

ZH_OBERGERICHT SB120288 vom 18. Januar 2013

ZH Obergericht, 2013-01-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120288

FR: ZH_OBERGERICHT SB120288 du 18 janvier 2013

IT: ZH_OBERGERICHT SB120288 del 18 gennaio 2013

Erwägungen

E. 3

und 4). Der Preis habe dabei Fr. 60.– bis Fr. 70.– betragen (Urk. 3/2 S. 2, Urk. 3/8 S. 2). Es habe sich dabei aber um schlechte Qualität ("Schrott", "...-Scheiss") gehandelt, weshalb er den Rest zurückgegeben habe, was allerdings nur möglich gewesen sei, soweit die Ware noch nicht angebrochen gewesen sei (Urk. 3/8 S. 1, 3/9 S. 7). Der anlässlich von Telefongesprächen verwendete Begriff "Jeans" sei entgegen der Behauptung B.____s kein Synonym für Kokain gewesen, sondern habe Marihuana bezeichnet. Solches Indoor-Gras habe er denn auch telefonisch bei B.____ bestellt und gekauft, und zwar in Portionen à 20 Gramm (Urk. 3/1 S. 9 f., 3/2 S. 1 f. und 3, 3/4 S. 8 f., 3/5 S. 15, 3/6 S. 2, 32 S. 4). In der ersten Befragung erklärte der Beschuldigte, nicht mehr zu wissen, wie oft dies der Fall gewesen sei (Urk. 3/1 S. 9). Später sprach er von fünf bis zwanzig Käufen von jeweils 20 bis 60 Gramm Marihuana (Urk. 3/4 S. 10 f. und 14, 3/8 S. 2). Weiter räumte der Beschuldigte wie schon in der Untersuchung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl ein, zwischen dem 2. Mai 2007 und dem 20. Februar 2009 mit 10 bis 12 weiteren Kollegen jeweils 20 Gramm Kokaingemisch pro Woche (welches von verschiedenen Lieferanten - allerdings nicht von B.____ - gestammt habe) erworben zu haben (Urk. 3/9 S. 4 und 10, Urk. 3/2 S. 4, 3/9 S. 4, vgl. auch Urk. 3/1 S. 10).

- 12 - Alsdann erklärte er in der ersten Einvernahme der wiederaufgenommenen Untersuchung, er verkaufe in der Bar Kokain an die Konsumenten (Urk. 3/1 S. 3). Es sei klar, dass er dafür bezahlt werde. Wenn Leute zu ihm kämen, dann kaufe er es immer direkt dafür ein (Urk. 3/1 S. 4). Das Kokain werde stets gleich in der Werkstatt konsumiert (S. 3). Wenn die Konsumenten "nach hinten" gingen, um Koks zu nehmen, dann würden sie einfach das Geld hinlegen. Im Verlauf der Untersuchung präziserte bzw. korrigierte der Beschuldigte diese Aussage allerdings. Er gab an, in der Bar werde "gar nichts verkauft" (Urk. 3/9 S. 4). Es gehe lediglich um kollektiven Einkauf und Konsum (a.a.O. und Urk. 32 S. 6). Hingewiesen auf seine anfänglichen Aussage und darauf, dass nicht verständlich sei, weshalb seine Kunden noch einmal bezahlen müssten, wenn sie sich doch bereits beim kollektiven Kauf des Kokains durch Zusammenlegen des Kaufpreises beteiligt hätten, führte der Beschuldigte an einem Beispiel aus, jenes Vorbringen habe sich auf den Fall bezogen, dass ein Teil der Stammgäste Geld zusammengelegt und so kollektiv Kokain für den Eigenkonsum erworben hätten, danach aber weitere Teilnehmer bzw. Stammgäste, die noch nichts bezahlt gehabt hätten, aus dem Sack mitkonsumiert hätten; diese hätten dann "anstaltshalber" (gemeint wohl: anstandshalber) eine 20er oder 50er -Note für den Schnupf, den sie genommen hätten, hingelegt (Urk. 3/9 S. 4 und 9). Es sei mit dem Kokain aber nie Gewinn bzw. eine Marge erzielt worden, sondern von den Mitkonsumenten immer nur der Einstandspreis verlangt bzw. bezahlt worden. Ausserdem sei der Konsum fortlaufend und gemeinsam in den Bar-Räumlichkeiten erfolgt. 2.4. Sachverhaltswürdigung

2.4.1. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb B._____ den Beschuldigten hinsichtlich der Kokaingeschäfte zu Unrecht belastet haben sollte. Wohl ist nicht auszuschliessen, dass er sein Geständnis ablegte, um (früher) aus der Untersuchungshaft entlassen zu werden. Mitgespielt haben könnte auch, dass er enttäuscht oder gar erbost darüber war, dass ihn der Beschuldigte bereits zu- vor der Verstrickung in den Drogenhandel (insbesondere mit D._____) bezichtigt hatte, was die Chancen, dass seinen bisherigen Bestreitungen Glauben ge-

