



Kass.-Nr. AC050045/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Moritz Kuhn, Präsident, Herbert Heeb, Bernhard Gehrig, Andreas Donatsch und die Kassationsrichterin Yvona Griesser sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 31. Januar 2006

in Sachen

Z.K.,

...,

Angeklagter, Appellant und Beschwerdeführer
amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt ...

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich,

Anklägerin, Appellatin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch den Oberstaatsanwalt ...

betreffend

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und Widerruf

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2004 (SB040286/U/jv)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. a) Die Bezirksanwaltschaft Zürich warf dem Angeklagten in ihrer Anklageschrift vom 23. April 2001 folgendes vor: Ungefähr im Herbst 1998 habe dieser im Restaurant „Ka“ in Zürich T.Y. aufgefordert, mit ihm in die Türkei zu reisen und von dort eine Tasche mit ca. 5 Kilogramm Heroin zurück in die Schweiz zu transportieren, wofür er Angeklagte ihm insgesamt Fr. 15'000.-- (Fr. 3'000.-- pro Kilogramm) als Entlohnung versprochen habe. Aus Angst vor einer Verhaftung habe sich T.Y. jedoch entschlossen, diesen Drogentransport nicht auszuführen (BG act. 10 S. 2).

Mit Urteil und Beschluss vom 5. Juli 2001 erkannte das Bezirksgericht Zürich (8. Abteilung) den Angeklagten schuldig der versuchten Anstiftung zur Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und bestrafte ihn mit 16 Monaten Gefängnis unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft und Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei einer Probezeit von drei Jahren. Gleichzeitig ordnete es den Vollzug einer mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 5. Mai 1998 ausgefallten Freiheitsstrafe von 21 Tagen Gefängnis, abzüglich 13 Tage erstandenerer Haft an und zog einen von der Bezirksanwaltschaft beschlagnahmten Geldbetrag von Fr. 740.-- definitiv ein (BG act. 22 = OG act. 26). Gegen diesen Entscheid erhob der Angeklagte Berufung beim Obergericht (BG act. 24).

b) Mit Urteil vom 4. April 2002 bestätigte das Obergericht (I. Strafkammer) den erstinstanzlichen Entscheid vollumfänglich (OG act. 34 = KG 2002/207S act. 2). Das Kassationsgericht hiess mit Beschluss vom 4. April 2003 die vom Angeklagten gegen das obergerichtliche Urteil erhobene Nichtigkeitsbeschwerde gut und wies die Sache zur Neuentscheidung an das Obergericht zurück (OG act. 42 - OG act. 44 = KG 2002/207S act. 12).

Das Obergericht bestätigte mit Urteil vom 25. November 2003 erneut den erstinstanzlichen Entscheid mit zwei Ausnahmen: der Angeklagte wurde mit 14 Monaten Gefängnis bestraft und die Probezeit wurde auf zwei Jahre reduziert (OG act.

49 = KG AC040010 act. 2). Das Kassationsgericht hiess mit Beschluss vom 30. April 2004 die vom Angeklagten dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde gut und wies die Sache wiederum zur Neuentscheidung an das Obergericht zurück (OG act. 64 = OG act. 67 = KG AC040010 act. 11). Mit Urteilen vom 23. Januar 2004 und 19. Mai 2004 trat der Kassationshof des Bundesgerichts auf eine staatsrechtliche Beschwerde des Angeklagten gegen das obergerichtliche Urteil nicht ein bzw. schrieb die vom Angeklagten ebenfalls erhobene eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde als gegenstandslos geworden ab (OG act. 60 und 65).

c) Mit Urteil vom 16. Dezember 2004 erkannte das Obergericht den Angeklagten wiederum der versuchten Anstiftung zur Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig. Es bestrafte ihn mit 11 Monaten und 23 Tagen Gefängnis (unter Anrechnung der erstandenen Haft), als Zusatzstrafe zu einer mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 31. März 2003 ausgefallten Strafe von 7 Tagen Gefängnis. Das Obergericht gewährte dem Angeklagten wiederum den bedingten Strafvollzug unter Ansetzung der Probezeit auf zwei Jahre. Ebenfalls erklärte es die mit Strafbefehl der Bezirksanwaltschaft Zürich vom 5. Mai 1998 ausgesprochene Freiheitsstrafe von 21 Tagen Gefängnis, abzüglich 13 Tage erstandener Haft, für vollziehbar. Den von der Bezirksanwaltschaft beschlagnahmten Geldbetrag von Fr. 740.-- zog es erneut definitiv ein (OG act. 78 = KG AC050045 [nachfolgend KG] act. 2).

2. Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde beantragt der Angeklagte, es sei das obergerichtliche Urteil vom 16. Dezember 2004 aufzuheben (KG act. 1). Das Obergericht und die Oberstaatsanwaltschaft verzichteten auf eine Vernehmlassung bzw. Beantwortung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 9 und 10).

II.

1. a) Der Beschwerdeführer rügt, das Obergericht schreibe in seiner Urteilsbegründung geradezu abenteuerlich anmutend abwegig wortreich über alles andere, nur nicht über den klar und eng umschriebenen Anklagevorhalt eines angeblichen Versuchs zur Anstiftung im Herbst 1998 im Restaurant Ka in Zürich:

- T.Y. habe einmal ausgesagt, der Beschwerdeführer hätte selber Drogen in die Schweiz importiert.
- Ein anderes Mal habe er ausgesagt, der Beschwerdeführer nehme die Ware nie selber zurück in die Schweiz, er habe dafür andere Leute.
- Er habe bei der Polizei ausgesagt, er kenne den Beschwerdeführer seit zwei Jahren; dieser arbeite mit Drogen; er beziehe solche vom „blinden M“ in Istanbul.
- Weiter habe T.Y. bei der Polizei ausgesagt, er habe in der Wohnung des Beschwerdeführers Heroin in Taschen gesehen.
- Er habe ferner bei der Polizei ausgesagt, er habe in Zürich in einem Lokal namens „S-Grill“ gesehen, wie der Beschwerdeführer einem Unbekannten Jugoslawen ein Kilogramm Heroin übergeben habe.
- Er habe weitere Erzählungen von Dritten zum besten gegeben, und solche seien von der Polizei zu Protokoll genommen worden.
- Er habe vor dem Bezirksanwalt (als er dem Beschwerdeführer nicht gegenübergestellt worden sei) ausgesagt, er hätte in Istanbul gesehen, dass der Beschwerdeführer mit einem „Blind-M“ mit braunen Drogen, also Heroin, gehandelt habe.
- T.Y. habe am 22. August 1999 beim Bezirksanwalt ausgesagt, er hätte auch einmal beim Beschwerdeführer zu Hause einen Koffer Drogen gesehen; der Beschwerdeführer habe gesagt, wenn er – T.Y. – Geld ver-

dienen wolle, könne er ihn nach Istanbul begleiten und hernach auf dem Rückweg Heroin in die Schweiz zu transportieren.

- Er habe weiter ausgesagt, der Beschwerdeführer habe ihm ein Visum besorgt, die beiden seien gemeinsam in der Türkei gewesen und gemeinsam ohne Drogen in die Schweiz zurückgekehrt.
- Sodann habe er in der Gegenüberstellung mit dem Beschwerdeführer ausgesagt, er habe in Istanbul gesehen, wie der Beschwerdeführer mit Drogen hantiert bzw. solche kontrolliert habe.

Mit allen diesen vom Obergericht wiedergegebenen Aussagen sei der Anklagevorhalt eines angeblichen Versuchs einer Anstiftung zu einem Drogentransport im Herbst 1998 im Restaurant „Ka“ in keiner Weise erstellt. Das angefochtene Urteil sei eine komponierte Ansammlung von Aussagen und Angaben der Auskunftsperson T.Y., die scheinbar, aber nur konstruiert, ein Bild ergäben. Dieses Bild sei weder bündig noch scharf, sondern vielmehr ein Flickwerk. Denn die Aussagen und Angaben von T.Y. trafen den Sachverhalt nicht, wie er in der Anklageschrift aufgeführt und formuliert sei. Die Einzelteile des Puzzlespiels, wie sie das angefochtene Urteil zusammenstelle, passten bei genauer Betrachtung des angeklagten Sachverhalts nicht wirklich zusammen; sie griffen nur scheinbar und bloss vordergründig ineinander. Letztlich blieben die Aussagen T.Y. gegen den Beschwerdeführer Legende.

Entgegen dem angefochtenen Urteil (S. 11 unten, Erw. II/6.3) habe die Auskunftsperson "in der Hauptsache" (angebliche Anstiftung zu einem Drogentransport im Herbst 1998 im Restaurant „Ka“) gerade nicht übereinstimmend und widerspruchsfrei ausgesagt, sondern den Anklagevorhalt gerade bloss ein einziges Mal zu Protokoll erzählt und den angeklagten Vorgang im übrigen in drei Befragungen nicht ein einziges Mal wiederholt. Wenn zudem eine Auskunftsperson wie im vorliegenden Fall anlässlich jeder Befragung andere Geschichten und angebliche Vorkommnisse zu Protokoll erzählte, dann seien weder sie als Person noch ihre Aussagen glaubwürdig. T.Y. sei schon deswegen alles andere als überzeugend glaubwürdig, weil er auch heute noch sein Leben im Strafvollzug friste. Er

befinde sich seit geraumer Zeit in der Strafanstalt Pöschwies und sei wegen mehrfacher falscher Anschuldigungen und Irreführung der Rechtspflege vorbe-
straft (Beschwerdeschrift S. 2 – 7 Ziff. 6 und 7).

b) Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfah-
rens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret
mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nich-
tigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 430 Abs. 2
StPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen
Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Akten-
stellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzuge-
ben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach
den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die
vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde ge-
nau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides
auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer
tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten,
die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen
worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel
seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptun-
gen er sich auf diese berufen hat. Wird im Rahmen eines Strafprozesses geltend
gemacht, die Untersuchungsmaxime sei verletzt worden, ist in der Beschwerde
anzuführen, durch welche Unterlassung dies geschehen sein soll (ZR 91/92 Nr. 6;
vgl. auch BGE 127 I 42 E. 3b sowie ZR 81 Nr. 88 E. 6; Schmid, in Do-
natsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich
1996, N 32 zu § 430; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und
Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

Diesen Anforderungen genügen die Vorbringen des Beschwerdeführers nicht in
allen Teilen, unterlässt er doch weitgehend anzugeben, auf welche Erwägungen
des angefochtenen Urteils und welche Aktenstellen er sich bezieht.

Auf Seite 3 (Mitte) der Beschwerdeschrift rügt er Erwägungen des Obergerichts in
dessen Urteil vom 25. November 2003, welche nicht geeignet seien, einen vom

Kassationsgericht im ersten Rückweisungsentscheid (vom 4. April 2003) festgestellten Widerspruch in den Aussagen aufzulösen, sondern diesen nur „über-tüncht“ hätten. Das obergerichtliche Urteil vom 25. November 2003 wurde jedoch mit dem zweiten Rückweisungsentscheid des Kassationsgerichts vom 30. April 2004 aufgehoben. Inwiefern die Rügen am Urteil vom 25. November 2003 geeignet sein sollen, einen Nichtigkeitsgrund im neuen, heute angefochtenen Urteil aufzuzeigen, ist nicht ersichtlich.

Woraus sich ergeben soll, dass T.Y. wegen mehrfacher falscher Anschuldigungen und Irreführung der Rechtspflege vorbestraft sei bzw. bei welcher Gelegenheit der Beschwerdeführer dies in der Strafuntersuchung oder vor den Vorinstanzen geltend gemacht habe, führt der Beschwerdeführer nicht aus. Da die Kassationsinstanz nur zu prüfen hat, ob der angefochtene Entscheid nach der bei der Vorinstanz gegebenen Aktenlage an einem Nichtigkeitsgrund leidet, sind im Kassationsverfahren neue Behauptungen oder Beweismittel, welche eine Vervollständigung des vor der Vorinstanz vorzubringenden Prozessstoffes bezwecken, unzulässig (von Rechenberg, a.a.O., S. 17). Der Umstand, dass eine Auskunftsperson sich im Strafvollzug befindet, macht diese nicht zum vornherein unglaubwürdig und ihre Aussagen unglaubhaft.

Das Obergericht gibt in Erwägung II/3 des angefochtenen Entscheids zusammenfassend die Aussagen von T.Y. in drei Einvernahmen (13. Januar 1999 bei der Polizei, 22. August 1999 bei der Bezirksanwaltschaft und 19. Oktober 1999 Konfrontation mit dem Beschwerdeführer bei der Bezirksanwaltschaft) wieder. Die Mehrzahl der vom Obergericht wiedergegebenen Schilderungen betreffen Umstände, welche auf eine Verstrickung des Beschwerdeführers in den Drogenhandel hinweisen, nicht jedoch den konkreten Anklagevorwurf des Versuchs der Anstiftung zu Drogentransporten im Herbst 1998 im Restaurant „Ka“ angehen. In dem Sinne ist die einleitende Bemerkung des Obergerichts, „zur Hauptsache – wie das Kassationsgericht den eigentlichen Tatvorwurf gemäss massgeblichem Anklagevorwurf bezeichnet“ habe T.Y. das folgende ausgesagt, ungenau. Die Wiedergabe der Aussagen ist jedoch nicht grundsätzlich zu beanstanden, da sie

allenfalls geeignet sein können, das Umfeld zu beleuchten, in welchem der Anklagevorwurf steht.

Auf die Frage, ob die Feststellung des Obergerichts, T.Y. habe in der Hauptsache übereinstimmend und widerspruchsfrei ausgesagt (Urteil S. 11 f. Erw. II/6.3), mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet sei, ist weiter hinten bei der Prüfung der konkreten diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdeführers einzugehen.

2. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Aussage von T.Y., er habe diesen zu einem Drogentransport anzustiften versucht, sei in formeller Hinsicht nicht korrekt zustande gekommen, nämlich rechtswidrig erhoben worden, indem der Bezirksanwalt die Erklärung von T.Y. als Auskunftsperson, er möchte die Aussage verweigern, nicht respektiert habe und ihn unter Missachtung von dessen Aussageverweigerungsrecht gemäss § 149b Abs. 1 StPO zu weiteren Aussagen angehalten habe (Beschwerdeschrift S. 7 Ziff. 8).

Eine entsprechende Rüge bildete bereits Gegenstand des ersten Kassationsverfahrens und wurde als unbegründet erkannt (Beschluss des Kassationsgerichts vom 4. April 2003, OG act. 42 S. 4 – 7 Erw. II/3). Darauf kann nicht eingetreten werden.

3. a) Das Obergericht hält fest, T.Y. habe in der Hauptsache übereinstimmend und widerspruchsfrei geschildert, wie ihm der Beschwerdeführer einen unentgeltlichen Herointransport offeriert und diesen dann durch die Beschaffung eines Visums beim griechischen Konsulat vorbereitet habe, ferner wie man in Istanbul nach getrennter Anreise zusammengetroffen sei und schliesslich ohne Drogen gemeinsam die Rückreise angetreten habe. Eine gewisse Unklarheit bestehe in diesem Zusammenhang einzig hinsichtlich des Ortes, an welchem der Beschwerdeführer T.Y. das Angebot eines bezahlten Herointransports gemacht habe. In der Konfrontationseinvernahme vom 19. Oktober 1999 habe T.Y. ausgesagt, das Angebot sei im Restaurant „Ka“ erfolgt (BG act. 3/13 S. 3). In seiner ersten bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme vom 22. August 1999 habe er diese Örtlichkeit noch nicht genannt, sondern vielmehr geschildert, der Beschwerdeführer habe ihm nach durchzockerter Nacht im T-Club dann in seiner Wohnung einen Koffer

mit Drogen gezeigt und ihm nachher das inkriminierte Angebot gemacht (BG act. 3/10 S. 3). Welcher zeitliche Abstand zwischen dem Zeigen des Drogenkoffers und dem Angebot gelegen sei respektive wo das Angebot letztlich gemacht worden sei, sei der Antwort von T.Y. am 22. August 1999 nicht zu entnehmen. Im gleichen Atemzug habe T.Y. dann auch das Erhältlichmachen eines griechischen Visums durch den Beschwerdeführer geschildert (BG act. 3/10 S. 3), wobei letzteres aber mit Sicherheit nicht gleichzeitig mit dem Zeigen der Drogen und auch an einem andern Ort – eben dem griechischen Konsulat – erfolgt sei. Die Aussage von T.Y. in der ersten bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme sei mithin nicht zwingend dahingehend zu deuten, dass sämtliche geschilderten Vorgänge zeitgleich mit dem Zeigen des Drogenkoffers am selben Ort (d.h. der Wohnung des Beschwerdeführers) erfolgt seien. Im Übrigen sei es auch möglich, dass man nach einer anfänglichen Grundsatzübereinkunft in der Wohnung des Beschwerdeführers die Details des Auftrags später im Restaurant „Ka“ vereinbart habe und T.Y. diese beiden Schritte in seinen rund ein Jahr nach den inkriminierten Ereignissen erfolgten Befragungen nicht mehr genau zu trennen vermocht habe. Daher ergebe sich aus seinen Schilderungen hinsichtlich des Auftragsortes kein offensichtlicher Widerspruch (Urteil S. 11 f. Erw. II/6.3).

