

# ZH\_OBERGERICHT SB030376 vom 3. November 2003

ZH Obergericht, 2003-11-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB030376](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB030376)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB030376 du 3 novembre 2003

IT: ZH\_OBERGERICHT SB030376 del 3 novembre 2003

## Erwägungen

### E. 1

Ziff. 2 StPO). Vorliegend handelte es sich um Ermittlungen im Vorfeld einer Strafuntersuchung, nachdem der Polizeibeamte C. D. Kenntnis davon erhalten hatte, dass über die - dem Angeklagten gehörende - Natelnummer 078 ... Betäubungsmittel bestellt werden können (vgl. Urk. 1 S. 4). 2.3. Bevor die Frage der Anwendbarkeit der prozessualen Vorschriften von § 106 d und § 106 e StPO beantwortet werden kann, ist abzuklären, ob es sich beim fraglichen Einsatz des Polizeibeamten D. überhaupt um eine verdeckte Ermittlung im Sinne des Gesetzes handelt. 2.4. Wie sich schon der Botschaft zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckte Ermitt-

- lung vom 1. Juli 1998 (S. 43) entnehmen lässt, wird der Begriff der "verdeckten Ermittlung" in der Diskussion immer wieder verschieden gebraucht, was zu Verständnis- und Abgrenzungsschwierigkeiten führt. Der Entwurf zum erwähnten Bundesgesetz geht davon aus, dass verdeckte Ermittler in den Kreis der zu beobachtenden Zielpersonen eingeschleust und dort möglichst integriert werden. Zu diesem Zweck finden sich verschiedene Bestimmungen, welche insbesondere die Bildung einer Legende, die Rechte und Pflichten der "verdeckten Ermittler" sowie die Zusage der Vertraulichkeit regeln. In Berücksichtigung dieser Ausgangslage kann von einer "verdeckten Ermittlung" nur dann gesprochen werden, wenn die Tätigkeit auf eine gewisse Dauer angelegt ist und die Einschleusung eines mit einer falschen Identität und einer falschen Legende versehenen Beamten in ein mutmasslich kriminelles Umfeld zum Gegenstand hat. Allein der damit verbundene starke Eingriff in die Persönlichkeitssphäre der Zielperson rechtfertigt denn auch die besonderen Verfahrens- und Schutzvorschriften (Entscheid des Präsidenten der Anklagekammer des Kantons St. Gallen vom 16. Juni 2003). 2.5. Auch die Bestimmung von § 106 c Abs. 1 StPO geht davon aus, dass Personen, die verdeckt ermitteln, unter einer Legende auftreten, die ihre wahre Identität verändert, sie dürfen damit (gemeint mit ihrer Legende) am Rechtsverkehr teilnehmen und Sachen erwerben, die einem Handelsverbot unterliegen. Sie gehören entweder der Polizei an oder werden fallweise für eine polizeiliche Aufgabe eingesetzt. Aus den kantonsrätlichen Beratungen geht hervor, dass Abs. 1 von § 106 c StPO die Definition der "verdeckten Ermittlung" enthält; so KR Marco Ruggli in seinem ersten Vorum zu § 106 c StPO (Protokoll der KR-Sitzung vom 25.9.2000, Prot. S. 5267 ff.). Aus den kantonsrätlichen Beratungen ergibt sich nichts, was darauf hinweisen würde, dass der eben zitierten Ansicht von KR Ruggli widersprochen worden wäre. Inbegriff der verdeckten Ermittlung ist - so § 106 c Abs. 1 StPO -, dass eine bestimmte Person (sei es ein Angehöriger der Polizei oder nicht) unter einer Legende auftritt, welche die wahre Identität verändert. In der kantonsrätlichen Debatte führte KR Dorothee Jaun (Kommissionspräsidentin) als erste Sprecherin in der Detailberatung zu § 106 d StPO aus:

