

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB110296-O/U/jv

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, lic. iur. R. Naef und
Ersatzoberrichter lic. iur. E. Leuenberger sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. T. Walthert

Urteil vom 16. Dezember 2011

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat,

vertreten durch Leitenden Staatsanwalt lic. iur. H. Bebié,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend

Verbrechen gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom
11. Februar 2011 (DG100467)**

Anklage:
(Urk. 21)

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 20. September 2010 ist diesem Urteil angeheftet.

Entscheid der Vorinstanz:
(Urk. 38)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des Verbrechens gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 16 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 76 Tage durch Polizei- und Untersuchungshaft erstanden sind).
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Von der Festlegung einer Ersatzforderung wird gestützt auf Art. 71 Abs. 2 StGB abgesehen.
5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2010 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich, Betäubungsmittelfahndung (RW-FA-BMF) unter der Lagernummer ... lagernden Betäubungsmittel (1 Portion Kokain zu 0.4 Gramm brutto) und Betäubungsmittelutensilien (1 Feinwaage, 2 Karten mit Kokainrückständen, 1 Büchse mit Kokainrückständen, 1 Ringbuchblock, 1 Kopie Anmeldung "Sunrise", 1 Zettel mit Zahlen, 1 SIM-Karte "Lebara", 1 SIM-Kartenhülle "Sunrise") werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
6. Von der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2010 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Barkautionsnummer ... lagernden Barschaft werden Fr. 200.-- eingezogen und verfallen dem Staat. Die restliche Barschaft in der Höhe von Fr. 3'040.--, € 1'830.-- und £ 20.-- wird definitiv beschlagnahmt und zur Deckung der Verfahrenskosten herbeigezogen.

7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2010 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Sachkautionsnummer ... lagernden Mobiltelefone (1 Mobiltelefon "Nokia", IMEI-Nr. ..., 1 Mobiltelefon "Nokia", IMEI-Nr. ...) werden definitiv beschlagnahmt und zur Deckung der Verfahrenskosten verwertet.
8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'600.-- ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. Kosten der Kantonspolizei
Fr. Kanzleikosten Untersuchung
Fr. 1'000.-- Auslagen Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt.
10. (Mitteilungen)
11. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

- a) Der Verteidigung des Beschuldigten:
(schriftlich, Urk. 75 S. 2 f.)
 1. Der Beschuldigte sei des Verbrechens gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen.
 2. Der Beschuldigte sei mit einer Freiheitsstrafe von 13 Monaten zu bestrafen, wovon 76 Tage durch Haft erstanden sind.
 3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe sei aufzuschieben und die Probezeit auf zwei Jahre festzusetzen.

4. Es sei Ziff. 4 des vorinstanzlichen Urteils betreffend den Verzicht auf Festlegung einer Ersatzforderung zu bestätigen.
5. Es sei Ziff. 5 des vorinstanzlichen Urteils betreffend die Einziehung von Drogen, Drogenutensilien etc. zu bestätigen.
6. Es sei Ziff. 6 des vorinstanzlichen Urteils, insofern es die definitive Beschlagnahme von Fr. 200.– und £ 20 betrifft, zu bestätigen.

Die mit Verfügung der STA Zürich-Limmat vom 28. Juni 2010 beschlagnahmte restliche Barschaft von Fr. 3'040.– und € 1'830 sei der Berechtigten B._____, ... [Adresse], herauszugeben.

7. Die mit Verfügung der STA Zürich-Limmat vom 28. Juni 2010 beschlagnahmten beiden Mobiltelefone Nokia, IMEI-Nr. ... und IMEI-Nr. ... seien dem Beschuldigten herauszugeben.
8. Es sei Ziff. 8 des vorinstanzlichen Urteils betreffend die Festsetzung der Kosten zu bestätigen.
9. Die Kosten der Untersuchung und des Gerichtsverfahrens seien inklusive der Kosten der amtlichen Verteidigung zur Hälfte dem Beschuldigten aufzuerlegen und zur anderen Hälfte auf die Staatskasse zu nehmen.
10. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens inklusive die Kosten der amtlichen Verteidigung seien aus Resozialisierungsgründen zur Hälfte dem Beschuldigten aufzuerlegen und zur anderen Hälfte auf die Staatskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft:
(schriftlich, Urk. 45 und 79)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang und Prozessuales

1. Verfahrensgang

1.1. Mit Eingabe vom 11. Februar 2011 liess der Beschuldigte fristgerecht gegen das eingangs erwähnte Urteil der Vorinstanz vom 11. Februar 2011 Berufung anmelden (Urk. 34; Art. 399 Abs. 1 StPO). Nach Zustellung des begründeten Entscheids (Urk. 36 = Urk. 38) am 1. April 2011 (Urk. 37/1) reichte er innert Frist am 20. April 2011 beim Obergericht seine Berufungserklärung ein (Art. 399 Abs. 3 StPO), welche sich auf die Dispositivziffern 1, 2, 6 (teilweise), 7 und 9 des vorinstanzlichen Entscheids beschränkte (Urk. 40).

Die Dispositivziffer 3 (bedingter Vollzug) wurde vom Verteidiger nicht angefochten. Die Frage des Vollzugs ist grundsätzlich konnex zur Frage der Sanktion. Da vorliegend aber die vorinstanzliche Vollzugsregelung vom Beschuldigten nicht angefochten wurde, mithin dem Berufungsgericht kein weiterer Spielraum gegeben ist, als den diesbezüglichen vorinstanzlichen Entscheid zu bestätigen, ist in diesem Fall trotz grundsätzlicher Konnexität die vorinstanzliche Vollzugsregelung als rechtskräftig anzusehen.

1.2. Nach Zustellung der Berufungserklärung des Beschuldigten an die Anklagebehörde (Urk. 43 und 44) teilte diese innert der angesetzten Frist Verzicht auf Anschlussberufung mit und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 45).

1.3. Mit ihrer Berufungserklärung stellte die Verteidigung zudem die Beweisangebote, gemäss welcher die Befragung verschiedener Personen (C._____ betreffend Reinheitsgrad des vom Beschuldigten verkauften Kokains; D._____ zur Qualität des vom Beschuldigten verkauften Kokains; E._____ zur Menge des vom Beschuldigten an diesen verkauften Kokains; B._____, wonach sichergestelltes Geld aus der von ihr geleisteten Kautionsstamme) beantragt wurden (Urk. 40 S. 3 f.).

Mit Präsidentialverfügung vom 1. Juni 2011 wurden diese Beweisanträge abgewiesen, mit der Begründung, dass sie aufgrund der Akten- und Beweislage als nicht notwendig erscheinen (Urk. 47).

1.4. In der Berufungsverhandlung vom 25. August 2011 machte der Verteidiger des Beschuldigten erneut geltend, es sei von einem tieferen Reinheitsgrad des Kokains auszugehen, was letztlich dazu führe, dass kein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG angenommen werden könne (Urk. 55 S. 4 ff.; Prot. II S. 5 ff.). Nachdem die Frage des Reinheitsgrades des sichergestellten Kokains sich nicht schlüssig beantworten liess, wurde der Entscheid ausgesetzt. Der Verteidiger des Beschuldigten erklärte sich mit der schriftlichen Fortsetzung des Verfahrens einverstanden (Prot. II S. 10). Der am 2. resp. 7. September 2011 in Auftrag gegebene Prüfbericht des Forensischen Instituts Zürich datiert vom 14. September 2011 (Urk. 66 + 67). Dieser wurde den Parteien mit Präsidentialverfügung vom 19. September 2011 zugestellt, gleichzeitig wurde die schriftliche Fortsetzung des Berufungsverfahrens verfügt und dem Beschuldigten Frist angesetzt, dazu Stellung zu nehmen und abschliessend die Berufungsanträge zu stellen und – soweit erforderlich – zu begründen (Urk. 68).

1.5. Nach letztmalig erstreckter Frist (Urk. 71) und zusätzlich gewährter Notfrist (Urk. 73) reichte der Verteidiger des Beschuldigten mit Schreiben vom 8. November 2011, eingegangen am 10. November 2011, seine Stellungnahme mit den eingangs erwähnten Anträgen ein (Urk. 75).

1.6. Mit Präsidentialverfügung vom 11. November 2011 wurde der Staatsanwaltschaft die Stellungnahme des Beschuldigten zugestellt und Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 77). Mit Eingabe vom 21. November 2011 beantragte die Staatsanwaltschaft Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides und verzichtete im Übrigen auf eine Berufungsantwort (Urk. 79).

2. Umfang der Berufung

Aufgrund der eingeschränkten Anfechtung sind die folgenden Entscheide der Vorinstanz in Rechtskraft erwachsen (Art. 399 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 402 und

Art. 437 StPO): Dispositivziffer 1 (Schuldpunkt), Dispositivziffer 3 (Vollzug), Dispositivziffer 4 (Absehen von einer Ersatzforderung), Dispositivziffer 5 (Einziehung von Drogen, Betäubungsmittelutensilien und weiteren Gegenständen), teilweise Dispositivziffer 6 (hinsichtlich der Einziehung von Fr. 200.– und der definitiven Beschlagnahme und Herbeiziehung zur Deckung der Verfahrenskosten der £ 20) und Dispositivziffer 8 (Kostenfestsetzung). Dies ist vorab in einem Beschluss festzustellen (Art. 80 Abs. 1 StPO).

II. Sanktion

1. Vorbemerkung

Auch wenn der vorinstanzliche Schuldpunkt – Verbrechen gegen das BetmG – schliesslich vom Beschuldigten und seiner Verteidigung anerkannt wurde (Urk. 75 S. 2), so wurde der eingeklagte Sachverhalt auch im Berufungsverfahren nur teilweise anerkannt. Gemäss zutreffender Darlegung der Verteidigung des Beschuldigten hat dies auf die rechtliche Würdigung als schweren Fall und somit eben auch auf den vorinstanzlichen Schuldpunkt keine Auswirkung, hingegen ist dies bei der Strafzumessung durchaus von Bedeutung, weshalb es nachfolgend vorerst den Sachverhalt vollständig zu erstellen gilt.

2. Bestrittene Sachverhaltselemente

2.1. Reinheitsgrad des Kokains

2.1.1. Wie bereits dargelegt wurde im Nachgang zur Berufungsverhandlung vom 25. August 2011 der Reinheitsgrad des bei F. _____ sichergestellten Kokains bestimmt. Im Prüfbericht über die Identifikation und Gehaltsbestimmung des Forensischen Instituts Zürich vom 14. September 2011 wurde der Reinheitsgrad mit 29 % festgehalten (Urk. 67 S. 2). Der Beschuldigte hielt daraufhin nicht mehr an seinen ursprünglichen Bestreitungen fest (vgl. Urk. 40 und Urk. 55 S. 6 ff.) und anerkannte den von der Vorinstanz angenommenen Reinheitsgrad von 26 % (Urk. 75 S. 1 f.).

2.1.2. Grundsätzlich gilt auch unter der Schweizerischen Strafprozessordnung das Verbot der reformatio in peius, mithin darf die Rechtsmittelinstanz einen vorinstanzlichen Entscheid nicht zum Nachteil der beschuldigten Person abändern, wenn das Rechtsmittel nur zu dessen Gunsten ergriffen worden ist (Art. 391 Abs. 2 Satz 1). Nach Satz 2 dieses Absatzes bleibt jedoch eine strengere Bestrafung auf Grund von Tatsachen, die dem erstinstanzlichen Gericht nicht bekannt sein konnten, vorbehalten. Wenn vorliegend hinsichtlich der bei F._____ sichergestellten ca. 5,6 Gramm Kokain von einem Reinheitsgrad von 29 % ausgegangen wird, stellt dies aber weder ein Verstoss gegen das Verbot der reformatio in peius dar, noch ist es ein Anwendungsfall der Ausnahmeregelung von Art. 391 Abs. 2 Satz 2. Denn wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird, führt dies im Resultat nicht zu einer höheren Strafe, auch wenn es eine Tatsache darstellt, die dem erstinstanzlichen Gericht nicht bekannt war.

2.2. Einwand betreffend die abgesetzte Drogenmenge im Fall "E._____"

2.2.1. Zunächst ist festzuhalten, dass seitens des Beschuldigten bis und mit Hauptverhandlung vor Vorinstanz unbestritten blieb, dass er mindestens circa 125 Portionen zu 0,7 Gramm Kokaingemisch verkauft hat. In der vorinstanzlichen Hauptverhandlung erklärte der Beschuldigte, die einzelnen Sachverhalte der Verkäufe noch immer – wie auch anlässlich der Untersuchung – anzuerkennen (Urk. 29 S. 4). In der Berufungserklärung beanstandet die Verteidigung nun, dass der Beschuldigte den Verkauf von 25,2 Gramm Kokaingemisch an E._____ nur deshalb nicht auf 12,6 Gramm korrigiert habe, weil er der Ansicht gewesen sei, dass dies im Resultat keine Rolle mehr spiele (Urk. 40 S. 4). Anlässlich der Berufungsverhandlung anerkannte der Beschuldigte erneut den eingeklagten Sachverhalt mit der Ausnahme, dass er E._____ nur etwa 12 Gramm verkauft habe (Urk. 54 S. 5).

2.2.2. Gemäss dem in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Grundsatz "in dubio pro reo" ist bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld zu vermuten, dass der wegen einer strafbaren Handlung Beschuldigte unschuldig ist. Als Beweislastregel bedeutet die Maxime, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Beschuldigten zu beweisen, und nicht dieser seine Unschuld

nachweisen muss (BGE 127 I 40, 120 Ia 31 E. 2a und b). Als Beweiswürdigungsregel besagt die Maxime, dass sich der Strafrichter nicht von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Die Überzeugung des Richters muss auf einem verstandesgemäss einleuchtenden Schluss beruhen und für den unbefangenen Beobachter objektiv und subjektiv nachvollziehbar sein (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, S. 247 N. 11). Die Beweiswürdigungsregel ist verletzt, wenn der Strafrichter an der Schuld des Beschuldigten hätte zweifeln müssen (BGE 127 I 41, 124 IV 87 E. 2a).

Ein Schuldspruch darf demnach nur dann erfolgen, wenn die Schuld des Beschuldigten mit hinreichender Sicherheit erwiesen ist, d.h. Beweise dafür vorliegen, dass der Beschuldigte mit seinem Verhalten objektiv und subjektiv den ihm zur Last gelegten Straftatbestand verwirklicht hat. Dabei kann nicht verlangt werden, dass die Tatschuld gleichsam mathematisch sicher und unter allen Aspekten unwiderlegbar feststehe (vgl. Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, N 288). Es muss genügen, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld des Beschuldigten ausgeschlossen werden können. Aufgabe des Richters ist es, seinem Gewissen verpflichtet, in objektiver Würdigung des gesamten Beweisergebnisses zu prüfen, ob er von einem bestimmten Sachverhalt überzeugt ist und an sich mögliche Zweifel an dessen Richtigkeit zu überwinden vermag (ZR 72 Nr. 80; Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast, S. 7; BGE 124 IV 88, 120 Ia 31 E. 2c). Bloss abstrakte oder theoretische Zweifel dürfen dabei nicht massgebend sein, weil solche immer möglich sind (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., S. 247 N 12). Es genügt, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld ausgeschlossen werden können, hingegen darf ein Schuldspruch nie auf blosser Wahrscheinlichkeit beruhen. Lässt sich ein Sachverhalt nicht mit letzter Gewissheit feststellen, was schon im Wesen menschlichen Erkenntnisvermögens liegt, so hindert dies den Richter nicht, subjektiv mit Gewissheit davon überzeugt zu sein. Angesichts der Unschuldsvermutung besteht somit Beweisbedürftigkeit, das heisst der verfolgen-

de Staat hat dem Beschuldigten alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen (vgl. dazu Schmid, a.a.O., S. 198, N 599).

2.2.3. Im Gegensatz zu den restlichen ihm vorgehaltenen Verkaufsmengen an Kokain bestritt der Beschuldigte in der Untersuchung konsequent, E._____ die ihm vorgehaltene Menge an Kokaingemisch verkauft zu haben (vgl. Urk. 9 und Urk. 10). In der polizeilichen Befragung vom 26. August 2010 anerkannte der Beschuldigte zwar, E._____ über einen Zeitraum von 1,5 Jahren Betäubungsmittel verkauft zu haben, jedoch nicht die Menge von 36 Gramm. Er habe ihm pro Gramm 0,7 Gramm Kokain (gemeint ist einerseits statt einem Gramm nur 0,7 Gramm und andererseits wohl Kokaingemisch) gegeben, gesamthaft somit um die 18 Gramm Kokaingemisch (Urk. 9 S. 4). Auch anlässlich der Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft vom 2. September 2010 bestritt der Beschuldigte, E._____ die ihm vorgehaltene Menge verkauft zu haben. "Das ist der Einzige, dessen Aussagen mich überraschten. Diese Menge trifft nicht zu. Ich könnte ihn telefonisch anrufen und die Behörden können zuhören, wenn ich ihn fragen würde, wie viel ich ihm verkauft habe" (Urk. 10 S. 6). An die Menge könne er sich nicht genau erinnern, es seien wohl maximal 15 Stück gewesen (a.a.O.). Wenn er dann am Ende der Einvernahme zwar bestätigte, dass ein vierzehntägiges Treffen über 1,5 Jahren hinweg gesamthaft 36 Mal ergebe, so ist dies eher eine Bestätigung des Rechnungsergebnisses als zur Menge der ihm vorgehaltenen Verkäufe (a.a.O.). Eine Zugabe der Gesamtmenge von 25.2 Gramm Kokaingemisch kann darin nicht erblickt werden. Dies hat der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung vom 25. August 2011 so nun auch klar festgehalten (Urk. 54 S. 5).

Da der Beschuldigte nicht mit den Aussagen von E._____ betreffend die verkaufte Menge konfrontiert wurde (Urk. 12/11), sind diese auch nicht zu Lasten des Beschuldigten verwertbar (Art. 147 Abs. 4 StPO).

Die Zugabe der Gesamtmenge von ca. 125 Portionen Kokaingemisch anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung erfolgte derart pauschal (vgl. Urk. 29 S. 4), dass diese Aussage nicht zum Beweis dafür herangezogen werden kann,

der Beschuldigte habe bezüglich dem Abnehmer E._____ die in der Anklage aufgeführte Menge von ca. 25.2 Gramm Kokaingemisch anerkannt.

Andere Beweise oder Indizien, welche auf die Menge der an E._____ verkauften Betäubungsmittel schliessen lassen würden, liegen nicht vor.

2.2.4. Zugunsten des Beschuldigten ist deshalb im Fall E._____ – gestützt auf die Aussagen des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung – von einer Menge von 12,6 Gramm Kokaingemisch anstelle der eingeklagten 25,2 Gramm Kokaingemisch auszugehen. Damit kann auf die Einvernahme von E._____ verzichtet werden, wird dieser doch als Zeuge dafür angerufen, dass die dem Beschuldigten abgenommene Menge Kokaingemisch sich insgesamt auf 12,6 Gramm belaufen habe (Urk. 40 S. 4).

2.3. Fazit

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der Beschuldigte – unter Berücksichtigung der in Ziffer 2.2.4. nach unten korrigierten Menge – folglich gesamthaft 74,9 Gramm Kokaingemisch verkaufte. Bei einem Reinheitsgrad von 29 % hinsichtlich der bei F._____ sichergestellten Kokainmenge von 5,6 Gramm und von anerkannten 26 % bei den übrigen Mengen gemäss Ziffer 2 der Anklageschrift ergibt dies eine verkaufte Menge von insgesamt 19,642 Gramm reinem Kokain. Dies übersteigt die vom Bundesgericht festgesetzte Limite von 18 Gramm reinem Kokain knapp (BGE 109 IV 145).

3. Strafzumessung

3.1. Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 16 Monaten unter Anrechnung von 76 Tagen erstandener Polizei- und Untersuchungshaft (Urk. 38 S. 12).

Die Verteidigung beantragt eine Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 13 Monaten (Urk. 75 S. 2).

3.2. Die Vorinstanz hat die für die Strafzumessung zu beachtenden Regeln richtig wiedergegeben, sodass zur Vermeidung von Wiederholungen grundsätz-

lich darauf verwiesen werden kann (Urk. 38 S. 9 ff; Art. 82 Abs. 4 StPO). Weiter hat die Vorinstanz auch den Strafraum richtig abgesteckt: Eine Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG wird mit einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr bis zu 20 Jahren, allenfalls verbunden mit einer Geldstrafe geahndet.

3.3. Die Vorinstanz hat das Tatverschulden des Beschuldigten als **nicht mehr leicht** bezeichnet (Urk. 38 S. 11).

Diesen Erwägungen kann grundsätzlich beigeplichtet werden, weshalb, um Wiederholungen zu vermeiden, vorab darauf verwiesen werden kann (Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend sei erwähnt, dass es sich bei Kokain um eine sogenannte "harte Droge" mit unbestritten gesundheitsgefährdender und abhängigkeiterzeugender Wirkung handelt. Insgesamt hat der Beschuldigte knapp 75 Gramm Kokaingemisch umgesetzt. Bei einem Reinheitsgrad von 29 % bzw. 26 % ergibt dies eine Menge von gut 19,6 Gramm reinem Kokain. Diese Menge liegt knapp über der vom Bundesgericht festgesetzten Limite für einen qualifizierten Fall von 18 Gramm reinem Kokain (BGE 118 IV 342 f. und BGE 109 IV 145; Fingerhuth/Tschurr, a.a.O., N 169 zu Art. 19 BetmG), und war folglich geeignet, die Gesundheit der Käufer in erhebliche Gefahr zu bringen.

Die Tätigkeit des Beschuldigten entsprach der eines Kleinhändlers, ist mithin – der Vorinstanz folgend – auf der untersten Hierarchiestufe des Drogenhandels anzusiedeln. Erschwerend fällt jedoch ins Gewicht, dass der Beschuldigte seine deliktische Tätigkeit circa eineinhalb Jahre lang ausführte, und es dabei zu zahlreichen Einzelhandlungen kam. Insgesamt erzielte er durch den Verkauf der knapp 75 Gramm Kokaingemisch einen Umsatz von über Fr. 10'700.– (der eingeklagte Betrag von 12'400.– reduziert sich entsprechend der korrigierten Menge im Fall E. _____ [18 Portionen à 0.7 Kokaingemisch = 12.6 Gramm Kokaingemisch]). Damit legte der Beschuldigte insgesamt eine nicht zu unterschätzende kriminelle Energie an den Tag.

Der Beschuldigte betrieb den Kokainverkauf mit Wissen und Willen. Das Verschulden eines Täters, der – wie der Beschuldigte – eine Tat vorsätzlich begeht,

ist wesentlich schwerer zu werten, als das Verschulden eines Täters, der fahrlässig oder mit Eventualvorsatz handelt (Urteil des Bundesgerichts 6P.119/2003 und 6S.333/2003 vom 20. Januar 2004, Erw. II. 7.5.; Stratenwerth, AT II, 2. Aufl., Bern 2006, § 6 N 27 f.).

Bei den Beweggründen eines Drogenstraftäters kommt es für die Strafzumessung darauf an, ob er aus einem Suchtzustand, einer Notlage oder aus eigentlicher Gewinnsucht heraus gehandelt hat und ob er bereit war, jede sich bietende Gelegenheit auszunützen. Beim Beschuldigten stand eindeutig die Handelstätigkeit bzw. das Verdienen von Geld im Vordergrund. Wenn die Vorinstanz den Akten entnehmen will, der Beschuldigte habe Kokain "lediglich ausprobiert" (Urk. 38 S. 11), trifft dies nicht ganz zu. Der Beschuldigte gab mehrmals zu Protokoll, Kokain konsumiert zu haben. So sei das bei ihm vorgefundene Kokain für den Eigenkonsum bestimmt gewesen und die sichergestellten Kokainrückstände würden aus Portionen herrühren, welche er zum Konsumieren zerkleinert habe (Urk. 6 S. 3). Er habe Kokain konsumiert, um zu "vergessen". Nach dem Konsumieren habe er manchmal aus der Nase geblutet (Urk. 10 S. 1). Entgegen der Vorinstanz kann somit nicht von einem blossen "Probieren" gesprochen werden, doch finden sich in den Akten auch keine Hinweise dafür, dass er an einer Sucht leiden würde. Als er bei der Staatsanwaltschaft zu seiner persönlichen Situation, insbesondere zu seiner Gesundheit befragt wurde, erwähnte er seine Atemprobleme, seine Muskelerkrankung sowie seine Depression, nicht aber eine allfällige Sucht (Urk. 6 S. 4). Auch machte er eine solche nie geltend. Der Beschuldigte gab denn auch selbst an, dass er mit dem Gewinn aus dem Kokainhandel Glückspiel betrieben habe (Urk. 9 S. 8). Mit der Vorinstanz ist folglich nicht von einer Notsituation auszugehen. Sein Tatmotiv beim Kokainverkauf ist somit primär im Gewinnstreben zu sehen und Beschaffungskriminalität tritt als Motiv im Vergleich zu den finanziellen Beweggründen stark in den Hintergrund.

Zusammengefasst ergibt sich somit nichts, was die objektive Tatschwere aufgrund subjektiver Komponenten geringer erscheinen liesse, im Gegenteil wirkt sich das hauptsächlich finanzielle Motiv erschwerend aus.

Wenn die Vorinstanz von einem insgesamt nicht mehr leichten Verschulden ausgeht, so ist sie dieser Einschätzung bei der Festsetzung der Strafe nicht konsequent gefolgt. Insgesamt ist das Verschulden des Beschuldigten – aufgrund des weiten Strafrahmens von einem bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe – als insgesamt **am unteren Strafrahmen liegend** zu qualifizieren.

In Würdigung der objektiven und subjektiven Tatschwere ergibt sich somit eine (hypothetische) Freiheitsstrafe von knapp über dem unteren Strafrahmen von einem Jahr.

3.4. Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten kann ebenfalls auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 38 S. 9 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Gemäss einer Bestätigung seines Vaters, G._____, zahlte dieser dem Beschuldigten im Jahre 2009 jeden Monat \$ 2600.– aus (Urk. 52/5). Heute arbeitet der Beschuldigte bei der H.____ GmbH und verdient monatlich Fr. 3'600.– brutto bzw. Fr. 3'165.30 netto (Urk. 52/2). In der Steuererklärung 2010 weist er Schulden in der Höhe von Fr. 28'000.– und ein Vermögen in der Höhe von ca. Fr. 6'500.– aus (Urk. 52/4).

Heute führte der Beschuldigte aus, die Angabe hinsichtlich seiner Schulden vor Vorinstanz sei fehlerhaft gewesen, er habe damals Schulden in der Höhe von Fr. 15'000.– und nicht Fr. 50'000.– gehabt (Urk. 54 S. 3).

