

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB160065-O/U/ad-cs

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, und lic. iur. Ruggli, Ersatz-oberrichterin lic. iur. Mathieu sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Leuthard

Urteil vom 17. Juni 2016

in Sachen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, vertreten durch Staatsanwalt Dr. Fischbacher,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **Drohung etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung -
Einzelgericht, vom 15. September 2015 (GG150107)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 21. April 2015 (Urk. 20) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist schuldig der mehrfachen Beschimpfung im Sinne von Art. 177 Abs. 1 StGB.
2. Der Beschuldigte A. _____ wird vom Vorwurf des Vergehens gegen das Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG, des vorsätzlichen Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG sowie der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 20.– (entsprechend Fr. 600.–), wovon 2 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
5. Folgende Gegenstände werden eingezogen und durch die Kasse des Bezirksgerichts Zürich verwertet. Der Verwertungserlös wird zur Kostendeckung herangezogen:
 - 1 Mobiltelefon, Marke Samsung, weiss, Rufnummer 076 ..., IMEI-Nr. ..., inkl. Yallo-SIM-Karte (Asservat-Nr. A...)
 - 1 Mobiltelefon, Marke Samsung, schwarz, Rufnummer 076 ..., IMEI-Nr. ..., inkl. Lebara-SIM-Karte (Asservat-Nr. A...)
 - 1 Mobiltelefon, Marke Nokia, Modell C2, silber/schwarz, Rufnummer 079 ..., IMEI-Nr. ..., inkl. Swisscom-SIM-Karte (Asservat-Nr. A...)
6. Die folgenden, von der Stadtpolizei Zürich sichergestellten Betäubungsmittel und Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen:

- diverse leere Mingrip (Asservat-Nr. A...; BM-Lagernummer ...)
 - diverse leere Mingrip mit grünem Aufdruck (Asservat-Nr. A...; BM-Lagernummer ...)
 - Minigrip Kokain, 1,3 Gramm brutto (Asservat-Nr. A...; BM-Lagernummer ...)
 - Minigrip Kokain, 1,5 Gramm brutto (Asservat-Nr. A...; BM-Lagernummer ...)
 - Minigrip Kokain, 0,5 Gramm brutto (Asservat-Nr. A...; BM-Lagernummer ...)
 - die sich im leeren Minigrip befindlichen Marihuanarückstände (Asservat-Nr. A...; BM-Lagernummer ...)
 - 1 Lebara-SIM-Kartenhalterung (Asservat-Nr. A...)
 - 1 Glasschale mit weissen Pulverrückständen (Asservat-Nr. A...; BM-Lagernummer ...)
 - digitale Feinwaage, silberfarbig, mit Aufschrift "Swiss Check 100" (Asservat-Nr. A...; BM-Lagernummer ...)
7. Die von der Stadtpolizei Zürich sichergestellte Barschaft von Fr. 10.– wird eingezogen und zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet.
8. Die Zivilklage des Privatklägers wird auf den Zivilweg verwiesen.
9. Die Entscheidegebühr wird angesetzt auf:
- Fr. 1'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:
- Fr. 2'000.00 Gebühr Anklagebehörde
- Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
10. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten zu 1/5 auferlegt und zu 4/5 auf die Staatskasse genommen.
11. Dem Beschuldigten wird für die erbetene Verteidigung eine Entschädigung von Fr. 7'500.– (inkl. MwSt.) zugesprochen.

Berufungsanträge:

a) Des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:

(Urk. 47 S. 1 f.)

1. Der beschuldigte A. _____ sei zusätzlich
 - des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG,
 - des vorsätzlichen Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG sowie
 - der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGBschuldig zu sprechen.
2. Der Schuldspruch betreffend mehrfache Beschimpfung im Sinne von Art. 177 Abs. 1 StGB sei zu bestätigen bzw. ist nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens.
3. Der Beschuldigte sei gesamthaft mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 60.– (entsprechend Fr. 10'800.–) zu bestrafen, unter Anrechnung der erstandenen Haft.
4. Die Geldstrafe sei zu vollziehen, eventualiter sei eine Probezeit von 4 Jahren anzusetzen.
5. Die Entscheide über die sichergestellten Gegenstände und Vermögenswerte seien zu bestätigen.
6. Dem Beschuldigten seien die Kosten des Verfahrens vollumfänglich aufzuerlegen.

b) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 49 S. 1)

1. Die Berufung der Staatsanwaltschaft sei abzuweisen.
2. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 15. September 2015 sei zu bestätigen mit der Präzisierung, dass Herr A._____ vom Vorwurf des Vergehens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG nicht freizusprechen sei, sondern auf diesen Vorwurf nicht einzutreten sei.
3. Herrn A._____ seien für das Berufungsverfahren die entstandenen Anwaltskosten gemäss eingereichter Honorarnote zu erstatten.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.

Erwägungen:

1. Prozessverlauf

1.1. Mit Urteil vom 15. September 2015 wurde der Beschuldigte der mehrfachen Beschimpfung im Sinne von Art. 177 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen. Vom Vorwurf des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG, des vorsätzlichen Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG sowie der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB wurde er freigesprochen. Der Beschuldigte wurde bestraft mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 20.–, wovon 2 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt (Urk. 36).

1.2. Gegen dieses Urteil meldete die Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl (nachfolgend Staatsanwaltschaft) rechtzeitig Berufung an (Urk. 31). Die Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft ging ebenfalls rechtzeitig ein (Urk. 37). Der Beschuldigte verzichtete auf eine Anschlussberufung. Beweisanträge wurden keine gestellt. Die Berufungsverhandlung fand am 17. Juni 2016 statt (Prot. II S. 3 ff.).

2. Berufungserklärung

2.1. Mit der Berufungserklärung vom 2. Februar 2016 beschränkte die Staatsanwaltschaft die Berufung auf sämtliche Freisprüche, die Bemessung der Strafe und den Vollzug bzw. den bedingten Vollzug der Strafe sowie die Kosten-, Entschädigungs- und Genugtuungsfolgen (Urk. 37).

2.2. In der Berufungsschrift ist anzugeben, welche Abänderungen des erstinstanzlichen Urteils verlangt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. b StPO). Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Nachdem die Urteilsdispositivziffern 1 (Schuldpruch wegen mehrfacher Beschimpfung), 5 bis 7 (Einziehungen), 8 (Zivilpunkt) und 9 (Kostenfestsetzung) nicht angefochten sind, ist festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

3. Sachverhalt

3.1. Vorbemerkung

Mit den Grundsätzen der Beweiswürdigung und Würdigung von Aussagen sowie der Glaubwürdigkeit der einvernommenen Personen und der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen hat sich die Vorinstanz ausführlich und korrekt befasst, so dass darauf verwiesen werden kann (Urk. 36 S. 6 ff. Ziff. A.5.1. ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Auf die konkreten Aussagen der verschiedenen Personen ist nachfolgend nochmals einzugehen.

3.2. Vorwurf des Fahrens ohne Berechtigung

3.2.1. Der diesbezügliche Tatvorwurf ergibt sich aus der Anklageschrift vom 21. April 2015 (Urk. 20 S. 2) und findet sich zusammengefasst im vorinstanzlichen Urteil (Urk. 36 S. 5 Ziff. A.1.), worauf zu verweisen ist (Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.2.2. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten nach ausführlicher Würdigung der Beweismittel vom Vorwurf des Fahrens ohne Berechtigung frei (Urk. 36 S. 6 ff. Ziff. A.5.1. ff.). Die Staatsanwaltschaft bringt vor, dass der Freispruch nicht nachvollziehbar sei (Urk. 37 S. 2). Es ist deshalb anhand der aktenkundigen Beweismittel zu prüfen, ob der eingeklagte Sachverhalt erstellt werden kann.

3.2.3. Als Beweismittel liegen neben den Aussagen des Beschuldigten und des Privatklägers B._____ (Mitarbeiter Verkehrsdienst), die Aussagen von C._____ und D._____ vor.

3.2.4. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, fällt hinsichtlich der Aussagen des Privatklägers auf, dass dieser anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 19. November 2013, und damit knapp vier Wochen nach dem fraglichen Vorfall, den Beschuldigten als Fahrer auf den ihm vorgezeigten Fotobögen nicht erkannte (D1/1 S. 4), obwohl er angab, er würde den Täter wiedererkennen (Urk. D1/3/1 S. 3). Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 25. November 2014, also rund ein Jahr später, führte er bei der Schilderung des Vorfalls vom 25. Oktober 2013 aus „Wir waren ca. 5 Meter vor dem Fussgängerstreifen am Stehen, nebeneinander, und dann sahen wir uns zum ersten Mal. Er hat vor dem Fussgängerstreifen angehalten, ...“. Auf die Frage, wer „er“ ist, gab er an „Herr A._____“. Auf die weitere Frage, woher er wisse, dass er es dort gewesen sei, gab er an, er kenne das Gesicht noch (Urk. D1/3/2 S. 3). Diese Aussage ist jedoch nicht glaubhaft, nachdem der Privatkläger anlässlich der kurz nach dem Vorfall stattgefundenen Fotokonfrontation den Beschuldigten nicht einmal mit einer kleinen Wahrscheinlichkeit als Lenker bezeichnen konnte. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Privatkläger angab, er könne sich noch an seine bei der Polizei gemachten Aussagen erinnern und er seine früheren Aussagen weder ergän-

zen noch korrigieren wollte; er habe damals alles gesagt (Urk. D1/3/2 S. 2 f.). Er erwähnte jedoch nicht von sich aus, dass er den Beschuldigten nun wieder erkenne (und warum) und er konnte sich auch nicht mehr daran erinnern, dass er bei der Polizei den Lenker auf dem Fotobogen nicht erkannt hatte (Urk. D1/3/2 S. 8). Dies alles erweckt erhebliche Zweifel an den anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme gemachten Aussagen, insbesondere, weil er sich jetzt bei allem immer 100%-ig sicher war. Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte bei der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme in dieser Funktion anwesend war, was auch dem Privatkläger bekannt gegeben wurde (Urk. D1/3/2 S. 1) und dies zu einer unbewussten Beeinflussung des Privatklägers geführt haben könnte. Jedenfalls ist nicht logisch erklärbar, warum der Privatkläger den Beschuldigten mehr als ein Jahr später nun doch plötzlich 100%-ig als Lenker erkennt. An dieser Aussage des Privatklägers sind deshalb erhebliche Zweifel anzubringen.

3.2.5. Der beim Vorfall ebenfalls anwesende D._____ war sich bei Vorhalt der Fotobögen durch die Polizei am 19. November 2013 zu 50% sicher, dass der Beschuldigte der Lenker war (Urk. D1/1 S. 4; Fotobogen Nr. 1384 als Beilage zu Urk. D1/3/1). Anlässlich der rund ein halbes Jahr später stattgefundenen staatsanwaltschaftlichen Einvernahme führte D._____ aus, dass er nicht wisse, welcher von beiden gefahren sei (Urk. D1/3/3 S. 7). Er konnte somit keine konkreten Angaben zum Lenker machen.

3.2.6. Der vom Privatkläger mit 100%-iger Sicherheit als Beifahrer identifizierte C._____ gab in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme zu Protokoll, er sei am 25. Oktober 2013, ca. 15:45 Uhr, nicht am Goldbrunnenplatz gewesen (Urk. D1/2/3 S. 2). Dies scheint jedoch etwas im Widerspruch zu seiner Aussage bei der Polizei zu stehen, wo er auf die Frage, was er dazu sage, dass beim Goldbrunnenplatz ein Mitarbeiter des Verkehrsdienstes tätlich durch den Lenker des besagten Pw angegangen worden sei, angab, er habe nichts gemacht, er habe nichts gesehen (Urk. D1/2/1 S. 1). Weiter gab er an, dass ein gewisser E._____ der Beifahrer gewesen sei, wer gefahren sei, wisse er jedoch nicht, er wisse einfach, dass dieser dabei gewesen sei. Auf Nachfrage gab er an, dass er dies vom

Beschuldigten wisse. Sodann bestätigte er auf Nachfrage, dass E._____ der Beifahrer gewesen sei (Urk. D1/2/3 S. 4 f.).

3.2.7. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Aussage des Privatklägers anlässlich der Einvernahme vom 25. November 2014, dass er mit Sicherheit wisse, dass der Beschuldigte der Lenker gewesen sei, nicht glaubhaft ist. Im Übrigen bezeichnete keine der befragten Personen den Beschuldigten genügend konkret als Lenker, so äusserte sich C._____ nicht namentlich zum Fahrer und konnte der Zeuge D._____ den Beschuldigten zunächst nur mit 50%-iger Wahrscheinlichkeit als Lenker bezeichnen und stellte er in der Folge lediglich Mutmassungen an.

3.2.8. Unbestritten ist, dass der Beschuldigte am 25. Oktober 2013 anlässlich des streitgegenständlichen Vorfalles am Goldbrunnenplatz war. Der Privatkläger gab bei der polizeilichen Einvernahme an, dass der Lenker versucht habe, ihn zu stossen und der Beifahrer versucht habe, diesen zurückzuhalten. Später sei der Lenker direkt vor ihm gestanden, Gesicht an Gesicht. Er habe ihn angeschrien und ihm aus nächster Nähe ins Gesicht gespuckt. Er war sich sicher, dass es sich beim Spuckenden/Stossenden um den Lenker des Fahrzeugs gehandelt habe. Eine Erklärung warum er sich sicher sei, fehlt jedoch (Urk. D1/3/1 S. 2). Auffällig ist – wie bereits erwähnt – weiter, dass der Privatkläger bei der polizeilichen Einvernahme angab, er würde den Täter wiedererkennen (Urk. D1/3/1 S. 3), er in der Folge jedoch nur den Beifahrer bezeichnen konnte, nicht jedoch den Lenker. In der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme gab er auf die Frage, wer das Fahrzeug gelenkt habe, an, der Beschuldigte. Er sei sich absolut sicher. Als Erklärung gab er an, dass er sich an das Gesicht erinnern könne. Es sei keine Verwechslung möglich; damals habe er einfach kurzgeschorene Haare gehabt, aber ans Gesicht könne er sich erinnern. Er sei sich auch absolut sicher, dass es der Beifahrer gewesen sei, der sich zwischen ihn und den Beschuldigten gestellt habe. Auf die Frage, warum er sich so sicher sei, dass der Beschuldigte die Person gewesen sei, mit der er die Auseinandersetzung gehabt habe, gab er an, er habe ja gesehen, wer es ist und als er die Gesichtserkennung habe machen müssen auf den Fotos habe er auch den Beifahrer erkannt. Daran, dass er bei der Polizei den

Fahrer nicht erkannt habe, könne er sich nicht erinnern. Er blieb aber dabei, dass es der Fahrer gewesen sei, mit dem er die tätliche Auseinandersetzung gehabt habe; er habe keine Zweifel (Urk. D1/3/2 S. 7 f.).

3.2.9. Es ist unbestritten, dass der Privatkläger die Auseinandersetzung mit dem Beschuldigten hatte. Jedoch ergibt sich aus den Aussagen des Privatklägers nicht schlüssig, warum er sich so sicher ist, dass der Beschuldigte der Fahrer des Fahrzeugs war. Auch wenn er in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme den Beschuldigten, dessen Aussehen sich zudem nach Aussagen des Privatklägers seit dem Vorfall sogar noch etwas verändert hatte (Urk. D1/3/2 S. 7 und S. 10), nun eindeutig als Lenker erkennen konnte, bleibt zu berücksichtigen, dass der Privatkläger den Beschuldigten rund vier Wochen nach dem Vorfall nicht erkennen konnte (Urk. D1/1 S. 4) und er keine nachvollziehbare Erklärung liefern konnte, warum er ihn nun heute erkennt. Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Privatkläger angab, dass er gleich nach dem Vorfall zum Kiosk gegangen sei (Urk. D1/3/2 S. 9). Er sei danach zum Kiosk gegangen, um etwas zu Trinken zu holen und sein Kollege sei noch dort geblieben. Beim Zurückgehen habe er dann von Weitem gesehen, dass zwei Personen bei seinem Kollegen seien und laut diskutierten. Dann sei er zu ihnen gegangen, um zu schauen, was der Grund sei, was los sei und dann habe er den Beschuldigten gesehen und einen Beifahrer von ihm, der auch im Auto gesessen hatte (Urk. D1/3/2 S. 4). Der Privatkläger hatte somit – was er auch nie behauptete – nicht gesehen, welche Person auf der Fahrerseite und welche Person auf der Beifahrerseite des Fahrzeugs ausgestiegen war, als das Fahrzeug abgestellt worden war. Damit müsste aber der Privatkläger den Beschuldigten im Auto drin eindeutig erkannt haben. Dies scheint aber aufgrund des Umstands, dass der Privatkläger in der Fotokonfrontation nur einen der Autoinsassen eindeutig bezeichnen konnte, fraglich, insbesondere nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Bezeichnung dieser Person als Beifahrer eine unbewusste Schlussfolgerung aus der anschließenden Auseinandersetzung ist. Dementsprechend kann auf die Aussage des Privatklägers, dass er die Auseinandersetzung mit dem Beschuldigten hatte, und der Beschuldigte demnach der Lenker war, nicht abgestellt werden.

3.2.10. Auch der beim Vorfall anwesende D._____ gab anscheinend gegenüber der Polizei an, dass der Lenker auf den Privatkläger zugegangen sei und diesen bedrängt habe und von seinem Kollegen zurückgehalten worden sei (Urk. D1/1 S. 4). Er konnte den Beschuldigten mit einer Wahrscheinlichkeit von 50% als Lenker bezeichnen, jedoch erkannte er den Beifahrer auf den ihm vorgehaltenen Fotobögen nicht (Urk. D1/1 S. 4). Eine Erklärung, warum er sicher sei, dass der Lenker auf den Privatkläger losgegangen ist, fehlt. Eine solche drängt sich aber aufgrund des Umstands, dass er angab, das Fahrzeug sei in die nächste Strasse eingebogen und „er“ sei ca. fünf Minuten später zu Fuss zurückgekehrt, auf (Urk. D1/1 S. 4). In der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme gab D._____ an, er könne nicht sagen, welche der beiden Personen gestossen habe. Der Unruhestifter sei etwas kräftiger gewesen. Von der Grösse her seien beide etwa gleich gewesen; kleiner als er. Er sei 1.80 m. Auf die Frage, ob er irgendwelche Kenntnisse habe, welcher von beiden gefahren sei, sagte er, es sei der Kräftigere gewesen. Aber es sei lange her. In der Folge präzisierte er, dass er denke, dass der Kräftigere der Lenker gewesen sei, weil der Lenker im Auto der Aggressivere gewesen sei, und der Kräftigere auf dem Platz auch aggressiver gewesen sei und so herumgefuchelt habe wie im Auto (Urk. D1/3/3 S. 6 f.). Damit scheint aber die Bezeichnung des Beschuldigten resp. derjenigen Person, die die Auseinandersetzung mit dem Privatkläger hatte als Lenker nicht auf einer sicheren Erkenntnis sondern auf einer Schlussfolgerung zu beruhen, was vom Zeugen indirekt auch eingestanden wird. Sodann ergab sich aus dem Grössenvergleich des ursprünglich noch Mitbeschuldigten C._____ mit dem Zeugen, dass C._____ ca. 10 cm grösser ist, als der Zeuge D._____ (Urk. D1/3/3 S. 8).

3.2.11. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Zeuge D._____ anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme nicht sagen konnte, welche der beiden Personen, mit denen sie die Auseinandersetzung hatten, der Lenker war. Sodann ergibt sich aus seinen Aussagen, dass die Bezeichnung des „Unruhestifters“ als Lenker auf einer Schlussfolgerung beruht. Aus den Aussagen des Zeugen D._____ ergibt sich deshalb nicht mit der nötigen Bestimmtheit, dass der Beschuldigte der Lenker des Fahrzeugs war.

3.2.12. Schliesslich kann in Übereinstimmung mit der Argumentation der Staatsanwaltschaft (Urk. 47 S. 2) festgehalten werden, dass sich zwar aus den Aussagen von C._____ zumindest sinngemäss ableiten liesse, dass der Beschuldigte der Lenker des Fahrzeugs war (Urk. D1/2/3 S. 3 ff.). Diese Aussagen sind jedoch mit grosser Vorsicht zu geniessen, wurde C._____ doch als beschuldigte Person einvernommen und hat er ein erhebliches Eigeninteresse, die Schuld auf den Beschuldigten zu schieben, insbesondere da der Privatkläger C._____ mit 100%iger Wahrscheinlichkeit als am Vorfall involvierte Person bezeichnen konnte (Urk. D1/1 S. 4), dieser jedoch bestreitet, am 25. Oktober 2013 beim Vorfall dabei gewesen zu sein (Urk. D1/2/3 S. 2 f.). Dies wurde dann zwar vom Beschuldigten, nachdem er in der polizeilichen Einvernahme noch ausgesagt hatte, dass C._____ der Lenker gewesen sei (Urk. D1/2/2 S. 2), bestätigt, ohne jedoch eine Erklärung dafür zu liefern, warum er anfangs C._____ als Lenker angegeben hatte (Urk. D1/2/4 S. 4). Schliesslich bezeichnete C._____ in der Konfrontationseinvernahme den Beschuldigten als Lenker. Hierzu gab er an, das habe er so mitbekommen. Von wem er dies erfahren hatte, wollte er jedoch nicht offenlegen. Ebenso will er mitbekommen haben, dass E._____ der Beifahrer gewesen sei, wobei er sich nicht festlegen wollte, woher er das weiss (Urk. D1/2/4 S. 6 f). Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Aussagen von C._____ wenig glaubhaft erscheinen und auch die Aussagen von C._____ somit nicht geeignet sind, den eingeklagten Sachverhalt zu bestätigen.

3.2.13. Abschliessend kann festgehalten werden, dass insgesamt unüberwindbare Zweifel bestehen bleiben, ob sich der Beschuldigte des ihm in der Anklageschrift vorgeworfenen Sachverhaltes des Fahrens ohne Berechtigung tatsächlich schuldig gemacht hat. Dementsprechend wurde er von der Vorinstanz zu Recht in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo vom Vorwurf des Fahrens ohne Berechtigung freigesprochen. Die Argumentation der Staatsanwaltschaft, wonach gegen den Beschuldigten bereits wieder ein Verfahren wegen des Verdachts auf mehrfaches Fahren ohne Berechtigung anhängig sei, und sich aufgrund der mittels Fotoaufnahmen dokumentierten Handlungen ein Verhaltensmuster des Beschuldigten aufzeigen lasse (Urk. 47 S. 4 und Urk. 48/1), vermag an diesem Re-

sultat nichts zu ändern, da der Beschuldigte die Taten bestreitet und damit die Unschuldsvermutung gilt.

3.3. Vorwurf der Drohung

3.3.1. Vorbemerkung zur Drohung

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, handelt es sich beim eingeklagten Tatbestand der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB um ein Antragsdelikt. Der Privatkläger hat am 11. Dezember 2013 fristgerecht Strafantrag gegen den Beschuldigten gestellt (Urk. D1/7).

3.3.2. Der Tatvorwurf ergibt sich aus der Anklageschrift vom 21. April 2015 (Urk. 20 S. 2) und findet sich zusammengefasst im vorinstanzlichen Urteil (Urk. 20 S. 5 Ziff. A.2.), worauf zu verweisen ist (Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.3.3. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten nach ausführlicher Würdigung der Beweismittel vom Vorwurf der Drohung frei (Urk. 36 S. 10 f.). Die Staatsanwaltschaft kritisiert die Beweiswürdigung der Vorinstanz (Urk. 37 S. 2). Es ist deshalb anhand der aktenkundigen Beweismittel zu prüfen, ob der eingeklagte Sachverhalt erstellt werden kann.

3.3.4. Als Beweismittel liegen neben den Aussagen des Beschuldigten, der eine Drohung bestreitet (Urk. D1/2/6 S. 4), die Aussagen des Privatklägers sowie des Zeugen D._____ vor.

3.3.5. Der Privatkläger sagte anlässlich seiner polizeilichen Einvernahme vom 19. November 2013, also knapp vier Wochen nach dem Vorfall, aus, dass diverse Beleidigungen ausgesprochen worden seien. „Er“ habe beleidigend über seine Mutter gesprochen etc., habe ihn auch Arschloch genannt. Von Drohungen oder gar Todesdrohungen erwähnte er nichts (Urk. D1/3/1 S. 2 f.). Anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme gab er auf entsprechende Frage an, er könne sich noch an seine Aussagen bei der Polizei erinnern und wollte weder etwas ergänzen noch korrigieren; er denke, er habe damals alles gesagt. Er habe die Wahrheit gesagt (Urk. D1/3/2 S. 3). Auf den Hinweis des Staatsanwalts, er habe im Laufe der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme auch etwas von Dro-

hungen gesagt, führte der Privatkläger aus, „er“ – der Beschuldigte – habe gesagt, er würde sie umbringen, speziell ihn; das würde er als Morddrohung sehen. Später habe er auch noch gesagt, dass er auch wiederkomme und sie sehen würden, was sie davon hätten (Urk. D1/3/2 S. 5).

3.3.6. Es erscheint sehr unglaubhaft, dass sich der Privatkläger erst rund ein Jahr nach dem Vorfall wieder daran erinnert, dass er mit dem Tod bedroht worden ist. Dies insbesondere nachdem er angab, ihm sei dabei unwohl gewesen. Er habe nicht Angst gehabt, aber ein sehr ungutes Gefühl; er sage mal, es habe sich der Magen gedreht (Urk. D1/3/2 S. 6). Demgegenüber konnte er sich anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme nicht mehr daran erinnern, dass er mehrfach gegen die Brust gestossen worden sein soll (Urk. D1/3/2 S. 7). Auch die Erklärung, es könne sein, dass er vergessen habe, es zu erwähnen am ersten Tag, weil er nervös und aufgeregt gewesen sei, er sei doch von diesem Platz bis zum Polizeiposten Urania gegangen (Urk. D1/3/2 S. 9), überzeugt nicht. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, lässt das Aussageverhalten des Privatklägers erhebliche Zweifel am Wahrheitsgehalt seiner Aussagen in Bezug auf die ausgesprochene Todesdrohung aufkommen.

3.3.7. Auch wenn D. _____ zwar anlässlich der informellen Befragung gegenüber der Polizei ausgesagt hat, dass der Beschuldigte gedroht habe, sie zusammenzuschlagen, und so von Drohungen sprach, sagte er nichts von Todesdrohungen (Urk. D1/1 S. 4) und vermag seine Aussage deshalb die Aussage des Privatklägers bei der Staatsanwaltschaft nicht zu stützen. In der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme führte er als Zeuge befragt aus, dass das Ganze ziemlich schnell ausser Kontrolle geraten sei. Es seien Fluchwörter gefallen. Dann seien Drohungen und Beleidigungen gefallen, gut 2-3 Minuten lang. Am Schluss seien dann nochmals Drohungen gefallen (Urk. D 1/3/3 S. 4). Auf die Frage, was die Person, die mit Ihnen gesprochen habe, genau gemacht habe, gab er an, es seien Drohungen gefallen, er sei sich sicher „mini Muetter“ sei mehrmals gefallen. Die Faust sei mehrmals ausgeholt worden. Es sei ein aggressiver Ton und ein aggressives Verhalten gewesen. Zu den verbalen Drohungen könne er es nur ungefähr sagen. Er wisse es nicht mehr genau. Es sei Es sei zu waghalsig (Urk. D.

1/3/3 S. 5). Der Zeuge D._____ konnte sich somit in der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme an keinen konkreten Wortlaut mehr erinnern.

3.3.8. Das Anklageprinzip verlangt, dass die beschuldigte Person genau wissen muss, was ihr konkret vorgeworfen wird. Pauschale Vorwürfe sind nicht zulässig. Demnach kann dem Beschuldigten nur eine konkrete Aussage vorgehalten werden. Nachdem es sodann am Gericht ist, den konkreten Sachverhalt rechtlich zu würdigen, ist es unumgänglich, dass erstellt werden kann, welche konkreten Worte geäußert wurden. Was in der Laiensphäre als Drohung angesehen wird, muss nicht immer zwingend unter den Tatbestand von Art. 180 StGB fallen, insbesondere da dieser Tatbestand eine schwere Drohung voraussetzt.

3.3.9. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der dem Beschuldigten in der Anklageschrift vorgehaltene Sachverhalt, wonach er den Privatkläger mit dem Tod bedroht haben soll, nicht erstellt werden kann und er somit von der Vorinstanz zu Recht in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo vom Vorwurf der Drohung freigesprochen wurde.

3.4. Vergehen gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel

3.4.1. Der Tatvorwurf ergibt sich aus der Anklageschrift vom 21. April 2015 (Urk. 20 S. 2) und findet sich zusammengefasst im vorinstanzlichen Urteil (Urk. 20 S. 13 Ziff. B.1.), worauf zu verweisen ist (Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.4.2. Die Vorinstanz kam nach ausführlicher Auseinandersetzung über die Frage der Zulässigkeit der angewendeten verdeckten Fahndung und der Verwertbarkeit der vorliegenden Beweismittel zum Schluss, dass der Scheinkauf nach den Regeln der StPO durchzuführen gewesen sei, er diesen Anforderungen nicht entspreche und die sichergestellten Beweismittel und die vom Beschuldigten und F._____ in der Folge getätigten Aussagen daher einem Verwertungsverbot im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO unterliegen würden. Ohne verwertbare Beweismittel könne dem Beschuldigten der Besitz bzw. das Veräussern von Betäubungsmitteln nicht nachgewiesen werden, weshalb er freizusprechen sei. Demgegenüber ist die Staatsanwaltschaft der Ansicht, dass das Vorgehen der Polizei

insgesamt als zulässig anzusehen sei und die dadurch erhobenen Beweismittel vollumgänglich verwertbar seien, was letztlich zu einem Schuldspruch in diesem Anklagepunkt führen müsse (Urk. 37 S. 2 f.).

3.4.3. Vorab kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz die Voraussetzungen der Beweismittelverwertung und die Voraussetzungen und Unterscheidung der präventiven und repressiven verdeckten Ermittlung und Fahndung korrekt wiedergegeben hat (Urk. 36 S. 13 f. Ziff. 2.1. ff., S. 16 f. Ziff. 3.2. f., S. 21 ff. Ziff. 4.1. ff.), und auch von der Staatsanwaltschaft nicht in Frage gestellt werden, weshalb ohne weiteres darauf verwiesen werden kann.

3.4.4. Sodann kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz zu Recht zum Schluss kam, dass die Handlungen der polizeilichen Scheinkäuferin als verdeckte Fahndung (und nicht als verdeckte Ermittlung) zu qualifizieren ist. Dies wird denn auch weder von der Staatsanwaltschaft noch vom Beschuldigten in Frage gestellt. Es kann diesbezüglich deshalb vollumfänglich auf die zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen (Urk. 36 S. 16 f. Ziff. 3.2 f.) verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO).

3.4.5. Die Vorinstanz führte aus, dass in casu bereits ein Tatverdacht auf Drogenhandel gegeben gewesen sei und der Scheinkauf vorliegend dem Zweck der Verbrechensaufklärung, also der Abklärung dieses Tatverdachts gedient habe, weshalb er nach den Regeln der StPO durchzuführen gewesen sei. Die Argumentation, ein Scheinkauf könnte möglicherweise eine unmittelbare Gefahr, nämlich diejenige des Drogenhandels und der damit zusammenhängenden abstrakten Gefahren, abwehren, sei vorliegend abzulehnen. Damit würde nämlich die Abgrenzung zwischen Zwangsmassnahmen zur unmittelbaren Gefahrenabwehr und Zwangsmassnahmen zur Strafverfolgung verwischt werden (Urk. 36 S. 15 f.).

3.4.5.1. Demgegenüber ist die Staatsanwaltschaft der Ansicht, dass hier ein klarer Fall vorliege, wie ihn der Gesetzgeber mit Hilfe von § 32d PolG habe regeln wollen. Allein der noch nicht näher überprüfte Hinweis, dass auf einer bestimmten Telefonnummer Drogen bestellt werden können, würde es noch nicht rechtfertigen, ein Strafverfahren zu eröffnen. Es liege vielmehr im Aufgabenbereich der Po-

izei, hier nähere Abklärungen zu tätigen im Rahmen ihres Auftrags zur Gefahrenabwehr und Prävention (Urk. 37 S. 2). Auch gemäss dem bei den Akten liegenden Amtsbericht soll es sich um einen Betäubungsmittel-Scheinkauf gemäss § 32d PolG gehandelt haben (Urk. D2/3).

3.4.5.2. Die Vorinstanz hat sich ausführlich mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Scheinkauf vor dem Vorliegen eines Tatverdachts im Rahmen der Vorermittlung erfolgte und damit präventiven Charakter hatte, oder ob bereits ein Tatverdacht vorlag und der Scheinkauf vorliegend dem Zweck der Verbrechensaufklärung gedient hatte und kam zum Schluss, dass bereits ein Tatverdacht vorgelegen habe (Urk. 36 S. 14 ff., Ziff. 3.1).

3.4.5.3. Die von der Vorinstanz vorgenommene grundsätzliche Abgrenzung zwischen der kantonalen und bundesrechtlichen Zuständigkeit wird von der Staatsanwaltschaft – zu Recht – nicht in Frage gestellt. Umstritten ist, ob bereits ein Tatverdacht vorlag, der zur Anwendung der strafprozessrechtlichen Bestimmungen von Art. 298a ff. StPO führte.

3.4.5.4. Im Antrag des Regierungsrates vom 28. März 2012 zur Änderung des Polizeigesetzes vom 23. April 2007 wird festgehalten, dass Voraussetzung für polizeiliche Ermittlungshandlungen gemäss StPO sei, dass bereits ein ausreichender Tatverdacht auf eine bereits begangene Straftat vorliege. Von diesem Vorverfahren abzugrenzen sei die sogenannte Vorermittlungstätigkeit der Polizei. Unter Vorermittlungen verstehe man Abklärungen und Massnahmen der Polizei, die auf Verdachtsbegründung ausgerichtet seien oder die auf einem bloss vagen, noch unbestimmten Anfangsverdacht, kriminalistischen Erfahrungswerten oder auf einer blossen Vermutung oder Hypothese gründen, die ohne vorgängige Konkretisierung und Verdichtung (oder Entkräftung) für die Einleitung eines gerichtspolizeilichen Ermittlungsverfahrens gemäss Art. 306 StPO nicht genügen. Typisch sei solches Handeln, wenn die Polizei Meldungen aus der Bevölkerung über verdächtige Wahrnehmungen nachgehe. Vorermittlungen würden der Polizei das Erkennen, dass bestimmte Straftaten begangen worden seien oder gestützt auf einen bereits gefassten Tatentschluss kurz vor der Ausführung stehen könnten, ermöglichen. Vorermittlungen würden demnach die Feststellung bezwecken, ob über-

haupt strafprozessual abzuklärende Sachverhalte vorliegen würden oder nicht, und im bejahenden Fall eine möglichst gute Ausgangslage für das nachfolgende Vorverfahren gemäss StPO zu schaffen oder auch (weitere) Straftaten zu verhindern (Antrag des Regierungsrates vom 28. März 2012, 4884, Polizeigesetz, S. 15 f.).

3.4.5.5. Weiter kann dem Antrag des Regierungsrates entnommen werden, dass die §§ 32d, 32e und 32f PolG eingeführt wurden, um zur Verhinderung und Erkennung von Straftaten die Kontaktnahme, die verdeckte Vorermittlung und die Informationsbeschaffung im Internet zu regeln. Es sei der Bereich der Erhebungen, die dem auf einem konkreten Tatverdacht beruhenden Strafverfahren vorgelegt seien (Antrag des Regierungsrates vom 28. März 2012, 4884 Polizeigesetz, S. 13). § 32d PolG bestimmt, dass zur Verhinderung und Erkennung von Straftaten Angehörige der Polizei oder von ihr beauftragte oder mit ihr kooperierende Dritte mit anderen Personen Kontakt aufnehmen können, ohne ihre wahre Identität und Funktion bekannt zu geben. Als Kontaktnahmen würden auch die Vorbereitung und der Abschluss von Scheingeschäften und Testkäufen gelten. In seinem Antrag hielt der Regierungsrat hierzu fest, dass die verdeckte Fahndung alltägliche Ermittlungs- und Fahndungsmassnahmen vereinfachen soll, bei denen Angehörige der Polizei im Kontakt mit Privaten davon absehen, ihre polizeiliche Identität und die damit verbundenen dienstlichen Absichten zu früh erkennbar werden zu lassen. Zu denken sei an Situationen, in denen Polizeiangehörige bei Betrugs- oder Erpressungsfällen die Rolle des Opfers oder bei Abklärungen im Drogen- oder Sexmilieu jene der Kundin oder des Kunden übernehmen (Antrag des Regierungsrates vom 28. März 2012, 4884 Polizeigesetz, S. 20).

3.4.5.6. Im Entscheid BGE 140 I 353 hat sich das Bundesgericht mit dem Zürcher Polizeigesetz und der Abgrenzung der Zuständigkeiten des Bundes und des Kantons auseinandergesetzt. Es hielt dabei fest, dass die Zuständigkeit der Kantone, auf ihrem Hoheitsgebiet für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu sorgen, als originäre Kompetenz der Kantone gelte. Die Kantone würden auf ihrem Territorium über die Polizeihoheit verfügen und damit über die entsprechende Rechtsetzungskompetenz im Hinblick auf die Wahrnehmung des

umfassenden Auftrags zur Gefahrenabwehr. Der Bund sei aufgrund von Art. 123 Abs. 1 BV zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts befugt. Ausgangspunkt eines jeden Strafverfahrens sei der Verdacht, eine strafbare Handlung sei begangen worden. Das Strafprozessrecht regle somit die Vorkehrungen und die Schritte des Verfahrens, mit welchem die Richtigkeit dieses Verdachts überprüft und gegebenenfalls die Straftat beurteilt werde. Soweit dagegen zu regeln sei, mit welchen Mitteln Straftaten verhindert werden können oder ihre erst mögliche Begehung festgestellt werden könne, beschlage dies das Polizeirecht, zu dessen Erlass grundsätzlich die Kantone zuständig seien (BGE 140 I 353 E. 5.1). Das Bundesgericht hielt sodann weiter fest, dass die Bestimmungen der eidgenössischen Strafprozessordnung betreffend die verdeckte Fahndung (ausschliesslich) jene Fälle erfasse, in denen ein Verdacht auf eine strafbare Handlung bestehe. Dieser Verdacht könne auch bloss ein vager sein (BGE 140 I 353 E. 5.4). Demgegenüber enthalte das geltende Bundesrecht keine Bestimmungen zur präventiven Vorermittlung im Sinne eines polizeilichen Tätigwerdens zur Verhinderung oder Erkennung zukünftiger möglicher Delikte. Die präventive verdeckte Vorermittlung sei der Regelung durch die Kantone überlassen worden (BGE 140 I 353 E. 5.5.1 f.).

3.4.5.7. Während dem der Regierungsrat in seinem Antrag zur Änderung des Polizeigesetzes davon ausging, dass die Bestimmungen des Ermittlungsverfahrens gemäss StPO erst bei Vorliegen eines konkreten resp. ausreichenden Tatverdachts zur Anwendung komme, hat das Bundesgericht im Entscheid BGE 140 I 353 klargestellt, dass bereits das Vorliegen eines vagen Tatverdachts dazu führt, dass das Ermittlungsverfahren nach den Bestimmungen der StPO durchzuführen ist. Nicht erfasst von Art. 298a ff. StPO sind somit lediglich die rein präventiven Einsätze der Polizei (vgl. auch Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Art. 298a N 11). Sobald der Tätigkeit der Polizei der Charakter von Ermittlungen von Straftaten zukommt, finden die Bestimmungen der Strafprozessordnung Anwendung (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 306 N 1). Für die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens genügt ein relativ vager Verdacht (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 298b N11). Insbesondere soll die Polizei im Rahmen des in der Strafprozessordnung

geregelten Ermittlungsverfahrens feststellen, ob genügende, auf ein Delikt hinweisende Anhaltspunkte vorhanden sind, welche die Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens rechtfertigen. Das Ermittlungsverfahren soll lediglich die Entscheidungsgrundlage liefern, um baldmöglichst den Entscheid über die Eröffnung der Strafuntersuchung fällen zu können. Die Polizei hat sich dabei auf die ersten Ermittlungen zu beschränken und alsdann die erhobenen Beweise mit einem zusammenfassenden Rapport über die polizeilichen Aktivitäten sofort der Staatsanwaltschaft weiterzuleiten. Sind tatsächliche Anhaltspunkte vorhanden, die auf die Begehung einer strafbaren Handlung hinweisen, d.h. wenn ein konkreter Tatverdacht vorliegt, hat die Polizei die Staatsanwaltschaft zu informieren und ist eine Strafuntersuchung zu eröffnen (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 306 N 8, N 12).

3.4.5.8. Daraus folgt aber, dass nicht bis zu dem Zeitpunkt, in welchem ein genügend konkreter resp. ausreichender Tatverdacht vorliegt, die Bestimmungen des Zürcher Polizeigesetzes zur Anwendung kommen, sondern bereits bei Vorliegen eines vagen Tatverdachts ein Ermittlungsverfahren im Sinne der Strafprozessordnung vorliegt (BGE 140 I 535 E. 5.4) und nicht mehr von einem rein präventiven Vorgehen, bei welchem abgeklärt werden soll, ob überhaupt strafprozessual abzuklärende Sachverhalte vorliegen oder nicht, gesprochen werden kann. Lag ein Tatverdacht vor, sind die Bestimmungen der Strafprozessordnung anwendbar (Art. 306 Abs. 3 StPO), was aber noch nicht per se dazu führen muss, dass auch die Voraussetzung des genügenden Tatverdachts im Sinne von Art. 298b StPO gegeben ist, da geheime Überwachungsmaßnahmen stets einen erheblichen Eingriff in die Grundrechte darstellen und daher die Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens noch nicht zwingend auch eine geheime Überwachungsmaßnahme zu rechtfertigen vermag. Ein diesbezüglicher Widerspruch in den vorinstanzlichen Erwägungen (vgl. Urk. 37 S. 2) besteht nicht. Sodann ist klarzustellen, dass die Vorinstanz nicht das Vorliegen eines die verdeckte Fahndung rechtfertigenden Verdachts als Solchen verneinte, sondern sie festhielt, dass ein rechtfertigender Verdacht nicht hinreichend dokumentiert worden sei. Gemäss Lehre solle denn auch ein bloss vager Tatverdacht für die Anordnung einer verdeckten Fahndung ausreichend sein. Er muss aber so hinreichend sein, dass sich eine verdeckte

Fahndung rechtfertigt (BSK StPO-Knodel, Art. 298b N 7), was ausreichend schriftlich dokumentiert sein muss (hierauf wird zurückzukommen sein).

3.4.5.9. Anzumerken ist sodann noch, dass die Bestimmungen der Strafprozessordnung nicht erst dann zur Anwendung kommen, wenn die Eröffnung einer Strafuntersuchung gerechtfertigt ist. Aufgabe der Polizei im Rahmen des Ermittlungsverfahrens im Sinne der Strafprozessordnung (Art. 306 f. StPO) ist es – wie erwähnt – Entscheidungsgrundlage dafür zu liefern, ob eine Strafuntersuchung eröffnet werden soll oder nicht und nähere Abklärungen zu tätigen, dies jedoch nicht im Rahmen ihres Auftrags zur Gefahrenabwehr und Prävention sondern im Rahmen eines polizeilichen Ermittlungsverfahrens im Sinne von Art. 306 f. StPO. In diesem Tätigkeitsbereich der Polizei sind deshalb auch die Bestimmungen der Strafprozessordnung anwendbar (Art. 306 Abs. 3 StPO). Nicht massgebend kann sein, wie die Polizei ihren Einsatz qualifizierte, insbesondere da vorliegend eine entsprechende schriftliche Dokumentation fehlt.

3.4.5.10. Eine schriftliche Anordnung der verdeckten Fahndung liegt nicht vor. Aus dem Amtsbericht über den Betäubungsmittel-Scheinkauf ergibt sich, dass der Beschuldigte aufgrund einer der Polizei zugetragenen Handynummer, auf welcher Kokain bestellt werden könne, kontaktiert wurde (Urk. D2/3). Auch die Scheinkäuferin gab auf Befragen an, dass sie die Natelnummer erhalten hätten, dass man über diese Nummer Drogen bestellen könne. Sie habe dort angerufen, weil sie gewusst hätten, dass dort Drogen bestellt werden können. Diese Information hätten sie von einem Informanten erhalten. Sie hätten testen wollen, ob das wirklich stimme, ob man unter dieser Nummer an Drogen kommen könne und wer hinter dieser Nummer stecke und Drogen verkaufe (Urk. D2/8 S. 3 f.). Dementsprechend lag aber ein zumindest vager Tatverdacht für ein Betäubungsmitteldelikt vor. Nicht relevant kann dabei sein, dass die Polizei im Zeitpunkt der Kontaktaufnahme nicht wusste, wem der Anschluss gehört (Urk. D2/8 S. 4). Sodann spricht gegen die Annahme einer reinen Präventionshandlung – auch wenn die zuständige Polizeibeamtin angab, Zweck des Auftrags sei gewesen, dass sie ein Vergehen verhindern können (Urk. D2/8 S. 7) – dass aufgrund des Hinweises nicht nur zukünftige Handlungen sondern allenfalls auch bereits erfolgte Verkäufe im Raum

standen. Denn wenn die Polizei Kenntnis davon bekam, dass unter dieser Nummer Kokain bestellt werden kann, ist die Wahrscheinlichkeit sehr gross, dass schon Verkäufe abgewickelt worden sind. Das Vorgehen der Scheinkäuferin kann deshalb nicht als rein präventive Massnahme angesehen werden, sondern muss als im Rahmen der Aufklärung von Straftaten erfolgt qualifiziert werden.

3.4.5.11. Auch der Umstand, dass der Polizei nicht bekannt war, wer hinter der ihr zugehaltenen Telefonnummer steht, vermag den Scheinkauf nicht als rein präventive Massnahme zu qualifizieren. So ist die in der StPO geregelte verdeckte Fahndung dann möglich, wenn die Ermittlungen sonst aussichtslos wären. Das gilt häufig dann, wenn die wahre Identität der Zielperson offen ist, weil von ihr z.B. nur eine Telefonnummer oder eine E-Mailadresse bekannt ist, so dass das Angebot zum Abschluss eines Geschäfts zum Schein angenommen werden muss, damit überhaupt ein persönlicher Kontakt mit der Zielperson hergestellt werden kann (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 298b N 7). So muss auch die schriftliche Anordnung der verdeckten Ermittlung nur soweit möglich Angaben über die beschuldigte Person enthalten (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 298b N 10).

3.4.5.12. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Vorinstanz zutreffend zum Schluss kam, dass bereits ein, wenn auch vager, Tatverdacht auf Drogenhandel gegeben war und der Scheinkauf vorliegend auch dem Zweck der Abklärung dieses Tatverdachts und damit der Aufklärung einer Straftat diene und daher aufgrund der umfassenden Bundeskompetenz nach den Regeln der Strafprozessordnung durchzuführen war.

3.4.6. Die Vorinstanz kam weiter zum Schluss, dass keine schriftliche Anordnung der verdeckten Ermittlung ausgestellt worden sei und der Einsatz der Scheinkäuferin mangels hinreichender Dokumentation eines die verdeckte Fahndung rechtfertigenden Verdachts nicht den Voraussetzungen gemäss Art. 298b StPO entsprochen habe (Urk. 36 S. 17 ff. Ziff. 3.3. ff.).

3.4.6.1. Im Gegensatz zur verdeckten Ermittlung muss eine verdeckte Fahndung nicht zwingend durch ein Gericht angeordnet werden. Im Ermittlungsverfahren

kann auch die Polizei – selbständig – eine verdeckte Fahndung anordnen (Art. 298b Abs. 1 StPO). Auch wenn Art. 298b StPO keine Formvorschriften enthält, muss die Anordnung in Anwendung der allgemeinen Regel von Art. 76 StPO schriftlich verfügt werden. Die Anordnung hat zu umschreiben, welcher Verdacht Ausgangspunkt der Ermittlungen ist und worauf der Verdacht beruht, welcher Sachverhalt und welche mutmasslichen Straftatbestände durch die verdeckte Fahndung aufgeklärt werden sollen. Im Weiteren ist zu bestimmen, wer als verdeckter Fahnder eingesetzt werden soll, und es ist sicherzustellen, dass die eingesetzten Personen über die Rahmenbedingungen des Einsatzes und das Mass der zulässigen Einwirkungen schon vor dem Start der Aktion belehrt werden. Muss aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit auf eine schriftliche Anordnung verzichtet werden, ist zumindest im Nachhinein durch eine Aktennotiz festzuhalten, in welcher Weise der eingesetzte verdeckte Fahnder belehrt wurde. Anordnung und Nachweis der Belehrung gehören zu den Strafakten. Mündliche Anordnungen sollten die absolute Ausnahme sein, namentlich wenn Gefahr in Verzug ist; auch mündliche Anordnungen sind nachträglich schriftlich zu dokumentieren. Nur mit einer schriftlichen Dokumentation kann die Zulässigkeit der Anordnung im Nachhinein auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden (Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 298b N 10; BSK StPO-Knodel, Art. 298b N 1, N 3).

3.4.6.2. Eine schriftliche Anordnung der verdeckten Fahndung lag nicht vor. In den Untersuchungsakten befinden sich der Polizeirapport und der Amtsbericht über den Betäubungsmittelscheinkauf. Anlässlich der Berufungsverhandlung reichte die Staatsanwaltschaft sodann eine Rechtsbelehrung/Instruktion der Stadtpolizei ein, welche vom 10. März 2014, mithin vor dem Einsatz der verdeckten Fahnderin (vgl. Urk. D2/3), datiert (Urk. 48/2). Hierbei handelt es sich jedoch lediglich um die Rechtsbelehrung, das heisst, dass die verdeckte Fahnderin vor ihrem Einsatz über das Mass der zulässigen Einwirkungen aufgeklärt worden ist. Dies ändert aber nichts daran, dass keine schriftliche Anordnung des konkreten Einsatzes vorliegt. Eine solche liegt weder bei den Akten noch wurde das Vorliegen einer solchen von der als Scheinkäuferin tätig gewordenen polizeilichen Mitarbeiterin behauptet (Urk. D2/8). Eine Dringlichkeit, die ein Absehen von einer vorgängigen schriftliche Anordnung rechtfertigen würde, ist nicht ersichtlich und

wurde auch von der Scheinverkäuferin in ihrer Einvernahme nicht behauptet. Selbst wenn von einer Dringlichkeit ausgegangen werden müsste, würde die nachträgliche schriftliche Dokumentation der Anordnung fehlen. Nachdem die Anordnung der verdeckten Fahndung nicht schriftlich erfolgte, ist unbekannt, wie die Polizei an die Telefonnummer für die Betäubungsmittelbestellung gelangt ist, d.h. in welchem Rahmen der anonyme Informant diese Telefonnummer und seine Informationen bei der Polizei deponierte, und aus welchen konkreten Umständen sich ein Verdacht auf ein Betäubungsmitteldelikt ableiten liess.

3.4.6.3. Dementsprechend kam aber die Vorinstanz zutreffend zum Schluss, dass der eine verdeckte Fahndung rechtfertigende Tatverdacht nicht genügend dokumentiert worden ist und deshalb ein solcher zu verneinen ist, womit die Voraussetzung des Vorliegens eines hinreichenden Tatverdachts von Art. 298b StPO nicht gegeben ist.

3.4.7. Sodann hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass aus den Akten auch nicht hervorgehe, inwiefern bisherige erfolglose Ermittlungs- oder Untersuchungshandlungen in dieser Sache betrieben wurden resp. eine aussichtslose Ermittlung vorlag, weshalb es auch an der gemäss Art. 298b StPO erforderlichen Subsidiarität der verdeckten Fahndung mangelt.

3.4.8. Abschliessend hielt die Vorinstanz sodann noch ergänzend fest, dass von einem tatprovozierenden Verhalten der verdeckten Fahnderin und somit einer unzulässigen Einwirkung auf den Beschuldigten ausgegangen werden müsse (Urk. 36 S. 20 f. Ziff. 3.9 f.).

3.4.8.1. Die Staatsanwaltschaft wendet hierzu ein, dass die Ausführungen der Vorinstanz zur unzulässigen Einwirkungen auf den Tatentschluss des Beschuldigten nicht schlüssig seien. Sie verkenne, dass durch die Bestellung einer handelsüblichen Kleinmenge kein neuer Tatentschluss geweckt werden könne, schliesslich habe es ja zu überprüfen gegolten, ob über die fragliche Mobiltelefonnummer tatsächlich Drogen bestellt werden können. Wenn dort aber Drogen bestellt werden können, dann habe der Beschuldigte durch den Betrieb dieses Telefons bereits seinen Tatentschluss zum Handeln mit Betäubungsmitteln unter Be-

weis gestellt und könne nicht mehr extra dazu angestiftet werden. Da sodann auch keine grosse oder unübliche Menge bestellt worden sei, habe die Polizeibeamtin nicht versucht, einen weitergehenden Tatentschluss zu wecken (Urk. 37 S. 3).

3.4.8.2. Die Vorinstanz ist insbesondere deshalb von einer unzulässigen Einwirkung auf den Beschuldigten ausgegangen, weil die Voraussetzungen für die Anordnung der verdeckten Fahndung ungenügend dokumentiert sind (Urk. 36 S. 20 f. Ziff. 3.9 f.).

3.4.8.3. Es ist mit der Staatsanwaltschaft davon auszugehen, dass mit der Bestellung einer handelsüblichen Menge Betäubungsmittel bei einem Drogenverkäufer wohl in der Regel kein neuer Tatentschluss geweckt wird. Ob eine Bestellung bei einem wahrscheinlichen Drogenverkäufer vorliegt, kann vorliegend jedoch aufgrund der fehlenden Dokumentation nicht überprüft werden. Es muss deshalb zugunsten des Beschuldigten davon ausgegangen werden, dass ein tatprovokierendes Verhalten der Scheinkäuferin vorlag.

3.4.9. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Scheinkauf nach den Voraussetzungen von Art. 298b f. StPO durchzuführen war und die entsprechenden Voraussetzungen – hinreichender Tatverdacht, Subsidiarität und keine unzulässige Einwirkung auf den Beschuldigten – nicht eingehalten wurden und die aus dem Scheinkauf resultierenden Beweismittel somit rechtswidrig erlangt wurden. Bei diesem Ausgang erübrigt es sich, auf die Frage, ob durch einen solchen Scheinkauf generell eine unzulässige Einwirkung auf den Tatverdächtigen vorliegt, weiter einzugehen. Anzumerken bleibt, dass eine entsprechende schriftliche Anordnung und Dokumentation auch für verdeckte Fahndungen im Vorermittlungsverfahren zu begrüssen wäre. Dies würde auch das Abgrenzungsproblem zwischen dem Anwendungsbereich der beiden massgebenden gesetzlichen Bestimmungen entschärfen.

3.4.10. Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise ist in Art. 141 StPO geregelt. Beweise, die unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben worden sind, dürfen grundsätzlich nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung

sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO). Ermöglicht ein Beweis, der nach Abs. 2 nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre (Art. 141 Abs. 4 StPO). Demgegenüber sind Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, verwertbar (Art. 141 Abs. 3 StPO).

3.4.10.1. Die Vorinstanz hat ausführlich und zutreffend dargetan, dass durch die unrechtmässige verdeckte Fahndung Gültigkeitsvorschriften verletzt worden sind, die Interessenabwägung ergibt, dass vorliegend das private Interesse des Beschuldigten an der Achtung seiner Privatsphäre gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Verwertbarkeit der unrechtmässig erlangten Beweismittel überwiegt und die vom Beschuldigten und F._____ getätigten Aussagen ebenfalls einem Verwertungsverbot unterliegen.

3.4.10.2. Es kann deshalb vollumfänglich auf die vorinstanzlichen Ausführungen (Urk. 36 S. 21 ff. Ziff. 4.2 ff.) verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzungen hierzu erübrigen sich.

3.4.10.3. Ohne verwertbare Beweismittel kann der diesbezügliche Anklagesachverhalt nicht erstellt und dem Beschuldigten der Besitz bzw. das Veräussern von Betäubungsmitteln nicht nachgewiesen werden. Dementsprechend ist der Beschuldigte vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz vollumfänglich freizusprechen.

3.5. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Beschuldigte vom Vorwurf des vorsätzlichen Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG, der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB und des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinn von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG freizusprechen ist.

4. Strafe

4.1. Vorbemerkungen

Die Staatsanwaltschaft hat die von der Vorinstanz ausgesprochene Strafe angefochten. Dies mit der Begründung, dass der Beschuldigte auch der weiteren angeklagten Sachverhalte schuldig zu sprechen sei. Konkrete Einwände gegen die Strafzumessung hinsichtlich des Schuldspruchs bezüglich der mehrfachen Beschimpfung brachte sie nicht vor.

4.2. Mehrfache Beschimpfung

4.2.1. Die Ausführungen der Vorinstanz zur Vorgehensweise, zum Strafraumen und zu den Strafzumessungsregeln sind zutreffend, weshalb darauf zu verweisen ist.

4.2.2. Die Vorinstanz hat die objektive Tatschwere hinsichtlich der Beschimpfung des Privatklägers als Arschloch zutreffend als leicht eingestuft. Zutreffend hielt die Vorinstanz sodann fest, dass dies jedoch nicht für das Anspucken ins Gesicht gelte. Es kann auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 36 S. 26 Ziff. 5). Die objektive Tatschwere ist hinsichtlich des Anspuckens als nicht mehr leicht einzustufen.

4.2.3. Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere hat die Vorinstanz zutreffend festgehalten, dass sich der Beschuldigte offensichtlich in einem emotional aufgewühlten Gemütszustand befunden hatte, dies jedoch aus nichtigem Anlass. So sah er sich allein aufgrund eines Missverständnisses zu seinem Tun veranlasst. Sein inadäquates Verhalten lässt sich unter keinem Gesichtspunkt rechtfertigen.

4.2.4. In Anbetracht der objektiven und subjektiven Tatschwere der Beschimpfung durch Anspucken wäre eine Einsatzstrafe von 15 Tagessätzen/Tagen angemessen. Diese Einsatzstrafe ist sodann unter Berücksichtigung des Asperationsprinzips um 5 Tagessätze/Tage für die Beschimpfung mit „Arschloch“ zu erhöhen.

4.2.5. Hinsichtlich der Täterkomponenten kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 36 S. 27 f. Ziff. 6.2 ff.). Unter der Berücksichtigung der Täterkomponente rechtfertigt es sich, die Einsatzstrafe um die Hälfte zu erhöhen.

4.2.6. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine Strafe von 30 Tagen/Tagessätzen als angemessen erscheint. Bei dieser Strafhöhe ist eine Geldstrafe auszusprechen (Art. 34 Abs. 1 StGB, Art. 40 StGB). Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, sind die Voraussetzungen für einen Aufschub des Vollzugs in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt (vgl. Urk. 36 S. 28 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO), weshalb eine unbedingte kurze Freiheitsstrafe nach Art. 41 StGB nicht zur Diskussion steht. Somit ist der Beschuldigte mit einer bedingt auszusprechenden Geldstrafe zu bestrafen.

4.2.7. Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 19. Januar 2016 der versuchten schweren Körperverletzung etc. schuldig gesprochen und zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 21 Monaten verurteilt (Urk. 43/3). Dieses Urteil ist in Rechtskraft erwachsen (Urk. 44). Der Beschuldigte beging die vorliegend zu beurteilenden Beschimpfungen am 25. Oktober 2013 und somit vor der Verurteilung durch das Strafgericht Basel-Stadt vom 29. November 2013, weshalb ein Fall retrospektiver Konkurrenz vorliegt. Da es sich bei der heute auszusprechenden Geldstrafe und der im Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt verhängten Freiheitsstrafe um ungleichartige Strafen handelt, verbietet es sich vorliegend, eine Zusatzstrafe auszufällen (BGE 137 IV 57 E. 4.3.1 und BGE 138 IV 120).

4.2.8. Gemäss seinen eigenen Ausführungen ist der Beschuldigte zur Zeit arbeitslos. Er ist beim RAV angemeldet und auf der Suche nach einer neuen Stelle. Der Beschuldigte wohnt mit seiner Lebenspartnerin und dem gemeinsamen Kind zusammen. Seine Lebenspartnerin arbeitet, während er sich um das Kind und den Haushalt kümmert. Er hat kein Vermögen und seine Schulden sind gemäss eigenen Aussagen vernachlässigbar (Prot. II S. 5 ff.). In Anbetracht der finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten rechtfertigt es sich, den Tagessatz auf Fr. 20.– festzusetzen. Dementsprechend ist der Beschuldigte mit einer Geldstrafe von

30 Tagessätzen à Fr. 20.– zu bestrafen. Der Anrechnung der erstandenen Haft von 2 Tagen steht nichts entgegen. Der Vollzug der Strafe ist aufzuschieben. In Anbetracht des nicht ganz ungetrübten Leumunds des Beschuldigten rechtfertigt es sich, die Probezeit auf 3 Jahre festzusetzen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Staatsanwaltschaft unterliegt mit ihrer Berufung vollumfänglich. Dementsprechend ist die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Dispositivziffer 10) zu bestätigen. Ebenso ist die dem Beschuldigten zugesprochene reduzierte Entschädigung von Fr. 7'500.– inkl. MWSt. (Dispositivziffer 11) zu bestätigen.

5.2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Nachdem die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung vollumfänglich unterliegt, sind die Kosten des Berufungsverfahrens vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen. Zudem ist der Beschuldigte für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren mit Fr. 4'700.– zu entschädigen (vgl. Urk. 46/1).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 15. September 2015 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch wegen mehrfacher Beschimpfung), 5 bis 7 (Einziehungen), 8 (Zivilpunkt) und 9 (Kostenfestsetzung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist des vorsätzlichen Fahrens ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. b SVG, der Drohung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB und des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sin-

ne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG nicht schuldig und wird diesbezüglich freigesprochen.

2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 20.–, wovon 2 Tagessätze als durch Untersuchungshaft geleistet gelten.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 3 Jahre festgesetzt.
4. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe und das erstinstanzliche Entschädigungsdispositiv (Ziff. 10 und 11) werden bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
6. Dem Beschuldigten wird für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'700.– für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - den Privatkläger B. _____

(Eine begründete Urteilsausfertigung - und nur hinsichtlich ihrer eigenen Anträge (Art. 84 Abs. 4 StPO) - wird den Privatklägern nur zugestellt, sofern sie dies innert 10 Tagen nach Erhalt des Dispositivs verlangen.)

sowie in vollständiger Ausfertigung an

- die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
- die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

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

- die Vorinstanz [mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen an die Lagerbehörden]
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- das Strassenverkehrsamt des Kantons Zürich, Abteilung Administrativmassnahmen, PIN-Nr.: ...
- die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" zwecks Löschung des DNA-Profiles
- die Kantonspolizei Zürich, KIA-ZA, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A.

8. 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 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, 17. Juni 2016

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Leuthard