



---

Kass.-Nr. AC040047/U/cap

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

## **Zirkulationsbeschluss vom 21. Oktober 2004**

in Sachen

**A.**

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer  
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt X.

gegen

**Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

8001 Zürich,

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

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 24. Februar 2004 (SB030434/U/eh)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

I.

1. In ihrer Anklageschrift vom 25. April 2003 warf die Bezirksanwaltschaft Zürich A. (Beschwerdeführer) vor, sich einerseits des Verbrechens i.S.v. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3-6 BetmG i.V.m. Ziff. 2 lit. a und b BetmG schuldig gemacht zu haben, indem er in Zusammenarbeit mit B. und C. ab ca. dem 25. Januar 2003 dem Handel mit nicht näher bekannten Mengen an Betäubungsmitteln nachgegangen sei und insbesondere auch am Verkauf von 2 Gramm Kokain an D. und dessen Begleiterin E. am 5. Februar 2003 beteiligt gewesen sei (BG act. 36, Anklageziffer I.).

Überdies habe sich der Beschwerdeführer - so die Bezirksanwaltschaft weiter - der mehrfachen Übertretung des BetmG im Sinne von dessen Art. 19a Ziff. 1 schuldig gemacht, indem er ab einem nicht näher bestimmbar Zeitpunkt bis zu seiner Verhaftung am 5. Februar 2003 regelmässig Heroin und gelegentlich Kokain konsumiert habe (BG act. 36, Anklageziffer II.).

2. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (1. Abteilung) vom 8. Juli 2003 wurde der Beschwerdeführer sowohl der Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von dessen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3-6 i.V.m. Art. 19 Ziff. 2 lit. b als auch der mehrfachen Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von dessen Art. 19a Ziff. 1 schuldig gesprochen; vom Vorwurf der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG (Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen) wurde er freigesprochen. Der Beschwerdeführer wurde mit 18 Monaten Gefängnis, abzüglich 153 Tagen Polizei-, Untersuchungs- und Sicherheitshaft, bestraft, wobei der Vollzug der Strafe unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufgeschoben wurde (BG act. 49).

3. Gegen dieses Urteil wurde seitens des Beschwerdeführers mit Eingabe vom 8. September 2003 Berufung erklärt (BG act. 50); dabei stellte die Verteidigung im Wesentlichen den Antrag, dass der Beschwerdeführer zwar der

mehrfachen Übertretung i.S.v. Art.19a Ziff. 1 BetmG schuldig zu sprechen, im Übrigen jedoch freizusprechen sei (OG act. 57 S. 2).

In der Folge wurde der Beschwerdeführer mit Urteil des Obergerichtes (I. Strafkammer) vom 24. Februar 2004 sowohl des Vergehens gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG als auch der mehrfachen Übertretung i.S.v. Art.19a Ziff. 1 BetmG - teils i.V.m. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG - schuldig gesprochen. Vom Vorwurf des Verbrechens i.S.v. Art. 19 Ziff. 2 lit. a und b (Bandenmässigkeit und Gefährdung vieler Menschen) wurde er freigesprochen. Er wurde mit 6 Monaten Gefängnis, abzüglich 154 Tagen erstandene Polizei-, Untersuchungs- und Sicherheitshaft, bestraft, wobei der Vollzug unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren aufgeschoben wurde (OG act. 59 = KG act. 2; künftig: KG act. 2).

4. Gegen diesen Entscheid hat die Verteidigung fristgerecht kantonale Nichtigkeitsbeschwerde angemeldet (OG act. 62) und begründet (KG act. 1). In ihrer Beschwerdeschrift verlangt sie die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückweisung zur Neuurteilung an die Vorinstanz (KG act. 1 S. 2). Nachdem der Beschwerdeführer bezüglich möglicher Drogengeschäfte vor dem 5. Februar 2003 freigesprochen wurde (vgl. KG act. 2 S. 5), bildet nur noch die Frage der Tatbeteiligung am Kokainverkauf an D. und E. Gegenstand des Verfahrens.

Sowohl die Vorinstanz wie auch die Staatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin) haben auf Vernehmlassung bzw. Beantwortung der Beschwerde verzichtet (KG act. 9 bzw. 10).

## II.

1.1 Die Verteidigung rügt zunächst eine Verletzung des Anklageprinzips und führt dazu Folgendes aus:

Das Anklageprinzip verlange, dass in der Anklageschrift sämtliche objektiven und subjektiven Straftatelemente klar und deutlich bezeichnet würden - der Angeklagte müsse wissen, was ihm konkret vorgeworfen werde. Daran fehle es im vorliegenden Fall, denn hinsichtlich des Drogenverkaufs an D. und E. werde in der Anklageschrift in Bezug auf die Person des Beschwerdeführers einzig fest-

gehalten, dass dieser im Zeitpunkt der Drogenübergabe C. angerufen habe, welcher sich daraufhin unverzüglich telefonisch mit B. in Verbindung gesetzt habe. Über den Inhalt dieses Anrufes stehe nichts in der Anklage; ebenso werde nicht behauptet, dass der besagte Anruf einen konkreten Zusammenhang mit dem Drogengeschäft gehabt habe. Weil die Führung eines Telefonats unbekanntes Inhaltes auch dann keine strafbare Handlung darstelle, wenn der Angerufene später einen Drogenverkauf durchführe, müsse es in diesem Zusammenhang zu einem Freispruch kommen (KG act. 1 S. 4/5 Ziff. 1.).

1.2 a) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, welches 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; ZR 91/92 Nr. 6 Erw. 4; vgl. auch BGE 127 I 42 E. 3b sowie ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Schmid, a.a.O. [Kommentar], N 32 zu § 430 StPO; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 16 ff.). Es erscheint daher fraglich, ob auf die Rüge einzutreten ist, nachdem in der Beschwerdeschrift keinerlei Bezug auf die Ausführungen der Vorinstanz zum Anklageprinzip (KG act. 2 S. 6-11 Ziff. 4.) genommen wird. Die Eintretensfrage kann letztlich jedoch offenbleiben, da sich die Rüge ohnehin als unbegründet erweist (dazu nachfolgend lit. b).

b/aa) Das Anklageprinzip verlangt einerseits die personelle Trennung der Ankläger- und Richterrolle, andererseits wird aus ihm gefolgert, dass der Gegenstand des Gerichtsverfahrens von der Anklage bestimmt und fixiert wird, weshalb in der Anklageschrift die Person des Angeklagten und die ihm zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben sind, dass die erhobenen Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich hinreichend konkretisiert werden (Schmid, Strafprozessrecht, 4. A., Zürich 2004, S. 51 Rz 145 f.; Hauser/Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. A., Basel u.a. 2002, § 50 N 6 f.). Damit hat die Anklageschrift eine doppelte Funktion: Zum einen dient sie der Bestimmung und Begrenzung des Prozessgegenstandes (Umgrenzungsfunktion), zum andern vermittelt sie dem Angeklagten die zur Verteidigung notwendigen Informationen (Informations- oder Verteidigungsfunktion) (BGE 120 IV 354

Erw. 2.c). Im zürcherischen Strafprozess wird das Anklageprinzip durch Umschreibung der Anforderungen an den Inhalt der Anklageschrift in § 162 StPO konkretisiert. Danach bezeichnet die Anklageschrift kurz, aber genau die dem Angeklagten zur Last gelegten Handlungen oder Unterlassungen unter Angabe aller Umstände, welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören sowie unter möglichst genauer Angabe von Ort und Zeit und anderen Einzelheiten, so dass der Angeklagte daraus ersehen kann, was Gegenstand der Anklage bildet (§ 162 Abs. 1 Ziff. 2 StPO). Gemäss ständiger Praxis ist bei der Prüfung der Frage, ob der Schuldspruch bzw. die vorinstanzlichen Erwägungen gegen das Anklageprinzip verstossen, die Anklageschrift als Ganzes zu würdigen; mit anderen Worten kommt es nicht allein auf den Wortlaut, sondern auf den erkennbaren Sinn an. Solange es für den Angeklagten klar ist, welcher Sachverhalt ihm vorgeworfen wird, können fehlerhafte oder unpräzise Angaben nicht dazu führen, dass die Anklage mit Blick auf deren Verteidigungsfunktion ungültig ist bzw. nicht zu einem Schuldspruch führen kann (Kass.-Nr. 99/308 S, Entscheid vom 7. Juli 2001 i.S. H., Erw. II.3.2 lit. b; Kass.-Nr. 2001/105 S, Entscheid vom 1. September 2001 i.S. T., Erw. II.2.1; Kass.-Nr. 2000/330 S, Entscheid vom 17. Dezember 2001 i.S. B., Erw. II.3.2 lit. d; Kass.-Nr. 2002/018 S, Entscheid vom 20. April 2002 i.S. T., Erw. II.1 lit. c; Kass.-Nr. 2002/038 S, Entscheid vom 27. Mai 2002 i.S. F., Erw. II.1 lit. a; Kass.-Nr. AC030052, Entscheid vom 19.12.2003 i.S. F., Erw. II.1.1; vgl. auch Schmid, a.a.O. [Kommentar], N 16 zu § 162 StPO)

bb) Im ersten Abschnitt der Anklageschrift wird ausgeführt, dass der Beschwerdeführer zusammen mit B. und C. ab ca. 25. Januar 2003 bis zu seiner Verhaftung am 5. Februar 2003 dem Handel mit Betäubungsmitteln nachgegangen sei, wobei B. die eingehenden Bestellungen koordiniert habe und C. und der Beschwerdeführer als Verkäufer bzw. Transporteur/Verkäufer fungiert hätten. Angesichts des Umstandes, dass nach Ansicht der Bezirksanwaltschaft also zwei Personen als Verkäufer tätig waren, bedeutet dieser Vorwurf nicht, dass der Beschwerdeführer bei jedem Geschäft effektiv als Transporteur oder Verkäufer zum Einsatz gekommen sein muss; vielmehr ist der Anklageschrift sinngemäss zu entnehmen, dass die Aufteilung (insbesondere diejenige zwischen C. und dem Beschwerdeführer) jeweils in gegenseitiger Absprache erfolgt sei. Auch wenn sich die Anklage zum genauen Inhalt und Zweck des fraglichen Telefonates von 16.53

Uhr nicht explizit äussert, so erscheint damit klar, dass sich dieses Gespräch nach Ansicht der Bezirksanwaltschaft in irgendeiner Weise um die Organisation des Drogengeschäftes D./E. gedreht habe, was auch dem Beschwerdeführer hinlänglich bekannt sein musste.

Soweit der Beschwerdeführer (sinngemäss) geltend macht, die Anklageschrift genüge den mit Blick auf deren Informations- bzw. Verteidigungsfunktion gestellten Anforderungen nicht, ist seine Rüge folglich abzuweisen.

2.1 In der Beschwerdeschrift wird sodann geltend gemacht, die Aussagen von B. und C. seien - mit Ausnahme derjenigen anlässlich der Konfrontationseinvernahme vom 22. April 2003 - nicht zu Lasten des Beschwerdeführers verwertbar:

Die Vorinstanz führe aus, am 22. April 2003 sei eine Konfrontationseinvernahme durchgeführt worden, an welcher neben dem Beschwerdeführer auch B. und C. sowie deren Verteidiger teilgenommen hätten. Sodann hätten die Angeeschuldigten sowie die Verteidiger nach Ansicht des Obergerichtes Gelegenheit gehabt, ganz allgemein Ergänzungsfragen zu stellen, wobei davon auszugehen sei, dass den Aussagenden die (früheren) Aussagen der anderen bekannt gewesen seien. Dies - so die Verteidigung - sei jedoch unzutreffend, da dem Beschwerdeführer die Aussagen von B. und C. nicht im Detail bekannt gewesen seien, da ihm diese nie vorgelegt und übersetzt worden seien. Die Aussagen von B. und C. seien deshalb nur soweit zu seinem Nachteil verwertbar, als sie anlässlich der Konfrontationseinvernahme vom 22. April 2003 gemacht worden seien, wobei der Beschwerdeführer dannzumal von den beiden Mitangeschuldigten in keiner Weise belastet worden sei (KG act. 1 S. 5/6 Ziff. 2.)

2.2 a) Es ist nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer bereits vor Vorinstanz geltend machte, er habe den Inhalt der früheren Aussagen von B. und C. anlässlich der Konfrontationseinvernahme nicht gekannt (vgl. OG act. 57 S. 3 Ziff. 5). Damit ist auf die Rüge nicht einzutreten.

