



Kass.-Nr. AC040108/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Yvona Griesser und der Kassationsrichter Rudolf Ottomann sowie der Sekretär Christof Tschurr

Zirkulationsbeschluss vom 12. Juli 2005

in Sachen

X.

Angeklagter, Erstappellant und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt

gegen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

Anklägerin, Zweitappellantin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch den Leitenden Staatsanwalt Dr.iur. Ulrich Weder, Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, Molkenstr. 15/17, Postfach 1233, 8026 Zürich

betreffend

**mehrfache Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.
und Widerruf**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Juni 2004 (SB030079/U/gk)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Der Beschwerdeführer wurde mit Anklageschrift der Bezirksanwaltschaft V für den Kanton Zürich vom 17. Oktober 2002 unter anderem angeklagt, am 12. Januar 2000 zusammen mit A.B. aus einem Versteck in einem PW eine - zuvor von C.D. (zusammen mit A.B.) mit diesem PW aus Madrid eingeführte - unbestimmte Anzahl Päcklein, welche Betäubungsmittel enthielten, heraus- und in seine Wohnung mitgenommen zu haben (angefochtenes Urteil KG act. 2 Anklage angeheftet S. 2 f. Ziff. 1.2). Das Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, erachtete in einem vom Beschwerdeführer angestrebten Berufungsverfahren diesen Sachverhalt wie bereits das Bezirksgericht Zürich (erstinstanzliches Urteil vom 21. Januar 2003 OG act. 39 S. 21 lit. f) als rechtsgenügend bewiesen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 29 Ziff. 7). Deswegen und wegen weiterer Sachverhalte (die in diesem Kassationsverfahren nicht zur Beurteilung stehen) sprach das Obergericht den Beschwerdeführer mit Urteil vom 15. Juni 2004 schuldig unter anderem der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG) in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG und bestrafte ihn mit 22 Monaten Gefängnis (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 45).

2. Dagegen meldete der Beschwerdeführer rechtzeitig kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an (OG act. 63 = KG act. 13 i.V. mit OG act. 58). Der für das Beschwerdeverfahren neu bestellte amtliche Verteidiger (vgl. KG act. 6) stellt mit innert der angesetzten Frist eingereichter Beschwerdebeurteilung (Beschwerde KG act. 8 i.V. mit OG act. 65) den Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben, und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Beschwerde KG act. 8 S. 2). Vorinstanz und Beschwerdegegnerin verzichteten auf Vernehmlassung bzw. Beschwerdeantwort (KG act. 11 und 12).

II.

1. Der Beschwerdeführer macht vorab geltend, die entscheidende Frage im Sachverhalt gemäss Anklagepunkt 1.2 sei diejenige, was sich in den Briefumschlägen (bzw. Päcklein) befunden habe, die der Beschwerdeführer zusammen mit A.B. am 12. Januar 2000 entgegengenommen habe. Die Vorinstanz habe es als erstellt erachtet, dass dies Kokain gewesen sei. Dies sei willkürlich (Beschwerde KG act. 8 S. 2). Die Vorinstanz stütze dabei den Schuldspruch gewichtig auf die Aussagen von A.B. (Beschwerde KG act. 8 S. 6 Ziff. 1.3.). Diese Aussagen seien aber durch im Sinne von § 153 Abs. 1 StPO unzulässige Suggestivfragen zustande gekommen (Beschwerde KG act. 8 S. 5 f. Ziff. 1.2.). Dies habe die Vorinstanz bei ihrer Würdigung ausser Acht gelassen. Wenn A.B. von polizeilicher Seite nachhaltig suggeriert worden sei, dass sich in den versteckten Couverts Drogen befunden hätten, könne gestützt auf deren Vermutung nicht dem Beschwerdeführer angelastet werden, er müsse diesbezüglich mindestens eventualvorsätzlich gehandelt haben. Der Schuldspruch in diesem Punkt sei somit in Verletzung von § 153 StPO erfolgt. Zumindest begründe sich dadurch jedoch ein erheblicher Zweifel, der einen Schuldspruch in diesem Punkt nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ausschliesse (Beschwerde KG act. 8 S. 7 oben).

a) Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers schloss die Vorinstanz nicht aufgrund der Aussagen bzw. Vermutungen von A.B. auf einen Eventualvorsatz des Beschwerdeführers. Vielmehr erwog die Vorinstanz, es ergebe sich aus den aufgezeichneten Telefongesprächen - insbesondere aus dem Umstand, dass dabei "codiert" gesprochen worden sei -, dass der Beschwerdeführer gewusst oder es zumindest in Kauf genommen habe, dass es sich beim Inhalt der Pakete um Drogen gehandelt habe (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 27 lit. b). Die Aussagen von A.B. waren für die Vorinstanz bei der Prüfung des Vorsatzes des Beschwerdeführers ohne wesentliche Bedeutung. Insoweit geht die Rüge des Beschwerdeführers am angefochtenen Entscheid vorbei.

b) Die Vorinstanz erwähnte die Aussagen von A.B. hauptsächlich im Zusammenhang mit der Prüfung der Frage, ob sich in den Paketen Betäubungsmitt-

tel befunden hatten (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 16 - 27 vor lit. b). Der Beschwerdeführer beanstandet die bejahende vorinstanzliche Schlussfolgerung als willkürlich (Beschwerde KG act. 8 S. 2, S. 6 - 9).

aa) 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, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Auflage, Zürich 1986, 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 Ange-

klagen nachzuweisen. Da der Grundsatz unter beiden in Frage kommenden Aspekten verfassungsrechtlichen Rang hat, kann seine Verletzung vor Bundesgericht allein mit staatsrechtlicher Beschwerde (und nicht mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde) geltend gemacht werden (vgl. schon BGE 102 Ia 203, 101 Ia 67 ff.; zum Ganzen M. Forster, ZStrR 1997, S. 61 ff.), womit in beiden Fällen auf kantonaler Ebene die Nichtigkeitsbeschwerde zulässig ist. Hinsichtlich der Kognition des Kassationsgerichts ist von Bedeutung, dass die Beachtung der Beweislastregel vom Bundesgericht im Rahmen einer staatsrechtlichen Beschwerde frei geprüft wird (BGE 120 Ia 38, 127 I 38 E. 2a), womit ihr insoweit eine über das Willkürverbot hinausgehende Tragweite zukommt; dem Kassationsgericht kommt daher als vorgeschalteter Instanz sinnvollerweise ebenfalls freie Kognition zu, soweit die Verletzung der Beweislastregel gerügt wird. Bei der Frage, ob die Beweiswürdigungsregel von der Vorinstanz verletzt worden ist, kommt hingegen dem Kassationsgericht nach wie vor nur eine auf Willkür begrenzte Überprüfungsbefugnis zu (eingehend ZR 102 Nr. 12; vgl. auch BGE 127 I 38 E. 2c und 3a).

bb) Der Beschwerdeführer macht auch im Zusammenhang mit der Rüge betreffend den unter Ziff. 1.2. der Anklage eingeklagten Sachverhalt eine Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" geltend (Beschwerde KG act. 8 S. 2 Ziff. 1, S. 8 f. Ziff. 1.5. und 1.6.). Diesbezüglich bezieht er sich indes ausschliesslich auf die Bedeutung des Grundsatzes als Beweiswürdigungsregel. Diese Rüge der Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" erschöpft sich in derjenigen der willkürlichen Beweiswürdigung (Beschwerde KG act. 8 S. 2 - 9). Sie ist ausschliesslich unter diesem Aspekt zu prüfen.

cc) Die Vorinstanz erwog, es könne als rechtsgenügend bewiesen gelten, dass es sich beim Inhalt der fraglichen, im PW versteckten Pakete um Betäubungsmittel und nicht - wie von C.D. und dem Beschwerdeführer behauptet - um Geld gehandelt haben müsse. So habe A.B. zur Rückreise von Madrid ausgesagt, C.D. sei dabei äusserst angespannt gewesen. Seine grosse Nervosität habe dazu geführt, dass sie ihn vor der Schweizer Grenze aus dem Auto habe steigen lassen. Weiter habe sie erklärt, sie habe ihn beim Grenzübertritt nicht dabei haben

wollen. Sie habe vermutet, damals Drogen eingeführt zu haben. Später habe sie weiter erklärt, dass es sich wahrscheinlich um Kokain gehandelt habe, da dieser Stoff über Spanien eingeführt werde. In einer früheren Einvernahme habe sie erklärt gehabt, es sei nach der Reise nach Madrid über Kokain gesprochen worden. Deshalb nehme sie an, dass diese Drogen im Auto versteckt gewesen seien. Weiter habe A.B. bestätigt, sie sei seit dem 14. August 1999 sicher gewesen, dass ihr Freund (C.D.; angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 26 mit Verweisung auf BG act. HD 4.20 S. 2) im Drogengeschäft tätig war (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 26). Auch die Aussagen von C.D. zur Rückreise (von Madrid) drängten den Schluss auf, dass sich Drogen und nicht Geld im Versteck des Fahrzeuges befunden hätten. Nur bei einem Drogentransport liessen sich nämlich seine steigende Nervosität, seine Instruktionen an A.B. und seine gehäuften Anrufe während der Fahrt, ob sie in den Rückspiegel geschaut habe, erklären. Es erweise sich auch nicht als glaubhaft, dass er das angebliche Geld mitten in der Nacht dem Beschwerdeführer zum Aufbewahren habe bringen wollen. Auch seine Erklärung, das Geld sei mit Klebestreifen zusammengebunden gewesen, damit es nicht auseinanderfalle, erweise sich nicht als glaubhaft. Vielmehr spreche auch die von A.B. beschriebene Verpackung - dünne Pakete mit einer Länge von 20 cm, weich anzufassen, nicht so schwer und zugeklebt - klar dafür, dass es sich um Drogen gehandelt habe (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 27).

dd) Zusammengefasst beruht der Schluss der Vorinstanz, dass sich in den fraglichen Paketen Betäubungsmittel befunden hätten, insbesondere auf folgenden Indizien:

- Aussagen von A.B. über den Zustand von C.D. auf der Rückreise von Madrid (äusserst angespannt, sehr nervös)
- Aussagen von A.B., nach der Reise nach Madrid angenommen zu haben, es habe sich um Kokain gehandelt
- Instruktionen und gehäuften Anrufe von C.D. an A.B. während der Fahrt von Madrid

- Zeitpunkt (mitten in der Nacht) der Uebergabe an den Beschwerdeführer zur Aufbewahrung
- ungläubhafte Erklärung von C.D. zur Verpackung des angeblichen Geldes
- Verpackung

ee) Der von der Vorinstanz aus diesen Indizien gezogene Schluss, dass sich in den Paketen Betäubungsmittel (und nicht Geld) befunden hatte, ist keinesfalls offensichtlich abwegig und schlechthin unverständlich, sondern im Gegenteil nachvollziehbar. Dabei ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz auch dann - willkürfrei - zu diesem Schluss gelangt wäre, wenn sie die Aussagen von A.B. betreffend ihre Vermutungen von Kokain nicht berücksichtigt hätte. Liessen sich gemäss Vorinstanz die steigende Nervosität von C.D., seine Instruktionen an A.B. und seine gehäuften Anrufe während der Fahrt, ob sie in den Rückspiegel geschaut habe, nur bei einem Drogentransport erklären, gelangte die Vorinstanz schon allein deshalb zu diesem Schluss. Die Einwendungen des Beschwerdeführers zum Zustandekommen der Aussagen von A.B. beziehen sich aber nicht auf die Nervosität von C.D., seine Instruktionen an A.B. und seine gehäuften Anrufe während der Fahrt von Madrid nach Zürich. Diese für die vorinstanzliche Schlussfolgerung entscheidenden Umstände werden vom Beschwerdeführer nicht beanstandet. Seine Rügen betreffend das Zustandekommen der Aussagen von A.B. (Verletzung von § 153 StPO) beziehen sich demgegenüber ausschliesslich auf deren Vermutungen, dass es sich beim Inhalt der fraglichen Päcklein um Kokain bzw. bei der Einfuhr in die Schweiz um eine Drogeneinfuhr gehandelt habe (Beschwerde KG act. 8 S. 3 - 6, S. 9 oben). Diese Vermutungen von A.B. waren aber für die Vorinstanz nicht entscheidend. Die Rügen vermöchten deshalb am vorinstanzlichen Schluss nichts zu ändern, auch wenn sie begründet wären (vgl. aber nachfolgend lit. ii).

ff) Im Zusammenhang mit den Rügen zu den Aussagen von A.B. macht der Beschwerdeführer geltend, mit Drogen gefüllte Päckchen könnten nicht gefaltet werden, wie A.B. zu Protokoll gegeben habe. Zudem lasse sich klar fühlen, ob sich in einem Couvert ein Pulver oder etwas Papierenes wie Geld befinde (Be-

schwerde KG act. 8 S. 6). Diese Behauptungen des Beschwerdeführers treffen nicht zu, vermögen zumindest die (implizite) gegenteilige vorinstanzliche Annahme nicht zu widerlegen. Es lässt sich nicht immer klar fühlen - insbesondere nicht bei Paketen, die mit Klebestreifen zusammengebunden sind (vgl. angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 27 mit Verweisung auf BG act. HD 3.34 S. 2), und insbesondere auch nicht, wenn man das gar nicht erfüllen möchte -, ob es sich beim Inhalt eines dünnen Paketes (so A.B. in BG act. HD 4.10 S. 5) um ein Pulver oder etwas Papierenes handelt. Gemäss A.B. sahen die Päcklein aus wie ein gefaltetes Couvert, jedenfalls weich zum Anfassen und auch nicht so schwer (BG act. HD 4.10 S. 6). Weshalb ein solches Paket nicht gefaltet werden können sollte, wenn es Drogen enthält, ist nicht ersichtlich. Die Beschreibung von A.B. kann durchaus sowohl auf ein Päckchen zutreffen, das Geld enthält, als auch auf ein solches, das Drogen enthält, und widerlegt eine entsprechende Annahme nicht.

gg) Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers (Beschwerde KG act. 8 S. 7) führte die Vorinstanz die überwachten Telefongespräche zwischen C.D. und dem Beschwerdeführer nicht bei der Prüfung an, ob es sich beim Inhalt der vom Beschwerdeführer entgegen genommenen Päckchen um Kokain gehandelt habe, sondern ausschliesslich bei der Prüfung des Wissens des Beschwerdeführers (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 27 f. lit. b und c). Eine Willkür der vorinstanzlichen Schlussfolgerung, dass die Pakete Drogen enthalten haben, vermag der Beschwerdeführer mit dieser an den diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen vorbeigehenden Rüge von vornherein nicht darzutun.

hh) Der Beschwerdeführer macht geltend, (auch) die Nervosität von C.D. könne durchaus auch mit einem Geldtransfer in Zusammenhang stehen. Selbst wenn Geld in die Schweiz eingeführt werden dürfe, habe ein illegaler Bezug im Zusammenhang mit dem Erwerb, der Herkunft oder der geplanten Verwendung des Geldes vorliegen können, welche die Nervosität von C.D. sowie dessen Vorsichtsmassnahmen begründet hätten. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang sei, dass A.B. ausdrücklich zu Protokoll gegeben habe, von C.D. angehalten worden zu sein, einen Briefumschlag mit Geldnoten zu verstecken (Beschwerde KG act. 8 S. 8 mit Verweisung auf BG act. HD 4.11 S. 6 - 8, HD 4.31 S. 7 f.).

aaa) Das Geld in einem Couvert, welches C.D. A.B. verschwinden zu lassen bzw. zu verstecken gebeten hatte, stand offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Madrid-Reise, sondern betraf einen anderen Sachverhalt und eine andere Zeit (vgl. die Aussagen von A.B. dazu in BG act. HD 4.11 S. 6 f. und act. HD 4.31 S. 7 f.). Der vom Beschwerdeführer in der Beschwerde konstruierte Zusammenhang mit der Madrider Reise verfängt nicht. Der Umstand, dass A.B. in ganz anderem Zusammenhang einmal von C.D. gebeten worden war, Geld in einem Couvert zu verstecken, vermag die vorinstanzliche Würdigung bezüglich des Inhalts der aus Madrid mitgebrachten Pakete nicht in Frage zu stellen.

bbb) Die Darstellung in der Beschwerde, Grund für die Nervosität von C.D. auf der Rückreise von Madrid habe ein illegaler Bezug im Zusammenhang mit dem Erwerb, der Herkunft oder der geplanten Verwendung von transportiertem Geld sein können, geht an den Behauptungen von C.D. vorbei. Dieser hatte erklärt, einen Teil des Geldes von ca. DM 80'000.-- bis 90'000.-- habe er aus der Schweiz mit nach Spanien und wieder zurück in die Schweiz genommen, zusammen mit dem Geld seiner Kollegen aus Y. (BG act. HD 2/29 S. 4). Er habe in Spanien eine Wohnung kaufen wollen (BG act. HD 2/29 S. 3). Er habe Geld gehabt aus Geldwechselgeschäften, die er mit seinen Kollegen gemacht habe, sein Onkel habe ihm im Januar 2000 Geld geschickt gehabt, er habe ein Lokal aufmachen wollen, und zudem sei das Geld auch aus dem "Zocken" gekommen (BG act. HD 2/29 S. 6; BG act. HD 3.33 S. 1 f.). Gemäss diesen Behauptungen von C.D. hätte also entgegen der Beschwerde kein illegaler Bezug im Zusammenhang mit dem Erwerb, der Herkunft oder der geplanten Verwendung des Geldes vorgelegen und somit kein Grund für eine spezielle Nervosität bestanden - abgesehen davon, dass, wenn diese Behauptungen von C.D. zuträfen und seine spezielle Nervosität auf der Rückreise von Madrid im Zusammenhang mit dem Geld gestanden hätte, diese Nervosität schon auf der Hinreise nach Madrid hätte vorhanden sein müssen, da C.D. gemäss seinen Aussagen ja das gleiche Geld hin- und zurück transportiert hatte.

ccc) Im Zusammenhang mit den Aussagen von A.B., dass C.D. *auf der Rückreise* von Madrid äusserst angespannt gewesen sei und seine grosse Ner-

vosität dazu geführt habe, dass sie ihn vor der Schweizer Grenze habe aus dem Auto steigen lassen und ihn beim Grenzübertritt nicht habe dabei haben wollen (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 26 mit Verweisungen insbes. auf BG act. HD 4.20 S. 3 f., act. HD 4.29 S. 5 f.), ist die vorinstanzliche Erwägung im Lichte der nächtlichen Uebergabe der Päcklein und im Rahmen der beschränkten Willkürprüfung haltbar, nur bei einem Drogentransport liessen sich die steigende Nervosität von C.D., seine Instruktionen an A.B. und seine gehäuften Anrufe während der Fahrt, ob sie in den Rückspiegel geschaut habe, erklären.