- 13 - schenkt würde und er einer massiven Bestrafung entgehen könnte, nachhaltig verringerte (vgl. etwa Urk. 3/1 S. 6 ff. und Urk. 4/10). B._____ erklärte seine über lange Zeit aufrecht erhaltenen Bestreitungen denn auch mit Angst vor den Konsequenzen (Urk. 4/11 S. 1), womit - neben der bereits von der Vorinstanz erwähnten Furcht vor Vergeltungsmassnahmen der Mittäter (Urk. 39 S. 14) - auch die strafrechtlichen Folgen eines nachgewiesenen massiven Drogenhandels für ihn selbst gemeint sein können. Diese Erkenntnisse allein führen aber nicht zum Schluss, dass die Ausführungen B._____'s zum Drogenhandel mit dem Beschuldigten erfunden sind. Es ist legitim und beschlägt die Glaubhaftigkeit seiner Aussagen in keiner Weise, wenn B._____ sich in der Hoffnung zum Geständnis entschloss, daraufhin aus der Haft entlassen zu werden. Gegen eine Falschbelastung aus Rache spricht sodann zu- nächst, dass B._____ den Beschuldigten in der Untersuchung nach wie vor als Kollegen bezeichnete (wie dieser umgekehrt auch B._____) ; das zeigt nicht nur, dass keine grundsätzliche Feindschaft vorbestand, sondern deutet auch darauf hin, dass B._____ nicht derart wütend auf den Beschuldigten (wegen dessen Be- lastungen im Strafverfahren) war, dass er sich gleichsam zu unwahren Aussagen hätte hinreissen lassen. Ein weiteres, gewichtigeres Indiz für die Richtigkeit der Depositionen B._____'s bildet, dass diese nicht einseitig auf die Belastung bzw. auf Tathandlungen des Beschuldigten ausgerichtet sind. B._____ gab vielmehr im gleichen Zug zu, in weiteren Belangen, mit denen der Beschuldigte nichts zu tun hatte, intensiv im Drogenhandel tätig gewesen zu sein und dabei nicht weniger als zwei bis drei Kilogramm Kokain verkauft zu haben; er gab hierzu teilweise detail- lierte, bisher nicht bekannte Informationen preis und belastete sich und andere damit weitaus schwerer als den Beschuldigten. Ihm gegenüber hielt sich B._____ mit der Zuordnung von Tathandlungen sogar sehr zurück, indem er explizit nur von "sicher einem oder zwei" Kokaingeschäften sprach bzw. diesbezüglich eine Erinnerungslücke geltend machte und den Beschuldigten als "von der Menge her kein Grosser" bezeichnete. Im Weiteren stimmen die Aussagen von B._____ und A._____ immerhin insofern überein, als der Beschuldigte zugibt, B._____ zwischen Anfang 2008 und Spät-

- 14 - sommer 2009 (nebst Marihuana) Kokain abgekauft zu haben. Umstritten ist allein, in welchem Umfang dies der Fall war. B._____ gab diesbezüglich in beiden Befragungen an, wenn von einer "Jeans" die Rede gewesen sei, dann seien damit 20 Gramm Kokain gemeint gewesen. Nach der Darstellung des Beschuldigten war "Jeans" dagegen ein Codewort für Mari- huana und habe er - abgesehen von den zugegebenen 20 bis 25 Gramm Kokain - von B._____ nur diese weiche Droge bezogen. B._____ gab demgegenüber an, dem Beschuldigten mit einer möglichen Ausnahme nur ganz am Anfang und nur wenige Gramm Marihuana geliefert zu haben. Darauf, dass die Deposition B._____'s, wonach das Wort "Jeans" Kokain bedeute, den Tatsachen entspricht, weist schon die Erkenntnis hin, dass B._____ sich wohl kaum damit belastet hätte, dem Beschuldigten solch gefährliches Rauschgift ver- kauft zu haben, wenn die (Haupt-)handelsware nur aus "Gras" bestanden

hätte. Es fällt sodann auf, dass sich der Beschuldigte und B._____ am Telefon auf eine überaus vorsichtige, verklausulierte Art unterhalten, wie sie im Cannabis-Handel mit relativ kleinen Mengen von jeweils 20 bis maximal 60 Gramm (wie sie der Beschuldigte mit B._____ getätigt haben will) nicht üblich ist, sehr wohl aber bei (jegli-chen) Geschäften mit harten Drogen. Auch die recht aufwändigen Transportvorkehren (zum Teil wurde etwa eigens ein Chauffeur eingesetzt) deuten darauf hin, dass nicht bloss Cannabis-Produkte ge- liefert wurden. Die Erklärung des Beschuldigten, man habe wegen der Ge- ruchsimmission von Marihuana die öffentlichen Verkehrsmittel (ZVV, Taxi) ge- scheut, überzeugt nicht. Es ist problemlos möglich, Verpackungen zu beschaffen, in denen solche Ware (zumindest während einiger Zeit) geruchsdicht transportiert werden kann. Der Beschuldigte selbst gab sodann in der ersten Befragung (der Hafteinvernah- me) zunächst an, er habe von B._____ nichts anderes als Kokain bezogen, ins- besondere kein Marihuana, da solche Pflanzenteile bei ihm nicht geraucht worden seien. Als er dann damit konfrontiert wurde, dass die von ihm geführten Telefon-