b) Der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass die Protokolle der früheren Einvernahmen von B. und C. selbst dann zum Nachteil des Beschwerde-

führers verwertbar gewesen wären, wenn Letzterer bei der Gegenüberstellung tatsächlich keine Kenntnis von den früheren Aussagen der beiden Mitangeschuldigten gehabt hätte: In einem Entscheid aus dem Jahr 1989 hielt das Kassationsgericht fest, dass Aussagen von Mitbeschuldigten zu Lasten eines Angeklagten verwertbar seien, wenn Letzterem anlässlich einer Gegenüberstellung - in Anwesenheit seines Verteidigers - Gelegenheit gegeben werde, den Mitangeschuldigten Ergänzungsfragen zu stellen. Die Verwertbarkeit setze zudem voraus, dass der Angeschuldigte anlässlich dieser Konfrontation auf allfällige Widersprüche zu früheren Aussagen der Mitangeschuldigten hinweisen könne, was nur dann der Fall sei, wenn ihm die früheren Aussagen auch tatsächlich bekannt seien. Es genüge nicht, wenn der Angeschuldigte lediglich um die Existenz früherer Einvernahmen wisse - vielmehr seien ihm die entsprechenden Protokolle vollständig mitzuteilen. Die Wiederholung einzelner Aussagen durch den Bezirksanwalt vermöge diese Mitteilungspflicht ebensowenig zu ersetzen wie eine allfällige Kenntnis des Verteidigers des Angeklagten (ZR 89 Nr. 39). Diese Rechtsprechung wurde später präzisiert: In ZR 95 Nr. 10 führte das Kassationsgericht aus, im Interesse einer sinnvollen und effektiven Ausübung des Rechts auf Stellung von Ergänzungsfragen zwecks Eruierung von Widersprüchen zu früheren Aussagen sei dem Angeschuldigten bzw. dessen Verteidiger (lediglich) *hinreichende Gelegenheit* für die Vorbereitung entsprechender Ergänzungsfragen zu gewähren. Es bestehe keine generelle Pflicht der Untersuchungsbehörden, unaufgefordert sämtliche Untersuchungsakten vorzulegen; vielmehr würden den Angeschuldigten bzw. dessen Verteidiger im Zusammenhang mit der Wahrung der Verteidigungsrechte gewisse Obliegenheiten treffen, womit es Sache des Angeschuldigten bzw. seines Verteidigers sei, entsprechende (Akteneinsichts-)Anträge zu stellen. Nur wenn unmittelbar vor der Konfrontationseinvernahme zusätzliche Akten erhoben oder beigezogen würden, sei es mit Blick auf den Grundsatz von Treu und Glauben bzw. den Anspruch auf rechtliches Gehör geboten, ausdrücklich auf die Existenz dieser Akten hinzuweisen und zur Akteneinsicht einzuladen. Gemäss dem zitierten Entscheid ist es der Verteidigung zudem unbenommen, im späteren Verlauf der Untersuchung oder vor den sachrichterlichen Instanzen weitere (Beweis-)Anträge zu stellen. Damit könnte noch im Rahmen des Berufungsverfahrens auf nachträglich entdeckte Widersprüche hingewiesen und - zwecks Klärung derselben - eine er-

neute Befragung der Mitangeschuldigten beantragt werden. Wird dieses Recht nicht ausgeübt, kann im Beschwerdeverfahren, welches keine Fortsetzung des vorinstanzlichen Verfahrens darstellt, nicht mit Erfolg gerügt werden, die Untersuchungsbehörden oder das Gericht hätten in diesem Zusammenhang Verteidigungsrechte verletzt (vgl. ZR 95 Nr. 10 S. 30/31 Erw. 3.d.cc).

Nachdem seitens des Beschwerdeführers nicht geltend gemacht wird und auch nicht ersichtlich ist, dass er jemals (vergeblich) um Einsicht in die früheren Aussagen der Mitangeschuldigten B. und C. ersucht hat, könnte im Lichte der oben erwähnten Rechtsprechung selbst dann nicht von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gesprochen werden, wenn der Beschwerdeführer anlässlich der Gegenüberstellung vom 22. April 2003 tatsächlich keine Kenntnis vom Inhalt der früheren Aussagen von B. und C. gehabt hätte.

3.1 Die Verteidigung wirft der Vorinstanz schliesslich vor, eine willkürliche Beweiswürdigung vorgenommen zu haben:

Die Vorinstanz sei der Auffassung, dass die Aussagen des Zeugen D. den Beschwerdeführer durchaus belasten würden. Es stehe jedoch fest - so die Verteidigung -, dass D. den Beschwerdeführer nicht identifizieren können. Zudem lasse sich den Aussagen D.'s beim besten Willen kein Hinweis auf eine Tatbeteiligung des Beschwerdeführers entnehmen; insbesondere lasse sich aus diesen nicht schliessen, dass das fragliche Telefonat mit C. etwas mit dem Drogengeschäft zu tun gehabt habe (KG act. 1 S. 6 Ziff. 3. lit. a).

Im Weiteren sei die Vorinstanz der Ansicht, der Beschwerdeführer werde auch durch die Aussagen der Polizisten T. und R. belastet, weil diese bestätigt hätten, dass sich B. anlässlich seiner Verhaftung als C. ausgegeben habe, und die Annahme, dies könne den Beschwerdeführer, welcher mit B. zusammen im Restaurant gesessen habe, nicht belasten, nichts anderes als lebensfremd sei. Die Vorinstanz lege jedoch nicht dar, inwiefern die Aussagen der Polizisten den Beschwerdeführer belasten würden. Der Umstand, dass sich B. als C. ausgegeben habe, möge zwar B. belasten, nicht aber den Beschwerdeführer, und alleine der Umstand, dass Letzterer mit B. im Restaurant gesessen sei, sei nichts Verdächtiges (KG act. 1 S. 6/7 Ziff. 3. lit. a).

Sodann halte die Vorinstanz fest, aufgrund der zeitlichen Abfolge der Telefongespräche könne kein anderer Bezug als derjenige zum von C. durchgeführten Drogenhandel gemacht werden. Es sei - so die Verteidigung - zwar erstellt, dass der Beschwerdeführer mit C. telefoniert habe, doch lasse sich ein Zusammenhang mit dem Drogendeal nicht eruieren, zumal weder B. noch C. noch die anderen Zeugen so etwas bestätigen könnten. Nachdem der Inhalt des Gespräches nicht bekannt sei, vermöge die registrierte Abfolge der Telefonanrufe weder eine strafbare Handlung zu beweisen, noch stelle sie ein genügendes Indiz hierfür dar (KG act. 1 S. 7/8 Ziff. 3. lit. b).

Es möge zwar zutreffen, dass die Aussagen des Beschwerdeführers nicht völlig widerspruchsfrei seien, so insbesondere in Bezug auf den Handy-Erwerb oder bezüglich der telefonischen Kontakte zu B. und C.. Angesichts des Umstandes, dass Letztere mit dem Beschwerdeführer verhaftet worden seien und ihnen vorgeworfen worden sei, dem Drogenhandel nachzugehen, könne dafür jedoch ein gewisses Verständnis aufgebracht werden. Die Vorinstanz gelange auf S. 15 zum Schluss, es bestünden keine erheblichen und unüberwindbaren Zweifel, dass der Beschwerdeführer am Drogenverkauf D./E. beteiligt gewesen sei, doch sei diese Schlussfolgerung insofern nicht nachvollziehbar, als das einzige, was letztlich gegen den Beschwerdeführer spreche, gewisse Ungereimtheiten in dessen Aussagen seien (KG act. 1 S 8 Ziff. 3 lit. c).

3.2 Es wurde bereits dargelegt, dass sich der Beschwerdeführer im Rahmen eines Nichtigkeitsverfahrens mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen muss (vgl. Ziff. II.1.2.a vorstehend). Auf die Rüge der willkürlichen Sachverhaltsermittlung ist folglich nur dann einzutreten, wenn der Beschwerdeführer auf alle relevanten Stellen Bezug nimmt. Werden die Erwägungen der Erstinstanz in Anwendung von § 161 GVG zum "Bestandteil" des vorinstanzlichen Entscheides und macht die Vorinstanz hernach lediglich ergänzende Ausführungen, genügt es nach dem Gesagten nicht, wenn sich der Beschwerdeführer einzig mit den Ergänzungen auseinandersetzt. Genauso verhält es sich im vorliegenden Fall: Die Verteidigung nimmt auf die (relativ umfangreichen) Ausführungen der Erstinstanz, auf welche die Vorinstanz verwiesen hat (KG act. 2 S. 12 Ziff. 2., mit

Verweis auf BG act. 51 S. 3 ff.), keinerlei Bezug, so dass auf diese Rüge nicht einzutreten ist.

### III.

Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, womit die Kosten des Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen sind (§ 396a StPO).

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 263.-- Schreibgebühren,  
Fr. 171.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die 1. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich, das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie die Bundesanwaltschaft, 3003 Bern, je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: