



Kass.-Nr. AC030101/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, der Kassationsrichter Paul Baumgartner und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Roland Götte

Sitzungsbeschluss vom 02. Februar 2004

in Sachen

A.,

Angeklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin
verteidigt durch Rechtsanwalt X.

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

8001 Zürich

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch lic. iur. Martin Bürgisser

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. April 2003 (SB030111/U/jv)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. In ihrer Anklageschrift vom 13. Dezember 2002 warf die Bezirksanwaltschaft Zürich A. (Beschwerdeführerin) vor, am 10. November 2002, um 13.50 Uhr, in der Luisenstrasse in Zürich einem nicht näher bekannten Drogenkonsumenten eine Portion Kokain à ca. 0.5 g für Fr. 10.-- verkauft zu haben. Zudem sei die Beschwerdeführerin damals im Besitze einer weiteren Portion Kokain à 0.5 g gewesen, welche sie ebenfalls habe verkaufen wollen, wozu es aufgrund ihrer Verhaftung durch die Polizei jedoch nicht mehr gekommen sei (BG act. 13).

2. Mit Urteil vom 22. Januar 2003 sprach der Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Zürich die Beschwerdeführerin des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S.v. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 schuldig, bestrafte sie mit 4 Monaten Gefängnis, abzüglich 34 Tagen erstandener Polizei- und Untersuchungshaft, und verwies sie für 5 Jahre des Landes, wobei der Vollzug der Freiheits- und der Nebenstrafe nicht aufgeschoben wurde. Mit Verfügung vom selben Datum wurden die von der Bezirksanwaltschaft Zürich beschlagnahmten Betäubungsmittel eingezogen; zudem wurde verfügt, dass die bezirksanwaltschaftlich beschlagnahmte Barschaft im Betrag von Fr. 80.-- sowie das beschlagnahmte Natel definitiv beschlagnahmt und zur Kostendeckung verwendet würden (BG act. 23).

3. Gegen dieses Urteil wurde seitens der Beschwerdeführerin Berufung erklärt (BG act. 24); in Abwesenheit derselben wiederholte ihr Verteidiger anlässlich der Berufungsverhandlung vom 16. April 2003 seine bereits vor Erstinstanz gestellten Anträge und verlangte im Wesentlichen, es sei die Beschwerdeführerin von sämtlichen Anklagepunkten freizusprechen und für die erlittene Untersuchungshaft zu entschädigen (OG Prot. S. 3 i.V.m. act. 29).

Mit Urteil vom 16. April 2003 wurde die Beschwerdeführerin vom Obergericht (I. Strafkammer) des Vergehens gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG sowie

der Übertretung von Art. 19a Ziff. 1 i.V.m. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG schuldig gesprochen und mit 2 Monaten Gefängnis, abzüglich 34 Tagen erstandener Untersuchungshaft, bestraft, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe nicht aufgeschoben wurde. Von einer Landesverweisung wurde abgesehen. Mit Beschluss vom selben Datum wurden die sichergestellte Drogenportion zur Vernichtung und die beschlagnahmte Barschaft von Fr. 80.-- zur Anrechnung an die Verfahrenskosten eingezogen. Zudem wurde beschlossen, es sei der Beschwerdeführerin das ebenfalls beschlagnahmte Natel auf erstes Verlangen herauszugeben (OG act. 33 = KG act. 2, künftig: KG act. 2; beachte: Minderheitsantrag, OG act. 32).

4. Gegen dieses Urteil hat der Verteidiger der Beschwerdeführerin rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet (OG act. 35) und begründet (KG act. 1). In seiner Beschwerdeschrift vom 26. August 2003 stellt er den Antrag, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Beschwerdeführerin von sämtlichen Vorwürfen freizusprechen. Zudem sei der Beschwerdeführerin für die zu Unrecht auferlegte "Untersuchungs- und Vorbereitungshaft" eine Entschädigung von Fr. 18'000.-- zu bezahlen, und es seien ihr die beschlagnahmten Gegenstände zu unbeschwertem Eigentum auszuhändigen. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1 S. 2).

Sowohl die Vorinstanz wie auch die Staatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin) verzichteten auf Vernehmlassung (KG act. 9 bzw. 10).

II.

