

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB160457-O/U/hb-ad

Mitwirkend: Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, Oberrichterin Dr. Janssen und
Ersatzoberrichterin lic. iur. Mathieu sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. Aardoom

Urteil vom 11. April 2017

in Sachen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat, vertreten durch Staatsanwalt lic. iur.
Lüscher,
Anklägerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

gegen

A._____,

Beschuldigter, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
30. August 2016 (DG160198)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 29. Juni 2016 (Urk. 15) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Dem Beschuldigten werden 89 Tage Haft (von 28. April 2016 bis 25. Juli 2016) an die mit Urteil vom 9. Februar 2016 des Bezirksgerichts Zürich (DG150362) ausgesprochene Freiheitsstrafe von 14 Monaten (Vollzug aufgeschoben, damals bereits 77 Tage durch Haft erstanden) angerechnet, womit von dieser Strafe insgesamt 166 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die folgenden sichergestellten, bei der Bezirksgerichtskasse Zürich lagernden Gegenstände werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben:
 - Natel "Samsung" schwarz mit SIM-Karte "Lyca",
 - Natel "Wiko" schwarz mit SIM-Karte "Swisscom" & "Lyca",
 - Natel-Uhr Digital schwarz mit SIM-Karte "Lyca".

Werden die freigegebenen Gegenstände nicht innert 30 Tagen seit Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils vom Beschuldigten herausverlangt, so werden sie vernichtet.

4. Das sichergestellte, bei der Kasse der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat lagernde Bargeld in der Höhe von Fr. 940.– wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen herausgegeben.
5. Die sichergestellten, bei der Stadtpolizei Zürich lagernden Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Lagernummern S1 und S2) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

6. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Die übrigen Kosten, einschliesslich derjenigen der Untersuchung und der amtlichen Verteidigung, werden auf die Staatskasse genommen.
7. Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ wird für seine Aufwendungen als amtlicher Verteidiger des Beschuldigten mit Fr. 7'449.85 (inkl. Barauslagen und 8% MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
8. Das Genugtuungsbegehren des Beschuldigten wird abgewiesen.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 57 S. 1)

Hauptberufung

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und es sei das angefochtene, erstinstanzliche Urteil vom 30.8.2016 (bis auf die mit der Anschlussberufung angefochtenen Dispositivziffern 2 und 8) zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Kosten der amtlichen Verteidigung) zu Lasten der Staatskasse.

Anschlussberufung

1. Dispositivziffern 2 und 8 des angefochtenen Urteils seien aufzuheben und durch die folgende Fassung zu ersetzen.

Der Beschuldigte sei für die erlittene Untersuchungs- resp. Sicherheitshaft vom 28.4.2016 bis und mit 25.7.2016, insgesamt also 89 Tage, mit Fr. 200.– pro Tag, mithin also insgesamt Fr. 17'800.–, aus der Staatskasse zu entschädigen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. Kosten der amtlichen Verteidigung zzgl. MwSt.) zu Lasten der Staatskasse.

b) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:

(Urk. 56 S. 1)

1. Der Beschuldigte A._____ sei des Vergehens gegen das BG über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG schuldig zu sprechen.
2. Er sei mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu je Fr. 50.00 zu bestrafen.
3. Die Strafe sei zu vollziehen.
4. Es seien an die Strafe insgesamt 89 Tage erstandener Haft anzurechnen.
5. Es sei der Vollzug der mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 9. Februar 2016 unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren gewährte bedingte Strafvollzug zu widerrufen und es sei die damals ausgefallte Freiheitsstrafe von 14 Monaten zu vollziehen.
6. Es seien die gemäss Durchsuchungsprotokoll sichergestellten Gegenstände einzuziehen und zu vernichten.
7. Es sei die Abnahme einer DNA-Probe und die Erstellung eines DNA-Profiles im Sinne von Ar. 5 des DNA-Profil-Gesetzes anzuordnen.

8. Es seien dem Beschuldigten die Kosten aufzuerlegen.

Erwägungen:

1. Prozessverlauf

1.1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 30. August 2016 wurde der Beschuldigte vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG freigesprochen. Weiter wurden ihm 89 Tage erlittene Haft an die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Februar 2016 ausgesprochene Freiheitsstrafe von 14 Monaten, deren Vollzug aufgeschoben worden war, angerechnet und über die sichergestellten Gegenstände, Bargeld, Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien entschieden (Urk. 43).

1.2. Gegen dieses Urteil meldete die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (nachfolgend Staatsanwaltschaft) rechtzeitig Berufung an (Urk. 38). Die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft ging ebenfalls rechtzeitig ein (Urk. 44). Mit Eingabe vom 21. Dezember 2016 erhob der Beschuldigte Anschlussberufung. Sodann stellte er den Antrag, es sei das schriftliche Verfahren anzuordnen (Urk. 50). Mit Präsidialverfügung vom 3. Januar 2017 wurde die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft zugestellt und verfügt, das Berufungsverfahren mündlich durchzuführen (Urk. 51). Die Berufungsverhandlung fand am 11. April 2017 statt (Prot. II S. 5 ff.).