b) Der Beschwerdeführer macht geltend, entgegen anderslautender Feststellung im angefochtenen Urteil habe T.Y. weder bei der Polizei (BG act. 3/3) noch in der ersten Einvernahme beim Bezirksanwalt (BG act. 3/10) konkret geäußert, der Beschwerdeführer habe im Herbst 1998 im Restaurant „Ka“ in Zürich versucht, ihn zu einem Drogentransport anzustiften. Bei der Polizei habe T.Y. vielmehr Geschichten zum besten gegeben, wie „Z. arbeitet mit Drogen“, „er importiert und verkauft Drogen“, „letztmals bekam er am 2. Januar 1999 Heroin“, „er bezog die Drogen vom ‚blinden M.‘“, „er hat sie selber per Flugzeug nach Genf gebracht“, „Manchmal hat er Drogen in der Wohnung“, usw. Ferner habe er von einem S-Grill und etwas von einer Tasche erzählt, auch noch einen BMW ins Spiel gebracht, usw. Weder von einem Versuch, T.Y. zu einem Transport anzustiften noch vom Herbst 1998 und vom Restaurant „Ka“ sei die Rede gewesen. Beim Bezirksanwalt habe T.Y. den „blinden M“ wiederholt, etwas von einem Koffer erzählt, und von einem Besuch in der Wohnung gesprochen, wobei er die Wohnung we-

der beschreiben noch die Lage anzugeben imstande gewesen sei. Auch habe T.Y. in dieser Einvernahme etwas von einer Reise nach der Türkei ausgesagt, usw. Jedoch stehe von einem Versuch des Beschwerdeführers im Sinne des anklagerelevanten Vorhalts, T.Y. im Herbst 1998 im Restaurant „Ka“ zu einem Drogentransport anzustiften, entgegen anderslautender Feststellung im angefochtenen Urteil kein Wort in diesem Einvernahmeprotokoll vom 22. August 1999 (BG act. 3/10). Dass T.Y. nach der Lesart des angefochtenen Urteils angeblich den Anklagesachverhalt widerspruchsfrei und übereinstimmend geschildert habe, sei objektiv falsch und entgegen den protokollierten Aussagen in den Akten behauptet (Beschwerdeschrift S. 8 f. Ziff. 10).

Der Beschwerdeführer fährt fort, das angefochtene Urteil gebe selber zu, dass „eine gewisse Unklarheit“ bezüglich des Ortes bestehe, an welchem der Beschwerdeführer T.Y. ein Angebot eines bezahlten Herointransports gemacht haben soll. „Gewisse Unklarheit“ sei verharmlosend stark untertrieben. T.Y. habe in jeder Befragung andere Dinge erzählt und sich selber widersprochen. Nur schon, dass das angefochtene Urteil selber auf Seite 12 Mitte verschiedene Möglichkeiten von Übereinkünften erwähnen müsse, zeige deutlich, dass der Sachverhalt nicht rechtsgenügend erstellt sei. Es müssten erhebliche nicht zu unterdrückende Zweifel darüber aufkommen, dass der Beschwerdeführer im Herbst 1998 versucht habe, im Restaurant „Ka“ T.Y. zu einem Drogentransport anzustiften (Beschwerdeschrift S. 9 Ziff. 11).

c) Mit letzterem Vorbringen rügt der Beschwerdeführer sinngemäss eine Verletzung des Grundsatzes „in dubio pro reo“. Die Beweiswürdigung des vorinstanzlichen Sachrichters kann nach der Praxis des Kassationsgerichtes aufgrund von § 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO dann mit Erfolg gerügt werden, wenn sie sich nicht mehr im Rahmen des Gesetzes hält, sondern willkürlich, d.h. offensichtlich abwegig ist und einer missbräuchlichen Handhabung des richterlichen Ermessens gleichkommt (ZR 64 Nr. 54). Die Verneinung eines den Freispruch bedingenden Zweifels wird als Kassationsgrund angesehen, wenn diese bei ernsthafter Abwägung des "Für" und "Wider" schlechthin unverständlich ist (Schmid, in Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich

1996, N 21 zu § 430). Es ist zu berücksichtigen, dass mit menschlichen Erkenntnismitteln keine absolute Sicherheit in der Beweisführung erreicht werden kann; daher muss genügen, dass das Beweisergebnis über jeden vernünftigen Zweifel erhaben ist (BGE 124 IV 88 E. 2a mit Hinweisen; ZR 72 Nr. 80, 69 Nr. 50; von Rechenberg, a.a.O., S. 34). Weiter geht auch die Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 4 Abs. 1 aBV bzw. Art. 32 Abs. 1 BV nicht, denn diese Bestimmungen schliessen einen Schuldspruch nur dann aus, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und unüberwindliche Zweifel am Tat- oder Schuldbeweis zurückbleiben (BGE 120 Ia 35 ff. mit Hinweisen). Der in diesem Zusammenhang regelmässig angerufene Grundsatz "in dubio pro reo" weist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und in Übereinstimmung mit dem Schrifttum zwei Aspekte auf: zum einen bezieht er sich auf die strafprozessuale Beweislast, zum anderen wirkt er sich bei der Feststellung des Sachverhaltes und der Würdigung der Beweise aus (BGE 120 Ia 31 ff., 127 I 38 E. 2a; vgl. Corboz, In dubio pro reo, ZBJV 1993, S. 403 ff. mit weiteren Hinweisen). Als Beweiswürdigungsregel erschöpft sich der Grundsatz im Verbot der willkürlichen Beweiswürdigung (vgl. auch Schultz, ZBJV 1995, S. 852), während er als Beweislastregel besagt, dass es Sache des Staates ist, die Schuld des Angeklagten nachzuweisen.

Eine Durchsicht des Protokolls der polizeilichen Befragung von Tolga Yilmaz vom 13. Januar 1999 ergibt, dass er bei dieser Gelegenheit zwar verschiedene Ausführungen zur Verstrickung des Beschwerdeführers in den Drogenhandel vorbrachte, jedoch keinen Versuch des Beschwerdeführers, ihn zu einem Drogentransport zu veranlassen, erwähnt (BG act. 3/3). In der bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme vom 22. August 1999 schilderte T.Y., wie er einmal, nachdem sie die ganze vergangene Nacht im T Club Karten gespielt hätten, den Beschwerdeführer nach Hause begleitet habe. Dort habe der Beschwerdeführer ihm einen Koffer mit Drogen gezeigt. Der Beschwerdeführer habe ihm gesagt, wenn er Geld verdienen wolle, könne er ihm dabei helfen. Der Beschwerdeführer habe T.Y. vorgeschlagen, mit ihm in die Türkei zu gehen und dort Waren zu holen. Aus diesem Grund habe der Beschwerdeführer ihm ein griechisches Visum besorgt, damit er über andere Länder hätte reisen können (BG act. 3/10 S. 3). Den Zeitpunkt,

als T.Y. die Drogen beim Beschwerdeführer zu Hause gesehen habe, umschrieb dieser wie folgt: „Ich weiss nicht mehr genau. Das letzte Mal, als ich zur Polizei ging. Das war kurz nachdem Z. [der Beschwerdeführer] mit den Drogen aus der Türkei zurückgekehrt war. Ich war hier und hatte mit der Polizei eine Einvernahme...“ (S. 2 Mitte). Die in den Akten liegende polizeiliche Befragung datiert vom 13. Januar 1999 (BG act. 3/3). In der genannten bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme vom 22. August 1999 erwähnte T.Y. nicht, dass ein Gespräch zwischen ihm und dem Beschwerdeführer im Restaurant „Ka“ stattgefunden habe, anlässlich dessen der Beschwerdeführer versucht habe, ihn zu einem Drogentransport anzustiften. Ebenso wenig erwähnte er dies in der polizeilichen Einvernahme vom 13. Januar 1999 (BG act. 3/3). In der zweiten bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme, an welcher auch der Beschwerdeführer teilnahm, erklärte T.Y., der Beschwerdeführer habe ihm ungefähr einen Monat bevor der Beschwerdeführer und T.Y. in die Türkei gereist seien, „in der Ka“ bzw. im Restaurant „Ka“ gesagt, er solle ihm eine Tasche mit Heroin aus der Türkei bringen; dies würden 5 Kilogramm sein und ihm würden für diesen Dienst Fr. 3'000.— pro Kilogramm bezahlt (BG act. 3/13 S. 3 f.). Auf Fragen des Bezirksanwalts, ob T.Y. einmal beim Beschwerdeführer zu Hause gewesen sei, verweigerte dieser die Antwort (S. 2 oben und 4 oben).

Das Obergericht versucht in der gerügten Erwägung (Urteil S. 12), die verschiedenen Aussagen von T.Y. miteinander in Einklang zu bringen. Es hält unter anderem fest, die Aussage von T.Y. in der ersten bezirksanwaltschaftlichen Einvernahme sei mithin nicht zwingend dahingehend zu deuten, dass sämtliche geschilderten Vorgänge zeitgleich mit dem Zeigen des Drogenkoffers am selben Ort (d.h. der Wohnung des Beschwerdeführers) erfolgt seien. Weiter sei es möglich, dass nach einer anfänglichen Grundsatzübereinkunft in der Wohnung des Beschwerdeführers die Details des Auftrages später im Restaurant „Ka“ vereinbart worden seien und T.Y. diese beiden Schritte in seinen rund ein Jahr nach den inkriminierten Ereignissen erfolgten Befragungen nicht mehr genau zu trennen vermocht habe.

Es ist selbstverständlich denkbar, dass eine Anstiftung zu einer Straftat in zwei Schritten erfolgt bzw. versucht wird. Doch erklärte T.Y. weder in der Einvernahme vom 22. August 1999, es sei nach dem grundsätzlichen Vorschlag, einen Drogentransport durchzuführen, zu einer Detailbesprechung im Restaurant „Ka“ gekommen, noch erklärte er in der Konfrontationseinvernahme vom 19. Oktober 1999, dem Vorschlag des Beschwerdeführers im Restaurant „Ka“, T.Y. solle eine Tasche mit 5 Kilogramm Heroin in die Schweiz bringen, sei eine in der Wohnung des Beschwerdeführers erfolgte Grundsatzübereinkunft vorangegangen. T.Y. erwähnt weder in der einen noch in der anderen Einvernahme, dass die versuchte Anwerbung für den Drogentransport in zwei Schritten erfolgt sei. Somit ergeben sich aus seinen Aussagen auch keine Anhaltspunkte für die Vermutung des Obergerichts, dass T.Y. allenfalls die Ereignisse infolge Zeitverlaufs nicht mehr habe auseinander halten können. Die Vermutung des Obergerichts, der Versuch der Anstiftung zum Drogentransport sei im konkreten Fall in zwei Schritten erfolgt, findet somit keine Stütze in den Aussagen von T.Y.. Der Bezirksanwalt fragte T.Y. in der Einvernahme vom 19. Oktober 1999 zweimal, ob er schon einmal beim Beschwerdeführer zu Hause gewesen sei. Damit versuchte er offensichtlich an die Schilderungen von T.Y. vom 22. August 1999 anzuknüpfen. Doch verweigerte dieser am 19. Oktober 1999 hierzu die Aussage, was er als Auskunftsperson ohne Angabe von Gründen tun durfte (§ 149a StPO). Damit bleibt es beim tatsächlichen oder scheinbaren Widerspruch zwischen den beiden Aussagen von T.Y. mit Bezug auf den Ort des eingeklagten Anstiftungsversuchs. Diese Unklarheit, wie sich das Obergericht auf Seite 12 des angefochtenen Urteils ausdrückt, lässt sich auch nicht durch spekulative Vermutungen, wie es gewesen sein könnte, auflösen. Das vom Obergericht als möglich erachtete Vorgehen des Beschwerdeführers in zwei Schritten wird denn auch in der Anklageschrift nicht vorgetragen (BG act. 10 S. 2), worauf der Beschwerdeführer sinngemäss und zu Recht hinweist, indem er festhält, andere Vorgänge als der angebliche Versuch einer Anstiftung im Herbst 1998 im Restaurant „Ka“ stünden weder in der Anklage noch würden sie dem Beschwerdeführer konkret vorgeworfen (Beschwerdeschrift S. 9 Ziff. 12).

Die gerügte Erwägung ist somit nicht nachvollziehbar und nicht geeignet, Zweifel an der Richtigkeit der den Beschwerdeführer belastenden Aussagen von T.Y. und

an der Anklagedarstellung zu überwinden. Dies führt infolge Verletzung einer wesentlichen Prozessform zum Nachteil des Beschwerdeführers (§ 430 Abs. 1 Ziff. 4 StPO) zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde.

4. a) Der Beschwerdeführer rügt, der offensichtlichste Widerspruch von T.Y., der einmal gesagt habe, der Beschwerdeführer habe selber Drogen importiert, und ein anderes Mal behauptet habe, der Beschwerdeführer lasse Drogen stets nur durch Dritte einführen, sei entgegen dem angefochtenen Urteil nicht bloss nebensächlich und vernachlässigbar. Dieser Widerspruch sei nur der offenkundigste, neben andern Ungereimtheiten und Unglaubwürdigkeiten wie zum Beispiel der Tatsache, dass T.Y. die Wohnung des Beschwerdeführers konkret nicht habe beschreiben können, oder dem Umstand, dass T.Y. in der Gegenüberstellung mit dem Beschwerdeführer (BG act. 3/13) an sich gar nicht aussagen, sondern vom Recht der Aussageverweigerung habe Gebrauch machen wollen, so dass er ebenfalls in der Konfrontationseinvernahme vielsagend erklärt habe: „Sie müssen nicht fragen, ich sage nichts über die Schweiz.“ und „Darüber möchte ich nicht sprechen.“ (auf die Frage, ob er auch hier in der Schweiz Drogen beim Beschwerdeführer gesehen habe). Eine überzeugende glaubwürdige Auskunftsperson mit reinem Gewissen sage so nicht aus (Beschwerdeschrift S. 9 f., Ziff. 13).

Ein anderer eklatanter Widerspruch fände sich in den Aussagen von T.Y., der Beschwerdeführer sei schuld an der Verhaftung von E.A., deswegen hasse er den Beschwerdeführer, E.A. habe für den Beschwerdeführer einen Transport gemacht (BG act. 3/3 S. 2). Dass T.Y. offen zugegeben habe, er hasse den Beschwerdeführer, mache seine Aussagen als Belastungsperson zum vornherein fragwürdig und unbrauchbar. Das Motiv für die falsche Belastung des Beschwerdeführers durch T.Y. sei offensichtlich. Daran vermöge nichts zu ändern, dass das angefochtene Urteil auch in diesem Punkt an den klaren Tatsachen herumdeutle. Zudem habe T.Y. beim Bezirksanwalt das pure Gegenteil von dem erzählt, was er bei der Polizei mit Bezug darauf, wer für wen und in welchem Auftrag angeblich einen Drogentransport ausgeführt habe, ausgesagt habe: Auf die Frage des Bezirksanwalts, ob der Transport, als E.A. erwischt worden sei, im Auftrag des Beschwerdeführers erfolgt sei, habe T.Y. geantwortet: „Nein, diese Ware gehört

Oeczan.“ (BG act. 3/10 S. 5 unten). Widersprüchlicher könnten die Aussagen von T.Y. bei der Polizei und beim Bezirksanwalt auch in dieser Hinsicht nicht sein (Beschwerdeschrift S. 10 Ziff. 14).

Umgekehrt, so der Beschwerdeführer weiter, berücksichtige das angefochtene Urteil die entlastenden Aussagen und Angaben, die von Mitbeteiligten zu Gunsten des Beschwerdeführers gemacht und auch protokolliert worden seien, nicht: E.A. habe in BG act. 3/14 S. 3, 4, 6 und 7 ausgesagt, der Beschwerdeführer habe nicht mehrmals Drogen in die Schweiz eingeführt, er habe keine Anweisungen gegeben, er habe nichts von Drogengeschäften gewusst. E.A. habe in BG act. 3/11 ausgesagt, der Beschwerdeführer sei nicht dabei gewesen. Sinan Türkmen habe sich in BG act. 3/12 S. 5 oben nicht mehr daran erinnert, vom Beschwerdeführer angefragt worden zu sein. Die Stellungnahme der Verteidigung vom 8. Juni 2004 hierzu sei vom Obergericht im angefochtenen Urteil übergangen worden, es habe sich damit nicht auseinandergesetzt. Dies komme rechtsmissbräuchlicher Handhabung des richterlichen Ermessens gleich (Beschwerdeschrift S. 11 Ziff. 15).

b) Das Obergericht hält fest, das Kassationsgericht habe zu den Aussagen von T.Y. festgehalten, dass sie insbesondere hinsichtlich der Frage, ob der Beschwerdeführer teilweise auch persönlich Drogen in die Schweiz transportiert habe oder diese stets nur über Dritte ins Land einführen lassen habe, widersprüchlich seien. Dieser Aspekt, so das Obergericht, habe für die Würdigung der Aussagen von T.Y. jedoch insofern keine zentrale Bedeutung, als er nur einen Nebepunkt betreffe, welcher in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Vorliegen des zu erstellenden Sachverhalts stehe. Im übrigen sei auch darauf hinzuweisen, dass die in diesem Punkt unterschiedlichen Aussagen von T.Y. erklärbar seien, so dass daraus keine generelle Unglaubwürdigkeit seiner Person abgeleitet werden könne. Das Obergericht geht in der Folge auf die diesbezüglichen Aussagen von T.Y. ein und zeigt auf, weshalb es diese als miteinander vereinbar erachtet (Urteil S. 13 f. Erw. II.6.4). Der Beschwerdeführer macht nicht geltend und weist nicht nach, dass die entsprechenden Erwägungen des Obergerichts willkürlich sein sollen. Er rügt zwar, der Widerspruch von T.Y., der einmal gesagt habe, der Beschwerdeführer habe selber Drogen importiert, und ein anderes Mal be-

hauptet habe, der Beschwerdeführer lasse Drogen stets nur durch Dritte einführen, sei entgegen dem angefochtenen Urteil nicht bloss nebensächlich und vernachlässigbar. Jedoch begründet er nicht, weshalb die Feststellung des Obergerichts, dieser Aspekt habe für die Würdigung der Aussagen von T.Y. keine zentrale Bedeutung, betreffe nur einen Nebenpunkt, welcher in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem eingeklagten Sachverhalt stehe, fehlerhaft und mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet sein soll. Er macht auch nicht geltend, das Obergericht habe in diesem Zusammenhang die dem Rückweisungsentscheid des Kassationsgerichts zugrunde liegende Rechtsauffassung entgegen § 104a GVG missachtet.

Das Obergericht verweist auf Seite 9 f. des angefochtenen Urteils (Erw. II/5.1) auf seine Erwägungen im Entscheid vom 4. April 2002 zur „Rachetheorie“ der Verteidigung und begründet erneut, weshalb aus der Aussage von T.Y., er hasse den Beschwerdeführer, weil dieser für die Inhaftierung von E.A. verantwortlich sei, nicht auf eine falsche Belastung des Beschwerdeführers zu schliessen sei. Auf Seite 14 g. (Erw. II/6.5) begründet das Obergericht weiter, weshalb es in der Tatsache, dass T.Y. einmal davon spreche, der Beschwerdeführer trage als damaliger Auftraggeber die Schuld für die Verhaftung von E.A., und ein anderes Mal erwähne, die von diesem seinerzeit transportierten Drogen hätten einem gewissen Oezcan gehört, keinen elementaren Widerspruch sieht. Der Beschwerdeführer setzt sich auch mit diesen Erwägungen nicht auseinander und zeigt nicht auf, weshalb sie an einem Nichtigkeitsgrund leiden sollen.

Das Obergericht hält unter Bezugnahme von OG act. 71 S. 3, d.h. die Stellungnahme des Verteidigers vom 8. Juni 2004, fest, wenn sich der Verteidiger zur Entlastung des Beschwerdeführers auf die Aussagen der verhafteten Drogenkuriere Ersoy und E.A. berufe, könne daraus nichts zugunsten des Beschwerdeführers abgeleitet werden, und begründet dies kurz (Urteil S. 17 oben Erw. II/7 letzter Absatz). Die Rüge, das Obergericht habe die Stellungnahme der Verteidigung übergangen und sich mit dieser nicht auseinandergesetzt, ist also offensichtlich unbegründet. Dass die betreffende Erwägung des Obergerichts mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet sei, weist der Beschwerdeführer nicht nach.

Somit zeigt der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang auch keine rechtsmissbräuchliche Handhabung richterlichen Ermessens auf.

5. Unter den Ziffer 16 - 18 seiner Beschwerdeschrift (S. 11 – 13) bringt der Beschwerdeführer allgemeine Kritik am angefochtenen Urteil vor. Er hält dafür, bei objektiver Betrachtung müsse der neutrale Beobachter zum Schluss gelangen, dass zum Anklagevorwurf erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel zurückbleiben, dass konkrete Angaben über die Umstände des angeblichen Versuchs einer Anstiftung im Herbst 1998 im Restaurant „Ka“ fehlten und die Belastungsaussage von T.Y. beliebig, stereotyp und ohne Überzeugungskraft sei. Nicht der Beschwerdeführer müsse seine Unschuld beweisen und sogar nicht einmal eine Belastung gegen sich selber sei ihm zuzumuten. Dies verkenne das Obergericht mit dem Hinweis auf die vorgängig ergangenen Urteile (Urteil S. 16 Ziff. 4).

Das Obergericht setzt sich in Erwägung II/7 (Urteil S. 16 f.) mit den Aussagen des Beschwerdeführers auseinander. Es leitet diese Erwägung mit der Feststellung ein, das Bezirksgericht und das Obergericht hätten sich mit der Glaubhaftigkeit der Aussagen des Beschwerdeführers und seinen Bestreitungen im erstinstanzlichen Urteil respektive im aufgehobenen obergerichtlichen Urteil ausführlich auseinandergesetzt. Die entsprechenden Erwägungen seien nach wie vor zutreffend, weshalb zur Vermeidung von Wiederholungen in teilweise sinngemässer Anwendung von § 161 GVG darauf verwiesen werden könne. Der Beschwerdeführer begründet nicht, inwiefern aus der Verweisung auf Erwägungen in früher in der gleichen Sache ergangenen Urteilen zu schliessen sei, das Obergericht verlange vom Beschwerdeführer, dass er seine Unschuld beweise oder sich selbst belaste.

Im Übrigen enthalten die genannten Ziffer 16 – 18 der Beschwerdeschrift keine konkrete Auseinandersetzung mit Erwägungen des angefochtenen Entscheids.

6. Der Beschwerdeführer bringt vor, zwar sei in ZR 100 [2001] Nr. 43 unter Hinweis auf BGE 114 Ia 58, 116 Ia 28 entschieden worden, dass im Fall einer Aufhebung eines unterinstanzlichen Urteils durch die Rechtsmittelinstanz und Rückweisung der Sache zur anschliessenden Neuurteilung der Richter im neuen unter-

instanzlichen Verfahren wegen seiner früheren Mitwirkung nicht grundsätzlich als befangen zu gelten habe. Indessen werde diese Kombination bei Schmid (Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, S. 45 f, RZ 136) nur als „nicht per se ausschliessende Vorbefassung“ betrachtet. Formaljuristisch sei die Gerichtszusammensetzung des angefochtenen Urteils wahrscheinlich mit dem Buchstaben des Gesetzes vereinbar. Aber nachdem sowohl die vorsitzende Oberrichterin als auch der Referent in allen drei Malen, da der Beschwerdeführer vom Obergericht beurteilt worden sei, sich mit ihm befasst hätten, sei es naheliegend, dass die Gerichtsmehrheit in ihren Entscheidungen und vor allem im angefochtenen Urteil nicht frei gewesen seien. Aus der Sicht des Obergerichts habe es erneut zu einem Schuldpunkt kommen müssen. Das Gegenteil hätte bedeutet, dass das Gericht gegen sich selbst hätte urteilen müssen. In diesem Sinn sei eine Vorbefassung des Gerichts als ungehörige Besetzung im Sinne von § 430 Abs. 1 Ziff. 2 StPO zu rügen (Beschwerdeschrift S. 13 Ziff. 19).

Zunächst ist festzuhalten, dass gemäss Vermerk auf dem Aktenverzeichnis des dritten Berufungsverfahrens (SB040286) Ersatzoberrichter Stefan Volken Referent in diesem war. Dieser wirkte an den beiden vorangegangenen Urteilen des Obergerichts nicht mit. Am 25. Juni 2004 erklärte sich der Verteidiger des Beschwerdeführers telefonisch mit der Änderung der Richterbesetzung einverstanden (OG act. 77 = Prot. S. 4). Bereits zuvor, am 1. Juni 2004, erklärte er sich mit der Mitwirkung eines andern juristischen Sekretärs einverstanden (S. 2). Der Verteidiger wurde offensichtlich vorgängig über Änderungen in der Zusammensetzung des Gerichts bei der Mitwirkung am heute angefochtenen Urteil orientiert und musste somit davon ausgehen, dass wiederum Oberrichterin S als Vorsitzende und Oberrichter B. als Coreferent mitwirken werden. Soweit ersichtlich, haben der Beschwerdeführer und sein Verteidiger dagegen keine Einwände erhoben.

Oberrichterin S und Oberrichter B. wirkten zwar vor dem heute angefochtenen Urteil bereits an zwei Urteilen in der gleichen Sache gegen denselben Angeklagten mit, doch immer in der gleichen Funktion, als Richterin bzw. Richter der Berufungsinstanz. Bei Gutheissung einer Nichtigkeitsbeschwerde erfolgt die Rückweisung an denjenigen Spruchkörper (Gericht, Kammer), welcher das aufgeho-

bene Urteil fällte, und nicht im Sinne einer Weiterverweisung an einen mit der Sache bislang nicht befassten Spruchkörper. In diesem Sinne ist systembedingt gegeben, dass in der Regel dieselben Richter wiederum – in Beachtung der Gründe, welche zur Rückweisung führten – über die Sache befinden. Ebenfalls systembedingt ist, dass der neue Entscheid allenfalls gegenteilig zum früheren, von der Rechtsmittelinstanz aufgehobenen Entscheid ausfallen kann. Auch wenn zwei Richter bereits an den beiden vorangegangenen Urteilen mitgewirkt hatten, ergab sich kein Zwang, im dritten Urteil wiederum zum gleichen Ergebnis zu gelangen. Ohne konkrete gegenteilige Anhaltspunkte – und solche nennt der Beschwerdeführer nicht – darf Richtern zugestanden werden, in der Lage zu sein, den Entscheid einer Oberinstanz zu akzeptieren und nicht als persönliche Niederlage zu empfinden, und allenfalls gegen die ursprüngliche Überzeugung, welche sich im Übrigen im Laufe einer erneuten Befassung mit der Sache wandeln kann, einen neuen Entscheid treffen zu müssen. Daran ändert sich nichts, wenn wie hier ausnahmsweise in einer Sache mehrere Rückweisungen erfolgen.

Die Rüge der ungehörigen Besetzung des Gerichts ist somit unbegründet.

7. Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, die Aussage von T.Y., welche dieser am 19. Oktober 1999 als Auskunftsperson gemacht habe und welche zum Anklagesachverhalt erhoben worden sei, sei das einzige Beweismittel. Bei der Bewertung dieser Aussage ver falle das Obergericht in Willkür. Ohne konkret sichtbaren Anhaltspunkt oder Hinweis werde diese einzige Angabe betreffend einen angeblichen Versuch einer Anstiftung zum Drogentransport im Herbst 1998 im Restaurant „Ka“ trotz bloss einmaliger Aussage als einziges Beweismittel für den Schuldpunkt gegen den Beschwerdeführer verwendet. Genauso willkürlich wäre es gewesen, Geschichten von T.Y. in andern Einvernahmen zum Urteil gegen den Beschwerdeführer zu erheben (Beschwerdeschrift S. 13 f. zweite Ziffer 18; Ziffer 19 der Beschwerdeschrift folgt anstelle einer Ziffer 20 nochmals eine Ziffer 18).

Die Aussagen von T.Y. anlässlich der Einvernahme vom 19. Oktober 1999 (BG act. 3/13) sind verwertbar, da der Beschwerdeführer an dieser Einvernahme anwesend war und seine Verteidigungsrechte (Ergänzungsfragen, Stellungnahme)

ausüben konnte. Eine Beweiswürdigungsregel, wonach nur Aussagen von Zeugen oder Auskunftspersonen einem Urteil zugrunde gelegt werden dürfen, wenn sie im Laufe des Verfahrens wiederholt werden, besteht nicht. Die mit einer Aussage verbundenen Umstände sind bei deren Würdigung zu berücksichtigen; falls der Beschwerdeführer erneut willkürliche Beweiswürdigung rügen will, kann auf das vorn unter Erw. II.3 Gesagte verwiesen werden. Das Abstellen auf eine einmalige Aussage, selbst wenn sie das einzige Beweismittel darstellen würde, ist jedoch nicht zum vornherein willkürlich. Die Rüge ist unbegründet.

8. Zusammenfassend erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde in einem Punkt als begründet, was zu deren Gutheissung und erneuten Rückweisung der Sache zu neuem Entscheid an das Obergericht führt.

III.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung, auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 396a StPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2004 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz; die Kosten des Kassationsverfahrens, inklusive diejenigen der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich, das Bezirksgericht Zürich (8. Abteilung) und die Bundesanwaltschaft, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: