

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB110544-O/U/kw

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Vorsitzender, und lic. iur. Ruggli,
Ersatzoberrichterin lic. iur. Brühwiler sowie der Gerichtsschreiber
Dr. Bruggmann

Urteil vom 9. März 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

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

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **falsche Anschuldigung etc. und Widerruf**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung,
vom 19. April 2011 (DG110016)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 21. Januar 2011 (Urk. 17) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der falschen Anschuldigung im Sinne von Art. 303 Ziff. 1 StGB,
 - der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 bis 5 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 24 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 294 Tage durch Haft erstanden sind) als teilweise Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 3. November 2009.
3. Die Freiheitsstrafe wird vollzogen.
4. Der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 3. November 2009 gewährte bedingte Strafvollzug wird widerrufen und der Strafanteil von 24 Monaten vollzogen.
5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 27. Dezember 2010 (act. 7/14) beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich lagernden 12 Portionen Kokain (BM Lager-Nr. ...), die 4 Feinwaagen (BM Lager-Nr. ...), die Dose mit weissem Pulver (BM Lager-Nr. ...), die 30 gelben Tabletten (BM Lager-Nr. ...), die diversen leeren Minigrips (BM Lager-Nr. ...) sowie das Sieb (BM Lager-Nr. ...) werden nach Eintritt der Rechtskraft eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 27. Dezember 2010 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Sachkautionsnummer ... aufbewahrten Mobiltelefone "Nokia" IMEI-Nr. ... inkl.

SIM-Card Sunrise, "Nokia" IMEI-Nr. ... inkl. SIM-Card Sunrise und "Nokia" IMEI-Nr. ... inkl. SIM-Card Sunrise sowie die SIM-Card Orange ..., die SIM-Card Orange ... und die SIM-Card Orange .../PIN/Puk-Karte werden eingezogen und der Bezirksgerichtskasse zur Verwertung überlassen. Ein Erlös wird zur Deckung der Verfahrenskosten herangezogen.

7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

Fr.	4'500.--	die weiteren Kosten betragen:
Fr.		Kosten Kantonspolizei
Fr.	3'000.--	Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten
Fr.	3'000.--	Auslagen Untersuchung
Fr.		amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

8. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung werden dem Beschuldigten auferlegt, jedoch, soweit sie den Verwertungserlös übersteigen, definitiv abgeschrieben.

Berufungsanträge:

A) Des Verteidigers des Beschuldigten

(Urk. 69 S. 2)

1. Es sei mein Mandant vom Vorwurf der falschen Anschuldigung freizusprechen.
2. Es sei mein Mandant vom Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 und 5 a-BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 a BetmG freizusprechen.

3. Es sei mein Mandant des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 aBetmG schuldig zu sprechen.
4. Es sei mein Mandant mit einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Haft.
5. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, seien auf die Staatskasse zu nehmen.

B) Der Vertreterin der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
(schriftlich, Urk. 59)

Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils.

Das Gericht erwägt:

I.

1. A. _____ (nachfolgend: Beschuldigter) wurde am Abend des 30. Juni 2010 an seinem Wohnort an der ... [Adresse] in B. _____ festgenommen. Er war kurz zuvor von der Polizei bei der Übergabe von Ware gegen Geld an C. _____ (nachfolgend: Geschädigter) im Restaurant "D. _____" beobachtet worden. Bei einer anschliessenden Kontrolle des Geschädigten stellte die Polizei 12,7 Gramm Kokain sicher. Die Hausdurchsuchung in der Wohnung des Beschuldigten (bzw. seiner betagten Mutter) förderte unter anderem CHF 8'400 und EUR 450 Notengeld, drei Mobiltelefone sowie zwölf Portionen Kokain mit einem Bruttogewicht von insgesamt 73,2 Gramm zu Tage (Urk. 1).

2. Nach durchgeführter Untersuchung erhob die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (nachfolgend: StA) mit Anklageschrift vom 21. Januar 2011 gegen den Beschuldigten Anklage (Urk. 17).

In Ziffer I. der Anklage wirft sie ihm falsche Anschuldigung vor. Zusammengefasst beschuldigt sie ihn, er habe am 30. November 2010 in einer staatsanwaltlichen Einvernahme bewusst wahrheitswidrig behauptet, der Geschädigte habe ihm am 30. Juni 2010 knapp 70 Gramm Kokain zur Aufbewahrung und späteren Weitergabe übergeben. Zudem habe ihm der Geschädigte zuvor zweimal je vier Gramm Kokain für jeweils CHF 400 verkauft.

In Ziffer II. der Anklage wirft die StA dem Beschuldigten diverse Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz vor. So habe er E1._____ (nachfolgend E._____) "in den Jahren 2007 bis 2008" ein- bis zweimal eine Linie Kokain zum Eigenkonsum geschenkt (Ziff. II.1.). Sodann habe er in der Zeit von Juli 2007 bis 30. Juli 2010 an diverse Abnehmer Kokain in unterschiedlichen Teilmengen von 0,1-12,7 Gramm verkauft und verschenkt (an F1._____ [nachfolgend: F._____] 20-mal 1-4 Gramm "zum gemeinsamen Konsum", Ziffer II.2.; an G1._____ [nachfolgend: G._____] ca. fünf- bis siebenmal je 0,8-1 Gramm, Ziff. II.3.; an H1._____ [nachfolgend: H._____] viermal 1 Gramm, Ziff. II.4.; an I1._____ [nachfolgend I._____] ca. zwölfmal 0,1-0,2 Gramm, Ziff. II.5.; an J1._____ [nachfolgend: J._____] insgesamt drei Gramm, Ziff. II.6.; an den Geschädigten einmal 12,7 und zweimal vier Gramm, Ziff. II.7.). Schliesslich habe er am 30. Juni 2010 noch 73,2 Gramm Kokain aufbewahrt, wovon ein nicht bestimmbarer Teil für die "Weitergabe an Dritte" und der Rest für den Eigenkonsum bestimmt gewesen sei (Ziff. II.8.).

Damit machte sich der Beschuldigte laut Anklage der falschen Anschuldigung im Sinne von Art. 303 Ziff. 1 StGB und des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von dessen Art. 19 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a, eventuell des mehrfachen Vergehens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 BetmG schuldig. Die StA beantragte einen entsprechenden Schuldspruch und die Bestrafung mit 20 Monaten Freiheitsstrafe, dies teilweise als Zusatzstrafe zu der mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom **3. November 2009** ausgefallten Freiheitsstrafe (von 30 Monaten). Zudem beantragte sie den Vollzug der 24 Monaten Freiheitsstrafe, welcher mit dem genannten Urteil vom 3. November 2009 aufgeschoben worden war.

3. Der Beschuldigte liess anlässlich der Hauptverhandlung des Bezirksgerichts Zürich vom 19. April 2011 beantragen, er sei lediglich wegen mehrfachen Vergehens gegen das BetmG schuldig- und im Übrigen freizusprechen. Dafür sei er unter Anrechnung der erlittenen Haft mit neun Monaten Freiheitsstrafe zu bestrafen; zudem sei der bedingte Vollzug der 24 Monate Freiheitsstrafe gemäss Urteil vom 3. November 2009 zu widerrufen (vgl. Prot. I S. 5 und Urk. 39).

Der Geschädigte hatte darauf verzichtet, sich als Privatkläger zu konstituieren (Urk. 20).