2. Berufungserklärungen

2.1. Die Staatsanwaltschaft beschränkte die Berufung mit ihrer Berufungserklärung vom 10. November 2016 auf den Freispruch, das Anrechnen der Haft an die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Februar 2016 ausgesprochene Frei-

heitsstrafe, die Herausgabe der sichergestellten Gegenstände und den Entscheid betreffend Kostenübernahme durch die Staatskasse (Urk. 44).

2.2. Der Beschuldigte erhob Anschlussberufung mit dem Antrag, die Dispositivziffern 2 und 8 seien vollumfänglich aufzuheben und der Beschuldigte sei für die erlittene Untersuchungs- resp. Sicherheitshaft vom 28. April 2016 bis und mit 25. Juli 2016 mit Fr. 200.– pro Tag aus der Staatskasse zu entschädigen (Urk. 50).

2.3. In der Berufungsschrift ist anzugeben, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils verlangt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO). Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Nachdem die Urteilsdispositivziffern 4 (Herausgabe Bargeld), 5 (Einziehung) und 7 (Entschädigung Verteidigung) nicht angefochten sind, ist festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Sachverhalt

3.1. Dem Beschuldigten wird zusammengefasst vorgeworfen, am Donnerstag, 28. April 2016, einem polizeilichen Scheinkäufer eine Portion Kokain (2.0 g bei einem Gehalt von 75% entsprechend 1.49 g Reinsubstanz) zum Preis von Fr. 200.– verkauft zu haben, wobei er die Betäubungsmittel zuvor von einem Unbekannten zwecks Weiterverkauf erhalten habe (Urk. 15).

3.2. Der Beschuldigte bestritt den ihm vorgeworfenen Sachverhalt sowohl in der Untersuchung als auch im vorinstanzlichen Verfahren (Urk. DS1/3/1-4; Prot. I S. 12 ff.).

3.3. Es ist daher anhand der aktenkundigen Beweismittel zu prüfen, ob der eingeklagte Sachverhalt erstellt werden kann. Als Beweismittel liegen nebst den Aussagen des Beschuldigten die Aussagen der als Beschuldigte einvernommenen B._____ (Ehefrau des Beschuldigten; Urk. DS1/4/1), die Zeugenaussage des polizeilichen Scheinkäufers (Urk. DS1/4/2), das Gutachten betreffend Untersuchung von Mikros Spuren auf Betäubungsmitteln (Urk. DS1/7/4), das Gutachten betreffend Identifikation/Gehaltsbestimmung von Betäubungsmitteln (Urk. DS1/7/6),

das Protokoll betreffend Durchsuchung des Beschuldigten (Urk. DS1/9/1), das Hausdurchsuchungsprotokoll (Urk. DS1/9/2), die Sicherstellungsliste (Urk. DS1/9/3) und die BM-Sicherstellungslisten (Urk. DS1/9/4-5) vor.

4. Verwertbarkeit der Beweismittel

4.1. Zunächst ist auf die Frage der Verwertbarkeit der vorliegenden Beweismittel einzugehen. Denn Beweise, die die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO).

4.1.1. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz frei, weil sie zum Schluss kam, dass der Scheinkauf nach den Regeln der Schweizerischen Strafprozessordnung durchzuführen gewesen wäre, die entsprechenden Vorschriften jedoch nicht eingehalten worden seien und deshalb die sichergestellten Beweismittel und diesbezüglichen Gutachten einem Verwertungsverbot unterliegen würden (Urk. 43).

4.1.2. Die Staatsanwaltschaft macht geltend, dass die Vorinstanz zu Unrecht die Bestimmungen von Art. 298a ff. StPO für anwendbar erklärt habe. Es handle sich nicht um eine verdeckte Fahndung, sondern es sei ein Scheinkauf im Rahmen der Bestimmungen des Polizeigesetzes (PolG) getätigt worden (Urk. 44; Urk. 56).

4.2. Aus den Untersuchungsakten ergibt sich, dass der Scheinkauf vom 28. April 2016 gestützt auf § 32d PolG erfolgte (Urk. DS1/2 S. 1, DS1/11/1 S. 1). Es ist nachfolgend zu prüfen, ob sich die Polizei (und die Untersuchungsbehörde) zu Recht auf § 32d PolG beruft oder ob der Scheinkauf nach den Vorschriften der Schweizerischen Strafprozessordnung durchzuführen gewesen wäre.

