

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120134-O/U/rc

Mitwirkend: die Oberrichter lic.iur. Spiess, Präsident, Dr. Bussmann und
lic.iur. Burger sowie der Gerichtsschreiber lic.iur. Hafner

Urteil vom 7. September 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich (10. Abteilung) vom
16. Januar 2012 (GB110073)**

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 8. Juni 2011 (Urk. 16) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 30.-- (entsprechend Fr. 3'600.--), wovon 91 Tagessätze als durch Haft erstanden sind.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt.
4. Die sichergestellten und sich bei der Stadtpolizei Zürich befindlichen Betäubungsmittel (Lagernummer ...) werden eingezogen und vernichtet.
5. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 1'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 800.-- Gebühr Anklagebehörde
Fr. 410.10 Auslagen Untersuchung
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 50 S. 1)

- "1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, GB110073, vom 16. Januar 2012 aufzuheben;
2. es sei der Beschuldigte wegen einer Übertretung i.S.v. Art. 19a Ziff. 1 i.V.m. Art. 19 Ziff. 1 lit. d BetmG schuldig zu sprechen und er sei vom Vorwurf der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 BetmG freizusprechen;
3. es sei der Beschuldigte mit einer Busse von Fr. 100.-- zu bestrafen;
- 4.- es seien die Kosten der Strafuntersuchung im Umfang von Fr. 100.-- dem Beschuldigten aufzuerlegen und die übrigen Kosten inkl. Kosten des vorinstanzlichen Gerichts- und des Berufungsverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen;
5. es sei dem Beschuldigten eine angemessene Entschädigung für seine Anwaltskosten gemäss der zu den Akten gereichten Kostennote vom 13. Januar 2012 (act. 31/1) und der für das Berufungsverfahren vor Abschluss des Verfahrens noch nachzureichender Kostennote zuzusprechen."

b) des Vertreters der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:

(Urk. 43)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Mit Strafbefehl vom 8. Juni 2011 wurde der Beschuldigte von der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 aBetmG schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 30.-- bestraft (Urk. 16). Nachdem der Beschuldigte mit Eingabe vom 27. Juni 2011 Einsprache gegen den Strafbefehl erhoben (Urk. 18/4) und die Staatsanwaltschaft an ihrem Strafbefehl festgehalten hatte (Urk. 21), sprach das Bezirksgericht Zürich den Beschuldigten am 16. Januar 2012 anklagegemäss schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingt aufgeschobenen Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 30.-- unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren (Urk. 38 S. 20).

2. Gegen dieses Urteil, das ihm gleichentags mündlich eröffnet wurde (Prot. I S. 9), meldete der Beschuldigte am 17. Januar 2012 rechtzeitig Berufung an (Urk. 33). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 14. Februar 2012 (Urk. 36/2) reichte er am 5. März 2012 seine Berufungserklärung mit den oben erwähnten Anträgen ein (Urk. 39). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 43).

Die Berufung des Beschuldigten ist auf den Schuldpunkt und das Strafmass sowie die Kostenaufgabe beschränkt (Urk. 39 S. 2). Das Urteil der Vorinstanz ist demnach hinsichtlich Dispositiv-Ziffern 4 (Einziehung) und 5 (Kostenaufstellung) nicht angefochten und damit rechtskräftig geworden. Dies ist vorab festzustellen.

3. Der Beschuldigte beantragte in seiner Berufungserklärung **und in der Berufungsverhandlung** (Urk. 39 S. 2 f. **und Urk. 50 S. 2**) eine Konfrontationseinvernahme mit den beiden Mitbeschuldigten B._____ und C._____ (Beweisantrag 1), den Beizug der "Original-Abschriften der Telefon-Gespräche" des Beschuldigten mit den vorgenannten Mitbeschuldigten vom 2. April 2009 um 16.25 bzw. 16.28

Uhr (Beweisantrag 2) sowie der die vorgenannten Mitbeschuldigten betreffenden Akten (Beweisantrag 3) und die Zeugeneinvernahme von D._____, E._____ und F._____ (Beweisantrag 4).

Zu den beantragten Zeugeneinvernahmen von D._____, E._____ und F._____ ist auszuführen, dass diese Personen gemäss der Begründung des Beweisantrages keine Ahnung vom damaligen Kokainerwerb des Beschuldigten hatten und damit gar nicht wissen konnten, ob dieser die Absicht hatte, das auf ihm sichergestellte Kokain an sie abzugeben oder selbst zu konsumieren. Der Beschuldigte konnte auch geplant haben, ihnen Kokain zum Probieren anbieten, ohne sie über dessen Erwerb vorgängig zu informieren. Seine Absicht kann durch diese Zeugeneinvernahmen nicht bewiesen werden. Relevante Erkenntnisse sind daher aus der Einvernahme der genannten Personen nicht zu erwarten, weshalb darauf verzichtet werden kann.

Was die beantragten Konfrontationseinvernahmen betrifft, so sind auch daraus keine den Beschuldigten entlastenden neuen Erkenntnisse zu erwarten. Die Aussage des Mitbeschuldigten C._____, er glaube, das Kokain sei für den Beschuldigten selber oder für eine Party bestimmt gewesen (Urk. 4/3 S. 1), ist für die Erstellung des Sachverhaltes nicht relevant, da, wie noch zu zeigen sein wird, hierfür bereits die Aussagen des Beschuldigten selbst ausreichend sind. Der Mitbeschuldigte B._____ wiederum hatte bereits in der Untersuchung jeglichen Kokainkonsum von ihm selbst oder vom Beschuldigten bestritten, was von der Vorinstanz mit überzeugender Begründung als unglaubhaft qualifiziert wurde (Urk. 38 S. 13 f.). Unter diesen Umständen ist nicht zu erwarten, dass erneute gleich lautende Aussagen für die Sachverhaltserstellung von Relevanz sein könnten. Von entsprechende Einvernahmen ist daher abzusehen.

Zum beantragten Aktenbeizug wiederum ist festzuhalten, dass, wie schon die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 5. Dezember 2011 ausgeführt hatte (Urk. 27 S. 3), die für das vorliegende Verfahren relevanten Einvernahmeprotokolle bereits Eingang in die Akten gefunden haben und die Verteidigung nicht im Geringsten substantiiert, inwiefern die übrigen Akten aus den Verfahren gegen die Mitbeschuldigten die Sachverhaltsdarstellung des Beschuldigten stützen könnten

respektive weshalb die vorliegende Übersetzung der Tonaufnahmen anzuzweifeln wäre. Diese Beweisanträge der Verteidigung sind daher ebenfalls abzuweisen.

II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Am 2. April 2009 wurden beim Beschuldigten anlässlich einer Personenkontrolle an der ...-Strasse ... in G._____ 9,8 Gramm Kokaingemisch sichergestellt, das er zuvor in der ...-Bar an der ...-Strasse ... in G._____ erworben hatte (Urk. 1/1). Dies wird vom Beschuldigten nicht bestritten (Urk. 3/5 S. 9 f. und Urk. 20 S. 3; Prot. I S. 2). Er macht allerdings geltend, er habe das Kokain nicht zur Weitergabe an Dritte erworben, sondern um es alleine zu konsumieren, **und er habe nicht gewusst, wie viel Kokain er erworben habe** (Urk. 20 S. 3 **und Urk. 49 S. 4**; Prot. I S. 2).

2. Die Anklage stützt sich auf die Aussagen des Beschuldigten selbst **und** auf die im Rahmen der Aktion ... von der Stadtpolizei erhobenen Telefonprotokolle. Die Vorinstanz hat diese Aussagen und Protokolle korrekt wieder gegeben, auf die entsprechenden Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 38 S. 6-8 und 11 f.; **Art. 82 Abs. 4 StPO**). Das gleiche gilt für die Ausführungen der Vorinstanz zur allgemeinen Glaubwürdigkeit der erwähnten Personen (Urk. 38 S. 9 f.).

3. Schon in seinen ersten Einvernahmen am 11. November 2009 hatte der Beschuldigte ausgeführt, das Kokain für eine Party mit Kollegen, insgesamt war **von vier Personen die Rede**, bestellt zu haben (Urk. 3/1 S. 6 und Urk. 3/2 S. 2). Dies korrigierte er während dreier weiterer Einvernahmen nicht (Urk. 3/3, Urk. 3/4 und Urk. 3/5). **Hier liegt kein Übersetzungsfehler vor.** Erst nachdem er gegen den Strafbefehl vom 8. Juni 2011 (Urk. 16) Einsprache erhoben hatte, machte er am 1. November 2011 geltend, das Kokain sei ausschliesslich für seinen Eigenkonsum bestimmt gewesen (Urk. 20 S. 3 und S. 5).

Wie bereits die Vorinstanz korrekt ausgeführt hatte (Urk. 38 S. 10 f.), ist es nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschuldigte, der gemäss eigenen Aussagen

bis zu diesem Zeitpunkt Kokain nur drei bis vier Mal und letztmals vor mehreren Jahren konsumiert hatte, plötzlich zehn Gramm Kokain mit einem ihm unbekanntem Reinheitsgehalt an einem Abend alleine hätte konsumieren wollen, stellte dies doch insbesondere für einen Gelegenheitskonsumenten ein ernsthaftes Gesundheitsrisiko dar. Es drängt sich der Schluss auf, dass diese Menge für mehrere Personen gedacht war.

Die Behauptung des Beschuldigten, niemand habe von seinem Drogenerwerb gewusst, wird durch die Telefonprotokolle seiner Gespräche am 2. April 2009 mit dem Mitbeschuldigten B._____ widerlegt. So erwähnte der Beschuldigte im Gespräch um 16.25 Uhr, er werde "10 Filme" besorgen, und erwarb kurz darauf 10 Gramm Kokain. Auch die beiden weiteren Anrufe, in denen der Beschuldigte B._____ um 17.33 Uhr erzählte, er sei angehalten worden und "es" sei gefunden worden, er habe aber nichts gesagt und werde eine Busse erhalten, und um 18.25 Uhr nachdoppelte, die Sache "sei Scheisse", weil er angehalten worden sei, beziehen sich offensichtlich auf die unmittelbar zuvor um 17.15 Uhr erfolgte Kontrolle durch die Polizei, bei der das Kokain sichergestellt worden war. Dies zeigt auch, dass es klar um 10 Gramm Kokain ging, und nicht um eine geringere Menge. Dass es sich tatsächlich um Filme gehandelt hätte, ist unter diesen Umständen eine reine Schutzbehauptung.

Daran ändern auch die Aussagen des Mitbeschuldigten B._____ in der polizeilichen Einvernahme vom 20. Januar 2010 nichts. Dieser gab dort an, bei den erwähnten Gesprächen sei es um Frauen oder die Uhrzeit gegangen (Urk. 6/1 S. 3), was nicht nur - wie bereits erwähnt - ungläubhaft ist, sondern auch den Ausführungen des Beschuldigten, es sei um Filme gegangen, widerspricht. Bei Filmen wäre es primär nicht um die Quantität, sondern um die Qualität gegangen. Der Mitbeschuldigte C._____ wiederum konnte nur Mutmassungen über die geplante Verwendung des vom Beschuldigten erworbenen Kokains anstellen. Keine dieser Aussagen ist daher geeignet, den Beschuldigten zu entlasten.

4. Aufgrund der obigen Erwägungen ist demnach auf die ersten Aussagen des Beschuldigten, wonach das Kokain für eine Party mit seinen Bekannten bestimmt war, abzustellen. Somit steht fest, dass der Beschuldigte plante, einen Teil

der von ihm erworbenen 10 Gramm Kokaingemisch an Dritte abzugeben. Der Sachverhalt gemäss Strafbefehl vom 8. Juni 2011 ist so erstellt.

5. Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz erweist sich als korrekt, auch was das anzuwendende Recht betrifft. Auf die entsprechenden Erwägungen (Urk. 38 S. 4 f. und S. 14 f.) ist zu verweisen. Art. 19b BetmG kommt nicht zur Anwendung, da bei zehn Gramm einer harten Droge wie Kokain nicht mehr von einer geringfügigen Menge im Sinne dieser Bestimmung ausgegangen werden kann. Die in Art. 19a BetmG privilegierten Vorbereitungshandlungen zum Eigenkonsum wiederum gehen im unbefugten Besitz von Betäubungsmitteln, die mindestens teilweise an Dritte abgegeben werden sollen, auf. Der Beschuldigte ist dementsprechend der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 aBetmG schuldig zu sprechen.

III. Strafzumessung

1. Widerhandlungen gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 aBetmG werden mit Freiheitsstrafe von einem bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen bestraft.

2. Zur objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte mit dem Erwerb von zehn Gramm Kokaingemisch von geringer Reinheit (1,93 Gramm reines Kokain, Urk. 10/2) deutlich unter der Schwelle zum schweren Fall blieb. Es handelte sich auch um ein einmaliges Ereignis und sein Verhalten zeugt nicht von einer allzu grossen kriminellen Energie. Gemäss Anklagesachverhalt war der Beschuldigte auch nicht als Teil des organisierten Drogenhandels tätig. Dass es nicht zur Weitergabe an Dritte kam, ist allerdings nicht seinem Verhalten sondern nur der Kontrolle durch die Polizei zu verdanken. Die objektive Tatschwere wiegt daher noch leicht.

Subjektiv fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte nicht aus finanziellen Motiven handelte, sondern um das Kokain an einer Party zusammen mit seinen Be-

kannten zu konsumieren. Dagegen handelte er mit direktem Vorsatz und zeigte auch eine gewisse **Schlaueit** beim Vorgehen, indem er den geplanten Erwerb nicht offen, sondern nur codiert am Telefon mit dem Mitbeschuldigten B._____ besprach. Demgegenüber ist zu seinen Gunsten zu berücksichtigen, dass es sich um einen einmaligen Ausrutscher handelte, nachdem er jahrelang keine Drogen konsumiert hatte. Die subjektive Tatschwere ist daher noch als leicht zu betrachten.

Aufgrund der Tatkomponenten erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe von 120 Tagen als angemessen.

3. Bezüglich der persönlichen Verhältnisse kann vornehmlich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 38 S. 17). Hinzuzufügen ist, **dass den Angaben des Beschuldigten zufolge seine Ehefrau gesundheitsbedingt zurzeit weniger, nämlich nur noch Fr. 200.-- bis Fr. 300.-- pro Monat, verdient (Urk. 49 S. 3).**

Auf das Strafmass haben die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten keine Auswirkungen.

4. Wie bereits die Vorinstanz korrekt ausführte (Urk. 38 S. 17 f.), ist das Geständnis des Beschuldigten bezüglich des Besitzes von Kokain nicht zu seinen Gunsten zu werten, da er dies erst ablegte, nachdem das Kokain auf seiner Person sichergestellt worden war. Weitere Strafzumessungsgründe liegen nicht vor.

Die Täterkomponente hat demnach keinen Einfluss auf die Strafzumessung.

5. Schon aufgrund des Verschlechterungsverbot**es bzw. gemäss Art. 40 ff. StGB** kann keine Freiheitsstrafe ausgefällt werden. Die von der Vorinstanz ausgesprochene Geldstrafe von 120 Tagessätzen, unter Anrechnung von insgesamt 91 Tagen Untersuchungshaft, ist folglich zu bestätigen. Angesichts der **knappen** finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten erweist sich ein Tagessatz von Fr. 30.-- als angemessen.

6. Bereits aufgrund des Verschlechterungsverbot ist dem Beschuldigten der bedingte Strafvollzug zu gewähren und die Probezeit auf 2 Jahre festzusetzen.

IV. Kosten

Ausgangsgemäss sind dem Beschuldigten die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen aufzuerlegen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 16. Januar 2012 bezüglich Dispositiv-Ziffern 4 (Einziehung) und 5 (Kostenaufstellung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 aBetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 30.--, wovon 91 Tagessätze als durch Untersuchungshaft geleistet gelten.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositiv-Ziffer 6) wird bestätigt.

5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.-- und dem Beschuldigten auferlegt.
6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich, Betäubungsmitteldelikte und organisierte Kriminalitätsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich, Betäubungsmitteldelikte und organisierte Kriminalität
 - die Bundesanwaltschaftund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

7. Rechtsmittel:

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

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, von der Zustellung 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

Zürich, 7. September 2012

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic.iur. Spiess

lic.iur. Hafner