1. Das Obergericht kam in seinem Urteil vom 16. April 2003 zum Schluss, die Beschwerdeführerin habe einer unbekannt Person Kokain in einer unbekannt Kleinmenge gegen Geld übergeben (KG act. 2 S. 9 Ziff. 4.5). Diese Feststellung, gegen welche sich die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde zur Hauptsache richtet, basierte auf folgenden Überlegungen:

a) Der Drogenfahnder D. habe am 10. November 2002 einen unbekannt Mann als Drogenkonsumenten erkannt (und aufgrund seiner langjährigen Erfahrung als solchen erkennen können). Dieser Konsument sei daraufhin verfolgt

worden und bei einem Treffen mit der Beschwerdeführerin in der Luisenstrasse - einem gerichtsnotorischen Gebiet des Drogen-Strassenhandels - beobachtet worden. D. habe zwar nicht genau erkennen können, was die Beschwerdeführerin dem unbekanntem Mann übergeben habe, doch habe er gesehen, wie diese von Letzterem daraufhin Geld, mit Bestimmtheit mindestens eine Zehnernote, erhalten habe (KG act. 2 S. 5 Ziff. 3 bzw. S. 6/7 Ziff. 4.2).

b) Die Beschwerdeführerin sei damals trotz der winterlichen Jahreszeit nur mit einem T-Shirt bekleidet gewesen, weshalb davon auszugehen sei, dass sie nur kurz aus dem Haus habe gehen wollen, um sich mit dem besagten Unbekannten zu treffen und diesem etwas zu übergeben. Die bei ihrer Verhaftung sichergestellte Kokainportion müsse beim kurzen Sprung aus dem Hause von Bedeutung gewesen sein, habe sie diese doch trotz der spärlichen Kleidung auf sich getragen (KG act. 2 S. 7 Ziff. 4.3).

c) Die Beschwerdeführerin sei gemäss deren eigenen Angaben drogensüchtig und konsumiere Kokain, so dass das ihr angelastete Verhalten und der persönliche Umgang mit anderen Kokain-Konsumenten nicht persönlichkeitsfremd sei. Zudem sei die Beschwerdeführerin u.a. wegen Vergehens gegen das BetmG einschlägig vorbestraft (KG act. 2 S.7 Ziff. 4.3).

d) Die Aussagen und Bestreitungen der Beschwerdeführerin vermöchten gegen diese Beweislage nicht anzukommen. Dabei falle insbesondere der Widerspruch ins Gewicht, dass die Beschwerdeführerin zunächst überhaupt niemanden in der Luisenstrasse getroffen haben wolle, danach behauptet habe, dieser Person zumindest nichts übergeben und von dieser nichts erhalten zu haben, und sich zuletzt überhaupt nicht mehr an den Vorfall habe erinnern wollen. Es gäbe jedoch keinen plausiblen Grund für ein Abstreiten dieses Kontaktes, wenn dieser "unverfänglich" gewesen wäre; zudem habe die Beschwerdeführerin nie eine Erklärung für das Treffen mit dem Unbekannten abgegeben (KG act. 2 S. 7/8 Ziff. 4.4).

e) Es fehle zwar an einem direkten Sachbeweis für die Übergabe von Kokain und die konkrete Menge, doch müsse aus der Tatsache, dass die Be-

schwerdeführerin weiteres Kokain auf sich getragen habe, geschlossen werden, dass es Kokain gewesen sei. Andere Drogen (wie Ecstasy, Amphetamine, Rohypnol oder Streckmittel), Hehlergut oder ein gefälschter Ausweis könnten aufgrund des Übergabeortes, der Übergabemodalitäten oder aufgrund der Grösse als Austauschobjekte ausgeschlossen werden. In der Wohnung der Beschwerdeführerin sei zwar kein weiteres Kokain gefunden worden, doch spreche dies ebenfalls nicht gegen deren Betätigung im Drogenhandel, denn immerhin habe sich in ihrer Wohnung ihr Freund K. aufgehalten, welcher 7 Portionen Kokain auf sich getragen habe, und über dessen Beziehung zu ihr die Beschwerdeführerin nur sehr gewunden und widersprüchlich Auskunft gegeben habe. Es sei somit durchaus vorstellbar, dass K. den Handelsvorrat auf sich getragen habe, so dass ein Zusammenwirken dieser zwei Personen beim Kokainhandel zwar nicht erwiesen, jedoch auch nicht ausgeschlossen sei (KG act. 2 S. 8).

2.1 Die Verteidigung macht geltend, die Vorinstanz habe diverse willkürliche und aktenwidrige Sachverhaltsannahmen i.S.v. § 430 Abs. 1 Ziff. 4 und 5 StPO getroffen. Zudem sieht sie den Grundsatz "in dubio pro reo" in seiner Ausgestaltung als Beweiswürdigungs- und Beweislastregel verletzt und beruft sich dabei auf den Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO. Im Einzelnen wird Folgendes vorgebracht:

a) Bei dem vom Drogenfahnder beobachteten Warentausch sei gemäss dessen eigener Aussage fast nichts erkennbar gewesen. Es sei deshalb - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - nicht klar, dass die Beschwerdeführerin etwas verkauft habe und nicht umgekehrt. Es sei mindestens genauso wahrscheinlich, dass die Beschwerdeführerin vom Unbekannten das Kokain, welches sie nachher auf sich getragen habe, gekauft habe (KG act. 1 S. 9 Ziff. 11; S. 8 Ziff. 8 am Schluss).

b) Die Vorinstanz nehme unter Ziff. 4.2 ihres Entscheides an, bei dem vom Polizeibeamten beobachteten "Drogenkonsumenten" habe es sich um einen *Kokain*konsumenten gehandelt; dies werde zwar so nicht explizit gesagt, sei aber aus dem ersten Satz unter Ziff. 4.3 zu schliessen (Hervorhebung gemäss Beschwerdeschrift, KG act. 1 S. 4 Ziff. 6.1). Diese Annahme werde damit begründet,

dass ein Drogenfahnder einen Drogenkonsumenten als solchen zu erkennen vermöge. Dies - so die Verteidigung - möge im Allgemeinen wohl zutreffen, sei jedoch in Bezug auf Kokain zu verneinen. Gerade den Kokain-Konsum sehe man den Leuten nicht an, handle es sich doch um eine Modedroge, die auch von vielen gut in die Gesellschaft integrierten Leuten konsumiert werde. Umgekehrt konsumiere nicht jede als sog. "Junkie" erkennbare Person zwingend Kokain. Die Annahme, wonach es sich beim beobachteten Drogenkonsumenten um einen Kokainkonsumenten gehandelt habe, werde denn auch nicht weiter begründet, rühre aber offensichtlich daraus, dass die Beschwerdeführerin selber im Besitze von 0.5 g Kokain gewesen sei. Damit habe die Vorinstanz eine willkürliche tatsächliche Annahme i.S.v. § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO getroffen (KG act. 1 S. 4 Ziff. 6.1).

c) Die Vorinstanz gehe davon aus, dass die Beschwerdeführerin dem Unbekannten Kokain verkauft habe, doch entspreche die beobachtete Geldmenge in keiner Art und Weise einem realistischen Preis (KG act. 1 S. 4 Ziff. 6.2).

d) Die Schuldvermutung basiere darauf, dass die Beschwerdeführerin bei ihrer Festnahme im Besitze einer Kokainportion gewesen sei. Dieser Umstand sei - wie dies die Vorinstanz auf S. 9 Ziff. 5 ihres Urteiles selber zugebe - jedoch nicht geeignet, irgendeinen (früheren oder späteren) Drogenhandel zu belegen (KG act. 1 S.4 Ziff. 6.2). Zudem ziehe das Obergericht aus der spärlichen Kleidung der Beschwerdeführerin den Schluss, dass diese offensichtlich nur kurz aus dem Haus habe gehen wollen. In unzulässiger "Beweisakrobatik" verknüpfe das Obergericht diesen Umstand in der Folge aber mit den von der Beschwerdeführerin auf sich getragenen 0.5 g Kokain zum Eigenkonsum und werte diese beiden Dinge als Indiz für den angeklagten Sachverhalt. Die Vorinstanz erkläre allerdings nicht, weshalb die Beschwerdeführerin das Kokain zwingendermassen aus ihrer Hosentasche hätte nehmen und im Zimmer belassen sollen (zumal sich ein Freund im Zimmer aufgehalten habe, den sie erst flüchtig gekannt habe). Die Vorinstanz gehe ganz einfach a priori von der Erwiesenheit der Vorwürfe aus und verletze damit die Unschuldsvermutung. Mit der willkürlichen Tatsachenwürdigung

und -verknüpfung setze die Vorinstanz zudem einen Nichtigkeitsgrund i.S.v. § 430 Abs. 1 Ziff. 4 (KG act. 1 S. 5 Ziff. 7.1).

e) Noch seltsamer und vollständig unhaltbar sei die Aussage der Vorinstanz, für eine Kokainkonsumentin sei der Handel mit Kokain nicht "persönlichkeitsfremd". Diametral entgegen der Unschuldsvermutung werde hier verdeckt die Behauptung aufgestellt, jeder Konsument handle doch irgendwann irgendwie mit Kokain. Eine solche Beweisführung sei absolut willkürlich und entbehre jeder Rechtsstaatlichkeit. Dies sei etwa das Gleiche, wie wenn jedem angeklagten Autofahrer als Indiz für die Erfüllung des Anklagesachverhaltes vorgehalten würde, für einen Autofahrer sei die Verletzung des SVG nicht "persönlichkeitsfremd". Im Übrigen könne der Umstand, ob etwas "persönlichkeitsfremd" sei oder nicht, nie und nimmer als Indiz für die Richtigkeit des angelasteten Verhaltens hinzugezogen werden, sei doch einzig massgebend, ob Letzteres *bewiesen* werden könne (Hervorhebung gemäss Beschwerdeschrift, KG act. 1 S. 5/6 Ziff. 7.2).

f) Das Obergericht habe Hehlergut oder einen gefälschten Ausweis als Austauschobjekte in Betracht gezogen, jedoch u.a. als zu gross wieder fallen gelassen. Der beobachtende Drogenfahnder sei jedoch gar nie befragt worden, weshalb er nichts Konkretes habe erkennen können, so dass nicht bekannt sei, ob diesem schlicht und einfach die Sicht verdeckt gewesen sei, weil sich die Tauschenden etwas abgedreht hätten oder weil ein Passant vorübergegangen sei, etc.. Damit könne aus den Aussagen des Fahnders - entgegen der Ansicht des Obergerichtes - nicht geschlossen werden, dass es sich beim Austauschobjekt um etwas sehr Kleines gehandelt habe (KG act. 1 S. 7 Ziff. 7.3).

g) Die Beschwerdeführerin sei eine sehr einfache Frau, welche praktisch ohne Bildung europäischen Zuschnitts, eine Analphabetin und sehr langsam im Denken sei. Es sei ihr zugute zu halten, dass die Verständigung mit ihr schwierig und ihr Aussageverhalten daher interpretationsbedürftig sei. Sie wisse oft nicht, was sie sagen solle, verstehe Fragen rein intellektuell nicht und sei oft nicht rasch genug, den Fragesinn oder -kern zu erfassen. Daraus lasse sich zwar nichts zu ihren Gunsten herleiten, doch liessen sich daraus auch keine Beweise für ihre angeklagte Delinquenz bilden. Die Vorinstanz berücksichtige dieses Han-

dicap der Beschwerdeführerin in keiner Weise, sondern lege deren Aussageverhalten willkürlich und einseitig zu deren Lasten aus (KG act. 1 S. 6/7 Ziff. 7.3).

h) Die Vorinstanz spreche bereits nach der Herbeiziehung der leichten Kleidung und des nicht "persönlichkeitsfremden" Verhaltens von einer Beweislage, gegen welche die Aussagen und Bestreitungen der Beschwerdeführerin nicht anzukommen vermöchten, womit sie eine unzulässige Umkehr der Beweislast vornehme und die Unschuldsvermutung verletze. Es werde entschieden bestritten, dass hier schon eine Beweislage vorliege, welche die Beschwerdeführerin entkräften müsse, basiere der tatbestandsmässige Sachverhalt doch (lediglich) auf einer waghalsigen Verknüpfung der drei Elemente Kokainbesitz, leichte Bekleidung und Vorstrafen. Die Beweislast liege in keiner Weise bei der Beschwerdeführerin; diese müsse nicht - wie dies das Obergericht auf S. 8 antöne - beweisen, dass es sich beim Treffen um ein solches unverfänglicher Natur gehandelt habe, sondern es sei Sache des Staates, deren Schuld zu beweisen (KG act. 1 S. 6 Ziff. 7.3).

Betrachte man das angefochtene Urteil in seiner Gesamtheit, so werde klar, dass nicht nur widerrechtlich Tatsachen angenommen worden seien, sondern dass dieses auch eine lange Aufreihung von Tatsachenauslegungen enthalte, die in Missachtung der wichtigsten Beweiswürdigungsgrundsätze getroffen worden seien. Es werde klar, dass die Vorinstanz aufgrund eines offensichtlichen Beweisnotstandes sämtliche zur Verfügung stehenden Tatsachen unter dem Gesichtswinkel geprüft habe, ob man sie so drehen und biegen könne, dass diese eine Verurteilung stützen würden. Selbst wenn die vorgenommene Beweiswürdigung im Einzelfall nicht als willkürlich einzustufen wäre, so bestünden an der Richtigkeit des als erwiesen betrachteten Sachverhaltes dennoch gesamthaft gesehen erhebliche und unüberwindbare Zweifel. Das Risiko sei gross, dass die Beschwerdeführerin verurteilt werde, weil diese "ja sicher irgendwo in Drogengeschäfte verwickelt sei". Aufgrund dieser Überlegung habe die Vorinstanz insgesamt betrachtet den Grundsatz "in dubio pro reo" verletzt und einen Nichtigkeitsgrund gemäss § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO gesetzt. Es komme hinzu, dass die Vorinstanz ständig Annahmen treffe, die sie in der Folge als Tatsachen betrachte,

wie wenn sie aktenmässig erstellt wären. Während einzelne dieser Annahmen noch als freie richterliche Beweiswürdigung zu taxieren seien, so müsse im vorliegenden Fall von systematischem "Füllen der Aktenlücken" oder "Schaffen von Tatsachen" gesprochen werden. Dieses Vorgehen schreie derart zum Himmel, dass es - als Ganzes betrachtet - einer aktenwidrigen Annahme i.S.v. § 430 Abs. 1 Ziff. 5 StPO gleichkomme (KG act. 1 S. 8/9 Ziff. 10/11).

3.1 a) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 430 Abs. 2 StPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben (ZR 91/92 Nr. 6; vgl. auch BGE 127 I 42 E. 3b sowie ZR 81 Nr. 88 E. 6; Schmid, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 32 zu § 430; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

b) Die Beweiswürdigung des vorinstanzlichen Sachrichters kann nach der Praxis des Kassationsgerichtes aufgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO dann mit Erfolg gerügt werden, wenn sie sich nicht mehr im Rahmen des Gesetzes hält, sondern willkürlich, d.h. offensichtlich abwegig ist und einer missbräuchlichen Handhabung des richterlichen Ermessens gleichkommt (ZR 64 Nr. 54). Die Verneinung eines den Freispruch bedingenden Zweifels wird als Kassationsgrund

angesehen, wenn diese bei ernsthafter Abwägung des "Für" und "Wider" schlechthin unverständlich ist (Schmid, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich 1996, N 21 zu § 430). Es ist zu berücksichtigen, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann; daher muss genügen, dass das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist (BGE 124 IV 88 E. 2a mit Hinweisen; ZR 72 Nr. 80, 69 Nr. 50; von Rechenberg, a.a.O., S. 34). Weiter geht auch die Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 4 Abs. 1 aBV bzw. Art. 32 Abs. 1 BV nicht, denn diese Bestimmungen schliessen einen Schuldspruch nur dann aus, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und unüberwindliche Zweifel am Tat- oder Schuldbeweis zurückbleiben (BGE 120 Ia 35 ff. mit Hinweisen).

Der in diesem Zusammenhang regelmässig angerufene Grundsatz "in dubio pro reo" weist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und in Übereinstimmung mit dem Schrifttum zwei Aspekte auf: zum einen bezieht er sich auf die strafprozessuale Beweislast, zum anderen wirkt er sich bei der Feststellung des Sachverhaltes und der Würdigung der Beweise aus (BGE 120 Ia 31 ff., 127 I 38 E. 2a; vgl. Corboz, In dubio pro reo, ZBJV 1993, S. 403 ff. mit weiteren Hinweisen). Als Beweiswürdigungsregel erschöpft sich der Grundsatz im Verbot der willkürlichen Beweiswürdigung (vgl. auch Schultz, ZBJV 1995, S. 852), während er als Beweislastregel besagt, dass es Sache des Staates ist, die Schuld des Angeklagten nachzuweisen. Es ist m.a.W. nicht Aufgabe des Angeklagten, den Nachweis zu erbringen, dass er die Tat nicht begangen habe oder nicht habe begangen können (Schmid, Strafprozessrecht, 3. A., Zürich 1997, Rz. 278). Die Unschuldsvermutung als Beweislastregel ist eng verknüpft mit dem Recht des Angeklagten, zu schweigen und sich nicht selber durch Aussagen belasten zu müssen. Aus diesem Grunde darf ein Schuldspruch nicht ausschliesslich oder im Wesentlichen darauf gestützt werden, dass der Angeklagte schwieg oder sich weigerte, Aussagen zu machen. Dem Recht auf Schweigen kommt jedoch insofern keine absolute Bedeutung zu, als das Schweigen des Angeklagten in Situationen, die mit Bestimmtheit von diesem zu erläutern wären, berücksichtigt werden darf, um belastende Elemente zu gewichten. Rufen die belastenden Beweise nach einer

Erklärung, die der Angeklagte geben müsste und dennoch unterlässt, so darf nach Massgabe des gesunden Menschenverstandes der Schluss gezogen werden, es gäbe keine mögliche Erklärung und der Angeklagte sei schuldig (Pra 2001 Nr. 110 S. 642/643).