4.2.1. Die Schweizerische Strafprozessordnung regelt in Art. 298a-d StPO die verdeckte Fahndung. Eine verdeckte Fahndung liegt nach Art. 298a StPO vor, wenn Angehörige der Polizei im Rahmen kurzer Einsätze in einer Art und Weise, dass ihre Identität und Funktion nicht erkennbar ist, Verbrechen und Vergehen aufzuklären versuchen und dabei insbesondere Scheingeschäfte abschliessen

oder den Willen zum Abschluss vortäuschen. Die Staatsanwaltschaft und, im Ermittlungsverfahren, die Polizei können eine verdeckte Fahndung anordnen, wenn der Verdacht besteht, ein Verbrechen oder Vergehen sei begangen worden und die bisherigen Ermittlungs- oder Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Art. 298b Abs. 1 StPO). Die Anordnung durch die Polizei dürfte die Regel sein, da es sich bei der verdeckten Ermittlung um eine klassische polizeiliche Ermittlungsmassnahme handelt, welche in der Regel in einem frühen Verfahrensstadium eingesetzt werden soll. Die Anordnung muss schriftlich erfolgen und ausweisen, für welche Delikte wem gegenüber ein Tatverdacht besteht. Nur so kann die Zulässigkeit der Anordnung im Nachhinein auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden. Die verdeckte Fahndung muss nicht vom Zwangsmassnahmengericht genehmigt werden (BSK StPO-Knodel, 2. Aufl., Art. 298b N 1 ff.).

4.2.2. Der Bund ist aufgrund von Art. 123 Abs. 1 BV zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts befugt. Gemäss Art. 49 Abs. 1 BV geht Bundesrecht entgegenstehendem kantonalem Recht vor. Im Entscheid BGE 140 I 353 hat sich das Bundesgericht mit dem Zürcher Polizeigesetz und der Abgrenzung der Zuständigkeiten des Bundes und des Kantons auseinandergesetzt. Es hielt dabei fest, dass die Zuständigkeit der Kantone, auf ihrem Hoheitsgebiet für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu sorgen, als originäre Kompetenz der Kantone gelte. Die Kantone würden auf ihrem Territorium über die Polizeihohheit verfügen und damit über die entsprechende Rechtsetzungskompetenz im Hinblick auf die Wahrnehmung des umfassenden Auftrags zur Gefahrenabwehr. Der Bund sei aufgrund von Art. 123 Abs. 1 BV zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts befugt. Ausgangspunkt eines jeden Strafverfahrens sei der Verdacht, eine strafbare Handlung sei begangen worden. Das Strafprozessrecht regle somit die Vorkehrungen und die Schritte des Verfahrens, mit welchem die Richtigkeit dieses Verdachts überprüft und gegebenenfalls die Straftat beurteilt werde. Soweit dagegen zu regeln sei, mit welchen Mitteln Straftaten verhindert werden können oder ihre erst mögliche Begehung festgestellt werden könne, beschlage dies das Polizeirecht, zu dessen Erlass grundsätzlich die Kantone zuständig seien (BGE 140 I 353 E. 5.1). Das Bundesgericht hielt weiter

fest, dass die Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung betreffend die verdeckte Fahndung jene Fälle erfasse, in denen ein Verdacht auf eine strafbare Handlung bestehe. Dieser Verdacht könne auch bloss ein vager sein (BGE 140 I 353 E. 5.4). Demgegenüber enthalte das geltende Bundesrecht keine Bestimmungen zur präventiven Vorermittlung im Sinne eines polizeilichen Tätigwerdens zur Verhinderung oder Erkennung zukünftiger möglicher Delikte. Die präventive verdeckte Vorermittlung sei der Regelung durch die Kantone überlassen worden (BGE 140 I 353 E. 5.5.1. f.).

4.2.3. Von dieser Kompetenz hat der Kanton Zürich mit dem Erlass des Polizeigesetzes Gebrauch gemacht. Im Antrag des Regierungsrates vom 28. März 2012 zur Änderung des Polizeigesetzes vom 23. April 2007 wird festgehalten, dass Voraussetzung für polizeiliche Ermittlungshandlungen gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung sei, dass bereits ein ausreichender Tatverdacht auf eine bereits begangene Straftat vorliege. Von diesem Vorverfahren abzugrenzen sei die sogenannte Vorermittlungstätigkeit der Polizei. Unter Vorermittlungen verstehe man Abklärungen und Massnahmen der Polizei, die auf Verdachtsbegründung ausgerichtet seien oder die auf einem bloss vagen, noch unbestimmten Anfangsverdacht, kriminalistischen Erfahrungswerten oder auf einer blossen Vermutung oder Hypothese gründen, die ohne vorgängige Konkretisierung und Verdichtung (oder Entkräftung) für die Einleitung eines gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahrens gemäss Art. 306 StPO nicht genügen. Typisch sei solches Handeln, wenn die Polizei Meldungen aus der Bevölkerung über verdächtige Wahrnehmungen nachgehe. Vorermittlungen würden der Polizei das Erkennen, dass bestimmte Straftaten begangen worden seien oder gestützt auf einen bereits gefassten Tatentschluss kurz vor der Ausführung stehen könnten, ermöglichen. Sie würden demnach die Feststellung bezwecken, ob überhaupt, und im bejahenden Fall eine möglichst gute Ausgangslage für das nachfolgende Vorverfahren gemäss StPO zu schaffen oder auch (weitere) Straftaten zu verhindern (Antrag des Regierungsrates vom 28. März 2012, 4884, Polizeigesetz, S. 15 f.).

