

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB120288-O/U/cs

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Spiess, Vorsitzender, Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim, Ersatzoberrichterin lic. iur. Bertschi sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Leuthard

Urteil vom 18. Januar 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

bisher amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____,

neu verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

gegen

Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **mehrfaches Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
9. Februar 2012 (DG110191)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 13. Juli 2011 (Urk. 16) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig
 - des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c, d sowie lit. a in Verbindung mit lit. g BetmG,
 - der Gehilfenschaft im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG und Art. 25 StGB, sowie
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 16 Monaten (wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist), teilweise als Zusatzstrafe zu der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. September 2009 ausgefallten Strafe, sowie mit einer Busse von Fr. 500.–.
3. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
5. Die sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Lagernummer ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

- Fr. 3'600.– ; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 4'988.– Kosten der Kantonspolizei
- Fr. 2'000.– Gebühr Anklagebehörde
- Fr. Kanzleikosten
- Fr. 4'820.– Auslagen Untersuchung
- Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt, aber abgeschrieben. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 62 S. 2 f.)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Februar 2012 sei aufzuheben;
2. auf die Anklage Ziffern 1.3 und 1.5 sei nicht einzutreten;

auf die Anklage Ziffern 1.1, 1.2 und 1.6 sei bzgl. Tatbestände, welche sich vor dem 10. September 2009 ereignet haben sollen, nicht einzutreten;

eventualiter sei der Beschuldigte freizusprechen;
3. der Beschuldigte sei vom mehrfachen Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a i.V.m. lit. g BetmG sowie der Gehilfenschaft i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG und Art. 25 StGB frei zu sprechen;

4. eventualiter sei der Beschuldigte des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 lit. b und c sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig zu sprechen;
5. der Beschuldigte sei eventualiter mit einer bedingten Zusatzstrafe zum Strafbefehl vom 10. September 2009 in der Höhe von 90 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie einer Busse von Fr. 500.– zu bestrafen, verbunden mit einer Weisung zum Kokainentzug gemäss Art. 44 Abs. 2 StGB;
6. eventualiter sei eine allfällig unbedingt ausgesprochene Strafe zugunsten einer Massnahme aufzuschieben;
7. die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens sowie der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten seien neu zu verteilen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % MWSt. zu Lasten des Staates.

- b) Der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich:
(schriftlich, Urk. 44)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Das Gericht erwägt:

I. Prozessuales

1. Berufungsanmeldung

1.1. Mit Eingabe vom 9. Februar 2012 meldete der Beschuldigte über seinen damaligen amtlichen Verteidiger Dr. X1. _____ Berufung gegen das gleichentags ergangene Urteil der Vorinstanz an (Urk. 36, Art. 399 Abs. 1 StPO).

Am 21. Mai 2012 bescheinigte die Verteidigung den Empfang des begründeten Entscheids (Urk. 38/1). Die Berufungserklärung trägt den Poststempel vom 29. Mai 2012 und wurde damit rechtzeitig eingereicht (Urk. 40, Art. 399 Abs. 3 StPO).

1.2. Die Staatsanwaltschaft ergriff kein Rechtsmittel (vgl. insb. Urk. 44).

2. Berufungsbegründung / Umfang der Berufung

2.1. Der Beschuldigte hat das erstinstanzliche Erkenntnis nicht angefochten, soweit er darin des Vergehens gegen Art. 19 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit lit. g BetmG, begangen durch das Treffen von Anstalten zur Verarbeitung von Betäubungsmitteln, schuldig gesprochen wurde (Dispositiv Ziff. 1, teilweise; Anklage Ziffer 5; Urk. 40 S. 3, Urk. 39 S. 24 f., 30 f. und 44). Diese Beschränkung der Berufung ist verbindlich (Art. 399 Abs. 1 StPO). Entgegen den Vorbringen der Verteidigung (Urk 62 S. 11 f.) kann der Umfang der Anfechtung nach Ablauf der Rechtsmittelfrist nicht mehr ausgedehnt werden (Luzius Eugster, Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, N 6 zu Art. 399 StPO). Daran vermag auch ein Verteidigerwechsel nichts zu ändern.

Unter Ziffer 2 der Anklageschrift wird dem Beschuldigten vorgeworfen, zwischen dem 21. Februar 2009 und dem 21. Januar 2010 wöchentlich rund 100 Gramm Haschisch und eine unbekannte Menge Marihuana gekauft und diese Betäubungsmittel mit Gewinn an zahlreiche Abnehmer weiterverkauft zu haben. Die

Vorinstanz gelangte zum Schluss, dieser Sachverhalt lasse sich nicht rechtsgenügend erstellen und sprach den Beschuldigten deshalb insoweit frei, ohne dies jedoch im Dispositiv explizit festzuhalten (Urk. 39 S. 18 ff.; vgl. auch S. 37). Die vormalige Verteidigung des Beschuldigten hat diesen Freispruch offensichtlich übersehen und deshalb in der Berufungserklärung vom 29. Mai 2012 Bestreitungen vorgebracht (Urk. 40 S. 2). Erwartungsgemäss hat sich der aktuelle Verteidiger nicht gegen den Freispruch gewandt (Urk. 62 S. 8), weshalb dieser als nicht angefochten gilt.

Nicht gerügt wurden sodann die Einziehung und Vernichtung der sichergestellten Betäubungsmittel und -utensilien und die Kostenfestsetzung (Dispositiv Ziff. 5 und 6).

Mittels Beschluss ist festzustellen, dass das bezirksgerichtliche Urteil insoweit in Rechtskraft erwachsen ist.

2.2. Ausdrücklich oder sinngemäss angefochten sind dagegen die weiteren Schuldsprüche (Dispositiv Ziff. 1), die Strafzumessung (Ziff. 2 f.), die Verweigerung des bedingten Strafvollzugs (Ziff. 4) sowie die Kostenaufgabe (Ziff. 7).

3. Nichteintreten / ne bis in idem

Die Verteidigung beantragt, auf die Anklageziffern 3 und 5 sei generell, sowie auf die Anklageziffern 1, 2 und 6 sei bezüglich der Tatbestände, welche sich vor dem 10. September 2009 ereignet haben sollen, nicht einzutreten (Urk. 62 S. 2 ff.).

3.1 Weshalb auf Anklageziffer 3 nicht eingetreten werden soll, begründet die Verteidigung nicht und ist auch nicht ersichtlich. Der Begründung der Berufung lässt sich vielmehr entnehmen, dass der Beschuldigte bezüglich Anklageziffer 3 einen Freispruch fordert (Urk. 62 S. 9 f.), auch wenn die Verteidigung dies lediglich eventualiter beantragt (Urk. 62 S. 2 und 5). Auf den Eventualantrag der Verteidigung, der Beschuldigte sei bezüglich Anklageziffer 3 freizusprechen, ist aber erst beim Schuldpunkt einzugehen.

3.2 Was Anklageziffer 5 betrifft, ist noch einmal festzuhalten, dass der diesbezügliche Schuldspruch infolge Einschränkung der Berufung in Rechtskraft erwachsen ist, weshalb der betreffende Nichteintretensantrag der Verteidigung ins Leere zielt.

3.3 Der Nichteintretensantrag betreffend Anklageziffern 1, 2 und 6 begründet die Verteidigung damit, dass die darin geschilderten Sachverhalte, soweit sie sich vor dem 10. September 2009 ereignet haben sollen, bereits mittels Einstellungsverfügung und Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. September 2009 rechtskräftig abgeurteilt seien (Urk. 62 S. 3 ff.).

Bezüglich Anklageziffer 2 wurde der Beschuldigte von der Vorinstanz - wie bereits erwähnt - freigesprochen. Dieser Freispruch ist in Rechtskraft erwachsen, weshalb der diesbezügliche Nichteintretensantrag als gegenstandslos zu betrachten ist.

Anklageziffer 6 betrifft den Betäubungsmittelkonsum des Beschuldigten, welcher unbestritten geblieben ist (Urk. 62 S. 12). Im Sinne der den Anträgen folgenden Begründung im Plädoyer der Verteidigung (Urk. 62 S. 10 f.) ist daher davon auszugehen, dass es sich dabei um einen offensichtlichen Verschrieb handelt und die Verteidigung ein Nichteintreten auf Anklageziffer 4 bezweckte.

Somit stellt sich nur noch in Bezug auf Anklageziffern 1 und 4 die Frage, ob aufgrund der Einstellungsverfügung respektive des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. September 2009 von einer bereits abgeurteilten Sache (res judicata) auszugehen ist bzw. ob die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. September 2009 (beigez. Akten G-SU1/2009/1021, Urk. 13) eingestellte Untersuchung zu Recht mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 13. Mai 2011 (Urk. 11) wieder aufgenommen wurde. Auf diese Frage ist zum besseren Verständnis im Rahmen der Prüfung des Schuldpunkts einzugehen.

4. Verteidigerwechsel

Mit Schreiben vom 17. August 2012 teilte Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____ dem Gericht unter Beilage einer entsprechenden Vollmacht mit, er sei vom Beschuldigten als erbetener Verteidiger mandatiert worden (Urk. 45). Der Beschuldigte bedurfte damit keiner amtlichen Verteidigung mehr, weshalb Dr. X1. _____ mit Verfügung vom 22. August 2012 entlassen wurde (Urk. 46).

5. Aktenbeizug

Im Berufungsverfahren wurden die Akten der Belastungsperson B. _____ beigezogen. Davon wurde die Verteidigung am 10. Januar 2013 in Kenntnis gesetzt (Urk. 60).

6. Entbindung der Staatsanwaltschaft vom Erscheinen

Die Staatsanwaltschaft wurde auf Gesuch hin und im Einvernehmen mit der Verteidigung von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung dispensiert (Urk. 44 und 56 f.).

II. Schuldpunkt

A. Anklage Ziffer 1

1. Anklagevorwurf

Die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich legt A. _____ unter Ziffer 1 der Anklageschrift (Urk. 16) zusammengefasst zur Last, zwischen Anfang Januar 2008 und dem 21. Januar 2010 durchschnittlich wöchentlich 20 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgrad von über 70 Prozent zum Grammpreis von 65 bis 80 Franken von B. _____ und weiteren - unbekannt gebliebenen - Lieferanten gekauft zu haben, wobei die Übergaben meist an seinem Arbeitsort, einer in die Geschäftsräumlichkeiten seiner Freundin integrierten "Hausbar mit Alkoholausschank", in C. _____ erfolgt seien. Die Anklagebehörde listet in diesem Zusam-

menhang ein Dutzend zwischen dem 2. Mai 2008 und dem 25. Mai 2009 erfolgte Telefongespräche auf, anlässlich welcher der Beschuldigte mehr als 180 Gramm Kokaingemisch bei B._____ bestellt haben soll.

Nur einen kleineren Teil des so erworbenen Rauschgifts habe der Beschuldigte selbst konsumiert oder gelegentlich für den sofortigen gemeinsamen Konsum unentgeltlich an andere Personen abgegeben. Den grössten Teil habe er den mehr oder weniger regelmässig wiederkehrenden Stammgästen seiner Bar (insgesamt etwa 50 Personen) nach dem Selbstbedienungsprinzip zum Kauf angeboten, indem er das Gemisch in einem angegliederten Zimmer bereitgelegt habe. Die Abnehmer hätten sich dort mit der gewünschten Menge eindecken, das Kokain sogleich an Ort und Stelle schnupfend konsumieren und den geschuldeten Betrag von 90 bis 100 Franken pro Gramm in einem Behältnis deponieren können. Auf diese Weise habe der Beschuldigte rund zwei Kilogramm Kokaingemisch verkauft und einen Gewinn von mehreren 10'000 Franken erzielt, womit er unter anderem seinen Eigenkonsum finanziert habe.

2. Sachverhalt

2.1. Vorbemerkungen

Im Folgenden ist zunächst zu prüfen, welche Erkenntnisse die Untersuchung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich erbrachte. Danach ist mittels Vergleich zu eruieren, ob sich dieser Sachverhalt relevant im Sinne von Art. 323 Abs. 1 StPO von demjenigen unterscheidet, der Grundlage für die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. September 2009 war. Davon hängt ab, ob die durch die letztgenannte Behörde eingestellte Untersuchung als von der erstgenannten zu Recht wieder aufgenommen betrachtet werden kann, was eine Prozessvoraussetzung für die Beurteilung dieser Anklagevorwürfe darstellt.

Die Vorinstanz hat die relevanten Aussagen der Belastungsperson B._____ und des Beschuldigten sowie den Inhalt der massgeblichen Telefongespräche zwischen den beiden dargelegt (Urk. 39 S. 6 ff.). Darauf kann zunächst ebenso ver-

wiesen werden wie auf die ausführliche Sachverhaltswürdigung (a.a.O., S. 13 ff.), der beizupflichten ist, soweit davon im Folgenden nicht abgewichen wird.

2.2. Aussagen von B._____

In der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 2. März 2010 legte B._____, der zuvor die ihm vorgeworfenen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz weitgehend bestritten hatte (vgl. insb. Urk. 4/6, 4/7, 4/8 S. 3 f., 4/10 S. 1 bis 4), ein umfassendes Geständnis ab. Er führte unter anderem aus, dem Beschuldigten ab 2008 Kokain in 20 Gramm-Portionen, die sie jeweils als "Jeans" bezeichnet hätten, verkauft zu haben, wobei die Drogen von diesem teils sofort bezahlt, teils in Kommission übernommen worden seien (Urk. 4/11 S. 2, 4, 5). Welche Menge insgesamt die Hand gewechselt habe, sei ihm jedoch nicht mehr in Erinnerung. Weiter habe er dem Beschuldigten auch Cannabis verkauft, und zwar jeweils für 50 Franken 4 Gramm (Urk. 4/11 S. 4). Soweit von Wodka die Rede gewesen sei, habe es sich im Übrigen nicht um ein Codewort für eine andere Substanz gehandelt, sondern sei es tatsächlich um dieses Getränk gegangen.

Knapp 3 ½ Monate später bestätigte B._____ anlässlich der Konfrontationseinvernahme mit dem Beschuldigten, hinsichtlich des Drogenhandels mit ihm wahrheitsgemäss ausgesagt zu haben (Urk. 3/7 S. 2). Er habe ihm ab 2008 bis zur (eigenen) Verhaftung (Anfang September 2009) Kokain verkauft, ganz am Anfang auch etwas "Gras" bzw. Marihuana (S. 2 und 4). Ein Paar "Jeans" hätten 20 Gramm entsprochen. Der Grammpreis habe sich auf ca. 70 bis 80 Franken belaufen, je nach Qualität, die meistens schlecht gewesen sei, weshalb der Beschuldigte auch immer wieder "gemotzt" bzw. ständig reklamiert und die Drogen öfters zurückgegeben habe (S. 2 f. und 5). Die Bestellungen seien teils telefonisch erfolgt, die Bezahlung sofort oder wenn man sich wieder getroffen habe. Mitunter habe ein Bekannter des Beschuldigten die Ware bei ihm abgeholt (S. 3). Zu wie vielen Lieferungen es gekommen sei bzw. welcher Teil der 2 bis 3 Kilogramm, die B._____ insgesamt verkauft habe, an den Beschuldigten gegangen sei, wisse er nicht mehr (S. 3 und 4). A._____ sei aber mengenmässig kein "grosser" Abnehmer gewesen (S. 4). Auf Nachfrage des Beschuldigten erklärte die Belastungsperson erneut, nicht mehr sicher zu wissen, wie oft der Beschuldigte ihm Kokain

abgekauft habe, doch seien es sicher ein oder zwei Mal gewesen (S. 4 und 5). Befragt nach Cannabis-Geschäften gab B. _____ an, dem Beschuldigten vor sechs Jahren einige Male Cannabis für 50 Franken, entsprechend 4 Gramm, gebracht zu haben (S. 4). Auf Ergänzungsfrage des Beschuldigten, was er von "20 Gramm Indoorgras für Fr. 200.-" wisse, antwortete B. _____, es könne sein, dass er ihm so etwas in den Laden gebracht habe, wo es Leute gehabt habe, die solches gewollt hätten (a.a.O.).

2.3. Aussagen des Beschuldigten

Der Beschuldigte gab bei der Polizei, vor dem Staatsanwalt und vor Vorinstanz zu, von B. _____ zwei bis drei Mal 5 Gramm und einmal 10 Gramm Kokain bezogen zu haben (Urk. 3/1 S. 6, 7 und 9, 3/2 S. 2, 3/5 S. 19, 3/8 S. 1, 3/9 S. 7, 32 S. 3 und 4). Der Preis habe dabei Fr. 60.– bis Fr. 70.– betragen (Urk. 3/2 S. 2, Urk. 3/8 S. 2). Es habe sich dabei aber um schlechte Qualität ("Schrott", "...-Scheiss") gehandelt, weshalb er den Rest zurückgegeben habe, was allerdings nur möglich gewesen sei, soweit die Ware noch nicht angebrochen gewesen sei (Urk. 3/8 S. 1, 3/9 S. 7). Der anlässlich von Telefongesprächen verwendete Begriff "Jeans" sei entgegen der Behauptung B. _____s kein Synonym für Kokain gewesen, sondern habe Marihuana bezeichnet. Solches Indoor-Gras habe er denn auch telefonisch bei B. _____ bestellt und gekauft, und zwar in Portionen à 20 Gramm (Urk. 3/1 S. 9 f., 3/2 S. 1 f. und 3, 3/4 S. 8 f., 3/5 S. 15, 3/6 S. 2, 32 S. 4). In der ersten Befragung erklärte der Beschuldigte, nicht mehr zu wissen, wie oft dies der Fall gewesen sei (Urk. 3/1 S. 9). Später sprach er von fünf bis zwanzig Käufen von jeweils 20 bis 60 Gramm Marihuana (Urk. 3/4 S. 10 f. und 14, 3/8 S. 2).

Weiter räumte der Beschuldigte wie schon in der Untersuchung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl ein, zwischen dem 2. Mai 2007 und dem 20. Februar 2009 mit 10 bis 12 weiteren Kollegen jeweils 20 Gramm Kokaingemisch pro Woche (welches von verschiedenen Lieferanten - allerdings nicht von B. _____ - gestammt habe) erworben zu haben (Urk. 3/9 S. 4 und 10, Urk. 3/2 S. 4, 3/9 S. 4, vgl. auch Urk. 3/1 S. 10).

Alsdann erklärte er in der ersten Einvernahme der wiederaufgenommenen Untersuchung, er verkaufe in der Bar Kokain an die Konsumenten (Urk. 3/1 S. 3). Es sei klar, dass er dafür bezahlt werde. Wenn Leute zu ihm kämen, dann kaufe er es immer direkt dafür ein (Urk. 3/1 S. 4). Das Kokain werde stets gleich in der Werkstatt konsumiert (S. 3). Wenn die Konsumenten "nach hinten" gingen, um Koks zu nehmen, dann würden sie einfach das Geld hinlegen.

Im Verlauf der Untersuchung präzisierte bzw. korrigierte der Beschuldigte diese Aussage allerdings. Er gab an, in der Bar werde "gar nichts verkauft" (Urk. 3/9 S. 4). Es gehe lediglich um kollektiven Einkauf und Konsum (a.a.O. und Urk. 32 S. 6). Hingewiesen auf seine anfänglichen Aussage und darauf, dass nicht verständlich sei, weshalb seine Kunden noch einmal bezahlen müssten, wenn sie sich doch bereits beim kollektiven Kauf des Kokains durch Zusammenlegen des Kaufpreises beteiligt hätten, führte der Beschuldigte an einem Beispiel aus, jenes Vorbringen habe sich auf den Fall bezogen, dass ein Teil der Stammgäste Geld zusammengelegt und so kollektiv Kokain für den Eigenkonsum erworben hätten, danach aber weitere Teilnehmer bzw. Stammgäste, die noch nichts bezahlt gehabt hätten, aus dem Sack mitkonsumiert hätten; diese hätten dann "anstaltshalber" (gemeint wohl: anstandshalber) eine 20er oder 50er -Note für den Schnupf, den sie genommen hätten, hingelegt (Urk. 3/9 S. 4 und 9). Es sei mit dem Kokain aber nie Gewinn bzw. eine Marge erzielt worden, sondern von den Mitkonsumenten immer nur der Einstandspreis verlangt bzw. bezahlt worden. Ausserdem sei der Konsum fortlaufend und gemeinsam in den Bar-Räumlichkeiten erfolgt.

2.4. Sachverhaltswürdigung

2.4.1. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb B._____ den Beschuldigten hinsichtlich der Kokaingeschäfte zu Unrecht belastet haben sollte.

Wohl ist nicht auszuschliessen, dass er sein Geständnis ablegte, um (früher) aus der Untersuchungshaft entlassen zu werden. Mitgespielt haben könnte auch, dass er enttäuscht oder gar erbost darüber war, dass ihn der Beschuldigte bereits zuvor der Verstrickung in den Drogenhandel (insbesondere mit D._____) bezichtigt hatte, was die Chancen, dass seinen bisherigen Bestreitungen Glauben ge-

schenkt würde und er einer massiven Bestrafung entgehen könnte, nachhaltig verringerte (vgl. etwa Urk. 3/1 S. 6 ff. und Urk. 4/10). B. _____ erklärte seine über lange Zeit aufrecht erhaltenen Bestreitungen denn auch mit Angst vor den Konsequenzen (Urk. 4/11 S. 1), womit - neben der bereits von der Vorinstanz erwähnten Furcht vor Vergeltungsmassnahmen der Mittäter (Urk. 39 S. 14) - auch die strafrechtlichen Folgen eines nachgewiesenen massiven Drogenhandels für ihn selbst gemeint sein können.

Diese Erkenntnisse allein führen aber nicht zum Schluss, dass die Ausführungen B. _____s zum Drogenhandel mit dem Beschuldigten erfunden sind. Es ist legitim und beschlägt die Glaubhaftigkeit seiner Aussagen in keiner Weise, wenn B. _____ sich in der Hoffnung zum Geständnis entschloss, daraufhin aus der Haft entlassen zu werden. Gegen eine Falschbelastung aus Rache spricht sodann zunächst, dass B. _____ den Beschuldigten in der Untersuchung nach wie vor als Kollegen bezeichnete (wie dieser umgekehrt auch B. _____); das zeigt nicht nur, dass keine grundsätzliche Feindschaft vorbestand, sondern deutet auch darauf hin, dass B. _____ nicht derart wütend auf den Beschuldigten (wegen dessen Belastungen im Strafverfahren) war, dass er sich gleichsam zu unwahren Aussagen hätte hinreissen lassen. Ein weiteres, gewichtigeres Indiz für die Richtigkeit der Depositionen B. _____s bildet, dass diese nicht einseitig auf die Belastung bzw. auf Tathandlungen des Beschuldigten ausgerichtet sind. B. _____ gab vielmehr im gleichen Zug zu, in weiteren Belangen, mit denen der Beschuldigte nichts zu tun hatte, intensiv im Drogenhandel tätig gewesen zu sein und dabei nicht weniger als zwei bis drei Kilogramm Kokain verkauft zu haben; er gab hierzu teilweise detaillierte, bisher nicht bekannte Informationen preis und belastete sich und andere damit weitaus schwerer als den Beschuldigten. Ihm gegenüber hielt sich B. _____ mit der Zuordnung von Tathandlungen sogar sehr zurück, indem er explizit nur von "sicher einem oder zwei" Kokaingeschäften sprach bzw. diesbezüglich eine Erinnerungslücke geltend machte und den Beschuldigten als "von der Menge her kein Grosser" bezeichnete.

Im Weiteren stimmen die Aussagen von B. _____ und A. _____ immerhin insofern überein, als der Beschuldigte zugibt, B. _____ zwischen Anfang 2008 und Spät-

sommer 2009 (nebst Marihuana) Kokain abgekauft zu haben. Umstritten ist allein, in welchem Umfang dies der Fall war.

B._____ gab diesbezüglich in beiden Befragungen an, wenn von einer "Jeans" die Rede gewesen sei, dann seien damit 20 Gramm Kokain gemeint gewesen. Nach der Darstellung des Beschuldigten war "Jeans" dagegen ein Codewort für Marihuana und habe er - abgesehen von den zugegebenen 20 bis 25 Gramm Kokain - von B._____ nur diese weiche Droge bezogen. B._____ gab demgegenüber an, dem Beschuldigten mit einer möglichen Ausnahme nur ganz am Anfang und nur wenige Gramm Marihuana geliefert zu haben.

Darauf, dass die Deposition B._____, wonach das Wort "Jeans" Kokain bedeute, den Tatsachen entspricht, weist schon die Erkenntnis hin, dass B._____ sich wohl kaum damit belastet hätte, dem Beschuldigten solch gefährliches Rauschgift verkauft zu haben, wenn die (Haupt-)handelsware nur aus "Gras" bestanden hätte.

Es fällt sodann auf, dass sich der Beschuldigte und B._____ am Telefon auf eine überaus vorsichtige, verklausulierte Art unterhalten, wie sie im Cannabis-Handel mit relativ kleinen Mengen von jeweils 20 bis maximal 60 Gramm (wie sie der Beschuldigte mit B._____ getätigt haben will) nicht üblich ist, sehr wohl aber bei (jegli-chen) Geschäften mit harten Drogen.

Auch die recht aufwändigen Transportvorkehren (zum Teil wurde etwa eigens ein Chauffeur eingesetzt) deuten darauf hin, dass nicht bloss Cannabis-Produkte geliefert wurden. Die Erklärung des Beschuldigten, man habe wegen der Geruchsmission von Marihuana die öffentlichen Verkehrsmittel (ZVV, Taxi) gescheut, überzeugt nicht. Es ist problemlos möglich, Verpackungen zu beschaffen, in denen solche Ware (zumindest während einiger Zeit) geruchsdicht transportiert werden kann.

Der Beschuldigte selbst gab sodann in der ersten Befragung (der Haftenahme) zunächst an, er habe von B._____ nichts anderes als Kokain bezogen, insbesondere kein Marihuana, da solche Pflanzenteile bei ihm nicht geraucht worden seien. Als er dann damit konfrontiert wurde, dass die von ihm geführten Telefon-

gespräche abgehört worden seien und sich daraus ergebe, dass er von B._____ weit mehr Bezüge getätigt habe als die bisher zugegebenen 20 Gramm Kokain, hielt er es plötzlich doch für "möglich", "Indoor-Gras" von diesem bezogen zu haben, und zwar in 20-Gramm-Portionen. Diese Angabe des Beschuldigten erscheint als blosser Schutzbehauptung, zumal die von ihm gelieferte Erklärung, wonach er nicht mehr wisse, weshalb er anfangs die Marihuanabezüge bestritten habe bzw. die nachgeschobene Begründung, er habe dies wohl getan, um früher nach Hause gehen zu können (Urk. 3/9 S. 8), allzu gesucht wirkt, um glaubhaft zu sein.

Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz allerdings, wenn sie gegen die Behauptung des Beschuldigten, es handle sich bei "Jeans" um Marihuana, damit argumentiert, das anlässlich des Telefonats vom 22. Mai 2009 erwähnte "Waschen" (von "Jeans") sei im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln als "Strecken" zu verstehen, "was freilich bei Marihuana wenig Sinn ergäbe" (Urk. 39 S. 15). Das Strecken der Ware macht bei Marihuana ebenso Sinn wie bei anderen Drogen und wird auch - teilweise mit für den Konsumenten gesundheitsschädlichen Mitteln - praktiziert, wie eine Google-Recherche, die zu einer ganzen Anzahl Internetseiten zu diesem Thema führt, ergibt. Indes führt diese Einschränkung nicht zum Schluss, die Aussage B._____'s zur Bedeutung des Begriffs "Jeans" treffe nicht zu. Es fehlt damit bloss an einem weiteren Indiz für die fehlende Glaubhaftigkeit der Bestreitung des Beschuldigten, dessen es aber auch nicht mehr bedarf.

Bei einer Gesamtbetrachtung erweist sich mithin das Vorbringen B._____'s, mit "Jeans" seien 20 Gramm Kokain gemeint gewesen, als glaubhaft, während die Behauptung des Beschuldigten, es sei dabei um Marihuana gegangen, nicht überzeugt.

Gemäss Telefonkontrolle bestellt der Beschuldigte am 13. November 2008 ein paar Jeans, mithin 20 Gramm Kokain, wobei B._____ die Drogen offensichtlich nicht sofort und auch nicht anderntags (innerhalb der gewünschten 24 Stunden) liefern kann, aber am 14. November 2008 verspricht, dass er am 15. November 2008 "Jeans" erhalte und dafür schauen werde, dass "es" dann klappe. Dass die bestellte Ware (von der der Beschuldigte behauptet, es sei nur Marihuana gewe-

sen) dann gar nicht übergeben wurde, behauptete A._____ nicht, weshalb diese Lieferung als erfolgt zu betrachten ist.

Am 28. November 2008 bestellt der Beschuldigte erneut telefonisch "Jeans".

B._____ sagt zu, die Drogen mitzunehmen und sie im "... " einer vom Beschuldigten entsandten Person zu übergeben. Diese solle auch "das andere" (gemeint offensichtlich das Entgelt für die neue Lieferung) mitbringen. Der Beschuldigte vermeint in der Folge, B._____ spreche vom Kaufpreis für eine Lieferung vom Vortag, die entweder nur eine halbe Portion betraf oder bezüglich welcher der Beschuldigte nur die Hälfte bezahlen will, wobei sich schliesslich herausstellt, dass eine solche Lieferung gar nicht erfolgte. Als B._____ sagt, der Beschuldigte müsse ihm einfach etwas geben (offenbar ist B._____ in Geldnot), verspricht der Beschuldigte, ihm 7 Lappen (700 Franken) für die neue Lieferung zu bezahlen und den Rest "grün" (in Form von Haschisch, vgl. die diesbezügliche Aussage des Beschuldigten in Urk. 3/5 S. 17). B._____ antwortet, "grün" wolle er jetzt nicht. Hierauf erklärt der Beschuldigte, B._____ erhalte demnach (jetzt) 7 Lappen und den "Scheiss" irgendwie anderntags. B._____ insistiert, aber das wolle er jetzt momentan nicht, er könne es ein anderes Mal, dies und das, und dann sähen sie weiter. A._____ solle "es" (das Geld) bringen. Dass diese Übergabe von 20 Gramm Kokain, an der beide Seiten ein eminentes Interesse hatten (der Beschuldigte, weil er die Drogen unbedingte wollte, sein Lieferant, weil er Geld brauchte), zustande kam, ist als erstellt zu betrachten, zumal im eine Woche später erfolgten nächsten Telefongespräch vom 5. Dezember 2008 keine Rede davon ist, dass mit dieser Lieferung etwas schief gegangen wäre.

Bemerkenswert ist, dass der sich aus diesem Telefongespräch ergebende (volle) Kaufpreis von 1'400 Franken für die Lieferung eines Paar "Jeans" bzw. von 20 Gramm Betäubungsmittel nicht zur Behauptung des Beschuldigten passt, "Jeans" bedeute Marihuana. Der Beschuldigte sprach in der Untersuchung, befragt zu einer Marihuanalieferung vom Juni 2008, von einem Grammpreis für diese Droge von 10 bis 12 Franken (Urk. 3/5 S. 8). Auch später nannte er Grammpreise in dieser Grössenordnung (Urk. 3/7 S. 4 und 3/8 S. 2). Bedürfte es also

noch eines weiteren gewichtigen Indizes dafür, dass "Jeans" ein Synonym für Kokain war, so wäre es hiermit erbracht.

Anlässlich der Berufungsverhandlung versuchte der Beschuldigte den hohen Preis für ein paar "Jeans" zunächst damit zu erklären, dass er manchmal auch mehrere Portionen Marihuana bzw. mehrere "Jeans" gekauft habe (Urk. 61 S. 6). Dies vermag nicht zu überzeugen, zumal der Beschuldigte in der Untersuchung selbst angab, er hätte von B. _____ unter dem Codewort "Jeans" pro Mal immer zwischen 20, 40 oder 60 Gramm Marihuana gekauft (Urk. 3/4 S. 10 f., 14). Selbst bei der maximal bezogenen Menge von 60 Gramm und dem maximal vom Beschuldigten bezahlten Grammpreis von 12 Franken führt dies bei weitem noch nicht zu einem Preis von 1'400 Franken. Im Anschluss an seine Aussage lieferte der Beschuldigte sogleich - ohne dass ihm eine weitere Frage gestellt worden wäre - eine Alternativbegründung, als wäre er selbst nicht vollends von seinem ersten Erklärungsversuch überzeugt. So gab er an, dass es bei den im Telefongespräch erwähnten 700 Franken um geschäftliche Schulden gegangen sei, welche er bei B. _____ gehabt hätte (Urk. 61 S. 6). Auch diese Aussage ist jedoch als blosser Schutzbehauptungen zu werten, lässt sich dem Telefongespräch doch klar entnehmen, dass das Geld mit einer Lieferung von "Jeans" im Kontext stand.

Am 5. Dezember 2008 bestellt der Beschuldigte gleich zwei Paar Hosen. B. _____ sagt zu und vereinbart ein Treffen in einer Stunde. Auch hier bestehen keine Zweifel, dass die 40 Gramm Kokain geliefert wurden.

Am 18. Mai 2009 teilt B. _____ dem Beschuldigten telefonisch mit, der Abholer solle sich um 18.00 Uhr im Kaffee der Klinik E. _____ einfinden. Er werde dann auch dort sein. Der Beschuldigte erwidert, es sei alles klar und ob er schon die "Jeans" habe, was B. _____ bestätigt und zurückfragt, ob er "es" (das Geld) auch bereit habe. Der Beschuldigte antwortet: "Ja ja sicher". B. _____ vergewissert sich (offensichtlich eine blosser Teilzahlung befürchtend): "Ganz? Oder?". A. _____ beruhigt ihn: "Ja logisch". Auch hier ist davon auszugehen, dass die Übergabe der 20 Gramm Kokain erfolgte.

Am 22. Mai 2009 will B._____ anlässlich eines weiteren Gesprächs mit dem Beschuldigten wissen, ob er zum nächsten Treffen, das für den gleichen Abend vorgesehen ist, "gleich ein Paar Jeans" (also 20 Gramm Kokain) mitnehmen soll, worauf der Beschuldigte mit "ja, logisch" reagiert. B._____ will mit "Aber hast du schon?" wiederum wissen, ob der Beschuldigte das Geld mitbringt. Dieser antwortet mit "Schauen wir, schauen wir, schauen wir" und kritisiert die Qualität der vorangegangenen Lieferung, die er als "unbrauchbar" bezeichnet. B._____ meint, er solle froh sein, dass er es überhaupt erhalten habe. Abgesehen von der ersten Lieferung seien im Übrigen alle gleich (d.h. von gleicher Qualität) gewesen. Der Beschuldigte beschwichtigt: "Ja gut, alles klar. Nein, nein, schon gut, easy." B._____ will wissen, ob der Beschuldigte auf jeden Fall bereit sei. Dieser gibt an, er sei parat, ".." (offenbar die Abholer) kämen aber erst etwas später. Dass die Übergabe der Ware dann nicht stattfand, behauptet der Beschuldigte nicht, so dass davon auszugehen ist, dass die Lieferung erfolgte.

Die Vorinstanz geht sodann von zwei weiteren Kokain-Lieferungen aus, die am 2. (20 Gramm) und 5. Mai 2008 (40 Gramm) erfolgt sein sollen (Urk. 39 S. 16). Im Gespräch vom 2. Mai 2008 bestellt der Beschuldigte "eins, von mir aus auch zwei", in demjenigen vom 5. Mai 2008 "zwei". Dass hier von Kokain die Rede ist, geht aus dem Telefonprotokoll nicht hervor. Das Codewort "Jeans" wird nicht verwendet. Der Beschuldigte erklärte indes, nachdem ihm das Telefongespräch vom 2. Mai 2008 vorgespielt worden war, es seien damit ebenfalls "Jeans" gemeint gewesen (Urk. 3/5 S. 2). Es handelte sich mithin um Kokain, das am folgenden Nachmittag geliefert wurde (a.a.O., S. 2). Im Gespräch vom 5. Mai 2008 forderte der Beschuldigte B._____ lakonisch auf, "zwei" zu machen. Es ist nicht zweifelhaft, dass es sich dabei um eine Bestellung derselben Substanz handelte, die der Beschuldigte, ebenfalls mit einer blossen Zahlenangabe, drei Tage vorher geordert hatte. Der Sachverhalt ist mithin auch diesbezüglich als erstellt zu betrachten.

Soweit anlässlich der Telefonate von "Wodka" gesprochen wird, handelt es sich dabei hingegen - entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft - offensichtlich nicht um ein Codewort für Kokain, haben doch sowohl der Beschuldigte als auch

B._____ ausgeführt, dass es dabei jeweils tatsächlich um ein Produkt dieses alkoholhaltigen Getränks gegangen sei, das der Beschuldigte vertreibe. Aus der Verwendung dieses Begriffs lassen sich mithin keine weiteren Kokainlieferungen herleiten.

Auch an anderen hinreichend konkreten und tragenden Anhaltspunkten für den Anklagevorwurf, der Beschuldigte habe während rund zwei Jahren wöchentlich 20 Gramm Kokaingemisch von B._____ gekauft, mangelt es. Insbesondere sind die von der Untersuchungsbehörde genannten Telefongespräche vom 10. Juni 2008, 19. November 2008, 17. Dezember 2008, 4. Februar 2009 und 25. Mai 2009 für einen solchen Nachweis ungeeignet, führt die Staatsanwaltschaft doch selber aus, dass darin nicht von einer bestimmten Menge Kokain die Rede ist.

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte bei insgesamt 7 Kokainübergaben, die zwischen dem 2. Mai 2008 und dem 22. Mai 2009 stattfanden, insgesamt 180 Gramm Kokaingemisch von B._____ erhalten hat. Was den Kaufpreis betrifft, so betrug dieser gemäss den Angaben des Beschuldigten in der vorliegenden Untersuchung maximal 80 Franken pro Gramm.

Von den genannten 180 Gramm Kokaingemisch ist die Menge in Abzug zu bringen, die der Beschuldigte selber konsumierte oder gelegentlich für den sofortigen gemeinsamen Konsum unentgeltlich an andere Personen abgab (vgl. dazu Anklageziffer 6), nämlich monatlich 3 Gramm, woraus für den massgeblichen Zeitraum von rund 20 Monaten (2. Mai 2008 bis zur Verhaftung am 21. Januar 2010) 60 Gramm resultieren.

Die Vorinstanz ist mit zutreffender Begründung, auf die zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden kann, von einem Reinheitsgrad von 33 Prozent ausgegangen (ähnlich Fingerhuth/Tschurr, BetmG-Kommentar, Zürich 2007, N 176 zu Art. 19). Die verbleibenden 120 Gramm Kokaingemisch entsprechen damit knapp 40 Gramm der Reinsubstanz.

Der unwiderlegbaren Angabe des Beschuldigten in der Befragung vom 21. Januar 2010 zufolge ist schliesslich davon auszugehen, dass sich die Zahl der Kokainkonsumenten in der Bar des Beschuldigten auf 10 bis 12 Personen belief.

Diese Personen schnupften im Hinterzimmer der Bar die 120 Gramm Kokaingemisch, die der Beschuldigte von B._____ gekauft hatte.

Dass der Beschuldigte dafür von den Konsumenten mehr als den bei B._____ bezahlten Einstandspreis verlangt hätte (was er wie erwähnt mit Vehemenz bestritt), ist entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft und der Vorinstanz nicht erstellt. Wohl behauptet die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift einen Ankaufspreis von 65 bis 80 Franken und einen Verkaufspreis von 90 bis 100 Franken. Die beiden letztgenannten Beträge entnahm sie aber offensichtlich den Aussagen des Beschuldigten im Verfahren bei der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, im Rahmen welcher A._____ 90 bis 100 Franken als in der Regel bezahlten Ankaufspreis bei den Kollektivbestellungen bezeichnet hatte (beigez. Akten G-SU1/2009/1021, Urk. 7 S. 1 f. und 7). Auch in jener Schlusseinvernahme erklärte er unwiderlegbar, "das Ganze" habe nur seinem Konsum gedient, er "verdiene nichts" mit der Angelegenheit". Es gebe "keinen Gewinn bei der Sache", sondern es koste ihn nur Aufwand.

2.4.2. Insgesamt kauften der Beschuldigte und die Stammgäste der Bar gemäss den insoweit glaubhaften Aussagen des Beschuldigten in den beiden in der ersten und der zweiten (bzw. der wieder aufgenommenen) Untersuchung kollektiv während knapp zwei Jahren wöchentlich 20 Gramm Kokain zur Deckung des Eigenkonsums und desjenigen der Mitkonsumenten. Dass der Beschuldigte persönlich die über seine (oben dargelegten) Käufe bei B._____ hinaus gehende Menge beschafft hätte, ist entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft nicht erstellbar.

3. Anklagezeitraum von Anfang Januar 2008 bis 20. Februar 2009: Ne bis in idem?

3.1. Entscheide

Mit Verfügung vom 10. September 2009 stellte die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl eine Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten teilweise ein (beigez. Akten G-SU1/2009/1021, Urk. 13) und erliess gleichzeitig einen Strafbefehl (a.a.O., Urk. 12). Mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich wurde die formell rechtskräftig eingestellte Untersuchung wieder aufgenommen (Urk. 11).

3.1.1. Strafbefehl

Im rechtskräftigen Strafbefehl wurde der Beschuldigte des mehrfachen Vergehens gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 aBetmG schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu 70 Franken, unter Verweigerung des bedingten Strafvollzugs, sanktioniert, weil er

- im Dezember 2008 und im Februar 2009 insgesamt 6 Gramm Kokain an F._____ veräussert hatte,

- vom 2. Mai 2007 bis zum 20. Februar 2009 zusammen mit weiteren, namentlich nicht bekannten Personen durchschnittlich 400 Gramm Haschisch monatlich bei unbekanntem Verkäufern erworben hatte, um dieses an seinem Arbeitsort zum Einkaufspreis, der ihm jeweils im Voraus bezahlt worden war, an die übrigen Käufer für deren Eigenkonsum abzugeben, wobei er am 20. Februar 2009 im Mitbesitz von insgesamt 872.7 Gramm Haschisch war und

- am 20. Februar 2009 an seinem Arbeitsort insgesamt 180.8 Gramm Marihuana aufbewahrte (beigez. Akten G-SU1/2009/1021, Urk. 12 S. 3).

Weiter wurde in diesem Strafbefehl eine Busse von 500 Franken für den Konsum von wöchentlich 2 bis 3 Gramm Kokain und 4 bis 5 Gramm Haschisch in der Zeit vom 2. Mai 2007 bis zum 20. Februar 2009 ausgefällt, wobei festgehalten wurde, dass der Beschuldigte diese Drogen jeweils von unbekanntem Verkäufern an unbekanntem Orten zum Eigenkonsum erworben habe. So sei er am 20. Februar

2009 im Mitbesitz von 29.6 Gramm Kokain (enthaltend 21.4 Gramm Reinsubstanz) gewesen, welche Drogen er zusammen mit anderen Käufern für den gleichzeitigen und seinen eigenen Konsum erworben gehabt habe.

3.1.2. Einstellungsverfügung

Eingestellt wurde die Untersuchung betreffend qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz einerseits, weil F._____ seine Aussage, seit zwei Jahren regelmässig wöchentlich 1 bis 3 Gramm Kokain vom Beschuldigten gekauft zu haben, widerrufen bzw. im obgenannten Sinn (bloss zweimaliger Kauf von total 6 Gramm Kokain) korrigiert hatte. Zum anderen wurde die Einstellung der auf Art. 19 Ziff. 2 aBetmG bezogenen Untersuchung damit begründet, "dass der Beschuldigte glaubhaft habe darlegen können, dass er das bei ihm aufgefundene Kokain jeweils nur zusammen mit anderen gegen Vorauszahlung einkaufe und dieses anschliessend an seinem Arbeitsort von allen Käufern fortlaufend gemeinsam, zum Teil auch unentgeltlich von anderen Personen, konsumiert werde". Daher habe der Verdacht auf eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz nicht erhärtet werden können, weshalb die Untersuchung gegen den Beschuldigen in diesem Punkt einzustellen sei (beigez. Akten der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, Unt.Nr. G-SU1/2009/1021, Urk. 13 S. 2).

3.1.3. Wiederaufnahmeverfügung

Mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 13. Mai 2011 wurde die Untersuchung mit folgender Begründung wieder aufgenommen: "Im Einstellungszeitpunkt war der damals zuständigen Verfahrensleitung ... nicht bekannt, dass der Beschuldigte bereits seit Anfang Juli 2008 zunächst als Unbekannter '..' in einer durch die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich geführten Strafuntersuchung stand, in deren Verlauf auch gerichtlich genehmigte geheime Überwachungsmaßnahmen angeordnet wurden. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse (Telefonprotokolle) sowie die späteren Aussagen des Beschuldigten und weiterer Beteiligten lassen das damalige Tatverhalten des Beschuldigten nunmehr in einem etwas anderen Licht erscheinen. Insbesondere erhärtete sich der dringende Tatverdacht aufs Neue, dass der Beschuldigte bereits im damals

relevanten Zeitpunkt (Anfang 2008 bis zum 20. Februar 2009) einen schwunghaften Handel mit deutlich über der Grenze zum schweren Fall liegenden Kokainmengen betrieben haben dürfte" (Urk. 11 S. 1).

3.2. Würdigung

3.2.1. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl ging - basierend auf der Darstellung des Beschuldigten in der Schlusseinvernahme (Unt.Nr. G-SU1/2009/1021, Urk. 7 S. 1 ff.), die sie für glaubhaft erachtete - in ihrer Einstellungsverfügung und dem Strafbefehl vom Sachverhalt aus, der Beschuldigte habe nie selber Kokain direkt bei einem Drogenhändler gekauft, im Gegensatz zum Haschisch, das er meist selbst "bestellt" (gemeint: besorgt) habe. Vielmehr habe er einzig im Rahmen von Kollektivbestellungen von Stammgästen (es seien seit Jahren die gleichen 10 bis 12) Vorauszahlungen geleistet, wobei dann jeweils einer derselben die gesamthaft benötigte Menge gekauft habe. Den von ihm bestellten Anteil habe er dann selbst fortlaufend und gleichzeitig mit den anderen im Hinterzimmer der Bar konsumiert, gelegentlich auch anderen unentgeltlich abgegeben. Anders verwendet habe er lediglich die 6 Gramm, die er abgezweigt und F. _____ im Tausch gegen ein elektrisches Kabel, dessen Wert 500 Franken betragen habe, übergeben habe (was mit Strafbefehl geahndet wurde). Wenn weitere Personen einen Teil des Kokains hätten kaufen wollen, seien sie abgewiesen worden (S. 3).

Art. 19b aBetmG bestimmt, dass nicht strafbar ist, wer nur den eigenen Konsum vorbereitet oder Betäubungsmittel zur Ermöglichung des gleichzeitigen und gemeinsamen Konsums unentgeltlich abgibt, wenn es sich um geringfügige Mengen handelt (angemerkt sei, dass diese Bestimmung im aktuellen Betäubungsmittelrecht, abgesehen vom explizit implementierten Jugendschutz, inhaltlich unverändert ist).

Dementsprechend sah die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl im geschilderten Verhalten des Beschuldigten (abgesehen vom Konsum) kein strafbares Tun und stellte die Untersuchung ein.

Hingegen bestrafte sie den Beschuldigten wegen Haschischhandels im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 aBetmG (obschon es sich auch dabei um Kollektivbestellungen handelte), weil er dieses bei unbekanntem Verkäufers selbst beschafft und hernach den Stammgästen - die eine Vorauszahlung geleistet hatten - zum Eigenkonsum abgab, die dann das Betäubungsmittel teilweise ebenfalls im Barbereich konsumierten, es mitunter aber auch mitnahmen.

3.2.2.1. Die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl erwuchs in (formelle) Rechtskraft.

Ein durch Einstellungsverfügung rechtskräftig beendetes Verfahren kann jedoch wieder aufgenommen werden, wenn der Staatsanwaltschaft neue Tatsachen bekannt werden, die für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der beschuldigten Person sprechen und (kumulativ) sich nicht bereits aus den früheren Akten ergeben (Art. 323 Abs. 1 StPO, vgl. auch Art. 11 Abs. 2 StPO).

Die Wiederaufnahme knüpft mithin an neue Beweismittel und Tatsachen an, die - wären sie im Zeitpunkt der Einstellung der Staatsanwaltschaft bekannt gewesen - nicht zu einer Einstellung geführt hätten (Schmid, Praxiskommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2009, N 3 zu Art. 323).

Die bloss nachträgliche Entdeckung einer falschen rechtlichen Würdigung des bei der Einstellung bereits bekannten Sachverhalts genügt dagegen nicht. Einer Wiederaufnahme stände diesfalls das Verbot der doppelten Strafverfolgung (ne bis in idem) entgegen.

Die Untersuchung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich ergab hinsichtlich des Sachverhalts betreffend den eingeklagten Zeitraum vom Anfang Januar 2008 bis zum 20. Februar 2009 (die nachfolgenden Ereignisse sind separat zu würdigen, da sie von der Einstellungsverfügung nicht erfasst sind) insbesondere eine neue, relevante Erkenntnis: Nicht nur die anderen Stammgäste, auch er selbst hat Kollektivbestellungen durch Kokainkäufe bei einem Drogenhändler ausgeführt. Er hatte also nicht nur in dem Sinne passiv Kokain erworben, als er solches von einem anderen Stammgast, der es im Rahmen der Sammelbestellungen gekauft

und ihm und den Mitkonsumenten hernach zur Verfügung gestellt hatten übernommen, sondern war selbst aktiv geworden, indem er beim Drogenhändler B._____ für die Personen, die sich an der Kollektivbestellung gegen Vorauszahlung des Einstandspreises beteiligt hatten, einkaufte und die Drogen diesen Konsumenten hernach zum fortlaufenden und gemeinsamen Konsum abgab.

3.2.2.2. Damit stellt sich die Frage, ob sich der Beschuldigte durch dieses Tun im Sinne von Art. 19 BetmG (anwendbar ist das neue Recht, wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, Urk. 39 S. 25 f.) strafbar gemacht hat. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl hat dies wie erwähnt für den Haschischhandel (bei dem der Beschuldigte ebenfalls als Einkäufer aktiv geworden war) bejaht, die Vorinstanz nun auch für die Käufe A._____s bei B._____.

Fingerhuth/Tschurr vertreten im bereits zitierten Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz die Auffassung, dass derjenige, der im Auftrag von Kollegen eine geringfügige Menge Betäubungsmittel zum gleichzeitigen und gemeinsamen Konsum kauft und sie ihnen dann zum gleichen (anteilmässigen) Preis abgibt, im Sinne von Art. 19b BetmG straflos bleibe bzw. eine solche Abgabe als "unentgeltlich" im Sinn dieser Bestimmung zu betrachten sei, zumal Gehilfenschaft zum Konsum straflos sei (a.a.O., N 7 zu Art. 19b BetmG). Diese Argumentation vermag jedoch, wie Schubarth/Albrecht zutreffend einwenden (Schubarth/Albrecht, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19-28 BetmG], 2. Aufl. Bern 2007, N 9 zu Art. 19b BetmG), nicht zu überzeugen, weil sie dem Wortsinn der in Art. 19b BetmG verlangten Unentgeltlichkeit widerspricht. Die Empfänger der Betäubungsmittel erbringen nämlich mit der Bezahlung des anteilmässigen Preises eine Gegenleistung, was eine unentgeltliche Abgabe begrifflich ausschliesst. Dass die Gehilfenschaft zum Konsum generell straflos ist, trifft im Übrigen zwar zu, aber nur solange diese Unterstützung nicht stoffbezogen ist und folglich keine Tathandlung des Art. 19 BetmG erfüllt.

Der Beschuldigte kann sich damit nicht zu seiner Entlastung auf Art. 19b BetmG berufen.

3.2.3. Die Untersuchung wurde somit von der Staatsanwaltschaft Zürich zu Recht wieder aufgenommen.

Im Übrigen kann ergänzend bezüglich der rechtlichen Würdigung auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 39 S. 26 ff.). Der Beschuldigte hat sich mit dem Erwerb von 120 (von insgesamt 180) Gramm Kokaingemisch von B._____ und der Abgabe an Dritte des Vergehens gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetrMG schuldig gemacht. Obschon die gehandelte Reinsubstanz 18 Gramm deutlich übersteigt, liegt - wie das Bezirksgericht zutreffend begründet hat (a.a.O., S. 27 f.) - kein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetrMG vor, weil angesichts der Konsummodalitäten und des begrenzten Konsumentenkreises von 10 bis 12 Personen nicht angenommen werden kann, dass die Gesundheit von 20 oder mehr Menschen gefährdet wurde.

4. Anklagezeitraum vom 21. Februar 2009 bis zum 21. Januar 2010

Was das unter Anklage Ziffer 1 eingeklagte Verhalten des Beschuldigten im Zeitraum vom 21. Februar 2009 bis zum 21. Januar 2010 betrifft, so ist im Ergebnis keine abweichende rechtliche Würdigung angezeigt. Es kann analog auf die bereits ergangenen Erwägungen verwiesen werden. Die kollektiven Einkäufe und die Weitergabe von Kokain durch den Beschuldigten fallen unter dieselben Bestimmungen, weshalb der Beschuldigte entsprechend schuldig zu sprechen ist.

B. Anklage Ziffer 3

1. Anklagevorwurf

Unter Anklage Ziffer 3 wird dem Beschuldigten vorgeworfen, er habe zwischen Januar 2008 und September 2009 in den Geschäftsräumlichkeiten der G._____ GmbH für den ihm seit längerer Zeit als Drogenhändler bekannten B._____ mit einem sogenannten Schmelzpunkttester mindestens 20 Mal die Qualität von Kokaingemisch getestet oder B._____ das Gerät nach entsprechender Unterweisung überlassen, damit dieser das von ihm zu diesem Zweck in Einzelmengen von jeweils 50, 100 oder 200 Gramm mitgebrachte Kokaingemisch selber habe testen können. Die Qualitätstests hätten B._____ bei der Festlegung eines ange-

messenen Verkaufspreises geholfen und dem Kokainabsatz Vorschub geleistet. Dem Beschuldigten sei bewusst gewesen, dass sich seine Dienste auf eine Kokainmenge von deutlich mehr als einem Kilogramm bezogen hätten, wobei diese Menge, unabhängig von den jeweiligen Testergebnissen, eine gesundheitliche Gefahr für eine Vielzahl von Konsumenten dargestellt hätten.

2. Sachverhalt

Die Vorinstanz hat sich eingehend und zutreffend mit diesem Sachverhalt auseinandergesetzt und ist mit Recht zum Ergebnis gelangt, dass der Anklagevorwurf für den Zeitraum von Januar 2008 bis Juli 2009 erstellt ist (Urk. 39 S. 20 ff.). Darauf kann verwiesen werden.

Der Beschuldigte hat diesen Anklagepunkt denn auch in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung ausdrücklich anerkannt (Urk. 32 S. 5). Schon in der Untersuchung hatte er die einzelnen Sachverhaltselemente mehrmals zugegeben (vgl. Urk. 3/1 S. 7 f., 3/2 S. 2, 3/9 S. 7). Sein Geständnis deckt sich mit den Aussagen B.____s. Zweifel an seinem Geständnis verbleiben damit nicht.

3. Rechtliche Qualifikation

Mit überzeugender Begründung, auf die abermals verwiesen werden kann, hat die Vorinstanz hergeleitet, dass und weshalb sich der Beschuldigte durch die Instruktion B.____s und das Überlassen der Testvorrichtung wegen Gehilfenschaft zum Drogenhandel im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 lit. a BetmG in Verbindung mit Art. 25 StGB schuldig gemacht hat.

Dies entspricht auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach derjenige, welcher den Reinheitsgrad von Drogen für andere testet, als Gehilfe gilt (BGE 115 IV 59 = Pra 78 [1989] Nr. 212). Ob er dabei eine Maschine verwendet oder die Drogen durch den Konsum einer Probemenge testet, kann rechtlich keinen Unterschied machen.

Der Beschuldigte wusste insbesondere als Besitzer des Schmelzpunkttesters, Kokainabnehmer von B.____ und Drogenkonsument ganz genau, dass dieser

nicht im Sinne einer Freizeitbeschäftigung oder aus wissenschaftlichem Interesse mindestens zwanzig Mal bei ihm insgesamt viele hundert Gramm Kokaingemisch auf den Reinheitsgehalt prüfte, sondern dieses Tun letztlich der Förderung des Drogenhandels, genauer des Kokainverkaufs und noch präziser der Preisfestlegung diene, und es war ihm auch klar, dass er damit letztlich der Gefährdung einer Vielzahl potentieller Konsumenten Vorschub leistete. Dass die Qualitätskontrolle B. _____ (oder D. _____) überdies als Grundlage für Reklamationen gegenüber dem oder den Lieferanten des Kokains nützlich gewesen sein könnte, was in der Anklageschrift nicht explizit erwähnt wird, ändert nichts zugunsten des Beschuldigten.

Unerfindlich ist nach dem Gesagten, was die frühere Verteidigung des Beschuldigten mit der Beanstandung, es fehle der "deliktische Sinnbezug" (Urk. 40 S. 2), ausdrücken will. Dieser liegt wie gezeigt in optima forma vor. Eine weitere Konkretisierung der Verkäufe oder gar der Abnehmer ist für die Tatbestandserfüllung nicht erforderlich. Anlässlich der Berufungsverhandlung brachte der Beschuldigte hierzu vor, B. _____ habe den Tester nur gebraucht, um eine Methode zu finden, das Kokain zu strecken, ohne dass es mit dem Tester nachgewiesen werden könne (Urk. 61 S. 6 f.). Diese Aussage erscheint nachgeschoben und vermag den Beschuldigten im Übrigen nicht zu entlasten. Das Überlassen des Testers fördert den Drogenhandel, unabhängig davon, ob der Test der Ermittlung des Kaufpreises oder dazu diene, die Konsumenten hinters Licht zu führen, indem man ihnen Drogen von schlechter Qualität zum Preis für Gute verkauft. So gibt denn der Beschuldigte selbst an, Drogen würden gestreckt, um damit Gewinn zu machen (a.a.O.).

Die aktuelle Verteidigung wandte gegen die rechtliche Würdigung der Vorinstanz ein, das Verhalten des Beschuldigten habe die strafbare Handlung von B. _____ nicht begünstigt. B. _____ hätte das Kokaingemisch auch verkauft, wenn er über den genauen Reinheitsgehalt keine Kenntnis gehabt hätte (Urk. 62 S. 9). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt als Hilfeleistung jeder kausale Beitrag, der die Tat fördert, so dass sich diese ohne Mitwirkung des Gehilfen anders abgespielt hätte. Nicht erforderlich ist, dass es ohne die Hilfeleistung nicht zur Tat

gekommen wäre. Die Förderung der Tat genügt (BGE 120 IV 265). Wie oben dargelegt hat das Verhalten des Beschuldigten die Dealertätigkeit von B. _____ erleichtert. Ob das Kokain auch verkauft worden wäre, wenn keine Tests durchgeführt worden wären bzw. ob das Testen des Kokains für B. _____ eine "conditio sine qua non" für den anschliessenden Verkauf darstellte, ist in rechtlicher Hinsicht unerheblich.

Ebenso wenig vermag das Vorbringen den Beschuldigten zu entlasten, er selbst habe das Kokain gekauft, welches er getestet habe (Urk. 61 S. 7). Aus den Akten geht klar hervor, dass das getestete Kokain auch an andere Abnehmer verkauft wurde. So sagte B. _____, dass der Beschuldigte von der Menge her kein grosser Abnehmer gewesen sei. Er sei zwar oft dort (bei ihm) gewesen, habe aber (nur) getestet (Urk. 3/7 S. 4). Zudem hat der Beschuldigte in der Untersuchung selbst angegeben, B. _____ habe regelmässig - sicher 20 Mal - bei ihm Kokain auf seinen Reinheitsgrad getestet (Urk. 3/1 S. 8, 3/2 S. 2, 3/9 S. 7), wohingegen er aber nur zwei- oder dreimal von B. _____ Kokain gekauft haben will (Urk. 3/1 S. 6 f., 3/5 S. 19, 3/9 S. 7).

C. Anklage Ziffer 4

Unter Ziffer 4 der Anklageschrift wirft die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten vor, er sei zum Zeitpunkt seiner Verhaftung am 21. Januar 2011 (recte: 2010, vgl. auch Urk. 33 S. 2) im Besitz von insgesamt 5 Gramm Kokaingemisch, 42 Gramm Haschisch, 6 Ecstasy-Tabletten und diversen Marihuanaportionen mit einem Gesamtgewicht von 460 Gramm gewesen. Diese Betäubungsmittel habe er zu unterschiedlichen Zeitpunkten von unterschiedlichen Lieferanten erworben (siehe Anklageziffern 1 und 2) oder zu Testzwecken erhalten und danach in seiner Wohnung und in den Räumlichkeiten der G. _____ GmbH teils für den Eigenkonsum (siehe Anklageziffer 6), teils für die Rückgabe (Testmuster) und teils für den Weiterverkauf aufbewahrt.

Was die sichergestellten Betäubungsmittel betrifft, so kann dem Beschuldigten nicht nachgewiesen werden, dass er diese - soweit es sich nicht ohnehin (auch gemäss Anklageschrift) um zur Rückgabe bestimmte Testmuster handelte - nicht

selber konsumiert oder den 10 bis 12 Stammgästen unentgeltlich zum fortlaufenden und gemeinsamen Konsum zur Verfügung gestellt hat.

Die Anklageschrift ist bezüglich des Anteils der für den Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmittel reichlich unbestimmt, und auch die von der Vorinstanz zitierten Aussagen des Beschuldigten, von denen sich diejenige in der ersten Befragung (Urk. 3/1 S. 2) übrigens nur auf 3 Gramm Kokain und 30 Gramm Haschisch bezieht, reichen nicht aus, um zu belegen, was von der aufgefundenen Ware für einen Weiterverkauf zum Einstandspreis oder sogar mit einer Marge vorgesehen war.

Der Beschuldigte ist daher insoweit freizusprechen.

D. Anklage Ziffer 6

1. Unter Ziffer 6 der Anklageschrift wirft die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten vor, vom 21. Februar 2009 bis zu seiner Verhaftung am 21. Januar 2010 an seinem Arbeitsplatz und gelegentlich auch an anderen Orten rund 2 bis 3 Gramm Kokain pro Monat und rund 4 bis 5 Gramm Haschisch pro Woche konsumiert zu haben.

2. Der Sachverhalt ist angesichts des Geständnisses in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung (Urk. 32 S. 4), an dessen Richtigkeit - entgegen der Auffassung der ehemaligen Verteidigung in der Berufungserklärung (Urk. 40 S. 3) - zu zweifeln kein Anlass besteht, erstellt. Dass der Beschuldigte den Konsum reduziert hat, wurde - wie auch die Vorinstanz festgestellt hat (Urk. 39 S. 25) - in der Anklageschrift bereits berücksichtigt.

3. Die Vorinstanz hat in rechtlicher Hinsicht richtigerweise auf einen mehrfachen Verstoss gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG erkannt (Urk. 39 S. 31 f.). Allerdings handelt es sich bei diesem Tatbestand nicht, wie in der Urteilsbegründung irrtümlich angeführt, um ein Vergehen (Urk. 39 S. 32), sondern um eine Übertretung. Dieses Versehen wurde aber in der Gesamtwürdigung und im Dispositiv korrigiert, weshalb sich Weiterungen erübrigen.

E. Zusammenfassung

Der Beschuldigte ist somit zudem des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG, der Gehilfenschaft im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG und Art. 25 StGB, sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig zu sprechen.

Freizusprechen ist der Beschuldigte, soweit ihm in Anklage Ziffer 4 der Besitz bzw. die Aufbewahrung von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 lit. d BetmG vorgeworfen wird.

III. Strafzumessung

1. Keine Zusatzstrafe

Der Beschuldigte wurde mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 10. September 2009 (beigez. Akten G-SU1/2009/1021, Urk. 12) bestraft. Die vorliegend zu sanktionierenden Taten hat er teilweise vor und teilweise nach dieser Verurteilung begangen.

Gleichwohl ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 39 S. 32 f.) keine teilweise Zusatzstrafe zum Strafbefehl auszufällen. Im Strafbefehl wurde der Beschuldigte mit einer Geldstrafe belegt. Heute wird eine Freiheitsstrafe auszusprechen sein.

Die Bildung einer Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB ist bei nicht gleichartigen Strafen nicht möglich. Diese sind kumulativ zu verhängen, da das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden. Das gilt auch für die Bildung einer Zusatzstrafe bei retrospektiver Konkurrenz nach Art. 49 Abs. 2 StGB. Demnach ist es ausgeschlossen, eine Freiheitsstrafe als Zusatzstrafe zu einer Geldstrafe als Grundstrafe auszusprechen (BGE 137 IV 57 E. 4.3).

2. Strafrahmen

Die Vorinstanz hat den Strafrahmen korrekt bemessen. Auf die entsprechenden Erwägungen kann denn auch verwiesen werden (Urk. 39 S. 33 f.).

3. Weitere Strafzumessungsregeln

Auch die anzuwendenden Strafzumessungsregeln finden sich bereits im bezirksgerichtlichen Urteil und brauchen hier nicht wiederholt zu werden.

4. Strafe

4.1. Gehilfenschaft zum Verkauf von Betäubungsmitteln (Anklage Ziffer 3)

Was die objektive Tatschwere betrifft, so hat der Beschuldigte dadurch, dass er B._____ während 1 ½ Jahren seinen Schmelzpunkttester zur Qualitätskontrolle von Kokain zur Verfügung stellte und ihn bezüglich der Benutzung instruierte, einen nicht unwesentlichen Beitrag zum Drogenhandel geleistet, wie schon der Umstand zeigt, dass B._____ mindestens monatlich beim Beschuldigten auftauchte, um den Reinheitsgrad von Ware zu prüfen. Die Kontrolle diente insbesondere der Preisbestimmung. Die mit den Tests zusammenhängende Menge belief sich sodann jedenfalls auf deutlich mehr als ein Kilogramm Kokaingemisch. Der Beschuldigte verlangte aber für die Überlassung des Geräts und die Instruktion kein Entgelt. Die kriminelle Energie, die seinem Verhalten inne wohnte, kann noch als gering bezeichnet werden. Gesamthaft betrachtet wiegt die objektive Tatschwere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Gehilfenschaft vorliegt, was zu einer starken Strafreduktion führt, sehr leicht.

In subjektiver Hinsicht ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte nicht auf eine Bereicherung aus war. Es handelte sich um einen - allerdings falsch verstandenen - Freundschaftsdienst für den Kollegen B._____.

Nicht berücksichtigt werden kann eine verminderte Schuldfähigkeit. Von einer eigentlichen Abhängigkeit von Suchtstoffen kann bei einem Schnupfen von höchstens 3 bis 4 Gramm Kokain pro Monat (also weniger als einem Gramm pro Woche), welches sich im Wesentlichen auf den gemeinsamen Konsum mit Kollegen

bzw. Stammgästen am Wochenende und allenfalls - auf Wunsch der "Nachtpartnerin" - einen "Schnupf" beim Sex (a.a.O., Urk. 5 S. 7) beschränkt, nicht gesprochen werden, auch wenn dieser Konsum wie hier insgesamt über lange Zeit erfolgte. Der Beschuldigte konsumierte offensichtlich aus Vergnügen, nicht aus einer Sucht heraus. Er erklärte denn auch in der vorliegenden Untersuchung, er konsumiere "das Übliche, d.h. gelegentlich Kokain und mal was Haschisch" (Urk. 3/1 S. 2) und bezeichnete sich in beiden Untersuchungen nie als drogenabhängig. Dazu passt, dass er das Kokainschnupfen spätestens Anfang 2010 wegen finanzieller Knappheit auf zwei Mal pro Monat (Urk. 2/10 S. 4) reduzieren konnte und ab September 2011 bis mindestens Ende Mai 2012, also jedenfalls während 8 Monaten, sogar totalabstinent lebte (Urk. 32 S. 6, Urk. 34 S. 11 und Urk. 40 S. 3), ohne je in einer Einvernahme zu behaupten, dies zu erreichen sei für ihn schwierig gewesen oder er hätte dazu gar einer ärztlichen Behandlung bedurft. Daran ändert nichts, dass der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung angab, Neujahr 2013 einen Rückfall gehabt zu haben und zwei Linien Kokain genommen zu haben (Urk. 61 S. 5). Vielmehr passt auch dies in das soeben aufgezeichnete Bild. Entgegen der Auffassung der früheren Verteidigung (Urk. 34 S. 14) ging übrigens auch die Staatsanwaltschaft weder in der Anklageschrift (Urk. 16, insb. S. 4) noch im Plädoyer davon aus, der Beschuldigte sei drogensüchtig. Sie nahm zwar jahrelangen Konsum an (was zutrifft), bezeichnete A._____ aber - auch nach dem persönlichen Eindruck in der Untersuchung - als "Gelegenheits- und Genussdelinquenten, der seinen Konsum jederzeit im Griff hat" (Urk. 33 S. 6).

Nur am Rande sei erwähnt, dass selbst dann, wenn eine Kokainabhängigkeit angenommen werden könnte, keine Strafreduktion wegen verminderter Schuldfähigkeit Platz greifen könnte. Es ist gerichtsnotorisch, dass die Fähigkeit zur Einsicht in das Unrecht eines Betäubungsmitteldelikts wie das vorliegende (und selbst eines viel schwereren) durch das Schnupfen von höchstens 3 bis 4 Gramm Kokain monatlich und das Rauchen von 4 bis 5 Gramm Haschisch pro Woche nicht beeinträchtigt ist. Dafür bedarf es keines Gutachtens. Wo eine Drogenabhängigkeit vorliegt und der Täter gehandelt hat, um seinen Konsum zu finanzieren, wird hingegen regelmässig angenommen, dass sich der Delinquent trotz sei-

ner Einsicht in das Unrecht der Tat wegen des Drangs, seine Sucht zu befriedigen, nicht habe zurückhalten können, und dies wird im Sinne einer reduzierten Steuerungsfähigkeit strafmindernd berücksichtigt. In casu erzielte der Beschuldigte aber gar keinen Ertrag aus der Überlassung des Testers und der Instruktion. Er beging die Tat nicht, um den Eigenkonsum zu finanzieren. Die Tat hängt somit nicht mit dem Drogenkonsum des Beschuldigten zusammen.

Gesamthaft betrachtet wiegt die subjektive Tatschwere aber auch ohne den Strafreduktionsgrund der verminderten Schuldfähigkeit leicht.

Für diese Straftat erweist sich angesichts der geschilderten Umstände, insbesondere der stark strafreduzierend zu berücksichtigenden Tatsache, dass nur eine unentgeltliche Gehilfenschaft geleistet wurde, eine deutliche Unterschreitung der Mindeststrafe für einen schweren Fall (der sich allein aus der Menge ergibt, die B._____ jeweils zum Testen mitbrachte und später zu verkaufen gedachte, denn für den Test allein genügten nach den glaubhaften Angaben jeweils eine kleine Menge der jeweiligen Liefermenge) von Betäubungsmitteldelinquenz als gerechtfertigt.

Die Einsatzstrafe ist auf 6 Monate festzusetzen.

Aus dem Vorleben und den persönlichen Verhältnissen ergibt sich nichts für die Strafzumessung Relevantes.

Das weitgehende Geständnis wirkt sich erheblich strafsenkend aus. Darüber hinaus zeigte er sich faktisch kooperativ, indem er durch seine Aussagen zum Drogenhandel B._____s über dessen Drogenhandel (mit anderen Personen), die diesem denn auch vorgehalten wurden, zu dessen Überführung beitrug.

Erheblich strafferhöhend wirken sich die 4 bis zur vorliegenden Tatbegehung ausgefallten - wenn auch von der Strafhöhe her nicht besonders gewichtigen - Vorstrafen des Beschuldigten aus, wobei vor allem der Haschischhandel ins Gewicht fällt, mit dem der Beschuldigte ungeachtet aller Strafen, auch des Vollzugs von drei Monaten Freiheitsstrafe, immer wieder von neuem anfang. Ob es sich bei den Vorstrafen um Beschaffungskriminalität gehandelt hat oder nicht, hat - entgegen

der Ansicht der Verteidigung (Urk. 62 S. 16) - keinen Einfluss auf die Strafzumessung. Der Beschuldigte delinquierte zudem teilweise während bereits laufender Strafuntersuchung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl.

Insgesamt wiegen sich die strafferhöhenden und -mindernden Momente auf, weshalb sich die Einsatzstrafe nicht verändert.

4.2. Kauf und Verkauf von Kokain (Anklage Ziffer 1)

Was die Beschaffung und Abgabe von Kokain angeht, so ist die objektive Tatschwere als leicht einzustufen.

Zwar erstreckte sich das strafbare Verhalten des Beschuldigten über mehr als 1 ½ Jahre und versorgte er die Stammgäste dabei mit immerhin 120 Gramm Kokaingemisch bzw. rund 40 Gramm reinem Kokain. Die Beschaffung erfolgte aber (ausser zum Eigenkonsum, was straflos ist) lediglich im Rahmen von Kollektivbestellungen für den fortlaufenden und gemeinsamen Wochenendkonsum der Stammgäste, und dieser Kreis war auf 10 bis 12 Personen beschränkt (womit kein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG vorliegt). Eine Gefahr, dass das Kokain sonstwie in Verkehr gekommen wäre, bestand nicht. Der Beschuldigte erzielte sodann keine finanziellen Vorteile, sondern gab die Drogen zum Einkaufspreis weiter. Freilich stellte er zusätzlich die Infrastruktur für den Konsum in seiner Bar zur Verfügung.

Mit Bezug auf die subjektive Tatschwere ist festzuhalten, dass der Beschuldigte sein Tun als Dienstleistung für die ihm kollegial verbundenen Stammgäste verstand, wobei auch diese (insgesamt sogar mehrheitlich, wie der Gesamtkonsum zeigt) gleichartige Kollektivbestellungen ausführten, indem einer von ihnen Kokain für alle beschaffte. Er wollte sich denn auch nicht bereichern.

Eine strafsenkend zu veranschlagende Verminderung der Schuldfähigkeit ist auch hier nicht auszumachen. Es kann auf das bereits Gesagte verwiesen werden.

Zur Täterkomponente und zum Nachtatverhalten kann ebenfalls vorab auf die oben erfolgte Strafzumessung verwiesen werden. Abweichend ist jedoch festzu-

halten, dass der Beschuldigte auch nach dem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, mit dem er wegen Kokain- und Haschischhandels zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu 70 Franken verurteilt wurde, wobei die Strafe vollzogen wurde, unverdrossen wie zuvor weiter delinquierte.

Sodann zeigte sich der Beschuldigte ungeständig.

Wäre eine selbständige Strafe für die vorliegende Tat auszusprechen, wäre diese auf 6 Monate Freiheitsstrafe festzusetzen.

4.3. Anstaltentreffen zur Lagerung und Verarbeitung von Betäubungsmitteln (Anklage Ziffer 5)

Die objektive Tatschwere beim Anstaltentreffen zur Lagerung und Verarbeitung von Cannabis-Produkten wiegt leicht. Wohl sollte eine recht grosse Menge von 3 ½ bis 4 Maischefässern frisch geernteter Drogenhanfstauden getrocknet werden, doch bestand die Aufgabe des Beschuldigten (laut Anklageschrift) einzig darin, einen geeigneten Lager- und Trocknungsraum zu finden, was er denn auch erfolgreich tat (vgl. die Telefongespräche vom 2. und 4. Oktober 2008). Der Raum war aber offenbar noch nicht gemietet, sondern sollte vorher erst einmal besichtigt werden. Für die Vermittlung (und allenfalls Vermietung) des Raums hätte der Beschuldigte einen Teil des getrockneten Produkts (Marihuana) erhalten wollen, wobei B._____ in Aussicht stellte, darüber mit den Lieferanten zu verhandeln. Es kam aber nie zur Hanfanlieferung.

In subjektiver Hinsicht ist festzuhalten, dass der Beschuldigte hier Profit aus der Vermittlung des Trocknungsraums schlagen wollte. Dass es aber darum gegangen wäre, mit dem Ertrag (in Marihuana) letztlich eine Kokainsucht zu finanzieren, hat er selbst nie behauptet. Viel näher liegt, dass er sich erhoffte, so zu Marihuana für die Stammgäste (und allenfalls für sich) zu kommen. Auch hier ist nicht davon auszugehen, dass eine verminderte Schuldfähigkeit vorgelegen hätte.

Im Übrigen kann zur Täterkomponente und zum Nachtatverhalten auf die Erwägungen unter Ziff. III.4.1 verwiesen werden, mit der Abweichung, dass der Beschuldigte nicht während laufender Strafuntersuchung handelte.

Insgesamt erweist sich eine Freiheitsstrafe von drei Wochen als angezeigt.

4.4. Für die Vergehen auszufällende Gesamtstrafe

In Anwendung des Asperationsprinzip erweist sich eine Freiheitsstrafe von 10 Monaten als angemessen. Der Anrechnung des einen erstandenen Tages Untersuchungshaft steht nichts entgegen.

Die Ausfällung einer Geldstrafe ist nicht angezeigt, nachdem sich der Beschuldigte in der Vergangenheit weder von gemeinnütziger Arbeit, noch von einer unbedingten Geldstrafe und auch nicht von mehreren unter Gewährung des bedingten Vollzuges ausgefallten, insgesamt 16-monatigen Freiheitsstrafen, ja nicht einmal von einer vollzogenen Freiheitsstrafe von drei Monaten nachhaltig beeindruckt liess.

4.5. Betäubungsmittelkonsum (Anklage Ziffer 6)

Der Beschuldigte konsumierte während rund 11 Monaten 2 bis 3 Gramm Kokain pro Monat und 4 bis 5 Gramm Haschisch pro Woche. Von einer bei der subjektiven Tatschwere zu berücksichtigenden Sucht des Beschuldigten kann wie bereits dargelegt allerdings entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 39 S. 41) nicht die Rede sein.

Auch ohne Vorliegen einer solchen Abhängigkeit erweist sich die von der Vorinstanz ausgefallte Busse von 500 Franken jedoch - insbesondere auch angesichts der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten - nicht als überhöht, weshalb sie zu bestätigen ist.

Die Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall einer Nichtbezahlung ist praxisgemäss auf 5 Tage festzusetzen.

IV. Vollzug

Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs aufgeführt und zutreffend festgehalten, dass die objektiven Bedingungen dafür erfüllt sind.

Der mehrfach und teilweise einschlägig vorbestrafte Beschuldigte hat sich durch die Strafentscheide und auch durch eine laufende Untersuchung nicht nachhaltig beeindrucken lassen und delinquent seit 2005 beinahe ununterbrochen, wie die beigezogenen Akten zeigen. Selbst die Verurteilung zu drei Monaten Gefängnis unter Verweigerung des bedingten Strafvollzuges und der darauf folgende Vollzug dieser Strafe vermochten den Beschuldigten nicht von weiterer Delinquenz abzuhalten. Sodann wusste der Beschuldigte spätestens nach Erlass des Strafbefehls vom 10. September 2009, dass auch die "kollektive" Beschaffung von Drogen (Haschisch), um diese hernach zum Einkaufspreis an die übrigen Käufer zum Eigenkonsum abzugeben, strafbar war. Trotzdem führte er den Handel mit Kokain unter denselben Beschaffungs- und Abgabemodalitäten wie beim Haschisch weiter. Das indiziert eine Schlechtprognose.

Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass sich der Beschuldigte mittlerweile eines Besseren besonnen hätte, bestehen nicht. Dass er sich in Behandlung begeben hat, um dem jüngsten Drogenabusus zu begegnen und keine Bar mit Kokain im Hinterzimmer mehr führt, genügt nicht, zumal seine Taten nicht mit einer Drogenabhängigkeit in Verbindung stehen. Darüber hinaus zeigte sich der Beschuldigte trotz seines weitgehenden Geständnisses nicht einsichtig. Insbesondere gab er noch im Schlusswort an, er stehe zu dem, was er tue. Die Szene werde kriminalisiert (Prot. II S. 11).

Die heute auszusprechende Strafe ist daher zu vollziehen.

V. Massnahme

Die Verteidigung beantragt die Anordnung einer ambulanten Massnahme unter Aufschub des Strafvollzugs im Sinne von Art. 63 Abs. 1 und 2 StGB.

Gemäss Abs. 1 von Art. 63 StGB kann das Gericht unter anderem bei einem von Suchtstoffen abhängigen Täter eine ambulante Behandlung anordnen, wenn dieser eine Straftat verübt hat, die mit seinem Zustand im Zusammenhang steht und zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit dem Zustand des Täters in Zusammenhang stehender Taten begegnen.

Wie schon mehrfach erwähnt und unter Ziff. III.4.1 dieser Urteilsbegründung eingehend begründet, ist jedoch nicht davon auszugehen, dass der Beschuldigte im Zeitraum der Begehung der hier beurteilten Delikte drogenabhängig war.

Es ändert auch nichts, dass er sich nach der Verurteilung durch die Vorinstanz zu 16 Monaten Freiheitsstrafe (ohne Gewährung des bedingten Strafvollzugs) in eine ärztliche Behandlung wegen übermässigen Rauschgiftkonsums begeben hat. Er mag nach einer mindestens achtmonatigen Totalabstinenz wieder mit dem Konsum harter Drogen begonnen und dabei in eine Abhängigkeit geraten sein. Das steht aber mit den vorliegenden Taten nicht in einem direkten Zusammenhang.

Es fehlt an der für die Anordnung einer Massnahme erforderlichen Konnexität zwischen Taten und Drogensucht, weshalb keine solche anzuordnen ist.

VI. Kosten und Entschädigung

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anlass, von der erstinstanzlichen Kostenaufgabe abzuweichen. Diese ist daher zu bestätigen.

2. Im Berufungsverfahren unterliegt der Beschuldigte - mit einer nicht ins Gewicht fallenden Ausnahme (Anklage Ziffer 4) - mit seinen Anträgen auf Freispruch. Die Strafe wird deutlich reduziert, jedoch bei weitem nicht im von der Verteidigung

beantragten Masse. Auch mit den Anträgen auf Gewährung des bedingten Strafvollzugs und eventualiter Anordnung einer ambulanten Massnahme unter Aufschub des Vollzugs dringt der Beschuldigte nicht durch.

Unter diesen Umständen sind ihm $\frac{3}{4}$ der Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen, jedoch infolge Uneinbringlichkeit abzuschreiben. $\frac{1}{4}$ der Kosten sowie die Kosten der früheren amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Alsdann ist dem erbeten verteidigten Beschuldigten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'500.- aus der Staatskasse auszurichten.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 9. Februar 2012 mit Bezug auf die Dispositivziffern
 - 1 teilweise (Anklageziffer 5: Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit lit. g BetmG)
 - 5 (Einziehung von Betäubungsmitteln und Betäubungsmittelutensilien) und
 - 6 (Kostenfestsetzung)in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist weiter schuldig
 - des Vergehens gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG,

- der Gehilfenschaft zu einem Verbrechen im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG und Art. 25 StGB, sowie
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Der Beschuldigte wird freigesprochen, soweit ihm in Anklageziffer 4 der Besitz bzw. die Aufbewahrung von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 lit. d BetmG vorgeworfen wird.
 3. Der Beschuldigte wird bestraft mit 10 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist), sowie mit Fr. 500.- Busse.
 4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
 5. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
 6. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (dort Dispositiv Ziff. 7) wird bestätigt.
 7. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'500.-.
 8. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten zu drei Vierteln auferlegt, aber abgeschrieben, und zu einem Viertel auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der früheren amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.
 9. Dem Beschuldigten wird eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'500.- aus der Gerichtskasse bezahlt.
 10. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürichsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten

- die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich
- das Bundesamt für Polizei

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

11. 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, 18. Januar 2013

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Leuthard