3.2 a) Soweit die Verteidigung geltend macht, es sei nicht erstellt, dass die Beschwerdeführerin überhaupt als Verkäuferin fungiert habe und dazu anführt, für den Drogenfahnder sei gemäss dessen eigenen Aussagen "fast nichts erkennbar" gewesen, erweist sich die Rüge als unbegründet: D. führte zwar aus, er habe nicht genau gesehen, was übergeben worden sei, und habe die genaue Stückelung der überreichten Geldnoten nicht erkennen können (BG act. 2 S. 1/2; act. 6 S. 2; vgl. auch KG act. 2 S. 6/7 Ziff. 4.2), doch schliesst dies nicht aus, dass er dennoch erkennen konnte, wer von beiden der Verkäufer (bzw. die Verkäuferin) war. Er hielt denn auch - ohne diesbezüglich irgendwelche Zweifel anzudeuten - fest, die Beschwerdeführerin habe dem Unbekannten etwas übergeben, worauf dieser ihr Bargeld gegeben habe (BG act. 6 S. 2). Die dem vorinstanzlichen Entscheid zugrundeliegende Annahme, wonach die Beschwerdeführerin dem Unbekannten etwas verkauft habe, ist daher weder als willkürlich noch als aktenwidrig zu bezeichnen.

b) Der Verteidiger bestreitet nicht, dass ein Drogenkonsument im Allgemeinen als ein solcher erkannt werden kann (siehe KG act. 1 S. 4 Ziff. 6.1), doch macht er geltend, das Obergericht gehe in Ziff. 4.2 bzw. 4.3 seines Entscheides in willkürlicher Weise davon aus, der Fahnder D. habe den unbekanntem Mann als *Kokain*konsumenten erkennen können. Dabei verkennt er, dass das Obergericht eine solche Feststellung gar nicht getroffen hat: In Ziff. 4.2 ist nur von einem Drogenkonsumenten im Allgemeinen und nicht etwa von einem Kokainkonsumenten im Speziellen die Rede, was darauf schliessen lässt, dass die Vorinstanz den Unbekannten aufgrund der Einschätzung des Fahnders D. als einen Konsumenten von Drogen *irgendwelcher Art* betrachtete (siehe KG act. 2 S. 6/7 Ziff. 4.2). Im ersten Satz von Ziff. 4.3 wird allerdings festgehalten, dass die Vermutung, wonach die Beschwerdeführerin dem Unbekannten Kokain übergeben habe, durch *weitere* Indizien gestützt werde. Es stellt sich deshalb die Frage, ob

die Vorinstanz - wie vom Verteidiger behauptet - implizit angenommen hat, der unbekannte Mann habe vom Polizeifahnder nicht nur als *Drogen*-Konsument, sondern als *Kokain*-Konsument erkannt werden können. Dies ist zu verneinen; vielmehr ist das angefochtene Urteil dahingehend zu interpretieren, dass die Vorinstanz den unbekanntem Mann als sog. "Junkie" betrachtete, diesen Umstand zwar als Hinweis dafür wertete, dass die Beschwerdeführerin "Drogen" verkauft habe, jedoch (erst) aufgrund anderer Umstände (vgl. Ausführungen auf S. 8 des angefochtenen Entscheides) zum Schluss gekommen ist, dass es sich bei der fraglichen "Droge" um "Kokain" gehandelt habe.

Somit geht diese Rüge am angefochtenen Entscheid vorbei, und es ist darauf nicht einzutreten.

c) Auf das Vorbringen, wonach zu Gunsten der Beschwerdeführerin zu beachten sei, dass die beobachtete Geldmenge in keiner Art und Weise einem realistischen (Kokain-)Preis entspreche, ist gemäss den Ausführungen unter Ziff. II.3.1.a vorstehend nicht einzutreten, da diese Behauptung gar nicht näher dargelegt wird.

Es erscheint ohnehin fraglich, inwiefern von einem unrealistischen Preis gesprochen werden könnte, nachdem die Vorinstanz nirgends exakt festgestellt hat, wieviele Gramm Kokain zu welchem Betrag verkauft worden seien, sondern vielmehr von einem Mindestbetrag von Fr. 10.-- und einer unbekanntem Kleinmenge ausging (siehe KG act. 2 S. 5 Ziff. 3 und S. 9 Ziff. 4.5; vgl. aber die Anklageschrift, wonach 0.5 g Kokain für Fr. 10.-- verkauft worden seien [BG act. 13 S. 2]).