ii) Abgesehen davon, dass die Vorinstanz auch ohne Berücksichtigung der Aussagen von A.B. betreffend ihre Vermutungen von Kokain zum Schluss gelangt wäre, dass sich in den Paketen Betäubungsmittel (und nicht Geld) befunden hatte (vorstehend lit. ee), liegt auch bei der Würdigung dieser Aussagen kein Nichtigkeitsgrund vor. Der Beschwerdeführer macht geltend, A.B. sei von der Polizei durch eine suggestive Fragestellung in der Einvernahme vom 17. Januar 2001 (BG act. HD 4.11) darauf konditioniert worden, dass es bei der Reise nach Madrid um eine Drogeneinfuhr gegangen sein müsse (Beschwerde KG act. 8 S. 6). Dies habe die Vorinstanz ausser Acht gelassen. Der Schuldspruch in diesem Punkt sei somit in Verletzung von § 153 StPO erfolgt (Beschwerde KG act. 8 S. 7).

aaa) Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung führen Suggestivfragen grundsätzlich nicht zur Unverwertbarkeit der Einvernahme; ihre Tragweite ist vielmehr im Rahmen der freien Beweiswürdigung kritisch zu hinterfragen (Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, Rz 627; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel u.a. 2005, § 61 N 11; vgl. zur neueren Praxis auch RB 2000 Nrn. 115 und 119, Kass.-Nr. AC020098 vom 12.11.03 Erw. II.2.c, Kass.-Nr. AC030151 vom 10.5.04 Erw. II.2.d sowie Baumgartner/Fingerhuth, Das Verbot der suggestiven Befragung im zürcherischen Strafprozess, in FS 125 Jahre Kassationsgericht, Zürich 2000, S. 335 ff., 345).

bbb) A.B. sagte differenziert aus. Wahrnehmungen, die sie selber gemacht hatte, schilderte sie als solche - so beispielsweise über die Angespanntheit und Nervosität von C.D. auf der Rückreise nach Madrid usw. (vorstehend lit. cc), über die Beschaffenheit der Pakete bzw. die Verpackung am 12.1.2000 (vorstehend lit.

ff). Blosser Vermutungen bezeichnete sie ebenfalls als solche, so insbesondere darüber, was sich am 12. Januar 2000 in den Paketen befunden hatte (vgl. auch die vom Beschwerdeführer zitierten Aussagen von A.B.; Beschwerde KG act. 8 S. 2 - 5). Die Vorinstanz würdigte die Aussagen von A.B. entsprechend, nämlich als eigene Feststellungen oder als Vermutungen ihrerseits (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 26 f.). Eine willkürliche Beweismwürdigung liegt dabei nicht vor. Auch wenn die Befragungsweise der Polizei in der Einvernahme vom 17. Januar 2000 als unzulässig suggestiv zu werten wäre, wie der Beschwerdeführer geltend macht und nachzuweisen versucht (vgl. auch nachfolgend lit. fff), hätte sie zumindest insoweit nicht zum Erfolg geführt, als A.B. nicht suggerierte Beobachtungen als eigene Wahrnehmungen geschildert hätte und die Vorinstanzen auf solche als eigene Beobachtungen von A.B. abgestellt hätten.

ccc) A.B. äusserte nicht erst auf eine entsprechende Suggestierung in einer Befragung die Vermutung, beim Inhalt der fraglichen Pakete habe es sich um Kokain gehandelt. Vielmehr erklärte sie in der Einvernahme vom 23. Dezember 2000 ohne entsprechenden Vorhalt des Einvernehmenden auf die Frage, was dann im Auto versteckt gewesen sei, weil später über Kokain geredet worden sei, nehme sie an, dass dieses dort verpackt gewesen sei (BG act. HD 4.9 S. 8 Frage 51).

Der Beschwerdeführer macht dazu allerdings geltend, mangels einer näheren Substanziierung der Behauptung, dass später über Kokain geredet worden sei, sowie mangels einer Konfrontation dieser Behauptung mit ihm sei diese nicht zu seinen Lasten verwertbar (Beschwerde KG act. 8 S. 6 vor Ziff. 1.3).

ddd) Gemäss kassationsgerichtlicher Rechtsprechung steht der Verwertung des gesamten, auch des im polizeilichen Ermittlungsverfahren erhobenen belastenden Aussagematerials eines Zeugen oder Mitbeschuldigten nichts entgegen, sofern es im Anschluss an die polizeilichen - und damit in Abwesenheit des Angeeschuldigten und seines Verteidigers durchgeführten - Einvernahmen zu einer gesetzmässigen Vernehmung durch den Untersuchungsrichter oder Richter kommt, bei welcher dem Zeugen bzw. Mitangeschuldigten seine früheren Aussagen vorgehalten werden und bei welcher die Teilnahmerechte des Angeschuldigten sowie des Verteidigers gewährleistet sind (ZR 98 Nr. 11 Erw. 3.c; Kass.-Nr. 98/006

S vom 28. Februar 1998, Erw. II.3.2b/c). Dass jede einzelne belastende Aussage in einer früheren polizeilichen Einvernahme in der Konfrontationseinvernahme vorgehalten werden müsste, um verwertet werden zu können, kann aus dieser Rechtsprechung nicht abgeleitet werden (ebenso wenig wie das Gegenteil). Ob dies so ist, braucht auch im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden. In der Konfrontationseinvernahme mit A.B. vom 4. Juli 2001 bestätigte der Beschwerdeführer u.a., die polizeiliche Befragung von A.B. vom 23. Dezember 1999 (recte: 2000; BG act. HD 4.9) zur Durchsicht erhalten zu haben (BG act. HD 4.29 S. 1). Anlässlich dieser Konfrontationseinvernahme wurde A.B. (nach den Fragen, welchen Inhalt der Päcklein sie sich vorgestellt habe und ob man Geld im Auto verstecken müsse) vorgehalten, sie habe in der untersuchungsrichterlichen Einvernahme ausgesagt, sie vermute, dass es Kokain gewesen sei. A.B. antwortete, ja, das habe sie gesagt. Sie habe so viele Gespräche gehört. Sie habe auch davon geträumt, weil sie so viele Gespräche gehört habe (BG act. HD 4.29 S. 9). In dieser Konfrontationseinvernahme hatte der Beschwerdeführer Gelegenheit, Ergänzungsfragen an A.B. zu stellen, wobei sein Verteidiger diese Gelegenheit auch tatsächlich wahrnahm (BG act. HD 4.29 S. 10). Damit steht ausser Frage, dass die Aussage von A.B. in der polizeilichen Einvernahme vom 23. Dezember 2000, weil später über Kokain geredet worden sei, nehme sie an, dass dieses im Auto (mit welchem sie von Madrid über Deutschland in die Schweiz gefahren war) versteckt gewesen war (BG act. HD 4.9 S. 8 Frage 51), verwertbar ist.

eee) Der Feststellung, dass A.B. die Vermutung, dass Kokain im Auto versteckt gewesen war, äusserte, bevor sie vom befragenden Polizeibeamten in der Einvernahme vom 17. Januar 2001 in der vom Beschwerdeführer gerügten Weise suggestiv beeinflusst worden sein soll, steht nicht entgegen, dass die Aussage, dass später über Kokain geredet worden sei, nicht näher substantiiert worden war. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist, dass A.B. diese Vermutung vor der behaupteten Beeinflussung hegte.

fff) A.B. wurden in der Einvernahme vom 17. Januar 2001 aufgezeichnete Telefongespräche im Zusammenhang mit der Madrid-Reise vorgespielt. Eingeleitet wurde dies mit der Bemerkung, der Befragende werde ihr nunmehr eine An-

zahl Gespräche "bezüglich der Drogeneinfuhr" vorspielen (BG act. HD 4.11 S. 8 Vorhalt 64). Dieser Vorhalt war zwar als solcher kaum korrekt, unterstellte er doch als gegeben, was erst erfragt werden sollte (vgl. Baumgartner/Fingerhuth, a.a.O., S. 338 und S. 339 Ziff. 2.a, "Voraussetzungsfrage"). Einerseits hatte aber A.B. bereits vorgängig selbständig die Vermutung geäussert, dass Kokain im Auto versteckt gewesen war. Andererseits war offenbar der Befragende der Ueberzeugung, es habe sich um eine Drogeneinfuhr gehandelt. Schliesslich liess sich A.B. tatsächlich durch den Befragenden bzw. die Fragen nicht unzulässig beeinflussen, sondern stellte durchaus richtig bzw. präzisierte, wenn sie dies für richtig hielt. Bezeichnend dafür ist als Beispiel ihre Antwort auf den Vorhalt, weiter sei dem "E." bekannt, dass C. Drogen benötigt habe. A.B. stellte klar, dass das Wort Droge nicht erwähnt werde. Richtig sei jedoch, dass sinngemäss darüber geredet werde, dass C. auf etwas warte, was er dringend brauche (BG act. HD 4.11 S. 10 Vorhalt 81; vgl. etwa auch Vorhalte 89, 105, 108 und Antworten darauf; vgl. auch die vom Beschwerdeführer zitierten Aussagen von A.B. in der Beschwerde KG act. 8 S. 3 - 5). Auch liess sich A.B. nicht dazu verleiten, etwas als eigene Wahrnehmung zu bezeichnen, was sie lediglich vermutete oder folgerte, sondern blieb bei den deklarierten Unterscheidungen dessen, was sie selber wahrgenommen hatte und was sie - aus den vorgespielten Telefongesprächen, den damit zusammenhängenden polizeilichen Vorhalten und aus andern Umständen - lediglich schloss. Auch die Vorinstanz ging bei den Zitationen der Aussagen von A.B. davon aus (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 26 f.). Ihre diesbezügliche Beweiswürdigung ist unter der Willkürprüfung nicht zu beanstanden.

ggg) Auch die - nicht entscheidrelevanten - vorinstanzlichen Feststellungen zu den Aussagen von A.B. sind somit mit keinem Nichtigkeitsgrund behaftet.

kk) Auch mit den weiteren in Ziffer 1.5 der Beschwerde (KG act. 8 S. 8) genannten Umständen vermag der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Beweiswürdigung mit der Feststellung, dass sich in den Päckchen, welche der Beschwerdeführer am 12. Januar 2000 aus dem PW Nissan entnahm, Betäubungsmittel (und nicht Geld) befunden hatte, nicht als willkürlich nachzuweisen. Dass keine Drogen (aber auch kein anderer Inhalt der fraglichen Päcklein) sicherge-

stellt worden waren, widerlegt den Schluss, dass es sich um Drogen handelte, ebenso wenig wie die theoretische Möglichkeit, dass es sich um Geld gehandelt haben könnte. A.B. sprach nicht nur von Geld als möglichem Inhalt, sondern auch von Kokain (als Möglichkeit). Dies hätte sie offensichtlich nicht getan, wenn sich nach ihrem Gefühl beim Anfassen der Päcklein nur Geld hätte darin befunden haben können.

II) Der Beschwerdeführer wies bei der beanstandeten vorinstanzlichen Feststellung, dass der Sachverhalt gemäss Anklageziff. 1.2 rechtsgenügend bewiesen ist, keinen Nichtigkeitsgrund nach.

2. Ebenfalls als willkürlich und als Verstoß gegen den Grundsatz "in dubio pro reo" rügt der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Vermutung bei der Strafzumessung, dass der Beschwerdeführer zu einem wesentlichen Teil aus finanziellen Gründen gehandelt hatte (Beschwerde KG act. 8 S. 9; angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 39). Aus den Akten ergebe sich aber kein Hinweis, dass dem Beschwerdeführer im Zusammenhang mit den angeklagten Delikten ein finanzieller Vorteil erwachsen sei. Bezüglich des Anklagepunktes 1.5 sei von der Vorinstanz eingeräumt worden, dass dem Beschwerdeführer nicht widerlegt werden könne, dass er F.G. Heroin gegeben habe, um ihm zu helfen. Nicht ersichtlich sei, weshalb das Obergericht betreffend der anderen Straftaten dieses Motiv als widerlegt erachte. Nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" müsse davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer seine Straftaten aus Gefälligkeit und freundschaftlicher Loyalität begangen habe, ohne dabei finanzielle Interessen zu verfolgen (Beschwerde KG act. 8 S. 9 f.).

a) Vorab stellt sich die Frage der Anwendbarkeit des Grundsatzes "in dubio pro reo" auf die Strafzumessung. Zwar scheint die bejahende Antwort auf der Hand zu liegen. So bezeichnet Arzt den Grundsatz "in dubio pro reo" als im Kern von einer an Banalität grenzenden Selbstverständlichkeit (G. Arzt, In dubio pro reo vor Bundesgericht, ZBJV 1993 1 ff., S. 9 Fn 23) und geht in seiner Abhandlung Strafzumessung - Revolution in der Sackgasse (recht 1994, 141 ff., 234 ff.) ohne weiteres davon aus, dass Umstände der Strafzumessung der prozessrechtlichen Maxime in dubio pro reo unterliegen (S. 236 Rz 65). Die Frage wird aber in

Lehre und Rechtsprechung nicht explizit klar beantwortet (vgl. auch z.B. Schubarth, Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung, in Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 120, Basel 1978, S. 2, wonach über die Tragweite der Unschuldsvermutung - als deren Bestandteil der Grundsatz "in dubio pro reo" allgemein angesehen wird - keinerlei Klarheit besteht, so unbestritten ihre Anerkennung als allgemeiner Grundsatz auch ist). Aus der bundesgerichtlichen Herleitung des Grundsatzes aus Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV folgt sogar eher das Gegenteil:

aa) Nach BGE 120 Ia 31 ff. S. 35 folgt der Grundsatz "in dubio pro reo" aus Art. 6 Ziff. 2 EMRK, findet seine Grundlage aber auch in Art. 4 aBV (so auch BGE 124 IV 86 ff. S. 87 f.). Nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Grundsatz "in dubio pro reo" ein Aspekt der Unschuldsvermutung, die in Art. 32 Abs. 1 BV und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankert ist (Pra 2000 Nr. 165 S. 1006; BGE 127 I 38 ff. S. 40 Erw. 2.a). Die Unschuldsvermutung bezieht sich auf Schuld und Nicht-Schuld. Allein aus der Unschuldsvermutung folgt nicht, dass der Grundsatz "in dubio pro reo" auch auf die Strafzumessung anwendbar wäre. Nach der Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte findet Art. 6 Ziff. 2 EMRK denn auch nur auf den Nachweis der Schuld, nicht jedoch auch auf die Zumessung der Strafe Anwendung (vgl. Esther Tophinke, Das Grundrecht der Unschuldsvermutung, Bern 2000, S. 149 mit Verweisungen; Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskommission, Köln Berlin München, Vogler, N 397 und N 420 zu Art. 6, mit Verweisungen).

bb) Aus den Hinweisen in der Lehre, dass sich der Grundsatz "in dubio pro reo" (nur) auf die tatsächlichen Voraussetzungen der Schuld- und Straffrage sowie auf die prozessualen Voraussetzungen der Strafverfolgung bezieht (Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., N 14 zu § 53, S. 248; Schmid, a.a.O., Rz 300 i.V. mit Rz 278 f.), folgt nicht zwingend die Auffassung, dass dieser Grundsatz auch bei der Strafzumessung Anwendung zu finden hat, kann unter Schuld- und Straffrage doch auch die Beschränkung auf die Strafbarkeit als solche (wiederum unter dem Aspekt von Schuld / Nicht-Schuld) verstanden werden.

cc) In der deutschen Rechtsprechung scheint die Frage geklärt. Gemäss Jan Zopfs hatte der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung zur Geltung des in dubio pro reo-Satzes bei der Verjährung ausgeführt, dass der Satz ursprünglich im Recht des Schuldbeweises angewendet worden sei und auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts ihn zunächst darauf beschränkt wissen wollte, dass er dann aber "mit Selbstverständlichkeit" bei Zweifeln in Bezug auf Strafausschliessungs-, Strafaufhebungs- und Strafmilderungsgründe angewendet worden sei (Zopfs, Der Grundsatz "in dubio pro reo", Baden-Baden 1999, S. 263). Mittlerweile sei die Geltung des Grundsatzes "in dubio pro reo" auch bei der Strafzumessung anerkannt (Zopfs, a.a.O., S. 266).

dd) Der Grundsatz "in dubio pro reo" wurde als strafprozessualer Grundsatz lange vor der EMRK begründet (vgl. zur Entstehungsgeschichte Hochuli, In dubio pro reo, SJZ 50 1954 S. 249 ff., Jürg Müller, Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Strafprozess, Diss. Zürich 1992, S. 96, Hinweise bei Giusep Nay, Freie Beweiswürdigung und in dubio pro reo, in ZStrR 1996 S. 87). Bereits die gemeinrechtliche Wissenschaft habe gelehrt, dass Zweifel bei der Beweiswürdigung zugunsten des Angeklagten wirken sollten. Erstmals habe Christoph Carl Stübel 1811 eine Lösung mit der prägnanten Formel in dubio pro reo gegeben (Hochuli, a.a.O., S. 251, mit Verweisung). In einem französischen Strafrechtskommentar sei 1926 erwähnt worden, dass die Regel, wonach sich der Zweifel zugunsten des Angeklagten auswirkt, ihren Einfluss bei allen Phasen des Strafprozesses ausübe (Hochuli, a.a.O., S. 252, mit Verweisung). Die neuere deutsche Wissenschaft habe um 1879 den Begriff der materiellen Beweislast in die Lehre des Strafverfahrensrechts eingeführt, wobei sie offenbar an die Beweislasttheorien, die die zivilprozessrechtliche Wissenschaft längst entwickelt hatte, angeknüpft habe (Hochuli, a.a.O., S. 256).

ee) Gemäss Jürg Müller komme dem Grundsatz in dubio pro reo unstrittig gewohnheitsrechtliche Bedeutung zu, wenngleich der Grundsatz bis heute weder im deutschen noch im schweizerischen Recht ausdrücklich verankert sei. Im Kanton Zürich sei das Prinzip in § 138 Abs. 3 GVG zumindest andeutungsweise enthalten (Jürg Müller, a.a.O., S. 97). Der Grundsatz gelte uneingeschränkt für

sämtliche die Schuld- und Straffrage betreffenden tatsächlichen Feststellungen. Er sei als eine Art Entscheidungsregel zu charakterisieren, die inhaltlich als Ausfluss eines weit verbreiteten rechtsethischen Gerechtigkeitsbewusstseins interpretiert werden könne und die dann aktuell werde, wenn der Richter daran zweifle, ob sich ein Sachverhalt so oder anders ereignet habe. Im Verhältnis zum Grundsatz der freien Beweiswürdigung sei in dubio pro reo quasi als verfahrensrechtliche Ergänzung zu verstehen (Jürg Müller, a.a.O., S. 100, mit Verweisungen). Dass im Zweifel zugunsten des Angeklagten zu entscheiden ist, ist eine jedermann geläufige Rechtsregel (Nay, a.a.O., S. 87). Gemäss Martin Schubarth gehört der Grundsatz "in dubio pro reo" zum Kerngehalt der Unschuldsvermutung. Als strafprozessuales Prinzip sei er durchwegs anerkannt. Umkehrungen der Beweislast seien danach im Strafverfahren nicht zulässig (Schubarth, a.a.O., S. 3).

ff) In einem Entscheid vom 3. Januar 2004 erwog das Bundesgericht unter dem Aspekt von "in dubio pro reo", dass die Vorinstanz dem fraglichen Umstand keine wesentliche Bedeutung für die Höhe des Verschuldens beigemessen habe (6P.116/2003 6S.325/2003). Implizit prüfte das Bundesgericht die Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" im Zusammenhang mit der Strafzumessung, ohne sich explizit mit der Frage auseinanderzusetzen, ob dieser Grundsatz im Bereich der Strafzumessung überhaupt Anwendung findet. In einem Urteil vom 3. April 2003 erwog das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Rüge, die Vorinstanz habe den Grundsatz "in dubio pro reo" verletzt, weil sie dem Beschwerdeführer die Reue und Einsicht abgesprochen habe, bei der gegebenen Sachlage könne weder von einer Verletzung der Unschuldsvermutung noch des rechtlichen Gehörs die Rede sein (6P.10/2003 6S.14/2003). Implizit ging das Bundesgericht damit auf die im Zusammenhang mit der Strafzumessung (Reue und Einsicht) vorgebrachte Rüge der Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" ein. In einem Entscheid vom 2. Dezember 2003 liess das Bundesgericht offen, ob der Grundsatz "in dubio pro reo" hinsichtlich der Frage der Zurechnungsfähigkeit Geltung beansprucht (6P.132/2003 6S.363/2003).

gg) In einem Entscheid vom 29. Juni 1936 hatte das Kassationsgericht erwogen, der Grundsatz "in dubio pro reo" sei in der Strafprozessordnung nicht nie-

dergelegt; der Kassationsgrund der Verletzung materieller Gesetzesvorschriften könne in dessen angeblicher Nichtbeachtung nicht erblickt werden (ZR 36 Nr. 77). In einer Entscheidung vom 20. Februar 1961 erwog das Kassationsgericht indes, die Maxime "in dubio pro reo" stelle einen selbständigen Grundsatz des Strafverfahrens dar, der als Ausfluss des allgemeinen Rechtsgedankens der Begünstigung des Angeklagten in Zweifelslagen erscheine und in Lehre und Rechtsprechung allgemeine Anerkennung geniesse (ZR 64 Nr. 54, mit Verweisung auf Hochuli, a.a.O.). Der Grundsatz sei zwar in der zürcherischen Strafprozessordnung nicht ausdrücklich ausgesprochen, doch werde er auch in der zürcherischen Rechtsprechung allgemein anerkannt. Gemäss ZR 72 Nr. 75 gilt nach Lehre und ständiger Rechtsprechung der Grundsatz "in dubio pro reo". Er fliesse aus der Offizial- und Instruktionsmaxime. Seine Verletzung sei eine wesentliche Beeinträchtigung der Parteirechte im Sinne von § 430 Ziff. 4 StPO.

hh) In BGE 120 Ia 31 ff. erwog das Bundesgericht, bei der Maxime "in dubio pro reo" handle es sich um ein grundlegendes Prinzip des Strafprozessrechts, weshalb es sich aufdränge, auch für diese Garantie die rechtliche Grundlage in Art. 4 BV zu erblicken (BGE 120 Ia 35). Auch wenn es dabei befremdet, dass das Bundesgericht aus der gewissermassen apodiktischen Feststellung, dass es sich beim Grundsatz um ein grundlegendes Prinzip des Strafprozessrechts handle, dessen rechtliche Grundlage ableitet (statt umgekehrt von der rechtlichen Grundlage ausgeht und aus dieser ein strafprozessrechtliches Prinzip ableitet), stimmt die Feststellung des grundlegenden strafprozessrechtlichen Prinzips überein mit der Entstehungsgeschichte und den vorstehend zitierten entsprechenden Ausführungen und Erwägungen mit Verweisungen von Hochuli, a.a.O. (vgl. auch S. 253 li Sp. unten: Der Satz "in dubio pro reo" wird als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens aufgefasst), Arzt, a.a.O., Schubarth, a.a.O., Jürg Müller, a.a.O., Nay, a.a.O., ZR 64 Nr. 54.

ii) Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Grundsatz "in dubio pro reo" ein allgemeingültiger strafprozessualer Grundsatz ist, der für alle Bereiche des Strafprozesses gilt. Der Grundsatz "in dubio pro reo" geht weiter als die Unschuldsumutung, welche sich auf den Bereich der Schuld / Nicht-Schuld (dies-

bezüglich aber bezüglich aller Aspekte, so auch Prozessvoraussetzungen, persönliche Schuldmerkmale wie Zurechnungsfähigkeit, Verjährung) beschränkt. Auch wenn aus der Abstützung des Grundsatzes "in dubio pro reo" auf Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV eher folgte, dass auch dieser Grundsatz auf den Bereich Schuld / Nicht-Schuld beschränkt wäre, ergibt sich aus der über die Unschuldsvermutung hinausgehenden Bedeutung als allgemeingültiger strafprozessualer Grundsatz, dass er auch im Bereich der Strafzumessung Anwendung findet. Dies gilt speziell auch, wenn bzw. soweit der Grundsatz "in dubio pro reo" aus der Official- und Instruktionsmaxime fliesst (ZR 72 Nr. 75; zitiert in vorstehender lit. gg). Official- und Instruktionsmaxime beherrschen sämtliche Bereiche des Strafprozesses, nicht nur die Schuld- und Straffrage, sondern insbesondere auch die Strafzumessung.

kk) Der Grundsatz "in dubio pro reo" betrifft sowohl die Verteilung der Beweislast als auch die Würdigung der Beweise (BGE 120 Ia 31 ff. S. 36 Erw. 2.c mit Verweisungen). Er beinhaltet sowohl eine Beweiswürdigungsregel als auch eine Beweislastregel. Während die Frage der Anwendbarkeit auf den Bereich der Strafzumessung als Beweiswürdigungsregel wohl von bloss theoretischem Interesse ist - ohne Zweifel darf eine Beweiswürdigung (unabhängig vom Grundsatz "in dubio pro reo") auch im Bereich der Strafzumessung nicht willkürlich sein -, ist sie als Beweislastregel durchaus von praktischer Bedeutung, so speziell auch im vorliegenden Fall. Sie bedeutet, dass es auch im Bereich der Strafzumessung Aufgabe des Staates ist, dem Beschuldigten ihn belastende Tatsachen nachzuweisen (vgl. Schmid, a.a.O., Rz 278; Hauser/Schweri/Hartmann, a.a.O., Rz 13 zu § 54 S. 248; Trechsel, Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit, SJZ 77 [1981] 317 ff., 321; Arzt, Strafzumessung - Revolution in der Sackgasse, recht 1994, 141 ff., 234 ff., 236 Rz 65), und dem Beschuldigten keine nicht bewiesenen Umstände zur Last gelegt werden dürfen. Da somit die Verletzung einer Beweislastregel zu prüfen ist, kommt dem Kassationsgericht freie Kognition zu.

b) Die Vorinstanz erwog im Rahmen der Strafzumessung, über die Beweggründe des Beschwerdeführers sei, da er die ihn besonders belastenden Sachverhalte bestritten habe, nichts Zuverlässiges bekannt. Es könne vermutet wer-

den, dass er zu einem wesentlichen Teil aus finanziellen Gründen gehandelt habe. Dabei habe er sich nach seinen persönlichen Lebensumständen nicht irgendwie in einer Notlage befunden und habe ein regelmässiges Einkommen erzielt (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 39). Aus verschiedenen erwähnten Umständen, unter diesen die zitierte Vermutung, gelangte die Vorinstanz zur Wertung, das objektive und subjektive Verschulden des Beschwerdeführers wiege recht schwer (angefochtenes Urteil KG act. 2 S. 38 f.).

Damit stellte die Vorinstanz bezüglich Motiven des Beschwerdeführer auf eine blossе Vermutung ab, explizit nach der Feststellung, dass darüber nichts Zuverlässiges bekannt sei. Eine Vermutung ist keine richterliche Ueberzeugung, sondern lässt eine andere Möglichkeit (nicht nur theoretisch) offen. Vermuten bedeutet, auf Grund bestimmter Anzeichen annehmen, mutmassen. Vermutlich bedeutet, für möglich, wahrscheinlich halten ("der vermutliche Täter") (Duden Band 10, Das Bedeutungswörterbuch, 3. A. Mannheim et al. 2002). Eine blossе Mutmassung genügt den Beweisanforderungen an die Feststellung einer Tatsache zum Nachteil des Angeklagten nicht. Wird trotzdem zum Nachteil des Angeklagten auf eine blossе Mutmassung abgestellt, verletzt dies den Grundsatz "in dubio pro reo" als Beweislastregel. Das trifft auf die vorinstanzliche Vermutung zu, der Beschwerdeführer habe zu einem wesentlichen Teil aus finanziellen Gründen gehandelt - obwohl nichts Zuverlässiges bekannt ist. Der an diese Vermutung anschliessenden Erwägung, dass sich der Beschwerdeführer "dabei" nicht irgendwie in einer Notlage befunden habe, sondern einer geregelten Arbeit nachgegangen sei und ein regelmässiges Einkommen erzielt habe, ist zu entnehmen, dass die Vorinstanz davon ausging, dass der Beschwerdeführer tatsächlich zu einem wesentlichen Teil aus finanziellen Gründen gehandelt hatte. Diese Feststellung erfolgte zudem zum Nachteil des Beschwerdeführers, indem sie zur vorinstanzlichen Wertung, dass sein objektives und subjektives Verschulden recht schwer wiege, beitrug und damit auch das Strafmass zum Nachteil des Beschwerdeführers beeinflusste. Dabei ist der Umfang dieses Beitrages bzw. Einflusses nicht ersichtlich. Auch wenn er wohl bloss gering sein mochte, beruht das angefochtene Urteil bzw. die damit ausgefallte Strafe zumindest teilweise darauf und damit auf der Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" als Beweislastregel. Dies be-

deutet eine Verletzung einer gesetzlichen Prozessform im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO. Das angefochtene Urteil muss deshalb aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen werden.

c) Im Hinblick auf den neuen Entscheid kann angefügt werden, dass sich entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers aus den von ihm angeführten Umständen (Beschwerde KG act. 8 S. 9 f.) jedenfalls auch nicht zwingend ergibt, dass er seine Straftaten "aus Gefälligkeit und freundschaftlicher Loyalität" beging, und auch der Grundsatz "in dubio pro reo" nicht erfordert, positiv davon auszugehen. Der Grundsatz "in dubio pro reo" verbietet lediglich negativ, zum Nachteil des Beschwerdeführers von im Wesentlichen finanzieller Motivation auszugehen. Eventuell - bleibt es dabei, dass über die Beweggründe nichts Zuverlässiges bekannt ist - muss die Motivation des Beschwerdeführers offengelassen werden.

III.

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist erfolglos, soweit sie sich gegen den vorinstanzlichen Schuldspruch richtet (vorstehend Ziff. II.1.). Sie ist erfolgreich, soweit sie sich gegen die vorinstanzliche Strafzumessung richtet (vorstehend Ziff. II.2.). Gemäss der Praxis des Kassationsgerichts zu § 435 StPO sind bei Vorliegen von Nichtigkeitsgründen, die sich ausschliesslich auf die Strafzumessung beziehen, nur diejenigen Dispositiv-Ziffern aufzuheben, welche im Zusammenhang mit der ausgefallten Strafe sowie allfälligen Kosten- und Entschädigungsfolgen stehen (Beschlüsse vom 15.3.99 Nr. 98/262 S Erw. III.1., vom 10.1.99 Nr. 98/335 S Erw. III.1., vom 12.7.98 Nr. 97/323 S Erw. III.4 und vom 4.7.96 Nr. 95/268 S Erw. II.b). Vorliegend sind demnach in teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde die Dispositiv-Ziffern 2, 5 und 6 des angefochtenen Urteils aufzuheben. Im übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

2. Der Beschwerdeführer dringt mit der einen Rüge, die sich gegen die Strafzumessung richtet, durch, mit der anderen, die sich gegen den Schuldspruch richtet, nicht. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens, inklu-

sive diejenigen der amtlichen Verteidigung, zur Hälfte dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und zur Hälfte auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Das Gericht beschliesst:

1. In teilweiser Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde werden die Dispositiv-Ziffern 2, 5 und 6 des Urteils der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. Juni 2004 aufgehoben, und die Sache wird insoweit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 2'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 617.-- Schreibgebühren,
Fr. 342.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens, einschliesslich diejenigen der amtlichen Verteidigung, werden zur Hälfte dem Beschwerdeführer auferlegt und zur Hälfte auf die Gerichtskasse genommen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, die 7. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich, die Bundesanwaltschaft Bern, das Bundesamt für Polizei, das Migrationsamt des Kantons Zürich, das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste und das Schweizerische Bundesgericht, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: