

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB210268-O/U/jv

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Ch. Prinz, Präsident, Ersatzoberrichter
Dr. E. Pahud und Ersatzoberrichterin lic. iur. S. Nabholz sowie
die Gerichtsschreiberin MLaw M. Höchli

Urteil vom 15. November 2021

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____,

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

vertreten durch Staatsanwalt lic. iur. Ch. Meier,

Anklägerin, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin

betreffend **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf, I. Abteilung,
vom 5. Februar 2021 (DG200012)**

Anklage:

(Urk. 21)

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 17. Juni 2020 ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 45 S. 49 ff.)

"Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des Verbrechens gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. c, lit. d und lit. g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. b und lit. c BetmG.
2. Der Beschuldigte A._____ wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, wovon 141 Tage durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf vier Jahre festgesetzt.
4. Die dem Beschuldigten mit Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 20. April 2018 auferlegte und von seinem Bruder B._____ geleistete Sicherheitsleistung von Fr. 10'000.– (Beleg-Nr. ...) wird Letzterem freigegeben.
5. Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 26. Mai 2020 beschlagnahmten bzw. sichergestellten Gegenstände werden definitiv eingezogen und der Kantonspolizei Zürich, Asservaten-Triage, zur Vernichtung respektive zur gutscheinenden Verwendung überlassen:
 - Mobiltelefon iPhone 4 (Asservat-Nr. A011'006'272);
 - SIM-Kartenspender Yallo, Verpackungen Nokia 1616 und Samsung GT-E1170i (Asservat-Nr. A011'005'860);
 - diverse persönliche Notizen (Asservat-Nr. A011'005'906);
 - leere iPhone-Verpackung (Asservat-Nr. A011'005'949);
 - Mobiltelefon BlackBerry (Asservat-Nr. A011'006'045);
 - Notiz "... " (Asservat-Nr. A011'006'181);

- Mobiltelefon 1 + (Asservat-Nr. A011'006'181);
 - Mobiltelefon Samsung GT-E1170i (Asservat-Nr. A011'006'227);
 - Mobiltelefon Samsung GT-E1200i (Asservat-Nr. A011'006'238);
 - Mobiltelefon Nokia RM 1133 (Asservat-Nr. A011'006'249);
 - Einkaufstasche Massimo Dutti mit diversen Verpackungen und Notizen (Asservat-Nr. A011'006'329);
 - Sim-Karte Yallo Nr. 1 (Asservat-Nr. A011'006'409);
 - Sim-Karte Nr. 2 (Asservat-Nr. A011'006'410);
 - Sim-Karte Yallo Nr. 3 (Asservat-Nr. A011'006'421);
 - handschriftliche Notizen (Abrechnungen) (Asservat-Nr. A011'006'432);
 - Vorhängeschloss ABUS EC75 75/60 inkl. Schlüssel (derzeit bei Kantonspolizei / Spez. Fahndung zu Schulungszwecken).
6. Die unter der BM Lager-Nummer B04752-2017 sichergestellten Asservate, Spuren und Spurenräger werden definitiv eingezogen und vernichtet.
7. Die Entschädigung von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten wird auf Fr. 28'257.80 (inkl. MwSt.) festgesetzt. Es wird davon Vormerk genommen, dass dem amtlichen Verteidiger bereits zwei Akontozahlungen geleistet wurden, nämlich am 4. Mai 2018 Fr. 9'300.– sowie am 30. März 2020 Fr. 9'757.30.
8. Die Entscheidgebür wird festgesetzt auf:
- | | |
|-----|--|
| Fr. | 4'500.00; die weiteren Kosten betragen: |
| Fr. | 3'000.00 Gebühr Vorverfahren |
| Fr. | 1'350.00 Auslagen (Gutachten) |
| Fr. | 3'290.00 Telefonkontrolle |
| Fr. | 1'450.00 Auslagen Polizei |
| Fr. | 9'019.00 Entschädigung amtliche Verteidigung RAin X2._____ |
| Fr. | <u>28'257.80</u> Entschädigung amtliche Verteidigung RA X1._____ |
| Fr. | <u>50'866.80</u> Total |

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebür um einen Drittel auf Fr. 3'000.–.

9. Die Kosten und Gebühren des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
10. (Mitteilungen)
11. (Rechtsmittel)"

Berufungsanträge:

(Prot. II S. 2 f.)

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 62 S. 2; Urk. 65 S. 2)

1. Der Beschuldigte sei vollumfänglich freizusprechen.
2. Dem Beschuldigten sei für den erstandenen Freiheitsentzug eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 28'200.– zzgl. 5 % Zins seit 8. Februar 2018 (mittlerer Verfall) zuzusprechen.
3. Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien auf die Gerichtskasse zu nehmen.
4. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren zulasten des Kantons Zürich.

Eventualanträge:

1. Der Beschuldigte sei der mehrfachen einfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG für schuldig zu befinden.
2. Der Beschuldigte sei mit einer Geldstrafe von 210 Tagessätzen à Fr. 70.– (insgesamt Fr. 14'700.–) zu bestrafen.

3. Der vom Beschuldigten erstandene Freiheitsentzug im Umfang von 141 Tagen sei auf die Strafe anzurechnen.
 4. Der Vollzug der Geldstrafe sei bedingt auszusprechen, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.
 5. Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen und im übrigen Umfang dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung seien vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen.
 6. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren zu Lasten des Kantons Zürich.
- b) Der Staatsanwaltschaft:
(Urk. 68 sinngemäss)
1. Der Beschuldigte sei mit einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 27 Monaten zu bestrafen, wobei der Vollzug von 7 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufzuschieben und die Strafe im übrigen Umfang zu vollziehen sei.
 2. Die Fluchtkautio n sei dem Beschuldigten auf den Zeitpunkt des Strafanktritts freizugeben.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann auf die Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 45 S. 5).
2. Am 5. Februar 2021 erging das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf, I. Abteilung (Urk. 38). Das Urteil wurde mündlich eröffnet und begründet sowie im Dispositiv übergeben (Prot. I S. 20 ff.).

3. Der Beschuldigte meldete mit Eingabe vom 8. Februar 2021 gegen das Urteil innert Frist Berufung an (Urk. 39), worauf ihm am 5. Mai 2021 das begründete Urteil zugestellt wurde (Urk. 43; Urk. 44/1+2). Am 25. Mai 2021 reichte er fristgerecht die Berufungserklärung ein und stellte einen Beweisantrag auf Beiziehung der digitalen Daten der Videoüberwachung des Lagerraums Nr. 11 der Firma C._____, D._____-strasse ..., E._____, im Zeitraum 1. März 2017 bis 19. April 2018 (Urk. 47). Mit Präsidialverfügung vom 27. Mai 2021 wurde der Staatsanwaltschaft die Berufungserklärung zugestellt und Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben wird, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Zudem wurde Frist angesetzt, um zum Beweisantrag des Beschuldigten Stellung zu nehmen (Urk. 49). Die Staatsanwaltschaft erklärte mit Eingabe vom 10. Juni 2021 Anschlussberufung und hielt fest, gegen den Beweisantrag nicht zu opponieren (Urk. 51). Mit Präsidialverfügung vom 14. Juni 2021 wurde der Beweisantrag gutgeheissen und die Kantonspolizei Zürich ersucht, die genannten Daten dem Gericht auf einem physischen Datenträger einzureichen. Im Weiteren wurde dem Beschuldigten die Anschlussberufungserklärung der Staatsanwaltschaft zugestellt (Urk. 52). In der Folge wurde auf den 15. November 2021 zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 54). Nach Eingang der von der Kantonspolizei eingeforderten Dateien der Videoüberwachung (Urk. 56 und 57/1) wurden diese den Parteien mit Präsidialverfügung vom 26. August 2021 zugestellt (Urk. 58). Die Berufungsverhandlung fand in Anwesenheit des Beschuldigten und seines amtlichen Verteidigers sowie des Staatsanwalts statt. Im Rahmen der Vorfragen liess der Beschuldigte wie bereits vor Vorinstanz beantragen, er sei mangels verwertbarer Beweismittel freizusprechen (Urk. 62; Prot. II S. 7 f.). Nach einer internen Beratung zu den Vorfragen wurde den Parteien mitgeteilt, dass das Gericht die erhobenen Beweise als verwertbar erachte. Die Berufungsverhandlung wurde entsprechend fortgesetzt (Prot. II S. 8). Der Beschuldigte liess überdies den Beweisantrag stellen, es sei der Geschäftsführer der Firma C._____, F._____, als Zeuge einzuvernehmen (Urk. 62 S. 12). Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, erübrigen sich weitere Beweisabnahmen. Das Urteil wurde im Anschluss an die Berufungsverhandlung gefällt

und den Parteien schriftlich im Dispositiv eröffnet (Prot. II S. 5 ff.).

II. Prozessuales

1. Umfang der Berufung

Der Beschuldigte beantragt im Berufungsverfahren einen vollumfänglichen Freispruch. Seine Berufung richtet sich gegen die Dispositiv-Ziffern 1 (Schuld-spruch), 2 (Sanktion), 3 (Vollzug) und 9 (Kostenauflegung). Nicht angefochten werden vom Beschuldigten die Dispositiv-Ziffern 4 (Herausgabe Sicherheitsleistung), 5 und 6 (Einziehungen), 7 (Entschädigung amtliche Verteidigung) sowie 8 (Kostenfestsetzung; Urk. 47 S. 2 f.). Die Anschlussberufung der Staatsanwalt-schaft richtet sich gegen die Dispositiv-Ziffern 2 (Sanktion), 3 (Vollzug) und 4 (Herausgabe Sicherheitsleistung).

Im nicht angefochtenen Umfang (Dispositiv-Ziffern 5-8) ist das vorinstanzliche Urteil rechtskräftig geworden, was vorab mittels Beschluss festzustellen ist (Art. 404 Abs. 1 StPO).

2. Verwertbarkeit der Beweise

2.1 Der Verteidiger des Beschuldigten bestritt in der Untersuchung sowie vor Vorinstanz die Verwertbarkeit der Erkenntnisse aus der Videoüberwachung des Lagerraums Nr. 11 bei der Firma C._____, D._____-strasse ..., E._____, sowie der darauf basierenden Folgebeweise (Urk. 5/41; Urk. 5/45; Urk. 31 S. 2). Die technische Überwachung sei ursprünglich in einem vom vorliegenden Strafverfahren völlig unabhängigen Strafverfahren gegen den Vermieter des Lagerraums, einen unbekanntem Dritten mit dem polizeilichen Pseudonym G._____, angeordnet worden (Urk. 31 Rz. 3 ff.). Nach dem Auszug von G._____ per 1. März 2017 sei die Videokamera jedoch nicht deinstalliert worden. Als der Beschuldigte sowie der Mitbeschuldigte H._____ am 25. März 2017 erstmals den Lagerraum Nr. 11 betraten, seien sie deshalb heimlich überwacht worden, obwohl die Videokamera zu diesem Zeitpunkt gar nicht mehr hätte laufen dürfen. Dies sei einerseits auf ein Versehen der Firma C._____ zurückzuführen, welche der Polizei die per 1. März 2017 erfolgte Kündigung und den Auszug von G._____ offenbar erst am 7. April 2017 mitgeteilt habe. Andererseits hätte die Polizei auch

selber darauf kommen müssen, habe sie doch am 1. März 2017 den Auszug von G._____ auf dem Video mitverfolgt und diesen rapportiert (Urk. 31 Rz. 5 ff.). Die im Strafverfahren gegen G._____ bewilligte Videoüberwachung des Lagerraums Nr. 11 der C._____ sei zwingend an die beschuldigte Person G._____ gekoppelt gewesen und habe nicht auf den Lagerraum Nr. 11 gelautet. Dass der Lagerraum neu ausgerechnet an I._____ (Patenkind des Beschuldigten) vermietet worden sei, habe rein gar nichts mit G._____ zu tun, sondern sei reiner Zufall. Jedenfalls hätte die Videokamera mit dem Wegfall des Überwachungsgrunds (Beendigung des Mietverhältnisses der C._____ mit G._____) deinstalliert werden müssen (Urk. 31 Rz. 11 ff.). Im Übrigen könne mangels schriftlichem Korrespondenznachweis zwischen der Vermieterin und der Polizei in den Akten nicht nachvollzogen werden, wann die Polizei über den Auszug durch G._____ informiert worden sei, weshalb zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen sei, dass die Polizei vor dem 25. März 2017 vom Auszug durch G._____ Kenntnis erhalten habe (Prot. I S. 8 f.).

An dieser Auffassung hielt der Verteidiger des Beschuldigten auch im Berufungsverfahren fest (Urk. 47 S. 3). Vorfrageweise machte er im Rahmen der Berufungsverhandlung ergänzend geltend, dass sich in den Akten keine Hinweise dazu finden würden, welche Abmachungen zwischen den Strafverfolgungsbehörden und der Firma C._____ getroffen worden seien (Urk. 62 S. 8). Auch gehe aus den Akten nicht hervor, wie die Firma C._____ die ihr von der Staatsanwaltschaft am 7. April 2017 gestellte Frage danach, wer der/die neuen Mieter an sie vermittelt habe, beantwortet habe (Urk. 62 S. 8 f.). Weiter wies die Verteidigung darauf hin, dass es hinsichtlich der Vermietung der Lagerboxen durch die Firma C._____ keine Kündigungsfristen gegeben habe und die Mieter auch keine Nachmieter hätten stellen müssen. Überdies würden keine Hinweise darauf bestehen, dass die Staatsanwaltschaft der Firma C._____ eine Pflicht auferlegt hätte, über allfällige Mieterwechsel umgehend Mitteilung zu erstatten. Angesichts der aufgeführten Vertragskonditionen und des Umstands, dass keine solche Mitteilungspflicht bestanden habe, hätte die Polizei aus Sicht der Verteidigung nach Bemerkungen des aufgeräumten und leeren Lagerraums umso eher bei der Firma C._____ nachfragen müssen, ob es Änderungen in Bezug auf die Mieterschaft gegeben habe

(Urk. 62 S. 9 ff.). Schliesslich beantragte die Verteidigung die Befragung des Geschäftsführers der Firma C. _____ als Zeugen für den Fall, dass das Berufungsgericht in Betracht ziehen würde, dass für die Firma C. _____ eine Mitteilungspflicht hinsichtlich einer allfälligen Kündigung von G. _____ bestanden haben könnte (Urk. 62 S. 12).

2.2 Die Staatsanwaltschaft führte aus, dass es sich vorliegend um einen echten Zufallsfund handle. Die Polizei habe bis zur Mitteilung durch die Vermieterin keine Kenntnis von der Kündigung von G. _____ gehabt. Wenn G. _____ seine Sachen aus dem Lagerraum entfernt habe, heisse dies noch lange nicht, dass er diesen aufgegeben habe. Und wenn neue Personen den Lagerraum betreten hätten, habe nicht ausgeschlossen werden können, dass sie Komplizen der überwachten Person sind. Dass die angeordnete Überwachung rechtmässig sei, ergebe sich schliesslich aus der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht. Die Frage sei durch das Bundesgericht bereits letztinstanzlich entschieden (Prot. I S. 8). Bei dieser Auffassung blieb die Staatsanwaltschaft auch im Berufungsverfahren (Prot. II S. 7 f.).

2.3.1 Die Strafprozessordnung regelt in Art. 269 ff. (8. Kapitel) die geheimen Überwachungsmaßnahmen und in Art. 280 f. speziell die Überwachung mit technischen Überwachungsgeräten. Die technische Überwachung ist grundsätzlich nur gegenüber der beschuldigten Person zulässig (Art. 281 Abs. 1 StPO). Räumlichkeiten oder Fahrzeuge von Drittpersonen dürfen indes überwacht werden, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen angenommen werden muss, dass die beschuldigte Person sich in diesen Räumlichkeiten aufhält oder das Fahrzeug benutzt (Art. 281 Abs. 2 StPO). Im Übrigen richten sich die Voraussetzungen nach den Art. 269-279 StPO (Art. 281 Abs. 4 StPO). Insbesondere muss der dringende Tatverdacht bestehen, eine in Art. 269 Abs. 2 StPO genannte Straftat sei begangen worden (Art. 269 Abs. 1 lit. a StPO), muss die Schwere der Straftat die Überwachung rechtfertigen (Art. 269 Abs. 1 lit. b StPO) und müssen die bisherigen Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben bzw. muss dargetan sein, dass die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Art. 269 Abs. 1 lit. c StPO). Die Überwachung bedarf der

Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 272 Abs. 1 StPO). Dokumente und Datenträger aus nicht genehmigten Überwachungen sind sofort zu vernichten (Art. 277 Abs. 1 StPO); durch solche Überwachungen gewonnene Erkenntnisse dürfen nicht verwertet werden (Art. 277 Abs. 2 StPO). Erkenntnisse über Straftaten von Personen, die in der Überwachungsanordnung nicht formell beschuldigt werden, können gemäss Art. 278 Abs. 2 StPO verwendet werden, wenn die Voraussetzungen für eine Überwachung dieser Person erfüllt sind. Im Falle eines solchen (personellen) Zufallsfundes ordnet die Staatsanwaltschaft unverzüglich die Überwachung an und leitet das Genehmigungsverfahren ein (Art. 278 Abs. 3 StPO). Spätestens mit Abschluss des Vorverfahrens teilt die Staatsanwaltschaft u.a. der überwachten beschuldigten Person Grund, Art und Dauer der Überwachung mit (Art. 279 Abs. 1 StPO), was die Möglichkeit eröffnet, die Rechtmässigkeit der Überwachung im Beschwerdeverfahren überprüfen zu lassen (vgl. Art. 279 Abs. 3 StPO).

2.3.2 Vorliegend wurde dieses Genehmigungs- und Beschwerdeverfahren durchgeführt: Das kantonale Zwangsmassnahmengericht am Obergericht genehmigte die Anordnung bzw. Verlängerung der geheimen Überwachungsmassnahmen gegen den Beschuldigten (Urk. 5/3 ff.). Der Beschuldigte wurde über die Überwachung mittels Übergabe der schriftlichen "Mitteilung einer Überwachungs-massnahme" vom 27. November 2018 informiert (Urk. 5/34). Die gegen die Überwachungs-massnahme erhobene Beschwerde des Beschuldigten wurde mit Beschluss des Obergerichts, III. Strafkammer, vom 18. April 2019 abgewiesen (Urk. 5/44). Das Bundesgericht wies die hiergegen geführte Beschwerde mit Urteil vom 25. Februar 2020 ab (Urk. 5/52). Damit wurde über die Rechtmässigkeit der Überwachungs-massnahme bereits entschieden; die Anordnungs- und Genehmigungsver Voraussetzungen bzw. die Frage der grundsätzlichen Verwertbarkeit des Zufallsfunds können vor dem Sachgericht nicht nochmals aufgeworfen werden (BGE 140 IV 40, E. 1.1; BGE 141 IV 459 = Pra 105 [2016] Nr. 66 E. 1.2; BGer 1B_191/2018 vom 16. Oktober 2018 E. 1.1; BGer 1B_63/2016 vom 8. Juni 2016 = Pra 106 [2017] Nr. 67 E. 1.2.2; ZK StPO-Hansjakob/Pajarola, Art. 279 N 60, 99, 101, 103). An diesem Umstand vermag auch die von der Verteidigung mittels Verweis auf eine Urteilsbesprechung in der Zeitschrift

"forumpoenale" geübte Kritik am in dieser Sache ergangenen Entscheid des Bundesgerichts nichts zu ändern (Urk. 62 S. 6). In die Zuständigkeit des Sachgerichts fällt insoweit jedenfalls nur, aber immerhin die Beurteilung des Beweiswerts (BGer 1B_63/2016 vom 8. Juni 2016 = Pra 106 [2017] Nr. 67 E. 1.2.2), d.h. der beweismässigen Verwertung der Überwachungsergebnisse.

2.3.3 Nach dem Ausgeführten ist die Rechtmässigkeit der Überwachung und die Frage der grundsätzlichen Verwertbarkeit der Erkenntnisse aus der Videoüberwachung des Lagerraums Nr. 11 im Genehmigungs- und Beschwerdeverfahren endgültig entschieden und bejaht worden. Die III. Strafkammer des Obergerichts und das Bundesgericht haben sich insbesondere mit der Rüge des Beschuldigten befasst, die Staatsanwaltschaft hätte die Überwachung des Lager-raums nach dem Auszug von "G'._____" am 1. März 2017 unverzüglich beenden müssen, weshalb die nach diesem Zeitpunkt erhobenen Aufzeichnungen absolut unverwertbar seien. Wie die III. Strafkammer des Obergerichts im Beschluss vom 18. April 2019 zu Recht festhält, macht der Beschuldigte damit sinngemäss geltend, die Voraussetzungen für die gegenüber "G'._____" angeordnete Überwachung des Lagerraums Nr. 11 seien am 25. März 2017 nicht mehr gegeben gewesen (vgl. Art. 275 Abs. 1 lit. a StPO; OGer ZH UH180437 vom 18. April 2019 [Urk. 5/44] S. 6). Allerdings hängt die rechtmässige Verwendung eines personellen Zufallsfunds und die Anordnung von Überwachungsmassnahmen gegen die neue Zielperson nicht von der Frage ab, ob die Grundüberwachung rechtmässig angeordnet wurde oder nicht und ob im Zeitpunkt der Entdeckung des Zufallsfunds die Voraussetzungen für die mit richterlicher Genehmigung laufende Grundüberwachung noch gegeben waren (Urk. 5/44 S. 8 m.H.; BGer 1B_259/2019 vom 25. Februar 2020 [Urk. 5/52] S. 3 E. 2.2). Massgeblich ist diesbezüglich einzig die formelle Voraussetzung, dass der Zufallsfund aus einer richterlich genehmigten Überwachungsmassnahme stammt (Urk. 5/52 S. 4 E. 2.2 a.E).

2.3.4.1 Wenn die Vorinstanz vor diesem Hintergrund ausführte, es stehe ihr frei, "die Frage der Verwertbarkeit der Zufallsfunde trotz letztinstanzlicher Würdigung durch das Bundesgericht im Rahmen der Strafuntersuchung nun als Sachgericht

neu zu beurteilen" (Urk. 45 S. 7), so ist dies nicht korrekt. Allerdings beschränkte sich die Vorinstanz in der Folge darauf, die Zulässigkeit der Überwachung unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs zu untersuchen. Sie hielt fest, die Regeln zur Verwertung von Zufallsfunden sollten verhindern, dass die Strafverfolgungsbehörden die Voraussetzungen zur Überwachung umgehen können. Dass ein missbräuchliches Verhalten der Strafverfolgungsbehörden der Verwertung von Zufallsfunden eine Grenze setze, fliesse letztlich auch aus dem konventions- und verfassungsrechtlich garantierten Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 32 Abs. 2 BV). Art. 3 Abs. 2 lit. a und lit. b StPO konkretisiere sodann auch, dass die Strafbehörden den Grundsatz von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs zu beachten haben, wobei die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts zur Verfolgung von Interessen, welche dieses Rechtsinstitut nicht schützen will, rechtsmissbräuchlich sei. Entsprechend sei zwischen Zufallsfunden und unzulässigen Beweisausforschungen (sog. fishing expeditions) zu unterscheiden. Werde Art. 275 Abs. 1 StPO im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen im Urteil vom 25. Februar 2020 ausgelegt, umfasse die Bestimmung lediglich den Schutz des ursprünglich Überwachten und nicht des vom Zufallsfund Betroffenen (Urk. 5/52 E. 2.3). Diese Auslegung könne im Einzelfall jedoch zu einem stossenden Ergebnis führen. Lasse die Staatsanwaltschaft eine Überwachung – entgegen Art. 275 Abs. 1 lit. a StPO – weiterlaufen, obschon sie vom Wegfall der Voraussetzungen zur Anordnung gegen die ursprüngliche Zielperson, namentlich des Tatverdachts, Kenntnis gehabt habe, würde dies eine rechtsmissbräuchliche respektive unzulässige Beweisausforschung darstellen. Werde aus einer solchen Beweisausforschung ein Zufallsfund produziert, wäre es dem hiervon Betroffenen bei obgenannter Auslegung von vornherein verwehrt, sich gegen die Fortführung der Überwachungsmassnahme zu wehren. Ein solches Ergebnis würde nicht nur dazu führen, dass der Schutzgedanke von Art. 278 Abs. 2 OR (korrekt: StPO) ein toter Buchstabe wäre, sondern auch einer Verletzung des fair trial-Grundsatzes gleichkommen, welcher ein missbräuchliches Verhalten der Strafverfolgungsbehörden nicht zulasse respektive als Konsequenz ein Verwertungsverbot vorsehe. Eine konventions- und verfassungskonforme Auslegung

von Art. 275 Abs. 1 StPO setze zwingend voraus, dass sich der vom Zufallsfund Betroffene gegen eine ihn betreffende Nicht-Beendigung einer Überwachung verteidigen können müsse. Diese Auslegung stehe im Übrigen auch nicht im Widerspruch zur diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei personellen Zufallsfunden (siehe BGE 140 IV 40 E. 4.2), da die Rechtmässigkeit der Weiterführung der Überwachungsmassnahme respektive deren Verwendung als Zufallsfund i.S.v. Art. 278 Abs. 2 StPO und nicht die Anordnung der Überwachungsmassnahme gegen die ursprüngliche Zielperson überprüft werden solle (Urk. 45 S. 9 f.).

2.3.4.2 Sieht man davon ab, dass über die Zulässigkeit der Überwachung bereits abschliessend entschieden wurde, kann man der Ansicht der Vorinstanz soweit folgen, als es rechtsmissbräuchlich wäre, wenn die Strafverfolgungsbehörden sicheres Wissen hätten, dass die Voraussetzungen für eine Überwachung nicht mehr erfüllt sind (vgl. Art. 275 Abs. 1 lit. a StPO), von einer Beendigung der Überwachung aber absähen, um diese Überwachung gegenüber unbeteiligten Dritten fortzuführen in der Hoffnung, diese bei einer strafbaren Handlung zu ertappen. Keineswegs genügt es aber, dass "die Fortführung der technischen Überwachung des Lagerraums Nr. 11 der C._____ gegen die ursprüngliche Zielperson G._____ i.S.v. Art. 275 Abs. 1 StPO hätte beendet werden müssen" (Urk. 45 S. 10 E. II/3.7). Im Übrigen wird von der Vorinstanz richtig festgehalten,

- dass der Lagerraum Nr. 11 der C._____ im Rahmen der Aktion "K._____" gegen den vormaligen Mieter "G'._____" bereits seit mehreren Monaten überwacht wurde, wobei die entsprechende Anfrage an die Vermieterin bereits am 26. April 2016 erfolgt ist (Urk. 45 S. 11 m.H.a. Urk. 6/1 S. 1 u. 4),
- dass der zuständige polizeiliche Sachbearbeiter, Fw J._____, am 11. April 2017 rapportierte, "G'._____" habe den Lagerraum am 1. März 2017 "aus zur Zeit noch nicht bekannten Gründen" geräumt, am 25. März 2017 hätten zwei unbekannte Männer die C._____ betreten und insgesamt 13 Kartonschachteln deponiert, die Vermieterin der C._____ habe der Polizei jedoch erst am 7. April 2017 mitgeteilt, dass "G'._____" diese

- bereits per 1. März 2017 gekündigt habe (Urk. 45 S. 11 m.H.a. Urk. 6/1 S. 1 f.),
- dass Staatsanwalt Meier am 11. April 2017 ein Schreiben an die Vermieterin aufsetzte, mit welchem er um Mitteilung an die zuständigen Polizeifunktionäre bat, wer der neue Mieter sei (Urk. 6/1, S. 2 f.), worauf die Vermieterin meldete, dass I._____ der neue Mieter sei (Urk. 45 S. 11 m.H.a. Urk. 6/1 S. 2 f. u. 6),
 - dass Fw J._____ zu diesem Zeitpunkt offensichtlich noch davon ausging, die unbekanntenen Personen des Lagerraums gehörten zum überwachten Drogennetzwerk "K._____" (Urk. 45 S. 11 m.H.a. Urk. 6/1, S. 2: "Damit die Ermittlungen in der Aktion "K._____" erfolgsversprechend weitergeführt werden können und um die Möglichkeit zu erhalten L._____ den Drogenhandel nachweisen zu können [...]"),
 - dass der Umstand, wonach der Lagerraum (bis auf ein Metallregal) durch "G'._____" per 1. März 2017 geräumt wurde, bei einer ex ante-Beurteilung nicht automatisch den Schluss zulässt, der Lagerraum sei definitiv aufgegeben worden (Urk. 45 S. 12),
 - dass der Lagerraum lediglich bis zum 25. März 2017 leer stand, als der Beschuldigte und H._____ den Raum betraten und Drogen deponierten, wobei nicht ausgeschlossen werden konnte, dass der Beschuldigte und H._____ in einer Beziehung zur ursprünglich überwachten Zielperson "G'._____" standen (Urk. 45 S. 12 f.),
 - dass selbst ein neuer Mietername noch nicht zwangsläufig bedeute, dass die deliktischen Nutzer des Lagerraums ebenfalls änderten, zumal es im betäubungsmitteldeliktischen Milieu nicht unüblich sei, dass Mieter und Nutzer nicht identisch sind, was gerade im vorliegenden Fall auch zutrefte, da der Beschuldigte und H._____ nicht selber Mieter des Lagerraums Nr. 11 waren, sondern I._____ (Urk. 45 S. 13).

Es bestehen keine Hinweise, dass die Polizei oder die Staatsanwaltschaft vor dem 7. April 2017 Kenntnis davon hatten, dass "G'._____" den Lagerraum definitiv geräumt und an seiner Stelle ein in keiner Beziehung zu ihm stehender Drittmietler den Lagerraum übernommen hat bzw. dass sie gar trotz dieses Wissens von einer Beendigung der Überwachung absahen, um sie gegenüber unbeteiligten Dritten fortzuführen in der Hoffnung, diese bei einer strafbaren Handlung zu ertappen. Ein missbräuchliches Verhalten der Strafverfolgungsbehörden ist nicht ersichtlich.

Auch aus den beigezogenen Videoaufnahmen ergibt sich nichts anderes (vgl. Urk. 56 und 57/1). Mit Blick auf seinen Beweisantrag betreffend Bezug dieser Videoaufnahmen machte der Beschuldigte ursprünglich geltend, die Argumentation der Vorinstanz zur Verwertbarkeit der Videoaufnahmen und zum fehlenden Fehlverhalten der Polizei falle in sich zusammen, sollte der Lagerraum im Zeitraum vom 1. bis 25. März 2017 durch Mitarbeiter der Firma C.____ betreten und gereinigt worden sein (Urk. 47 S. 4 Rz. 12). Dass solche Reinigungsarbeiten durch Mitarbeiter der Firma C.____ stattgefunden hätten, ist auf den Videoaufnahmen nicht zu sehen. Selbst wenn aber Mitarbeiter der Firma C.____ den Lagerraum gereinigt hätten, so würde sich entgegen der Verteidigung nichts ändern. Die Polizei hätte dann allenfalls bei gehöriger Sorgfalt auf einen Mieterwechsel schliessen müssen. Mangelnde Sorgfalt ist aber nicht gleichbedeutend mit Rechtsmissbrauch. Dasselbe gilt hinsichtlich der Vorbringen der Verteidigung bezüglich der Vertragsbedingungen der Firma C.____ und einer allfälligen fehlenden Mitteilungspflicht der Firma C.____ gegenüber den Strafverfolgungsbehörden. Selbst bei Kenntnis der Kündigungsmodalitäten und einer allfälligen fehlenden Mitteilungspflicht der Firma C.____, hätte der Umstand, dass der Lagerraum am 1. März 2017 geräumt wurde, höchstens Anlass dazu geben können, bei der Firma C.____ nachzufragen, ob das Mietverhältnis beendet worden sei oder noch bestehe. Daran, dass die Strafverfolgungsbehörden erst am 7. April 2017 sicheres Wissen bezüglich des Mieterwechsels hatten, vermögen diese Umstände jedoch nichts zu ändern. Vor diesem Hintergrund ist auch nicht ersichtlich, was sich aus der gemäss der Verteidigung in den Akten fehlenden Korrespondenz zwischen der Staats-

anwaltschaft und der Firma C._____ hinsichtlich allfälliger getroffener Abmachungen zugunsten des Beschuldigten ableiten liesse. Aus der Frage der Staatsanwaltschaft an die Firma C._____, wer den neuen Mieter des Lagerraums an sie vermittelt habe (Urk. 6/1 S. 3), deren Beantwortung – wie die Verteidigung zu Recht anmerkte (Urk. 62 S. 8 f.) – aus den Akten nicht hervorgeht, wurde sodann nie etwas zu Lasten des Beschuldigten abgeleitet. So wurde insbesondere nie behauptet, dass der Lagerraum von G._____ an den Beschuldigten vermittelt worden wäre. Auch aus dem Vorbringen der Verteidigung bezüglich einer mangelnden Dokumentation der Korrespondenz zwischen den Strafverfolgungsbehörden und der Firma C._____ lässt sich demnach keine Unverwertbarkeit der erhobenen Beweismittel ableiten. Nach diesem Ausgang erübrigen sich auch weitere Beweisabnahmen.

3. Die Erkenntnisse aus der Videoüberwachung des Lagerraums Nr. 11 bei der Firma C._____, D._____ -strasse ..., E._____, sowie die darauf basierenden Folgebeweise sind verwertbar.

III. Sachverhalt

1. Der Anklagevorwurf kann der diesem Urteil angehängten Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich (Urk. 21) entnommen werden.

2. Wie die Vorinstanz richtig festhält, anerkennt der Beschuldigte den angeklagten Sachverhalt in erheblichem Umfang (Urk. 45 S. 14 f.; vgl. Urk. 2/24 S. 11 f.; Urk. 32A S. 6 ff.). Daran hat sich auch nach der Befragung des Beschuldigten anlässlich der Berufungsverhandlung nichts geändert (Urk. 64 S. 5 ff.). Diese Anerkennungen korrespondieren mit den sachlichen Beweismitteln, insbesondere den Beschlagnahmungen und den Erkenntnissen aus den Überwachungsmaßnahmen. Der Sachverhalt ist insoweit erstellt. Die Bestreitungen des Beschuldigten betreffen im Wesentlichen die Betäubungsmittelmenge, die Preise, den erzielten Umsatz und Gewinn sowie die Intensität des Zusammenwirkens mit H._____. Auf die vom Beschuldigten bestrittenen Elemente des Anklagesachverhalts ist im Folgenden einzugehen.

3.1 Als Beweismittel liegen neben den Aussagen des Beschuldigten (Urk. 2/2-25) im Wesentlichen die Erkenntnisse aus der optischen Überwachung des Lagerraums Nr. 11 der C._____ in E._____ (Beilagen zu Urk. 2/2-23 [Standbilder]; Urk. 56 und 57/1 [Videoaufzeichnungen]), Mitschnitte überwachter Telefongespräche des Beschuldigten (Beilagen zu Urk. 2/2-23), anlässlich der Verhaftung des Abnehmers M._____ kurz nach der Übergabe durch den Beschuldigten (vgl. Urk. 1/3 S. 11; Urk. 2/7 S. 3 f.) bzw. anlässlich der Hausdurchsuchung vom 30. November 2017 im Lagerraum Nr. 11 der C._____ sichergestellte Betäubungsmittel (Urk. 13/6-8), toxikologische Auswertungen der Betäubungsmittel durch das Forensische Institut mit Gutachten vom 12. Dezember 2017 (Mengenbestimmung; Urk. 11/5) und vom 20. Dezember 2017 (Betäubungsmittel-Identifikation mit Gehaltsbestimmung; Urk. 11/7) sowie die Aussagen von H._____ (Urk. 3/2-13), N._____ (Urk. 4/1) und O._____ O (Urk. 4/2) vor. Wie die Vorinstanz richtig festhält (Urk. 45 S. 20 f.), können die Aussagen von N._____ und O._____ mangels Einhaltung der Teilnahmerechte allerdings nicht zulasten des Beschuldigten verwertet werden (vgl. Art. 147 Abs. 4 StPO).

3.2 Die Vorinstanz hat die allgemeinen Beweiswürdigungsregeln dargelegt (Urk. 45 S. 17 ff.) und im Rahmen der Sachverhaltserstellung namentlich Inhalt und Beweiswert der Aussagen des Beschuldigten sowie der bei den Akten lie-

genden weiteren Beweismittel wiedergegeben und gewürdigt (Urk. 45 S. 21 ff.). Auf diese Erwägungen kann grundsätzlich verwiesen werden. Im Folgenden sind die wesentlichen Punkte hervorzuheben und teilweise zu ergänzen.

3.3.1 Der Beschuldigte bestreitet die in der Anklageschrift aufgeführten Betäubungsmittelmengen:

- Gemäss Anklage lagerte der Beschuldigte am 25. März 2017 zusammen mit H._____ insgesamt 104 Kilogramm Marihuana in 13 Schachteln zu je acht Kiloportionen in seinen Bunker (Lagerraum 11 der Firma C._____) ein (Urk. 21 S. 3 Ziff. 1). Der Beschuldigte bestätigt, dass sie 13 Schachteln im Bunker deponierten. Diese seien jedoch nicht durchgehend mit 8 Kilogramm Marihuana gefüllt gewesen. Die Füllmenge der Schachteln habe bei zwischen vier und acht Kilogramm, im Durchschnitt bei sechs Kilogramm, gelegen. Die Gesamtmenge habe etwa 80 Kilogramm betragen (Urk. 2/24 S. 2, 12; Urk. 32A S. 9 f.; Urk. 64 S. 11 ff.).
- Nach der Anklage lagerte der Beschuldigte am 1. August 2017 zusammen mit H._____ weitere rund 50 Kilogramm Marihuana in den Bunker ein (Urk. 21 S. 5 Ziff. 21). Der Beschuldigte gibt an, es habe sich um etwa 40 Kilogramm gehandelt (Urk. 2/24 S. 12) und zudem nicht um eine weitere Lieferung, sondern um Retournierungen von Marihuana, das am 26. März und am 2. Mai 2017 aus dem Bunker geholt worden sei (Urk. 2/24 S. 3). Das Marihuana sei von den Abnehmern aufgrund der schlechten Qualität zurückgebracht worden (Urk. 2/24 S. 3; Urk. 32A S. 13 f.). Die retournierte Ware sei in der Wohnung von H._____ in P._____ zwischengelagert worden. Aufgrund der grossen Menge sei das Marihuana am 1. August 2017 dann in den Bunker zurückgebracht worden (Urk. 2/24 S. 3; Urk. 32A S. 14 f., 19 f.; Urk. 64 S. 17).
- In der Anklageschrift werden im Weiteren diverse Vorgänge beschrieben, bei denen der Beschuldigte und H._____ insbesondere Marihuana-Portionen für den Weiterverkauf vorbereitet und aus dem Bunker geholt haben sollen (Urk. 21 S. 3 ff. Ziff. 2 ff.). Der Beschuldigte bestritt bei

einzelnen Vorgängen (betreffend Urk. 21 S. 3 ff. Ziff. 5.3, 10, 18, 25 und 31) die angeführten Mengen: Er habe am 26. April 2017, um 20.55 Uhr, insgesamt drei und nicht acht Kilogramm Marihuana behändigt (Urk. 2/24 S. 12; Urk. 32A S. 11 f.). Am 11. Mai 2017 habe er nur ein statt zwei Kilogramm Marihuana und am 10. Juni 2017 vier statt acht Kilogramm aus dem Bunker genommen (Urk. 2/24 S. 12; Urk. 32A S. 12 f.). Am 24. August 2017 habe er nicht zehn Kiloportionen Marihuana aus dem Bunker geholt, sondern lediglich vier Kiloportionen (Urk. 2/24 S. 12). Am 9. Oktober 2017 habe er zwar ein Kilogramm Marihuana zum Verkauf aus dem Bunker genommen, dieses jedoch wieder in den Bunker zurückgebracht, da der Abnehmer die Qualität der Ware moniert habe (Urk. 2/24 S. 12).

3.3.2 Ausgangspunkt der Sachverhaltserstellung bildet die bei der Hausdurchsuchung vom 30. November 2017 im Lagerraum Nr. 11 der Firma C._____ in E._____ (Bunker) sichergestellte Menge von insgesamt 41.7 Kilogramm Marihuana (Urk. 13/1 ff.; Urk. 11/5). Wie in der Anklageschrift festgehalten (Urk. 21 S. 6 Ziff. 38), war diese Menge an Marihuana zuletzt im Drogenbunker noch vorhanden. Dass die Vorinstanz bei ihrer Berechnung der Gesamtmenge des eingelagerten Marihuanas von diesen am 30. November 2017 sichergestellten 41.7 Kilogramm Marihuana ausging, wurde seitens der Verteidigung im Rahmen der Berufungsverhandlung kritisiert. Es wurde bemängelt, dass mit dieser Methode letztlich eine um 10 Kilogramm höhere Gesamtmenge resultiere, als sie vom Beschuldigten anerkannt worden sei (Urk. 65 S. 3 f.). Entgegen dieser Kritik ist gegen die rückwärts gerichtete Berechnung der Vorinstanz jedoch nichts einzuwenden. Vielmehr handelt es sich dabei um die einzig zielführende Methode zur Rekonstruktion der eingelagerten Gesamtmenge, zumal selbst der Beschuldigte Mühe bekundete, genaue Angaben dazu machen zu können, welche Menge Marihuana er ursprünglich bestellt hatte (Urk. 64 S. 12 f.). Da im Gegensatz zur ursprünglich eingelagerten Betäubungsmittelmenge gesicherte Angaben zur am 30. November 2017 noch vorhandenen Menge Marihuana vorliegen, ist für die weitere Berechnung von dieser Grösse auszugehen.

3.3.3 Gemäss den in der Anklageschrift angeführten Vorgängen (Urk. 21 S. 3 ff. Ziff. 2 ff.) wurden dem Drogenbunker zuvor insgesamt 107 Kilogramm Marihuana entnommen (vgl. die Tabellen in Urk. 1/3 S. 9 ff. und Urk. 45 S. 23 f.). Nach den Angaben des Beschuldigten wurden dem Bunker demgegenüber 17 Kilogramm weniger, d.h. insgesamt 90 Kilogramm Marihuana entnommen (vgl. Tabelle in Urk. 45 S. 23 f.).

Die Vorinstanz hält zutreffend fest, dass hinsichtlich der einzelnen Vorgänge zugunsten des Beschuldigten auf dessen Anerkennungen abzustellen ist. Aufgrund der Erkenntnisse aus der optischen Überwachung lassen sich die Vorgänge in den bestrittenen Fällen nicht im Detail nachvollziehen und ist nicht exakt bestimmbar, welche Mengen der Beschuldigte jeweils aus dem Bunker

geholt hat (Urk. 45 S. 22; vgl. Urk. 56 und Urk. 57/1). Auszugehen ist damit davon, dass dem Bunker insgesamt 90 Kilogramm Marihuana entnommen wurden.

3.3.4 Nach der Anklageschrift brachten der Beschuldigte und H._____ am 1. August 2017 rund 50 Kilogramm Marihuana in den Bunker (Urk. 21 S. 5 Ziff. 21), während es sich nach dem Beschuldigten um ca. 40 Kilogramm handelte (Urk. 2/24 S. 12). Auch hier ist mit der Vorinstanz zugunsten des Beschuldigten von dessen Mengenangabe auszugehen (Urk. 45 S. 28).

3.3.5 Zu prüfen bleibt, ob es sich bei diesen am 1. August 2017 eingebrachten ca. 40 Kilogramm Marihuana um eine zusätzliche Lieferung (vgl. Urk. 21 S. 5 Ziff. 21) oder um von unzufriedenen Abnehmern retournierte Betäubungsmittel handelt, wie der Beschuldigte behauptet.

Der Beschuldigte gab an, das Marihuana habe aus dem Outdoor-Anbau gestammt. Es habe darunter bessere und schlechtere Sorten gehabt. Überwiegend sei die Qualität sehr schlecht gewesen. Es sei schwierig gewesen, Abnehmer dafür zu finden; er habe nur etwa 15 Kilogramm von dieser Ware mit schlechterer Qualität verkaufen können. Es habe viele Retournierungen gegeben. Bei den am 1. August 2017 in den Bunker gebrachten 40 Kilogramm habe es sich um retournierte Ware gehandelt, die in der Wohnung von H._____ zwischengelagert worden sei (Urk. 2/24 S. 3 ff., 12; Urk. 32A S. 8 ff.; Urk. 64 S. 17).

Der Mitbeschuldigte H._____ verweigerte während der gesamten polizeilichen Einvernahmen die Aussagen. Nachdem der Beschuldigte am 19. April 2018 aus der Haft entlassen und H._____ in einer Einvernahme vom 31. Mai 2018 u.a. die Aussage des Beschuldigten vorgehalten worden war, dass Marihuana retourniert und bei ihm (H._____) in P._____ zwischengelagert worden sei (Urk. 3/11 S. 3), erklärte H._____ in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 2. Juli 2018 ebenfalls, bei der eingelagerten Ware vom 1. August 2017 habe es sich um retournierte schlechte Ware gehandelt (Urk. 3/12 S. 2 f.).

Wie die Vorinstanz richtig ausführt, korrespondieren diese Aussagen nicht mit der Aktenlage (vgl. Urk. 45 S. 25 ff.). Hätte es sich bei den am 1. August 2017 eingebrachten 40 Kilogramm um Retournierungen schlechter Ware gehandelt, hätte ein wesentlicher Teil davon bei der Hausdurchsuchung vom 30. November 2017 noch vorhanden sein und hätten die sichergestellten Betäubungsmittel Eigenschaften schlechter Qualität aufweisen müssen. Dies ist nicht der Fall. Das sichergestellte Marihuana hatte einen THC-Gehalt von ca. 11 bis 16% (Urk. 11/7). Die Verteidigung verwies hinsichtlich ihres Vorbringens, dass es sich um Marihuana von unterdurchschnittlicher Qualität gehandelt habe, auf die Betäubungsmittelstatistik der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin

aus dem Jahre 2019, gemäss welcher der durchschnittliche THC-Gehalt von Marihuana 12 - 22 % betragen habe (Urk. 65 S. 5). Gemäss dieser von der Verteidigung angerufenen Statistik betrug der Mittelwert des THC-Gehalts aller im Jahre 2019 untersuchter Marihuana-Proben 11,2 % (SGRM, Gruppe Forensische Chemie, Betäubungsmittelstatistik 2019). Für das in diesem Fall relevante Jahr 2017 lag dieser Mittelwert bei einem THC-Gehalt von 9,8 % (SGRM, Gruppe Forensische Chemie, Betäubungsmittelstatistik 2017). Auch diese Statistik zeigt somit, dass es sich beim sichergestellten Marihuana – selbst wenn es eher von durchschnittlicher als von überdurchschnittlicher Qualität war – sicher nicht um solches von schlechter Qualität gehandelt hatte (s. zur Qualität und zum THC-Gehalt von Marihuana z.B. Hug-Beeli, BetmG-Komm., Art. 2 N 426 ff.). Insbesondere liegt der THC-Gehalt des aus dem Lagerraum sichergestellten Marihuanas weit über einem Prozent und damit weit über der Grenze zum noch nicht unter das Betäubungsmittelgesetz fallenden und damit legalen Cannabis (Anhang 1 der Betäubungsmittelverzeichnisverordnung). Was den Ablauf der geltend gemachten Retournierungen betrifft, gab der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung auf entsprechende Nachfrage zunächst an, dass seine Abnehmer mit ihm diesbezüglich telefonisch Kontakt aufgenommen hätten (Urk. 64 S. 17). Aus den Mitschnitten der überwachten Telefongespräche mit Lieferanten und Abnehmern lassen sich jedoch keine Hinweise entnehmen, dass das verkaufte Marihuana von schlechter Qualität gewesen wäre (vgl. Beilagen zu Urk. 2/2-23; Urk. 45 S. 26). Auf Vorhalt dieses Umstands erklärte der Beschuldigte, dass er die Frage demnach falsch verstanden haben müsse und diese Mitteilungen im Gegenteil immer "Face to Face" erfolgt seien (Urk. 64 S. 18). Dieser Versuch des Beschuldigten, auf seine ursprüngliche Antwort zurückzukommen, lässt weiter an der Glaubhaftigkeit seiner diesbezüglichen Angaben zweifeln. Der Beschuldigte räumte weiter ein, dass das Marihuana aus dem Lagerraum aufgrund der Qualitätsunterschiede zu unterschiedlichen Preisen weiterverkauft worden sei und den Abnehmern aufgrund der Preise von Fr. 1'000.– bis Fr. 1'500.– bereits zum Zeitpunkt des Kaufs habe klar sein müssen, dass sie Hanf von schlechterer Qualität erhalten würden (Urk. 64 S. 19 f.). Dass sich die Abnehmer gemäss den Angaben des Beschuldigten

bereits zum Zeitpunkt des Kaufs über die angeblich schlechte Qualität der gekauften Ware bewusst gewesen sein sollen, lässt sich jedoch nicht damit in Einklang bringen, dass dieselben Abnehmer die Ware gemäss dem Beschuldigten später aufgrund von Qualitätsmängeln retourniert haben sollen. Das Vorbringen des Beschuldigten vermag daher auch vor diesem Hintergrund nicht zu überzeugen. Die Verkäufe von Waren aus **dem** Bunker erfolgten sodann sowohl vor wie nach dem 1. August 2017 in regelmässigen Abständen (Urk. 21 S. 3 ff.; vorne E. 3.3.3). Umstände, die auf Absatzschwierigkeiten und unzufriedene Kunden schliessen liessen, sind nicht zu sehen. Im Übrigen weist die Vorinstanz auch richtig darauf hin, dass der Beschuldigte zu den Modalitäten der behaupteten Retournierungen nur vage Angaben machte und es nicht nachvollziehbar ist, dass in der Wohnung von H._____ über längere Zeit bis zu 40 Kilogramm Marihuana aufbewahrt worden sein soll (vgl. Urk. 45 S. 27). Der Beschuldigte und H._____ hatten für ihren Drogenhandel eigens anonym über eine Drittperson (I._____; vgl. Urk. 6/1) einen Lagerraum gemietet und es wäre zu erwarten gewesen, dass allfällige Retouren umgehend in diesen zurückgebracht worden wären. Auffallend ist schliesslich, dass der Beschuldigte nie den naheliegenden Umstand erwähnt, seinerseits seinen eigenen Lieferanten für die behauptete schlechte Ware in die Pflicht genommen zu haben.

Aufgrund der gesamten Umstände ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass es sich bei den Angaben des Beschuldigten zu den Retournierungen um Schutzbehauptungen handelt und am 1. August 2017 weitere (zusätzliche) 40 Kilogramm Marihuana in den Lagerraum eingebracht wurden.

3.3.6 Ausgehend von den vor Ort sichergestellten 41.7 Kilogramm (vorne E. 3.3.2) und den verkauften rund 90 Kilogramm (vorne E. 3.3.3) wurden vom Beschuldigten und H._____ insgesamt rund 130 Kilogramm Marihuana eingelagert, rund 90 Kilogramm am 25. März 2017 und rund 40 Kilogramm am 1. August 2017 (vorne E. 3.3.4 f.). Insoweit ist der Sachverhalt mit Bezug auf die Betäubungsmittelmengemenge erstellt.

3.4.1 In der Anklageschrift wird festgehalten, der Beschuldigte und H._____ seien arbeitsteilig und gleichberechtigt vorgegangen, wobei jeder, soweit er nicht selbst

gehandelt habe, mit den jeweiligen Handlungen seines Mittäters einverstanden gewesen sei. Diese kriminelle Tätigkeit hätten sie auf Dauer angelegt und sei erst durch die Festnahme und die Sicherstellung der Betäubungsmittel im November 2017 gestoppt worden (Urk. 21 S. 2).

3.4.2 Demgegenüber gibt der Beschuldigte an, H._____ und er hätten jeweils für sich selbst geschaut. H._____ habe eigene Kunden und einen selbstständigen Zugang zum Bunker gehabt (Urk. 32A S. 15, 17).

3.4.3 Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, widerspricht das behauptete autonome Agieren der Aktenlage (Urk. 45 S. 30 f.): Am 25. März 2017 lagerten der Beschuldigte und H._____ gemeinsam 90 Kilogramm Marihuana in den hierfür über eine Drittperson (I._____) angemieteten Drogenbunker ein (Urk. 2/12 Beilage 2; vorne E. 3.3.6). Am darauf folgenden Tag übergaben sie einem Abnehmer gemeinsam mehrere Kiloportionen Marihuana (Urk. 2/13 Beilage 1). Am 18. April 2017 trafen sie sich im Bunker, um dort gemeinsam das Marihuana zu portionieren und für den Verkauf vorzubereiten (Urk. 2/14 Beilage 2). Am 26. April 2017 brachten sie gemeinsam eine Kiloportion in den Bunker zurück (Urk. 2/15 Beilage 3). Am 10. Juni 2017 entnahmen sie dem Bunker zusammen mehrere Kiloportionen Marihuana (Urk. 2/19 Beilage 8). Schliesslich lagerten der Beschuldigte und H._____ am 1. August 2017 rund 40 Kilogramm Marihuana in den Bunker ein (Urk. 2/20 Beilage 6; vorne E. 3.3.5). Überdies gab der Beschuldigte im Rahmen der Berufungsverhandlung an, dass H._____ und er sich die Miete für den Lagerraum hälftig geteilt hätten (Urk. 64 S. 12). Vor diesem Hintergrund besteht kein Zweifel, dass der Beschuldigte und H._____ eng und intensiv zusammenarbeiteten und zusammenwirkten bzw. sich im Sinne der Anklage mit dem Willen zusammengefunden hatten, über einen längeren Zeitraum mit Betäubungsmitteln zu handeln und diesbezüglich arbeitsteilig und gleichberechtigt zusammenzuwirken. Insbesondere der Umstand, dass sie den Lagerraum über eine Drittperson angemietet hatten, zeugt denn auch von einer gewissen Professionalität ihres Zusammenwirkens. Der vom Verteidiger hervorgehobene Umstand, dass H._____ nach dem 1. August 2017 den Bunker nicht mehr betrat (Urk. 35 Rz. 8; Urk. 65 Rz. 60), ändert nichts.

3.5.1 Gemäss Anklageschrift erzielten der Beschuldigte und H._____ einen Umsatz von mehreren hunderttausend Franken und einen Fr. 10'000.– übersteigenden Gewinn (Urk. 21 S. 2).

3.5.2 Der Beschuldigte erklärte, er habe die Hanfsorte schlechter Qualität für Fr. 1'000.– pro Kilogramm eingekauft und zu diesem Einkaufspreis respektive für Fr. 1'500.– weiterverkauft. Die Hanfsorte mit etwas besserer Qualität habe er für Fr. 3'000.– pro Kilogramm eingekauft und für Fr. 3'200.– pro Kilogramm verkauft, wobei er etwa 12 bis 15 Kilogramm von dieser Sorte verkauft habe (Urk. 2/24 S. 4 f.; Urk. 32A S. 8, 10 f.; s.a. Urk. 2/7 S. 6: "Ich gab ihm Gras für 1500.00, für 3200.00 und auch für 3700."). Anhand der verkauften Menge und der Verkaufspreise habe er errechnet, dass er im inkriminierten Zeitraum lediglich einen Gesamtumsatz von Fr. 80'000.– bis Fr. 85'000.– generiert habe. Ausserdem habe er keinen Gewinn erzielt, da er das Marihuana auf Kommission ("auf Pump") erhalten habe und die Einnahmen aus dem Verkauf habe weitergeben müssen. Nach Abzug der Miete für den Lagerraum sei ihm ein Verlust verblieben (Urk. 2/24 S. 11 f.; Urk. 32A S. 7). Schliesslich hätten sie das Marihuana auch auf Kommission an ihre Abnehmer abgegeben (Urk. 2/24 S. 12; Urk. 32A S. 15; Urk. 64 S. 20).

3.5.3 Bei den Aussagen des Beschuldigten zur angeblich schlechten Qualität des Marihuanas handelt es sich wie ausgeführt um Schutzbehauptungen (vorher E. 3.3.5). Wie die Vorinstanz richtig ausführt, sind auch die Ausführungen zur Übernahme und Abgabe des Marihuanas auf Kommissionsbasis lebensfremd und widersprüchlich (Urk. 45 S. 28 f.). Insbesondere wäre es nicht möglich gewesen, die Einnahmen für den Verkauf der "auf Pump" erhaltenen Betäubungsmittel an den Lieferanten abzugeben, wenn auch dieser Verkauf an die Abnehmer auf Kommissionsbasis erfolgt wäre. Was den Preis betrifft, kann als Orientierungsgrösse der Verkaufspreis von Fr. 3'200.– dienen, wie er vom Abnehmer M._____ für ein Kilogramm Marihuana mit einem THC-Gehalt von 11% bezahlt (vgl. Urk. 2/7 S. 4; Urk. 11/7) und vom Beschuldigten auf Vorhalt im Grundsatz bestätigt wurde (vgl. Urk. 2/24 S. 6; Urk. 2/7 S. 6: "Ich gab ihm Gras für 1500.00, für 3200.00 und auch für 3700."). Wenn man mit der Vorinstanz aufgrund einer

noch etwas vorsichtigeren Schätzung von einem mittleren Verkaufspreis von Fr. 3'000.– pro Kilogramm ausgeht, resultiert bei einer verkauften Menge von 90 Kilogramm ein erzielter Umsatz von Fr. 270'000.– (Urk. 45 S. 29). In jedem Fall ist davon auszugehen, dass ein Fr. 100'000.– deutlich übersteigender Umsatz erzielt wurde. Mit der Vorinstanz kann damit die Frage, ob auch ein Gewinn von über Fr. 10'000.– erwirtschaftet wurde, offen gelassen werden, da der dem Beschuldigten in der Anklage vorgeworfene gewerbsmässige Handel gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG entweder an den Umsatz oder alternativ an den Gewinn anknüpft (Urk. 45 S. 29).

3.6.1 Dem Beschuldigten wird in der Anklage schliesslich vorgeworfen, er habe keine legale Beschäftigung gehabt, sondern sei stattdessen regelmässig und berufsmässig dem Betäubungsmittelhandel nachgegangen (Urk. 21 S. 2).

3.6.2 Der Beschuldigte hält dies für unzutreffend. Er sei in dieser Zeit bis November 2017 zum einen noch als Verkäufer bei einer Firma in Kroatien angestellt gewesen, welche im Bau von Chalets tätig gewesen sei (Urk. 32A S. 6 f.; Urk. 64 S. 6 f.). Dabei habe er auf Provisionsbasis EUR 800 bis EUR 2'500 pro Monat verdient, etwa gleichviel wie ein guter Verkäufer bei einer Vollzeitanstellung verdienen würde (Urk. 32A S. 19). Zum anderen sei er gleichzeitig noch im legalen CBD-Handel als selbstständiger Vermittler tätig gewesen (Urk. 32A S. 7; Urk. 64 S. 9 ff.). Mit dem Verkauf von Marihuana habe er zudem keinen Gewinn erzielt, sodass er seinen Lebensunterhalt auch nicht damit habe finanzieren können (Urk. 32A S. 18).

3.6.3 Wie die Vorinstanz richtig ausführt, betrieb der Beschuldigte einen regelmässigen und intensiven Handel über die gesamte Beobachtungszeit von März 2017 bis November 2017, indem er durchschnittlich alle ein bis zwei Wochen Marihuana aus dem Bunker holte und verkaufte. Er investierte relativ viel Zeit in den Betäubungsmittelhandel (Urk. 45 S. 30). Wie er dabei auch noch der behaupteten Erwerbstätigkeit im Ausland hätte nachgehen sollen, ist nicht zu sehen (vgl. Urk. 45 S. 30). Nachdem der Beschuldigte sodann behauptet hatte, der Lohn sei ihm auf sein Raiffeisen-Konto in Kroatien überwiesen worden (Urk. 2/24 S. 11), wollte er sich nach seiner Entlassung aus der Haft auf entsprechende Fra-

ge (ob er heute die von ihm "behaupteten Einnahmen aus der Arbeit in Kroatien mit Bankunterlagen" belegen könne), nicht äussern (Urk. 2/25 S. 1). Auch im Rahmen der Berufungsverhandlung legte er keine Unterlagen zu dieser behaupteten Erwerbstätigkeit vor (Urk. 64 S. 8). Überdies bekundete er gar Mühe, sich auf Nachfrage an den Namen seines damaligen Arbeitgebers zu erinnern (Urk. 64 S. 6). Auch hier muss entsprechend von Schutzbehauptungen ausgegangen werden. Gleiches gilt hinsichtlich der vom Beschuldigten angeführten legalen CBD-Hanfgeschäfte. In der Untersuchung wurde ihm Gelegenheit eingeräumt sich dazu zu äussern (vgl. etwa Urk. 2/22 S. 3). Der Beschuldigte verzichtete allerdings darauf und gab an, dazu "zu einem späteren Zeitpunkt" ausführlich Auskunft zu geben (ebd.). Zwar machte der Beschuldigte nun anlässlich der Berufungsverhandlung auf entsprechende Nachfrage Angaben zu seiner angeblichen Tätigkeit in jenem Bereich (Urk. 64 S. 9 ff.). Auch diese grundsätzlich legale Erwerbstätigkeit vermochte er jedoch nicht mit entsprechenden Unterlagen zu belegen.

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der vorgeworfene Betäubungsmittelhandel hauptsächlich zur Finanzierung des Unterhalts beitrug respektive beitragen sollte und der Beschuldigte den Betäubungsmittelhandel nach der Art eines Berufes ausübte (Urk. 45 S. 30). Anzufügen bleibt, dass es für die Annahme der Gewerbsmässigkeit auch ausreichen würde, wenn der Betäubungsmittelhandel "nebenberuflich" ausgeübt worden wäre (vgl. BGE 116 IV 329; 123 IV 116).

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Anklagesachverhalt mit den genannten Einschränkungen (insbesondere Gesamtmenge von rund 130 statt 154 Kilogramm Marihuana) erstellt ist.

IV. Rechtliche Würdigung

Mit Bezug auf die rechtliche Würdigung kann vollumfänglich auf die Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 45 S. 32 ff.) verwiesen werden, namentlich auch auf diejenigen betreffend Bandenmässigkeit (Urk. 45 S. 34 f.) und Gewerbsmässigkeit (Urk. 45 S. 34). Der Beschuldigte hat sich des Verbrechens gegen das Bundes-

gesetz über die Betäubungsmittel gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. b und c BetmG schuldig gemacht.

V. Strafzumessung

1. Die Vorinstanz hat die notwendigen theoretischen Ausführungen zur Strafzumessung gemacht (Urk. 45 S. 35 ff.). Darauf wird verwiesen. Ebenfalls korrekt hat sie den anwendbaren Strafrahmen abgesteckt (Urk. 45 S. 36 f.). Die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz ist mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bis zu 20 Jahren zu bestrafen (Art. 19 Abs. 2 BetmG; Art. 40 Abs. 2 StGB). Aussergewöhnliche Umstände, die ein Über- oder Unterschreiten des ordentlichen Strafrahmens rechtfertigen würden (vgl. BGE 136 IV 55 E. 5.8), liegen nicht vor.

2.1 Betreffend objektive Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte zusammen mit H._____ rund 130 Kilogramm Marihuana einlagerte, davon in einem Zeitraum von acht Monaten (März bis November 2027) rund 90 Kilogramm verkaufte und einen Umsatz von rund Fr. 270'000.– generierte. Die Betäubungsmittelmenge ist ansehnlich und die Schwelle von Fr. 100'000.– für die Annahme der Gewerbsmässigkeit ist deutlich überschritten. Erschwerend wirkt sich aus, dass der Beschuldigte neben dem qualifizierenden Tatbestandselement der Gewerbsmässigkeit auch jenes der Bandenmässigkeit erfüllte. Der Drogenhandel mit dem Einkauf und Verkauf sowie der Einlagerung der Drogen in einem Lagerraum, den der Beschuldigte und H._____ über eine Drittperson anmieten liessen, machte im Weiteren eine beachtliche Planung erforderlich. Andererseits verweist die Vorinstanz zu Recht auch auf die (im Vergleich zu sog. harten Drogen) vergleichsweise geringe Gefährlichkeit von Cannabis (vgl. Urk. 45 S. 39). Die Droge Cannabis ist zwar keineswegs unbedenklich. Es wird ihr aber ein eher geringes Sucht- und Gefährdungspotential zugeschrieben (vgl. BGer 6S.463/2006 vom 3. Januar 2007 E. 5; BGE 117 IV 314, 322 f.). Keine Anhaltspunkte bestehen dafür, dass das Marihuana an Jugendliche weitergegeben wurde, was sich verschuldens erhöhend hätte auswirken können. Unter diesen Umständen erscheint

die Qualifikation des objektiven Verschuldens als noch leicht (im Rahmen des qualifizierten Tatbestands von Art. 19 Abs. 2 BetmG) angemessen.

2.2 Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz und aus rein egoistischen (monetären) Beweggründen handelte. Er befand sich in keiner Notlage, delinquierte nicht im Rahmen von Beschaffungskriminalität und war in seiner Schuldfähigkeit nicht beeinträchtigt. Dies wirkt sich neutral aus. Das Verschulden ist auch unter Berücksichtigung der subjektiven Komponenten als noch leicht zu qualifizieren. Die Einsatzstrafe aufgrund der Tatkomponente liegt im Bereich von etwa 28 Monaten Freiheitsstrafe.

3.1 Zum Vorleben und zu den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ist im Wesentlichen Folgendes bekannt: Der Beschuldigte ist in Bosnien-Herzegowina geboren und bis zu seinem siebten Altersjahr in Montenegro aufgewachsen. Im Alter von acht Jahren zog die Familie in die Schweiz, wo der Beschuldigte die Primar- und Sekundarschule sowie die Handelsschule besuchte. Er absolvierte danach ein Praktikum bei der Q._____ und war während einiger Zeit im Ausland als Aussendienstmitarbeiter tätig (Urk. 32A S. 1). Zum Zeitpunkt der vorinstanzlichen Hauptverhandlung arbeitete er als Stellenvermittler bei der R._____ AG in P._____ und verdiente monatlich Fr. 6'000.– brutto (Urk. 32A S. 2; Urk. 37/1-3). Zwar ist die R._____ AG nach wie vor die Arbeitgeberin des Beschuldigten, seit August 2021 arbeitet er nun aber im Rahmen eines Personalverleihs als Projektleiter bei der S._____ GmbH und verdient dabei brutto Fr. 7'000.– pro Monat (Urk. 64 S. 2; Urk. 66/2). Er wohnt in einer 2.5-Zimmer-Wohnung in T._____ (Urk. 32A S. 1 f.). Dort wohnt er alleine, wobei ihn seine Partnerin ab und zu besucht (Urk. 64 S. 2). Zum Zeitpunkt der vorinstanzlichen Hauptverhandlung hatte der Beschuldigte private Schulden von ca. Fr. 24'000.– und Schulden gegenüber dem Staat aus einem früheren Strafverfahren von ca. Fr. 46'000.–. Durch die Abzahlung dieser Schulden mittels monatlicher Ratenzahlungen konnte er diese bis zur Berufungsverhandlung auf ca. Fr. 20'000.– bzw. Fr. 40'000.– reduzieren (Urk. 32A S. 2 f.; Urk. 37/4; Urk. 64 S. 4).

Aus dem Vorleben und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergeben sich keine Besonderheiten, aus welchen sich strafmassrelevante Faktoren ableiten lassen.

3.2 Straferhöhend berücksichtigte die Vorinstanz, dass der Beschuldigte mit Urteil vom 23. Oktober 2009 des Obergerichts des Kantons Zürich des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S.v. Art. 19 Abs. 2 BetmG für schuldig befunden und zu einer Freiheitsstrafe von knapp 36 Monaten, davon 12 Monate unbedingte, verurteilt worden war (Urk. 45 S. 40 m.H.a. Urk. 17/1). Diese Vorstrafe wurde allerdings aus dem Strafregister entfernt (Urk. 34; Urk. 46; Urk. 61) und darf dem Beschuldigten daher nicht mehr entgegengehalten werden (Art. 369 Abs. 7 StGB; BGE 135 IV 91 f.). Dies gilt insbesondere für die Strafzumessung und die Prognosebildung (BGer 6B_509/2019 vom 29. August 2019 E. 2.2). Entsprechend ist von Vorstrafenlosigkeit auszugehen. Das Fehlen einer Vorstrafe wirkt sich bei der Strafzumessung neutral aus (BGE 136 IV 1 E. 2.6.4).

3.3 Strafmindernd berücksichtigte die Vorinstanz, dass der Beschuldigte weitgehend geständig gewesen sei und Reue gezeigt habe, wenngleich er erst mit der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 11. April 2018 (Urk. 2/24) sowie anlässlich der Hauptverhandlung vom 3. Februar 2021 (Urk. 32A S. 6 ff.) ein Geständnis abgelegt habe (Urk. 45 S. 40).

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Geständnis zugunsten des Täters zu berücksichtigen, wenn es auf Einsicht in das begangene Unrecht oder auf Reue schliessen lässt oder der Täter dadurch zur Tataufdeckung über den eigenen Tatanteil beiträgt (BGE 121 IV 202 E. 2d/cc). Diese Praxis beruht auf der Überlegung, dass Geständnisse zur Vereinfachung und Verkürzung des Verfahrens und zur Wahrheitsfindung beitragen können. Ein Verzicht auf Strafminderung kann sich demgegenüber aufdrängen, wenn das Geständnis die Strafverfolgung nicht erleichterte, namentlich weil der Täter nur aufgrund der erdrückenden Beweislage oder gar erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils geständig wurde (BGer 6B_426/2010 vom 22. Juli 2010, E.1.5; 6B_312/2016 vom 23. Juni 2016, E. 1.3.2).

Der Beschuldigte behauptete in der Untersuchung, mit legalem CBD-Hanf gehandelt zu haben (vgl. Urk. 2/2 S. 3; Urk. 2/3 S. 2 ff.; Urk. 2/4 S. 5; Urk. 2/5 S. 2 ff.; Urk. 2/6 S. 3; Urk. 2/7 S. 4 f.), und verweigerte über weite Strecken die Aussagen (vgl. Urk. 1/2/1-3; Urk. 2/11-23). Er zeigte sich nicht kooperativ und machte insbesondere keinerlei Angaben zu Mittätern, Lieferanten oder Abnehmern (vgl. Urk. 2/24 S. 5). Das spät erfolgte teilweise Geständnis (vgl. Urk. 2/24) lässt damit nicht auf nennenswerte Einsicht und Reue schliessen, führte aber immerhin am Ende zu einer gewissen (wenn auch nur sehr leichten) Vereinfachung des Verfahrens. Angebracht ist eine leichte Strafminderung.

4. In Berücksichtigung sämtlicher relevanter Strafzumessungsgründe erscheint eine Strafe von 24 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen. Einer Anrechnung der 141 Tage Untersuchungshaft (30. November 2017 bis 19. April 2018; Urk. 15/1-10) steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

VI. Strafvollzug

Die Vorinstanz hat die bezüglich Vollzug anzuwendenden Grundsätze korrekt festgehalten (Urk. 45 S. 41 ff.). Bei der Anwendung auf den vorliegenden Fall ist korrigierend zu ergänzen, dass die Vorstrafe vom 23. Oktober 2009 aus dem Strafregister entfernt wurde (Urk. 34; Urk. 46; Urk. 61) und dem Beschuldigten daher bei der Prognosebildung nicht mehr entgegengehalten werden darf (Art. 369 Abs. 7 StGB; BGE 135 IV 91 f.; BGer 6B_509/2019 vom 29. August 2019 E. 2.2; vorne E. V/3.2). Auszugehen ist von Vorstrafenlosigkeit. Im Übrigen führt die Vorinstanz richtig aus, dass der Beschuldigte inzwischen einer stabilen beruflichen Tätigkeit nachgeht (vorne E. V/3.1) und bezüglich seiner erheblichen Schulden glaubhaft auf Ratenzahlungen hingewiesen hat (Urk. 45 S. 42). Ergänzend ist festzuhalten, dass sich der Beschuldigte 141 Tage in Untersuchungshaft befand, was bei ihm einen bleibenden Eindruck hinterlassen haben dürfte. Vor diesem Hintergrund ist mit der Vorinstanz der Vollzug der Freiheitsstrafe von 24 Monaten aufzuschieben. Die Probezeit ist beim Beschuldigten, der als Ersttäter zu behandeln ist, auf 2 Jahre anzusetzen.

VII. Sicherheitsleistung

1. Die Staatsanwaltschaft macht mit der Anschlussberufung geltend, die Fluchtkautiön sei dem Bruder des Beschuldigten in Abänderung von Dispositiv-Ziff. 4 des vorinstanzlichen Urteils erst auf den Zeitpunkt des Strafantritts freizugeben (Urk. 68 S. 2).
2. Dem Beschuldigten wird der bedingte Strafvollzug gewährt. Es kann damit vollumfänglich auf die richtigen Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 45 S. 43 f.) verwiesen werden. Die dem Beschuldigten mit Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 20. April 2018 auferlegte und von seinem Bruder B._____ geleistete Sicherheitsleistung von Fr. 10'000.– (Beleg-Nr. ...) ist Letzterem mit Rechtskraft des Urteils freizugeben.

VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziffer 9) zu bestätigen.
2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Unter Berücksichtigung der Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft unterliegt und obsiegt der Beschuldigte etwa im Verhältnis 3/4 zu 1/4. Entsprechend sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, zu 3/4 dem Beschuldigten aufzuerlegen und im Übrigen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind zu 1/4 definitiv und zu 3/4 einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Beschuldigte ist zu verpflichten, die einstweilen auf die Gerichtskassen genommenen Kosten der amtlichen Verteidigung an den Staat zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (vgl. Art. 135 Abs. 4 StPO).

Die amtliche Verteidigung ist für ihre Bemühungen im Berufungsverfahren (vgl. Urk. 60 und 67) mit Fr. 7'355.– (Aufwand gemäss der Honorarnote der Verteidigung abzüglich zwei Stunden [inkl. MwSt.], zumal die Berufungsverhandlung weniger lang dauerte als von der Verteidigung geschätzt [Urk. 60 und 67]) aus der

Gerichtskasse zu entschädigen. Anstelle dieses Betrags wurde die Entschädigung der amtlichen Verteidigung für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren im schriftlich eröffneten Urteilsdispositiv mit Fr. 3'755.– beziffert (Urk. 69). Dabei handelt es sich um ein offensichtliches Versehen, welches zu berichtigen ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf, I. Abteilung, vom 5. Februar 2021 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:

"Es wird erkannt:

1.-4. [...]

5. Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 26. Mai 2020 beschlagnahmten bzw. sichergestellten Gegenstände werden definitiv eingezogen und der Kantonspolizei Zürich, Asservaten-Triage, zur Vernichtung respektive zur gutscheinenden Verwendung überlassen:
 - Mobiltelefon iPhone 4 (Asservat-Nr. A011'006'272);
 - SIM-Kartenspender Yallo, Verpackungen Nokia 1616 und Samsung GT-E1170i (Asservat-Nr. A011'005'860);
 - diverse persönliche Notizen (Asservat-Nr. A011'005'906);
 - leere iPhone-Verpackung (Asservat-Nr. A011'005'949);
 - Mobiltelefon BlackBerry (Asservat-Nr. A011'006'045);
 - Notiz "... " (Asservat-Nr. A011'006'181);
 - Mobiltelefon 1 + (Asservat-Nr. A011'006'181);
 - Mobiltelefon Samsung GT-E1170i (Asservat-Nr. A011'006'227);
 - Mobiltelefon Samsung GT-E1200i (Asservat-Nr. A011'006'238);
 - Mobiltelefon Nokia RM 1133 (Asservat-Nr. A011'006'249);
 - Einkaufstasche Massimo Dutti mit diversen Verpackungen und Notizen (Asservat-Nr. A011'006'329);
 - Sim-Karte Yallo Nr. 1 (Asservat-Nr. A011'006'409);

- Sim-Karte Nr. 2 (Asservat-Nr. A011'006'410);
 - Sim-Karte Yallo Nr. 3 (Asservat-Nr. A011'006'421);
 - handschriftliche Notizen (Abrechnungen) (Asservat-Nr. A011'006'432);
 - Vorhängeschloss ABUS EC75 75/60 inkl. Schlüssel (derzeit bei Kantonspolizei / Spez. Fahndung zu Schulungszwecken).
6. Die unter der BM Lager-Nummer B04752-2017 sichergestellten Asservate, Spuren und Spureenträger werden definitiv eingezogen und vernichtet.
7. Die Entschädigung von Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten wird auf Fr. 28'257.80 (inkl. MwSt.) festgesetzt. Es wird davon Vormerk genommen, dass dem amtlichen Verteidiger bereits zwei Akontozahlungen geleistet wurden, nämlich am 4. Mai 2018 Fr. 9'300.– sowie am 30. März 2020 Fr. 9'757.30.

8. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4'500.00;	die weiteren Kosten betragen:
Fr.	3'000.00	Gebühr Vorverfahren
Fr.	1'350.00	Auslagen (Gutachten)
Fr.	3'290.00	Telefonkontrolle
Fr.	1'450.00	Auslagen Polizei
Fr.	9'019.00	Entschädigung amtliche Verteidigung RA in X2. _____
Fr.	<u>28'257.80</u>	Entschädigung amtliche Verteidigung RA X1. _____
Fr.	<u>50'866.80</u>	Total

Verlangt keine der Parteien eine schriftliche Begründung des Urteils, ermässigt sich die Entscheidgebühr um einen Drittel auf Fr. 3'000.–.

9.-11.[...]"

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig des Verbrechens gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. b und c BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 141 Tage durch Untersuchungshaft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 9) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 7'355.- amtliche Verteidigung
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden zu 3/4 dem Beschuldigten auferlegt und zu 1/4 auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden zu 1/4 definitiv und zu 3/4 einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Mit Bezug auf die einstweilen auf die Gerichtskasse genommenen Kosten bleibt die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.
7. Die dem Beschuldigten mit Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 20. April 2018 auferlegte und von seinem Bruder B._____ geleistete Sicherheitsleistung von Fr. 10'000.- (Beleg-Nr. ...) wird dem Bruder des Beschuldigten, B._____, nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils ausbezahlt.
8. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (versandt)
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich (versandt)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
- das Bundesamt für Polizei (fedpol)

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

- die Vorinstanz
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit Formular A
- die Koordinationsstelle VOSTRA/DNA mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles.

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

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

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

Obergericht des Kantons Zürich
I. Strafkammer

Zürich, 15. November 2021

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Ch. Prinz

MLaw M. Höchli