4.2.4. Gemäss § 32d Abs. 1 PolG können Angehörige der Polizei oder von ihr beauftragte oder mit ihr kooperierende Dritte zur Verhinderung und Erkennung von

Straftaten mit anderen Personen Kontakt aufnehmen, ohne ihre wahre Identität und Funktion bekannt zu geben. Als Kontaktnahmen nach Absatz 1 gelten auch die Vorbereitung und der Abschluss von Scheingeschäften und Testkäufen (§ 32d Abs. 2 PolG). In § 4 PolG wird festgehalten, dass die Polizei ausgehend von Hinweisen oder eigenen Wahrnehmungen Vorermittlungen tätige, um festzustellen, ob strafbare Handlungen zu verhindern oder strafbare Handlungen aufzuklären seien. Die Tätigkeit der Polizei im Rahmen der polizeilichen Vorermittlungen würde sich nach diesem Gesetz richten (§ 4 Abs. 1 und 2 PolG).

4.2.5. Währenddem der Regierungsrat in seinem Antrag zur Änderung des Polizeigesetzes davon ausging, dass die Bestimmungen des Ermittlungsverfahrens gemäss StPO erst bei Vorliegen eines konkreten resp. ausreichenden Tatverdachts zur Anwendung komme, hat das Bundesgericht im Entscheid BGE 140 I 353 klargestellt, dass bereits das Vorliegen eines vagen Tatverdachts dazu führt, dass das Ermittlungsverfahren nach den Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung durchzuführen ist. Nicht erfasst von Art. 298a ff. StPO sind somit lediglich die rein präventiven Einsätze der Polizei (vgl. auch Hansjakob in Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., 2. Aufl., Art. 298a N 11). Sobald der Tätigkeit der Polizei der Charakter von Ermittlungen von Straftaten zukommt, finden die Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung Anwendung (Landshut/Bosshard in Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., 2. Aufl., Art. 306 N 1). Für die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens genügt bereits ein relativ vager Verdacht (BGE 140 I 353 E. 5.4; Hansjakob in Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., 2. Aufl., Art. 298b N 11). Insbesondere soll die Polizei im Rahmen des in der Schweizerischen Strafprozessordnung geregelten Ermittlungsverfahrens feststellen, ob genügende, auf ein Delikt hinweisende Anhaltspunkte vorhanden sind, welche die Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens rechtfertigen. Das Ermittlungsverfahren soll lediglich die Entscheidungsgrundlage liefern, um baldmöglichst den Entscheid über die Eröffnung der Strafuntersuchung fällen zu können. Die Polizei hat sich dabei auf die ersten Ermittlungen zu beschränken und alsdann die erhobenen Beweise mit einem zusammenfassenden Rapport über die polizeilichen Aktivitäten sofort der Staatsanwaltschaft weiterzuleiten. Sind tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden, die auf die Begehung einer

strafbaren Handlung hinweisen, d.h. wenn ein konkreter Tatverdacht vorliegt, hat die Polizei die Staatsanwaltschaft zu informieren und ist eine Strafuntersuchung zu eröffnen (Landshut/Bosshard in Donatsch/Hansjakob/Lieber, StPO Komm., 2. Aufl., Art. 306 N 8, N 12).

4.2.6. Dem Polizeirapport vom 28. April 2016 lässt sich entnehmen, dass der polizeiliche Scheinkäufer aufgrund von Hinweisen aus der Bevölkerung, wonach in der Liegenschaft ... [Adresse], bei einem dunkelhäutigen Mann Kokain gekauft werden könne, eingesetzt worden ist (DS 1/1). Bei diesem polizeilichen Scheinkäufer handelte es sich um C._____. Dieser sagte anlässlich seiner Befragung aus, dass er am 28. April 2016 als Scheinkäufer eingesetzt worden sei, da der Verdacht bestanden habe, dass in der Liegenschaft ... [Adresse] von einem dunkelhäutigen Mann mit Betäubungsmitteln gehandelt worden sei (DS1/4/2 S. 3).