- 15 - gespräche abgehört worden seien und sich daraus ergebe, dass er von B._____ weit mehr Bezüge getätigt habe als die bisher zugegebenen 20 Gramm Kokain, hielt er es plötzlich doch für "möglich", "Indoor-Gras" von diesem bezogen zu ha- ben, und zwar in 20-Gramm-Portionen. Diese Angabe des Beschuldigten er- scheint als blosse Schutzbehauptung, zumal die von ihm gelieferte Erklärung, wonach er nicht mehr wisse, weshalb er anfangs die Marihuanabezüge bestritten habe bzw. die nachgeschobene Begründung, er habe dies wohl getan, um früher nach Hause gehen zu können (Urk. 3/9 S. 8), allzu gesucht wirkt, um glaubhaft zu sein. Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz allerdings, wenn sie gegen die Behaup- tung des Beschuldigten, es handle sich bei "Jeans" um Marihuana, damit argu- mentiert, das anlässlich des Telefonats vom 22. Mai 2009 erwähnte "Waschen" (von "Jeans") sei im Zusammenhang mit Betäubungsmitteln als "Strecken" zu verstehen, "was freilich bei Marihuana wenig Sinn ergäbe" (Urk. 39 S. 15). Das Strecken der Ware macht bei Marihuana ebenso Sinn wie bei anderen Drogen und wird auch - teilweise mit für den Konsumenten gesundheitsschädlichen Mit- teln - praktiziert, wie eine Google-Recherche, die zu einer ganzen Anzahl Inter- netseiten zu diesem Thema führt, ergibt. Indes führt diese Einschränkung nicht zum Schluss, die Aussage B._____s zur Bedeutung des Begriffs "Jeans" treffe nicht zu. Es fehlt damit bloss an einem weiteren Indiz für die fehlende Glaubhaf- tigkeit der Bestreitung des Beschuldigten, dessen es aber auch nicht mehr bedarf. Bei einer Gesamtbetrachtung erweist sich mithin das Vorbringen B._____s, mit "Jeans" seien 20 Gramm Kokain gemeint gewesen, als glaubhaft, während die Behauptung des Beschuldigten, es sei dabei um Marihuana gegangen, nicht überzeugt. Gemäss Telefonkontrolle bestellt der Beschuldigte am 13. November 2008 ein paar Jeans, mithin 20 Gramm Kokain, wobei B._____ die Drogen offensichtlich nicht sofort und auch nicht anderntags (innerhalb der gewünschten 24 Stunden) liefern kann, aber am 14. November 2008 verspricht, dass er am 15. November 2008 "Jeans" erhalte und dafür schauen werde, dass "es" dann klappe. Dass die bestellte Ware (von der der Beschuldigte behauptet, es sei nur Marihuana gewe-

- 16 - sen) dann gar nicht übergeben wurde, behauptete A._____ nicht, weshalb diese Lieferung als erfolgt zu betrachten ist. Am 28. November 2008 bestellt der Beschuldigte erneut telefonisch "Jeans". B._____ sagt zu, die Drogen mitzunehmen und sie im "... " einer vom Beschuldig- ten entsandten Person zu übergeben. Diese solle auch "das andere" (gemeint of- fensichtlich das Entgelt für die neue Lieferung) mitbringen. Der Beschuldigte

ver- meint in der Folge, B._____ spreche vom Kaufpreis für eine Lieferung vom Vor- tag, die entweder nur eine halbe Portion betraf oder bezüglich welcher der Be- schuldigte nur die Hälfte bezahlen will, wobei sich schliesslich herausstellt, dass eine solche Lieferung gar nicht erfolgte. Als B._____ sagt, der Beschuldigte müs- se ihm einfach etwas geben (offenbar ist B._____ in Geldnot), verspricht der Be- schuldigte, ihm 7 Lappen (700 Franken) für die neue Lieferung zu bezahlen und den Rest "grün" (in Form von Haschisch, vgl. die diesbezügliche Aussage des Beschuldigten in Urk. 3/5 S. 17). B._____ antwortet, "grün" wolle er jetzt nicht. Hierauf erklärt der Beschuldigte, B._____ erhalte demnach (jetzt) 7 Lappen und den "Scheiss" irgendwie anderntags. B._____ insistiert, aber das wolle er jetzt momentan nicht, er könne es ein anderes Mal, dies und das, und dann sähen sie weiter. A._____ solle "es" (das Geld) bringen. Dass diese Übergabe von 20 Gramm Kokain, an der beide Seiten ein eminentes Interesse hatten (der Beschul- digte, weil er die Drogen unbedingte wollte, sein Lieferant, weil er Geld brauchte), zustande kam, ist als erstellt zu betrachten, zumal im eine Woche später erfolgten nächsten Telefongespräch vom 5. Dezember 2008 keine Rede davon ist, dass mit dieser Lieferung etwas schief gegangen wäre. Bemerkenswert ist, dass der sich aus diesem Telefongespräch ergebende (volle) Kaufpreis von 1'400 Franken für die Lieferung eines Paar "Jeans" bzw. von 20 Gramm Betäubungsmittel nicht zur Behauptung des Beschuldigten passt, "Jeans" bedeute Marihuana. Der Beschuldigte sprach in der Untersuchung, be- fragt zu einer Marihuanalieferung vom Juni 2008, von einem Grammpreis für die- se Droge von 10 bis 12 Franken (Urk. 3/5 S. 8). Auch später nannte er Gramm- preise in dieser Grössenordnung (Urk. 3/7 S. 4 und 3/8 S. 2). Bedürfte es also

- 17 - noch eines weiteren gewichtigen Indizes dafür, dass "Jeans" ein Synonym für Ko- kain war, so wäre es hiermit erbracht. Anlässlich der Berufungsverhandlung versuchte der Beschuldigte den hohen Preis für ein paar "Jeans" zunächst damit zu erklären, dass er manchmal auch mehrere Portionen Marihuana bzw. mehrere "Jeans" gekauft habe (Urk. 61 S. 6). Dies vermag nicht zu überzeugen, zumal der Beschuldigte in der Untersuchung selbst angab, er hätte von B._____ unter dem Codewort "Jeans" pro Mal immer zwischen 20, 40 oder 60 Gramm Marihuana gekauft (Urk. 3/4 S. 10 f., 14). Selbst bei der maximal bezogenen Menge von 60 Gramm und dem maximal vom Be- schuldigten bezahlten Grammpreis von 12 Franken führt dies bei weitem noch nicht zu einem Preis von 1'400 Franken. Im Anschluss an seine Aussage lieferte der Beschuldigte sogleich - ohne dass ihm eine weitere Frage gestellt worden wä- re - eine Alternativbegründung, als wäre er selbst nicht vollends von seinem ers- ten Erklärungsversuch überzeugt. So gab er an, dass es bei den im Telefonge- spräch erwähnten 700 Franken um geschäftliche Schulden gegangen sei, welche er bei B._____ gehabt hätte (Urk. 61 S. 6). Auch diese Aussage ist jedoch als blosser Schutzbehauptungen zu werten, lässt sich dem Telefongespräch doch klar entnehmen, dass das Geld mit einer Lieferung von "Jeans" im Kontext stand. Am 5. Dezember 2008 bestellt der Beschuldigte gleich zwei Paar Hosen. B._____ sagt zu und vereinbart ein Treffen in einer Stunde. Auch hier bestehen keine Zweifel, dass die 40 Gramm Kokain geliefert wurden. Am 18. Mai 2009 teilt B._____ dem Beschuldigten telefonisch mit, der Abholer solle sich um 18.00 Uhr im Kaffee der Klinik E._____ einfinden. Er werde dann auch dort sein. Der Beschuldigte erwidert, es sei alles klar und ob er schon die "Jeans" habe, was B._____ bestätigt und zurückfragt, ob er "es" (das Geld) auch bereit habe. Der Beschuldigte antwortet: "Ja ja sicher". B._____ vergewissert sich (offensichtlich eine blosser Teilzahlung befürchtend): "Ganz? Oder?". A._____ be- ruhigt ihn: "Ja logisch". Auch hier ist davon auszugehen, dass die Übergabe der 20 Gramm Kokain erfolgte.

- 18 - Am 22. Mai 2009 will B._____ anlässlich eines weiteren Gesprächs mit dem Beschuldigten wissen, ob er zum nächsten Treffen, das für den gleichen Abend vorgesehen ist, "gleich ein Paar Jeans" (also 20 Gramm Kokain) mitnehmen soll, worauf der Beschuldigte mit "ja, logisch" reagiert. B._____ will mit "Aber hast du schon?" wiederum wissen, ob der Beschuldigte das Geld mitbringt. Dieser antwortet mit "Schauen wir, schauen wir, schauen wir" und kritisiert die Qualität der vorangegangenen Lieferung, die er als "unbrauchbar" bezeichnet. B._____ meint, er solle froh sein, dass er es überhaupt erhalten habe. Abgesehen von der ersten Lieferung seien im Übrigen alle gleich (d.h. von gleicher Qualität) gewesen. Der Beschuldigte beschwichtigt: "Ja gut, alles klar. Nein, nein, schon gut, easy." B._____ will wissen, ob der Beschuldigte auf jeden Fall bereit sei. Dieser gibt an, er sei parat, ".." (offenbar die Abholer) kämen aber erst etwas später. Dass die Übergabe der Ware dann nicht stattfand, behauptet der Beschuldigte nicht, sodass davon auszugehen ist, dass die Lieferung erfolgte. Die Vorinstanz geht sodann von zwei weiteren Kokain-Lieferungen aus, die am 2. (20 Gramm) und 5. Mai 2008 (40 Gramm) erfolgt sein sollen (Urk. 39 S. 16). Im Gespräch vom 2. Mai 2008 bestellt der Beschuldigte "eins, von mir aus auch zwei", in demjenigen vom 5. Mai 2008 "zwei". Dass hier von Kokain die Rede ist, geht aus dem Telefonprotokoll nicht hervor. Das Codewort "Jeans" wird nicht verwendet. Der Beschuldigte erklärte indes, nachdem ihm das Telefongespräch vom 2. Mai 2008 vorgespielt worden war, es seien damit ebenfalls "Jeans" gemeint gewesen (Urk. 3/5 S. 2). Es handelte sich mithin um Kokain, das am folgenden Nachmittag geliefert wurde (a.a.O., S. 2). Im Gespräch vom 5. Mai 2008 forderte der Beschuldigte B._____ lakonisch auf, "zwei" zu machen. Es ist nicht zweifelhaft, dass es sich dabei um eine Bestellung derselben Substanz handelte, die der Beschuldigte, ebenfalls mit einer blossen Zahlenangabe, drei Tage vorher geordert hatte. Der Sachverhalt ist mithin auch diesbezüglich als erstellt zu betrachten. Soweit anlässlich der Telefonate von "Wodka" gesprochen wird, handelt es sich dabei hingegen - entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft - offensichtlich nicht um ein Codewort für Kokain, haben doch sowohl der Beschuldigte als auch

- 19 - B._____ ausgeführt, dass es dabei jeweils tatsächlich um ein Produkt dieses alkoholhaltigen Getränks gegangen sei, das der Beschuldigte vertreibe. Aus der Verwendung dieses Begriffs lassen sich mithin keine weiteren Kokainlieferungen herleiten. Auch an anderen hinreichend konkreten und tragenden Anhaltspunkten für den Anklagevorwurf, der Beschuldigte habe während rund zwei Jahren wöchentlich 20 Gramm Kokaingemisch von B._____ gekauft, mangelt es. Insbesondere sind die von der Untersuchungsbehörde genannten Telefongespräche vom 10. Juni 2008, 19. November 2008, 17. Dezember 2008, 4. Februar 2009 und 25. Mai 2009 für einen solchen Nachweis ungeeignet, führt die Staatsanwaltschaft doch selber aus, dass darin nicht von einer bestimmten Menge Kokain die Rede ist. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte bei insgesamt

E. 3.1

Entscheide Mit Verfügung vom 10. September 2009 stellte die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl eine Strafuntersuchung gegen den Beschuldigten teilweise ein (beigez. Akten G- SU1/2009/1021, Urk. 13) und erliess gleichzeitig einen Strafbefehl (a.a.O., Urk. 12). Mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich wurde die formell rechtskräftig eingestellte Untersuchung wieder aufgenommen (Urk. 11).

