

BGer 6B 743/2009 vom 8. März 2010

Bundesgericht, 2010-03-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_743_2009

FR: TF 6B 743/2009 du 8 mars 2010

IT: TF 6B 743/2009 del 8 marzo 2010

Regeste

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz; verdeckte Ermittlung, Scheinkauf | Straftaten

Erwägungen

E. 1.1

Der Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG, begangen durch Vermittlung von Marihuana, stützt sich auf folgenden Sachverhalt. Am 27. Februar 2007 erschien ein Kunde im Musikladen, in dem der Beschwerdeführer anwesend war. Der Kunde erklärte diesem, er wolle etwas zum Rauchen kaufen. Der Beschwerdeführer verwies den Kunden an den Geschäftsführer, der sich ebenfalls im Laden befand. Der Geschäftsführer verkaufte dem Kunden wunschgemäss Marihuana zum Preis von 100 Franken. Beim Kunden handelte es sich, was der Beschwerdeführer nicht wusste, um den Fahnder "SK 168" der Betäubungsmittel-Gruppe der Stadtpolizei Zürich, der zu Ermittlungszwecken den Scheinkauf tätigte, da der Verdacht bestand, dass im betreffenden Musikladen ein Betäubungsmittelhandel betrieben wurde. Der Beschwerdeführer gab anlässlich seiner Hafteinvernahme vom 28. Februar 2008 nach Konfrontation mit den Wahrnehmungen des polizeilichen Ermittlers zu, den Kunden an den Geschäftsführer verwiesen zu haben im Wissen darum, dass der Kunde Marihuana kaufen wollte. Er bestätigte dieses Geständnis in seiner Einvernahme vom 5. August 2008.

E. 1.2

Der Beschwerdeführer macht wie im kantonalen Verfahren geltend, der Einsatz des polizeilichen Scheinkäufers sei in einer Konstellation der hier vorliegenden Art als verdeckte Ermittlung im Sinne des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung zu qualifizieren. Da die hierfür erforderliche richterliche Genehmigung gefehlt habe, sei der Einsatz unzulässig und seien die dadurch gewonnenen Erkenntnisse nicht verwertbar. Die Vorinstanz vertritt demgegenüber wie die erste Instanz die Auffassung, dass der vorliegende Betäubungsmittelscheinkauf nicht als verdeckte Ermittlung im Sinne des Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung zu qualifizieren und daher formlos zulässig ist, weshalb die dadurch gewonnenen Erkenntnisse verwertet werden dürfen. Die Beschwerdegegnerin teilt diese Auffassung.

E. 2.1

Das Bundesgericht hat sich in BGE 134 IV 266 mit dem Anwendungsbereich des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über die verdeckte Ermittlung (BVE; SR 312.8), in Kraft seit 1. Januar 2005, befasst. Es hat sich mit den Kriterien auseinandergesetzt, die in der Lehre vorgeschlagen werden, um die verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE von anderen, nicht unter dieses Gesetz fallenden verdeckten Ermittlungstätigkeiten

abzugrenzen. Es hat die vorgeschlagenen Kriterien aus diesen und jenen Gründen verworfen (zitiertes Urteil E. 3.5 und 3.6) und erkannt, mangels einer klaren, abweichenden Regelung im BVE sei im Zweifelsfall davon auszugehen, dass jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen ungeachtet des Täuschungsaufwandes und der Eingriffsintensität als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren ist und unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fällt. Das Kriterium des "Anknüpfens von Kontakten" nimmt Bezug auf die Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft (BBl 1998 4241 ff., 4283), wonach verdeckte Ermittlung das Anknüpfen von Kontakten zu verdächtigen Personen ist, die darauf abzielen, die Begehung von strafbaren Handlungen festzustellen und zu beweisen (zitiertes Urteil E. 3.1.1). Das Kriterium des "nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen" entspricht der Formulierung in Art. 1 BVE. Diese weite Auslegung des Begriffs der verdeckten Ermittlung im Sinne des BVE durch das Bundesgericht ist in der Lehre auf Kritik gestossen (siehe THOMAS HANSJAKOB, Verdeckte Ermittlung - Gesetz und Rechtsprechung, *forum* 2008, S. 361 ff.; NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2009, N 1183; derselbe, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2009, N 3 f. vor Art. 286-298; BEAT RHYNER/DIETER STÜSSI, in: Polizeiliche Ermittlung, Ein Handbuch der Vereinigung der Schweizerischen Kriminalpolizeichefs zum polizeilichen Ermittlungsverfahren gemäss der Schweizerischen Strafprozessordnung, 2008, S. 498 ff.). Sie hat aber auch Zustimmung gefunden (siehe MARK PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2009, S. 134; LUZIA VETTERLI, Verdeckte Ermittlung und Grundrechtsschutz, *forum* 2008, S. 367 ff.). Die Kritik an der Rechtsprechung wird unter anderem damit begründet, dass "nach der bisher vorherrschenden Auffassung eher ein qualifiziert täuschendes Verhalten (Verwenden einer Legende, eigentliches Einschleichen in ein deliktisches Umfeld und eine länger dauernde Aktivität) verlangt wird" (NIKLAUS SCHMID, Praxiskommentar, N 3 vor Art. 286-298). Erforderlich sei ein Mindestmass an aktiver Täuschung, im Regelfall der Aufbau eines gewissen Vertrauensverhältnisses zur Zielperson (NIKLAUS SCHMID, Handbuch, N 1182 f.).