"Das Gesetz unter-

- 11 - scheidet drei Arten von verdeckter Ermittlung. Nämlich: Ermittlungen durch ein Mitglied der Polizei mit Legende und mit hergestellten Urkunden, also sozusagen eine qualifizierte Legende, sodann verdeckte Ermittlung durch ein Mitglied der Polizei ohne hergestellte Urkunde nur mit einer Legende, also einer vorge- täuschten anderen Person, und schliesslich die verdeckte Ermittlung durch Nichtmitglieder der Polizei, sei es mit oder ohne Urkunden. Das Gesetz behandelt diese drei Kategorien von verdeckten Ermittlern unterschiedlich" (KR-Prot., a.a.O.). Soweit aus den KR-Protokollen ersichtlich, blieb auch diese Äusserung unwidersprochen. Der kantonsrätlichen Debatte kann somit entnommen werden, dass sinngemäss zwischen dem "qualifizierten verdeckten Ermittler" (der für seine Tätigkeit eine richterliche Genehmigung im Sinne von § 106 e StPO braucht) und dem "einfachen verdeckten Ermittler" oder "Scheinkäufer" unterschieden wurde. Die Charakterisierung der qualifizierten verdeckten Ermittlung weist auf eine gewisse Intensität des polizeilichen Handelns hin. 2.6. Gemäss einem Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel- Stadt vom 21. Januar 2000, zitiert in Albrecht, a.a.O., S. 634, sollen die Bestimmungen der basel-städtischen Strafprozessordnung dann nicht zur Anwendung gelangen, wenn etwa ein Polizist, der erfahren hat, man könne bei einer Natel- nummer Heroin und Kokain in beliebigen Mengen erhalten, anschliessend diese Nummer anruft und unter einem Decknamen Drogen bestellt. Der Begriff der verdeckten Ermittlung wurde somit auch vom Appellationsgericht des Kantons Basel- Stadt restriktiv ausgelegt (vgl. Albrecht, a.a.O., S. 634). 2.7. Aufgrund all dieser Überlegungen kann gesagt werden, dass der Polizei- beamtete D. mit seinem unter Ziff. III.1.3. geschilderten Tun nicht diejenige Handlungsintensität erreichte, welche ihn zum verdeckten Ermittler machte. D. handelte vielmehr als Scheinkäufer im Sinne von Art. 23 Abs. 2 BetrG. Schein- käufer ist "derjenige beamtete oder nicht-beamtete V-Mann, der ein Betäubungs- mittelangebot in der Absicht annimmt, damit zur Sicherstellung des Stoffes oder zur Überführung des Täters (Strafverfolgung) beizutragen (Baumgartner, Zum V-Mann-Einsatz, Diss. Zürich 1990, S. 38). Genau das tat D. im vorliegenden Fall. Hier ist zur Vermeidung von Missverständnissen anzufügen, dass die Begriffe des

- 12 - verdeckten Ermittlers und des V-Mannes nicht deckungsgleich sind (Näheres dazu, s. Baumgartner a.a.O., S. 7ff.) Aus diesen Gründen war eine formelle Anordnung von D.s Einsatz durch das Polizeikommando im Sinne von § 106 d StPO oder gar eine richterliche Genehmigung im Sinne von § 106 e i. V. m. § 104 b StPO nicht erforderlich. Damit ist auch das Resultat der fraglichen Polizeiaktion in prozessualer Hinsicht ver- wertbar.

### **E. 1.1**

Der Hinderung einer Amtshandlung im Sinne von Art. 286 StGB macht sich unter anderem schuldig, wer einen Beamten an einer Handlung hindert, die innerhalb seiner Amtsbefugnis liegt. Eine eigentliche Verhinderung ist nicht nötig, es genügt, wenn der reibungslose Vollzug der Amtshandlung erschwert wird

- 17 - (BGE 120 IV 136ff., insbes. S. 139 = Praxis 84 [1995] Nr. 260). Der Tatbestand wird mit dem Eintritt der Störung vollendet. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt eine solche beispielsweise vor, wenn der mutmassliche Täter mit den Händen herumfuchelt, um sich der bevorstehenden Festnahme zu entziehen (BGE 74 IV 63). Ebenso genügt blosser passiver Widerstand, der immerhin auch Aktivitäten in sich schliessen kann. Die blosser Untätigkeit in Form der Nichtbefol- gung einer amtlichen

Aufforderung fällt dagegen nicht unter Art. 286 StGB. Die Bestimmung bezieht sich auf einen Widerstand ohne Gewalt oder Drohung, welcher dennoch ein gewisses Tätigwerden voraussetzt (vgl. Jörg Rehberg, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 2. Auflage, Zürich 1996, S. 283; Heimgartner, in: Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar zum Strafrecht, Band II, Basel 2003, N 7 zu Art. 286 StGB). Nicht nach Art. 286 StGB ist somit strafbar, wer den mit der Amtshandlung angestrebten Erfolg vereitelt, ohne dieselbe als solche zu behindern. Die Bestimmung unterscheidet sich von Art. 285 StGB dadurch, dass der Täter weder Drohungen ausstösst noch Gewalt anwendet. Die Abgrenzung gegenüber dem Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen im Sinne von Art. 292 StGB erfolgt dadurch, dass eine blosser Unfolgsamkeit nicht genügt. Die Hinderung einer Amtshandlung erfordert vielmehr eine Widersetzlichkeit, die sich in gewissem Umfang in einem aktiven Tun ausdrückt. Wer die Amtshandlung weder gewaltsam noch durch Drohung behindert, sondern sich darauf beschränkt, einer amtlichen Aufforderung nicht Folge zu leisten, erfüllt den Tatbestand nicht (BGE 124 IV 129f.).

## **E. 1.2**

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich, welcher sich auf das Angriffsobjekt, den Erfolg und die Rechtmässigkeit der Amtshandlung richten muss, ein Handeln mit Wissen und Wollen, wobei Eventualvorsatz genügt (Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2. Auflage, Zürich 1997, N 7 zu Art. 286 StGB). 2.1. Der in der Anklageschrift vom 19. März 2003 bezüglich der Hinderung einer Amtshandlung aufgeführte Sachverhalt (Anklageschrift Urk. 20 S. 2, letzter Abschnitt der Sachverhaltsschilderung) beschreibt jedoch ein bloss passives Verhalten des Angeklagten. Danach soll der Angeklagte die mehrmalige Aufforde-

- 18 - rung von der beiden Polizeibeamten K. und L., den Mund aufzumachen, nicht befolgt haben; dies, obwohl sich die Polizeibeamten vorgängig durch das Vorhalten des Polizeiausweises und Ausrufen der Worte "Polizei, Police" als solche zu erkennen gegeben hätten. Damit erfüllte der Angeklagte jedoch den objektiven Tatbestand von Art. 286 StGB mangels aktivem Tun - noch - nicht, so dass diesbezüglich ein Freispruch zu erfolgen hat. Aus den Akten ergibt sich jedoch, dass der Angeklagte sich entgegen dem in der Anklageschrift geschilderten Sachverhalt - nicht nur völlig passiv verhielt und einer amtlichen Aufforderung nicht Folge leistete, sondern dass sein Verhalten durchaus von aktiven Handlungen geprägt war. 2.2.1. Bezüglich der Aussagen des Angeklagten in der Untersuchung kann auf die zutreffende Zusammenfassung im vorinstanzlichen Urteil vom 22. Mai 2003 verwiesen werden (§ 161 GVG; Urk. 38 Ziff. II.B.2., S. 10f.). Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung hatte der Angeklagte hierzu vorgebracht, bevor er aufgefordert worden sei, den Mund zu öffnen, sei er auf den Kopf geschlagen, zu Boden gebracht worden und dann verlange man von ihm noch diese Kooperation. Man habe ihm sogar Gas ins Gesicht gesprüht, so dass er nichts mehr sehen können (Prot. I S. 5). 2.2.2. Auch bezüglich der Aussagen der als Zeugen einvernommenen Polizeibeamten K., Sch. und L. kann auf die Zusammenfassung von deren Aussagen im vorinstanzlichen Urteil vom 22. Mai 2003 verwiesen werden (§ 161 GVG; Urk. 38 Ziff. II.B.3ff., S. 11ff.). 2.2.3. Die Vorinstanz geht davon aus, dass als erstellt zu betrachten sei, dass der Angeklagte im relevanten Zeitraum Kokainkügelchen im Mund versteckt gehabt hatte. Zur weiteren Erstellung des Sachverhaltes stellte sie auf die glaubhaften Aussagen der erwähnten Zeugen ab und ging davon aus, dass somit erwiesen sei, dass der Angeklagte anlässlich der Verhaftung Schluckbewegungen gemacht habe, welche die Beamten zu unterbinden

versucht hätten.