E. 3.1.1

Strafbefehl Im rechtskräftigen Strafbefehl wurde der Beschuldigte des mehrfachen Vergehens gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 aBetmG schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu 70 Franken, unter Verweigerung des beding- ten Strafvollzugs, sanktioniert, weil er - im Dezember 2008 und im Februar 2009 insgesamt 6 Gramm Kokain an F._____ veräussert hatte, - vom 2. Mai 2007 bis zum 20. Februar 2009 zusammen mit weiteren, namentlich nicht bekannten Personen durchschnittlich 400 Gramm Haschisch monatlich bei unbekanntem Verkäufern erworben hatte, um dieses an seinem Arbeitsort zum Einkaufspreis, der ihm jeweils im Voraus bezahlt worden war, an die übrigen Käu- fer für deren Eigenkonsum abzugeben, wobei er am 20. Februar 2009 im Mitbe- sitz von insgesamt 872.7 Gramm Haschisch war und - am 20. Februar 2009 an seinem Arbeitsort insgesamt 180.8 Gramm Marihuana aufbewahrte (beigez. Akten G-SU1/2009/1021, Urk. 12 S. 3). Weiter wurde in diesem Strafbefehl eine Busse von 500 Franken für den Konsum von wöchentlich 2 bis 3 Gramm Kokain und 4 bis 5 Gramm Haschisch in der Zeit vom 2. Mai 2007 bis zum 20. Februar 2009 ausgefällt, wobei festgehalten wurde, dass der Beschuldigte diese Drogen jeweils von unbekanntem Verkäufern an un- bekannten Orten zum Eigenkonsum erworben habe. So sei er am 20. Februar

- 22 - 2009 im Mitbesitz von 29.6 Gramm Kokain (enthaltend 21.4 Gramm Reinsub- stanz) gewesen, welche Drogen er zusammen mit anderen Käufern für den gleichzeitigen und seinen eigenen Konsum erworben gehabt habe.

E. 3.1.2

Einstellungsverfügung Eingestellt wurde die Untersuchung betreffend qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz einerseits, weil F._____ seine Aussage, seit zwei Jahren regelmässig wöchentlich 1 bis 3 Gramm Kokain vom Beschuldigten ge- kauft zu haben, widerrufen bzw. im obgenannten Sinn (bloss zweimaliger Kauf von total 6 Gramm Kokain) korrigiert hatte. Zum anderen wurde die Einstellung der auf Art. 19 Ziff. 2 aBetmG bezogenen Untersuchung damit begründet, "dass der Beschuldigte glaubhaft habe darlegen können, dass er das bei ihm aufgefun- dene Kokain jeweils nur zusammen mit anderen gegen Vorauszahlung einkaufte und dieses anschliessend an seinem Arbeitsort von allen Käufern fortlaufend ge- meinsam, zum Teil auch unentgeltlich von anderen Personen, konsumiert werde". Daher habe der Verdacht auf eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäu- bungsmittelgesetz nicht erhärtet werden können, weshalb die Untersuchung ge- gen den Beschuldigten in diesem Punkt einzustellen sei (beigez. Akten der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, Unt.Nr. G-SU1/2009/1021, Urk. 13 S. 2).

E. 3.1.3

Wiederaufnahmeverfügung Mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 13. Mai 2011 wurde die Untersuchung mit folgender Begründung wieder aufgenommen: "Im Einstellungszeitpunkt war der damals zuständigen Verfahrensleitung ... nicht be- kannt, dass der Beschuldigte bereits seit Anfang Juli 2008 zunächst als Unbe- kannter '...' in einer durch die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich geführten Strafuntersuchung stand, in deren Verlauf auch gerichtlich genehmigte geheime Überwachungsmaßnahmen angeordnet wurden. Die daraus gewonnenen Er- kenntnisse (Telefonprotokolle) sowie die späteren Aussagen des Beschuldigten und weiterer Beteiligten lassen das damalige Tatverhalten des Beschuldigten nunmehr in einem etwas anderen Licht erscheinen. Insbesondere erhärtete sich der dringende Tatverdacht aufs Neue,

dass der Beschuldigte bereits im damals

- 23 - relevanten Zeitpunkt (Anfang 2008 bis zum 20. Februar 2009) einen schwunghaf- ten Handel mit deutlich über der Grenze zum schweren Fall liegenden Kokain- mengen betrieben haben dürfte" (Urk. 11 S. 1).

E. 3.2

Würdigung

E. 3.2.1

Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl ging - basierend auf der Darstellung des Beschuldigten in der Schlusseinvernahme (Unt.Nr. G-SU1/2009/1021, Urk. 7 S. 1 ff.), die sie für glaubhaft erachtete - in ihrer Einstellungsverfügung und dem Strafbefehl vom Sachverhalt aus, der Beschuldigte habe nie selber Kokain direkt bei einem Drogenhändler gekauft, im Gegensatz zum Haschisch, das er meist selbst "bestellt" (gemeint: besorgt) habe. Vielmehr habe er einzig im Rahmen von Kollektivbestellungen von Stammgästen (es seien seit Jahren die gleichen 10 bis 12) Vorauszahlungen geleistet, wobei dann jeweils einer derselben die gesamt- haft benötigte Menge gekauft habe. Den von ihm bestellten Anteil habe er dann selbst fortlaufend und gleichzeitig mit den anderen im Hinterzimmer der Bar kon- sumiert, gelegentlich auch anderen unentgeltlich abgegeben. Anders verwendet habe er lediglich die 6 Gramm, die er abgezweigt und F. _____ im Tausch gegen ein elektrisches Kabel, dessen Wert 500 Franken betragen habe, übergeben habe (was mit Strafbefehl geahndet wurde). Wenn weitere Personen einen Teil des Ko- kains hätten kaufen wollen, seien sie abgewiesen worden (S. 3). Art. 19b aBetmG bestimmt, dass nicht strafbar ist, wer nur den eigenen Konsum vorbereitet oder Betäubungsmittel zur Ermöglichung des gleichzeitigen und ge- meinsamen Konsums unentgeltlich abgibt, wenn es sich um geringfügige Mengen handelt (angemerkt sei, dass diese Bestimmung im aktuellen Betäubungsmittel- recht, abgesehen vom explizit implementierten Jugendschutz, inhaltlich unverän- dert ist). Dementsprechend sah die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl im geschilderten Ver- halten des Beschuldigten (abgesehen vom Konsum) kein strafbares Tun und stell- te die Untersuchung ein.

- 24 - Hingegen bestrafte sie den Beschuldigten wegen Haschischhandels im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 aBetmG (obschon es sich auch dabei um Kollektiv- bestellungen handelte), weil er dieses bei unbekanntem Verkäufern selbst be- schafft und hernach den Stammgästen - die eine Vorauszahlung geleistet hatten - zum Eigenkonsum abgab, die dann das Betäubungsmittel teilweise ebenfalls im Barbereich konsumierten, es mitunter aber auch mitnahmen. 3.2.2.1. Die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl erwuchs in (formelle) Rechtskraft. Ein durch Einstellungsverfügung rechtskräftig beendetes Verfahren kann jedoch wieder aufgenommen werden, wenn der Staatsanwaltschaft neue Tatsachen be- kannt werden, die für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der beschuldigten Person sprechen und (kumulativ) sich nicht bereits aus den früheren Akten erge- ben (Art. 323 Abs. 1 StPO, vgl. auch Art. 11 Abs. 2 StPO). Die Wiederaufnahme knüpft mithin an neue Beweismittel und Tatsachen an, die - wären sie im Zeitpunkt der Einstellung der Staatsanwaltschaft bekannt gewe- sen - nicht zu einer Einstellung geführt hätten (Schmid, Praxiskommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2009, N 3 zu Art. 323). Die bloss nachträgliche Entdeckung einer falschen rechtlichen Würdigung des bei der Einstellung bereits bekannten Sachverhalts genügt dagegen nicht. Einer Wiederaufnahme stände diesfalls das Verbot der doppelten

Strafverfolgung (ne bis in idem) entgegen. Die Untersuchung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich ergab hinsichtlich des Sachverhalts betreffend den eingeklagten Zeitraum vom Anfang Januar 2008 bis zum 20. Februar 2009 (die nachfolgenden Ereignisse sind separat zu würdigen, da sie von der Einstellungsverfügung nicht erfasst sind) insbesondere eine neue, relevante Erkenntnis: Nicht nur die anderen Stammgäste, auch er selbst hat Kollektivbestellungen durch Kokainkäufe bei einem Drogenhändler ausgeführt. Er hatte also nicht nur in dem Sinne passiv Kokain erworben, als er solches von einem anderen Stammgast, der es im Rahmen der Sammelbestellungen gekauft

- 25 - und ihm und den Mitkonsumenten hernach zur Verfügung gestellt hatten übernommen, sondern war selbst aktiv geworden, indem er beim Drogenhändler B._____ für die Personen, die sich an der Kollektivbestellung gegen Vorauszahlung des Einstandspreises beteiligt hatten, einkaufte und die Drogen diesen Konsumenten hernach zum fortlaufenden und gemeinsamen Konsum abgab. 3.2.2.2. Damit stellt sich die Frage, ob sich der Beschuldigte durch dieses Tun im Sinne von Art. 19 BetmG (anwendbar ist das neue Recht, wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, Urk. 39 S. 25 f.) strafbar gemacht hat. Die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl hat dies wie erwähnt für den Haschischhandel (bei dem der Beschuldigte ebenfalls als Einkäufer aktiv geworden war) bejaht, die Vorinstanz nun auch für die Käufe A._____s bei B._____. Fingerhuth/Tschurr vertreten im bereits zitierten Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz die Auffassung, dass derjenige, der im Auftrag von Kollegen eine geringfügige Menge Betäubungsmittel zum gleichzeitigen und gemeinsamen Konsum kauft und sie ihnen dann zum gleichen (anteilmässigen) Preis abgibt, im Sinne von Art. 19b BetmG straflos bleibe bzw. eine solche Abgabe als "unentgeltlich" im Sinn dieser Bestimmung zu betrachten sei, zumal Gehilfenschaft zum Konsum straflos sei (a.a.O., N 7 zu Art. 19b BetmG). Diese Argumentation vermag jedoch, wie Schubarth/Albrecht zutreffend einwenden (Schubarth/Albrecht, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19-28 BetmG], 2. Aufl. Bern 2007, N 9 zu Art. 19b BetmG), nicht zu überzeugen, weil sie dem Wortsinn der in Art. 19b BetmG verlangten Unentgeltlichkeit widerspricht. Die Empfänger der Betäubungsmittel erbringen nämlich mit der Bezahlung des anteilmässigen Preises eine Gegenleistung, was eine unentgeltliche Abgabe begrifflich ausschliesst. Dass die Gehilfenschaft zum Konsum generell straflos ist, trifft im Übrigen zwar zu, aber nur solange diese Unterstützung nicht stoffbezogen ist und folglich keine Tathandlung des Art. 19 BetmG erfüllt. Der Beschuldigte kann sich damit nicht zu seiner Entlastung auf Art. 19b BetmG berufen.

- 26 -

E. 3.2.3

Die Untersuchung wurde somit von der Staatsanwaltschaft Zürich zu Recht wieder aufgenommen. Im Übrigen kann ergänzend bezüglich der rechtlichen Würdigung auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 39 S. 26 ff.). Der Beschuldigte hat sich mit dem Erwerb von 120 (von insgesamt 180) Gramm Kokaingemisch von B._____ und der Abgabe an Dritte des Vergehens gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG schuldig gemacht. Obschon die gehandelte Reinsubstanz 18 Gramm deutlich übersteigt, liegt - wie das Bezirksgericht zutreffend begründet hat (a.a.O., S. 27 f.) - kein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG vor, weil angesichts der Konsummodalitäten und des begrenzten Konsumentenkreises von

E. 7

Kokainübergaben, die zwischen dem 2. Mai 2008 und dem 22. Mai 2009 stattfanden, insgesamt 180 Gramm Kokaingemisch von B._____ erhalten hat. Was den Kaufpreis betrifft, so betrug dieser gemäss den Angaben des Beschuldigten in der vorliegenden Untersuchung maximal 80 Franken pro Gramm. Von den genannten 180 Gramm Kokaingemisch ist die Menge in Abzug zu bringen, die der Beschuldigte selber konsumierte oder gelegentlich für den sofortigen gemeinsamen Konsum unentgeltlich an andere Personen abgab (vgl. dazu Anklageziffer 6), nämlich monatlich 3 Gramm, woraus für den massgeblichen Zeitraum von rund 20 Monaten (2. Mai 2008 bis zur Verhaftung am 21. Januar 2010) 60 Gramm resultieren. Die Vorinstanz ist mit zutreffender Begründung, auf die zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden kann, von einem Reinheitsgrad von 33 Prozent ausgegangen (ähnlich Fingerhuth/Tschurr, BetmG-Kommentar, Zürich 2007, N 176 zu Art. 19). Die verbleibenden 120 Gramm Kokaingemisch entsprechen damit knapp 40 Gramm der Reinsubstanz.

- 20 - Der unwiderlegbaren Angabe des Beschuldigten in der Befragung vom 21. Januar 2010 zufolge ist schliesslich davon auszugehen, dass sich die Zahl der Kokainkonsumenten in der Bar des Beschuldigten auf 10 bis 12 Personen belief. Diese Personen schnupften im Hinterzimmer der Bar die 120 Gramm Kokaingemisch, die der Beschuldigte von B._____ gekauft hatte. Dass der Beschuldigte dafür von den Konsumenten mehr als den bei B._____ bezahlten Einstandspreis verlangt hätte (was er wie erwähnt mit Vehemenz bestreitet), ist entgegen der Ansicht der Staatsanwaltschaft und der Vorinstanz nicht erstellt. Wohl behauptet die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift einen Ankaufspreis von 65 bis 80 Franken und einen Verkaufspreis von 90 bis 100 Franken. Die beiden letztgenannten Beträge entnahm sie aber offensichtlich den Aussagen des Beschuldigten im Verfahren bei der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, im Rahmen welcher A._____ 90 bis 100 Franken als in der Regel bezahlten Ankaufspreis bei den Kollektivbestellungen bezeichnet hatte (beigez. Akten G-SU1/2009/1021, Urk. 7 S. 1 f. und 7). Auch in jener Schlusseinvernahme erklärte er unwiderlegbar, "das Ganze" habe nur seinem Konsum gedient, er "verdienne nichts" mit der Angelegenheit". Es gebe "keinen Gewinn bei der Sache", sondern es koste ihn nur Aufwand. 2.4.2. Insgesamt kauften der Beschuldigte und die Stammgäste der Bar gemäss den insoweit glaubhaften Aussagen des Beschuldigten in den beiden in der ersten und der zweiten (bzw. der wieder aufgenommenen) Untersuchung kollektiv während knapp zwei Jahren wöchentlich 20 Gramm Kokain zur Deckung des Eigenkonsums und desjenigen der Mitkonsumenten. Dass der Beschuldigte persönlich die über seine (oben dargelegten) Käufe bei B._____ hinaus gehende Menge beschafft hätte, ist entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft nicht erstellbar.

- 21 - 3. Anklagezeitraum von Anfang Januar 2008 bis 20. Februar 2009: Ne bis in idem?

E. 10

Monaten als angemessen. Der Anrechnung des einen erstandenen Tages Untersuchungshaft steht nichts entgegen. Die Ausfällung einer Geldstrafe ist nicht angezeigt, nachdem sich der Beschuldigte in der Vergangenheit weder von gemeinnütziger Arbeit, noch von einer unbedingten Geldstrafe und auch nicht von mehreren unter Gewährung des bedingten Vollzuges ausgefallenen, insgesamt 16-monatigen Freiheitsstrafen, ja nicht einmal von einer vollzogenen Freiheitsstrafe von drei Monaten nachhaltig beeindruckt liess. 4.5. Betäubungsmittelkonsum (Anklage Ziffer 6) Der Beschuldigte konsumierte während rund 11 Monaten 2 bis 3 Gramm Kokain pro Monat und 4 bis 5 Gramm Haschisch pro Woche.

Von einer bei der subjektiven Tatschwere zu berücksichtigenden Sucht des Beschuldigten kann wie bereits dargelegt allerdings entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 39 S. 41) nicht die Rede sein. Auch ohne Vorliegen einer solchen Abhängigkeit erweist sich die von der Vorinstanz ausgefallene Busse von 500 Franken jedoch - insbesondere auch angesichts der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten - nicht als überhöht, weshalb sie zu bestätigen ist. Die Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall einer Nichtbezahlung ist praxisgemäss auf 5 Tage festzusetzen.

- 38 - IV. Vollzug Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs aufgeführt und zutreffend festgehalten, dass die objektiven Bedingungen dafür erfüllt sind. Der mehrfach und teilweise einschlägig vorbestrafte Beschuldigte hat sich durch die Strafsentscheide und auch durch eine laufende Untersuchung nicht nachhaltig beeindrucken lassen und delinquent seit 2005 beinahe ununterbrochen, wie die beigezogenen Akten zeigen. Selbst die Verurteilung zu drei Monaten Gefängnis unter Verweigerung des bedingten Strafvollzugs und der darauf folgende Vollzug dieser Strafe vermochten den Beschuldigten nicht von weiterer Delinquenz abzuhalten. Sodann wusste der Beschuldigte spätestens nach Erlass des Strafbefehls vom 10. September 2009, dass auch die "kollektive" Beschaffung von Drogen (Haschisch), um diese hernach zum Einkaufspreis an die übrigen Käufer zum Eigenkonsum abzugeben, strafbar war. Trotzdem führte er den Handel mit Kokain unter denselben Beschaffungs- und Abgabemodalitäten wie beim Haschisch weiter. Das indiziert eine Schlechtprognose. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass sich der Beschuldigte mittlerweile eines Besseren besonnen hätte, bestehen nicht. Dass er sich in Behandlung begeben hat, um dem jüngsten Drogenabusus zu begegnen und keine Bar mit Kokain im Hinterzimmer mehr führt, genügt nicht, zumal seine Taten nicht mit einer Drogenabhängigkeit in Verbindung stehen. Darüber hinaus zeigte sich der Beschuldigte trotz seines weitgehenden Geständnisses nicht einsichtig. Insbesondere gab er noch im Schlusswort an, er stehe zu dem, was er tue. Die Szene werde kriminalisiert (Prot. II S. 11). Die heute auszusprechende Strafe ist daher zu vollziehen.

- 39 - V. Massnahme Die Verteidigung beantragt die Anordnung einer ambulanten Massnahme unter Aufschub des Strafvollzugs im Sinne von Art. 63 Abs. 1 und 2 StGB. Gemäss Abs. 1 von Art. 63 StGB kann das Gericht unter anderem bei einem von Suchtstoffen abhängigen Täter eine ambulante Behandlung anordnen, wenn dieser eine Straftat verübt hat, die mit seinem Zustand im Zusammenhang steht und zu erwarten ist, dadurch lasse sich der Gefahr weiterer mit dem Zustand des Täters in Zusammenhang stehender Taten begegnen. Wie schon mehrfach erwähnt und unter Ziff. III.4.1 dieser Urteilsbegründung eingehend begründet, ist jedoch nicht davon auszugehen, dass der Beschuldigte im Zeitraum der Begehung der hier beurteilten Delikte drogenabhängig war. Es ändert auch nichts, dass er sich nach der Verurteilung durch die Vorinstanz zu 16 Monaten Freiheitsstrafe (ohne Gewährung des bedingten Strafvollzugs) in eine ärztliche Behandlung wegen übermässigen Rauschgiftkonsums begeben hat. Er mag nach einer mindestens achtmonatigen Totalabstinenz wieder mit dem Konsum harter Drogen begonnen und dabei in eine Abhängigkeit geraten sein. Das steht aber mit den vorliegenden Taten nicht in einem direkten Zusammenhang. Es fehlt an der für die Anordnung einer Massnahme erforderlichen Konnexität zwischen Taten und Drogensucht, weshalb keine solche anzuordnen ist. VI. Kosten und Entschädigung 1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anlass, von der erstinstanzlichen Kostenaufgabe abzuweichen.

Diese ist daher zu bestätigen. 2. Im Berufungsverfahren unterliegt der Beschuldigte - mit einer nicht ins Gewicht fallenden Ausnahme (Anklage Ziffer 4) - mit seinen Anträgen auf Freispruch. Die Strafe wird deutlich reduziert, jedoch bei weitem nicht im von der Verteidigung

- 40 - beantragten Masse. Auch mit den Anträgen auf Gewährung des bedingten Strafvollzugs und eventualiter Anordnung einer ambulanten Massnahme unter Aufschub des Vollzugs dringt der Beschuldigte nicht durch. Unter diesen Umständen sind ihm $\frac{3}{4}$ der Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen, jedoch infolge Uneinbringlichkeit abzuschreiben. $\frac{1}{4}$ der Kosten sowie die Kosten der früheren amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Alsdann ist dem erbeten verteidigten Beschuldigten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'500.- aus der Staatskasse auszurichten. Das Gericht beschliesst:

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