

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr. SB120299-O/U/pb/cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, lic. iur. Burger und
lic. iur. Stiefel sowie der Gerichtsschreiber Dr. Bischoff

Urteil vom 27. November 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichts Zürich,

7. Abteilung, vom 9. Februar 2012 (DG110358)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 21. November 2011 (Urk. 21) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Auf Ziff. 1.1.1 der Anklage und auf den Antrag auf Rückversetzung bezüglich der vom Justizvollzug des Kantons Zürich am 29. Januar 2008 verfügten bedingten Entlassung (Strafrest 50 Tage) wird nicht eingetreten.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten (wovon bis und mit heute 337 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind) und einer Busse von Fr. 300.–.
4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.
6. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 4. April 2011 beschlagnahmten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (BM Lager-Nummer ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.

7. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 4. April 2011 beschlagnahmte Schlüsselkarte und die Hotelrechnung des Hotel ... (Sach-Kautio n Nr. ...) werden der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
8. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 4. April 2011 beschlagnahmte Mobiltelefon "Samsung" inkl. SIM-Card "Lebara" (Sach-Kautio n Nr. ...) wird definitiv beschlagnahmt und durch die Kasse des Bezirksgerichts verwertet und zur Vollstreckung des Urteils verwendet.
9. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr.	4'000.--	; die weiteren Auslagen betragen:
Fr.		Kosten der Kantonspolizei
Fr.	2'500.--	Gebühr Anklagebehörde
Fr.		Kanzleikosten Untersuchung
Fr.	2'655.30	Auslagen Untersuchung
Fr.		amtliche Verteidigung Untersuchung
Fr.		amtliche Verteidigung (ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung beim Beschuldigten erfolgt, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben.

Berufungsanträge:

a) Der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 98, S. 2)

1. Der Angeschuldigte sei freizusprechen vom Vorwurf des Beförderns von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG betreffend die 396 Gramm Kokaingemisch gemäss Ziff. 1.1.4 der Anklageschrift.

2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Angeschuldigte die nicht von der Berufung erfassten Schuldsprüche anerkannt hat. Der Angeschuldigte sei dafür zu bestrafen mit einer Freiheitsstrafe von drei Monaten (bereits erstanden durch Haft) sowie einer Busse von CHF 300.– (unter Ansetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen).
 3. Die erstinstanzlichen, einstweilen auf die Gerichtskasse genommenen, Kosten (der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens) seien dem Beschuldigten höchstens zu einem Drittel aufzuerlegen, jedoch sei auch dieser Drittel einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (vorbehältlich späterer Nachforderung); die Kosten der amtlichen Verteidigung seien endgültig auf die Staatskasse zu nehmen.
 4. Es seien dem Beschuldigten für die erstandene Überhaft von 9 Monaten eine Entschädigung von CHF 38'250.– sowie eine Genugtuung von CHF 1'000.– zuzusprechen, total CHF 39'250.–, zuzüglich 5 % Zins ab 26. Oktober 2011.
 5. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens seien dem Staat aufzuerlegen, ebenso die Kosten der amtlichen Verteidigung.
- b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:
(Urk. 90, sinngemäss)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Das Gericht erwägt:

I.

Prozessuales

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 9. Februar 2012 meldete der Beschuldigte mit Eingabe vom 10. Februar 2012 rechtzeitig Berufung an (Urk. 77; Art. 399 Abs. 1 StPO). Nach Erhalt des begründeten Urteils reichte die Verteidigung fristgerecht ihre Berufungserklärung vom 16. Juli 2012 ein (Urk. 80/2; Urk. 86; Art. 399 Abs. 3 StPO). Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Schreiben vom 31. Juli 2012 auf eine Anschlussberufung und beantragte unter Verzicht auf weitere Anträge die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 90). Mit Eingabe vom 5. September 2012 stellte der Leitende Staatsanwalt ein Dispensationsgesuch von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 93). Diesem Gesuch wurde im Einverständnis mit der Verteidigung mit Schreiben vom 17. September 2012 entsprochen (Urk. 95 ff.). Der Beschuldigte wurde am 8. März 2012 aus der Haft entlassen (Urk. 85). Er reichte kein Datenerfassungsblatt mit Angaben zu seinen aktuellen wirtschaftlichen Verhältnissen ein (vgl. Urk. 92).

2. In der Berufungserklärung stellte die Verteidigung im Schuldpunkt den Antrag, der Beschuldigte sei vom Vorwurf im Zusammenhang mit dem Kokaingemisch von 396 Gramm gemäss Anklageziffer 1.1.4. freizusprechen. Infolge des beantragten Teilfreispruchs werden eine deutlich mildere Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe von 3 Monaten, welche bereits durch Haft erstanden sei, sowie eine Busse von Fr. 300.– verlangt. Die Kosten des Vorverfahrens, des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens und der amtlichen Verteidigung seien dem Beschuldigten höchstens zu einem Drittel aufzuerlegen, jedoch vorbehältlich einer späteren Nachforderung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Für die entstandene Überhaft von 9 Monaten seien dem Beschuldigten eine Entschädigung von Fr. 38'250.– sowie eine Genugtuung von Fr. 1'000.–, insgesamt Fr. 39'250.–, zu-

züglich 5 % Zins ab dem 26. Oktober 2011 zuzusprechen. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sowie jene der amtlichen Verteidigung seien dem Staat aufzuerlegen. Zudem stellte er erneut den Beweisantrag, es seien die Akten des Mitbeschuldigten B._____ beizuziehen, insbesondere dessen Strafregisterauszug, und es sei ihm Akteneinsicht zu gewähren (Urk. 86, S. 1 f.; vgl. dazu nachfolgend Erw. II. 4.4.2. f.).

3. Gemäss Art. 402 StPO i.V.m. Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Nachdem die Urteilsdispositivziffern 2 (Nichteintreten auf Anklageziffer 1.1.1. sowie auf den Antrag auf Rückversetzung), 6 – 8 (Einziehungen) sowie 9 (Kostenfestsetzung) unangefochten blieben, ist mittels Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

4. Anlässlich der heutigen Berufungsverhandlung liessen die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen (Prot. II, S. 3 f.).

5. Im Rahmen der prozessualen Erwägungen ist schliesslich die Rüge des Beschuldigten zu behandeln, wonach die Vorinstanz das Anklageprinzip verletzt habe, da sie ihrem Urteil einen Sachverhalt zugrunde gelegt habe, der sich von demjenigen der Anklageschrift wesentlich unterscheide. In dieser werde nämlich behauptet, dass der Beschuldigte von einem Dritten namens C._____ 396 Gramm Kokain entgegengenommen habe und dieses anschliessend habe strecken und gewinnbringend weiterverkaufen wollen, während die Vorinstanz davon ausgegangen sei, dass er das Kokain von D._____ erhalten und sodann für B._____ transportiert habe (Urk. 98, S. 3 ff.).

Gemäss dem aus Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und b EMRK sowie Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV abgeleiteten und in Art. 9 Abs. 1 StPO präzisierten Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens. Die Anklageschrift muss die Person des Beschuldigten sowie die ihm zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise umschreiben, dass die Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich genügend konkretisiert sind. Im einzelnen sind alle Tatsachen anzuführen, die bezüglich Tathandlung und Tatobjekt den objektiven Tatbestandsmerkmalen der in Frage kommenden Norm ent-

sprechen. Das Gericht ist an den in der Anklageschrift wiedergegebenen Sachverhalt gebunden, nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde. Für die Feststellung des angeklagten Sachverhalts ist die Anklageschrift als Ganzes relevant (unpubl. BGE 6B_389/2012 vom 6. November 2012, Erw. 5.2 f.; BGE 129 IV 262, Erw. 2.7; BGE 126 I 19, Erw. 2a; BGE 120 IV 348, Erw. 2b).

Aus dem soeben Ausgeführten erhellt, dass die Argumentation des Beschuldigten ins Leere geht. Es spielt unter dem Blickwinkel des Anklageprinzips keine Rolle, dass verglichen mit der Anklageschrift im vorinstanzlichen Urteil im Zusammenhang mit den 396 Gramm Kokain eine (möglicherweise) andere Person bzw. ein anderer (Spitz-)Name als Verkäufer genannt oder eine nicht explizit beschriebene Tathandlung angenommen wird, war für den Beschuldigten doch stets klar ersichtlich, was ihm vorgeworfen wird, nämlich Entgegennahme von 396 Gramm Kokain von einem Dritten zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Ort sowie in der Folge Verbringen dieser Drogenmenge an einen anderen Ort bzw. den Ort seiner Verhaftung. Dass dieser Transport in der Anklageschrift nicht weiter beschrieben wird, ist dabei irrelevant, umfasst der Vorwurf der Entgegennahme von Drogen zwecks späteren Streckens und Weiterverkaufs durch den Beschuldigten doch zwangsläufig auch eine dazwischenliegende Transporthandlung. Der Beschuldigte machte denn auch von der Möglichkeit Gebrauch, sich mit dem inkriminierten Sachverhalt auseinanderzusetzen und Einwendungen zu machen. Dies hätte er vor dem Berufungsgericht erneut tun können, wäre er nicht der Verhandlung unentschuldigt ferngeblieben. Eine Verletzung des Anklageprinzips ist somit nicht festzustellen.

II.

Sachverhalt

1. Nachdem der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz bezüglich Anklageziffer 1.1.1. in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. vorstehend Erw. I. 3.) und der Beschuldigte die ihm in den Anklageziffern 1.1.2., 1.1.3. und 2. vorgeworfenen Sachverhalte bereits im Vorverfahren und vor der Vorinstanz anerkannt hat und

der diesbezügliche Schulspruch der Vorinstanz somit nicht Gegenstand seiner Berufungserklärung bildet (Urk. 4/7, S. 3 f.; Urk. 59, S. 4 f.; Urk. 86, S. 1), verbleibt die Überprüfung der ihm in Anklageziffer 1.1.4. zur Last gelegten, weiteren Tatvorwürfe in Bezug auf 396 Gramm Kokaingemisch.

2. Dem Beschuldigten wird in diesem Zusammenhang vorgeworfen (Urk. 21, S. 2 ff., Anklageziffer 1.1.4.), vor seiner Verhaftung am 9. März 2011 im Verlaufe des Nachmittags unter anderem von einem "C._____" zwei Portionen Kokain, eine von netto 396 Gramm mit einem Reinheitsgehalt von 42 % (= ca. 166 Gramm reines Cocainhydrochlorid) und die andere von netto 16,3 Gramm mit einem Reinheitsgehalt von 15 % (= ca. 2,5 Gramm reines Cocainhydrochlorid), sowie eine Packung Milchzucker erworben zu haben. Dabei habe der Beschuldigte beabsichtigt, die grössere Menge Kokain mit dem Milchzucker weiter zu strecken und dieses Kokaingemisch sowie den grösseren Teil der kleinen Menge Kokain (16,3 Gramm) anschliessend in Zürich gewinnbringend an diverse Abnehmer zu verkaufen. Am gleichen Tag, um ca. 21:30 Uhr, seien die genannten Mengen Kokain bei der Verhaftung des Beschuldigten vor dem Haus E.____strasse ... aus seinem Besitz sichergestellt worden.

3. Im Vorverfahren und vor der Vorinstanz anerkannte der Beschuldigte stets, die kleinere Kokainmenge von 16,3 Gramm habe ihm gehört, die grössere Menge von 396 Gramm dagegen B._____. Der Vorwurf von Anklageziffer 1.1.4., wonach er diese Menge Kokaingemisch in der Umgebung der F.____strasse ... erworben und beabsichtigt habe, sie anschliessend gewinnbringend an diverse Abnehmer zu verkaufen, wurde vom Beschuldigten stets bestritten (Urk. 4/1, S. 4 ff.; Urk. 4/2, S. 2; Urk. 4/3, S. 10 ff.; Urk. 4/7, S. 4 ff., insbes. S. 8; Urk. 59, S. 5).

4. Der bestrittene Vorwurf der Anklage ist daher aufgrund der Untersuchungsakten und der vor Gericht vorgebrachten Argumente nach den allgemeingültigen Beweisregeln zu erstellen.

4.1. Die Vorinstanz und die Anklagebehörde stützen sich auf die anlässlich der Verhaftung beim Beschuldigten sichergestellten Betäubungsmittel und deren Identifikation und Gehaltsbestimmung, auf die Ergebnisse einer für diverse si-

chergestellte Mobiltelefone durchgeführten rückwirkenden Teilnehmeridentifikation, auf sichergestellte DNA- und Fingerabdruckspuren (Urk. 8/7; Urk. 8/9; Urk. 8/12; Urk. 8/15; Urk. 9/7; Urk. 9/9; Urk. 10/9 ff.) sowie auf die Aussagen der Zeugen und der Mitbeschuldigten (Urk. 5; Urk. 6/5-7; Urk. 59).

4.2. Im angefochtenen Urteil wurden die allgemeingültigen Beweisregeln und die Kriterien der Aussagewürdigung unter Hinweis auf die Unterscheidung zwischen der allgemeinen Glaubwürdigkeit der aussagenden Person und der Glaubhaftigkeit der konkreten Aussagen zutreffend aufgeführt und sämtliche Aussagen der Befragten korrekt zusammengefasst; um Wiederholungen zu vermeiden, kann darauf verwiesen werden (Urk. 83, S. 10 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Den nachfolgenden Erwägungen kommt daher lediglich ergänzender Charakter zu.

4.2.1. Im Rahmen der Beweiswürdigung sind die Aussagen der Beteiligten frei zu prüfen, wobei es vorwiegend auf den inneren Gehalt der Aussagen ankommt. Es darf demnach nicht primär auf die Persönlichkeit des Aussagenden, dessen allgemeine Glaubwürdigkeit, abgestellt werden. Für die Beurteilung einer konkreten Aussage ist vielmehr in erster Linie der Aussagegehalt zu analysieren und kritisch zu würdigen. Damit eine Aussage als zuverlässig beurteilt werden kann, ist sie insbesondere auf das Vorhandensein von Realitätskriterien zu prüfen (BENDER in SJZ 1985, S. 53 ff.; BENDER/NACK, Tatsachenfeststellungen vor Gericht, 3. Auflage, München 2007, S. 72 ff.).

4.2.2. Als Kennzeichen wahrheitsgetreuer Aussagen sind insbesondere auch innere Geschlossenheit und Folgerichtigkeit in der Darstellung des Geschehnisablaufs, konkrete und anschauliche Wiedergabe des Erlebnisses, Schilderung des Vorfalles in so charakteristischer Weise, wie sie nur von derjenigen Person zu erwarten ist, die den Vorfall selber erlebt hat, gleichlautende Aussagen von weiteren Personen und bestätigende Beweismittel, die Kenntlichmachung der psychischen Situation des Täters, Selbstbelastung oder unvoreilhaftige Darstellung der eigenen Rolle sowie die Konstanz in der Aussage bei verschiedenen Befragungen zu werten (HAUSER, Der Zeugenbeweis im Strafprozess, Zürich 1974, S. 316).

4.2.3. Als Kennzeichen für bewusst oder unbewusst falsche Angaben gelten Unstimmigkeiten und grobe Widersprüche in den eigenen Aussagen sowie unklare

re, verschwommene, eingeübt wirkende Aussagen (HAUSER, a.a.O., S. 316). Fehlen Realitätskriterien und/oder finden sich Lügensignale, so gilt dies als Indiz für eine Falschaussage (BENDER/NACK, a.a.O., S. 102 ff.).

4.3. Hinsichtlich der generellen Glaubwürdigkeit des Beschuldigten und von B._____ ist zu berücksichtigen, dass beide im Rahmen der Selbstbegünstigung grundsätzlich nicht zu wahrheitsgemässen Aussagen verpflichtet waren. Sie durften vielmehr ungestraft lügen, sofern sie dadurch nicht andere unrechtmässig einer Straftat bezichtigten. Nachweislich lügenhaftes Aussageverhalten der beschuldigten Person kann indessen bei der Beurteilung der persönlichen Glaubwürdigkeit negativ gewürdigt werden und sich insofern negativ auswirken (HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel/Genf/München 2005, § 39, N 13 ff.; DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 113 N 29 f.).

4.3.1. Ausserdem haben sowohl der Beschuldigte wie auch B._____ aufgrund der anlässlich ihrer Verhaftung sichergestellten Kokainmenge und der für den Besitz derselben möglicherweise drohenden unbedingten Freiheitsstrafe ein erhebliches Interesse daran, ihre eigene Rolle in einem für sie möglichst positiven Licht erscheinen zu lassen und den Besitz der rund 400 Gramm Kokaingemisch dem jeweils anderen in die Schuhe zu schieben. Ihre Bestreitungen sind demnach schon zum Vornherein mit äusserster Vorsicht zu würdigen.

4.3.2. Was das Aussageverhalten von B._____ anbelangt, ist darauf hinzuweisen, dass dieser selber anlässlich seiner polizeilichen Befragung vom 7. Juli 2011 beteuert hatte, er werde jetzt keine Lügen mehr erzählen, er sage jetzt die Wahrheit, nachdem er in derselben Befragung im Zusammenhang mit dem Telefonverkehr mit dem Beschuldigten vor der Verhaftung offensichtlich die Unwahrheit gesagt hatte (Urk. 5/1/3, S. 3 f.). Auf seine den Beschuldigten belastenden Aussagen, wonach auch die grössere Portion des sichergestellten Kokains dem Beschuldigten gehört habe, kann deshalb nicht unbesehen abgestellt werden.

4.3.3. Hinsichtlich der Glaubhaftigkeit der Aussagen des Beschuldigten ist in Ergänzung zur in allen Teilen überzeugenden Aussage- und Beweiswürdigung der Vorderrichter (Urk. 83, S. 21 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO) nochmals hervorzuheben, dass der Beschuldigte von B._____ vertrauensvoll und ahnungslos einen

Plastiksack zunächst nur zum kurz Festhalten übernommen haben will, als dieser habe telefonieren wollen. Er habe nichts gewusst vom Inhalt. Seine angebliche Unwissenheit über den Inhalt der Tasche erweist sich indes nur schon deshalb als völlig unglaubhaft, da er B._____ gemäss seinen eigenen Angaben am fraglichen Nachmittag vor ihrer Verhaftung insgesamt *drei* Mal mit diesem Plastiksack dort auf dem Sportplatz gesehen haben will bzw. laut seiner Aussage vom 1. November 2011 *drei- bis viermal* während des ganzen Nachmittags (Urk. 4/5, S. 4). Er selber hat an diesem späteren Nachmittag in jener Umgebung eingeständenermassen weitere 16,3 Gramm Kokain von einem "C._____" übernommen und auch sonst auf diesem Sportplatz jeweils von einem "G._____" Kokain für seinen Eigenkonsum gekauft (Urk. 4/5, S. 11). Weiter schilderte er B._____ als eine an der ...strasse sehr bekannte Person. Er wisse einfach, das B._____ grosse Drogenmengen in die Schweiz gebracht und hier vertrieben habe (Urk. 4/5, S. 8 f.; Urk. 4/1, S. 5 f.). In der vorinstanzlichen Hauptverhandlung steigerte er dann seine Angaben und gab immer mehr übertreibend zu Protokoll, dass B._____ nunmehr *vier* (nicht bloss drei) Mal innerhalb einer bzw. einer halben Stunde mit dieser Tasche zu diesem Spielfeld gegangen sei (Urk. 59, S. 5), um im weiteren Verlauf der Befragung dann noch auf *vier- bis fünfmal* zu erhöhen (Urk. 59, S. 9). Diese Übertreibungen stellen ein klassisches Lügensignal dar.

4.3.3.1. Hinzu kommt, dass der Beschuldigte aufgrund seines Vorlebens in Drogenangelegenheiten alles andere als unerfahren ist. Unter diesen Umständen wirkt seine Darstellung der angeblich völlig ahnungs- und arglosen Übernahme des Plastiksacks und dessen Inhalts von einem ihm gut bekannten Landsmann, von welchem er obendrein zu glauben wusste, dass dieser grosse Drogenmengen in die Schweiz gebracht und hier verkauft habe, und von dem er in der Vergangenheit auch selber vier Mal 5 Gramm Kokain bezogen hatte, wenig glaubhaft. Auch die konstant wiederholte Begründung, die Tasche von B._____ überreicht erhalten zu haben, da dieser ein Telefongespräch habe führen wollen (Urk. 4/1, S. 5; Urk. 4/2, S. 3; Urk. 4/3, S. 11 f.; Urk. 4/5, S. 3, S. 6 und S. 8; Urk. 59, S. 5 f.), ist nicht überzeugender, da sich ein Telefongespräch mit einem Mobiltelefon bekanntlich problemlos einhändig führen lässt und das mutmassliche Telefongespräch von 21:23 Uhr (mithin ca. 7 Minuten vor der Verhaftung des Be-

schuldigten; Urk. 16/1) gemäss rückwirkender Teilnehmeridentifikation lediglich etwa 13 Sekunden gedauert hatte (Urk. 10/10, S. 6), womit es gemäss überzeugender Einschätzung der Vorinstanz (Urk. 83, S. 25) angesichts der zeitlichen Verhältnisse vor der Verhaftung höchstwahrscheinlich noch im Gebäude an der F._____strasse ... und damit vor dem Verlassen desselben stattgefunden haben dürfte, zumal auch von den lückenlos observierenden Polizeibeamten kein von B._____ geführtes Telefongespräch beobachtet wurde (Urk. 6/5/2, S. 5 ff.; Urk. 6/6/1, S. 5 ff.), während der Beschuldigte den Plastiksack über einen viel längeren Zeitraum getragen hatte.

4.3.3.2. In seiner ersten polizeilichen Befragung vom 10. März 2011 erklärte der Beschuldigte unter anderem, er gehe (erst) seit drei Tagen an diesen Ort, beim Basketballfeld, um Basketball zu spielen. Sie seien dann unterwegs zur Haltestelle gewesen, als B._____ die Polizei gesehen, ihm die Plastiktasche gegeben und gesagt habe, er (der Beschuldigte) solle diese halten, er (B._____) wolle telefonieren (Urk. 4/1, S. 4). Anlässlich seiner staatsanwaltschaftlichen Konfrontationseinvernahme mit B._____ vom 9. Juni 2011 meinte er zu diesem Thema abweichend, er sei am 9. März 2011 zum Basketballspielfeld gefahren, weil er dort drei Mal die Woche Basketball trainiere. Er sei dort zwischen 15:30 Uhr und 16:30 Uhr angekommen. Normalerweise, wenn sie dort seien, würden sie ein wenig Marihuana konsumieren und dann Basketball spielen. Wie er vorher gesagt habe, hätten sie sich immer dort getroffen und etwas geraucht (Urk. 4/3, S. 9 f.; Urk. 4/5, S. 5), während er bei der Polizei noch erklärt hatte, um 17:00 Uhr dort angekommen zu sein (Urk. 4/1, S. 4). Auch der Gebrauch der Worte "normalerweise" und "immer" indiziert, dass der Beschuldigte sich weit öfters an der fraglichen Örtlichkeit aufhielt, als erst seit 3 Tagen, wie er bei der Polizei ursprünglich zu Protokoll gegeben hatte. In seiner staatsanwaltschaftlichen Befragung vom 1. November 2011 gab er weiter abweichend zu Protokoll (Urk. 4/5, S. 4), er sei – wie er dies bereits gesagt habe – schon den (nunmehr) ganzen Nachmittag über auf dem Platz hinter dem Haus (F._____strasse ...) gewesen. Während dieser Zeit sei B._____ drei- bis viermal dorthin gekommen.

4.3.3.3. Anlässlich seiner staatsanwaltschaftlichen Befragung vom 1. November 2011 gab der Beschuldigte auch eine geänderte, neue Version im Zu-

sammenhang mit der Plastiktasche zu Protokoll und entschuldigte sich damit, dass er am Verhaftstag "sehr viel Gras" konsumiert habe (Urk. 4/3, S. 12; Urk. 4/5, S. 2 ff.): Es könne sein, dass er den Sack ein paar Minuten früher genommen habe. Dort wo der Sportplatz sei, ausserhalb der Wohnung, habe B._____ ihm den Sack übergeben. Während er diesbezüglich in der Konfrontationseinvernahme mit B._____ noch ausgesagt hatte, sie hätten sich an der E._____strasse befunden und seien über die Strasse gegangen. B._____ habe die Tasche gehalten. Als dieser ihm die Tasche übergeben habe, habe er sie oben bei den Griffen berührt. Dies sei gewesen, als B._____ einen Anruf habe tätigen müssen und ihn darum gebeten habe, die Tasche zu halten. Bei der Kontrolle habe dieser dann zu ihm gesagt, er werde ihn damit belasten, da er die Tasche in der Hand gehalten habe (Urk. 4/3, S. 12 f.). Die eben erwähnte Aussage entlarvt den Beschuldigten weiter, genaue Kenntnis vom Kokain in der Tasche gehabt zu haben. Wie sonst hätte er verstehen sollen, dass ihn B._____ bei der Kontrolle damit belasten wollte. Das Halten einer Tasche mit jenem legalen Inhalt, den sich der Beschuldigte angeblich vorgestellt haben will (Urk. 4/5, S. 6 f.; Urk. 61, S. 15), hätte ihn von vornherein nicht belastet.

4.3.3.4. In seiner staatsanwaltschaftlichen Befragung vom 1. November 2011 und vor der Vorinstanz erklärte der Beschuldigte auf Vorhalt der Zeugenaussagen der beiden Polizeibeamten H._____ und I._____ schliesslich in noch einmal etwas geänderter und an seine neuen Erkenntnisse über die Beweislage angepasster Form: "Wie ich gesagt habe, übergab er mir den Sack, als wir aus der Wohnung liefen" (Urk. 59, S. 8). Als sie über die Treppe zum Sportplatz hinaus gelaufen seien, habe dieser ihm den Sack übergeben. Wenn man von der Wohnung komme, gebe es eine Türe, bevor man zum Hof komme, wo sich der Spielplatz befinde. Dort habe ihm dieser die Tasche übergeben. Zuvor sei er in der Wohnung gewesen und habe Gras geraucht. Er habe in der Wohnung geraucht, auf dem Sportplatz und danach im unteren Teil des Kellers (Urk. 4/5, S. 3 f.; Urk. 59, S. 8 und S. 14). Er habe unter dem Einfluss von Marihuana gestanden. In seinem Kopf sei es immer noch so, dass er den Sack B._____ zurückgegeben habe und dieser ihm den Sack anschliessend wieder übergeben habe (Urk. 59, S. 10). Diese Darstellung wird indessen ebenfalls durch die bereits

erwähnten Beobachtungen der Polizei widerlegt, welche entgegen der von der Verteidigung vor der Vorinstanz geäusserten Auffassung (Urk. 61, S. 9 f.) zu keinem Zeitpunkt ihrer lückenlosen Observation eine Weitergabe des Plastiksacks vom Beschuldigten an B._____ beobachten konnten (Urk. 6/5/2, S. 5 ff.; Urk. 6/6/1, S. 5 ff.).

4.3.3.5. Schliesslich geht auch die Geschichte des Beschuldigten rund um diesen "J._____", welcher Marihuana zum Rauchen auf das Basketballfeld mitgebracht habe und mit dem B._____ unbedingt habe sprechen wollen, nicht auf. Seine diesbezügliche Darstellung ist nicht in sich geschlossen und enthält keinen nachvollziehbaren Lebenssachverhalt. Es fehlt eine plausible Erklärung, weshalb B._____ diesen "J._____" unbedingt habe sprechen wollen. Die Darstellung des Beschuldigten hinterlässt vielmehr den Eindruck einer erfundenen, wenig durchdachten, B._____ belastenden Geschichte als Ausrede für das Mitführen der 396 Gramm Kokain in diesem Plastiksack durch den Beschuldigten anlässlich seiner Verhaftung.

4.3.3.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auch der Beschuldigte bei gewissen Aussagen der Unwahrheit überführt ist. Überdies passte er seine Darstellung im Verlaufe des Vorverfahrens immer wieder seinen gerade aktuellen Kenntnissen über die Beweislage an. Sein erfolgloser Erklärungsversuch der angeblichen Verwirrung aufgrund von übermässigem Marihuanakonsum entlarvte bereits die Vorinstanz zurecht als unbehelfliche Schutzbehauptung (Urk. 83, S. 23; Art. 82 Abs. 4 StPO). Aufgrund der dargelegten Umstände und der einschlägigen Erfahrungen des Beschuldigten im Umgang mit Kokain (vgl. vorstehend Erw. II. 4.3.3.), fehlen vernünftige, unüberwindbare Zweifel daran, dass der Beschuldigte genaue Kenntnis vom Inhalt der Plastiktasche hatte. Seine diesbezüglichen Bestreitungen sind unglaubhaft. Es kann nicht auf diese abgestellt werden.

4.3.3.7. Der in Anklageziffer 1.1.4. eingeklagte Sachverhalt ist demzufolge insoweit erstellt, als der Beschuldigte am 9. März 2011 in bzw. in unmittelbarer Nähe der Liegenschaft F._____strasse ... auch die zweite, von ihm bestrittene Portion von 396 Gramm Kokaingemisch samt einer Packung Milchzucker von einem Dritten übernahm und diese sich gleichentags, im Zeitpunkt seiner Verhaf-

tung an der E._____strasse ... immer noch in seinem Besitz befand, und wobei er bei der Übernahme wusste oder zumindest in Kauf nahm, dass sich im Sack einige hundert Gramm Kokaingemisch bzw. weit mehr als 18 Gramm des entsprechenden reinen Wirkstoffs befanden.

4.4. Der weitergehende Anklagevorwurf, wonach der Beschuldigte diese Menge Kokaingemisch mit der Absicht selber erworben habe, dieses Kokain in der Folge gewinnbringend weiterzuverkaufen, ist damit aber nicht erwiesen.

4.4.1. Weder aus den vorhandenen Aussagen noch aus den weiteren, aufgeführten Beweismitteln (vorstehend Erw. II. 4.1.) lassen sich bestätigende Hinweise für einen persönlichen Erwerb der 396 Gramm Kokaingemisch durch den Beschuldigten und seine Absicht, diese Drogen anschliessend auf eigene Rechnung weiterzuverkaufen, finden. Demgegenüber gibt es nicht zu übersehende Anhaltspunkte dafür, dass B._____ stärker an diesem Kokain engagiert war, als dieser zugab.

4.4.2. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 83, S. 26 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO), wurde auf dem die grössere Kokainmenge enthaltenden Kunststoffstoffsack die DNA-Spur von B._____ sichergestellt (Urk. 8/15; Urk. 9/9). Mit den Fingerabdruckspuren von D._____ auf dem Plastiksack, in welchem sich das Kokain befand, fanden sich zudem Hinweise auf eine weitere Person (Urk. 8/9, S. 2 f.). Ausserdem stellen auch die glaubhaften Aussagen vom Hörensagen der Zeugin K._____ über Erklärungen von B._____ im Zusammenhang mit den 396 Gramm Kokaingemisch ein weiteres Indiz dafür dar, dass diese grössere Drogenmenge möglicherweise B._____ gehörte (Urk. 6/7/1, S. 6). Hinzu kommen die Überlegungen der Verteidigung im Zusammenhang mit dem Wert bzw. dem mutmasslichen Kaufpreis einer solchen Kokainmenge, welche die wirtschaftliche Kraft des Beschuldigten wahrscheinlich überschritten hätte, sowie der beim Kokain in der Tasche ebenfalls sichergestellte Pullover einer Drittperson (Urk. 61, S. 4 und S. 12), welche Indizien ebenfalls dagegen sprechen, dass das vom Beschuldigten in der Plastiktasche mitgeführte Kokain auch tatsächlich ihm gehörte. Insgesamt bestehen daher nicht zu unterdrückende, unüberwindbare Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung des Beschuldigten an der grösseren Menge Kokain.

Eine wirtschaftliche Berechtigung an diesem Kokain lässt sich dem Beschuldigten mithin nicht nachweisen.

4.4.3. Es ist somit der Vorinstanz auch darin beizupflichten und deshalb zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen (Urk. 83, S. 26), dass nicht er wirtschaftlich Berechtigter an dieser Kokainmenge und am weiteren, ihm ebenfalls bekannten Inhalt der von ihm mitgeführten Plastiktasche war, sondern dass er diese Tasche nur für die tatsächlich daran wirtschaftlich berechtigte Person, möglicherweise B._____, von der F.____strasse ... mit unbekanntem Ziel bis zum Verhaftsort an der E.____strasse ... getragen hatte.

4.4.4. Die von der Verteidigung in diesem Zusammenhang gestellten Beweisangebote erübrigen sich somit, wie auch bereits die Vorinstanz zutreffend erwogen hat (Urk. 83, S. 4 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO).

4.4.5. Ebenso wenig lässt sich dem Beschuldigten aufgrund der dargelegten Tatumstände und vorhandenen Beweismittel nachweisen, dass er genaue Kenntnis vom Reinheitsgrad von 42 % dieser 396 Gramm Kokaingemisch hatte. Angesichts seiner ebenfalls bereits dargelegten Erfahrungen und Kenntnisse im Umgang mit Kokain, seiner Bekannten, welche er selber dem Umfeld des Drogenhandels zurechnet, sowie aufgrund seiner im Übrigen gegebenen grundsätzlichen Kenntnis vom Inhalt der Plastiktasche (vgl. vorstehend Erw. II. 4.3.3.6.), musste der Beschuldigte aber fraglos von einer Kokainmenge in der Grössenordnung von ca. 400 Gramm ausgehen. Gleichzeitig musste ihm bei diesen Gegebenheiten auch bewusst sein bzw. nahm er somit in Kauf, dass eine solche Menge eines Kokaingemischs selbst unter Zugrundelegung eines äusserst tiefen Reinheitsgehalts von lediglich 15 % (wie bei der kleineren, bei ihm sichergestellten Menge von 16,3 Gramm) eine von ihm in der Plastiktasche beförderte Menge reinen Kokains in der Grössenordnung von 60 Gramm bedeuten würde.

III.

Rechtliche Würdigung

1. Die Anwendung des revidierten Betäubungsmittelgesetzes und die durch die Vorinstanz vorgenommene rechtliche Würdigung bezüglich der Ankla-

geziffern 1.1.2., 1.1.3. und 1.2. wurde nicht beanstandet und ist zutreffend. Diesbezüglich liegt bereits ein rechtskräftiger Schuldspruch vor.

2. Hinsichtlich der dem Beschuldigten in Anklageziffer 1.1.4. zur Last gelegten kleineren Drogenmenge von netto 16,3 Gramm Kokaingemisch hat der Beschuldigte anerkannt und geltend gemacht, dass ein Teil dieser Drogenmenge für den Weiterverkauf und ein Teil für seinen Eigenkonsum bestimmt gewesen sei (Urk. 4/1, S. 4; Urk. 4/3, S. 12; Urk. 61, S. 3). Davon ist zugunsten des Beschuldigten auszugehen (so auch schon die Vorinstanz; Urk. 83, S. 27). Bezüglich dieser 16,3 Gramm Kokaingemisch liegt daher ein Anstaltentreffen zum Verkauf sowie Besitz von Betäubungsmitteln vor, weshalb der Beschuldigte der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und g sowie Art. 19 Abs. 1 lit. d schuldig zu sprechen ist.

3. Im angefochtenen Urteil wurde korrekt erwogen, dass den in Art. 19 Abs. 1 BetmG umschriebenen Tathandlungen die Bedeutung selbständiger Straftatbestände zukommt (Urk. 83, S. 28). Nicht von Bedeutung ist, ob der Täter die Tat aus eigener Initiative oder auf Weisung eines anderen begangen hat. Wer eine in Art. 19 Abs. 1 BetmG gesetzlich umschriebene Handlung ausführt, erfüllt den objektiven Tatbestand selbständig und ist als Täter und nicht bloss als Gehilfe zu bestrafen. Eine untergeordnete Stellung innerhalb der Organisation ist allenfalls bei der Strafzumessung zu berücksichtigen (BGE 106 IV 72 f.; BGE 133 IV 194, Erw. 3.3.). Unter Beförderung im Sinne des vorerwähnten Artikels wird nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung "das Bringen oder Transportieren eines Objekts von einem Ort zum anderen" verstanden (vgl. BGE 113 IV 91), wobei nach herrschender Lehre hierfür nicht erforderlich ist, dass der Täter die Betäubungsmittel besitzt (FINGERHUTH/TSCHURR, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, 1. Auflage, Zürich 2002, S. 119).

3.1. Indem der Beschuldigte die grössere Drogenmenge von 396 Gramm Kokaingemisch wissentlich in der Plastiktasche von der F._____strasse ... mit unbekanntem Ziel bis zum Verhaftsort vor dem Haus an der E._____strasse ... mitführte, hat er den objektiven Tatbestand des Beförderns von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG erfüllt.

3.2. Laut dem in Kenntnis von Art. 307 StGB erstellten Prüfungsbericht des Forensischen Instituts Zürich vom 30. Juni 2011 beträgt der Reinheitsgehalt der 396 Gramm Kokaingemisch 42 %, was einer Menge von rund 166 Gramm reinem Kokainhydrochlorid entspricht (Urk. 8/12, S. 2). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung nimmt für Kokain ab einer Menge von 18 Gramm reinem Cocainhydrochlorid einen schweren Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG an (BGE 109 IV 144 f.).

3.2.1. Wie bereits dargelegt (vorstehend Erw. II. 4.4.5.), nahm der Beschuldigte im Zusammenhang mit der in der Plastiktasche beförderten Menge von 396 Gramm Kokaingemisch in subjektiver Hinsicht zumindest in Kauf, eine Menge in der Grössenordnung von mindestens rund 60 Gramm reinem Kokain zu transportieren. Der Grenzwert von 18 Gramm ist demzufolge jedenfalls mehrfach überschritten. Dazu kommen die restlichen, vom Beschuldigten anerkannten, kleineren Mengen von insgesamt 4 Gramm reinem Kokain (vgl. dazu die korrekte vorinstanzliche Berechnung; Urk. 83, S. 30).

3.2.2. Damit hat der Beschuldigte auch den subjektiven Tatbestand des Beförderns von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG erfüllt. Da sich der schwere Fall der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz nur im Zusammenhang mit den sichergestellten 396 Gramm Kokaingemisch gemäss Anklageziffer 1.1.4. ergibt, ist der Beschuldigte der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g BetmG, *teilweise* i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zusprechen. Insofern ist die von der Anklagebehörde und der Vorinstanz vorgenommene rechtliche Würdigung zu präzisieren.

3.3. Die Vorinstanz hat sodann ebenfalls zutreffend festgehalten, dass bei einer Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 19 Abs. 3 lit. a (fakultativer Strafmilderungsgrund bei Anstaltentreffen) auf eine Erwähnung von Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG im Schuldspruch verzichtet werden kann, jedenfalls soweit sich die Tathandlungen wie vorliegend nicht durchwegs auf ein Anstaltentreffen beschränken (Urk. 83, S. 28).

3.4. Der Beschuldigte ist somit der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g BetmG, *teilweise* i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie der

mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 schuldig zu sprechen.

IV.

Strafzumessung

1. Die Vorinstanz hat den Strafraum bei qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz korrekt auf Freiheitsstrafe von einem bis zu 20 Jahren, womit eine Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen verbunden werden kann, festgelegt und zutreffend darauf hingewiesen, dass weder Strafmilderungs- noch Strafschärfungsgründe vorliegen und insbesondere dem fakultativen Strafmilderungsgrund nach Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG für das Anstaltentreffen zum Verkauf eines Teils der Kokainmenge keine eigenständige Bedeutung zukommt, da aufgrund des Erlangens der betreffenden Drogenmenge der Unrechtsgehalt der Tathandlungen gemäss Art. 19 Abs. 1 BetmG bereits erreicht ist. Auch die Kriterien für die Bewertung des Verschuldens unter Hinweis auf die Unterscheidung zwischen Tatkomponente und Täterkomponente wurden im angefochtenen Urteil zutreffend und vollständig aufgeführt (Urk. 83, S. 29) und brauchen an dieser Stelle nicht wiederholt zu werden.

2. Im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts ist bei der objektiven Tatschwere zu berücksichtigen, dass der Drogenmenge und der daraus resultierenden Gefährdung bei der Bemessung der Strafe keine vorrangige Rolle zukommen darf (BGE 118 IV 342 ff.; BGE 121 IV 206). Es wäre verfehlt, im Sinne eines Tarifs überwiegend oder gar allein auf dieses Kriterium abzustellen. Falsch wäre aber auch die Annahme, diesem Strafzumessungselement komme eine völlig untergeordnete oder gar keine Bedeutung zu. Es ist nicht nebensächlich, ob jemand mit zwanzig oder zweihundert Gramm einer gefährlichen Droge handelt.

2.1. Der Reinheitsgrad der Betäubungsmittel kann für das Verschulden von Bedeutung sein. Handelt der Täter wissentlich mit ausgesprochen reinen Drogen, ist das Verschulden schwerer, handelt er wissentlich mit besonders stark gestreckten Drogen, ist es leichter (BGE 122 IV 299). Steht indes nicht fest, dass

der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder besonders stark gestrecktes Betäubungsmittel liefern wollte, spielt der genaue Reinheitsgrad für die Gewichtung des Verschuldens und bei der Strafzumessung keine Rolle. Die genaue Betäubungsmittelmenge und gegebenenfalls ihr Reinheitsgrad verlieren zudem an Bedeutung, wenn mehrere Qualifikationsgründe gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG gegeben sind, und sie werden umso weniger wichtig, je deutlicher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG überschritten ist (BGE 121 IV 193).

2.2. Die objektive Tatschwere bestimmt sich bei Drogendelikten neben der erwähnten eher sekundären Bedeutung der Drogenmenge (BGE 121 IV 202) und der daraus folgenden Gesundheitsgefährdung namentlich auch nach der Art und Weise der Tatbegehung, der Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und den Beweggründen (BGE 118 IV 348). Massgebend sind dabei unter anderem die Häufigkeit und Dauer der deliktischen Handlungen, die aufgewendete persönliche Energie, das gezeigte kriminelle Engagement, die hierarchische Stellung sowie die Grösse der erzielten oder angestrebten Gewinne. Daneben kommt es darauf an, wie der Täter mit der Droge in Kontakt gekommen ist und was er damit gemacht hat (HUG-BEELI, Betäubungsmitteldelikte 1983-1991, Zürich 1992, S. 429 f., S. 436 und S. 438). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts trifft beispielsweise den Transporteur einer bestimmten Drogenmenge grundsätzlich ein geringeres Verschulden als denjenigen, der diese Betäubungsmittelmenge verkauft oder zum Zwecke des Weiterverkaufs erwirbt (BASLER KOMMENTAR, StGB I, 2. Auflage, Basel 2007, Art. 47 N 75; BGE 121 IV 206).

2.3. Bei der subjektiven Tatschwere beachtlich ist eine allfällige Drogenabhängigkeit des Täters, ob er ausschliesslich des Geldes wegen handelte, ohne sich in einer finanziellen Notlage zu befinden, oder ob er es ablehnt, zu arbeiten, obwohl es ihm möglich wäre, und er es vorzieht, durch den Drogenhandel seinen Lebensunterhalt zu verdienen (BGE 107 IV 62 f.; BGE 118 IV 349).

2.4. Bei der objektiven Tatschwere fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte nicht bloss anlässlich eines singulären Anlasses am 9. März 2011 396 Gramm Kokaingemisch samt Milchpulver befördert hat, sondern bereits Anfang Oktober 2010 und erneut ab ca. Januar 2011 mehrere Male Kleinstmengen von insgesamt mindestens 10 Gramm Gassenkokain an mehrere Betäubungsmittelkonsumenten

selbständig verkauft hatte. Am 9. März 2011 führte er gleichzeitig weitere 16,3 Gramm Gassenkokain mit, welche er mindestens teilweise erneut zu verkaufen gedachte. Sowohl das Weiterbefördern des Kokains am 9. März 2011 wie auch seine weiteren Aktivitäten im Kokainhandel wurden ohne das Zutun des Beschuldigten durch seine Verhaftung am 9. März 2011 unterbunden.

2.4.1. Bei der am 9. März 2011 beförderten Menge von 396 Gramm Kokain lag ein Reinheitsgrad von 42 % vor, was einer beachtlichen Menge von rund 166 Gramm reinem Kokain entspricht. Die Vorinstanz ging bei der objektiven Schwere der Tat von dieser Menge aus (Urk. 83, S. 30). Dem kann nicht gefolgt werden.

2.4.2. Wie vorstehend erwogen (vgl. Erw. III. 3.3.2.), kann dem Beschuldigten hinsichtlich dieser Menge kein konkretes Wissen des Reinheitsgrades von 42 % nachgewiesen werden. Mit der Vorinstanz und dem Antrag der Verteidigung bezüglich der 16,3 Gramm Kokaingemisch folgend (Urk. 83, S. 10), ist daher auch bei diesen 396 Gramm zugunsten des Beschuldigten anzunehmen, dass diese Teilmenge ebenfalls einen Reinheitsgehalt in der Grössenordnung von 15 % aufgewiesen hat bzw. dass der Beschuldigte von einem solch tiefen Reinheitsgehalt in dieser Grössenordnung ausgehen durfte. Obwohl der Beschuldigte neben dieser Kokainmenge auch noch Milchpulver in der Plastiktasche mitgeführt hatte, vermag dies alleine keinen Nachweis des Wissens um einen höheren Reinheitsgrad zu erbringen.

2.4.3. Dem Beschuldigten ist daher bezüglich der grossen Teilmenge von 396 Gramm mindestens eine Menge von 60 Gramm reinem Kokain anzulasten, womit er den schweren Fall der Betäubungsmittelwiderhandlung (18 Gramm Kokain; BGE 109 IV 145) immer noch mehrfach überschritten hat. Hinzu kommen die gleichzeitig besessene Kokainmenge von 16,3 Gramm mit einem Reinheitsgehalt von 15 % (2,5 Gramm reines Kokain) für den teilweisen Weiterverkauf oder zum Eigenkonsum sowie die im Zeitraum zwischen Oktober 2010 und dem 9. März 2011 an mehrere Abnehmer verkauften Kokainportionen von weiteren 10 Gramm mit unbekanntem Reinheitsgehalt. Wiederum ausgehend vom Reinheitsgehalt von 15 % (1,5 Gramm reines Kokain) kommen zu den mindestens 60 Gramm somit weitere 4 Gramm reines Kokain hinzu.

2.4.4. Der Beschuldigte betätigte sich überdies über den langen Zeitraum von Anfang Oktober 2010 bis zum 9. März 2011 immer wieder sporadisch durch unterschiedliche Tathandlungen im Kokainhandel, wobei sich die gesamte Menge somit auf mindestens rund 64 Gramm reines Kokain bezog. Hinzu kommt, dass es sich bei Kokain um eine sogenannte harte Droge mit hohem Abhängigkeitspotential und grosser Gefahr einer gesundheitlichen Schädigung handelt. Die hierarchische Stellung des Beschuldigten im Drogenhandel bewegte sich dabei im untersten Bereich eines Gassendealers.

2.4.5. Verschuldensmindernd ist demgegenüber zu berücksichtigen, dass die grösste Teilmenge dieses Kokains nicht dem Beschuldigten gehörte und er hinsichtlich dieser Teilmenge lediglich einen untergeordneten Tatbeitrag leistete, indem er dieses bloss für einen Dritten beförderte. Das Betäubungsmittelgesetz umschreibt zwar auch helfenschaftsähnliche Handlungen, wie das Befördern, als selbständige Straftatbestände (FINGERHUTH/TSCHURR, a.a.O., Art. 19 BetmG N 136). Dennoch trifft den Transporteur einer bestimmten Betäubungsmittelmenge grundsätzlich ein geringeres Verschulden als denjenigen, der diese Betäubungsmittelmenge verkauft oder zum Zwecke der Weiterveräusserung erwirbt (vgl. vorstehend Erw. IV. 2.2.), was bei einem blossen Kurier im Inland zu einem Abzug von bis zu 30 % vom Strafmass führen kann. Bei Vorliegen von deutlich mehr als fünf Geschäften sind demgegenüber Zuschläge von 10 bis 20 % möglich (FINGERHUTH/TSCHURR, a.a.O., Art. 47 StGB N 31 f.).

2.5. Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere ist verschuldensmindernd zu beachten, dass der Beschuldigte im Deliktszeitraum selber in schwachem bis mittelstarkem Ausmass Kokain und daneben Marihuana konsumierte (Urk. 9/7, S. 2 f.). Es liegen daher nur teilweise geldwerte Motive vor. Die Gefährlichkeit und das hohe Abhängigkeitspotential des gehandelten bzw. beförderten Kokains mussten dem Beschuldigten somit auch aufgrund des eigenen Konsums bewusst gewesen sein. Auch mit Blick auf sein Alter und seine Vorstrafen war er durchaus in der Lage, das Unrecht seiner Taten zu erkennen. Über den gesamten Zeitraum manifestierte der Beschuldigte ein beträchtliches kriminelles Engagement. Dabei wusste er bei sämtlichen Tathandlungen stets oder konnte er voraussehen, dass sein Handeln zur Verwirklichung des Tatbestandes führte. Dennoch war er tätig,

weshalb er – auch bezüglich der grössten Teilmenge von 396 Gramm Kokaingemisch – mit direktem Vorsatz handelte (vgl. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 8. Auflage, Zürich 2006, S. 114).

Das Tatverschulden des Beschuldigten wiegt im Rahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz insgesamt nicht mehr leicht.

2.6. Für die grösste Teilmenge von 396 Gramm Kokaingemisch (60 Gramm reines Cocainhydrochlorid) erweist sich eine Einsatzstrafe von 13 Monaten Freiheitsstrafe somit als angemessen.

3. Zur Täterkomponente hat die Vorinstanz den Werdegang und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten korrekt aufgeführt und zusammengefasst (Urk. 83, S. 32).

3.1. Der Beschuldigte ist in L._____ [Stadt in der Karibik] aufgewachsen und hat dort die Schule besucht. Gemäss seinen Angaben arbeitet seine Mutter als Krankenschwester und wohnt in N._____ [Stadt in USA]. Seit Vater lebt in ... [Stadt in der Karibik] und arbeitet in einer Fernsehsendung über Wrestling. Der Beschuldigte hat drei Geschwister. In L._____ arbeitete er als Kameramann, daneben führte er ein kleines Schlossereigeschäft. Er begann zwar Werbung zu studieren, nach drei Jahren brach er dieses Studium jedoch ab und arbeitete auch als Wrestler (Freistilringer) und Bodyguard eines Senators. Im Jahre 2004 kam er erstmals mit einem Visum in die Schweiz. Im Februar 2005 kam er aus Frankreich erneut in die Schweiz und arbeitete seither temporär auf Baustellen und bei der Post. Seine letzte Festanstellung hatte er im Jahre 2010. Sein letztes monatliches Nettoeinkommen betrug Fr. 4'300.– bei einem Stundenlohn von ca. Fr. 31.–. Er hat Beteiligungen und verfügt über Schulden in der Höhe von ca. Fr. 8'000.– bis Fr. 14'000.– für Kredite, Telefonrechnungen, etc. Zwischendurch wurde er vom Sozialamt unterstützt. Seit sechs Jahren lebt der Beschuldigte mit seiner dritten Ehefrau, M._____, und seinen drei Kindern zusammen in O._____. Aus seiner zweiten Ehe hat er noch weitere zwei Kinder in ... und eines in ..., USA. Seine weiteren Familienangehörigen leben in N._____, in ... [Staat in der Karibik] und sein Bruder in ... [Staat in der Karibik]. Seine Ehefrau erzielt als Putzfrau in einem Hotel, bei einer Bank und am Flughafen ein Einkommen von ca. Fr. 2'300.– bis Fr. 2'500.– pro Monat. Die Wohnungsmiete beträgt Fr. 2'000.–. Der Beschuldigte

ist an Hepatitis C erkrankt. In L. _____ konsumierte er laut seinen Angaben Cannabis. In der Schweiz konsumiert er auch Kokain. In den Jahren 2007 bis 2010 verbüsste er bereits mehrere Vorstrafen, so etwa teilweise in der Form gemeinnütziger Arbeit (Urk. 4/5, S. 14 ff.; Urk. 17/5/1-4; Urk. 17/6; Urk. 17/7/2; Urk. 17/8/2; Urk. 59, S. 1 ff. und S. 14).

3.2. Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass sich in den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten, insbesondere in seiner Jugendzeit in seiner Heimat, keine Besonderheiten finden, aus denen sich strafmassrelevante Faktoren ableiten lassen (Urk. 83, S. 32).

3.3. Der Beschuldigte verfügt über 5 einschlägige Vorstrafen wegen Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz aus den Jahren 2006, 2007 und 2009, beginnend im Februar 2006, mithin rund ein Jahr nachdem er in die Schweiz gezogen war (Urk. 84). Bei Vorliegen einschlägiger Vorstrafen ist eine Straferhöhung von bis zu 50 % möglich (FINGERHUTH/TSCHURR, a.a.O., Art. 47 StGB N 31 f.), wobei diese gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in einem angemessenen und nachvollziehbaren Verhältnis zur Summe der vom Beschuldigten erwirkten einschlägigen Vorstrafen stehen muss (unpubl. BGE 6B_352/2012 vom 1. November 2012, Erw. 3.4). Die fünf einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten sind daher erheblich straf erhöhend zu gewichten.

3.4. Leicht strafmindernd ist das frühzeitige und vollumfängliche Teilgeständnis des Beschuldigten hinsichtlich der bei ihm sichergestellten 16,3 Gramm Kokaingemisch und der weiteren verkauften Kleinstmengen zu gewichten.

Das Geständnis, das kooperative Verhalten bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd. Der Grad der Strafminde rung hängt aber insbesondere davon ab, in welchem Stadium des Verfahrens das Geständnis erfolgte (BASLER KOMMENTAR, a.a.O., Art. 47 N 130 f.). Umfangreiche und prozessentscheidende Geständnisse können eine Strafreduktion von bis zu einem Drittel bewirken (BGE 121 IV 202, Erw. 2d/cc). Da das Teilgeständnis lediglich den kleineren Teil der dem Beschuldigten zur Last gelegten Betäubungsmitteldelikte betrifft und die Ermittlungen nicht wesentlich vereinfacht hat, fällt es nicht stärker strafreduzierend ins Gewicht.

3.5. Schliesslich macht die Verteidigung eine hohe Strafempfindlichkeit beim Beschuldigten im Zusammenhang mit seiner familiären Situation geltend. Die Vorinstanz hat diesen Strafmindigungsgrund nicht in Betracht gezogen. In der gegenwärtigen familiären Situation des Beschuldigten liegt indessen keine Konstellation mit aussergewöhnlichen Umständen vor, welche irgendeine besondere Strafempfindlichkeit beim Beschuldigten aus persönlichen, familiären oder beruflichen Gründen erkennen liesse. Selbst die Verbüssung einer langjährigen Freiheitsstrafe stellt für jeden sogar in ein familiäres oder soziales Umfeld eingebetteten Beschuldigten eine gewisse Härte dar; trotzdem darf sie nur zurückhaltend und nur bei aussergewöhnlichen Umständen berücksichtigt werden (BASLER KOMMENTAR, a.a.O., Art. 47 N 118). Eine Strafmindigung wegen besonderer Strafempfindlichkeit kommt beim Beschuldigten demzufolge nicht in Betracht, zumal keine langjährige Freiheitsstrafe zur Diskussion steht.

4. Die für die grösste Teilmenge Kokaingemisch festgesetzte Einsatzstrafe von 13 Monaten ist somit unter Würdigung der dargelegten strafe erhöhenden und strafreduzierenden Täterkomponenten um 3 Monate auf 16 Monate Freiheitsstrafe zu erhöhen.

5. Den weiteren vom Beschuldigten zu verantwortenden Teilmengen von insgesamt 4 Gramm reinem Kokain (vgl. vorstehend Erw. III. 3.2.2.) ist in Anwendung von Art. 49 Abs. 1 StGB im Rahmen der Asperation mit einer Erhöhung dieser Freiheitsstrafe um 1 Monat auf 17 Monate Rechnung zu tragen.

6. Der Beschuldigte wurde am 8. März 2012 aus der Haft entlassen (Urk. 85). Der Anrechnung von 365 Tagen erstandener Haft bzw. vorzeitigen Strafvollzugs an die Freiheitsstrafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB).

7. Hinsichtlich der Bemessung der von der Vorinstanz zur Ahndung des Betäubungsmittelkonsums des Beschuldigten ausgefallten Busse von Fr. 300.– kann – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 83, S. 33), zumal die Busse nicht beanstandet wurde. Für den Fall der Nichtbezahlung der Busse ist eine Ersatzfreiheitsstrafe auszusprechen (Art. 106 Abs. 2

StGB). Bei einer Busse von Fr. 300.– und einem Umwandlungssatz von Fr. 100.– ist demnach für den Fall, dass der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht bezahlt, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen auszufallen.

V.

Vollzug

1. Im angefochtenen Urteil wurde der Vollzug der Freiheitsstrafe weder ganz noch teilweise aufgeschoben (Urk. 83, S. 35).

2. Nach Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen. Schiebt das Gericht den Vollzug auf, wird eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren angesetzt (Art. 44 Abs. 1 StGB). Das Gericht kann nach Art. 43 Abs. 1 StGB den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem und höchstens drei Jahren auch nur teilweise aufschieben. Eine teilbedingte Strafe kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn eine günstige Prognose nur unter Berücksichtigung der Warnwirkung des unbedingt zu vollziehenden Teils bejaht werden kann (DONATSCH/FLACHSMANN/HUG/WEDER, Kommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 18. Auflage, Zürich 2010, Art. 43 N 3).

2.1. Die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten oder teilbedingten Strafvollzugs gemäss Art. 42 bzw. Art. 43 StGB sind vorliegend in objektiver Hinsicht erfüllt, da eine Freiheitsstrafe von 17 Monaten auszufallen ist und der Beschuldigte innerhalb der letzten fünf Jahre weder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen noch zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten verurteilt wurde (vgl. Urk. 85).

2.2. In subjektiver Hinsicht ist für die Gewährung des bedingten und des teilbedingten Strafvollzugs eine günstige Prognose bezüglich des künftigen Wohlverhaltens des Beschuldigten erforderlich. Das Vorleben und der Charakter des Beschuldigten sollten erwarten lassen, er werde sich durch die Ausfällung einer blossen Warnstrafe künftig von der Begehung weiterer Verbrechen und Vergehen abhalten lassen.

2.3. Der Beschuldigte ist wie erwähnt mehrfach und einschlägig vorbestraft. Er liess sich weder von den anfänglich kurzen bedingten Freiheitsstrafen noch von einer später ausgefallenen unbedingten Freiheitsstrafe beeindrucken und von weiterer Delinquenz abhalten. In regelmässigen Abständen und teilweise während laufender Probezeit wurde er immer wieder einschlägig straffällig. Der Beschuldigte wurde letztmals mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 1. August 2009 wegen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz und Übertretung desselben mit 360 Stunden gemeinnütziger Arbeit und einer Busse von Fr. 500.– bestraft. Auch seine nach wie vor instabile berufliche und angespannte wirtschaftliche Situation lässt kein künftiges Wohlverhalten erwarten. Das vorhandene familiäre Umfeld konnte den Beschuldigten bislang nicht von weiteren Delikten abhalten, weshalb es vorliegend auch nicht zur Verneinung einer schlechten Prognose herangezogen werden kann. Angesichts der wirkungslos gebliebenen unbedingten Vorstrafen ist auch nicht zu erwarten, der Beschuldigte werde sich bei einer teilbedingten Strafe von weiteren Verbrechen oder Vergehen abhalten lassen. Demzufolge ist von einer schlechten Prognose auszugehen, weshalb die ganze Freiheitsstrafe zu vollziehen ist. Die Busse ist in Anwendung von Art. 105 Abs. 1 StGB zu bezahlen.

VI.

Kostenfolgen

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die erstinstanzliche Kostenauf-
lage (Dispositivziffer 10) zu bestätigen (Art. 428 Abs. 3 StPO; Art. 391 Abs. 2
StPO).

2. Gemäss Art. 428 Abs. 1 StPO tragen die Parteien die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens.

Nachdem der Beschuldigte mit seiner Berufung praktisch vollumfänglich unterliegt, sind ihm die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Somit sind die Kosten der Untersuchung und der gerichtlichen Verfahren in beiden Instanzen dem Beschuldigten aufzuerlegen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im zweitinstanzlichen Verfahren gehen ebenfalls zu Lasten des Beschuldigten, doch hat er diese nur dann nachträglich zu bezahlen, wenn es seine finanzielle Lage erlaubt (Art. 135 Abs. 4 StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 9. Februar 2012 bezüglich der Dispositivziffern 2 (Nichteintreten auf Anklageziffer 1.1.1. sowie auf den Antrag auf Rückversetzung), 6 – 8 (Einziehungen) sowie 9 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Das Gericht erkennt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g BetmG, teilweise i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sowie
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Freiheitsstrafe von 17 Monaten, wovon bis und mit 8. März 2012 365 Tage durch Haft und vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind, sowie mit einer Busse von Fr. 300.–.

3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen.
5. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffer 10) wird bestätigt.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung (ausstehend)
7. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; die Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten.
8. Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienstehernach in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat
 - das Bundesamt für Polizeisowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Amt für Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A

9. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden.

Die Beschwerde ist **innert 30 Tagen**, vom Empfang der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (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, 27. November 2012

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Th. Meyer

Dr. Bischoff