- 19 - Der Polizeibeamte K. führte in seiner Zeugenaussage vom 19. November 2002, dass sie sich dem Angeklagten gegenüber mit den Worten "Polizei" und "Police" zu erkennen gegeben hätten. Sie hätten den Angeklagten an beiden Seiten an den Armen fixiert und ihm auf Deutsch und auf Englisch gesagt, er solle den Mund aufmachen. Überdies habe er mit der Hand versucht, durch Drücken im Kieferbereich den Mund zu öffnen. Der Angeklagte habe sich dagegen gewehrt, indem er mit dem Mund Schluckbewegungen gemacht habe; er habe sich vehement dagegen gewehrt (Urk. 8 S. 2). Beim Drücken im Kieferbereich handle es sich um das Drücken mit zwei Fingern im Kieferknochen, dort, wo im Innenbereich der Mund zusammenkomme (Urk. 8 S. 3); dies ereignete sich, nachdem die Polizeibeamten mit dem Angeklagten zu Boden gegangen waren (Urk. 8 S. 4). Der Polizeibeamte Sch. bestätigte anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom gleichen Tag, dass sich der Angeklagte dagegen gewehrt hatte, den Mund zu öffnen (Urk. 9 S. 2). Der Polizeibeamte L. bestätigte seinerseits, dass er, noch bevor der Polizeibeamte K. den Angeklagten am Kiefer drückte, den Angeklagten gleichzeitig mit dem Zeigen des Polizeiausweises am Hals blockiert hatte, da sie - gemeint die den Angeklagten festnehmenden Polizeibeamten - davon ausgegangen seien, dass der Angeklagte Betäubungsmittel im Mund habe. Er habe dabei die Muskulatur im Schluckbereich unterhalb des Kiefers gedrückt, womit er die Schluckbewegung habe verunmöglichen wollen. Der Angeklagte habe leicht versucht, sich loszureissen, es habe ein Gerangel gegeben und sie seien mit ihm zu Boden gegangen, mit der rechten Hand habe er nach wie vor gedrückt (Urk. 10 S. 1f.). Sein Kollege K. habe dann mit dem Finger am Kiefer gedrückt (Urk. 10 S. 2). Aus den Schilderungen der drei Polizeibeamten K., Sch. und L. ergibt sich demnach zweifelsfrei, dass sich der Angeklagte - entgegen der Schilderung in der Anklageschrift - nicht nur passiv verhalten hat, sondern darüber hinaus auch aktiv, durch das Ausführen von Schluckbewegungen und einen Versuch, sich loszureissen, woraufhin er hatte zu Boden geführt werden müssen, gegen das von ihm verlangte Öffnen des Mundes und die beabsichtigte Kontrolle gewehrt hat. Nachdem jedoch in der Sachverhaltsschilderung der Anklage vom 19. März 2003 die entsprechenden, über bloss passives Verhalten hinausgehenden Hand-

- 20 - lungen nicht aufgeführt sind, hat wie bereits erwähnt, eine Verurteilung wegen Hinderung einer Amtshandlung zu unterbleiben. V. Zusammenfassung der rechtlichen Erwägungen Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der Angeklagte der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 und 6 BetrVG schuldig zu sprechen. Hingegen ist er vom Vorwurf der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetrVG sowie vom Vorwurf der Hinderung einer Amtshandlung im Sinne von Art. 286 StGB freizusprechen. VI. Strafzumessung

### **E. 1.3**

In ihrer Berufungsbegründung vom 6. Oktober 2003 ging die Staatsanwaltschaft davon aus, dass der V-Mann beim Scheinkauf nicht vollkommen passiv zu bleiben habe, sondern auf die Konkretisierung eines bereits vorhandenen Tatentschlusses hinwirken dürfe. Insbesondere "müsse ihm gestattet sein, gegenüber Personen, gegen die der begründete Verdacht des Drogenhandels bestehe, sein Kaufinteresse und auch seine Bereitschaft zur Bezahlung eines marktgerechten Preises darzutun" (Urk. 23 S. 2 mit Zitat aus BGE 124 IV 40). Genau dies sei vorliegend der Fall gewesen. Der Polizei seien Erkenntnisse vorgelegen, wonach unter der Telefonnummer 078 ..., dem Anschluss des Angeklagten, Kokain habe

bestellt werden können. Aus diesem Grunde habe der polizeiliche V-Mann, Det. C. D., die Nummer des Angeklagten angerufen, habe auf entsprechende Aufforderung des Angeklagten hin "zwei" bestellt und habe mit diesem einen Treffpunkt vereinbart. Der Angeklagte habe seine Bereitschaft zum Handel mit Kokain damit zum Ausdruck gebracht, dass er die Anrufe auf den in der Dro-genszene als Bestellnummer bekannten Anschluss entgegengenommen habe. In diesem Sinne sei auch die Frage "Was willst Du?" als Aufforderung zur Offert-

- 8 - stellung zu verstehen, die der Angeklagte telefonisch an den V-Mann gerichtet habe (Urk. 23 S. 2f.). Det. C. D. habe zu keinem Zeitpunkt explizit nach Kokain gefragt oder Betäubungsmittel auch nur sinngemäss erwähnt. Der Angeklagte habe im Gespräch mit dem V-Mann sofort die Initiative ergriffen, sich nach dessen Kaufinteresse erkundigt, habe ungefragt den Preis für "Weisses" (d.h. Kokain) genannt und fünf Gramm davon zum Verkauf offeriert. Damit habe der V-Mann den Tatentschluss des Angeklagten nicht in unzulässiger Weise provoziert, sondern mit rechtmässig rollenadäquatem Verhalten erreicht, dass der Angeklagte seinen bereits vorhandenen Tatentschluss konkretisiert habe. Damit stehe der Einsatz des V-Mannes einer Verurteilung des Angeklagten nicht im Wege und der Angeklagte sei auch des Handels mit Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 Ziff.

### **E. 3**

Der Vollständigkeit halber ist jedoch das Vorgehen des Polizeibeamten Det. C. D. in materieller Hinsicht kurz zu beleuchten.

#### **E. 3.1**

Gestützt auf die Ausführungen in BGE 124 IV 40 ist davon auszugehen, dass ein V-Mann beim Scheinkauf nicht vollkommen passiv bleiben muss. Vielmehr ist es ihm erlaubt, auf die Konkretisierung eines bereits vorhandenen Tatentschlusses hinzuwirken (vgl. auch die Bestimmung von § 106c Abs. 4 StPO). Es muss dem V-Mann somit gestattet sein, gegenüber Personen, gegen die der begründete Verdacht des Drogenhandels besteht, sein Kaufinteresse und auch seine Bereitschaft zur Bezahlung eines marktgerechten Preises darzutun. Vorliegend ist vorab festzuhalten, dass dem Polizeibeamten C. D. kurzfristig Kaufgelegenheiten von Drogen mitgeteilt wurden. So führte er anlässlich seiner Befragung als Zeuge vom 19. Februar 2003 aus, er habe - mutmasslich von einem Drogenkonsumenten - die Natelnummer des Angeklagten 078 ... erhalten mit dem Hinweis darauf, dass über diese Nummer Drogen bestellt werden könnten (Urk. 11 S. 2; vgl. auch Urk. 1 S. 4). Die fragliche Natelnummer war somit als mögliche Bestellnummer für Drogen bekannt (Urk. 1 S. 4; Urk. 11 S. 2). Gestützt auf diesen Hinweis rief der Polizeibeamte D. am 19. Oktober 2002, um ca. 16.55 Uhr, die fragliche Nummer an. Am anderen Ende des Anschlusses meldete sich der Angeklagte (vgl. Urk. 2 S. 1; Urk. 11 S. 1f.). Aus dem Wahrnehmungsbericht, auf welchen der verfassende Polizeibeamte D. anlässlich seiner Zeugeneinvernahme vom 19. Februar 2003 verwies, ergab sich, dass der Angeklagte sich zunächst danach erkundigte, woher der Angeklagte seine Nummer

- 13 - habe, woraufhin der Angeklagte auf eine Drittperson verwies. Daraufhin - die Antwort war offenbar zufriedenstellend ausgefallen - fragte der Angeklagte den Polizeibeamten D., was er wolle. Die Antwort von D. "Zwei!" genügte. Es war klar, worum es ging, nämlich um den Kauf von zwei Gramm Kokain durch den Anru-fenden (vgl. Urk. 2 S. 2; Urk. 11 S. 2). Der im Wahrnehmungsbericht und anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 19. Februar 2003 vom Polizeibeamten C. D. geschilderte Ablauf eines beabsich-tigten