d) Bezüglich der Rüge, wonach die bei der Beschwerdeführerin sichergestellte Kokainportion nicht als Indiz für den zur Last gelegten Kokainverkauf gewertet werden dürfe, ist Folgendes festzuhalten: Indem das Obergericht auf S. 8 seines Urteils ausführte, dass bei der Beschwerdeführerin sichergestelltes Kokain lasse darauf schliessen, dass es sich bei der von dieser verkauften Ware ebenfalls um Kokain gehandelt haben müsse, unterstellte es der Beschwerdeführerin implizit, dass sichergestelltes Kokain sei *ebenfalls zum Verkauf bestimmt* ge-

wesen. Derselbe indirekte Vorwurf findet sich auch auf S. 7, indem dort ausgeführt wurde, das trotz der spärlichen Bekleidung mitgeführte Kokain müsse beim kurzen Sprung aus dem Hause "von Bedeutung" gewesen sein. Auf S. 10 wurde demgegenüber jedoch festgehalten, hinsichtlich des sichergestellten Kokains sei auf die nicht widerlegbaren Ausführungen der Beschwerdeführerin abzustellen, wonach sie dieses (einzig) *zum Eigenkonsum* bei sich gehabt habe. Wenn somit davon auszugehen ist, dass das mitgeführte Kokain zum Eigenkonsum bestimmt war, erscheint es unhaltbar, daraus Rückschlüsse auf die Art der verkauften Ware zu ziehen. Diese Rüge erweist sich folglich als begründet; die Frage, ob das auf verschiedenen belastenden Elementen beruhende Urteil aufzuheben ist, wird allerdings erst nach der Würdigung aller (verbleibenden) Indizien zu beantworten sein (siehe nachfolgend Ziff. II.3.2.h).

e) Der Verteidigung ist im Weiteren insofern zuzustimmen, als die obergerichtliche Annahme, wonach der Verkauf von Kokain einer Kokainkonsumentin nicht persönlichkeitsfremd sei, als unhaltbar zu bezeichnen ist. Sollte der vorinstanzlichen Ansicht die Überlegung zugrundeliegen, es sei eine bekannte Tatsache, dass viele Kokainkonsumenten zur Finanzierung ihrer Sucht selber Kokain verkaufen (müssen), könnte der Beschwerdeführerin dies gerade nicht unterstellt werden, nachdem die Vorinstanz auf S. 9 ihres Entscheides ausführte, es könne offenbleiben, aus welchen Mitteln die Beschwerdeführerin ihren Lebensunterhalt gedeckt habe bzw. decke. Somit muss zu Gunsten der Beschwerdeführerin davon ausgegangen werden, dass diese sich ihren Lebensunterhalt und ihre Sucht auf legalem Wege hat finanzieren können, weshalb der bei ihr festgestellte Kokainkonsum auch unter diesem Gesichtswinkel nicht als Indiz für den vorgeworfenen Verkauf von Kokain gewertet werden könnte. Die Frage, ob die "Persönlichkeitsfremdheit" überhaupt ein taugliches Kriterium zur Erstellung des Sachverhaltes darstellt, kann damit offengelassen werden. Es sei auch hier darauf hingewiesen, dass der angefochtene Entscheid nur dann aufzuheben ist, wenn insgesamt unüberwindbare Zweifel an der Schuld der Beschwerdeführerin bestehen (siehe nachstehend Ziff. II.3.2.h).

f) Soweit der Verteidiger geltend macht, den Aussagen des Polizeifahnders könne nicht entnommen werden, dass es sich beim Austauschobjekt um etwas sehr Kleines gehandelt habe, erweist sich seine Argumentation als wenig überzeugend: D. hat immerhin erkennen können, dass die Beschwerdeführerin etwas übergeben hat und daraufhin mit mindestens einer Zehnernote bezahlt wurde. Es erscheint somit unwahrscheinlich, dass dem Fahnder die Sicht verdeckt war, zumal er dies nie erwähnt hat. Vielmehr erscheint es plausibel, dass er die Ware aufgrund ihrer Grösse nicht hat erkennen können, so dass die Vorinstanz willkürfrei von einem sehr kleinen Austauschobjekt ausgehen durfte.

g) Die Verteidigung wirft dem Obergericht vor, es habe die Aussagen der Beschwerdeführerin in willkürlicher und einseitiger Weise zu deren Ungunsten ausgelegt, indem es deren Verständigungsprobleme, deren verminderte Auffassungsgabe und deren intellektuelle Überforderung ungenügend gewürdigt habe. Weil die behaupteten Unzulänglichkeiten in keiner Weise belegt werden und der Beschwerdeschrift im Weiteren nicht entnommen werden kann, inwiefern sich diese überhaupt ausgewirkt hätten, ist auf diese Rüge nicht einzutreten (vgl. Ausführungen unter Ziff. II.3.1.a vorstehend).

Es sei am Rande festgehalten, dass die Aussagen der Beschwerdeführerin hauptsächlich insofern zu deren Ungunsten berücksichtigt wurden, als ihr die bezüglich des Treffens mit dem Unbekannten gemachten widersprüchlichen Angaben zur Last gelegt wurden (siehe KG act. 2 S. 7/8 Ziff. 4.4). Da es auch einem bildungs- oder intelligenzmässig benachteiligten Menschen möglich sein dürfte, widerspruchsfrei auszusagen, ob er an einem bestimmten Tag jemanden auf der Strasse angetroffen habe oder nicht, könnte von einer einseitigen, willkürlichen Beweiswürdigung somit ohnehin nicht gesprochen werden.

h) Es bleibt zu prüfen, ob die vorinstanzliche Beweiswürdigung gesamthaft betrachtet als willkürlich und aktenwidrig erscheine bzw. gegen den Grundsatz "in dubio pro reo" verstosse. Insbesondere wird der Vorwurf zu prüfen sein, wonach die Vorinstanz eine unzulässige Umkehr der Beweislast vorgenommen habe, indem sie der Beschwerdeführerin vorgehalten habe, nicht dargelegt

zu haben, dass es sich beim Treffen mit dem unbekanntem Mann um ein solches unverfänglicher Natur gehandelt habe:

Es kann zwar davon ausgegangen werden, dass sich die Beschwerdeführerin in einem gerichtsnotorischem Gebiet des Drogen-Strassenhandels mit einem als Drogenkonsumenten erkennbaren Mann auf der Strasse getroffen hat, um diesem etwas sehr Kleines zu verkaufen. Weil ein direkter Beweis für die Art der verkauften Ware fehlt, könnte es sich dabei jedoch grundsätzlich um irgendeinen kleinen Gegenstand gehandelt haben. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass zur Frage nach dem verkauften Gut weder das bei der Beschwerdeführerin sichergestellte Kokain noch der Umstand, dass diese als Drogensüchtige Kokain konsumiert, als Indizien herangezogen werden können (siehe Ziff. II.3.2.d und e vorstehend). Ebenso kommt dem Umstand, dass der damals in der Wohnung der Beschwerdeführerin befindliche K. sieben Kokainportionen auf sich trug, nur schon deshalb kein indizierender Wert zu, weil ein Zusammenwirken zwischen der Beschwerdeführerin und K. nicht erstellt ist (die Vorinstanz hielt lediglich fest, diese Möglichkeit könne nicht ausgeschlossen werden, vgl. KG act. 2 S. 8).

Damit sind keine bedeutsamen Indizien ersichtlich, welche darauf hinweisen würden, dass es sich bei der verkauften Ware um Kokain gehandelt hat. Folglich bestand auch keine Situation, welche mit Bestimmtheit von der Beschwerdeführerin hätte erläutert werden müssen. Auch wenn die Beschwerdeführerin teilweise unglaubhafte und widersprüchliche Aussagen machte (so bestritt sie anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 11. November 2002 zunächst, zur fraglichen Zeit überhaupt einen Mann in der Luisenstrasse getroffen zu haben, siehe BG act. 3 S. 2 Frage 7) und bis heute nicht dargelegt hat, was denn der Zweck des Treffens mit dem Unbekanntem gewesen sei bzw. was sie - wenn nicht Kokain - am fraglichen Tag verkauft habe, darf ihr Aussageverhalten im Lichte des Grundsatzes von "in dubio pro reo" und dem damit zusammenhängenden Recht auf Schweigen nicht dahingehend interpretiert werden, die (durchaus denkbare) vorinstanzliche Sachverhaltsannahme stelle die einzig mögliche Erklärung der Geschehnisse dar. So kann insbesondere nicht ausgeschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin aus anderen Gründen als wegen eines Drogengeschäftes

nicht aussagen bzw. nicht die Wahrheit sagen wollte. Da sich diese Rüge als begründet erweist, ist das angefochtene Urteil aufzuheben, und es ist die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des vorliegenden Verfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen und es ist der Beschwerdeführerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 396a StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Obergerichtes (I. Strafkammer) vom 16. April 2003 aufgehoben und es wird die Sache zur Neuurteilung zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren fällt ausser Ansatz.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Der Beschwerdeführerin wird aus der Gerichtskasse eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.-- zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich, den Einzelrichter in Strafsachen des Bezirkes Zürich, das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie die Bundesanwaltschaft, 3003 Bern, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: