

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120354-O/U/rc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, lic. iur. Ruggli und lic. iur. Stiefel sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Oswald

Urteil vom 8. Januar 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Zürich
(1. Abteilung) vom 20. Juni 2012 (GG120066)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl vom 13. März 2012 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 21).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 45 Tagen Freiheitsstrafe, wovon zwei Tage durch Haft erstanden sind.
3. Die Strafe wird vollzogen.
4. Die mit Verfügung bzw. Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 6. November 2011 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 200.– wird eingezogen und verfällt dem Staat.
5. Die mit Verfügung bzw. Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 6. November 2011 beschlagnahmten Barschaften von Fr. 660.– sowie € 20.– werden zur (teilweisen) Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. Kosten der Kantonspolizei
Fr. 1'200.– Gebühr Anklagebehörde
Fr. Auslagen Untersuchung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 52, Urk. 40 S. 1)

1. Das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Juni 2012 (Geschäfts-Nr.: GG120066) sei vollumfänglich aufzuheben und der Beschuldigte sei vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG freizusprechen; eventualiter sei der Beschuldigte vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG freizusprechen und Ziff. 1 entsprechend aufzuheben und es sei Ziff. 2 des genannten Urteils aufzuheben und der Beschuldigte sei mit höchstens 180 Stunden gemeinnütziger Arbeit unter Anrechnung der Untersuchungshaft von 2 Tagen zu bestrafen.
2. Die beschlagnahmte Barschaft von Fr. 200.– und Fr. 660.– sowie die 20 Euro seien dem Beschuldigten herauszugeben.
3. Die Kosten der Untersuchung und des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens seien auf die Gerichtskasse zu nehmen und dem Beschuldigten sei eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat:

(Urk. 43, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils

Erwägungen:

I. Formelles

Mit Urteil vom 20. Juni 2012 verurteilte das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich, 1. Abteilung, den Beschuldigten wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von dessen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d und bestrafte ihn mit 45 Tagen Freiheitsstrafe unbedingt. Auch zog das Gericht die beim Beschuldigten beschlagnahmten Barschaften ein bzw. verwendete sie zur Deckung der Verfahrenskosten (Urk. 39).

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte am 2. Juli 2012 Berufung an (Urk. 35). Die Berufungserklärung folgte unter dem 29. August 2012 (Urk. 40). Demnach wird ein vollumfänglicher Freispruch beantragt. Eventualiter werden ein Teilfreispruch vom Vorwurf gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG (Erlangen von Drogen) verlangt und eine Strafe von höchstens 180 Stunden gemeinnütziger Arbeit.

Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 43). Beweisanträge wurden von keiner Seite gestellt.

Mit Eingabe vom 19. Dezember 2012 stellte der Beschuldigte ein Gesuch um Dispensation von der Berufungsverhandlung, welches ihm am 8. Januar 2013 bewilligt wurde (Urk. 51).

II. Erstellung des Sachverhalts

Der Anklagevorwurf lautet dahingehend, dass der Beschuldigte am 5. November 2011, kurz nach Mitternacht, im Bereich B.____-Strasse ... in C.____ dem D.____ drei Portionen Kokain (total ca. 2,5 Gramm) für Fr. 200.– verkauft habe. Von diesen drei Portionen soll der Beschuldigte unmittelbar vor der Veräusserung an D.____ deren zwei von seinem Landsmann E.____ und eine weitere Portion von einem anderen, unbekannt gebliebenen Landsmann bezogen haben.

Der Beschuldigte bestritt wie in der Untersuchung und vor Vorinstanz auch im Berufungsverfahren jegliche Schuld; er machte sinngemäss eine Verwechslung in der Person geltend (Urk. 12 S. 3, Urk. 30 S. 4, Urk. 52).

Die Vorinstanz hat sich insbesondere auf die Aussagen des rapportierenden Polizisten F._____ und diejenigen des Drogenkäufers D._____ gestützt und den Anklagesachverhalt als rechtsgenügend erstellt betrachtet (Urk. 39 S. 12-14).

Was den Nachweis des Vorgangs des zur Anklage erhobenen Kokaingeschäfts als solchen angeht, ist dem Einzelgericht beizupflichten. Der Ablauf des Deals wurde von der Fahndungsgruppe ... der Stadtpolizei Zürich beobachtet und Wm F._____ als Mitglied dieser Gruppe rapportierte noch am Tattag entsprechend (Urk. 1). Auch sagte er vier Monate später als Zeuge zur Sache grundsätzlich gleichlautend aus (Urk. 14). Auch konnte der Kokainkäufer D._____ kurz nach der Drogenübernahme von der Polizei angehalten werden, wobei er die drei Kokainportionen noch auf sich trug und den vorangegangenen Erwerb der Droge von einem "Schwarzen" zum Preis von Fr. 200.– zugab (Urk. 1 S. 8). Vier Monate später als Auskunftsperson befragt, bestätigte D._____ seinen Drogenkauf vom 5. November 2011 (Urk. 16). Dass an diesem Datum die drei Kokainportionen an D._____ verkauft worden sind und der mittelbare Veräusserer der Droge sie erst bei zwei anderen "Schwarzen" beschaffen musste, bevor er sie dem Abnehmer übergab, steht ausser Zweifel. Auch dass der Verkäufer schwarzer Hautfarbe ist, ergibt sich aus der Observation der Vorgänge durch die Polizei und aus den Angaben der Abnehmers. Die andere Frage ist allerdings, ob es nachweislich der Beschuldigte war, welcher die Drogen erst beschafft und dann an D._____ verkauft hat. Wie erwähnt macht der Beschuldigte eine Verwechslung in seiner Person geltend.

Die Vorinstanz hat bei der Beweisführung nicht präzise unterschieden zwischen der Erstellung des Handlungsablaufs als solchen und dem Nachweis, dass der Beschuldigte mit dem Verkäufer identisch sei. Sie hat zwar ausgeführt, der Zeuge F._____ könne "nachvollziehbar erklären, weshalb er sich sicher ist, dass es sich beim Beschuldigten um diejenige Person handelt, die D._____ das Kokain verkauft hat - obwohl er den Beschuldigten zum jetzigen Zeitpunkt [gemeint: an-

lässlich der Zeugenbefragung] nicht mehr erkennen würde" (Urk. 39 S. 12). Und: "Der Zeuge F. _____ gab somit schlüssig und widerspruchsfrei zu Protokoll, dass der Beschuldigte drei Portionen Kokain organisierte, welche drei Portionen dann beim Abnehmer gefunden werden konnten" (a.a.O. S. 13). Den Umstand, dass auch D. _____ den Beschuldigten anlässlich der Befragung als Auskunftsperson nicht wiedererkannt hat, hielt die Vorinstanz sodann für nicht entscheidend, da ersterer beim Drogenkauf "offenbar" stark angetrunken gewesen sei und es nur folgerichtig sei, wenn er den Beschuldigten nun nicht mehr wiedererkenne (a.a.O.).

Diese Interpretation der Aussagen von F. _____ und D. _____ sowie die Schlussfolgerung des Einzelgerichts, wonach die Täterschaft des Beschuldigten gestützt darauf zu bejahen sei, erweisen sich als nicht haltbar. Tatsache ist, dass weder F. _____ als Zeuge noch D. _____ als Auskunftsperson den Beschuldigten als Täter wiedererkannt haben, wie auch von der Verteidigung geltend gemacht wird (Urk. 52 S. 4). Wenn F. _____, trotzdem er den Beschuldigten nicht wieder zu erkennen vermochte, eine Verwechslung dennoch ausschloss mit dem Hinweis, dass der Beschuldigte am Ort des Verkaufs verharrt sei und unter ständiger Beobachtung gestanden habe [gemeint ist: bis zu dessen Verhaftung], so überzeugt dies nicht. Festzustellen ist nämlich, dass der Beschuldigte gerade nicht von der die Vorgänge vorher observierenden Fahndungsgruppe ... verhaftet worden ist. Vielmehr eilte ein Teil dieser Gruppe dem Drogenabnehmer D. _____ durch die ...strasse in die ...strasse Richtung ...-Platz nach, wo sie diesen arretierte; der andere Teil derselben Fahndungsgruppe nahm die Verfolgung des mutmasslichen Drogenlieferanten E. _____ auf, was sie auf der ...strasse in die andere Richtung führte und dann in die ...strasse, wo es zur Verhaftung kam. Der zweite Lieferant des Kokains entkam, da ihm niemand nachstellte; dies weil die Personalstärke der Polizei zu gering war (vgl. Urk. 1 S. 8). Was den Beschuldigten selber angeht, so konnte er in der Folge zwar an der Kreuzung B. _____-/...strasse verhaftet werden, jedoch nicht von den Funktionären der ..., die ihn vorher observiert hatten, sondern von ...-Funktionären (gemäss Haftrapport Urk. 8/1 S. 2) bzw. von der Polizeipatrouille ... (gemäss Sachrapport Urk. 1 S. 6). Nicht aktenkundig ist, wie diese zugezogenen Funktionäre zu ihrem Verhaftungsauftrag kamen und

in welcher Form ihnen der zu verhaftende Täter, ausser mit dem Hinweis, dass es sich dabei um einen "Schwarzen" handle, von den Kollegen der ... beschrieben worden ist.

Die Umstände dieser delegierten Verhaftung des Beschuldigten hätten folglich danach verlangt, dass anschliessend die Identität des Verhafteten mit der observierten Täterschaft verifiziert worden wäre. Dies hätte mittels einer Erklärung eines der observierenden Fahnder der ... geschehen können oder durch sofortige Gegenüberstellung mit dem Kokainkäufer D._____. Nichts dergleichen geschah, einerseits weil D._____ nach der Aufnahme seiner Personalien und der Sicherstellung der gekauften Droge bereits laufen gelassen worden war (vgl. Urk. 5) und andererseits wohl auch deswegen, weil die Überprüfung der Fingerabdrücke des Beschuldigten im IDS-System einen "Hit"-Treffer ergab (vgl. Urk. 1 S. 6 unten), was zwar für die neue Tat nichts bedeutete, die Ermittler sich aber auf der richtigen Spur wähnen liess. Erst vier Monate später ist in den Verhören der Staatsanwaltschaft mit F._____ und D._____ versucht worden, die Identität des Beschuldigten mit dem beobachteten Kokainverkäufer festzumachen, was - wie erwähnt - scheiterte.

Da somit der rechtsgenügende Nachweis hinsichtlich der Täterschaft des Beschuldigten fehlt und im Übrigen als gerichtsnotorisch gelten kann, dass sich im Bereich des Verhaftungsorts des Beschuldigten (...strasse-Quartier in C._____) stets viele Schwarze aufhalten, kann eine Verwechslung bei der Verhaftung nicht ausgeschlossen werden. Im Zweifel für den Angeklagten ist dieser deshalb freizusprechen.

III. Beschlagnahme

Durch den Freispruch ist der Beschlagnahme der Barschaften des Beschuldigten der Boden entzogen. Die Gelder (Fr. 200.- und Fr. 660.- sowie € 20.-) sind ihm folglich herauszugeben.

IV. Kosten und Entschädigung

Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kostenaufstellung (Dispositivziffer 6) zu bestätigen; die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens sind jedoch auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit seinem Antrag auf Freispruch vollumfänglich, weshalb die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ausser Ansatz zu fallen hat.

Der Beschuldigte ist sodann für die zwei Tage Polizeiverhaft mit einer Genugtuung von insgesamt Fr. 400.– aus der Staatskasse abzufinden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_111/2012 vom 15. Mai 2012 E. 4.2). Zudem hat er Anspruch auf eine Prozessentschädigung für die Kosten seiner Verteidigung während des gesamten Verfahrens (Art. 436 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). Diese ist auf Fr. 4'200.– (inkl. MWST) zu bemessen (vgl. Urk. 53).

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ wird vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG freigesprochen.
2. Die mit Verfügungen bzw. Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 6. November 2011 beschlagnahmten und bei der Bezirksgerichtskasse unter der Belegnummer ... desponierten Barschaften von Fr. 200.–, Fr. 660.– und Euro 20.– werden dem Beschuldigten auf erstes Verlangen herausgegeben.
3. Die erstinstanzliche Kostenaufstellung (Ziff. 6) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.

6. Dem Beschuldigten wird für die erlittene Haft von zwei Tagen eine Genugtuung von Fr. 400.– aus der Staatskasse zugesprochen.
7. Dem Beschuldigten wird für das ganze Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'200.– für anwaltliche Verteidigung aus der Staatskasse zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihlund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mittels Kopie von Urk. 25 zur Löschung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d der Verordnung über das Strafregister
 - die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
 - die Kantonspolizei Zürich, ..., mit separatem Schreiben (§ 34a POG)
 - die Kasse des Bezirksgerichts Zürich.

9. 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, 8. Januar 2013

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Oswald