E. 2.2.1

Nach der Auffassung der ersten Instanz regelt das BVE ausschliesslich die verdeckte Ermittlung zur Verfolgung der in Art. 4 aufgelisteten Taten, mithin unter anderem von schweren Fällen von Betäubungsmittelhandel (Art. 4 Abs. 2 lit. e BVE). Es sei indessen, wie sich aus der Botschaft des Bundesrates ergebe, keineswegs der Wille des Gesetzgebers gewesen, die verdeckte Ermittlung zur Verfolgung von nicht schweren Fällen von Betäubungsmittelhandel auszuschliessen. Der Gesetzgeber habe darauf verzichtet, im BVE zu regeln, unter welchen (formellen) Voraussetzungen verdeckte Ermittlung zur Verfolgung von nicht schweren Fällen von Betäubungsmittelhandel stattfinden dürfe. Unter diesen Umständen sei davon auszugehen, dass die verdeckte Ermittlung zur Verfolgung von nicht schweren Fällen von Betäubungsmittelhandel weiterhin formlos möglich sei, der Einsatz eines bestimmten Polizeiangehörigen als Scheinkäufer mithin nicht der richterlichen Genehmigung bedürfe.

E. 2.2.2

Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz ist auch im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der blosse Scheinkäufer, der einen verdächtigen Laden betritt und der nächstbesten Person erklärt, er wolle etwas zum Rauchen kaufen, kein verdeckter Ermittler

im Sinne des BVE. Der verdeckte Ermittler sei vom blossen Scheinkäufer in der Drogenszene zu unterscheiden, weil das Gegenüber des Scheinkäufers sich weder für den Namen noch für weitere Umstände der Person des Scheinkäufers interessiere, sondern möglichst rasch und anonym ein Geschäft abschliessen wolle. Sobald der Scheinkäufer aber einen falschen Namen, eine nicht identifizierbare Telefonnummer oder eine fiktive Adresse nennen müsse, um das Geschäft später abwickeln zu können, bewege er sich als verdeckter Ermittler. Die Vorinstanz stützt sich zur Begründung dieser Ansicht auf eine Meinungsäusserung in der Lehre (THOMAS HANSJAKOB, Das neue Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung, ZStrR 122/2004 S. 97 ff., 99). Für diese Auffassung spricht gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen auch Art. 1 BVE, wonach die verdeckte Ermittlung nach diesem Gesetz zum Zweck hat, mit Angehörigen der Polizei, die nicht als solche erkennbar sind, in das kriminelle Umfeld einzudringen und damit beizutragen, besonders schwere Straftaten aufzuklären. Bei einem blossen Scheinkäufer, der sich in einen öffentlich zugänglichen Musikladen begeben und kundtue, er wolle "etwas zum Rauchen" kaufen, könne nicht die Rede davon sein, dass er in ein kriminelles Umfeld eindringe. Die Vorinstanz erwägt der Vollständigkeit halber, dass das Verhalten des polizeilichen Scheinkäufers im vorliegenden Fall von Art. 23 Abs. 2 BetmG umfasst werde, wonach der Beamte, der mit der Bekämpfung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs beauftragt ist und zu Ermittlungszwecken selber ein Angebot von Betäubungsmitteln annimmt, straflos bleibt, auch wenn er seine Identität und Funktion nicht bekannt gibt. Die Anwendung dieser Bestimmung setze nicht voraus, dass der Scheinkäufer vollkommen passiv bleibe. Vielmehr sei es ihm erlaubt, gegenüber Personen, gegen welche der begründete Verdacht des Betäubungsmittelhandels bestehe, sein Kaufinteresse darzutun und damit auf die Konkretisierung eines bereits vorhandenen Tatentschlusses hinzuwirken. Art. 23 Abs. 2 BetmG enthalte zwar nicht eine prozessuale Ermächtigung, sondern einen materiell-rechtlichen Rechtfertigungsgrund. Dies ändere aber nichts daran, dass die Handlungsweise des Scheinkäufers im vorliegenden Fall unter der Schwelle einer verdeckten Ermittlung im Sinne des BVE geblieben sei und keiner richterlichen Genehmigung bedürft habe.