Kaufsgesprächs im Drogenhandel ist als charakteristisch und typisch zu qualifizieren. Es war nicht nur dem anrufenden Polizeibeamten D. klar, worum es ging, sondern auch dem Angeklagten. Seine Nummer diente offensichtlich dazu, Bestellungen für Betäubungsmittel entgegenzunehmen. Aus der von ihm gestellten Frage, was der - von ihm nicht erkannte - Polizeibeamte D. wolle, ergibt sich auch, dass der Angeklagte durchaus jederzeit bereit war, jedem auf die fragliche Natelnummer anrufenden (potentiellen) "Kunden" Drogen zu verkaufen. Es kann somit im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz keine Rede davon sein, dass der Tatentschluss hinsichtlich des Verkaufs von Drogen beim Angeklagten erst durch den Anruf des Polizeibeamten D. hin hervorgerufen wurde. Dieser Anruf kann keineswegs als derart massgeblich bezeichnet werden, dass die deliktische Handlung des Angeklagten ohne dessen Tatbeitrag nicht stattgefunden hätte. Es war denn auch beim Treffen zwischen dem Polizeibeamten C. D. und dem Angeklagten letzterer, der nach erneuter Erkundigung, was der mutmassliche Kunde wolle, worauf dieser wiederum mit "zwei" antwortete, den Preis für ein Gramm Kokain (CHF 100.00) nannte und fünf Gramm Kokain zum Kauf anbot (vgl. Urk. 2 S. 2 sowie Urk. 11 S. 2). Damit kann aber nicht gesagt werden, dass der als V-Mann auftretende Polizeibeamte C. D. den Tatentschluss des Angeklagten in unzulässiger Weise provozierte. Vielmehr verhielt er sich rollenadäquat und erreichte damit, dass der Angeklagte seinen bereits vorhandenen Tatentschluss - nämlich denjenigen Personen, die ihn auf die fragliche Natelnummer anriefen, Kokain zu verkaufen - konkretisierte.

- 14 -

### **E. 3.2**

Damit erweist sich der V-Mann-Einsatz des Polizeibeamten C. D. in materieller Hinsicht als rechtmässig. 4.1. Die Aussagen des V-Mannes C. D. sind somit verwertbar. Was dessen Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit seiner Aussagen anbetrifft, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz im Rahmen der Beweiswürdigung bezüglich des Besitzes von Kokain durch den Angeklagten verwiesen werden, handelt es sich doch hierbei um den sachlich zusammenhängenden Vorfall vom 19. Oktober 2002, um ca. 17.10 Uhr (1. Abschnitt des Sachverhaltes gemäss der Anklageschrift vom 19. März 2002, Urk. 20 S. 2; Urk. 38 S. 8ff., Ziff. II.A.5. sowie Ziff. II.A.8.f.); § 161 GVG). Ebenso kann auf die Würdigung der Aussagen des Angeklagten durch die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem erwähnten Vorfall vom 19. Oktober 2002, ca. 17.10 Uhr verwiesen werden (§ 161 GVG; Urk. 38 S. 8f., Ziff. II.A.4. sowie Ziff. II.A.7.). Es kann vorliegend somit auch bezüglich des beabsichtigten Verkaufs von Kokain durch den Angeklagten an den Polizeibeamten C. D. auf die Aussagen des letzteren abgestellt werden. Es ist demnach davon auszugehen, dass der Angeklagte gegenüber C. D. seine Bereitschaft zum Verkauf von Drogen erklärte. Dieser Verkauf kam nur deshalb nicht zustande, weil er und C. D. sich nicht über die Zahlungsmodalitäten einigen konnten. Der eingeklagte Sachverhalt (1. Abschnitt des in der Anklageschrift geschilderten Sachverhaltes gemäss act. 20 S. 2) ist somit rechtsgenügend erstellt. 4.2. Wer unbefugt Betäubungsmittel anbietet, verteilt, verkauft, vermittelt, verschafft, verordnet, in Verkehr bringt oder abgibt (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG), wer sie unbefugt besitzt, aufbewahrt, kauft oder sonstwie erlangt (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG) oder hiezu Anstalten trifft (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG), wird bei vorsätzlichem Handeln mit Gefängnis oder mit Busse bestraft (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 BetmG).

- 15 - Bei der Regelung von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG (Anstaltentreffen) handelt es sich um Vorbereitungshandlungen zu den in Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 bis 5 BetmG genannten strafbaren Handlungen. Durch diese Bestimmung wurden die Vorbereitungshandlungen zu einem eigenständigen Delikt aufgewertet. Diesbezüglich wurde durch den Gesetzgeber somit die Möglichkeit eines unvollendeten Versuchs im Sinne von Art. 21 StGB ausgeschlossen. Der Gesetzgeber wollte damit vermeiden, dass derjenige, der zwar mehr als Anstalten getroffen hat, aber das Delikt nicht vollendet hat, im Gegensatz zu demjenigen, der lediglich Anstalten getroffen hat, profitiert und privilegiert wird (Art. 21 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 65 StGB; vgl. Alfred Schütz, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel vom 3. Oktober 1951 in der Fassung vom 20. März 1975, Diss. Zürich 1980, S. 133; Peter Albrecht, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht, Art. 19 N 115; BGE 121 IV 198ff., insbes. S. 200f.; T. Fingerhuth/Christof Tschurr, BetmG, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Orell Füssli, Zürich 2002, S. 127). Versuch im Sinne von Art. 22 StGB ist begrifflich nicht möglich, da es sich bei den Delikten gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 bis 5 BetmG um sog. Tätigkeitsdelikte handelt (Schütz, a.a.O., S. 133). Damit liegt beim nicht zustande gekommenen Verkauf von Drogen durch den Angeklagten an den Polizeibeamten D. nicht ein Versuch im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 StGB vor. Der eingeklagte Sachverhalt ist vielmehr unter Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG (Anstaltentreffen) zu subsumieren und der Angeklagte ist dementsprechend der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG schuldig zu sprechen. Die Anklage ging - wie dargelegt - davon aus, der Angeklagte habe mit seinem Verhalten gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG verstossen. Die rechtliche Würdigung eines Sachverhaltes ist jedoch Sache des Gerichts; es ist an die rechtliche Beurteilung des Tatbestandes, welche der Anklage zu Grunde liegt, nicht gebunden (§ 185 StPO). Hingegen besteht für den Richter eine Bindung an den eingeklagten Sachverhalt, was sich durch Umkehrschluss aus § 185 Abs. 1 StPO wie auch aus § 182 Abs. 1 und 2 StPO ergibt (Niklaus Schmid, Strafpro-

- 16 - zessrecht, 3. Auflage, Zürich 1997, N 148). Vorliegend wurde jedoch vom eingeklagten Sachverhalt nicht abgewichen, vielmehr wurde eine andere rechtliche Qualifikation vorgenommen, was zulässig ist.

## **E. 5**

Bezüglich des Vorwurfs, der Angeklagte sei am 19. Oktober 2002, um ca. 17.10 Uhr im Shopville Zürich bzw. an der Löwenstrasse in Zürich im Besitz von ca. vier Kugeln Kokain à je ca. ein Gramm gewesen, kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden, die keiner Ergänzung bedürfen (§ 161 GVG; Urk. 38 S. 8ff., Ziff. II.A.2.ff.). Die heutige Argumentation der Verteidigung, wonach lediglich der Polizeibeamte D. von Drogen gesprochen habe und es dem Angeklagten nicht nachgewiesen werden könne, dass er tatsächlich Kokain besessen habe (Urk. 41 S. 2ff.), kann schon dadurch entkräftet werden, dass der Angeklagte dem Polizeibeamten beim Öffnen seines Mundes vier weisse Kügelchen zeigte, als dieser ihn fragte, woher er den Stoff habe (Urk. 11 S. 2). Auch darauf hat die Vorinstanz bereits hingewiesen (Urk. 38 S. 5). Der Angeklagte ist somit in diesem Zusammenhang der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG schuldig zu sprechen.

## **E. 6**

Gesamthaft ist der Angeklagte demgemäss für diesen Sachverhaltsabschnitt der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff 1 Abs. 5 und 6 BetmG schuldig zu sprechen.

**E. 7**

Im Weiteren ist der erstinstanzliche Freispruch vom Vorwurf der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG zu bestätigen. IV . Verstoss gegen Art. 286 StGB

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.