4. Das Bezirksgericht Zürich sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 19. April 2011 der falschen Anschuldigung und der qualifizierten Widerhandlung im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3-5 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 BetmG schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von **24 Monaten** (abzüglich 294 Tagen erstandener Haft), dies teilweise als **Zusatzstrafe** zum Urteil vom 3. November 2009. Gleichzeitig widerrief es den bedingten Vollzug gemäss diesem Urteil vom 3. November 2009. Es auferlegte ihm die Verfahrenskosten, einschliesslich jener der amtlichen Verteidigung, schrieb diese jedoch ab, soweit sie nicht durch den Verwertungserlös (von drei Mobiltelefonen) gedeckt werden.

Das Urteil wurde den Parteien am 19. April 2011 mündlich eröffnet und erläutert (Prot. I S. 11 ff.). Zudem wurde die Fortsetzung der Sicherheitshaft angeordnet (Urk. 41).

5. Der Beschuldigte liess noch vor Schranken uneingeschränkt Berufung anmelden (Prot. I S. 14).

6. Auf Gesuch des Beschuldigten (Urk. 44) wurde diesem mit Beschluss vom 17. Mai 2011 der vorzeitige Strafvollzug bewilligt (Urk. 46).

7. Das schriftlich begründete Urteil (Urk. 52) wurde den Parteien am 21. Juli (Beschuldigter) bzw. am 22. Juli 2011 (StA) zugestellt (Urk. 51/1-2).

Mit Berufungserklärung vom 8. August 2011 (Urk. 53) liess der Beschuldigte – explizit – an seiner uneingeschränkten Berufung festhalten; er beantragte einen

Freispruch von der Anklage der falschen Anschuldigung sowie bezüglich einer **qualifizierten** Widerhandlung gegen das BetmG und eine entsprechende Reduktion der Strafe auf "weniger als 14 Monate Gefängnis".

Zudem stellte er den Beweisantrag, es seien die bei ihm aufgefundenen Verpackungsbehältnisse des Kokains auf "DNA/Fingerabdruckspuren" des Geschädigten zu untersuchen.

Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf eine Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des angefochtenen Urteils (Urk. 59).

II.

Der Beschuldigte liess noch vor Vorinstanz ausführen, er habe vor seiner Verurteilung vom 3. November 2009 beim Staatsanwalt zugegeben, insgesamt ca. 230 Gramm Kokaingemisch an diverse Kleinabnehmer weitergegeben und weiteres Kokain allein oder zusammen mit Freunden konsumiert zu haben. Darunter hätten sich auch **E.**_____ (Anklageziffer II.1.), **F.**_____ (Anklageziffer II.2.) und **G.**_____ (Anklageziffer II.3.) befunden. "Da diese Mengen bereits mit Urteil vom 3. November 2009 abgehandelt und berücksichtigt worden" seien, fielen sie jetzt "ausser Betracht" (Urk. 38 S. 7). Sinngemäss machte er damit geltend, ein Schuldspruch zu den genannten Anklagepunkten würde den Grundsatz "ne bis in idem" verletzen bzw. hätte eine doppelte Bestrafung zur Folge.

Die Vorinstanz wies darauf hin, dass die in der Anklageschrift vom 30. Juni 2009 beschriebenen Betäubungsmitteldelikte, welche dem Urteil vom 3. November 2009 zugrunde lagen, lediglich einen Zeitraum "vom 1. September 2005 bis 30. Juni 2007" erfasst hatten, während die der Anklage vom 21. Januar 2011 zugrunde liegenden Betäubungsmitteldelikte sich "im Wesentlichen" auf einen "Zeitraum vom Juli 2007 bis anfangs 2010" bezögen, weshalb "keine res judicata" vorliege und auf die Anklage einzutreten sei. Zwar könnten die Schenkungen an **E.**_____ vor Juli 2007 stattgefunden haben, doch seien diese nicht Gegenstand der Anklage vom 30. Juni 2009 gewesen.

Diese Beurteilung ist nicht ganz korrekt, da in der – sehr summarisch formulierten – Anklageschrift vom 30. Juni 2009 jedenfalls auch explizit festgehalten wurde, der Beschuldigte habe "ab anfangs Sommer 2007" gelegentlich Kokain von durchschnittlicher Qualität von einer "... in Mengen von 1-5 Gramm bezogen. Der damaligen Anklage war damit keineswegs zu entnehmen, er habe nach dem 30. Juni 2007 kein Kokain mehr an Dritte bzw. "zahlreiche Abnehmer" abgegeben. Vor allem liess die – unglücklich formulierte – Anklage offen, bis wann denn das deliktische Verhalten des Beschuldigten diesbezüglich andauert hatte. Keinerlei Klarheit schafft diesbezüglich das Urteil vom 3. November 2009, beschränkte es sich doch auf die lapidare Feststellung, der Angeklagte habe den der Anklage zugrunde liegenden Sachverhalt anerkannt, und sein Geständnis decke sich mit dem Untersuchungsergebnis.

Klar ist einzig, dass sich die Anklage vom 30. Juni 2009 nicht auf Vorgänge beziehen konnte, die sich erst nach diesem Datum ereigneten. Aus den damaligen Erwägungen zur Strafzumessung ergibt sich zudem, dass das Gericht nicht davon ausgegangen war, der Beschuldigte habe auch während seiner damaligen Untersuchungshaft ab dem 25. Oktober 2007 oder gar nach seiner Entlassung am 21. Dezember 2007 weiterhin Drogengeschäfte betrieben.

Der Beschuldigte machte denn im Rahmen der Berufungserklärung einzig noch bezüglich Anklageziffer II.1. bzw. bezüglich der Schenkungen an E._____ sinngemäss geltend, diese seien bereits Gegenstand der Anklage vom 30. Juni 2009 bzw. der Verurteilung vom 3. November 2009 gewesen.

Die Vorinstanz führte aus, die Schenkungen (Plural) an E._____ "könnten vor Juni 2007 stattgefunden haben". Sie seien indes nicht Gegenstand der Anklage vom 30. Juni 2009 gewesen.

Die erste Feststellung ist schon aufgrund der äusserst vagen Zeitangabe in der Anklage nicht zu widerlegen, zumal E._____ am 16. November 2010 erklärt hatte, es sei "Jahre her", seit sie zweimal vom Beschuldigten "etwas" offeriert bekommen habe; es sei "im Minimum drei Jahre her" (Urk. 4/28 S. 2). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sie zuvor bei der Polizei auch von einem Zeitrahmen

von zwei bis drei Jahren gesprochen hatte. Die zweite Feststellung der Vorinstanz trifft indessen nicht zu. Die summarische Umschreibung des Sachverhalts in Ziffer 1 der Anklage vom 30. Juni 2009, namentlich der ausdrückliche Hinweis auf ungenannte Drogenkonsumenten, mit welchen er zusammen das von ihm erworbene Kokain geschnupft hatte, lässt durchaus die Annahme zu, zu diesen (damals nicht namentlich bezeichneten) Konsumenten habe auch E. _____ gehört, welcher er "ein bis zwei Male je eine Linie Kokain" zum Eigenkonsum geschenkt hatte.

Jedenfalls ist nicht hinreichend zu widerlegen, dass die genannte Abgabe von ein bis zwei Linien Kokain zum Eigenkonsum an E. _____ bereits schon von der Verurteilung vom 3. November 2009 miterfasst war. Damit ist auf Ziffer II.1. der Anklage vom 21. Januar 2011 nicht einzutreten. Es kann somit offen bleiben, ob nicht zu Gunsten des Beschuldigten von einem Sachverhalt ausgegangen werden müsste, der gemäss Art. 19b BetmG ohnehin straflos wäre (vgl. Urk. 4/12 S. 3).

Im Übrigen hätte ein Schuldspruch in diesem Punkt der Anklage wegen offenkundiger Geringfügigkeit keine Zusatzstrafe oder sonstige strafrechtliche Konsequenzen zur Folge. Gestützt auf Art. 52 StGB hätte auf eine Anklage in diesem Punkt verzichtet werden können.

III.

1. Auch mit seiner Berufung macht der Beschuldigte (sinngemäss) geltend, am 30. November 2010 (Urk. 4/35) die Wahrheit gesagt und damit jedenfalls den Geschädigten nicht falsch beschuldigt zu haben.

Dieser Anklagepunkt ist somit vollumfänglich zu erstellen.

1.1. Was die allgemeinen "Grundsätze der Aussagewürdigung" anbetrifft, kann vorab auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 52 S. 6 ff.).

1.2. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass der Beschuldigte – nach seiner Aussageverweigerung im Rahmen der ersten polizeilichen Einvernahme vom 30. Juni 2010 (Urk. 4/2) – am 2. Juli 2010 bestätigt hatte, er habe am 30. Juni

2010 um 19.15 Uhr im Restaurant "D. _____" in B. _____ 12,7 Gramm Kokain für CHF 800 an den Geschädigten verkauft. Er bestätigte dort auch, diesem eine Woche zuvor vier Gramm Kokain für CHF 400 und zwei Wochen zuvor ebenfalls vier Gramm Kokain für CHF 400 verkauft zu haben (Urk. 4/3 S. 2). Auf Vorhalt, man habe bei ihm, dem Beschuldigten, anlässlich der Hausdurchsuchung zwölf Portionen Kokain mit (insgesamt) rund 73,2 Gramm Kokain sowie vier Feinwaagen sichergestellt, wandte er ein, es seien "nur zehn Portionen" gewesen; das habe sich "alles angesammelt". Auf die Frage, woher die sichergestellten CHF 8'400 stammten, erklärte er: "Das stimmt nicht" (a.a.O.).

Schon vor dieser Einvernahme, am 16. September 2010, hatte der Beschuldigte in Anwesenheit seines damaligen Verteidigers auf die Frage, wem die anlässlich der Hausdurchsuchung vom 30. Juni 2010 um 19.15 Uhr sichergestellten "insgesamt zwölf Portionen Kokain (Brutto 73.2 Gramm)" gehörten, erklärt: "18.30 Uhr war es. Es wurden nur zehn Säcklein sichergestellt. Diese Dinge gehörten mir. Es waren nur zehn Portionen" (Urk. 4/26 S. 3). Auf die Frage, warum er dies so genau wisse, erklärte er: "Weil ich weiss, was ich mache" (S. 4). Das aufgefundene Geld (CHF 8'400 und EUR 450) gehöre nicht ihm, sondern vermutlich seiner Mutter (d.h. der Mieterin der Wohnung, vgl. Urk. 4/4). Auf die Frage, von wem und wann er das Kokain erhalten habe, gab er keinen Kommentar ab (S. 5). Er kommentierte auch den Vorhalt nicht, schon am 2. Juli 2010 zugegeben zu haben, dem Geschädigten am 30. Juni 2010 12,7 Gramm Kokain und in der Woche bzw. zwei Wochen zuvor diesem je vier Gramm Kokain verkauft zu haben (S. 5 f.).

Rund zweieinhalb Monate später, am 30. November 2010 (Urk. 4/35), widerrief der Beschuldigte sein (wiederholtes) Geständnis, indem er nach erneutem Vorhalt eines Verkaufs von 12,7 Gramm Kokain im "D. _____" an den Geschädigten ausführte: "Die Angaben stimmen, es ist einfach umgekehrt. C. _____ hat es mir verkauft. Ich habe dort die grosse Menge, welche bei mir sichergestellt wurde, von ihm erhalten und nicht diese 12,7 Gramm." Auf die Aufforderung, er solle erzählen, wie es zu diesem Geschäft gekommen sei, reagierte er zuerst mit einer Gegenfrage ("Zu was für einem Geschäft?"), dann wollte er wissen, ob es nun um die vier, die rund zwölf oder die ca. 70 Gramm gehe. Nach dem Hinweis, man

spreche von den ca. 70 Gramm, erzählte er, der Geschädigte habe ihm telefoniert, und er habe von diesem "einfach so fünf Gramm gewollt". Der Geschädigte habe ihn darauf gefragt, ob er für ihn "etwas aufbewahren könnte". Es habe sich um "diese Kugel, die knapp 70 Gramm" Kokain gehandelt. Auf die Frage, warum er diese hätte für den Geschädigten aufbewahren sollen, wusste der Beschuldigte keine Antwort und erklärte, der Geschädigten habe "irgend einen Vorwand" gehabt, der ihm "logisch" vorgekommen sei. Auf die Frage, was die Gegenleistung des Geschädigten gewesen wäre, erklärte der Beschuldigte, er hätte für seinen Eigenkonsum von diesem Kokain nehmen können, hätte es aber bezahlen müssen. Auf Vorhalt, er habe zuvor erklärt, er habe "fast gar nichts mehr konsumiert" (vgl. S. 2 oben), machte der Beschuldigte geltend, es komme darauf an, was man unter "praktisch nichts" verstehe (S. 3).

Auf Vorhalt, gemäss Aussage des Geschädigten habe er diesem schon eine Woche vor dem 30. Juni 2010 vier Gramm Kokain verkauft, erklärte der Beschuldigte zuerst, er glaube, es seien fünf Gramm gewesen. Als der Staatsanwalt nachhakte, "die Sie ihm verkauften?", erklärte der Beschuldigte: "Nein, er hat das mir verkauft." Auf Vorhalt, er habe aber am 2. Juli 2010 den Sachverhalt so zugegeben, wie er vom Geschädigten geschildert worden sei, meinte der Beschuldigte. "Ich weiss es selber nicht mehr" (S. 4). Auf Vorhalt, gemäss dem Geschädigten sei es zuvor zu einem weiteren Verkauf von vier Gramm Kokain an diesen gekommen, behauptete der Beschuldigte erneut, es habe sich "genau umgekehrt" verhalten. Auf Vorhalt, das widerspreche seinen früheren Zugaben vom 2. Juli 2010, erklärte er, er sei damals "nicht im Detail" befragt worden, sondern habe einfach die ihm gemachten Vorhalte anerkannt. In Wirklichkeit sei es aber so gewesen, dass der Geschädigte ihm "zweimal diese vier Gramm verkaufte und dann diesen grossen Ball zur Aufbewahrung gab". Diese Übergabe habe so 20 Minuten bis eine halbe Stunde vor seiner Verhaftung stattgefunden. Auf Vorhalt, bei ihm seien bei der Hausdurchsuchung aus dem Pult "zehn Portionen Kokain à 14,7 Gramm sichergestellt" worden, erklärte er: "Das war auch von ihm, das war meines, ich hatte es bereits aus dem Säcklein herausgenommen und gestreckt. Das heisst, ich muss mich korrigieren, es trifft zu, dass diese zehn Portionen von C._____ waren, aber nur drei bis fünf Portionen davon entnahm ich aus diesem grossen Sack, die rest-

lichen fünf bis sieben Portionen hatte ich bereits früher von ihm bezogen und abgepackt." Auf die Frage, warum er diese zehn Portionen gebraucht habe, meinte er, er hätte sie versteckt, damit sie seine Mutter nicht finde. Auf die Frage, ob er sie habe verkaufen wollen, erklärte er: "Nein, primär war das einfach für mich." Allenfalls hätte er "halt irgend einem Bekannten verkauft", wenn er danach gefragt hätte, "dies aber ungern" (S. 6). Auf die Frage, warum ungern, erläuterte er, er habe nicht wie ein Dealer dastehen wollen, aber er selber habe "auch dafür bezahlen" müssen. Auf Vorhalt, in seinem Pult seien auch weitere Kokain-Portionen à 0,5 Gramm sichergestellt worden, erklärte er, das müsse "irgend ein angefangenes Säcklein" von ihm gewesen sein. Auf die Frage, wie er seine verhältnismässig hohen Konsumationen im Restaurant "K. _____" und in der Disco "L. _____" finanziere, machte der Beschuldigte wiederum keine Angaben (S. 6). Auf die Frage, wozu er drei Natels benötige, erklärte er, je eines habe seiner Tochter und seinem Sohn gehört (S. 7).

Auf Ergänzungsfrage seines Verteidigers fügte der Beschuldigte schliesslich an, es tue ihm leid, was er getan habe. Auf das Stichwort "Zeugen" erklärte er, deren Aussagen träfen zu, doch wolle er dazu nicht weiter Stellung nehmen (S. 7).

In der Schlusseinvernahme vom 15. Dezember 2010 hielt der Beschuldigte daran fest, der Geschädigte habe ihm "den Stoff zur Aufbewahrung gegeben", und er bestätigte, dass ihm dieser zwei Mal Kokain verkauft habe (Urk. 4/39 S. 3).

Vor Vorinstanz wurde der Beschuldigte zur Sache nur äusserst summarisch befragt (Urk. 37 S. 2 f.). Er gab immerhin pauschal zu, Kokain an Dritte weitergegeben zu haben, dies in den Jahren 2007 bis zu seiner Verhaftung im Jahre 2010 (S. 3).

Heute blieb der Beschuldigte dabei, dass ihm der Geschädigte die 70 Gramm Kokain übergeben und er (der Beschuldigte) ihm (dem Geschädigten) keine Drogen verkauft habe (Urk. 68 S. 4). Den Umstand, dass er zunächst angegeben hatte, C. _____ 12,7 Gramm Kokaingemisch verkauft zu haben, erklärte er damit, dass er anfänglich nicht weit studiert habe. Als es dann aber "um die Wurst" gegangen sei, habe er sich gefragt, wieso er alles auf sich nehmen sollte (a.a.O.).

1.3. Der Geschädigte bestätigte in seiner ersten Einvernahme am 30. Juni 2010, dass er kurz zuvor am Steuer seines "Jeep Cherokee" festgenommen worden und dabei im Besitz von rund zwölf Gramm Kokain gewesen war. Er erläuterte, er konsumiere "gelegentlich", zwei-, dreimal pro Woche durch schnupfen (Urk. 4/1 S. 1).

Auf entsprechende Fragen gab er (zusammengefasst) an, das Kokain etwa zehn Minuten vor seiner Festnahme beim Restaurant "D. _____" von einem "M. _____" gekauft zu haben, den er vor rund drei Jahren im Gefängnis kennen gelernt habe, (sonst) aber nicht persönlich kenne. Er identifizierte hierauf den Beschuldigten auf einem Fotobogen. Auf die Frage, wie oft er von diesem "M. _____" Kokain bezogen habe, erwähnte er noch zwei vorangegangene Käufe von je vier Gramm zu CHF 400 (S. 2 f.).

Als der Geschädigte am 15. Dezember 2010 (als Auskunftsperson) mit dem Beschuldigten konfrontiert wurde, erklärte er, diesen im Zusammenhang mit Uhren kennen gelernt zu haben (Urk. 4/36 S. 1; vgl. auch Vorakten). Auf die Frage, ob er von diesem Drogen bezogen habe, erklärte er: "Nein, ich verweigere die Aussage." Auf Vorhalt seiner früheren Aussagen bei der Polizei machte er geltend, sich "nicht mehr genau" daran erinnern zu können, das Protokoll nicht durchgelesen zu haben, zu wissen, dass der Beschuldigte ein gesundheitliches Problem habe, und dass er "niemanden belasten" wolle (S. 2). Auf entsprechende Vorhaltungen bestritt der Geschädigte, nervös zu sein oder vor dem Beschuldigten Angst zu haben. Er habe von diesem "gar nichts" bezogen. Auf Vorhalt, er habe den Beschuldigten aber bei der Polizei belastet, ihm insgesamt dreimal Kokain verkauft zu haben, machte der Geschädigte geltend, er habe "keine Ahnung" und könne sich "nicht mehr erinnern". Er habe offenbar (bei der Polizeieinvernahme) "nicht richtig aufgenommen", was dort abgelaufen sei. Er wolle dem Polizisten aber keinen Vorwurf machen. Er habe "einfach irgendwelche Aussagen gemacht". Es sei darum gegangen, dass er (der Geschädigte) eine Rolex zu verkaufen gehabt habe, und der Beschuldigte, von dem er nur den Namen "M1. _____ oder so was" wisse, habe gesagt, er habe Kunden (S. 3).

1.4. Die Vorinstanz hat unter Hinweis auf die Rechtsprechung zutreffend festgehalten, dass die Aussagen bzw. Belastungen durch den Geschädigten bei der Polizei nicht dadurch unverwertbar wurden, dass er sie anlässlich seiner Konfrontation mit dem Beschuldigten nicht ausdrücklich wiederholte oder bestätigte.

Die Einvernahme des Geschädigten durch die Polizei erfolgte unter Wahrung von dessen prozessualen Rechten. Das kurze Protokoll wurde vom Geschädigten nach rund 20 Minuten Einvernahme unter dem Vermerk "selbst gelesen und bestätigt" unterschrieben. Es enthält nicht den geringsten Hinweis darauf, dass die Einvernahme nicht ordnungsgemäss verlaufen wäre, und auch der Geschädigte selbst gibt diesbezüglich keinerlei Hinweise. Der Beschuldigte behauptet nicht, dieses Protokoll sei ihm auch an der Konfrontationseinvernahme vom 15. Dezember 2010 unbekannt gewesen. Er hatte somit Gelegenheit, dem Geschädigten entsprechende Fragen zu stellen. Damit wurde den prozessualen Vorschriften gemäss § 14 der damals geltenden Zürcher Strafprozessordnung, namentlich § 14 Abs. 5 hinreichend Rechnung getragen.

1.5. Die Belastungen des Beschuldigten durch den Geschädigten, die er unmittelbar nach seiner Festnahme gegenüber der Polizei zu Protokoll gegeben hatte, geben dennoch Anlass zu Zweifeln.

Obwohl die Aussagen des Geschädigten vor Polizei – wie gezeigt – grundsätzlich verwertbar wären, wird ihre Glaubhaftigkeit zunächst ganz wesentlich durch den Umstand eingeschränkt, dass der Geschädigte seine Angaben in der Befragung als Auskunftsperson nicht bestätigen konnte oder wollte (vgl. dazu Urk. 4/36).

Hinzu kommt Folgendes: Gemäss den Aussagen des Geschädigten habe er für die fraglichen zwölf Gramm Kokaingemisch CHF 800 bezahlt. Er habe dem Beschuldigten dafür acht Hunderternoten gegeben (Urk. 4/1 S. 2). Diese Angabe stellt nun allerdings – wie die Verteidigung zu Recht geltend machte (Urk. 69 S. 5) – in einem unauflöselichen Widerspruch zur Tatsache, dass im Rahmen der beim Beschuldigten praktisch unmittelbar nach der vermeintlichen Übergabe vorgenommenen Hausdurchsuchung keine entsprechende Noten-Stückelung sichergestellt werden konnte (vgl. dazu Urk. 1 S. 3 und Urk. 6/1).

1.6. Angesichts der aufgezeigten Sachlage verbleiben erhebliche und unüberwindliche Zweifel daran, dass sich die Dinge so zugetragen haben, wie in der Anklageschrift in Ziff. I. (Falsche Anschuldigung) und Ziff. II.7. (Widerhandlung gegen das BetmG) behauptet wird, weshalb der Beschuldigte insoweit in Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" von den gegen ihn erhobenen Vorwürfen freizusprechen ist.

2. Gemäss Protokoll über die Hausdurchsuchung vom 30. Juni 2010 wurden dort im Schlafzimmer des Beschuldigten im Bücherregal "1 Port. Kokain" und in den Registerschubladen "10 Port. Kokain" sowie "1 Port. weisses Pulver" sichergestellt (Urk. 9/1). Das eingangs erwähnte Geld wurde in einem Schrank im Schlafzimmer seiner Mutter entdeckt und offenbar nicht ihm zugerechnet (vgl. Herausgabeverfügung vom 18. Oktober 2010 an die Mutter des Beschuldigten, Urk. 7/13).

Gemäss Sicherstellungsbericht vom 1. Juli 2010 hatten die zehn Portionen Kokain ein Gesamtgewicht von 14,7 Gramm (Asservat A002'832'180), eine weitere Portion aus den Registerschubladen hatte ein solches von 0,5 Gramm (Asservat A002'832'237), und die Portion aus dem Bücherregal hatten ein solches von 58 Gramm (Asservat A002'832'259; Urk. 7/1). Insgesamt ergibt dies das in Ziffer II.8. der Anklageschrift erwähnte Gesamtgewicht von 73,2 Gramm, aufgeteilt in zwölf Portionen.

Die entsprechenden Substanzen wurden durch das Forensische Institut Zürich (FIZ) einer Analyse unterzogen. Gemäss Prüfbericht vom 15. Dezember 2010 (Urk. 9/2) handelte es sich bei zwei Asservaten um Kokain bzw. ein Kokaingemisch. So enthielten die zehn Minigripsäcklein in Asservat A002'832'180 ein Nettogewicht von 10,5 Gramm. Der ermittelte Gehalt an reinem Hydrochlorid lag bei 39 %, woraus 4,1 Gramm reiner Substanz an Hydrochlorid resultierte. Die 58 Gramm gemäss Asservat A002'832'259 hatten ein Nettogewicht von 56,8 Gramm und einen Gehalt von 40 %, woraus sich 22,9 Gramm reiner Substanz an Hydrochlorid ergaben. Eine Untersuchung des Asservats A002'832'237 mit 0,5 Gramm Bruttogewicht ist nicht dokumentiert und erscheint ohnehin vernachlässigbar.

Insgesamt ergibt sich daraus, dass der Beschuldigte im Zeitpunkt der Hausdurchsuchung im Besitz von rund 27 Gramm, jedenfalls mehr als 18 Gramm reinem Kokain war.

Wenn der Beschuldigte vorbringt, der Geschädigte habe ihm die 70 Gramm Kokingemisch lediglich zur Aufbewahrung gegeben, so ist dem entgegenzuhalten, dass auch das Lagern von Betäubungsmitteln – je nach Menge – ein Vergehen oder gar ein Verbrechen ist, auch wenn dieses Lagern im Auftrag oder jedenfalls für einen Dritten erfolgt.

Die zahlreichen Einzelportionen sprechen im Übrigen dagegen, dass das Kokain ausschliesslich oder auch nur vorwiegend zum Eigenkonsum bestimmt war.

Zu beachten ist allerdings auch, dass laut Anklage ein "nicht näher bestimmbarer Teil" davon lediglich zum Eigenkonsum bestimmt war.

Insofern ist auch Ziffer II.8. der Anklage in tatsächlicher Hinsicht erstellt.

3. Der Beschuldigte hatte sodann vor Vorinstanz vorbringen lassen, die von der Staatsanwaltschaft im Rahmen der Schlusseinvernahme (Urk. 4/39) gemachten Feststellungen betreffend Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz träfen "im Wesentlichen" zu (Urk. 39 S. 7). Er kritisierte nur die angeführten Teilmengen.

Mit seiner Berufungserklärung stellte er erneut die verschiedenen Übergaben von Kokain an Dritte gemäss Ziffern II.2.-6. der Anklage nicht in Frage und beschränkte sich auf Korrekturen bzw. Präzisierungen der dort angegebenen Mengen.

3.1. Bezüglich der Übergaben an F._____ (Ziff. II.2.) machte er geltend, es könne lediglich von fünf Portionen Kokain ausgegangen werden.

3.1.1. F._____ war am 22. Juli 2010 von der Polizei als Auskunftsperson befragt worden, nachdem man in der Untersuchung auf eine Telefonnummer gestossen war, welche F._____ vor Jahren auf ihren Namen hatte eintragen lassen, dies auf Wunsch eines Kollegen namens "M._____", den sie später mit richtigem Namen kennen lernte. Sie identifizierte den Beschuldigten als diesen Kollegen (Urk. 4/5

S. 1 f.). Sie habe ein freundschaftliches Verhältnis zu ihm gepflegt und ihm einen Gefallen tun wollen (S. 2). Sie schilderte sodann, sie habe mit diesem bis vor etwa einem Jahr jeweils gemeinsam Kokain konsumiert, dies "mindestens 20-30 Mal", wobei meistens er das Kokain gebracht habe. Sie habe nie etwas bezahlen oder anderweitige Dienstleistungen erbringen müssen. Angefangen habe dies vor etwa drei Jahren (S. 3). Sie hätten "zusammen" jeweils zwischen 1-4 Gramm pro Abend konsumiert, dies "meistens" in der Wohnung von N._____, die auch von dem Kokain konsumiert habe, welches der Beschuldigte mitgebracht habe (S. 4). Sie habe nie gesehen, dass diese etwas habe bezahlen müssen (S. 5). Auf die Frage, warum der Beschuldigte die Drogen gratis abgegeben hatte, erklärte sie, dieser sei "eigentlich ein sehr sehr lieber Mensch", der für einen das letzte Hemd hingeben würde.

F._____ wurde am 30. November 2010 mit dem Beschuldigten als Auskunftsperson konfrontiert (Urk. 4/32). Sie bestätigte, mit ihm ein Freundschaftsverhältnis zu haben (S. 1), machte nun aber geltend, "keine Drogenbezüge" bei ihm gemacht zu haben. Sie müsse auch die Aussagen bezüglich gemeinsamem Konsum "widerufen", weil sie sich "nicht mehr 100 % sicher" sei. Immerhin gab sie erneut zu, selber Kokain konsumiert zu haben, dies auch im Kollegenkreis. Bezüglich des Beschuldigten sei sie aber "nicht mehr sicher" (S. 2). Auf Vorhalt ihrer früheren Aussagen bei der Polizei erklärte sie: "Es war alles gar nicht präzise, das war jeweils nur vage, und ich sagte jeweils auch, ich sei mir nicht sicher, und ich wüsste das auch nicht."

3.1.2. F._____ hat damit implizit zugegeben, die in der Polizeieinvernahme protokollierten Aussagen gemacht zu haben. Ihre spätere Behauptung, sich nicht mehr an einen gemeinsamen Konsum erinnern zu können, ist eine offenkundige Schutzbehauptung. Der Beschuldigte hatte denn auch in der Untersuchung die Abgabe von Kokain an F._____ zum gemeinsamen Konsum weder grundsätzlich noch ernsthaft bestritten.

Dies ändert freilich nichts daran, dass diesbezüglich in der Tat nur sehr vage Mengenangaben vorliegen und entsprechend Eingang in die Anklage fanden. Insbesondere ist zu beachten, dass die in der Anklage genannten 1-4 Gramm laut

F._____ jeweils von 2-3 Personen gemeinsam konsumiert wurden. Jedenfalls kann nicht ausgeschlossen werden, dass es teilweise nur zur Abgabe geringfügiger Mengen an F._____ zum gleichzeitigen Konsum gekommen war, was schon gemäss Art. 19b BetmG straflos ist. Im Übrigen lässt sich nicht zuverlässig feststellen, in welchem Umfang und wie häufig die Grenze eines straflosen Verhaltens überschritten wurde. Die Aussagen der F._____ lassen jedenfalls nicht den Schluss zu, er habe dieser zumindest 20 Gramm Kokaingemisch zum Konsum überlassen.

Es ist somit davon auszugehen, dass er jedenfalls in einem Zeitraum vom Oktober 2007 (damalige Haftentlassung) bis Juni 2009 der F._____ mehrmals mehr als nur eine geringfügige Menge Kokain, insgesamt aber sicher Kokaingemisch im Bereich von rund **zehn Gramm** zum gemeinsamen Konsum abgegeben hatte. Einen vollumfänglichen Freispruch beantragte in diesem Punkt der Anklage jedenfalls nicht einmal der Beschuldigte selbst. Heute war er in diesem Punkt denn auch teilweise geständig: "15 Mal, 20 Portionen, 0,7-0,8 Gramm" (Urk. 68 S. 5).

3.2. Der Beschuldigte räumte auch im Rahmen des Berufungsverfahrens ein, G._____ zwischen anfangs 2009 und anfangs 2010 vier Portionen Kokain verkauft zu haben (Urk. 53 S. 2: "Es kann lediglich von vier Portionen ausgegangen werden.").

3.2.1. Auch auf G._____ war die Untersuchungsbehörde über eine Telefonnummer gestossen. Auf Vorlage eines Fotobogens identifizierte er in der Einvernahme vom 28. Juli 2010 (Urk. 4/9) den Beschuldigten als jemand, den er seit ca. fünf Jahren "flüchtig" kenne und mit dem er letztmals vor ein paar Wochen ein Bier getrunken habe (S. 2). Er gab sodann an, sporadisch Kokain zu konsumieren. Ein paar Mal habe er solches beim Beschuldigten bezogen, letztmals vor etwa einem Jahr. Er denke, er habe in den letzten eineinhalb Jahren ca. 7-10 Mal Kokain bei ihm erworben (S. 3). Bei jedem Treffen habe er ein Gramm gekauft, demzufolge ca. 7-10 Gramm. Er habe jeweils CHF 100 bezahlt. Die Qualität sei "normal" gewesen. Er habe jeweils den Beschuldigten angerufen oder ihm eine SMS geschickt, worauf dieser ihm das Kokain in diversen Lokalen in B._____ überbracht

habe (S. 4). Abschliessend hielt er fest, eine Konfrontation mit dem Beschuldigten wäre ihm sehr unangenehm (S. 5).

Die Konfrontation mit G._____ fand ebenfalls am 30. November 2010 statt (Urk. 4/33). G._____ bestätigte, bei der Polizei die Wahrheit gesagt zu haben (S. 2). Er habe beim Beschuldigten das Kokain "grammweise" bezogen und dafür jeweils CHF 100 bezahlt. Er gehe davon aus, es seien jeweils 0,8 Gramm gewesen. Bezogen habe er in einem Zeitraum von 12-18 Monaten ca. 5-7 Mal, zuletzt anfangs 2010.

3.2.2. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass G._____ den Beschuldigten zu Unrecht oder gar wider besseres Wissen belastet hatte. Zwar sind seine konkreten Angaben teilweise vage bzw. wurden sie von ihm gegen unten korrigiert. Es kann aber als erstellt gelten, dass ihm der Beschuldigte in mindestens 5 Malen insgesamt mindestens vier Gramm Kokaingemisch normaler Qualität für insgesamt CHF 500 verkauft hatte. Heute gab der Beschuldigte denn auch zu, G._____ in 5-7 Malen jeweils 0,8-1 Gramm verkauft zu haben (Urk. 68 S. 5).

3.3. Bezüglich Anklageziffer II.4., wonach der Beschuldigte H._____ im Mai/Juni 2010 dreimal ein Gramm Kokain für CHF 100 und einmal ein Gramm Kokain für CHF 150 verkaufte, lässt sich der Berufungserklärung keine konkrete Beanstandung entnehmen.

3.3.1. H._____ hatte in der polizeilichen Einvernahme vom 26. Juli 2010 (Urk. 4/7) angegeben, sie habe beim Beschuldigten ("M._____"), den sie aufgrund eines Fotobogens identifizierte, "drei- bis viermal etwas gekauft" (S. 2), dies nach ihrer Entlassung aus einem Entzug im ... im Mai oder Juni 2010. Es habe sich um Kokain gehandelt (S. 3). Pro Woche habe sie ca. ein Gramm gekauft (S. 3) und die ersten beiden Male CHF 100 bezahlen müssen. Nachher habe er CHF 150 verlangt, doch sei die Qualität dann auch besser gewesen (S. 4). Auf den zusammenfassenden Vorhalt, sie habe viermal beim Beschuldigten Kokain gekauft, insgesamt vier Gramm, und dafür zweimal CHF 100 und zweimal CHF 150 pro Gramm bezahlt, erklärte sie dies als "korrekt" (S. 5).

In der Konfrontationseinvernahme vom 30. November bestätigte sie, "drei bis vier Male höchstens" beim Beschuldigten jeweils ein Gramm Kokain gekauft zu haben, wobei sie einmal CHF 150 und sonst CHF 100 habe bezahlen müssen (Urk. 4/34 S. 2).

3.3.2. Aufgrund dieser Aussagen ist jedenfalls der Verkauf von rund **drei Gramm** Kokaingemisch an H._____ durch den Beschuldigten für insgesamt CHF 350 hinreichend erstellt. Heute gab der Beschuldigte den Verkauf von drei Portionen zu 1 Gramm zu (Urk. 68 S. 5).

3.4. Auch bezüglich Anklageziffer II.5. zeigt sich der Beschuldigte nicht als gänzlich ungeständig.

3.4.1. I._____ hatte am 9. August 2010 eingeräumt, von "M._____" mehrmals Kokain erhalten zu haben, und er identifizierte den Beschuldigten aufgrund eines Fotobogens als diesen Anbieter (Urk. 4/18). Es sei ihm von diesem immer spendiert worden, dies sechsmal in neun Monaten jeweils in Portionen von 0,1-0,2 Gramm. Bis auf ein Mal sei die Qualität immer gut gewesen (S. 4).

3.4.2. In der Konfrontationseinvernahme vom 16. November 2010 machte I._____ dann zwar nur noch ausweichende Angaben, indem er erklärte, sich nicht mehr an seine Aussagen bei der Polizei zu erinnern, bzw. "keine Stellung nehmen" oder Fragen beantworten zu wollen. Auf konkreten Vorhalte seiner früheren Angaben gab er immerhin an, an fünf oder sechs Abenden, an denen der Beschuldigte "anwesend" gewesen sei, selber Kokain konsumiert zu haben. Den Beschuldigten habe er nie Kokain konsumieren gesehen (Urk. 4/27 S. 2). Das Kokain habe er selber aus einem Sack genommen, der herumgereicht worden sei (S. 3). Was er heute gesagt habe, widerspreche in keiner Weise seinen früheren Aussagen (S. 2). Damit bestätigte er im Rahmen der Konfrontationseinvernahme zumindest implizit, das konsumierte Kokain vom Beschuldigten erhalten zu haben.

3.4.3. Ziffer II.5. der Anklage ist insoweit erstellt, als der Beschuldigte dem I._____ zwischen Ende 2009 und Ende Juni 2010 insgesamt **zwischen ca. 0,5 und weniger als ein Gramm** Kokaingemisch zum Konsum geschenkt hatte. Der

Beschuldigte gab heute denn auch zu, I. _____ linienweise, jeweils 0,1-0,2 Gramm, spendiert zu haben (Urk. 68 S. 5).

3.5. Der Verkauf von insgesamt **drei Gramm** Kokaingemisch an J. _____ im Juni 2010 blieb im Rahmen der Berufungserklärung unangefochten und wurde vom Beschuldigten heute anerkannt (Urk. 68 S. 5).

4. Fasst man die Ziffern II.1.-6. der Anklage zusammen, lässt sich keine exakte oder auch nur annähernd bestimmte Menge Kokaingemisch festlegen, welche der Beschuldigte im angeführten Zeitraum zwischen Juli 2007 bis 30. Juni 2010 insgesamt an die genannten Drittpersonen abgegeben oder verkauft hatte, geschweige denn steht die genaue Menge des dabei umgesetzten reinen Hydrochlorids fest.

Geht man von einer Menge von mindestens ca. **20 Gramm Kokaingemisch** aus (Ziff. II.2. ca. **zehn Gramm**; Ziff. II.3. ca. **vier Gramm**; Ziff. II.4. **drei Gramm**; Ziff. II.5. **0,5 Gramm**; Ziff. II.6. **drei Gramm**), ist damit jedenfalls nicht hinreichend erstellt, dass 18 Gramm und mehr reines Kokain in Verkehr gesetzt wurde und nicht dem Eigenkonsum oder dem gemeinsamen Kleinstkonsum diene. Damit liegt diesbezüglich kein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG vor.

5. Zusammengefasst ist der Beschuldigte der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG sowie der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3-5 aBetmG schuldig zu sprechen. Von der Anklage der falschen Anschuldigung (Anklage-Ziff. I.) sowie der Widerhandlung gegen das BetmG (Anklage-Ziff. II.7.) ist der Beschuldigte demgegenüber freizusprechen.

IV.

1. Die heute beurteilten Straftaten beging der Beschuldigte teils vor, teils nach dem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 3. November 2009. Damals war er des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz, der mehrfachen Warenfä-

schung und des mehrfachen Versuchs hiezu, des Fahrens in fahruntüchtigem Zustand (1,49 Promille) sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes schuldig gesprochen und zu einer (teilbedingten) Freiheitsstrafe von 30 Monaten sowie zu einer Busse von CHF 300 verurteilt worden.

Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB).

Liegt – wie hier – nur teilweise retrospektive Konkurrenz vor, ist grundsätzlich eine Gesamtstrafe zu bilden. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Tat vor oder nach der bereits erfolgten Verurteilung schwerer wiegt. Im ersten Fall ist die Dauer der für die frühere schwerste Straftat auszusprechende Zusatzstrafe unter Berücksichtigung der späteren Tat angemessen zu erhöhen. Ist dagegen die nach der früheren Verurteilung verübte Straftat die schwerere, so ist von der für diese Tat verwirkten Strafe auszugehen und deren Dauer wegen der vor der ersten Verurteilung gegangenen Tat angemessen zu erhöhen, und zwar unter Berücksichtigung des Umstandes, dass für die frühere Tat eine – hypothetische – Zusatzstrafe auszufallen ist (Ackermann, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. A., Basel 2007, N 77 zu Art. 49 StGB).

Hier liegt das Schwergewicht der neu beurteilten Straftaten klar nach dem 3. November 2009, so namentlich das Aufbewahren von rund 70 Gramm Kokainmisch (Anklageziffer II.8.).

2. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB).

Vorliegend ist die qualifizierte Zuwiderhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz die schwerste der zu beurteilenden Straftaten. Art. 19 Ziff. 1 aBetmG sah da-

für Zuchthaus oder Gefängnis (bzw. Freiheitsstrafe) von nicht unter einem Jahr, allenfalls verbunden mit einer Busse von bis zu CHF 1 Million (bzw. Geldstrafe) vor. Die Höchstdauer der Freiheitsstrafe beträgt damit 20 Jahre (Art. 40 StGB). Damit wird das Höchstmass einer zeitlich befristeten Freiheitsstrafe bereits ausgeschöpft. Das seit dem 1. Juli 2011 in Kraft stehende Betäubungsmittelgesetz enthält für die qualifizierte Widerhandlung keine mildere Strafbestimmung.

3. Das Strafmass innerhalb dieses Strafrahmens richtet sich nach Art. 47 StGB. Ausgangspunkt bei der Strafzumessung ist die objektive Tatschwere, d.h. der schuldhaft verursachte Erfolg und die Art und Weise der Tatbegehung. Ebenso massgeblich ist die subjektive Tatschwere, die sich aus der Intensität des deliktischen Willens sowie den Beweggründen für die Tat ergibt. Mit zu berücksichtigen sind schliesslich das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Täters.

Das Tatverschulden des Beschuldigten wiegt in objektiver Hinsicht im Rahmen einer qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz noch leicht. So lagerte er zwar eine Droge mit hohem Suchtpotential. Insgesamt handelte es sich aber nur um eine Menge, mit welcher die Grenze vom Grund- zum qualifizierten Straftatbestand um weniges überschritten wurde. Die Anklage wirft ihm nicht vor, dabei einen namhaften oder gar einen hohen Gewinn erzielt zu haben.

Er handelte zwar mit direktem Vorsatz, doch geht auch die Anklage davon aus, dass er die Drogen vielfach unentgeltlich abgegeben hatte. Der Angeklagte ist offensichtlich kein skrupelloser Drogenhändler, der sich einzig aus finanziellen Motiven im Drogenhandel betätigt hatte.

Die Vorinstanz hatte dem Beschuldigten sodann wegen seines Drogenkonsums sinngemäss eine leichte Verminderung der Schuldfähigkeit zugebilligt und dies entsprechend strafmildernd berücksichtigt (Urk. 52 Erw. VI.3.). Dieses Vorgehen entspricht auch bei fehlender Begutachtung der Praxis, ist auch hier durchaus vertretbar und wurde von der Staatsanwaltschaft nicht beanstandet. Dem Beschuldigten ist auch hier eine leichte Verminderung der Schuldfähigkeit zuzubilligen.

Insgesamt erscheint unter dem Gesichtspunkt der Tatkomponenten für die Betäubungsmitteldelikte (nach dem 3. November 2009) eine **Einsatzstrafe von zwölf Monaten** Freiheitsstrafe als angemessen.

4. Weiter ist im Rahmen der hypothetischen Gesamtstrafenbildung die mehrfache Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3-5 aBetmG zu berücksichtigen. Diesbezüglich wiegt das Verschulden aufgrund der verhältnismässig kleinen Menge involvierter Drogen nicht allzu schwer, weshalb eine Erhöhung der Einsatzstrafe um vier Monate angezeigt erscheint.

5. In die Zeit vor dem 3. November 2009 fallen lediglich ein Teil der unentgeltlichen Kokainabgaben an F._____ (Anklageziffer II.2.) und der Verkäufe an G._____ (Anklageziffer II.3.), wobei schon die Anklage eine genauere Ausscheidung nicht zulässt und die Delikte für sich allein jedenfalls im Bagatellbereich anzusiedeln sind. Diese Delikte erfolgten zwar während laufendem Verfahren. Gleichwohl drängt es sich nicht auf, dass zum Urteil vom 3. November 2009 eine Zusatzstrafe gebildet werden müsste; auch die heute beurteilten Taten vor diesem Datum lassen die damals ausgesprochene Freiheitsstrafe von 30 Monaten noch als angemessen erscheinen. Von einer Zusatzstrafe ist abzusehen, womit sich auch eine Erhöhung der obigen Freiheitsstrafe von 16 Monaten unter diesem Aspekt erübrigt.

6. Was das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten anbelangt, kann vorab auf die Zusammenfassung der Lebensgeschichte im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (vgl. Urk. 52 Erw. VI.2.3.).