3.5. Der Beschuldigte weist eine nicht einschlägige Vorstrafe wegen Vergehen gegen das ANAG und Übertretung des AsylG auf. Damals wurde er zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 30 Tagen verurteilt (Urk. 39). Diese Vorstrafe aus dem Jahre 2003 liegt schon weit zurück. Vorstrafen haben umso weniger Gewicht, je geringfügiger sie sind und je länger sie zurückliegen (vgl. BGE 96 IV 155 E. III/2; BGE 92 IV 118, S. 121). Folglich wirkt sich die Vorstrafe des Beschuldigten – der Vorinstanz folgend (Urk. 38 S. 11) – nur leicht strafferhöhend aus.

3.6.1. Zu den Täterkomponenten gehört auch das Nachtatverhalten eines Täters. Darunter fällt das Verhalten nach der Tat sowie im Strafverfahren (wie zum Beispiel Reue, Einsicht und Strafempfindlichkeit vgl. dazu Stefan Trechsel,

Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen, 2008, N 22 zu Art. 47 StGB; Wiprächtiger in BSK StGB I, Basel 2003, N 105 ff. zu Art. 63 aStGB und Wiprächtiger in BSK StGB I, 2. A., Basel 2007, N 109 Absatz 2 zu Art. 47 StGB). Ein Geständnis, das kooperatives Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd (Wiprächtiger in BSK StGB I, Basel 2003, N 107 zu Art. 63 aStGB und Wiprächtiger in BSK StGB I, 2. A., Basel 2007, N 130 und N 131 zu Art. 47 StGB). Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich, dass nur ein ausgesprochen positives Nachtatverhalten zu einer erheblichen Strafreduktion führen kann. Zu einem solchen gehört ein umfassendes Geständnis von allem Anfang an und aus eigenem Antrieb, also nicht erst auf konkrete Vorwürfe hin oder nach Vorhalt entsprechender Beweise. Die Berücksichtigung von Geständnissen im Rahmen der Strafzumessung beruht hauptsächlich auf zwei Gründen. Zum einen kann das Geständnis (vorbehältlich seiner kritischen Prüfung im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung) zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen. Zum andern kann das Opfer bzw. die geschädigte Partei durch die Schuldanerkenntnis des Täters bereits eine gewisse immaterielle Genugtuung erfahren. Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich allenfalls aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichtert hat, weil die Täterschaft ohnehin bereits überführt gewesen wäre. Bei umfangreichen und prozessentscheidenden Geständnissen kann die Strafreduktion nach der bundesgerichtlichen Praxis hingegen bis zu einem Drittel betragen (vgl. BGE 121 IV 202 E. 2d/cc S. 205). Ferner gehört kooperatives Verhalten in der Untersuchung dazu, beispielsweise wenn aufgrund des Verhaltens eines Beschuldigten weitere Delikte aufgeklärt oder Mittäter zur Rechenschaft gezogen werden können, was ohne sein kooperatives Mitwirken nicht möglich gewesen wäre. Schliesslich stellen auch Einsicht ins Unrecht der Tat und Reue Strafminderungsgründe dar. Nur wenn all diese Faktoren erfüllt sind, kann eine massgebliche Strafreduktion erfolgen. Fehlen einzelne Elemente, ist die Strafe entsprechend weniger stark zu reduzieren. Ausgeschlossen ist eine Strafreduktion, wenn der Beschuldigte lediglich einen erstinstanzlichen Schuldspruch akzeptiert und nicht anfechtet (vgl. BGE 6B_974/2009 vom 18. Februar 2010, E. 5.4.).

3.6.2. Wie die Vorinstanz zu Recht feststellte (Urk. 38 S. 12), kann nicht von einem anfänglichen und vollumfänglichen Geständnis gesprochen werden. Der Beschuldigte will anfänglich bloss Milchpulver und Zucker anstelle von Kokain verkauft haben (Urk. 5 S. 2 A 7; vgl. auch Urk. 6 S. 2). Erst auf Vorhalt von konkreten Vorwürfen gab er dann nach und nach die einzelnen Kokainverkäufe zu (Urk. 5 S. 2 f.). Das Geständnis des Beschuldigten ist mit der Vorinstanz daher nicht im maximalen Umfange von rund einem Drittel (BGE 121 IV 202 E 2.d/cc), sondern lediglich leicht strafreduzierend zu veranschlagen.

3.7. Zusammenfassend erscheint damit in Würdigung aller Strafzumessungsgründe eine Freiheitsstrafe von **13 Monate** als angemessen. Der Anrechnung der vom Beschuldigten bisher erstandenen 76 Tage Polizei- und Untersuchungshaft steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

3.8. Die Angemessenheit dieser Strafe ergibt sich auch bei einer Vergleichsrechnung mit dem schematisierten Berechnungsmodell von Fingerhuth/Tschurr (Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007). Bei circa 19.5 Gramm reinem Kokain wäre von einer Einsatzstrafe von etwas mehr als 12 Monaten auszugehen (a.a.O., S. 385). Aufgrund des in der Untersuchung abgelegten Geständnisses des Beschuldigten wäre ein Abzug von höchstens 10 %, also ca. 1,5 Monaten, möglich. Es ist andererseits in Rechnung zu stellen, dass der Beschuldigte weit mehr als 5 Einzelgeschäfte getätigt hatte, was zu einer Erhöhung um 20 % führt, also rund 2 Monaten. Leicht strafe erhöhend ist die Vorstrafe zu werten, was zu einem Zuschlag von 5 % führt. Mithin käme man mit dieser Berechnungsart für die Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz auf eine Freiheitsstrafe in der Grössenordnung von rund 13,5 Monaten. Eine solche Vergleichsrechnung – die nicht Grundlage der eigentlichen Strafzumessung ist – ist durchaus zulässig (Entscheid des Bundesgerichtes 6B_495/2008 vom 27. Dezember 2008, E. 1.4.).

III. Einziehungen / Beschlagnahmungen

1. Die Verteidigung moniert, wie vor Vorinstanz, die Beschlagnahme der Bargeldbeträge von Fr. 3'040.– und € 1'830.– zur Deckung der Verfahrenskosten. Diese Barschaft sei der Berechtigten B._____ herauszugeben (Urk. 75 S. 3). Vor Vorinstanz begründete die Verteidigung ihren Antrag, dass B._____ dem Beschuldigten diese Geldbeträge übergeben habe, damit dieser, wenn sie nach I._____ zurückgereist sei, die Transportkosten für die zwei mit Hausrat gefüllten Container nach I._____ bezahlen könne. Infolge der Beschlagnahme befänden sich die Container noch immer in der Schweiz (Urk. 31 S. 13 f.).

1.1. Die Vorinstanz hat gestützt auf die Bestimmungen von Art. 263 Abs. 1 StPO und Art. 267 Abs. 3 StPO die Barschaften definitiv beschlagnahmt und zur Kostendeckung herangezogen (Urk. 38 S. 16). Es kann grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, welche die diesbezüglichen Aussagen des Beschuldigten als widersprüchlich und unglaubhaft qualifizierte (Urk. 38 S. 14 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Bei den Aussagen des Beschuldigten fällt auf, dass er zu jeder Erklärung, woher das Geld stamme, eine andere und eigene Geschichte bereit hat. Einmal sollen die Euro dem Cousin seiner Mutter (bzw. seiner Frau) gehören, welcher in der Schweiz auf Durchreise war und aus Sicherheitsgründen einen Teil seiner Barschaft beim Beschuldigten hinterliess (Urk. 6 S. 2). Ein andermal soll das Geld B._____ gehören, welche dem Beschuldigten den Betrag für die Transportkosten ihrer Umzugscontainer nach I._____ übergeben haben soll (Urk. 29 S. 5).

1.2. Sodann fällt Folgendes auf: Es wurde im ganzen Untersuchungsverfahren kein Antrag auf Herausgabe der Gelder gestellt, weder vom Verteidiger des Beschuldigten (vgl. z.B. Eingabe vom 22. Juni 2010 an die Staatsanwaltschaft, in welcher B._____ den Wohnungsschlüssel verlangte, um in der Wohnung des Beschuldigten einen Fahrzeugausweis holen zu können, Urk. 17/5; oder Eingabe vom 12. Juli 2010, in welcher um eine Besuchsbewilligung für B._____ ersucht wurde, weil sie den Beschuldigten bald möglichst im Gefängnis besuchen wollte, Urk. 17/11) noch von B._____ selber. Sollte eine Dringlichkeit bestanden haben,

weil die Container ohne die Gelder nicht nach I._____ transportiert werden können und sie sich immer noch in der Schweiz befinden, so wäre wohl ein entsprechender Antrag zu erwarten gewesen.

Ferner spricht der Aufbewahrungsort der Gelder (Euro in der Trainerjacke, Fr. 550.– in der Brusttasche des Hemds, Fr. 2'400.– zwischen Badetüchern, vgl. Urk. 15/1) nicht für die nachträgliche Konstruktion von "Depots" seitens B._____. Wenn der Beschuldigte von B._____ tatsächlich Depots von Fr. 3'500.– und € 1'830.– resp. 2'000.– (vgl. Urk. 40 S. 4 und Urk. 41) erhalten haben sollte – offenbar mit der Verpflichtung, die Gelder zurückzugeben oder damit den Transport der behaupteten Container zu finanzieren (Urk. 41) –, er diese Gelder aber "angeknabbert" haben sollte (so der Verteidiger: Urk. 40 S. 4), müsste der Tatbestand der Veruntreuung geprüft werden (als Officialdelikt, ein Strafantrag wäre nicht nötig, Art. 172^{ter} StGB und BGE 121 IV 268).

Hinzuweisen ist zu guter Letzt auch darauf, dass B._____ in ihrem Schreiben an den Beschuldigten vom Juni 2010 zwar verschiedene Geldsummen erwähnte, aber nie von Geldern sprach, welche sie ihm ins Depot gegeben habe. Von irgendwelchen Containern ist ebenso wenig die Rede (Urk. 18/15/1).

Die "Bestätigung" vom 9. Januar 2011, in welcher B._____ darlegt, sie habe dem Beschuldigten SFR 3'500 und Euro 2'000 abgegeben, "für Transport meine Fracht, Wohnungsmöbel und Guthaben, mit Container durch J._____" (Urk. 41), ist folglich als Gefälligkeitsbestätigung zu qualifizieren, die dann von strafrechtlicher Relevanz wäre, wenn ihr Urkundencharakter zukommen würde. Da es sich offenkundig um eine einfache Lüge handelt, ist von Weiterungen abzusehen. Angesichts der zahlreichen Ungereimtheiten würde eine Einvernahme von B._____ – sei es in der Form einer Zeugeneinvernahme, sei es in der Form einer Beschuldigteneinvernahme – keine aussagekräftigen Resultate bezüglich Herkunft der beim Beschuldigten sichergestellten Gelder ergeben. Ein rechtsgenügender Beweis dafür, dass die Gelder im Eigentum von B._____ stehen, könnte mit einer solchen Einvernahme nicht erbracht werden. Der entsprechende Beweisantrag des Verteidigers ist daher abzuweisen.

Auszugehen ist folglich von der Vermutung, dass die sichergestellten Bargeldbeträge im Eigentum des Beschuldigten stehen (Art. 930 Abs. 1 ZGB).

1.3. Der Vorinstanz folgend, sind somit die Barschaften in der Höhe von Fr. 3'040.– (Fr. 90.– + Fr. 2'950.–) und € 1'830.– definitiv zu beschlagnahmen und zur Deckung der Verfahrenskosten heranzuziehen.

2. Weiter moniert die Verteidigung die Beschlagnahme der beiden Mobiltelefone der Marke Nokia, deren Verwertung die Vorinstanz zur Deckung der Verfahrenskosten anordnete (Urk. 75 S. 3). Diese seien dem Beschuldigten herauszugeben. Unter Hinweis auf die Entscheide des Bundesgerichtes 6B_748/2008 vom 16. Februar 2009 E.4.5.3. und 6B_1067/2009 vom 31. Mai 2010 führt die Verteidigung aus, dass selbst bei gegebenen Einziehungsvoraussetzungen gemäss StGB hinsichtlich elektronischer Datenträger das Prinzip der Subsidiarität verlange, einzig die deliktischen Daten auf Kosten des Beschwerdeführers unwiderherstellbar zu löschen und diesem anschliessend die Datenträger samt Kopien der darauf enthaltenen legalen Daten wieder zurückgeben (Urk. 31 S. 14). Hinzu komme, dass der Beschuldigte – gemäss Polizeirapport und seinen Aussagen – nur dasjenige Mobiltelefon mit der Telefonnummer 07... für Drogengeschäfte benutzt habe. Ferner stelle ein Natel bei Leuten ohne Festnetzanschluss ein Kompetenzstück im Sinne von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG dar (Urk. 31 S. 14 f.)

2.1. Aus dem vorinstanzlichen Urteil geht nicht klar hervor, gestützt auf welche Bestimmung sie die beiden Mobiltelefone eingezogen hat. Einerseits bezieht sie sich bei der Begründung ihrer Einziehung auf die Einwände der Verteidigung zu Art. 70 StGB, andererseits zog sie letzten Endes beide Mobiltelefone zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten ein, was gegen eine Einziehung im Sinne des StGB, sondern für eine solche im Sinne der StPO spricht. Im Folgenden ist deshalb eine Einziehung nach StGB und StPO zu prüfen.

