



---

Kass.-Nr. AC040076/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterinnen Sylvia Frei, Yvona Griesser und der Kassationsrichter Paul Baumgartner sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

## **Zirkulationsbeschluss vom 3. November 2004**

in Sachen

Vicenta J.,

...,

...,

Angeklagte, Appellantin und Beschwerdeführerin  
amtlich verteidigt durch Fürsprecher ...

gegen

**Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich,**

8001 Zürich,

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin

betreffend

**vollendete Anstiftung zur qualifizierten Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. April 2004 (SB040056/U/hp)**

**Das Gericht hat in Erwägung gezogen:**

**I.**

1. Die Anklage wirft Vicenta J. zusammengefasst vor, ca. am 18. Februar 2003 in Higüey in der Dominikanischen Republik in einem persönlichen Gespräch X.Y. angestiftet zu haben, für sie am folgenden Tag einen Koffer mit ca. drei Kilogramm Kokain von Punta Cana (Dominikanische Republik) gegen ein Entgelt von Fr. 10'000.-- zum Flughafen Zürich zu transportieren und dort einem unbekanntem Abnehmer zu übergeben. Am 19. Februar 2003 habe die Angeklagte zusammen mit zwei unbekanntem Männern X.Y. zum Flughafen von Punta Cana gebracht, wobei sie unterwegs in einem Motel X.Y. das Flugticket ausgehändigt, seine Frisur und Kleidung für den Transport hergerichtet und den von Unbekanntem mit Kokain präparierten Koffer ihm übergeben habe. X.Y. habe in der Folge den Kokain-Transport wie mit der Angeklagten vereinbart ausgeführt, indem er via Paris in die Schweiz gekommen sei, wo er am 20. Februar 2003 auf dem Flughafen Zürich angekommen sei und in seinem Koffer 2'953,6 Gramm Kokain (Reinheitsgehalt ca. 80 %, ca. 2'365 reines Kokain) eingeführt habe (BG act. 28).

Das Bezirksgericht Bülach sprach die Angeklagte mit Urteil vom 11. November 2003 schuldig der vollendeten Anstiftung zur qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und bestrafte sie mit 3 1/4 Jahren Zuchthaus unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft (BG act. 42 = OG act. 45). Die Angeklagte erhob gegen dieses Urteil Berufung (BG Prot. S. 42).

Mit Urteil vom 13. April 2004 bestätigte das Obergericht (II. Strafkammer) das erstinstanzliche Urteil sowohl im Schuldpunkt wie im Strafpunkt (OG act. 52 = KG act. 2).

2. Mit ihrer kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Angeklagte, es sei das genannte obergerichtliche Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (KG act. 1).

Die Staatsanwaltschaft und das Obergericht verzichten auf eine Beschwerdeantwort bzw. Vernehmlassung (KG act. 9 und 10).

## II.

1. Das Obergericht hält fest, die Anklage basiere zur Hauptsache auf den Aussagen, welche X.Y. im Rahmen seiner Einvernahmen in der Untersuchung gemacht habe. Anlässlich seiner Befragung als Zeuge in der bezirksgerichtlichen Hauptverhandlung habe er seine früheren Aussagen in einem zentralen Punkt widerrufen, indem er dort ausgeführt habe, die Beschwerdeführerin sei nicht diejenige Person, die ihn in der Dominikanischen Republik gebeten habe, den fraglichen Drogentransport durchzuführen; diese sei eine andere unbekannte Frau gewesen, die etwas grösser als die Beschwerdeführerin gewesen sei. Wohl entlaste er damit die Beschwerdeführerin klar vom in der Untersuchung erhobenen Vorwurf, dass X.Y. durch diese zum fraglichen Drogenschmuggel angestiftet worden sei, doch gelte es festzuhalten, dass X.Y. damit nicht seine frühere Darstellung, was ihn zu dieser Tat veranlasst habe und was im Einzelnen vor Antritt der Flugreise von der Dominikanischen Republik in die Schweiz passiert sei, widerrufen bzw. korrigiert habe, sondern dass er einzig neue Aussagen über die Identität der Anstifterin gemacht habe (KG act. 2 S. 5 Erw. II/3.2.1a). Das Obergericht setzt sich in der Folge eingehend mit den Aussagen von X.Y. in der Untersuchung und vor Bezirksgericht auseinander (Urteil S. 6 - 8, Erw. II/3.2.1b) und kommt zum Schluss, die Aussagen X.Y.s anlässlich seiner Befragung als Zeuge durch das Bezirksgericht über die angebliche Nicht-Begegnung mit der Beschwerdeführerin in der Dominikanischen Republik seien als unglaubhaft einzustufen, und es könne deshalb nicht auf diese abgestellt werden (Urteil S. 8, Erw. II/3.2.1c).

Unter Erwägung II/3.2.2a befasst sich das Obergericht mit dem Hinweis der Verteidigung auf den Drogenkonsum X.Y.s, seine Kontakte zum Drogenmilieu und den Waffenfund in dessen Wohnung, womit die Verteidigung die Glaubwürdigkeit X.Y.s in Frage stelle. Es hält dafür, das Bezirksgericht habe zu Recht festgehal-

ten, dass diese Umstände nicht per se die Unglaubwürdigkeit Y.s bewirkten und dass auch eine Person mit einem solchen persönlichen Hintergrund glaubhaft sich zu einer Sache äussern könne. Sodann müsse offen bleiben, ob X.Y. wirklich drogensüchtig sei, habe er dies doch immer verneint. Insbesondere sei zu beachten, dass X.Y. nach seiner Inhaftierung, mithin im Zeitpunkt seiner Einvernahmen nie unter Entzugserscheinungen gelitten habe, was sich allenfalls auf den Wahrheitsgehalt seiner Aussagen hätte negativ auswirken können. Auch wenn dem Verteidiger beizupflichten sei, dass sowohl für die Heirat in der Dominikanischen Republik als auch für den Drogentransport finanzielle Motive ausschlaggebend gewesen seien, so könne dies die allgemeine Glaubwürdigkeit X.Y.s nicht entscheidend in Frage stellen, zumal nicht zu erkennen sei, dass seine belastenden Aussagen gegen die Beschwerdeführerin für ihn einen finanziellen Vorteil gehabt hätten (Urteil S. 8).

Sodann setzt sich das Obergericht ausführlich mit dem Argument der Verteidigung auseinander, die Glaubhaftigkeit der Aussagen von X.Y. sei zu bezweifeln, da diese zahlreiche Widersprüche aufwiesen, die als Lügensignale zu interpretieren seien (Urteil S. 8 - 14, Erw. II/3.2.2b). Das Obergericht kommt zum Schluss, dass keine Gründe bestünden, die an der Glaubhaftigkeit der Aussagen X.Y.s (in der Untersuchung) ernstlich zweifeln liessen. Das Bezirksgericht habe deshalb in seinen Erwägungen zum Nachweis des Anklagesachverhalts zu Recht darauf abgestellt (Urteil S. 14, Erw. II/3.2.2c).

Die Beschwerdeführerin erhebt keine Rügen im Zusammenhang mit den Erwägungen des Obergerichts, in welchen sich dieses mit den einzelnen Aussagen X.Y.s und mit den von der Verteidigung angeführten und als Lügensignale gedeuteten Widersprüchen auseinandersetzt. Die Rügen der Beschwerdeführerin betreffen die Frage der allgemeinen Glaubwürdigkeit von X.Y. vor dem Hintergrund seines Drogenkonsums.

2. Die Beschwerdeführerin rügt, die Auffassung des Obergerichts, wonach offen bleiben müsse, ob X.Y. wirklich drogensüchtig sei, sei mit dem Wahrheits- und Untersuchungsgrundsatz nicht vereinbar, wenn Y. das einzige Beweismittel sei, das den Schuldspruch begründe, und die Beschwerdeführerin substantiiert

geltend mache, dieser sei drogensüchtig. Gemäss § 31 StPO soll der Untersuchungsbeamte den belastenden und den entlastenden Tatsachen mit gleicher Sorgfalt nachforschen. Dieser Grundsatz gelte für die Untersuchungs- und Anklagebehörde sowie für die Gerichte, und zwar auch für die Berufungsinstanz. Sowohl das Untersuchungs- als auch das gerichtliche Verfahren seien der Suche nach der materiellen Wahrheit verpflichtet. Wenn die Beschwerdeführerin einzig und allein von X.Y. der Handlungen bezichtigt werde, die Gegenstand der Anklageschrift bildeten, so sei es wesentlich und erheblich, ob X.Y. im Zeitpunkt seiner angeblichen Wahrnehmungen und im Zeitpunkt seiner Sachverhaltsschilderungen drogensüchtig gewesen sei oder nicht. Wichtig sei dabei insbesondere auch die Beantwortung der Frage, ob er im Zeitpunkt seiner angeblichen Wahrnehmungen unter dem Einfluss von Drogen gestanden sei und gegebenenfalls von welchen.

Auf ein Zeugnis, so die Beschwerdeführerin weiter, könne nur abgestellt werden, wenn feststehe, dass der Zeuge zur wahrheitsgemässen Darstellung sowohl willens als auch fähig gewesen sei. Gerade die Aussagen von Belastungszeugen seien mit Vorsicht zu würdigen. Wichtig für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit sei dessen geistige und körperliche Verfassung. Dabei seien auch pathologische Zustände, Frische und Ermüdung, emotionale Affekte oder psychische Einstellungen zu beachten. Nach der Praxis des Bundesgerichts gälten Zeugen mit geistigen Störungen insoweit als zeugentüchtig, als ihre Wahrnehmungsfähigkeit dadurch nicht beeinträchtigt werde. Bei Drogensucht könne es nicht allein darauf ankommen, ob die fragliche „Auskunftsperson“ im Zeitpunkt der Einvernahme unter Drogeneinfluss stehe bzw. an Entzugserscheinungen leide. Vielmehr komme es auf den gesamten körperlichen und psychischen Zustand der „Auskunftsperson“ im Zeitraum zwischen dem relevanten Ereignis und der Einvernahme an. Im vorliegenden Fall bestünden starke Indizien, die für eine Kokainabhängigkeit X.Y.s sprächen, so täglicher Kokainkonsum seit 2 - 3 Jahren. Es könne als gerichtsnorisch vorausgesetzt werden, dass regelmässiger Kokainkonsum zum irreversiblen Abbau gewisser Hirnfunktionen führe. Weiter rauche X.Y. nach eigenen Angaben täglich Cannabis, und zwar 2 - 3 Joints oder Pfeifen, dies seit 22 Jahren. Dies bedeute, dass er mehr oder weniger ständig in einem Cannabisrausch sei. Unter diesen Umständen könne auf die Aussagen X.Y.s über Ereignis-

nisse, die er mit einer hohen Wahrscheinlichkeit in einem Rauschzustand erlebt habe, nur abgestellt werden, wenn ein Gutachten zur Frage des psycho-physischen Zustandes X.Y.s im relevanten Zeitraum eingeholt werde, mit dem die Wahrnehmungs-, Erinnerungs- und Wiedergabefähigkeit abgeklärt werde.

Es sei nicht nachvollziehbar und mit dem Wahrheitsgrundsatz nicht zu vereinbaren, wenn das Obergericht dem Umstand, dass Y. seine Drogensucht verneine, irgendeine Bedeutung zu Gunsten seines Realitätssinns verleihe. Wenn einer, der seit Jahrzehnten täglich Cannabis bzw. seit Jahren täglich Kokain konsumiere, meine, er sei nicht abhängig von diesen Substanzen, so sei allein schon dies ein Beweis, dass ihm jeder Realitätssinn abhanden gekommen sei. Dies hätte das Obergericht hellhörig machen und zu weiteren Abklärungen veranlassen müssen (KG act. 1 S. 6 - 8, Ziff. 5).

Im gleichen Zusammenhang und mit gleicher Begründung rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Unschuldsvermutung. Ohne Erstellung eines Gutachtens, das sich positiv über die Wahrnehmungs-, Erinnerungs- und Wiedergabefähigkeit der „Auskunftsperson“ äussere, blieben bei objektiver Betrachtung erhebliche bzw. unüberwindliche Zweifel am Tat- und Schuldbeweis zurück (KG act. 1 S. 8 Ziff. 6).

Ebenfalls mit im wesentlichen gleicher Begründung rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Willkürverbots. Sie fügt hinzu, der Schuldspruch des Obergerichts gestützt auf die ursprünglichen Aussagen X.Y.s sei auch deshalb willkürlich, weil das Obergericht gleichzeitig die Zeugenaussage Y.s vor Bezirksgericht Bülach über die Nichtbegegnung mit der Beschwerdeführerin in der Dominikanischen Republik als unglaublich einstufte, ohne jedoch eine Anzeige wegen falschen Zeugnisses zu erstatten, obwohl es dazu gemäss § 21 Abs. 1 StPO verpflichtet wäre. Entweder gestehe man dem Zeugen zu, dass er subjektiv und ehrlich Zweifel daran habe, dass es die Beschwerdeführerin gewesen sei, die er in der Dominikanischen Republik getroffen habe. Oder man gehe vom Gegenteil aus, dass diese Zweifel nur vorgeschoben seien, der Zeuge also lüge. Dann müsste aber ein Strafverfahren wegen falschen Zeugnisses, evtl. Begünstigung gegen X.Y. eröffnet werden. Nach den Gesetzen der Logik scheidet eine dritte

Möglichkeit aus. Wenn X.Y. mit seinem Widerruf unbewusst die Unwahrheit gesagt hätte, so hätte er trotzdem subjektiv ehrlich ausgesagt. Es bliebe bei der ersten der beiden Varianten, wonach er ehrlich Zweifel gehabt habe. Über diese Zweifel könne sich ohne Willkür bzw. ohne Verletzung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ kein Gericht hinweg setzen. Genau dies aber habe das Obergericht getan (KG act. 1 S. 9 f. Ziff. 7).

3. Das Obergericht leitet aus dem Umstand, dass X.Y. seine Drogensucht verneint, nichts zu Gunsten seines Realitätssinns ab. Es lässt lediglich offen, ob X.Y. tatsächlich drogensüchtig sei (Urteil S. 8, Erw. II/3.2.2a).

Das Obergericht hat nicht verkannt, dass X.Y. Drogen konsumiert. Drogensucht, unter Drogen zu stehen oder unter Entzugserscheinungen zu leiden kann tatsächlich den Realitätssinn der betroffenen Person und den Wahrheitsgehalt ihrer Aussagen beeinträchtigen. Selbst wenn ein Zeuge im Moment der bezeugten Wahrnehmungen oder im Moment der Aussage einer derart bedingten Einschränkung unterliegen sollte, schliesst dies jedoch nicht aus, dass es sich glaubhaft zu einer Sache äussern kann. In dem Sinne würde eine gutachterlich festgestellte Drogensucht des Zeugen im fraglichen Zeitraum eine Würdigung von dessen Aussagen und letztlich ein Abstellen auf dieselben nicht ausschliessen. Das Obergericht konnte daher von der Einholung eines entsprechenden Gutachtens absehen. Die Aussagen X.Y.s sind jedoch in Bezug auf Lücken, Widersprüche, Plausibilität usw. mit besonderer Vorsicht zu würdigen. Das Obergericht nimmt im angefochtenen Urteil eine eingehende Würdigung dieser Aussagen vor und setzt sich auch mit den von der Verteidigung geltend gemachten Widersprüchen in diesen Aussagen vertieft auseinander. Es kommt daher der sich aus den konkreten Umständen ergebenden erhöhten Sorgfaltspflicht nach. Dass die konkrete Würdigung der einzelnen Aussagen X.Y.s mit einem Nichtigkeitsgrund (Willkür, Aktenwidrigkeit usw.) behaftet sei, zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf.

Das Obergericht hält im angefochtenen Urteil fest, es sei Sache der Anklagebehörde zu prüfen, ob unter den gegebenen Umständen gegen X.Y. eine Untersuchung wegen falschen Zeugnisses einzuleiten sei (Urteil S. 8). Ein Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin daran, dass das Obergericht im Sinne

von § 21 StPO von Amtes wegen eine Strafanzeige gegen X.Y. erstattet, besteht nicht. Immerhin steht es der Beschwerdeführerin frei, selbst eine solche Anzeige zu erstatten (§ 20 Abs. 1 StPO). Ob das Obergericht in diesem Zusammenhang richtig handelte, ist somit nicht im Kassationsverfahren zu prüfen. Ein Widerspruch zwischen dem in Abrede stellen des Wahrheitsgehalts der Zeugenaussage X.Y.s vor Bezirksgericht und dem Unterlassen einer ausdrücklichen Strafanzeige ist zudem nicht ersichtlich.

Zusammenfassend erweisen sich die Rügen als unbegründet. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist abzuweisen.

### III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 396a StPO).

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

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 1500.-- ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 204.-- Schreibgebühren,  
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auf-  
erlegt.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Bülach (II. Abteilung), je gegen Empfangsschein.

---

**KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Der juristische Sekretär: