dem Beschuldigten in der Folge getätigten Aussagen daher einem Verwertungsverbot im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO unterliegen würden. Ohne verwertbare Beweismittel könne dem Beschuldigten die Einfuhr bzw. der Besitz von Betäubungsmitteln nicht nachgewiesen werden, weshalb er freizusprechen sei.

4.2. Vorab kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz die Voraussetzungen und Unterscheidung der präventiven und repressiven verdeckten Ermittlung und Fahndung korrekt unter Hinweis auf die gesetzlichen Bestimmungen sowie Litera-

tur und Rechtsprechung wiedergegeben hat. Diese werden auch von der Staatsanwaltschaft nicht in Frage gestellt. Auf diese sorgfältigen und umfassenden Ausführungen kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen vollumfänglich verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO, Urk. 56 S. 6 ff.).

4.3. Weiter ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass es sich vorliegend beim Scheinkauf um eine verdeckte Fahndung gemäss Art. 298a StPO handelte. Auch hierzu kann vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO, Urk. 56 S. 9 ff.). Eine verdeckte Ermittlung im Sinne von Art. 286 StPO entfällt schon mangels einer Legende des polizeilichen Scheinkäufers bzw. mangels Verwendung einer falschen Urkunde über seine wahre Identität (vgl. Art. 288 und 298a Abs. 2 StPO). Der Scheinkauf stellte vorliegend sodann, wie von der Vorinstanz zutreffend begründet (Art. 82 Abs. 4 StPO, Urk. 56 S. 9 f.), nicht lediglich eine polizeiliche Zwangsmassnahme im Sinne von § 32d Abs. 1 PolG zur Prävention bzw. unmittelbaren Gefahrenabwehr dar, ging doch die Polizei davon aus, dass ein Tatverdacht gegeben sei und diente der Scheinkauf der Ermittlung der Täterschaft. Bereits das Vorliegen eines vagen Tatverdachts führt dazu, dass das Ermittlungsverfahren nach den Bestimmungen der StPO durchzuführen ist. Nicht erfasst von Art. 298a ff. StPO sind somit lediglich die rein präventiven Einsätze der Polizei (vgl. BGE 140 I 353; OGer ZH SB160065 vom 17. Juni 2016 m.H.; vgl. auch Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Art. 298a N 11). Sobald der Tätigkeit der Polizei der Charakter von Ermittlungen von Straftaten zukommt, finden die Bestimmungen der Strafprozessordnung Anwendung (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 306 N 1). Daran ändert nichts, dass die handelnden Polizeibeamten davon ausgingen, auf der Grundlage des Polizeigesetzes zu handeln, was sie entsprechend dokumentierten (Urk. 6). Es ist aber hervorzuheben, dass die Abgrenzung zwischen präventiver und repressiver verdeckter Fahndung – gerade im Hinblick auf die Verdichtung des Verdachtes – im konkreten Fall schwierig zu beantworten und oft heikel und unklar ist (vgl. dazu auch Thomas Hansjakob, forum poenale 4/2013 S. 221).

4.4. Der Scheinkauf erfolgte somit im Rahmen einer verdeckten Fahndung nach den Art. 298a ff. StPO. Art. 298b StPO enthält keine Formvorschriften. Lehre und Rechtsprechung gehen davon aus, dass die Anordnung in Anwendung der allgemeinen Regel von Art. 76 StPO schriftlich verfügt werden muss. Die Anordnung hat zu umschreiben, welcher Verdacht Ausgangspunkt der Ermittlungen ist und worauf der Verdacht beruht, welcher Sachverhalt und welche mutmasslichen Straftatbestände durch die verdeckte Fahndung aufgeklärt werden sollen. Im Weiteren ist zu bestimmen, wer als verdeckter Fahnder eingesetzt werden soll, und es ist sicherzustellen, dass die eingesetzten Personen über die Rahmenbedingungen des Einsatzes und das Mass der zulässigen Einwirkungen schon vor dem Start der Aktion belehrt werden. Muss aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit auf eine schriftliche Anordnung verzichtet werden, ist zumindest im Nachhinein durch eine Aktennotiz festzuhalten, in welcher Weise der eingesetzte verdeckte Fahnder belehrt wurde. Anordnung und Nachweis der Belehrung gehören zu den Strafakten. Mündliche Anordnungen sollten die absolute Ausnahme sein, namentlich wenn Gefahr in Verzug ist; auch mündliche Anordnungen sind nachträglich schriftlich zu dokumentieren. Nur mit einer schriftlichen Dokumentation kann die Zulässigkeit der Anordnung im Nachhinein auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 298b N 10; BSK StPO-Knodel, Art. 298b N 1, N 3). Anzuführen ist weiter, dass die Anordnung durch die Polizei die Regel sein dürfte und ohne anderslautende Regel an sich jeder Polizeibeamte zu verdeckter Fahndung befugt ist (Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 298b N 2 und Art. 298b N 10; BSK StPO-Knodel, Art. 298b N 1 f.).

Eine eigentliche (schriftliche) Anordnung der verdeckten Fahndung liegt vorliegend nicht vor. Dies wird von der Staatsanwaltschaft denn auch nicht bestritten (Urk. 67 S. 2). Anzuführen ist, dass die Staatsanwaltschaft auch nicht geltend gemacht hat, dass ein solcher Scheinkauf von der Polizei oder der Staatsanwaltschaft tatsächlich angeordnet worden ist, jedoch nicht schriftlich dokumentiert worden sei. Es verhielt sich vorliegend denn auch klarerweise so, dass die Polizei davon ausging, diesen Scheinkauf in Anwendung des Polizeigesetzes vorzunehmen (Urk. 6). Damit kann mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass der Scheinkauf ohne Anordnung im Sinne von Art. 298b Abs. 1 StPO erfolgte. Den-

noch ist im Hinblick auf die zentrale Frage, ob die erlangten Beweismittel im Sinne von Art. 141 Abs. 2 SPO verwertbar sind, nachfolgend etwas näher auf diese Vorschrift und deren Verletzung einzugehen.

4.5. Nach Art. 298b Abs. 1 StPO können die Staatsanwaltschaft und im Ermittlungsverfahren die Polizei eine verdeckte Fahndung anordnen, wenn: a) der Verdacht besteht, ein Verbrechen oder Vergehen sei begangen worden, und b) die bisherigen Ermittlungs- oder Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden.

4.5.1. Wie erwähnt, führt bereits das Vorliegen eines vagen Tatverdachts dazu, dass das Ermittlungsverfahren nach den Bestimmungen der StPO durchzuführen ist. Der Tatverdacht darf auch ein bloss vager sein. Der Verdacht darf ein Anfangsverdacht sein, der aber so hinreichend sein muss, dass sich eine verdeckte Fahndung rechtfertigt. Ob er sich als Folge der verdeckten Fahndung oder aufgrund anderer Ermittlungsmassnahmen derart konkretisiert, dass gegen die Zielperson ein Verfahren eröffnet werden muss, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen (vgl. Schmid, StPO Praxiskommentar, a.a.O., Art. 298b N 2; BGE 140 I 353; OGer ZH SB160065 vom 17. Juni 2016 m.H.; BSK StPO-Knodel, a.a.O., Art. 298b N 7; Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 298a N 11).

Die Vorinstanz bejahte das Vorliegen eines solchen Anfangsverdacht, bemängelt aber das Fehlen dokumentierter Hinweise, insbesondere dazu, wie es zum Verdacht gekommen war, dass unter dieser Nummer Kokain bestellt werden könne (Urk. 56 S. 11/12). Es ist indes festzuhalten, dass vorliegend im Polizeirapport klar festgehalten wird, dass die Polizei aufgrund von polizeilichen Ermittlungen den Verdacht hatte, es könne über die fragliche Telefonnummer Kokain bestellt werden. Es wurde demnach dokumentiert, gegen wen sich der Verdacht richtet (unbekannter Benützer der Telefonnummer ...) und welcher Verdacht (Verkauf von Kokain) besteht. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz muss für einen bloss vagen Anfangsverdacht auch nicht sicher sein, ob unter der Nummer tatsächlich Drogen bestellt werden können und wer der Eigentümer oder Besitzer dieser Rufnummer ist. Sobald die Polizei Hinweise hat, dass unter dieser Nummer

Kokain bestellt werden kann, liegt ein Anfangsverdacht vor und muss die Polizei diesem Hinweis nachgehen und diesbezüglich ermitteln. Es trifft aber zu, dass vorliegend nicht dokumentiert wurde, ob dieser Hinweis beispielsweise von einem (anonymen) Informanten oder durch Aussagen eines befragten Drogenkonsumenten oder Ähnliches erging. Dies ist indessen auch nicht zwingend erforderlich und die Dokumentation eines solchen Hinweises – beispielsweise der Verdachtgründe auf der Mitteilung eines Informanten oder eines anonymen Hinweises – wäre auch nicht hilfreich für die Überprüfung, ob dieser eine verdeckte Fahndung rechtfertigt. Es wurde vorliegend jedenfalls dokumentiert, dass die Polizei einen entsprechenden Verdacht hatte und wie erwogen hat die Polizei einem solchen Hinweis nachzugehen. Funktion der schriftlichen Dokumentation ist denn auch, sicherzustellen, dass die Zulässigkeit der Anordnung im Nachhinein auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden kann. Dabei geht es nicht darum, die Informationsquelle auf ihre Zuverlässigkeit zu überprüfen, sondern darum, ob eine entsprechende Information die Anordnung eines Scheinkaufes rechtfertigt.

4.5.2. Weiter ist festzuhalten, dass in den Akten nicht nur dokumentiert wurde, welcher Verdacht (Verkauf von Kokain) gegenüber wem (unbekannter Benutzer Telefonnummer) Ausgangspunkt der Ermittlungen war, sondern auch der Scheinkauf wurde eingehend dokumentiert (Urk. 6). Dem Amtsbericht über den Betäubungsmittel-Scheinkauf lässt sich entnehmen, dass der Mittäterin B._____ per SMS mitgeteilt wurde, man habe die Nummer von einem "D._____ Italiener", was sie offensichtlich zufriedenstellte ("A ok"). Weiter lässt sich dem Bericht entnehmen, dass der Scheinkäufer SK... von B._____ angewiesen wurde, er solle ihr am Morgen (1. April 2016) zurückrufen zum "Kaffetrinken". Auf ihre Aufforderung, er solle ihr noch eine Nachricht mit der Mengenangabe schicken, schrieb ihr der Scheinkäufer eine Nachricht mit dem Inhalt "Hey. 5 Kaffee?". In der Folge kam es zur Übergabe von 5 Gramm Kokain gegen Bezahlung von Fr. 500.–. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz (Urk. 56 S. 12/13) ist unter diesen Umständen ausreichend ersichtlich, dass B._____ schon zuvor grundsätzlich tatgeneigt war, benutzte sie doch in typischer Weise eines Drogenhändlers von sich aus eine verklausulierte Wortwahl für eine Drogenübergabe ("Kaffe trinken") und war sie durchaus aktiv tätig. Es ist dem verdeckten Ermittler (Fahnder) erlaubt, sich rol-

lenadäquat zu verhalten, und beispielsweise bei einem Einsatz gegen den Drogenhandel sein Kaufinteresse und seine Bereitschaft zur Bezahlung darzutun. Damit es zu einem Scheingeschäft zwischen dem Verkäufer und dem verdeckt operierenden Ermittler bzw. Fahnder kommen kann, ist eine Interaktion nämlich unabdingbar. Der Scheinkäufer muss ein Interesse zeigen können, damit überhaupt Verhandlungen über das zu tätigende Scheingeschäft zustande kommen, so bezüglich Umfang, Zeitpunkt, konkrete Abwicklung etc. (Hug-Beeli, Betäubungsmittelgesetz Kommentar, Basel 2016, N 45 zu Art. 23 BetmG). Durch das Bekunden eines generellen Kaufinteresses ist somit noch keine unzulässige Einflussnahme auf die Willensbildungen eines Drogenverkäufers zu erblicken (Hug-Beeli, a.a.O., N 47 zu Art. 23 BetmG). Es ist somit entgegen der Ansicht der Vorinstanz und jener der amtlichen Verteidigung (Urk. 68 Ziff. II. 6.) nicht von einer unzulässigen Einwirkung des Scheinkäufers auf B._____ auszugehen. Eine solche wäre ohnehin lediglich bei der Strafzumessung zu berücksichtigen gewesen und führt nicht zu einer Unverwertbarkeit (Art. 293 Abs. 4 StPO).

4.5.3. Die Vorinstanz hat weiter moniert, es würden jegliche Angaben dazu fehlen, dass jenem Einsatz erfolglose Ermittlungshandlungen vorangegangen waren (Subsidiarität der Massnahme). Die Vorinstanz hat übersehen, dass eine verdeckte Fahndung auch dann möglich ist, wenn die Ermittlungen sonst aussichtslos oder übermässig erschwert würden (Art. 298b Abs. 1 lit. b StPO). Die Ermittlungen wären dann aussichtslos, wenn kein anderer Ermittlungsansatz als die verdeckte Fahndung erkennbar ist. Das gilt häufig dann, wenn die wahre Identität der Zielperson offen ist, weil von ihr z.B. nur eine Telefonnummer bekannt ist, so dass das Angebot zum Abschluss eines Geschäftes zum Schein angenommen werden muss, damit überhaupt ein persönlicher Kontakt mit der Zielperson hergestellt werden kann (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 298b N 7). Die wohl praktisch häufigste Konstellation ist, dass eine verdeckte Ermittlung dann möglich ist, wenn die Ermittlungen sonst übermässig erschwert wären. Es sollen Geschäfte aufgedeckt werden, die mit konventionellen Mitteln nur geklärt werden könnten, wenn beide Geschäftspartner observiert und nach Abschluss des Geschäftes festgenommen und überprüft werden könnten. Weil bei solchem Vorgehen insbesondere das Risiko bestünde, dass die Abwicklung des verbotenen Geschäftes

gar nicht erkannt würde oder dass nach harmlosen Kontakten Festnahmen erfolgen, werden verdeckte Fahnder eingesetzt, die den Interventionseinheiten signalisieren können, wenn das illegale Geschäft wirklich abgewickelt wurde, so dass die Festnahme der Zielperson praktisch in flagranti möglich ist. Ein solches Vorgehen ist nicht nur verhältnismässig, sondern stellt sogar sicher, dass Rechte Unbeteiligter nicht verletzt werden (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 298b N 8). Das Vorgehen der Ermittlungsbehörde via die verdächtige Nummer Kontakt aufzunehmen und die Zielperson zu treffen, war vorliegend demnach grundsätzlich ein verhältnismässiger Einsatz um die verdächtige Person zu identifizieren. Andere Ermittlungen wären aussichtslos gewesen bzw. übermässig erschwert gewesen. Es ist weiter offensichtlich, geht man von einem Verdacht des Kokainverkaufes durch den Telefoninhaber aus, dass sich dieser gegenüber der Polizei nicht einfach so zu erkennen gegeben hätte und ohne das Scheinangebot für den Kauf von Kokain sich auch nicht mit einer ihm unbekannt Person getroffen hätte. Eine nachfolgende blosse Observation hätte wie erwähnt das Risiko beinhaltet, dass die Straftat nicht aufgeklärt worden wäre und hätte die Ermittlungen jedenfalls übermässig erschwert. Die getroffene Massnahme eines Scheinkaufes wäre daher an sich unter dem Aspekt der Subsidiarität entgegen den Erwägungen der Vorinstanz nicht zu beanstanden gewesen.

5. Es kann mit diesen Präzisierungen festgehalten werden, dass grundsätzlich die wichtigen Punkte für die Überprüfung der Rechtmässigkeit einer verdeckten Fahndung durchaus korrekt schriftlich dokumentiert wurden und die Zulässigkeit und Durchführung des Scheinkaufes eigentlich nicht zu beanstanden wären. Eine ausdrückliche (schriftliche) Anordnung des Scheinkaufes gemäss Art. 298b StPO durch eine bestimmte Person (Polizei oder Staatsanwaltschaft) fehlt indessen ebenso wie der Hinweis, wer als verdeckter Fahnder eingesetzt und in welcher Weise dieser belehrt wurde. Es ist daher insgesamt von einer knapp ungenügenden Anordnung im Sinne von Art. 298b StPO auszugehen. Zu betonen ist an dieser Stelle aber nochmals, dass an sich jeder Polizeibeamte zur Anordnung der verdeckter Fahndung befugt gewesen wäre.

6. Im Strafprozess besteht gemäss Art. 139 StPO der Grundsatz der Beweisfreiheit. Dieser Grundsatz wird indes durch Beweisverbote, insbesondere die Beweiserhebungs- und Verwertungsverbote gemäss den Art. 140 f. StPO eingeschränkt.

6.1. Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind bei der Beweiserhebung untersagt. Solche Methoden sind nach Abs. 2 derselben Bestimmung auch dann unzulässig, wenn die betroffene Person ihrer Anwendung zustimmt (Art. 140 Abs. 1 StPO). Beweise, die in Verletzung von Art. 140 StPO erhoben wurden, sind in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn die StPO einen Beweis als unverwertbar bezeichnet (Art. 141 Abs. 1 StPO). Nach Art. 141 Abs. 2 StPO dürfen Beweise, welche die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Die Fernwirkung der Beweismethoden- bzw. Beweiserhebungsverbote ist in Art. 141 Abs. 4 StPO geregelt: ermöglichte ein Beweis, der nach Abs. 2 nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre.

6.1.1. Ein striktes, durch keinerlei Ausnahmen aufgeweichtes Beweisverwertungsverbot gilt dann, wenn eine Vorschrift missachtet worden ist, für deren Verletzung im Gesetz selbst das Verwertungsverbot als Rechtsfolge ausdrücklich angeordnet ist. Um eine derartige absolute Gültigkeitsvorschrift handelt es sich bei den in Art. 140 StPO genannten unzulässigen Vernehmungsmethoden. Umstritten ist, ob sich die Einordnung als absolute Gültigkeitsvorschrift auch ohne eine ausdrückliche Anordnung im Gesetz ergeben kann. In den Fällen, in denen keine absolute Gültigkeitsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 1 StPO verletzt worden ist, kommt es darauf an, ob eine Ordnungsnorm oder eine (einfache) Gültigkeitsvorschrift missachtet worden ist. Ist eine Ordnungsnorm verletzt worden, so ist der betreffende Beweis grundsätzlich verwertbar. Haben die Strafbehörden dagegen mit ihrer Vorgehensweise eine einfache Gültigkeitsvorschrift verletzt, unterliegen

die gewonnen Erkenntnisse grundsätzlich einem Verwertungsverbot. Die vor Inkrafttreten der StPO gültige Rechtsprechung, nach der auch im Anschluss an die Feststellung, dass eine Gültigkeitsvorschrift verletzt wurde, die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes zusätzlich noch an eine umfassende Interessenabwägung geknüpft war, ist mit Inkrafttreten der StPO überholt. Anders als bei den absoluten Gültigkeitsvorschriften soll aber trotz Verletzung einer einfachen Gültigkeitsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO die Verwertung ausnahmsweise möglich sein, wenn dies "zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich" ist. Diese Regelung, die im Gesetzgebungsverfahren als eine angemessene Güterabwägung verteidigt worden ist, ist in der Sache problematisch, weil sie zur Folge hat, dass eine Gültigkeitsvorschrift beim Verdacht eines schweren Delikts keine solche mehr ist (vgl. Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 19-21 mit Hinweisen; BSK StPO-Gless, Art. 141 N 71 mit Hinweisen). Schmid führt dazu aus, dass diese gesetzliche Lösung durchaus nicht ungeteilte Zustimmung finde und deren Vereinbarkeit im Einzelfall mit dem Verbot des Rechtsmissbrauchs bzw. dem Gebot von Treu und Glauben zu prüfen sei. Er merkt an, dass sich allerdings in der kritischen Literatur kaum konsistente Lösungen dieser Problematik findet (Schmid, Handbuch StPO, N 797 Anmerkung 51).

6.1.2. Nach der Regelung des Art. 141 Abs. 2 StPO soll nicht jedes vorschriftswidrig beschaffte Beweismittel zu einem Verbot der Verwertung führen, weil sonst eine Überspitzung der Formvorschriften auf Kosten der Verbrechensaufklärung vorläge. Ein Beweisverwertungsverbot kommt nach tradierter Rechtsprechung umso weniger in Betracht, je schwerer einerseits die zu beurteilende Straftat war – denn umso eher überwiege das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten an der Nichtverwertung – und je leichter andererseits das Ausmass der Rechtsgüterverletzung durch die Strafverfolgungsbehörden sei (vgl. dazu BGE 6B_323/2013, BGE 137 I 218, BGE 130 I 126 E.3.2., BGE 130 I 132 je mit Hinweisen; BSK StPO-Gless, Art. 298b N 70 mit Hinweisen; Riklin, OFK-StPO, 2. Aufl., Art. 141 N 7). Die Auslegung des unklaren Begriffs der "schweren Straftat" ist in hohem Mass umstritten (vgl. dazu etwa Donatsch/Schwarzenegger/Wohlens, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2014, S. 123 m.w.H.). In der Literatur wird teilweise vertreten, es sei für den Begriff der

"schweren Straftat" auf die im Katalog betreffend geheime Überwachungsmaßnahmen und verdeckte Ermittlungen in den Artikeln 269 Abs. 2 und 286 Abs. 2 StPO aufgeführten Delikte abzustellen (vgl. dazu Riklin, OFK-StPO, 2. Aufl., Art. 141 N 7; ablehnend Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 22 mit Hinweisen; ebenfalls ablehnend BSK StPO-Gless, Art. 141 N 72 mit Hinweisen). Angesichts dessen, dass es dabei letztlich darum geht, die in Art. 2 Abs. 2 StPO geforderte Einhaltung der gesetzlichen Formen für obsolet zu erklären, sollte der Anwendungsbereich bzw. der Begriff der "schweren Straftat" gemäss einem gewichtigen Teil der Lehre auf Delikte der Schwerekriminalität beschränkt werden, also auf Straftatbestände, bei denen als Strafe ausschliesslich Freiheitsstrafe vorgesehen ist (vgl. Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 22; BSK StPO-Gless, Art. 141 N 72; Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 21a). Es dürften primär Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB in Betracht fallen, also Taten, die im Gegensatz zu Vergehen mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind (Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 141 N 8). Das Bundesgericht hat in seiner Entscheid vom 13. Februar 2017 im Zusammenhang mit der Verwertung eines Zufallsfundes ohne Genehmigung erwogen, dass ein Raub und strafbare Vorbereitungshandlungen dazu zweifellos schwere Straftaten im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO seien, handle es sich dabei doch um Verbrechen die im Katalog von Art. 269 Abs. 2 StPO aufgeführt sind (Urteil BGE 6B_287/2016 unter Hinweis auf BGE 137 I 218 E. 2.3.5.2 S. 224 und BSK StPO-Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 278 N. 30; vgl. OGer ZH SB130478 vom 14. Mai 2014). Im Entscheid vom 29. Juli 2015 hatte das Bundesgericht im Rahmen eines Zwischenentscheides zu prüfen, ob ein Protokoll aus den Akten zu entfernen sei. Das Bundesgericht verneinte, dass die Nichtentfernung des Protokolls einen nicht wieder gutzumachenden Rechtsnachteil nach sich zieht und erwog ergänzend unter Hinweis auf Art. 141 Abs. 2 StPO, dass die Unverwertbarkeit des Beweismittels aufgrund des Gesetzes oder in Anbetracht der besonderen Umstände des Einzelfalles nicht ohne Weiteres feststehe, da es um den Vorwurf einer schweren Körperverletzung gehe (BGer 1B_56/2105 E. 2.10.2). Eine Vergewaltigung stelle eine schwere Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO dar (vgl. Beschluss OGer UH150031 vom 17. März 2015). Unter den Begriff der schweren

Straftat fallen nach der Rechtsprechung jedenfalls nicht nur die schweren Delikte gegen Leib und Leben, sondern auch die weiteren Delikte gegen strafrechtlich vergleichbare Rechtsgüter (vgl. OGer SB150327 vom 18. März 2016, BGE 131 I 272 E. 4.5.).

Ein schwerer Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG liegt vor, wenn die Widerhandlung gegen das BetmG mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Die Gesundheit ist namentlich dann gefährdet, wenn der Gebrauch des betreffenden Betäubungsmittels seelische oder körperliche Schäden hervorrufen kann (Albrecht, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes, 3. Aufl., Bern 2016, N 191 zu Art. 19). Massgebend ist in erster Linie die Menge des gehandelten reinen Drogenwirkstoffs, sowie dessen Gefährlichkeit. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts liegt insbesondere ein schwerer Fall bei einem die Menge von mindestens 12 Gramm Heroin-Hydrochlorid umfassenden Handel vor (BGE 120 IV 334; BGE 111 IV 101; BGE 109 IV 143). Bei Kokain beträgt die massgebliche Menge 18 Gramm Kokain-Hydrochlorid (BGE 109 IV 143). Es kommt nicht darauf an, wie viele Personen durch die abgegebenen Drogen tatsächlich gefährdet wurden. Entscheidend ist vielmehr, wie viele tatsächlich hätten gefährdet werden können (Hug-Beeli, a.a.O., Art. 19 N 1050).

6.1.3. Unerlässlich ist die Verwertung dann – und nur dann – wenn ohne den Beweis eine Verurteilung nicht möglich wäre. Ob dies der Fall ist, ist nicht im Rahmen einer Abwägung der für und gegen die Verwertung sprechenden Interessen festzustellen (vgl. Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 22).

6.1.4. Wie erwähnt hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, abschliessend die Bestimmungen aufzulisten, die als Gültigkeitsvorschriften respektive als Ordnungsvorschriften zu betrachten sind. Soweit das Gesetz eine Bestimmung nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet, hat die Praxis die Unterscheidung vorzunehmen, wobei primär auf den Schutzzweck der Norm abzustellen ist (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1183 f. Ziff. 2.4.1.1). Es ist im Einzelfall unter Berücksichtigung des Fairnessgebots (siehe BGE 131 I 272 E. 3.2. S. 274 ff.) zu prüfen, ob die Verfahrens-

vorschrift für die Wahrung der geschützten Interessen der betroffenen Person eine derart erhebliche Bedeutung hat, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung der Vorschrift der Beweis unverwertbar ist. Die StPO hat die Abgrenzungsprobleme in den meisten relevanten Konstellationen durch Statuierung ausdrücklicher Verwertungs- oder Gültigkeitsverbote entschärft (Urteile 6B_1039/2014 vom 24. März 2015 E. 2.3., 6B_56/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 3.2., BGE 141 IV 39; BBI 2006 1183 Ziff. 2.4.1.1; Schmid, Handbuch StPO, N 795; kritisch BSK StPO-Gless, Art. 141 N. 74 ff.).

6.1.5. Ermöglichte ein Beweis, der nach Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre (Art. 141 Abs. 2 StPO), das heisst, dass der erste Beweis "conditio sine qua non" des zweiten ist. Eine Fernwirkung gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO ist also zu verneinen, wenn der Folgebeweis im Sinne eines hypothetischen Ermittlungsverlaufs zumindest mit einer grossen Wahrscheinlichkeit auch ohne den illegalen ersten Beweis erlangt worden wäre (vgl. OGer SB150327 vom 18. März 2016, BGE 138 IV 169 E. 3.3.3 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B_1021/2013 vom 29. September 2014 E.2.3.2.).

6.2. Vorliegend ist somit zu prüfen, ob die durch den Scheinkauf erbrachten Beweise unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden und falls dies zu bejahen ist, ob deren Verwertung zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich ist.

6.2.1. Vorab ist festzuhalten, dass es sich vorliegend nicht um einen Anwendungsfall von Art. 140 Abs. 1 StPO handelt. Des Weiteren hat der Gesetzgeber – anders als etwa bei der verdeckten Ermittlung – die Erkenntnisse aus einer unter Verletzung der Vorschriften gemäss Art. 298a-d StPO erfolgten verdeckten Fahnung nicht ausdrücklich als unverwertbar bezeichnet (vgl. Art. 289 Abs. 6 StPO, Art. 298b StPO; vgl. auch BSK StPO-Gless, a.a.O., Art. 140 N 54). Es handelt sich somit vorliegend nicht um eine absolute Gültigkeitsvorschrift (Art. 141 Abs. 1 StPO).

Die verletzte Vorschrift von Art. 298b StPO ist sodann eine Gültigkeitsvorschrift und nicht (bloss) eine Ordnungsvorschrift. Die Funktion der Vorschrift, dass eine verdeckte Ermittlung angeordnet werden muss, erschöpft sich nicht darin, die äussere Ordnung des Verfahrens zu regeln. Sie dient dazu, die Grundlagen der prozessualen Subjektstellung der beschuldigten Person abzusichern, wie auch Protokollierungsvorschriften oder Normen, welche die Voraussetzung für das Ergreifen von Zwangsmassnahmen regeln. Es ist daher zu prüfen, ob die Verwertung des durch Verletzung dieser (einfachen) Gültigkeitsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO erlangten Beweismittels ausnahmsweise möglich ist.

6.2.2. Vorliegend ist gegenüber dem Beschuldigten der Vorwurf einer qualifizierten Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG aufzuklären. Der Strafrahmen hierfür beträgt Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 20 Jahren. Dieser Straftatbestand fällt nach allen oben angeführten Umschreibungen grundsätzlich unter den Begriff der schweren Straftat gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO. Er ist in den Deliktskatalogen der Art. 269 und 286 StPO enthalten (Art. 269 Abs. 2 lit. f StPO und Art. 286 Abs. 2 lit. f StPO). Es handelt sich um ein Verbrechen nach Art. 10 Abs. 2 StGB und als Strafe ist ausschliesslich Freiheitsstrafe vorgesehen. Darüber hinaus ist, wie ausgeführt, bei einer solchen Tat eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe auszusprechen. Bei einem sogenannten schweren Fall nach Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG geht es darum, dass der Beschuldigte eine derartige Menge von Drogen beispielsweise besitzt oder in Verkehr bringt, durch welche die Gesundheit zahlreicher Personen gefährdet werden könnte. Nachdem gemäss konstanter Bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein schwerer Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG bei Handel mit einer Menge von mindestens 18 Gramm Kokaïn-Hydrochlorid vorliegt (BGE 109 IV 143; vgl. dazu Ziff. 6.1.2. in fine), ist betreffend den Tatvorwurf des Einführens sowie Besitzes bzw. Aufbewahrens von 700,6 Gramm Kokain – im Einklang mit den Ausführungen der Staatsanwaltschaft (Urk. 67 S. 2 f.) und entgegen den Ausführungen der amtlichen Verteidigung (Urk. 68 Ziff. III, Prot. II S. 19) – von einer schweren Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO auszugehen.

Der Argumentation der Vorinstanz, dass für die vorliegende Straftat grundsätzlich wohl ein Strafmass zwischen 24 und 30 Monaten Freiheitsstrafe angemessen wäre bzw. eine Strafe von 20 Monaten Freiheitsstrafe beantragt sei und die Strafe damit im unteren Bereich einer möglichen Freiheitsstrafe liegen würde, weshalb es sich nicht um eine "schwere Straftat" handle, vermag nicht zu überzeugen. Es kann nicht entscheidend sein, welche Strafe schlussendlich konkret resultiert, hängt diese doch von verschiedenen Umständen ab (wie Tatkomponente, Täterkomponente, Zurechnungsfähigkeit, Nachtatverhalten, Strafempfindlichkeit etc.). Art. 141 Abs. 2 StPO regelt grundsätzlich, in welchen Konstellationen ein Beweismittel bei Verdacht einer schweren Straftat trotz Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift verwertet werden darf, um eine Untersuchung zu führen bzw. dieses später in einem Urteil zu verwerten. Abgesehen davon, dass in einem solchen frühen Untersuchungsstadium die genauen Umstände einer Tat oft noch unklar sind, kann diese Frage nicht von der von der Staatsanwaltschaft in Aussicht gestellten Strafe oder von der letztlich (rechtskräftig) ausgefallenen Strafhöhe abhängen.

6.2.3. Da vorliegend ohne den Beweis der beschlagnahmten Betäubungsmittel und des daraufhin erfolgten Geständnisses sodann eine Verurteilung nicht möglich wäre, sind diese Beweismittel im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich.

6.2.4. Auch wenn mit dem Inkrafttreten der StPO nicht mehr eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen ist (vgl. dazu Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 20; BSK StPO-Gless, Art. 141 N 70), ist doch festzuhalten, dass vorliegend das Ausmass der Rechtsgüterverletzung durch die Strafverfolgungsbehörden gering war. Im Polizeirapport wurde ausdrücklich festgehalten, weshalb und in welcher Hinsicht ein Verdacht gegen den Benutzer der fraglichen Telefonnummer besteht. Weiter wurde der Scheinkauf genau protokolliert und es ist anzumerken, dass der Scheinkauf gemäss gesetzlicher Vorschrift vom Polizeibeamten – der davon ausging auf Grundlage des Polizeigesetzes zu handeln – hätte angeordnet werden können. Angesichts der Schwere der zu beurteilenden Straftat überwiegt in Abwägung zum eher leichten Ausmass der Rechtsgüterver-

letzung durch die Strafbehörden vorliegend jedenfalls das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse der Beschuldigten an der Unverwertbarkeit. Unter diesen Umständen stehen einer Beweisverwertung auch nicht das Gebot von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs entgegen.

6.2.5. Weiter stellt sich die Problematik einer Fernwirkung gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO in dieser Konstellation nicht. Wenn, wie vorliegend, schon das direkt durch eine Gültigkeitsvorschrift verletzte Beweismittel (Scheinkauf) zur Aufklärung einer schweren Straftat verwendet werden dürfte, gilt dies umso mehr für die lediglich indirekt erlangten Beweismittel (Hausdurchsuchung und aufgrund der Erkenntnisse der Hausdurchsuchung gemachte Aussagen).

6.2.6. Die Verteidigung hat vor Vorinstanz des Weiteren geltend gemacht, dass sämtliche Erklärungen, die von den Parteien im Hinblick auf ein abgekürztes Verfahren abgegeben worden seien, in einem folgenden ordentlichen Verfahren nicht verwertbar seien. Dies habe zur Folge, dass insbesondere die Aussagen in der Einvernahme vom 10. Mai 2016 (Urk. 4/5) nicht verwertbar seien (Urk. 48 Ziff. 6). Es ist, wie von der Verteidigung zutreffend wiedergegeben, klar geregelt, dass von den Parteien im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren abgegebene Erklärungen in einem folgenden ordentlichen Verfahren nicht verwertbar sind (Art. 362 Abs. 4 StPO). Die Verteidigung übersieht indessen, dass die Möglichkeit eines abgekürzten Verfahrens erst im Anschluss an die Schlusseinvernahme und insbesondere nach dem vollumfänglichen Geständnis des Beschuldigten angeregt und erläutert wurde. Der Beschuldigte hat im Anschluss an seine Befragung und an die Erläuterung des abgekürzten Verfahrens einen Antrag auf Durchführung des abgekürzten Verfahrens gestellt und in der Folge wurde dieser bewilligt. Erst danach verhandelten Verteidigung und Staatsanwaltschaft über das Strafmass (vgl. im einzelnen Urk. 4/5 insbesondere S. 4). Die Einvernahme vom 10. Mai 2016 ist daher unter dem Gesichtspunkt von Art. 362 Abs. 4 StPO verwertbar.

6.2.7. Als Fazit ist festzuhalten, dass die Erkenntnisse aus der Hausdurchsuchung und die sich darauf beziehenden Aussagen des Beschuldigten als Beweismittel zur Aufklärung des Vorwurfs der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von dessen Art. 19 Abs. 2 lit. a BetrMG

durch die Einfuhr und den Besitz bzw. die Aufbewahrung einer grossen Menge Kokain als schwere Straftat verwendet werden dürfen, da diese Beweismittel dafür unerlässlich sind.

III. Sachverhalt

Der Beschuldigte hat den ihm in der Anklageschrift vorgeworfenen Sachverhalt hinsichtlich der Lagerung der sichergestellten Betäubungsmittel eingestanden und auch anerkannt, dass er diese aus Barcelona in die Schweiz einfuhrte und beabsichtigte, diese hier in der Schweiz an noch nicht näher bestimmte Drogenkonsumenten zu verkaufen (Urk. 4/5 S. 2 ff.; sowie auch Urk. 4/3 und 4/4). Sein Geständnis deckt sich mit dem Untersuchungsergebnis, insbesondere mit dem in der Wohnung von B._____ sichergestellten Kokain sowie den Streckmitteln und Betäubungsmittelutensilien. Der Sachverhalt ist demnach im Sinne der Anklage erstellt.

IV. Rechtliche Würdigung

Die Staatsanwaltschaft würdigt das Verhalten des Beschuldigten als Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. b und d in Verbindung mit Abs. 2 lit. a BetmG. Die rechtliche Würdigung durch die Staatsanwaltschaft ist zutreffend erfolgt und wurde von der Verteidigung bereits in der Untersuchung anerkannt (Urk. 4/5 S. 4).

V. Strafe

1.1. Der Strafraumen für schwere Fälle von Drogenhandel im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG reicht von einem Jahr bis zu zwanzig Jahren Freiheitsstrafe. Damit kann eine Geldstrafe verbunden werden.

1.2. Innerhalb dieses Strafraumens ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse und die Wirkung der Strafe auf das Leben des Beschuldigten zu berücksichtigen sind

(Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird generell nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes, der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit dieser nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage gewesen ist, die Beeinträchtigung des Rechtsgutes zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen, wobei zwischen der Tat- und der Täterkomponente zu unterscheiden ist (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar zum StGB, 18. Aufl., Zürich 2010, N5 ff. zu Art. 47).

1.3. Bei der Tatkomponente sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, die kriminelle Energie, die Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe des Täters zu beachten. Ausgangspunkt ist die objektive Schwere des Deliktes, d.h. die Schwere der Verletzung des betroffenen Rechtsguts und das Vorgehen des Täters. Bei der Bewertung des subjektiven Verschuldens stellt sich die Frage, wie dem Täter die objektive Tatschwere tatsächlich anzurechnen ist. Zu beurteilen sind diesbezüglich insbesondere das Motiv, die Beweggründe, die Willensrichtung sowie das Mass an Entscheidungsfreiheit des Täters. Bei der Berücksichtigung der Beweggründe wird vor allem darauf abzustellen sein, ob sie egoistischer Natur waren und ob der Täter aus eigenem Antrieb oder auf Veranlassung eines anderen handelte. Zu berücksichtigen ist überdies, ob der Täter mit direktem Vorsatz oder Eventualvorsatz handelte (Hug, in: Donatsch [Hrsg.], Navigator-Kommentar StGB, 19. Aufl., Zürich 2013, Art. 47 N 7 ff.).

1.4. Bei Drogendelikten hängt das Verschulden insbesondere von der Funktion des Täters und der Hierarchiestufe im Betäubungsmittelhandel ab. Zu berücksichtigen ist, wie der Täter in den Besitz der Drogen gelangte, welche Tathandlungen er ausführte, ob er aus einem Suchtzustand heraus handelte, oder nur, um Geld zu verdienen. Ebenfalls zu beachten ist das Ausmass der abstrakten Gefährdung der Volksgesundheit als Deliktserfolg, welches sich aus der Art der umgesetzten Betäubungsmittel sowie deren Menge und Reinheitsgrad ergibt. Dabei ist diese Gefahr indes nicht das vorrangige Element. Namentlich wenn mehrere Qualifika-

tionsgründe gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG erfüllt sind, verlieren Drogenmenge und Reinheitsgrad an Bedeutung. Auch werden sie umso weniger wichtig, je deutlicher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG überschritten ist (BGer 6S.465/2004 vom 12. Mai 2005, E. 3.1; BGE 121 IV 193 E. 2.b.aa). Um eine rechtsgleiche Behandlung vergleichbarer Fälle zu ermöglichen, rechtfertigt es sich, die in der Praxis anzutreffenden Vergleichsrahmen im Sinne einer Kontrolle heranzuziehen. Dabei ist aber stets zu beachten, dass solche schematischen Modelle höchstens als allgemeine Anhalts- bzw. Vergleichspunkte dienen können, viel wesentlicher aber das konkrete Verschulden und die konkreten Umstände des einzelnen Falles sind. Zudem besteht die Gefahr, dass die Betäubungsmittelmenge ein ihr nicht zustehendes Gewicht erhält. Ausgangspunkt der Strafzumessung nach diesem Modell ist die gehandelte Betäubungsmittel-Nettomenge. Als Fixpunkt dient die Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe bei einer Menge von 12 Gramm Heroin. Für Quantitäten über diesem Grenzwert soll sich die Freiheitsstrafe relativ zur Kubikwurzel der gehandelten Menge verhalten. Hinzu kommen schematische Abzüge und Zuschläge für bestimmte prototypische Sachverhalte (vgl. Fingerhuth/Schlegel/Jucker, BetmG-Komm., N 29 ff. zu Art. 47 StGB, Urteil des OGer ZH SB110630 vom 12. März 2012, E. 3.5; Urteil des OGer ZH SB110502 vom 14. November 2011, E. 3.2.2).

2.1. Hinsichtlich der objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte eine beträchtliche Menge Kokain und Streckmittel aus F. _____ in die Schweiz eingeführt hat, diese in der Wohnung von B. _____ aufbewahrte, mit der Absicht diese hier an Drogenkonsumenten zu verkaufen. Er hat dabei die Grenze zum schweren Fall aufgrund der Reinmenge von rund 276 Gramm weit überschritten. Bei Kokain handelt es sich bekanntlich um eine sehr stark süchtig machende Droge, weshalb der Beschuldigte die Gefährdung einer grossen Anzahl Menschen in Kauf nahm. Verschuldenserhöhend wirkt sich aus, dass der Beschuldigte mit dem Ziel, hier Betäubungsmittel zu verkaufen, in die Schweiz eingereist ist. Wie weit der Beschuldigte eigenständig handeln konnte, lässt sich aufgrund der Akten nicht rechtsgenügend feststellen. Die Staatsanwaltschaft geht davon aus, dass er eher in einer unteren Hierarchiestufe stand, mitunter keine federführende Rolle im Drogenhandel inne hatte. Die ihm anvertraute grosse, wertvolle Menge

Kokain zeigt indessen seine Vertrauensstellung, die er genoss. Das objektive Tatverschulden ist - auf einer Skala aller denkbaren qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz und in Anbetracht des konkreten sehr weiten Strafrahmens (Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG) - als nicht mehr leicht zu bezeichnen.

2.2. Bezüglich der subjektiven Tatschwere ist zunächst festzuhalten, dass der Beschuldigte direktvorsätzlich handelte und einzig aufgrund seiner Verhaftung mit seiner deliktischen Tätigkeit aufhörte. Weiter ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte selber nicht süchtig ist (vgl. Urk. 4/1 S. 7) und aus egoistischen, rein finanziellen Überlegungen im Drogenhandel tätig sein wollte.

2.3. Insgesamt ergibt sich, dass die subjektiven Komponenten die objektive Tatschwere nicht zu verringern vermögen, weshalb das Verschulden des Beschuldigten als nicht mehr leicht einzustufen ist. Eine hypothetische Einsatzstrafe von 30 Monaten Freiheitsstrafe erweist sich als angemessen. Diese Strafhöhe rechtfertigt sich ferner auch ohne Weiteres in Anwendung des Strafzumessungs-Vergleichsmodells von Fingerhuth/Schlegel/Jucker (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 47 N 45 ff.; vgl. dazu die Entscheide des Bundesgerichts 6B_495/2008 vom 27. Dezember 2008, E. 1.4; 6B_375/2014 vom 28. August 2014 E.2.3.). Gemäss der von Fingerhuth/Schlegel/Jucker dargestellten Tabelle führen Drogenmengen im Bereich von 180 bis 360 Gramm Kokain zu einer Freiheitsstrafe von 24 bis 30 Monaten (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 47 N 45 und 47).

2.4. Die Täterkomponente umfasst die persönlichen Verhältnisse, das Vorleben, insbesondere frühere Straftaten, sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere gezeigte Reue und Einsicht oder ein abgelegtes Geständnis. Unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen ist ferner die Strafempfindlichkeit des Täters (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, a.a.O., Art. 47 StGB N 14). Zu seinen persönlichen Verhältnissen und seinem Vorleben wurde der Beschuldigte anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 2. April 2016 (Urk. 4/1) sowie der staatsanwaltschaftlichen Schlusseinvernahme vom 10. Mai 2016 (Urk. 4/5) befragt. Daraus geht im Wesentlichen hervor, dass der Beschuldigte in E._____ [Stadt in G._____] aufge-

wachsen ist, fünf Geschwister und zwei Halbgeschwister hat und die Schule bis zum Alter von 23 Jahren besucht hat. Gemäss seinen Angaben besitze er ein Diplom als Elektriker und habe auch schon in Autogaragen als Spengler gearbeitet. Im Jahre 2005 habe der Beschuldigte seine Heimat Richtung F._____ verlassen, wo er bis heute lebe. Er sei zum zweiten Mal verheiratet. Seine jetzige Ehefrau habe er vor zwei Jahren geheiratet. Der Beschuldigte führte aus, drei Kinder im Alter von 18, 10 und 2 Jahren zu haben. In F._____ arbeite er (schwarz) als Coiffeur, Klempner oder in einer Autogarage. Er verdiene monatlich zwischen 700 bis 1'200 Euro. Seine Frau arbeite als Reinigungsangestellte und verdiene nur sehr wenig. Er schicke seinen Kindern in G._____ monatlich durchschnittlich 450 Euro. Vermögen habe der Beschuldigte nicht, hingegen Schulden in der Höhe von rund 2000 Euro, die er, wenn es gut laufe, in Raten abzahle.