E. 2.3

Der Beschwerdeführer macht geltend, der fragliche Scheinkauf sei als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren. Dass der Polizeibeamte keinen falschen Namen etc. genannt habe, sei unerheblich. Ein Musikladen, in dem nach der Verdachtslage mit Betäubungsmitteln gehandelt werde, sei sehr wohl als ein kriminelles Umfeld im Sinne von Art. 1 BVE anzusehen. Art. 23 Abs. 2 BetmG sei vorliegend nicht von Belang, da er lediglich einen materiell-rechtlichen Rechtfertigungsgrund und nicht eine strafprozessuale Ermächtigung enthalte. Im Übrigen bleibe nach dieser Bestimmung nur noch die Annahme eines Angebots von Betäubungsmitteln straflos. Im vorliegenden Fall sei dem Beamten gerade kein Angebot unterbreitet worden, sondern habe der Beamte sich selber aktiv nach Betäubungsmitteln erkundigt.

E. 2.4

Die Beschwerdegegnerin führt aus, nach der Vorstellung des Gesetzgebers, die sich auch aus den Gesetzesmaterialien ergebe, sei der Anwendungsbereich des BVE auf einige wenige, besonders gravierende, sich entsprechend im kriminellen Milieu abspielende Fälle beschränkt, die schwerwiegende Polizeieinsätze erforderten, welche die Persönlichkeitsrechte der Zielpersonen stark tangierten und deshalb strikten formellen

Anforderungen unterlägen. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall offensichtlich nicht erfüllt. Die Verfolgung von minderschweren Delikten, die keine Katalogtaten im Sinne von Art. 4 Abs. 2 BVE seien und für welche daher keine verdeckte Ermittlung angeordnet werden könne, würde verunmöglicht, wenn das Verhalten des Polizeibeamten "SK 168" als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE qualifiziert würde. Der vorliegende Fall eines (realen) Scheinkaufs von Betäubungsmitteln unterscheidet sich von dem in BGE 134 IV 266 beurteilten Sachverhalt betreffend den polizeilichen Einsatz in der virtuellen Welt des Chatroom. Der zitierte Bundesgerichtsentscheid lasse namentlich vor dem Hintergrund des nach wie vor geltenden Art. 23 Abs. 2 BetmG im Bereich von Betäubungsmittelscheinkäufen durchaus Spielraum offen. Der Polizeibeamte "SK 168" habe sich nicht aktiv nach Marihuana erkundigt, sondern lediglich etwas zum Rauchen kaufen wollen. Es sei der Beschwerdeführer gewesen, welcher "SK 168" in der Annahme, dieser wolle Marihuana kaufen, an den Geschäftsführer verwiesen habe. "SK 168" habe somit nicht selber ein Angebot gemacht, sondern lediglich einen Hinweis entgegen genommen. Im zitierten Bundesgerichtsentscheid (E. 3.1) werde denn auch klar zum Ausdruck gebracht, dass polizeiliche Scheinkäufe durch Fahnder in Zivil - und damit durch nicht als solche erkennbare Polizeibeamte - auch ausserhalb einer verdeckten Ermittlung im Sinne des BVE zulässig seien. Massgebendes Kriterium für die Anwendung des BVE sei nicht die Nichterkennbarkeit als Polizeiangehöriger, sondern vielmehr die Intensität der Einwirkung auf die Willensbildung der Zielperson. Der Polizeibeamte dürfe gemäss den Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft nicht durch eigene Einflussnahme die Tatbereitschaft wecken oder die Zielperson zu strafbarem Verhalten verleiten, sondern lediglich vorwiegend passiv die deliktische Tätigkeit untersuchen. In diesem Rahmen dürfe er sich aber rollenadäquat verhalten. Der Polizeibeamte "SK 168" habe, ohne eine falsche Identität vorzuspielen, durch einen kurzen Kontakt mit der Zielperson einen isolierten Scheinkauf getätigt. Der Beschwerdeführer habe das Anliegen von "SK 168", er wolle etwas zum Rauchen kaufen, sogleich verstanden. Der Wille zur Vermittlung von Betäubungsmitteln (Marihuana) habe demnach beim Beschwerdeführer bereits vorgelegen. Der Polizeibeamte habe weder ein Vertrauensverhältnis zur Zielperson geschaffen noch ein solches ausgenützt. Der Beschwerdeführer wäre mit jeder beliebigen anderen Person gleich verfahren. "SK 168" habe mit seinem Vorgehen nur in sehr geringem Umfang in die Sphäre des Beschwerdeführers eingegriffen. Aus allen diesen Gründen fehle es vorliegend an der für die Anwendung des BVE erforderlichen Täuschungs-, Handlungs- und Eingriffsintensität. Es liege ein klassischer Scheinkauf vor, der nicht als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren sei.

E. 3.1

Das Bundesgericht hält an der in BGE 134 IV 266 begründeten Rechtsprechung fest. Mangels einer klaren, abweichenden Regelung im BVE ist jedes Anknüpfen von Kontakten mit einer verdächtigen Person zu Ermittlungszwecken durch einen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen ungeachtet des Täuschungsaufwandes und der Eingriffsintensität als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren. Die in der Lehre geäusserte Kritik und die Einwände der Beschwerdegegnerin geben keinen Anlass zur Änderung der Rechtsprechung. Dem BVE lässt sich keine hinreichend klare Grundlage für die Auffassung entnehmen, dass eine verdeckte Ermittlung im Sinne dieses Gesetzes nur bei einer (wie auch immer zu definierenden) gewissen Täuschungs- und/oder Eingriffsintensität beziehungsweise Dauer des Einsatzes angenommen werden kann. Diese Kriterien sind im Übrigen zu vage und daher für die Bestimmung des Anwendungsbereichs

des Gesetzes ungeeignet. Das BVE enthält - wie übrigens die künftige schweizerische Strafprozessordnung - keine hinreichend klare Grundlage für die Auffassung, dass nur eine "qualifizierte" verdeckte Ermittlung unter den Anwendungsbereich des Gesetzes falle und eine "einfache" verdeckte Ermittlungstätigkeit vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen sei (ebenso MARK PIETH, a.a.O., S. 134). Das Bundesgericht hat in BGE 134 IV 266 E. 3.1.1 entgegen einer Bemerkung der Beschwerdegegnerin nicht erwogen, dass polizeiliche Betäubungsmittelscheinkäufe durch sog. Fahnder in Zivil - und damit durch nicht als solche erkennbare Polizeibeamte - auch ausserhalb einer verdeckten Ermittlung im Sinne des BVE zulässig seien. Das Bundesgericht hat an der zitierten Stelle lediglich diesbezügliche Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft wiedergegeben und im Anschluss daran festgehalten, daraus gehe allerdings nicht hervor, nach welchen Kriterien sich die verdeckten Ermittler von den Fahndern in Zivil unterscheiden.

E. 3.2

Im Lichte der Rechtsprechung können auch einfache, isolierte Scheingeschäfte zwischen nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen und Zielpersonen im Allgemeinen und sog. Betäubungsmittelscheinkäufe im Besonderen verdeckte Ermittlungen im Sinne des BVE sein.

E. 3.3

Aus BGE 134 IV 266 lässt sich allerdings nicht ableiten, dass jedes kurze Gespräch eines nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen mit einem Verdächtigen oder mit einer zum Umfeld des Verdächtigen gehörenden Person zu Ermittlungszwecken eo ipso und ungeachtet der konkreten Umstände als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren ist. Das Bundesgericht erachtet - mit der bundesrätlichen Botschaft - das "Anknüpfen von Kontakten" als wesentlich. Dieses Kriterium enthält das Element eines aktiven, zielgerichteten Verhaltens. Es ist nicht ohne weiteres gegeben, wenn ein nicht als solcher erkennbarer Polizeianghöriger beispielsweise im Rahmen einer Observation von der Zielperson angesprochen wird, sich auf ein kurzes Gespräch einlässt und dabei zu erkennen gibt, dass er an der gesprächsweise angebotenen Leistung nicht interessiert ist. Darauf wies das Bundesgericht im Urteil 6B_568/2009 vom 8. Oktober 2009 hin, worin allerdings zufolge Nichtanwendbarkeit des BVE aus anderen Gründen offengelassen werden konnte, ob das Verhalten des Polizeiangehörigen, der in einer Bar als scheinbarer Kunde ermitteln sollte, ob darin ausländische Frauen der Prostitution nachgingen, als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren wäre. Im Urteil 6B_272/2009 vom 22. Juni 2009 konnte das Bundesgericht aus prozessualen Gründen offenlassen, ob der Testkauf von alkoholischen Getränken durch Jugendliche eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE sei.

E. 3.4

Der Polizeibeamte "SK 168" betrat den Musikladen, in welchem nach der Verdachtslage mit Betäubungsmitteln gehandelt wurde, und er erklärte dem anwesenden Beschwerdeführer, dass er etwas zum Rauchen kaufen wolle, worauf der Beschwerdeführer, der verstand, dass es um Betäubungsmittel ging, den nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen an den Geschäftsführer verwies. Dieses Vorgehen des Polizeibeamten ist ein Anknüpfen von Kontakten im Sinne eines aktiven, zielgerichteten Verhaltens, dessen Zweck darin bestand, eine konkrete Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, welche die Zielperson, veranlasst durch das Verhalten von "SK

168", erst noch begehen sollte, festzustellen und zu beweisen. Das ist eine verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE. Unerheblich ist insoweit, dass einerseits der Polizeibeamte nicht einen (falschen) Namen etc. nennen musste und dass andererseits die Zielperson das Geschäft möglichst rasch und anonym abwickeln wollte. Ohne Belang ist auch, ob der Polizeiangehörige durch sein Vorgehen im Sinne von Art. 1 BVE in ein kriminelles Umfeld eindrang. Dies ist kein Definitionsmerkmal der verdeckten Ermittlung im Sinne des BVE. Im Übrigen enthält die von den eidgenössischen Räten am 5. Oktober 2007 verabschiedete künftige schweizerische Strafprozessordnung, welche unter dem 8. Kapitel ("Geheime Überwachungsmaßnahmen") die "verdeckte Ermittlung" in Art. 286 bis 298 regelt, keine dem Art. 1 BVE entsprechende Bestimmung betreffend Eindringen in ein kriminelles Umfeld. Der Einsatz des Polizeiangehörigen im vorliegenden Fall ist somit als verdeckte Ermittlung im Sinne des BVE zu qualifizieren und fällt demnach unter den Anwendungsbereich dieses Gesetzes.

E. 3.5

Nach der künftigen schweizerischen Strafprozessordnung kann eine verdeckte Ermittlung nur noch angeordnet werden, wenn der Verdacht besteht, dass eine Katalogtat begangen worden ist (Art. 286 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 StPO). Es ist fraglich, ob ein Betäubungsmittelscheinkauf der vorliegenden Art überhaupt bestimmt und geeignet ist, zur Aufklärung einer bereits begangenen Straftat beizutragen. Vielmehr scheint es in erster Linie darum zu gehen, die Zielperson eines konkreten Delikts zu überführen, welches die Zielperson noch gar nicht verübt hat, sondern, veranlasst durch das Verhalten des nicht als solchen erkennbaren Polizeiangehörigen, erst noch begehen wird (siehe dazu auch MARK PIETH, a.a.O., S. 133). Wie ein solches Verhalten nach dem Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung zu beurteilen sein wird, ist hier nicht zu prüfen.

E. 4.1

Die nach Art. 7 f. BVE erforderliche richterliche Genehmigung liegt unstreitig nicht vor. Daher sind die durch den Einsatz des Polizeibeamten "SK 168" gewonnenen Erkenntnisse gemäss Art. 18 Abs. 5 BVE nicht verwertbar (siehe dazu BGE 134 IV 266 E. 5.2). Entsprechend ist gemäss der genannten Bestimmung auch das Geständnis nicht verwertbar, welches der Beschwerdeführer nach Konfrontation mit den Wahrnehmungen des verdeckten Ermittlers ablegte. Somit ist der dem Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zugrunde liegende Sachverhalt nicht bewiesen. Der Schuldspruch ist deshalb in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben.

E. 4.2

Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, ob das inkriminierte Verhalten des Beschwerdeführers überhaupt als "Vermittlung" von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG qualifiziert werden könnte.

E. 5.1

Die Vorinstanz sprach den Beschwerdeführer in Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils der Gewalt und Drohung gegen Beamte (Art. 285 Ziff. 1 StGB) schuldig, weil er am 28. Februar 2007 im Verlauf seiner erkennungsdienstlichen Behandlung dem Beamten der Kantonspolizei Zürich, René Stamm, unvermittelt einen Faustschlag gegen dessen Kopf versetzte, wodurch René Stamm, ein Brillenträger, sich am rechten Auge eine kleine Platzwunde zuzog. Der Beschwerdeführer gestand den Faustschlag ein. Er behauptete aber, er habe im Sinne einer nicht beabsichtigten Reflexreaktion den Geschädigten erst

geschlagen, nachdem dieser ihn zuvor gegen den Hinterkopf geschlagen habe.

E. 5.2

Der Beschwerdeführer beanstandet wie bereits im Berufungsverfahren, dass die Staatsanwaltschaft es unverständlicherweise unterlassen habe, den Geschädigten zu fragen, ob es zutreffe, dass er zuvor dem Beschwerdeführer, wie dieser behaupte, einen Schlag gegen den Hinterkopf versetzt habe. Dadurch seien sein Anspruch auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV sowie § 31 StPO /ZH verletzt worden, wonach der Untersuchungsbeamte den belastenden und den entlastenden Tatsachen mit gleicher Sorgfalt nachforschen soll. Zudem habe die Vorinstanz seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie sich mit der von ihm bereits im Berufungsverfahren erhobenen Rüge der Verletzung von § 31 StPO /ZH nicht befasst habe.

E. 5.3

Der Geschädigte sagte in seiner polizeilichen Befragung vom 28. Februar 2007 unter anderem aus, er habe den Beschwerdeführer, als dieser den Raum habe verlassen wollen, in energischem Ton zum Bleiben aufgefordert, da man noch nicht fertig sei. Weil der Beschwerdeführer nur etwas "gemault" habe, habe er ihn mit sanftem Druck wieder in den Stuhl zurückgesetzt und den Kopf für das Foto gerichtet. Hierauf sei der Beschwerdeführer aufgesprungen und habe ihm einen Faustschlag versetzt. In seiner Einvernahme vom 25. Juni 2008 durch die Staatsanwaltschaft sagte der Geschädigte als Zeuge aus, er habe den Beschwerdeführer, nachdem dieser die Aufforderung, sich hinzusetzen, nicht befolgt habe, auf den Stuhl gedrückt, worauf ihm der Beschwerdeführer einen Faustschlag versetzt habe. Der Geschädigte wurde nicht ausdrücklich gefragt, ob es zutreffe, dass er zuvor den Beschwerdeführer, wie dieser behaupte, leicht bis mittel auf den Hinterkopf geschlagen habe. Hingegen wurde der von der Staatsanwaltschaft am 5. August 2008 als Zeugin einvernommenen Sachbearbeiterin, die bei der erkennungsdienstlichen Behandlung zugegen gewesen war, diese Frage gestellt, worauf sie antwortete, daran könne sie sich nicht erinnern. Die Zeugin bestätigte im Übrigen die Darstellung des Geschädigten.

E. 5.4

Die Vorinstanz hält fest, die Aussagen des Geschädigten seien detailliert, in sich stimmig, nachvollziehbar und im Wesentlichen widerspruchsfrei. Sie stimmten zudem mit den Aussagen der Zeugin überein. Daher bestehe kein Anlass, den Geschädigten - entsprechend dem Antrag des Beschwerdeführers - erneut durch die Staatsanwaltschaft befragen zu lassen. Ein Strafmilderungsgrund aufgrund des vorgängigen Verhaltens des Geschädigten sei nicht ersichtlich. Insbesondere die vom Geschädigten zugegebene Einwirkung auf den Beschwerdeführer müsse als verhältnismässige Massnahme zur Durchsetzung der erkennungsdienstlichen Behandlung des Beschwerdeführers gewertet werden. Daher sei der inkriminierte Faustschlag weder entschuldbar noch in einem milderen Licht zu würdigen, zumal der Beschwerdeführer durch sein offensichtlich renitentes Verhalten selber die Schwierigkeiten verursacht habe, welche die energischere Gangart durch den Geschädigten nötig gemacht habe. Das Verschulden des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der Straftat der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte wiege unter den gegebenen Umständen erheblich.

E. 5.5

Die Vorinstanz geht mithin gestützt auf die Aussagen des Geschädigten von einer "energischeren Gangart" und von einer "zugegebenen Einwirkung" auf den

Beschwerdeführer aus, die im Wesentlichen darin bestand, dass der Geschädigte den renitenten Beschwerdeführer auf den Stuhl "hinunterdrückte" und den "Kopf für das Foto richtete" zwecks Vornahme der noch erforderlichen Aufnahme von der Seite. Allerdings behauptete der Beschwerdeführer in seiner Einvernahme vom 28. Februar 2007, dass er vom Geschädigten mit der Faust an den Hinterkopf geschlagen worden sei. In seiner Einvernahme vom 5. August 2008 durch die Staatsanwaltschaft sagte er demgegenüber aus, er sei vom Geschädigten mit der flachen Hand, und zwar in mittelmässiger Stärke, auf den Hinterkopf geschlagen worden. Auf Vorhalt des Widerspruchs zur früheren Aussage antwortete er, er habe es vergessen, es sei auch schon ein Jahr her. Unter diesen Umständen ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Antrag auf eine erneute Zeugeneinvernahme des Geschädigten insbesondere zu den Aussagen des Beschwerdeführers betreffend den Schlag an den Hinterkopf abwies. Denn es ist unbestritten, dass der Geschädigte den renitenten Beschwerdeführer auf den Stuhl hinunterdrückte und den Kopf des Beschwerdeführers für die Fotoaufnahme richtete. Hiefür war es aber unvermeidlich, den Kopf des Beschwerdeführers relativ unsanft anzufassen, was der Beschwerdeführer als Schlag an den Hinterkopf in mittelmässiger Stärke empfunden haben und interpretieren mag.

E. 5.6

Im Übrigen ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer einerseits der Zeugeneinvernahme des Geschädigten vom 25. Juni 2008 unentschuldig ferngeblieben war im Wissen darum, dass er damit auf die Gelegenheit verzichtete, dem Zeugen Ergänzungsfragen zu stellen, und dass er andererseits darauf verzichtete, anlässlich der Zeugeneinvernahme der Sachbearbeiterin, bei welcher er zugegen war, Ergänzungsfragen zu stellen etwa in Bezug auf den von ihm behaupteten Schlag des Geschädigten, an den sich die Zeugin nach eigener Aussage nicht erinnern konnte.

E. 5.7

Die Abweisung des Beweisantrags des Beschwerdeführers auf erneute Zeugeneinvernahme des Geschädigten verstösst aus diesen Gründen weder gegen das Gebot des fairen Verfahrens (Art. 29 Abs. 1 BV) noch gegen § 31 StPO /ZH. Da sich aus den Erwägungen des angefochtenen Entscheids ergibt, weshalb die Vorinstanz den Beweisantrag abwies, ist auch der Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) nicht verletzt.

E. 6

Die Beschwerde ist gutzuheissen, soweit sie sich gegen die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz richtet. Sie ist im Übrigen abzuweisen. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege ist, soweit nicht gegenstandslos geworden, abzuweisen, da die Beschwerde, soweit sie sich gegen die Abweisung des Beweisantrags auf erneute Zeugeneinvernahme des Geschädigten richtet, von vornherein aussichtslos war. Somit hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten in einem reduzierten Umfang von Fr. 2'000.-- zu tragen und hat ihm der Kanton Zürich eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'500.-- zu zahlen.