

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB130103-O/U/cs

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

Urteil vom 24. Mai 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, vom 28. November 2012 (DG120314)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 24. September 2012 (Urk. 22) ist diesem Urteil beigeheftet.

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 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 36 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 188 Tage durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind.
3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht aufgeschoben.
4. Die sichergestellten Betäubungsmittel (Lagernummer ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
5. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 21. August 2012 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 1'500.– wird zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten eingezogen.
6. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:
Fr. 4'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 3'000.– Gebühr Strafuntersuchung
Fr. 4'315.90 Auslagen Vorverfahren
Fr. 11'134.40 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

7. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen derjenigen der amtlichen Verteidigung und der Übersetzung, werden dem Beschuldigten auferlegt, aber, soweit nicht durch die eingezogene Barschaft von Fr. 1'500.– gedeckt, definitiv abgeschrieben.
8. Die Kosten der amtlichen Verteidigung und der Übersetzung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 48 S. 1)

1. Es sei Dispositivziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 28. November 2012 (DG120314) aufzuheben und der Beschuldigte und Berufungskläger mit einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren zu bestrafen, unter Anrechnung der bisher erstandenen Haft.
2. Es seien die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:

(Urk. 44, schriftlich)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I.

1. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, am 24. Mai 2012 um ca. 14.30 Uhr in Zürich-B._____ einem verdeckten Ermittler ein 139 Gramm Kokaingemisch übergeben zu haben, welche Drogen er zuvor auf nicht näher bekannte Weise erlangt habe. Am Tag zuvor habe er sich im Restaurant „C._____“ in Zürich-B._____ mit D._____ (separates Verfahren) getroffen und auf dessen Nachfrage eingewilligt, für die genannte Übergabe 140 Gramm Kokain zu beschaffen. Ausserdem habe der Beschuldigte gewusst bzw. zumindest damit rechnen müssen, dass es sich bei der übergebenen Ware um Kokain gehandelt habe (Urk. 22 S. 2 f.).

2. Das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, sprach den Beschuldigten mit Urteil vom 28. November 2012 anklagegemäss schuldig der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG und bestrafte ihn mit 36 Monaten Freiheitsstrafe unbedingt. Das Gericht traf überdies Anordnungen betreffend die Einziehung von Betäubungsmitteln und beschlagnahmter Barschaft. Die Verfahrenskosten wurden dem Beschuldigten auferlegt, aber – soweit nicht durch eingezogene Barschaft gedeckt – sogleich definitiv abgeschrieben (Urk. 39 S. 24 f.).

3. Der Beschuldigte liess rechtzeitig die Berufung gegen dieses Urteil anmelden (Urk. 32; Art. 399 Abs. 1 StPO) und sodann auch fristgerecht die Berufungserklärung einreichen (Urk. 40; Art. 399 Abs. 3 StPO). Er will eine mildere Bestrafung mit höchstens zwei Jahren Freiheitsstrafe erreichen. Im Ergebnis nicht beanstandet wurde der Schuldpunkt gemäss Ziff. 1 des vorinstanzlichen Dispositivs. Der Beschuldigte liess jedoch geltend machen, dass er lediglich mit Eventualvorsatz gehandelt habe und dass er nicht der Beschaffer des in Frage stehenden Kokains gewesen sei (Urk. 40).

4. Die Staatsanwaltschaft verzichtete mit Eingabe vom 26. März 2013 auf eine Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 44). Im Berufungsverfahren wurden keine Beweisanträge gestellt. Der Vertreter der Anklagebehörde wurde mit dem ausdrücklichen Einverständnis der Verteidigung (Urk. 45) von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung dispensiert (Urk. 44).

II.

1. Das vorinstanzliche Urteil blieb hinsichtlich des Schuldspruchs (Ziff. 1), der Verweigerung des bedingten bzw. teilbedingten Vollzugs der Strafe (Ziff. 3) und der Anordnungen betreffend die sichergestellten Betäubungsmittel und die beschlagnahmte Barschaft (Ziff. 4 und 5) sowie bezüglich des Kostendispositivs (Ziff. 6-8) unangefochten. Es ist somit insoweit in Rechtskraft erwachsen (Art. 402 StPO), was vorab festzustellen ist.

2. Da jedoch im Rahmen der Berufungserklärung und in der Berufungsverhandlung durch den Beschuldigten Elemente des in der Anklageschrift umschriebenen Sachverhaltes bestritten wurden, die hinsichtlich der Bewertung des Verschuldens und damit auch für die Strafzumessung relevant sind, muss vorab der Anklagesachverhalt bezüglich der bestrittenen Punkte erstellt werden.

3. Die Vorinstanz hat die allgemeinen Grundsätze der Beweiswürdigung zutreffend dargelegt. Auf die entsprechenden Ausführungen in den vorinstanzlichen Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 39 S. 4 f.; § 82 Abs. 4 StPO).

4. Die für die Sachverhaltserstellung massgebenden Aussagen des Mitbeschuldigten D. _____ (separates Verfahren) und des Beschuldigten wurden von der Vorinstanz richtig wiedergegeben. Auf die entsprechenden Passagen in den vorinstanzlichen Erwägungen kann vorab verwiesen werden (Urk. 39 S. 6 f.).

5. a) In Würdigung der Aussagen des Beschuldigten ist zunächst dort anzusetzen, wo er versucht zu erklären, weshalb er bei der Drogenübergabe an den

verdeckten Ermittler überhaupt am Tatort anwesend war. Er gab zunächst an, dass D._____ angerufen und ihm gesagt habe, er solle zum ...-Platz kommen. Dort sei D._____ aus dem Auto eines anderen Typen gestiegen und habe ihm gesagt, dass der andere Typ Geschäfte machen möchte. Der Beschuldigte habe jedoch nicht gewusst, was für Geschäfte das waren. Er habe aufgrund des Telefonanrufes gedacht, der andere Typ sei auch ein Schwarzafrikaner und dass sie zusammen etwas trinken gehen würden. D._____ habe ihm dann gesagt, er wisse nicht, ob dieser andere Typ ein Polizist sei, worauf der Beschuldigte geantwortet habe, dass dies nicht sein Problem sei. Später in der gleichen polizeilichen Einvernahme gab er auf entsprechende Frage erneut zu Protokoll, dass er nicht wisse, was für Geschäfte der andere Mann mit D._____ habe machen wollen. Er glaube, dass D._____ seine Meinung über den anderen Mann habe hören wollen (Urk. 5/1 S. 3 f.; Urk. 5/2 S. 4). Weiter führte der Beschuldigte aus, der unbekannte Typ habe dann gefragt, wo "es" sei, worauf D._____ dem Beschuldigten in afrikanischer Sprache gesagt habe, er solle dem Typen sagen, er (der Beschuldigte) habe es, aber nicht bei sich, sondern irgendwo versteckt. D._____ habe darauf den Unbekannten aufgefordert, er solle ihnen mit dem Auto folgen. D._____ habe auch gesagt, er wolle dem Typ "Gras" geben. D._____ habe dem Beschuldigten dann gesagt, dass sie jetzt einfach losfahren sollten. Er habe dem anderen Mann gesagt, dass er nichts bei sich hätte, es würde aber von einem anderen Typ (d.h. vom Beschuldigten) gebracht werden. Aber eigentlich habe "es" D._____ schon bei sich gehabt. Nachdem sie einige hundert Meter gefahren seien, sei D._____ wieder ausgestiegen und habe dem Weissen gesagt, er - der Beschuldigte - werde "es" jetzt holen. D._____ habe dadurch herausfinden wollen, ob der andere Typ ein Polizist sei. Denn wenn er tatsächlich ein Polizist wäre, hätte dieser die Geduld nicht gehabt, zu warten. Nachdem der Beschuldigte dann eine Runde gedreht gehabt habe, sei er zum anderen Auto gegangen, wo D._____ so getan habe, als ob er etwas vom Beschuldigten erhalten würde, wonach er dem anderen Mann den Sack übergeben habe, den er in seiner Hose bei sich getragen habe (Urk. 5/1 S. 4). Kurz danach in der gleichen Einvernahme sagte der Beschuldigte, D._____ habe ihm das "Ding" gegeben, bevor er (der Beschuldigte) die Runde gedreht habe (Urk. 5/1 S. 5). Diese letztere Aussage widerspricht jedoch der vor-

herigen Darstellung, denn wäre es so gewesen, hätte man die Übergabe an D._____ im Auto nicht vortäuschen müssen (Urk. 5/1 S. 4; Urk. 5/1 S. 7), sondern sie hätte tatsächlich stattgefunden weil D._____ die Drogen nicht (mehr) in der Hose gehabt hätte. Eine neue, quasi erweiterte Version lieferte der Beschuldigte in der polizeilichen Einvernahme vom 29. Juni 2012: Er und D._____ seien gemeinsam zu einer anderen Strasse gefahren, wo D._____ ihm gesagt habe, er solle "dieses Ding" nehmen und eine Runde drehen. D._____ habe ihm gesagt, dass es "Gras" sei und dass er der anderen Person mitteilen werde, dass er - der Beschuldigte - das Material holen werde. Daraufhin habe der Beschuldigte mit dem Paket eine Runde gedreht und sei dann zurück zum anderen Auto gekommen. Dort habe er das Paket an D._____ zurückgeben wollen, jedoch habe der andere Mann (d.h. der verdeckte Ermittler) das Paket bereits gesehen, weshalb D._____ ihm gesagt habe, dass er es dem Mann direkt übergeben solle. Der Mann sei dann ausgestiegen, habe das Geld geholt und an D._____ übergeben. Während er das Geld gezahlt habe, sei dann die Polizei gekommen (Urk. 5/4 S. 1). In der Berufungsverhandlung führte der Beschuldigte schliesslich aus, D._____ habe das Paket in das Handschuhfach des Autos des Beschuldigten gelegt, aus dem der Beschuldigte es dann später an sich genommen habe, bevor er es an D._____ zurückgeben wollte (Prot. II S. 14). Auch bezüglich der konkreten Frage, wer denn nun die Drogen auf sich getragen habe, sagte der Beschuldigte widersprüchlich aus: Er verneinte zunächst, dass er die Plastik-Verpackung mit den Drogen selber überhaupt berührt habe. Auf die darauffolgende Frage, ob von ihm selber wohl Dakty- oder DNA-Spuren auf dem Plastiksack gesichert werden könnten, meinte der Beschuldigte dann, dass ihm D._____ "das Ding" im Auto gegeben habe, als der andere Typ das Geld holen gegangen sei. Er habe zunächst anders ausgesagt, weil er gemeint habe, die erste Frage beziehe sich darauf, ob er den Sack mit den Drogen ausserhalb des Autos berührt habe. Auf den Vorhalt, dass die erste Frage des einvernehmenden Polizeibeamten wie auch die verneinende Antwort des Beschuldigten inhaltlich klar gewesen sei, gab er im Widerspruch zu seiner ersten Aussage zu Protokoll, er habe nicht gesagt, dass er es nicht berührt habe (Urk. 5/1 S. 5). Der Beschuldigte passte hier offensichtlich sei-

ne Aussage der aktuellen Beweislage bzw. (im Falle der Dakty- bzw. DNA-Spuren) der antizipierten Beweislage an.

b) Mit dieser in manchen Punkten widersprüchlichen Schilderung wollte der Beschuldigte offensichtlich den Eindruck vermitteln, dass er als Aussenstehender ohne eigentliche Funktion von D. _____ herangezogen worden sei, um einem Deal mit Marihuana beizuwohnen und dabei seine Meinung über den anderen Mann abzugeben, von dem D. _____ offenbar vermutete, dass er ein Polizist sein könnte. Allein dieses Szenario erscheint höchst unrealistisch, zumal einerseits nicht ersichtlich ist, was für ein Interesse D. _____ hätte haben sollen, den Beschuldigten überhaupt zu involvieren, und andererseits unverständlich ist, weshalb der Beschuldigte auf spontane Anweisung D. _____s sich so verhielt, als wäre er derjenige, der die Drogen herbeischaffen könnte, obwohl das gemäss seiner eigenen Darstellung nicht der Fall gewesen sei. Das ganze erscheint umso unwahrscheinlicher, weil der Beschuldigte als Motiv für seine Mitwirkung einzig den Umstand nannte, dass er an jenem Tag noch nichts gegessen gehabt habe und verwirrt gewesen sei. Er habe gedacht, dass es D. _____ an jenem Tag ebenfalls langweilig gewesen sei und dass man gemeinsam etwas trinken gehen wollte (Urk. 5/4 S. 3). Später führte er aus, er sei an diesem Tag deprimiert gewesen (Prot. II S. 12 f.). Eine logische Unstimmigkeit ist auch dort auszumachen, wo der Beschuldigte erklärt, er habe mit dem Auto zunächst eine Runde drehen und so tun müssen, als ob er die Drogen hole, weil D. _____ dadurch habe herausfinden wollen, ob es sich beim Käufer um einen Polizisten handle, weil ein verdeckter Ermittler nicht die Geduld gehabt hätte, zu warten (Urk. 5/1 S. 4). Dabei ist im Gegenteil davon auszugehen, dass gerade ein verdeckter Ermittler nicht einfach so aufgibt, sondern geduldig wartet, bis der Verkäufer die Drogen beschafft hat, zumal er im Gegensatz zu einem wahren Drogenkäufer normalerweise weder ein Risiko eingeht, noch unter Zeitdruck steht.

c) Die Ausführungen zur Frage, ob er D. _____ am Tag vor der Tat getroffen habe, sind ebenfalls unklar und widersprüchlich: In der Untersuchung verneinte er dies (vgl. Urk. 5/5 S. 10), gab aber an, er habe D. _____ am 23. Mai 2012 angerufen, doch sei dies versehentlich passiert und er habe nicht mit ihm gesprochen

(Urk. 5/5 S. 10). In der vorinstanzlichen Hauptverhandlung führte er aus, er sage nicht, dass er am 23. Mai 2012 nicht in der C._____ Bar gewesen sei. D._____ sei immer dort. Er sei aber nicht hingegangen, um mit diesem über ein Geschäft zu sprechen und sie hätten auch nicht über ein Geschäft gesprochen (Urk. 25 S. 8). Was seine Bekanntschaft mit D._____ angeht, so erscheinen seine Angaben ebenfalls zweifelhaft. Der Beschuldigte gab an, D._____ seit drei oder vier Monaten näher zu kennen; vorher habe er ihn zwar gesehen, aber nie mit ihm gesprochen (Urk. 5/1 S. 3; Urk. 5/2 S. 4). An anderer Stelle erwähnte er dann aber, dass es an Neujahr 2012 – mithin gut fünf Monate vor der Tat – Streitigkeiten zwischen ihm und D._____ wegen einer Frau gegeben habe. An diesem Abend seien sie auch zusammen in den E._____ [Freizeitlokalität] gegangen (Urk. 5/5 S. 4 f.). Damit kannten sich die beiden offenbar schon länger als drei bis vier Monate. In der gleichen Einvernahme, in welcher der Beschuldigte diesen Streit erwähnte, führte er aus, er kenne D._____ nicht so gut, dass sie jeweils zusammen ausgegangen seien, um etwas zu trinken. Sie hätten sich nur ab und zu in einer Bar getroffen (Urk. 5/5 S. 4). Diese Beschreibung der Beziehung zu D._____ steht nun einerseits im Widerspruch zur Aussage, er sei an Neujahr 2012 zusammen mit D._____ in den E._____ gegangen, insbesondere aber zu seiner Angabe, D._____ habe sich am Tattag mit ihm verabredet, um etwas zusammen trinken zu gehen. Somit versuchte der Beschuldigte offensichtlich, seine tatsächliche Bekanntschaft mit D._____ herunterzuspielen.

d) Die Erklärungsversuche des Beschuldigten überzeugen auch insofern nicht, als er durch Befolgung der von ihm Behaupteten Anweisungen D._____s ein für ihn erkennbares Risiko einging, ohne dass er dafür einen Gegenwert erwarten konnte. Dass er mit seinen zahlreichen einschlägigen Vorstrafen ein solches für ihn unnötiges und unentgeltliches Risiko eingehen würde, erscheint höchst unwahrscheinlich.

e) Das oben dargelegte Aussageverhalten des Beschuldigten und insbesondere die inhaltlichen Unstimmigkeiten und Widersprüche lassen seine Aussagen als unglaubhaft erscheinen, weshalb auf diese nicht abzustellen ist.

6. a) D. _____ gab in der ersten polizeilichen Einvernahme am 24. Mai 2012 zu Protokoll, er kenne den Beschuldigten schon seit einigen Jahren. Ein gewisser F. _____ (Anmerkung: verdeckter Ermittler F'. _____) habe über ihn - D. _____ - Kokain kaufen wollen. Dies habe ihm F. _____ am Dienstag (22. Mai 2012) im G. _____-Pub in der Nähe des ...-Platzes gesagt. Er habe von 140 Gramm gesprochen, für welches er Fr. 12'000.-- bezahlen würde. Gestern (d.h. am 23. Mai 2012), um ca. 18.30 Uhr oder 19.00 Uhr, habe er den Beschuldigten im Restaurant "C. _____" in B. _____ getroffen. Dort habe er den Beschuldigten gefragt, ob er das Kokain für F. _____ besorgen könne. F. _____ würde es heute (d.h. am 24. Mai 2012) benötigen (Urk. 6/1 S. 2 f.). Der Beschuldigte habe diese Anfrage bejaht und habe ihm gesagt, dass er D. _____ und F. _____ am anderen Tag um 14.00 Uhr beim "H. _____" treffen würde. Nachdem D. _____ mit dem Beschuldigten fertig diskutiert hatte, habe er ein SMS an F. _____ geschickt, dass es o.K. sei. Auf die Frage, woher er gewusst habe, dass er über den Beschuldigten Kokain bekommen würde, antwortete D. _____, dass er gewusst habe, dass der Beschuldigte in diesem Geschäft tätig sei. Er habe dies von anderen Leuten vernommen (Urk. 6/1 S. 3). In der Folge schilderte D. _____ die Übergabe des Kokains durch den Beschuldigten am Folgetag (Urk. 6/1 S. 4).

b) Gemäss eigenen Angaben ging D. _____ davon aus, dass er vom Beschuldigten einen Anteil bzw. eine Entschädigung erhalten hätte, wenn der Deal gelungen wäre. Sie hätten diesbezüglich zwar keine Abmachung getroffen, jedoch hätte der Beschuldigte ihm sicher etwas Geld gegeben. Wenn sich Schwarze untereinander helfen würden, dann sei das so (Urk. 6/1 S. 3). Diese Auffassung bestätigte er im Rahmen der Konfrontationseinvernahme vom 3. August 2012, ergänzte jedoch auf entsprechende Frage, dass er und der Beschuldigte dies am 23. Mai 2012 besprochen hätten. Sein Anteil wäre zwischen Fr. 3'000.-- und Fr. 4'000.-- gelegen (Urk. 5/5 S. 9 f.). Der Umstand, dass D. _____ noch in der polizeilichen Befragung angegeben hatte, dass keine Abmachung über seinen Anteil bestanden habe, erscheint zwar widersprüchlich, jedoch lieferte er anlässlich der Konfrontationseinvernahme auf entsprechenden Vorhalt selber eine plausible Erklärung für sein Aussageverhalten. Er habe nämlich erst nach der polizeilichen Einvernahme vom 24. Mai 2012 von der Staatsanwaltschaft erfahren, dass der

Beschuldigte von allem nichts habe wissen wollen. Da habe er - D. _____ - gemerkt, dass er vom Beschuldigten im Regen stehen gelassen werde. Es erscheint nun durchaus plausibel, dass D. _____ bei der Polizei in diesem Punkt zunächst zurückhaltend aussagte, um sich und den Beschuldigten nicht weiter zu belasten, weshalb er eine Vereinbarung über seinen Anteil verneinte. Dass er dann in Kenntnis des Aussageverhaltens des Beschuldigten anlässlich der Konfrontationseinvernahme die getroffene Vereinbarung einräumte, lässt somit nicht auf ein widersprüchliches Aussageverhalten bzw. auf ein Lügensignal schliessen.

c) Die Aussagen von D. _____, wonach er die Kokainlieferung tags zuvor mit dem Beschuldigten abgemacht habe, wirken glaubhaft und vom Ablauf her folgerichtig. Aufgrund seiner Sachdarstellung wird auf nachvollziehbare und plausible Art und Weise klar, weshalb der Beschuldigte überhaupt beim Kokaindeal anwesend war. Die diesbezüglichen Schilderungen und Erklärungsversuche des Beschuldigten wirken dagegen - wie bereits oben dargelegt - lebensfremd, widersprüchlich und dadurch unglaubhaft. Es ist ausserdem kein Grund ersichtlich, weshalb D. _____ den Beschuldigten fälschlicherweise über dessen tatsächlichen Tatbeitrag hinaus hätte belasten sollen, zumal er sich dadurch nicht selbst entlastete bzw. sein eigener Tatbeitrag deshalb nicht geringer erschien. Zudem hatte D. _____ selber offenbar tatsächlich keinen Zugang zu Kokain und war deshalb bei allen ihm zur Last gelegten Drogengeschäften auf einen Lieferanten angewiesen. Diesbezüglich geht aus D. _____s Schlusseinvernahme hervor, dass es zu insgesamt drei Kokaingeschäften kam. Bei den ersten beiden Geschäften habe ein gewisser I. _____ das Kokain beschafft, beim dritten Mal war dies der Beschuldigte (vgl. Urk. 6/6 S. 2-4). Dass I. _____ beim dritten Mal nicht mehr als Lieferant wirkte, lag offenbar daran, dass dessen eigener Lieferant das Telefon nicht mehr abgenommen habe (Urk. 7/3 S. 2) und D. _____ sich deshalb nach einem anderem Lieferanten umsehen musste. Die Aussage D. _____s, wonach er gewusst habe, dass der Beschuldigte in der Lage sei, Kokain zu beschaffen, ist angesichts der zahlreichen einschlägigen Vorstrafen des Beschuldigten durchaus plausibel.

d) Die Verteidigung machte in der vorinstanzlichen Hauptverhandlung und auch in der Berufungsverhandlung geltend, dass D._____ den Beschuldigten belaste, weil er Hintermänner schützen wolle (Urk. 27 S. 5; Urk. 48 S. 8). Diese Annahme überzeugt nicht. Um einen solchen Zweck zu erfüllen, hätte es genügt, dass D._____ gesagt hätte, sich nicht an die Lieferanten zu erinnern oder diese nicht näher zu kennen, allenfalls unter Angabe einiger Vornamen, die für eine Ermittlung von Komplizen nicht weiter taugen. Er hätte die Beantwortung diesbezüglicher Fragen auch einfach verweigern können, wie er dies übrigens im Zusammenhang mit weiteren ihm vorgeworfenen Drogendelikten tatsächlich auch tat (vgl. 6/2 S. 5; Urk. 6/3 S. 3 f.; Urk. 6/4). Es ist nicht ersichtlich, weshalb er nun gerade im vorliegenden Fall einen Unschuldigen falsch hätte belasten sollen, obwohl er sich selber dadurch in keiner Art und Weise entlastete. Ebenso wenig ist der Verteidigung darin zuzustimmen, dass der Einstandspreis des Kokains bei einer angenommenen Gewinnmarge von Fr. 8'000.– Fr. 28.– pro Gramm betragen hätte, was unrealistisch tief sei (Urk. 48 S. 10 f.). Bei einem Gassenpreis von Fr. 50.– pro Gramm ist ein solcher Einstandspreis nicht zu tief, sondern entspricht einem realistischen Preis für den Zwischenhandel.

e) Aufgrund der oben dargelegten Würdigung der Aussagen von D._____ ist auf dessen Sachdarstellung abzustellen. Damit ist der angeklagte Sachverhalt rechtsgenügend erstellt.

7. Da der Schuldspruch als solcher und mithin auch die rechtliche Würdigung im vorinstanzlichen Urteil nicht angefochten wurde, können Erörterungen zur rechtlichen Würdigung unterbleiben.

III.

1. a) Qualifizierte Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz werden mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zwanzig Jahren bestraft. Damit kann eine Geldstrafe verbunden werden (Art. 19 Abs. 2 BetmG, Art. 40 StGB). Im vorliegenden Fall sind keine Strafschärfungs- bzw. Strafmilderungsgründe gegeben.

b) Das Gericht misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt dabei sein Vorleben, seine persönlichen Verhältnisse und die Wirkung der Strafe auf sein Leben. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit dieser nach den gesamten Umständen in der Lage war, rechtskonform zu handeln (Art. 47 Abs. 1 und 2 StGB). Bei Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Besonderen spielt zunächst das Gefährdungspotential der in Frage stehenden Betäubungsmittel eine Rolle. Im weiteren kommt es darauf an, wie der Täter mit der Droge in Kontakt gekommen ist, was er damit gemacht hat (Hug-Beeli, Betäubungsmitteldelikte 1983-1991, S. 429 f., 436 und 438) und ob er im Ablauf des Drogenhandels eine bestimmende oder nur eine untergeordnete Funktion innehatte. So trifft den Täter, welcher eine bestimmte Drogenmenge lediglich transportiert, grundsätzlich ein geringeres Verschulden als diejenige, die sie verkauft oder zum Zwecke des Weiterverkaufs erwirbt (BGE 121 IV 206). Andauernde Delinquenz wiegt naturgemäss schwerer als eine einmalige Verfehlung. Ein wesentliches Strafzumessungskriterium ist sodann, ob die beschuldigte Person selbst drogenabhängig ist oder ob sie im Drogenhandel den leicht verdienten Geldgewinn suchte. Von Bedeutung sind ferner allfällige Vorstrafen und das Verhalten nach der Tat, insbesondere ein umfassendes Geständnis, kooperatives Verhalten in der Untersuchung, Reue und Einsicht. Alle diese Umstände können sich im einen Fall erheblich strafe erhöhend, im anderen stark strafreduzierend auswirken (BGE 118 IV 348 f.). Bei schweren Fällen von Drogenhandel dürfen die Umstände, die zur Anwendung des qualifizierten Straftatbestandes von Art. 19 Abs. 2 BetmG geführt haben, innerhalb des dadurch gegebenen Strafrahmens nicht nochmals strafe erhöhend berücksichtigt werden. Bei der Strafzumessung mit in Betracht zu ziehen ist aber das Ausmass des qualifizierenden Tatumstandes, insbesondere die Menge der umgesetzten Drogen (BGE 118 IV 347 f.). Entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 48 S. 19) ist die Spezialprävention ein zentrales Ziel der Strafzumessung. Ein Straftäter soll dazu bewogen werden, in Zukunft ein deliktsfreies Leben zu führen.

2. a) Der Beschuldigte erlangte zum Zweck des Weiterverkaufs durch D._____ eine erhebliche Menge dieser Droge, nämlich 139 Gramm. Ausserdem war das Kokain mit einem Reinheitsgrad von 52% von relativ guter Qualität. Die somit 72,3 Gramm reines Kokain übertrafen die vom Bundesgericht festgesetzte Limite für einen qualifizierten Fall von 18 Gramm reinem Kokain (BGE 118 IV 342 f. und BGE 109 IV 145; FINGERHUTH/TSCHURR, Kommentar Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007, N 169 zu Art. 19 BetmG) somit um ein Mehrfaches. Kokain ist eine der gefährlichsten Drogen und weist ein hohes Suchtpotential auf. Diese Menge war geeignet, die Gesundheit zahlreicher potentieller Konsumenten in erhebliche Gefahr zu bringen. Nicht bekannt ist indessen, in welchem Umfang der Beschuldigte vom geplanten Verkaufspreis von Fr. 12'000.-- profitiert hätte. Die Tätigkeit des Beschuldigten ist sodann nicht auf der untersten Hierarchiestufe des Drogenhandels, also beispielsweise bei den abhängigen Strassenverkäufern, anzusiedeln. Vielmehr war er die Person, der die Drogen in grösseren Mengen liefern konnte. Er ist deshalb durchaus auf einer mittleren Händler-Stufe anzusiedeln. Die Initiative zum Drogengeschäft ging zwar nicht von ihm aus, sondern er handelte erst auf Nachfrage D._____. Jedoch zeigte seine sofortige Bereitschaft und Fähigkeit, eine Menge von rund 140 Gramm Kokain über Nacht erhältlich zu machen, dass der Beschuldigte als Zwischenhändler Zugang zu einer leistungsfähigen Verteil-Organisation hatte bzw. zumindest über die entsprechenden Kontakte verfügte. Er war insofern auch stärker als D._____ in die Drogenhändler-Szene involviert, war dieser doch auf den Beschuldigten als Lieferanten angewiesen, um den vom verdeckten Ermittler initiierten Deal durchzuführen. Auch wenn der Beschuldigte lediglich ein Geschäft getätigt hat, legte er insgesamt eine erhebliche kriminelle Energie an den Tag. Aufgrund der objektiven Tatschwere erweist sich eine hypothetische Einsatzstrafe von 20 Monaten als angemessen.

b) Im Rahmen des subjektiven Verschuldens ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz handelte. Bereits am Vortag des eigentlichen Drogendeals erklärte er sich bereit, die verlangte erhebliche Menge Kokain zu beschaffen. Er ist selber nicht Drogenabhängig, weshalb die Annahme von Beschaffungskriminalität bzw. das Motiv der Befriedigung der eigenen Drogensucht ausser Betracht fällt. Als Motiv sind rein finanzielle Interessen anzunehmen,

ohne dass jedoch von einer Notlage auszugehen wäre, zumal er im Tatzeitpunkt eine temporäre Anstellung bei der Firma J. _____ AG in K. _____ hatte, wo er zwischen Fr. 1'000.-- und Fr. 4'000.-- monatlich verdiente und zwischendurch auch Sozialhilfe bezog (Urk. 20/5 S. 2; Urk. 25 S. 3 f.; Prot. II S. 11 f.). Die genannten Aspekte des subjektiven Tatverschuldens zeigen, dass dem Beschuldigten die objektive Tatschwere voll anzurechnen ist, weshalb die von der Vorinstanz angenommene hypothetische Einsatzstrafe für das Tatverschulden von 20 Monaten Freiheitsstrafe nicht zu beanstanden ist.

3. a) Die Vorinstanz hat das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten zutreffend wiedergegeben. Auf die entsprechenden Ausführungen in den vorinstanzlichen Erwägungen kann verwiesen werden (Urk. 39 S.17). Anlässlich der Berufungsverhandlung wurde bekannt, dass er für die Zeit nach seiner Entlassung aus der Haft eine Stelle bei der Firma J. _____ AG in Aussicht hat (Prot. II S. 10).

b) Der Beschuldigte hat seit dem 10. September 2003 insgesamt sieben Vorstrafen erwirkt, wobei sämtliche Verurteilungen wegen Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz erfolgten. Dabei wurden unbedingte Gefängnis- bzw. Freiheitsstrafen zwischen 75 Tagen und 8 Monaten sowie eine Geldstrafe ausgefällt. Die in den vorinstanzlichen Erwägungen genannte Vorstrafe vom 9. Juli 2002 wegen Hinderung einer Amtshandlung ist mittlerweile aus dem Register entfernt worden und ist deshalb nicht mehr zu berücksichtigen (Urk. 20/1; Urk. 47; Art. 369 Abs. 1 StGB). Von den ausgefallten Freiheitsstrafen wurden über 22 Monate vollzogen, teilweise auch als gemeinnützige Arbeit (gemäss aStGB). Diese in kurzen Zeitabständen, z.T. mehrmals pro Jahr, erfolgten Verurteilungen scheinen den Beschuldigten in keiner Weise beeindruckt zu haben. Bereits in den Erwägungen des Urteils vom 23. Februar 2009 wurde festgehalten, dass der Beschuldigte mehrmals kurz nach Verurteilungen und einmal sogar während des Vollzugs von gemeinnütziger Arbeit erneut einschlägig straffällig wurde (vgl. beigezogene Akten DG080641, Urk. 46 S. 8, Ziff. 15 und 16). Wie bereits die Vorinstanz zutreffend ausführte, lässt eine solche Verhaltensweise einzig den Schluss zu, dass sich der Beschuldigte weder von Untersuchungshaft noch von unbedingt ausge-

sprochenen Freiheitsstrafen abschrecken lässt. Dies gilt insbesondere für die mit Urteil vom 23. Februar 2009 ausgefallte Freiheitsstrafe von acht Monaten, die der Beschuldigte für eine Kleinmenge (0,5 Gramm) an verkauftem Kokain erhielt (vgl. beigezogene Akten DG080641, Urk. 46). Dort wurde ihm mit aller Deutlichkeit klar gemacht, welche Konsequenzen sein andauerndes Delinquieren hat. Der heute erneut zu beurteilende Betäubungsmittelhandel zeugt von einer eklatanten Unbelehrbarkeit und Renitenz des Beschuldigten. Er nimmt die hiesigen Gesetze, Polizei und Justiz offensichtlich nicht ernst, auch scheinen ihn Strafverfahren nicht zu gross zu kümmern. Die genannten einschlägigen Vorstrafen wirken sich deshalb sehr stark strafe erhöhend aus.

c) Bei der Strafzumessung ist auch das Nachtatverhalten eines Täters mit zu berücksichtigen. Ein Geständnis, das kooperative Verhalten eines Täters bei der Aufklärung von Straftaten sowie die Einsicht und Reue wirken strafmindernd. Ein positives Nachtatverhalten kann zu einer Strafreduktion im Bereich von einem Fünftel bis zu einem Drittel führen (BGE 121 IV 202, 205). Der Verteidiger macht geltend, der Beschuldigte habe bezüglich des äusseren Sachverhalts schon früh ein Geständnis abgelegt, wodurch er zur Aufklärung der Straftat beigetragen habe, weil auf die Durchführung unzähliger Konfrontationseinvernahmen habe verzichtet werden können (Urk. 27 S. 9). Es trifft zu, dass der Beschuldigte bezüglich der Übergabe der Drogen von Beginn weg geständig war. Allerdings blieb ihm auch nicht viel anderes übrig, nachdem er noch während der Übergabe verhaftet worden war. Er gab somit nicht mehr zu, als ihm ohnehin klar nachgewiesen werden konnte. Bezüglich der für die Beurteilung wesentlichen Aspekte bezüglich seiner Rolle bei der Beschaffung des Kokains und seines Wissens und Willens blieb er während des gesamten Verfahrens ungeständig. Erstmals im Rahmen der vorinstanzlichen Hauptverhandlung räumte der Beschuldigte mit Bezug auf die Art der übergebenen Drogen ein, eventualvorsätzlich gehandelt zu haben, jedoch bestritt er weiterhin, das Geschäft vorher abgesprochen und das Kokain besorgt zu haben. Dass sodann keine weiteren Konfrontationseinvernahmen nötig waren, war nicht auf das Geständnis des Beschuldigten zurückzuführen, sondern auf die klaren Belastungen D.____s. Schliesslich ist entgegen der Ansicht der Verteidigung (Urk. 48 S. 20) auch keine aufrichtige Reue auszumachen. Somit ist

aufgrund des Nachtatverhaltens des Beschuldigten höchstens eine sehr leichte Strafminderung angebracht.

d) Die Staatsanwaltschaft hält dem Beschuldigten gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung den Einsatz eines verdeckten Ermittlers strafmindernd zugute, wenn auch nur in marginalem Umfang (Urk. 26 S. 4). Es trifft zu, dass es das Bundesgericht in konstanter Praxis strafmindernd berücksichtigt hat, wenn der Täter aufgrund einer verdeckten Ermittlung überführt wurde (vgl. dazu WIPRÄCHTIGER, BSK StGB I, a.a.O., N 144 zu Art. 47 StGB). Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt, ist dieser Rechtsprechung jedoch mit der eidgenössischen Strafprozessordnung die Grundlage entzogen worden, denn der Einsatz von V-Leuten kann bei der Strafzumessung nur noch berücksichtigt werden, wenn ein verdeckter Ermittler das Mass der zulässigen Einwirkung überschritten hat (Art. 293 Abs. 4 StPO). Vorliegend ist dies nicht der Fall, zumal nicht ersichtlich ist, dass der verdeckte Ermittler allzu aktiv auf die Tatbereitschaft eingewirkt hätte. Damit hat der Einsatz des verdeckten Ermittlers keinen Einfluss auf die Strafzumessung. Ohnehin stellt sich diese Frage im vorliegenden Zusammenhang in erster Linie mit Bezug auf D._____, der vom verdeckten Ermittler kontaktiert wurde. Erst ganz am Schluss der Tathandlungen hatte dieser mit dem Beschuldigten zu tun, mithin zu einem Zeitpunkt, als dieser – beeinflusst durch D._____ und nicht durch den verdeckten Ermittler – längst zur Tat geschritten war. Ob bei einer solchen Konstellation Art. 293 Abs. 4 StPO überhaupt zur Anwendung gelangen könnte, sozusagen im Sinne einer indirekten, mittelbaren Einflussnahme auf einen Täter, braucht im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht entschieden zu werden.

e) Zusammengefasst überwiegen bei den Täterkomponenten die strafferhöhenden Umstände bei weitem, wobei vor allem die zahlreichen einschlägigen Vorstrafen und die sich dadurch manifestierende Uneinsichtigkeit des Beschuldigten zu einer starken Erhöhung des Strafmasses führen müssen. In Würdigung aller massgeblichen Strafzumessungsgründe erweist sich eine Strafe von insgesamt 32 Monaten Freiheitsstrafe als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen.

f) Die bis heute erstandenen 365 Tage Untersuchungshaft (Art. 51 StGB) bzw. vorzeitigen Strafvollzug sind auf die Freiheitsstrafe anzurechnen.

IV.

Die Verweigerung des teilbedingten Strafvollzuges im vorinstanzlichen Urteil wurde vom Beschuldigten explizit nicht angefochten, weshalb hierzu keine weiteren Erörterungen vorzunehmen sind, da die entsprechende Dispositivziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils in Rechtskraft erwachsen ist.

V.

Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Berufungsanträgen zu einem überwiegenden Teil, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, zu zwei Dritteln aufzuerlegen sind. Zu einem Drittel sind die Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 135 Abs. 4 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (10. Abteilung) vom 28. November 2012 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldpruch), 3 (Vollzug), 4 (Einziehung Betäubungsmittel), 5 (Einziehung und Verwendung der Barschaft) und 6 bis 8 (Kostendispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte wird bestraft mit 32 Monaten Freiheitsstrafe, wovon bis und mit heute 365 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowie vorzeitigen Strafvollzug erstanden sind.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 5'261.65 amtliche Verteidigung
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten zu zwei Dritteln auferlegt. Zu einem Drittel werden die Kosten auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, unter Vorbehalt des Rückforderungsrechts im Umfang von zwei Dritteln.
4. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste (unter Beilage einer Kopie der Haftverfügung)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - die Bundesanwaltschaftund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste

- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Bestimmung der Vernichtungs- und Lösungsdaten.

5. 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, 24. Mai 2013

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Hafner