4.2.7. Aus dem Polizeirapport und den Aussagen des polizeilichen Scheinkäufers ergibt sich somit, dass an die Polizei konkret herangetragen worden war, dass in der vorgenannten Liegenschaft in einem konkreten Zimmer von einem dunkelhäutigen Mann Kokain verkauft werde und nicht nur, dass z.B. ein verdächtig reger Verkehr in dieser Liegenschaft herrsche oder dubiose Gestalten ein und ausgehen würden. Aufgrund der vorhandenen Informationen stand bereits ein konkretes Delikt (Betäubungsmittelhandel) durch eine bestimmbar Person (dunkelhäutige Person, wohnhaft resp. regelmässig anwesend im Zimmer 13 der Liegenschaft ... [Adresse]) im Raum. Es ging somit nicht in erster Linie darum zu klären, ob allenfalls strafbare Handlungen in dieser Liegenschaft erfolgen (vgl. § 4 PolG, wonach Vorermittlungen der Polizei klären sollen, ob strafprozessuale Sachverhalte vorliegen oder nicht), sondern ob der dunkelhäutige Mann tatsächlich Kokain verkauft, wobei auch eine konkrete Zimmernummer bekannt war und nicht nur – wie dies der Staatsanwalt in seinem Plädoyer aufführt – von einem Mehrfamilienhaus die Rede war (Urk. 56 S. 3 f.). Es lag bereits ein Verdacht auf eine konkrete strafbare Handlung vor. Die Polizei ging somit einem, wenn auch eher vagen, Tatverdacht nach. Die Bestimmungen des Zürcher Polizeigesetzes kommen – wie bereits erwähnt, entgegen den Ausführungen im Antrag des Regierungsrats zur Änderung des Polizeigesetzes – nicht bis zu dem Zeitpunkt zur Anwendung, in dem

ein genügend konkreter resp. ausreichender Tatverdacht vorliegt, der eine Reportierung an die Staatsanwaltschaft rechtfertigt. Bereits bei Vorliegen eines vagen Tatverdachts liegt gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Ermittlungsverfahren im Sinne der Schweizerischen Strafprozessordnung vor (BGE 140 I 535 E. 5.4). So stellt die Polizei nach Art. 306 StPO im Ermittlungsverfahren unter anderem auf der Grundlage von Anzeigen oder eigenen Feststellungen den für eine Straftat relevanten Sachverhalt fest. Nach Abschluss ihrer Ermittlungen informiert sie umgehend die Staatsanwaltschaft (Art. 307 Abs. 3 StPO). Die Polizei kann von der Berichterstattung an die Staatsanwaltschaft absehen, wenn zu weiteren Verfahrensschritten der Staatsanwaltschaft offensichtlich kein Anlass besteht und keine Zwangsmassnahmen oder andere formalisierte Ermittlungshandlungen durchgeführt worden sind (Art. 307 Abs. 4 StPO). Die Bestimmungen der Strafprozessordnung kommen somit nicht erst dann zur Anwendung, wenn die Eröffnung einer Strafuntersuchung gerechtfertigt ist. Aufgabe der Polizei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens im Sinne der Schweizerischen Strafprozessordnung (Art. 306 f. StPO) ist es, Entscheidungsgrundlage dafür zu liefern, ob eine Strafuntersuchung eröffnet werden soll oder nicht und nähere Abklärungen zu tätigen. Dieser Aufgabe kommt sie, sobald ein zumindest vager Tatverdacht vorliegt, nicht im Rahmen ihres Auftrags zur Gefahrenabwehr und Prävention, sondern im Rahmen eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens im Sinne von Art. 306 f. StPO nach. Der Umstand, dass die tatverdächtige Person nicht namentlich bekannt war, und der Vorwurf des Verkaufs von Betäubungsmitteln bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht erhärtet werden konnte, macht das Vorgehen der Polizei nicht zu einer rein präventiven Massnahme. Ob sich ein Tatverdacht 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 (BSK StPO-Knodel, 2. Aufl., Art. 298b N 7).

4.2.8. Zwar führte der Scheinkauf dazu – und sollte der Scheinkauf wohl auch in erster Linie dazu dienen – den Dealer aus dem Verkehr zu ziehen und zukünftige Betäubungsmittelverkäufe zu verhindern und ist der Nachweis der erfolgten Betäubungsmittelverkäufe ohne Geständnis und Aussagen von Käufern eher schwierig. Dennoch stehen bereits erfolgte Verkäufe durchaus ebenfalls im

Raum. Die Argumentation, der Scheinkauf habe dazu gedient, eine unmittelbare Gefahr, nämlich diejenige des Drogenhandels und der damit zusammenhängenden abstrakten Gefahren, abzuwehren, ist für die vorliegende Konstellation, bei der der Scheinkauf auf dem Hinweis auf ein konkretes Delikt und einer bestimm- baren Person beruhte, abzulehnen, da mit dieser Argumentation die Abgrenzung zwischen Zwangsmassnahmen zur unmittelbaren Gefahrenabwehr und Zwangs- massnahmen zur Strafverfolgung verwischt wird und die Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung so nach Gutdünken der Polizei ausgehe- belt werden könnten. Schlussendlich geht es häufig auch bei der Aufklärung von erfolgten Straftaten darum, weitere Straftaten zu verhindern. Auch wenn es vor- liegend in erster Linie darum ging, zukünftige strafbare Handlungen zu verhin- dern, basierte der Scheinkauf auf einem Verdacht bezüglich eines allfällig bereits begangenen Delikts (dessen Wiederholung verhindert werden sollte) und diente er dazu, einen bereits bestehenden Tatverdacht zu konkretisieren.

4.2.9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in casu bereits ein Tatverdacht auf Drogenhandel gegeben war. Da nur die präventive Verhütung und Abwehr von allfälligen Straftaten zum Anwendungsbereich des Polizeigesetzes gehören, der Scheinkauf vorliegend aber auch dem Zweck der Verbrechensaufklärung, al- so der Abklärung dieses Tatverdachts diente, wäre der Scheinkauf aufgrund der umfassenden Bundeskompetenz nach den Regeln der Schweizerischen Strafpro- zessordnung durchzuführen gewesen.

4.3. Im Gegensatz zur verdeckten Ermittlung muss eine verdeckte Fahndung nicht zwingend durch ein Gericht angeordnet werden. Im Ermittlungsverfahren kann auch die Polizei – selbständig – eine verdeckte Fahndung anordnen (Art. 298b Abs. 1 StPO). Auch wenn Art. 298b StPO keine Formvorschriften ent- hält, muss die Anordnung in Anwendung der allgemeinen Regel von Art. 76 StPO schriftlich verfügt werden. 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 ver- deckter Fahnder eingesetzt werden soll, und es ist sicherzustellen, dass die ein-

gesetzten 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 (Hansjakob in Donatsch/Hansjakob/ Lieber, StPO Komm., 2. Aufl., Art. 298b N 10; BSK StPO-Knodel, Art. 298b N 1, N 3).

4.3.1. Wie ausgeführt, erfolgte der Scheinkauf gestützt auf § 32d PolG, und es ist unstrittig, dass die massgebenden Voraussetzungen der Schweizerischen Strafprozessordnung für eine verdeckte Fahndung nicht eingehalten wurden. Es liegt weder eine schriftliche Anordnung des Scheinkaufs vor, noch wurden die im Polizeirapport aufgeführten Hinweise aus der Bevölkerung (vgl. Urk. DS1/1 S. 2) schriftlich dokumentiert. Eine Dringlichkeit, die ein Absehen von einer vorgängigen schriftlichen Anordnung gerechtfertigt hätte, ist nicht ersichtlich und wurde weder von der Strafverfolgungsbehörde noch vom polizeilichen Scheinkäufer in seiner Einvernahme behauptet (vgl. Urk. DS1/4/2). Selbst wenn von einer Dringlichkeit ausgegangen werden müsste, würde die nachträgliche schriftliche Dokumentation der Anordnung fehlen. Nachdem die Anordnung der verdeckten Fahndung nicht schriftlich erfolgte, ist unbekannt, welche und wie viele Hinweise der Polizei vorlagen und ob sich aus diesen eine genügend hinreichender Verdacht auf ein Betäubungsmitteldelikt, der eine verdeckte Fahndung gerechtfertigt hätte, ergibt.

4.3.2. Sodann ist aus den Untersuchungsakten aufgrund der fehlenden Dokumentation der eingegangenen Hinweise nicht ersichtlich, ob die Ermittlungshandlungen ohne die verdeckte Fahndung aussichtslos oder unverhältnismässig er-

schwert gewesen wären, weshalb es auch am Nachweis der gemäss Art. 298b StPO erforderlichen Subsidiarität der verdeckten Fahndung mangelt.

4.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Scheinkauf nach Art. 298b f. StPO durchzuführen gewesen wäre und die entsprechenden Voraussetzungen nicht eingehalten wurden. Der eine verdeckte Fahndung rechtfertigende Tatverdacht wurde nicht genügend dokumentiert, weshalb ein solcher zu verneinen ist. Sodann geht aus den Akten nicht hervor, dass die Ermittlungen ohne Scheinkauf aussichtslos gewesen oder unverhältnismässig erschwert worden wären, weshalb es auch am Nachweis der erforderlichen Subsidiarität der verdeckten Fahndung mangelt. Die aus dem Scheinkauf resultierenden Beweismittel wurden damit rechtswidrig erlangt.

4.5. Wie bereits erwähnt, dürfen Beweise, die die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften (vgl. zur Abgrenzung zu Ordnungsvorschriften die ausführlichen Ausführungen der Vorinstanz, Urk. 43 S. 10 f.) erhoben haben, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO).

4.5.1. Unerlässlich ist die Verwertung dann, wenn ohne den Beweis eine Verurteilung nicht möglich wäre (Donatsch/Schwarzenegger/Wohlens, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2014, S. 125 m.w.H.). Die Auslegung des Begriffs der "schweren Straftat" ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung uneinheitlich und in der Lehre in hohem Masse umstritten (BSK StPO-Gless, 2. Aufl., Art. 141 N 72 ff.; Luzia Vetterli, Kehrtwende in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Verwertungsverboten, ZStrR 2012, S. 458 ff.).

4.5.2. Ermöglicht ein Beweis, der nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre (sog. Fernwirkungsverbot).

4.5.3. Hinsichtlich der Verwertbarkeit der rechtswidrig erlangten Beweismittel hat die Vorinstanz ausführlich und zutreffend dargetan, dass durch die unrechtmässi-

ge verdeckte Fahndung Gültigkeitsvorschriften verletzt worden sind und die Interessenabwägung ergibt, dass vorliegend das private Interesse des Beschuldigten an der Achtung seiner Privatsphäre gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Verwertbarkeit der unrechtmässig erlangten Beweismittel überwiegt. Es kann deshalb vollumfänglich auf die zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen (Urk. 43 S. 10 ff., Ziff. 4.4) verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

4.5.4. Dementsprechend sind die Aussagen der als Beschuldigte einvernommenen B._____ (Ehefrau des Beschuldigten), die Aussagen des polizeilichen Scheinkäufers, das Gutachten betreffend Untersuchung von Mikrospuren auf Betäubungsmitteln, das Gutachten betreffend Identifikation/Gehaltsbestimmung von Betäubungsmitteln, das Protokoll betreffend Durchsuchung des Beschuldigten, das Hausdurchsuchungsprotokoll, die Sicherstellungsliste und die BM-Sicherstellungslisten nicht verwertbar, da diese nur infolge des Scheinkaufes zustande kamen. Hinsichtlich der Aussagen von B._____ ist zudem anzumerken, dass diese zwar aussagte, dass sie schon wisse, dass er – der Beschuldigte – manchmal etwas Kokain verkauft habe, mindestens zehn Mal (Urk. DS1/4/1 S. 2), jedoch wurde der Beschuldigte mit dieser Aussage nicht konfrontiert, weshalb diese Aussagen auch aus diesem Grund nicht verwertet werden könnten.

4.6. Damit liegen keine verwertbaren Beweismittel vor. Der eingeklagte Sachverhalt kann deshalb nicht rechtsgenügend erstellt und dem Beschuldigten der Verkauf von einer Portion Kokain nicht nachgewiesen werden. Dementsprechend ist der Beschuldigte – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz freizusprechen.

5. Einziehungen

5.1. Die Staatsanwaltschaft beantragt, es seien die gemäss Durchsuchungsbe-
fehl sichergestellten Gegenstände einzuziehen und zu vernichten.

5.2. Anlässlich der Durchsuchung des Beschuldigten und der Hausdurchsuchung vom 28. April 2016 hat die Polizei Bargeld in Höhe von Fr. 940.–, ein Mobiltelefon Samsung (Asservat Nr. A009'251'187), ein Mobiltelefon Wiko (Asservat

Nr. A009'251'198) und eine Armbanduhr mit SIM-Karte (Asservat Nr. A009'251'201) sichergestellt (Urk. DS1/9/3, DS1/9/6). Die durch die Vorinstanz beschlossene Herausgabe der Bargeldes an den Beschuldigten wurde nicht angefochten und ist rechtskräftig (vgl. oben I. 2.).

5.3. Das Gericht verfügt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (Art. 69 Abs. 1 StGB). Das Gericht kann anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Art. 69 Abs. 2 StGB).

5.4. Dem Beschuldigten kann nicht nachgewiesen werden, dass die sichergestellten Mobiltelefone und die sichergestellte Armbanduhr mit SIM-Karte zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder durch eine Straftat hervorgebracht worden sind.

5.5. Die sichergestellten Gegenstände sind deshalb dem Beschuldigten nach Eintritt der Vollstreckbarkeit auf erstes Verlangen herauszugeben. Erfolgt innert 3 Monaten ab Vollstreckbarkeit kein entsprechendes Begehren, sind die Gegenstände der Bezirksgerichtskasse Zürich zur Vernichtung beziehungsweise gutscheinenden Verwendung zu überlassen.

6. Genugtuung - Anrechnung der Untersuchungshaft

6.1. Der Beschuldigte beantragt mit seiner Anschlussberufung – wie bereits vor Vorinstanz – er sei für die erlittene Untersuchungs- resp. Sicherheitshaft mit Fr. 200.– pro Tag, mithin also mit insgesamt Fr. 17'800.– aus der Staatskasse zu entschädigen (Urk. 50 S. 2; Urk. 57 S. 1).

6.2. Die Vorinstanz rechnete dem Beschuldigten die im vorliegenden Strafverfahren erlittene Haft von insgesamt 89 Tagen gestützt auf Art. 51 StGB an die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Februar 2016 (DG150362) ausgespro-

chene Freiheitsstrafe von 14 Monaten (Vollzug aufgeschoben) an und wies dessen Genugtuungsbegehren ab (Urk. 43 S. 12 ff.).

6.3. Art. 431 Abs. 1 StPO bestimmt, wenn gegenüber der beschuldigten Person rechtswidrig Zwangsmassnahmen angewandt worden sind, ihr die Strafbehörden eine angemessene Entschädigung und Genugtuung zuspricht. Art. 431 Abs. 2 StPO hält fest, dass im Fall von Untersuchungs- und Sicherheitshaft der Anspruch auf angemessene Entschädigung und Genugtuung dann besteht, wenn die zulässige Haftdauer überschritten ist und der übermässige Freiheitsentzug nicht an die wegen anderer Straftaten ausgesprochenen Sanktionen angerechnet werden kann. Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO bestimmt schliesslich, dass die beschuldigte Person, wenn sie ganz oder teilweise freigesprochen wird, Anspruch auf Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse, insbesondere bei Freiheitsentzug hat.

6.4. Vorliegend ist indessen primär Art. 51 StGB anwendbar, welcher besagt, dass die Untersuchungshaft, die ein Täter während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden hat, durch das Gericht auf die Strafe anzurechnen ist. Das Bundesgericht legt dies extensiv aus und hat seine Rechtsprechung dazu in neuerer Zeit bestätigt. So hält es in BGE 141 IV 236 E. 3.3 fest, dass als Untersuchungshaft jede in einem Strafverfahren verhängte Haft gelte. Zudem sei für die Anrechnung der Haft weder Tat- noch Verfahrensidentität erforderlich (mit Hinweis auf BGE 133 IV 150 E. 5.1). Anzurechnen sei sowohl auf unbedingte als auch auf bedingte Strafen. Art. 51 StGB liege der Grundsatz der umfassenden Haftanrechnung zugrunde. Erst wenn der Anrechnung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft an eine andere Sanktion nicht mehr erfolgen könne, stelle sich die Frage der finanziellen Entschädigung. Der Ausgleich der Haft solle demnach in erster Linie als Realersatz erfolgen. Dabei ist primär auf Freiheitsstrafen anzurechnen, sekundär auf allfällige Nebensanktionen. Der Ausgleich in Form einer Entschädigung sei subsidiär und der Betroffene habe diesbezüglich kein Wahlrecht.

6.5. Aufgrund der dargelegten Rechtsprechung ist die im vorliegenden Verfahren erlittene Untersuchungs- und Sicherheitshaft an die mit Urteil des Bezirksge-

richts Zürich vom 9. Februar 2016 (DG150362) ausgesprochene Freiheitsstrafe anzurechnen, deren dreijährige Probezeit noch läuft (vgl. Urk. 55). Dies kommt entgegen der Auffassung der Verteidigung keinem Widerruf der bedingten Strafe gleich (Urk. 57 S. 4 ff.). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung sieht – wie oben dargelegt – klar vor, dass auch die Anrechnung auf bedingte Strafen zu erfolgen hat. Mit den damals bereits erstandenen 77 Tagen und den heute neu anzurechnenden 89 Tagen gelten somit insgesamt 166 Tage der damaligen Haft als erstanden. Aufgrund der Anrechnung in einem anderen Verfahren ist dem Beschuldigten keine Genugtuung zuzusprechen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Der Beschuldigte ist auch im Berufungsverfahren freizusprechen. Dementsprechend ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositivziffer 6) zu bestätigen.

7.2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft unterliegt mit ihrer Berufung bezüglich Schuldpunkt, obsiegt jedoch bezüglich der Anrechnung der Haft. Demgemäss sind dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, zu einem Drittel aufzuerlegen und zu zwei Dritteln auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht bleibt im Umfang von einem Drittel vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 30. August 2016 bezüglich der Dispositivziffern 4 (Herausgabe Bargeld), 5 (Einziehung) und 7 (Entschädigung Verteidigung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ wird vom Vorwurf des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG freigesprochen.

2. Die nachfolgenden, am 28. April 2016 sichergestellten, bei der Bezirksgerichtskasse Zürich lagernden Gegenstände

- Mobiltelefon Samsung (Asservat Nr. A009'251'187)
- Mobiltelefon Wiko (Asservat Nr. A009'251'198)
- Armbanduhr mit SIM-Karte (Asservat Nr. A009'251'201)

werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Vollstreckbarkeit herausgegeben.

Wird innert 3 Monaten ab Vollstreckbarkeit kein entsprechendes Begehren gestellt, werden die Gegenstände der Bezirksgerichtskasse Zürich zur Vernichtung bzw. gutscheinenden Verwendung überlassen.

3. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 6) wird bestätigt.

4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 3'000.- ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 2'800.- amtliche Verteidigung

5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu einem Drittel auferlegt und zu zwei Dritteln auf die Gerichtskasse genommen.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht im Umfang von einem Drittel bleibt vorbehalten.

6. Dem Beschuldigten werden 89 Tage Haft an die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Februar 2016 (DG150362) ausgesprochene Freiheitsstrafe von 14 Monaten (Vollzug aufgeschoben, damals bereits 77 Tage

durch Haft erstanden) angerechnet, womit von dieser Strafe insgesamt 166 Tage durch Haft erstanden sind.

Dem Beschuldigten wird keine Genugtuung zugesprochen.

7. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

sowie hernach in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat

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

- die Vorinstanz
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
- die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA sowie mit separatem Schreiben betr. Dispositivziffer 6
- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
- die Kasse des Bezirksgerichts Zürich betr. Dispositivziffer 2 (im Dispositiv)
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste betr. Dispositivziffer 6 (im Dispositiv)
- das Bezirksgericht Zürich betr. Dispositivziffer 6, in die Akten DG150362 (im Dispositiv).

8. Rechtsmittel:

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

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 11. April 2017

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Aardoom