Aus dem Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten lassen sich im Wesentlichen keine strafzumessungsrelevanten Faktoren entnehmen.

2.5. Bei der Strafzumessung ist auch das Nachtatverhalten eines Täters mit zu berücksichtigen. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren, wie zum Beispiel Reue, Einsicht und Strafempfindlichkeit. Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie Einsicht und Reue wirken strafmindernd (Wyprächtiger/Keller- BSK StGB I, Art. 47 StGB N 167 ff.). Vorliegend wirkt sich das vollumfängliche Geständnis des Beschuldigten deutlich strafmindernd aus. Bereits kurze Zeit nach der Verhaftung, mithin am 6. April 2016, legte der Beschuldigte ein Geständnis ab (Urk. 4/3 und 4/4). Darüber hinaus zeigte er sich in der Untersuchung kooperativ und gab auch in Bezug auf die Rolle von B._____ Auskunft. Der Beschuldigte kann nicht mehr dazu befragt werden, wie er heute zu seinem deliktischen Handeln steht. Es ist davon auszugehen, dass er das Unrecht seiner Taten einsieht, was ebenfalls zu seinen Gunsten zu berücksichtigen ist.

2.6. In Würdigung aller Strafzumessungsgründe erweist sich demzufolge eine Freiheitsstrafe von 20 Monaten Freiheitsstrafe als den Taten und dem Täter angemessen. Der Anrechnung von 76 Tagen, die im vorliegenden Verfahren durch

Untersuchungshaft erstanden sind, auf die heute auszufällende Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

VI. Vollzug

1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Danach ist das Fehlen einer ungünstigen Prognose materielle Voraussetzung für die Gewährung des bedingten Vollzugs. Bei der Beurteilung dieser Frage ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen, wobei insbesondere Vorleben, Leumund, Charaktermerkmale und Tatumstände einzubeziehen sind. Weil eine günstige Prognose vermutet wird, ist der bedingte Strafvollzug bei Vorliegen der Voraussetzungen in der Regel zu gewähren. Schiebt das Gericht den Vollzug der Strafe ganz oder teilweise auf, so auferlegt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB).

2. Da vorliegend eine Freiheitsstrafe von 20 Monaten auszufallen ist, sind in objektiver Hinsicht die Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Strafvollzuges gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB erfüllt. Der Beschuldigte weist keine Vorstrafen auf. Es ist davon auszugehen, dass dem vorliegenden Strafverfahren und dem bereits erlittenen strafprozessualen Freiheitsentzug eine hinreichende Warnwirkung zukommt. Da Anhaltspunkte für die künftige Begehung weiterer Straftaten nicht ersichtlich sind, kann dem Beschuldigten somit eine günstige Prognose gestellt werden.

3. Schiebt das Gericht den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB). Vorliegend sind keinerlei Gründe ersichtlich, die für eine besonders lange Probezeit sprechen würden. Es erscheint vielmehr aufgrund der obigen Erwägungen angemessen, eine Probezeit von zwei Jahren anzusetzen.

VII. Genugtuung

Bei diesem Ausgang des Verfahrens befand sich der Beschuldigte nicht ungerichtlich in Haft, weshalb die vorinstanzliche Zusprechung einer Genugtuungsentuschädigung von Fr. 2'000.– aufzuheben ist.

VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO hat die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu befinden, wenn sie selber ein neues Urteil fällt und nicht kassatorisch entscheidet (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 428 N 14).

2. Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Der bereits in Rechtskraft erwachsene Freispruch vom Vorwurf der Fälschung von Ausweisen im Sinne von Art. 252 StGB rechtfertigt angesichts des Verhältnisses zum Schuldspruch keine andere Kostenaufgabe. Unter Berücksichtigung von § 2 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2010 (GebV OG), ist die erstinstanzliche Gebühr angesichts der Grösse des Falles auf Fr. 2'400.– festzusetzen. Die übrigen Kosten der Strafuntersuchung sind im Kostenblatt aufgeführt (Urk. 21). Die von der Vorinstanz festgesetzte Entschädigung der amtlichen Verteidigerin ist angemessen. Die Anfechtung dieser Regelung ist somit einzig bedingt durch den von der Staatsanwaltschaft beantragten Schuldspruch, der sich auch auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen auswirkt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Rückforderung vom Beschuldigten im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO (Urk. 56 S. 21; Dispositivziffer 2).

3. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die amtliche Verteidigerin des Beschuldigten ist für das Berufungsverfahren mit Fr. 2'730.– (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei eine Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 29. November 2016 bezüglich Dispositiv Ziff. 1 teilweise (Freispruch vom Vorwurf der Fälschung von Ausweisen im Sinne von Art. 252 StGB) sowie bezüglich Dispositiv Ziff. 3 (Einziehung Klappmesser), 4 (Einziehung Reisepass) und 5 (Herausgabe Mobiltelefone und Speicherkarten) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig des Verbrechens gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b und d BetmG i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 20 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 76 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt.
4. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 2'400.- ; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 3'000.- amtliche Verteidigung
- Fr. 2'500.- Gebühr für das Vorverfahren
- Fr. 2'856.40 Auslagen (Gutachten)
- Fr. 945.- Auslagen Polizei
5. Die Kosten des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
- Fr. 3'000.- ; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 2'730.- amtliche Verteidigung
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
8. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (versandt)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (versandt)
- sowie hernach in vollständiger Ausfertigung an
- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - das Bundesamt für Polizei (fedpol)
- sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich

- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
- die Kantonspolizei Zürich, TEU-ZD-DA, mit separatem Schreiben gemäss § 54a PolG
- die Vorinstanz mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen an die Lagerbehörden betreffend Beschluss Dispositiv Ziff. 1

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, 25. April 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Rissi

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.