2.2. Den Akten ist zu entnehmen, dass aufgrund der Ermittlungen gegen den Beschuldigten wegen strafbaren Handlungen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 in Verbindung mit Ziff. 2 BetmG eine Telefonüberwachung der Rufnummer 07... beantragt wurde (Urk. 14/3), welche von der Anklagekammer mit Verfügung

vom 23. Juli 2010 (Urk. 14/7) bewilligt wurde. In der Untersuchung gab der Beschuldigte zu Protokoll, das schwarze Mobiltelefon für die Drogenkontakte von einem K._____ bekommen zu haben. Das andere, das weisse, mit der Rufnummer 07..., gehöre ihm persönlich (Urk. 5 S. 4 f.). Eine Überwachung der Mobiltelefonnummer 07... fand nie statt. Aus dem Schlussbericht der Stadtpolizei Zürich vom 13. September 2010 geht hervor, dass alle im vorliegenden Fall relevanten Drogenabnehmer aus der Telefonüberwachung der Rufnummer 07... resultieren (Urk. 11 S. 7). Somit ist ausgewiesen, dass das Mobiltelefon mit der Rufnummer 07... nicht im Zusammenhang mit den vorliegend eingeklagten Betäubungsmittelverkäufen steht, weshalb – zumindest für dieses – eine Einziehung im Sinne von Art. 69 oder Art. 70 StGB nicht nur Diskussion steht.

2.3. Bei nicht im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung stehenden Vermögenswerten kann eine Beschlagnahme gemäss Art. 263 StPO greifen. Wurde eine solche Vermögensbeschlagnahme (vgl. Urk. 13/5) nicht schon vorher aufgehoben, so entscheidet die zuständige Strafbehörde im Rahmen des Endentscheides (Art. 81 StPO) über die Rückgabe der Gegenstände an die berechtigte Person oder auch über die Verwendung zur Kostendeckung (vgl. Art. 267 Abs. 3 StPO). Die Kompetenz für die definitive Einziehung ergibt sich aus Art. 428 StPO, d.h. aus der Kostenaufgabe an den schuldig gesprochenen Beschuldigten (vgl. Beschluss des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich Nr. 90/174S vom 19. Februar 1991 i.S. W.D. ca. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, E. II.6 S. 12 f. zur damaligen StPO/ZH). Voraussetzung für die definitive Einziehung ist, dass das beschlagnahmte Mobiltelefon zum Vermögen des Beschuldigten gehört (ZR 33 [1934] Nr. 81 und ZR 63 [1964] Nr. 33; vgl. auch Niederer, Vermögensbeschlagnahme im Schweizerischen Strafprozessrecht, Diss. Zürich, 1968, S. 4 und S. 29). Wie im Zwangsvollstreckungsrecht darf auch bei der strafprozessualen Vermögenseinziehung nicht in das Eigentum Dritter eingegriffen werden. Von einer Beschlagnahme zur Kostendeckung ausgeschlossen sind jedoch Vermögenswerte, die nach Art. 92 bis 94 SchKG nicht pfändbar sind (Art. 268 Abs. 3 StPO). Unpfändbar im Sinne von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG sind die dem Schuldner zum persönlichen Gebrauch dienenden Gegenstände. Das Gesetz zählt in Ziff. 1 eine Anzahl typisch unpfändbarer Gegenstände auf – Kleider,

Effekten, Hausgeräte, Möbel – und verweist dann auf andere bewegliche Sachen, soweit sie dem Schuldner (und seiner Familie) unentbehrlich sind und zum persönlichen Gebrauch dienen (BSK SchKG I-Vonder Mühl, Art. 92 N 11). Als "unentbehrlich" gelten gemäss Rechtsprechung nicht nur Gegenstände, die "Tag für Tag" gebraucht werden (BGE 61 III 143, 144), sondern auch "mehr oder weniger gelegentliche Verwendungen", unter der Voraussetzung, dass sie notwendig sind. Was darunter zu verstehen ist, hängt von der jeweiligen Situation ab; unentbehrlich sind gemäss Praxis bspw. eine elektrische Nähmaschine, wenn der Nachweis regelmässigen Gebrauchs erbracht wird oder selbst eine Sonntags-tracht, wobei hier der Ortsgebrauch zu berücksichtigen ist (KUKO, SchKG-Kren Kostkiewicz, Art. 92 N 26). Beim Beschuldigten, welcher nicht über einen Festnetzanschluss verfügt, ist das Mobiltelefon als Kompetenzstück im Sinne von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG auszuscheiden, analog dem Radio, bei welchem der Kompetenzcharakter damit begründet wird, dass der Schuldner damit im Falle von dringenden Durchsagen die amtlichen Anweisungen befolgen kann (a.a.O., Art. 92 N 26). Ein Telefon wird nicht nur benötigt, um den Kontakt zu seinen Mitmenschen zu pflegen, sondern auch, und dies ist hier von Relevanz, um in allfälligen Notfällen die entsprechenden Amtsstellen oder einen Arzt anzurufen. Selbst wenn dem Mobiltelefon keinen Kompetenzcharakter im Sinne von Art. 92 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG zusprechen will, ist ein solcher zumindest gemäss Art. 92 Abs. 2 SchKG gegeben. Gegenstände gelten auch dann als nicht pfändbar, wenn von vornherein anzunehmen ist, dass der Überschuss des Verwertungserlöses über die Kosten so gering wäre, dass sich eine Wegnahme nicht rechtfertigt. Es ist notorisch, dass Mobiltelefone rasant an Wert verlieren und auf dem Occasionsmarkt oft nur im Bündel zu enorm niedrigen Preisen verkauft werden.

2.4. Folglich ist dem Beschuldigten das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2010 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Sachkautionsnummer ... lagernde Mobiltelefon "Nokia", IMEI-Nr. ..., nach Rechtskraft des Urteils herauszugeben.

2.5. Betreffend das andere Mobiltelefon mit der Rufnummer 07..., welches offensichtlich der Begehung strafbarer Handlungen gedient hat, beantragt die Verteidi-

gung auch eine Herausgabe an den Beschuldigten. Die Verteidigung beruft sich dabei auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei einer Einziehung nach Art. 69 StGB, insbesondere auf die vorerwähnten Entscheide des Bundesgerichtes (6B_748/2008 vom 16. Februar 2009 und 6B_1067/2009 vom 31. Mai 2010). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit besagt, dass der Eingriff in die Rechte des Betroffenen notwendig und geeignet sein muss, um das Ziel der Sicherungseinziehung zu erreichen. So kann unter Umständen der mit der Trennung zwischen deliktischen und nicht-deliktischen Daten verbundene Aufwand insbesondere auch angesichts der Bedeutung der legalen Daten für den Beschuldigten nicht als unverhältnismässig eingestuft werden. In einem solchen Fall gebietet es das Prinzip der Subsidiarität, einzig die deliktischen Daten unwiederherstellbar zu löschen und dem Beschuldigten anschliessend die Datenträger samt den darauf enthaltenen legalen Daten wieder zurückzugeben. Dabei kann die Vollzugsbehörde die Löschung – allenfalls unter Beizug externer Experten – selber vornehmen und die damit verbundenen Aufwendungen auf den Beschuldigten überwälzen. Als (in der Regel kostengünstigere) Alternative kann dem Beschuldigten auch angeboten werden, zunächst die nicht zu löschenden legalen Dateien zu bezeichnen (Bommer, a.a.O., S. 181 f.; vgl. auch Michael Aeppli, Die strafprozessuale Sicherstellung von elektronisch gespeicherten Daten, Diss. Zürich 2004, S. 85 f.; Entscheid des Bundesgerichtes 6B_1067/2009 vom 31. Mai 2010).

Vorliegend handelt es sich jedoch um ein Mobiltelefon, das der Beschuldigte von einem gewissen "K._____" bekommen hat (Urk. 5 S. 4). Somit wären bei einer Einziehung des Mobiltelefons nicht die Rechte des Beschuldigten betroffen. Auch ist nicht anzunehmen, dass dieser auf dem Mobiltelefon von K._____ wichtige, persönliche legale Daten abgespeichert hat. Die Vornahme einer kostspieligen Trennung der illegalen Daten, im vorliegenden Fall die Kontaktdaten der Drogenabnehmer, vom Datenträger auf Kosten des Beschuldigten, wie es die Verteidigung geltend macht, kann bei diesem Mobiltelefon wohl nicht im Interesse des Beschuldigten liegen. Nicht zuletzt können Mobiltelefone heute bereits für wenig Geld ohne Vertrag erstanden werden. Die Kosten einer Datentrennung würden die Kosten einer Neuanschaffung um ein Vielfaches übersteigen. In dem von der

Verteidigung erwähnten Bundesgerichtsentscheid (6B_748/2008 vom 16. Februar 2009 E.4.5.3.) ging es um ein Notebook, dessen Kaufpreis um einiges höher liegt, als derjenige eines Mobiltelefons. Dass vorliegend am Mobiltelefon fremde dingliche Rechte bestehen, steht einer Einziehung nicht entgegen (Schwarzenegger/Hug/Jositsch, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2007, § 7 Z. 6.221).

2.6. Demzufolge ist das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2010 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Sachkautionsnummer ... lagernde Mobiltelefon "Nokia" (IMEI-Nr. ...; Ruf-Nr. 07...) gestützt auf Art. 69 StGB definitiv zu beschlagnahmen. Da das Mobiltelefon zur Begehung strafbarer Handlungen gedient hat, ist der Verwertungserlös nicht zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten sondern zu Gunsten des Staates zu verwenden.

IV. Kostenfolgen

Der Beschuldigte obsiegt in einem kleinen Teilbereich, indem die Betäubungsmittelmengemenge gemäss seinem Antrag leicht reduziert und dementsprechend auch die Strafe etwas reduziert wurde und ihm das Mobiltelefon "Nokia", IMEI-Nr. ..., herausgegeben wird. Mit seinem Hauptantrag unterliegt er jedoch.

Nach Art. 426 Abs. 1 StPO trägt der verurteilte Beschuldigte die Verfahrenskosten, ausgenommen davon sind – unter Vorbehalt der Rückerstattungspflicht nach Art. 135 Abs. 4 StPO – die Kosten für die amtliche Verteidigung.

Zunächst sind dem Beschuldigten folglich die erstinstanzlichen Verfahrenskosten und die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens zu drei Vierteln aufzuerlegen; zu einem Viertel sind die Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Sodann ist festzustellen, dass der Beschuldigte für die Kosten der amtlichen Verteidigung in beiden Verfahren im Umfange von drei Vierteln rückerstattungspflichtig ist. Ein Viertel der Verteidigerkosten ist auf die Gerichtskasse zu nehmen. Da

der Beschuldigte heute nicht in wirtschaftlich günstigen Verhältnissen lebt, kann er heute nicht verpflichtet werden, dem Staat die Kosten der amtlichen Verteidigung sofort zu ersetzen (Art. 135 Abs. 4 lit. a StPO). Die Rückerstattungspflicht gemäss dieser Bestimmung für drei Viertel der Verteidigerkosten ist indessen vorzubehalten.

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.- festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung, vom 11. Februar 2011 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des Verbrechens gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG [recte: aBetmG] in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG [recte: aBetmG].
2. (...)
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Von der Festlegung einer Ersatzforderung wird gestützt auf Art. 71 Abs. 2 StGB abgesehen.
5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2010 beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich, Betäubungsmittelfahndung (RW-FA-BMF) unter der Lagernummer ... lagernden Betäubungsmittel (1 Portion Kokain zu 0.4 Gramm brutto) und Betäubungsmittelutensilien (1 Feinwaage, 2 Karten mit Kokainrückständen, 1 Büchse mit Kokainrückständen, 1 Ringbuchblock, 1 Kopie Anmeldung "Sunrise", 1 Zettel mit Zahlen, 1 SIM-Karte "Lebara", 1 SIM-Kartenhülle "Sunrise") werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

6. Von der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2010 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Barkautionsnummer ... lagernden Barschaft werden Fr. 200.-- eingezogen und verfallen dem Staat. Die restliche Barschaft in der Höhe von (...) £ 20.-- wird definitiv beschlagnahmt und zur Deckung der Verfahrenskosten herbeigezogen.
 7. (...)
 8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'600.-- ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. Kosten der Kantonspolizei
Fr. Kanzleikosten Untersuchung
Fr. 1'000.-- Auslagen Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
 9. (...)
 10. (Mitteilungen)
 11. (Rechtsmittel)"
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 13 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 76 Tage durch Polizei- und Untersuchungshaft erstanden sind.
2. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2010 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Barkautionsnummer ... lagernden Barschaften in der Höhe von Fr. 3'040.- und € 1'830.- werden definitiv beschlagnahmt und zur Deckung der Verfahrenskosten herbeigezogen.

3. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2010 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Sachkautionsnummer ... lagernde Mobiltelefon "Nokia", IMEI-Nr. ..., wird nach Eintritt der Rechtskraft dem Beschuldigten herausgegeben.
4. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 28. Juni 2010 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Sachkautionsnummer ... lagernde Mobiltelefon "Nokia", IMEI-Nr. ..., wird definitiv eingezogen und durch die Kasse des Bezirksgerichts Zürich verwertet. Der Erlös verfällt dem Staat.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 300.-- Gutachten
Fr. amtliche Verteidigung
6. Die Kosten der Untersuchung, des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten zu drei Vierteln auferlegt und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse genommen.

Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen. Der Beschuldigten wird verpflichtet, dem Staat drei Viertel der Kosten der amtlichen Verteidigung zu ersetzen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Rückerstattungspflicht).

7. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - die Bundesanwaltschaftund 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 Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten
 - die Kasse des Bezirksgerichts Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.
8. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 16. Dezember 2011

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. P. Marti

lic. iur. T. Walthert