Deutlich strafe erhöhend fallen die insgesamt fünf, teilweise einschlägigen Vorstrafen und das Delinquieren während laufender Probezeit ins Gewicht.

Das Geständnis vermag sich zwar strafmindernd auszuwirken. Andererseits überwiegen die strafe erhöhenden Faktoren der Täterkomponente bei Weitem, was im Ergebnis eine deutliche Straferhöhung zur Folge hat.

7. Insgesamt erscheint eine Sanktion von 22 Monaten Freiheitsstrafe angemessen. An den Vollzug der Freiheitsstrafe sind 619 (294 sowie 325) Tage erstandene Haft anzurechnen.

V.

Die Vorinstanz hatte die Voraussetzungen für eine Gewährung des bedingten Strafvollzugs im Sinne von Art. 42 Abs. 1 StGB zutreffend dargelegt. Sie hatte auch zu Recht erkannt, dass hier wegen der Verurteilung vom 3. November 2009 ein Strafaufschub nur zulässig wäre, wenn dem Beschuldigten "besonders günstige Umstände" im Sinne von Art. 42 Abs. 2 StGB zugebilligt werden könnten. Es kann auch auf diese Ausführungen verwiesen werden.

Der Beschuldigte weist bereits fünf Vorstrafen auf. Diese liegen im Wesentlichen nicht weit zurück und sind zumindest teilweise einschlägig. Bereits schon im Zusammenhang mit dem Urteil vom 6. Oktober 2006 musste der bedingte Vollzug einer früheren Gefängnisstrafe von 30 Tagen widerrufen werden, am 3. November 2009 erfolgte – nebst der Verurteilung zu einer teilweise unbedingten Freiheitsstrafe – ein weiterer Widerruf eines aufgeschobenen Vollzugs von nunmehr drei Monaten Gefängnis.

Vor diesem Hintergrund kann keine Rede davon sein, dass beim Beschuldigten günstige, geschweige denn besonders günstige Umstände vorliegen, welche einen weiteren Strafaufschub rechtfertigen könnten.

Der Vollzug der Freiheitsstrafe ist nach dem Gesagten nicht aufzuschieben.

VI.

1. Das Bezirksgericht Zürich hatte den Vollzug der 30 Monate Freiheitsstrafe im Urteil vom 3. November 2009 im Umfang von 24 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf vier Jahre festgelegt. Gleichzeitig hatte es damals den Vollzug von drei Monaten Gefängnis gemäss Urteil vom 6. Oktober 2006 angeordnet.

Der Beschuldigte liess sich davon nicht nachhaltig beeindrucken und delinquierte auch während der neu angesetzten Probezeit weiterhin einschlägig.

2. Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verübt, so widerruft das Gericht die bedingten Strafe oder den bedingten Teil der Strafe (Art. 46 Abs. 1 Satz 1 StGB). Ist demgegenüber nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf einen Widerruf. Es kann den Verurteilten warnen oder die Probezeit um höchstens die Hälfte der im Urteil festgesetzten Dauer verlängern (Art. 46 Abs. 2 Sätze 1 und 2 StGB).

Vor dem Hintergrund der nicht weit zurückliegenden, teilweise einschlägigen Vorstrafen und in Anbetracht des Umstandes, dass der Beschuldigte sein kriminelles Verhalten unbeschadet seiner erneuten Verurteilung vom 3. November 2009 fortsetzte, kann ihm kaum eine günstige Prognose im Sinne von Art 46 Abs. 2 StGB gestellt werden. Abgesehen davon ist auch die vorbestandene Konsumproblematik bedeutsam, welche die Prognose zusätzlich beeinträchtigt.

Vom Widerruf der Gewährung des bedingten Vollzugs der mit Urteil vom 3. November 2009 im Umfang von 24 Monaten aufgeschobenen Freiheitsstrafe kann vorliegend dennoch abgesehen werden, da der Beschuldigte nun erstmals einen längeren Strafvollzug hinter sich hat, welcher ihn nachhaltig beeindruckt haben dürfte. Die mit dem Urteil vom 3. November 2009 angesetzte Probezeit ist dabei allerdings um zwei Jahre zu verlängern.

VII.

Weder bezüglich der Einziehung des beschlagnahmten Kokains, des Pulvers, der Tabletten und der damit in Zusammenhang stehenden Utensilien, noch bezüglich der Einziehung und Verwertung von drei Mobiltelefonen samt SIM-Karten erfolgten seitens des Beschuldigten konkrete Einwendungen. Ziffer 5 und 6 des angefochtenen Urteils sind somit ohne Weiteres zu bestätigen.

VIII.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Untersuchung und der gerichtlichen Verfahren dem Beschuldigten zu drei Vierteln aufzuerlegen und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 und 3 StPO). Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind unter dem Vorbehalt einer Nachforderung ebenfalls auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 StPO sowie Art. 135 Abs. 4 StPO). Die erstinstanzliche Kostenaufstellung (Ziff. 7) ist zu bestätigen.

Demnach wird beschlossen:

1. Auf Ziffer II.1. der Anklage wird nicht eingetreten.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.
3. Rechtsmittel:

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

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

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

Sodann wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG sowie der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3-5 aBetmG.
2. Von der Anklage der falschen Anschuldigung (Anklage-Ziff. I.) sowie der Widerhandlung gegen das BetmG (Anklage-Ziff. II.7.) wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 22 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 619 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
5. Die Gewährung des bedingten Vollzugs von 24 Monaten Freiheitsstrafe gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 3. November 2009 wird nicht widerrufen. Die Probezeit wird um zwei Jahre verlängert.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 27. Dezember 2010 (Urk. 7/14) beschlagnahmten und bei der Stadtpolizei Zürich lagernden 12 Portionen Kokain (BM Lager-Nr. ...), die 4 Feinwaagen (BM Lager-Nr. ...), die Dose mit weissem Pulver (BM Lager-Nr. ...), die 30 gelben Tabletten (BM Lager-Nr. ...), die diversen leeren Minigrrips (BM Lager-Nr. ...) sowie das Sieb (BM Lager-Nr. ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 27. Dezember 2010 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Sach-

kautionsnummer ... aufbewahrten Mobiltelefone "Nokia" IMEI-Nr. ... inkl. SIM-Card Sunrise, "Nokia" IMEI-Nr. ... inkl. SIM-Card Sunrise und "Nokia" IMEI-Nr. ... inkl. SIM-Card Sunrise sowie die SIM-Card Orange ..., die SIM-Card Orange ... und die SIM-Card Orange .../PIN/Puk-Karte werden eingezogen und der Kasse des Bezirksgerichts Zürich zur Verwertung überlassen. Ein allfälliger Erlös wird zur Deckung der Verfahrenskosten herangezogen.

8. Das erstinstanzliche Kostenaufstellung (Ziff. 7) wird bestätigt.
9. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 4'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung (*ausstehend*)
10. Die Kosten der Untersuchung und der gerichtlichen Verfahren werden dem Beschuldigten zu drei Vierteln auferlegt und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen unter Vorbehalt einer Nachforderung im Umfange von drei Vierteln nach Art. 135 Abs. 4 StPO.
11. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - den Beschuldigten bzw. seinen Verteidiger
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Gefängnis O._____sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - den Beschuldigten bzw. seinen Verteidiger
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - das Bundesamt für Polizeiund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich

- die Kasse des Bezirksgerichts Zürich
- die Stadtpolizei Zürich
- das Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, Proz.Nr. DG090338
- das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Koordinationsstelle Zürich mit Formular A und B.

12. Rechtsmittel:

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

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

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

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Strafkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Th. Meyer

Dr. Bruggmann