

BGer 6B_611/2015 vom 17. Dezember 2015

Bundesgericht, 2015-12-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_611_2015

FR: TF 6B_611/2015 du 17 décembre 2015

IT: TF 6B_611/2015 del 17 dicembre 2015

Erwägungen

E. 1.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Mitbeschuldigten C. _____, D. _____ und E. _____ seien zu Unrecht in separat geführten Verfahren verfolgt worden. Da er an deren Einvernahmen nicht habe teilnehmen können, sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 141 und 147 StPO, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK verletzt worden. Zwar sei er mit den Mitbeschuldigten konfrontiert worden. Deren in den jeweiligen Verfahren gemachten und ihn belastenden Aussagen seien jedoch gestützt auf Art. 147 Abs. 4 i.V.m. 141 Abs. 1 StPO absolut unverwertbar. Dasselbe müsse gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO für die Aussagen der Mitbeschuldigten in den Konfrontationseinvernahmen gelten, da diese dort jeweils im Wesentlichen ihre ursprünglichen Belastungen wiederholt hätten.

E. 1.2

Die Vorinstanz erwägt, der Beschwerdeführer sei mit allen Mitbeschuldigten konfrontiert worden und habe Gelegenheit gehabt, diesen Ergänzungsfragen zu stellen. Gemäss aktueller bundesgerichtlicher Rechtsprechung bestehe bei getrennt geführten Verfahren mangels Parteistellung kein gesetzlicher Anspruch auf Teilnahme an den Einvernahmen in den jeweiligen anderen Verfahren. Die Aussagen der Mitbeschuldigten seien deshalb uneingeschränkt und gegebenenfalls auch zum Nachteil des Beschwerdeführers verwertbar.

E. 1.3.1

Nach Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO haben die Parteien das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Der Anspruch auf Teilnahme an den Beweiserhebungen im Untersuchungs- und Hauptverfahren gilt grundsätzlich auch für die Einvernahme von Mitbeschuldigten (BGE 140 IV 172 E. 1.2.2 S. 175; 139 IV 25 E. 5.1-5.3 S. 30 ff.; je mit Hinweisen). Beweise, die in Verletzung dieser Bestimmung erhoben worden sind, dürfen nach Art. 147 Abs. 4 StPO nicht zulasten der Partei verwendet werden, die nicht anwesend war.

Das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen, setzt Parteistellung voraus. Parteien sind die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft sowie im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren die Staatsanwaltschaft (Art. 104 Abs. 1 StPO). In getrennt geführten Verfahren kommt den Beschuldigten im jeweils anderen Verfahren keine Parteistellung zu. Ein gesetzlicher Anspruch auf Teilnahme an den Beweiserhebungen im eigenständigen Untersuchungs- und Hauptverfahren der anderen beschuldigten Person besteht folglich nicht (Art. 147 Abs. 1 StPO e contrario; BGE 141 IV 220 E. 4.5 S. 229 f. mit Hinweisen; 140 IV 172 E. 1.2.3 S. 176).

Die beschuldigte Person hat gegenüber in anderen Verfahren beschuldigten Personen nur, aber immerhin das Recht, mindestens einmal Fragen zu stellen. Die Aussagen von in anderen Verfahren beschuldigten Personen können mithin nur dann zulasten einer beschuldigten Person verwertet werden, wenn diese wenigstens einmal angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, die sie belastenden Aussagen in Zweifel zu ziehen und Fragen an die Beschuldigten in den getrennten Verfahren zu stellen (BGE 141 IV 220 E. 4.5 S. 230; 140 IV 172 E. 1.3 S. 176 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung zum früheren Recht).

E. 1.3.2

Der in Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Anspruch der beschuldigten Person, den Belastungszeugen Fragen zu stellen, ist ein besonderer Aspekt des Rechts auf ein faires Verfahren. Dieser Anspruch wird als Konkretisierung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) auch durch Art. 32 Abs. 2 BV gewährleistet (BGE 131 I 476 E. 2.2 S. 480 ; 129 I 151 E. 3.1 S. 153 f. mit Hinweisen). Der Begriff des Zeugen im Sinne von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK ist autonom und ohne formelle Bindung an das nationale Recht auszulegen. Als Aussagen von Zeugen gelten all jene, die formell zugelassen sind, dem Gericht zur Kenntnis kommen und von ihm verwendet werden können (BGE 131 I 476 E. 2.2 S. 480 f. ; 125 I 127 E. 6a S. 132 mit Hinweisen).

Damit der von Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK garantierte Anspruch gewahrt ist, muss die beschuldigte Person namentlich in der Lage sein, die Glaubhaftigkeit einer Aussage prüfen und den Beweiswert in kontradiktorischer Weise auf die Probe und infrage stellen zu können (BGE 133 I 33 E. 2.2 S. 37 ; 131 I 476 E. 2.2 S. 481 ; 129 I 151 E. 4.2 S. 157; je mit Hinweisen). Das kann entweder zum Zeitpunkt erfolgen, zu dem der Belastungszeuge seine Aussage macht, oder auch in einem späteren Verfahrensstadium (BGE 131 I 476 E. 2.2 S. 481 ; 125 I 127 E. 6b S. 132 f. mit Hinweisen).

E. 1.4

Die Rüge des Beschwerdeführers ist unbegründet. Da ihm in den getrennt geführten Verfahren gegen die Mitbeschuldigten keine Parteistellung zukam, wurde sein Teilnahmerecht nicht verletzt. Inwiefern die Aussagen der Mitbeschuldigten gestützt auf Art. 141 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 StPO absolut unverwertbar sein sollten, legt er nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Sowohl die in den eigenständigen Verfahren der Mitbeschuldigten gemachten Aussagen als auch die diese bestätigenden Aussagen anlässlich der Konfrontationsverhandlungen sind nach der dargelegten Rechtsprechung verwertbar. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers gemäss Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK liegt nicht vor (vgl. Urteil 6B_518/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 2 und 4 mit Hinweisen).

E. 2.1

Der Beschwerdeführer rügt eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz.

E. 2.2

Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (BGE 139 II 404 E. 10.1 S. 445 mit

Hinweisen; zum Begriff der Willkür BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339 ; 138 I 49 E. 7.1 S. 51; je mit Hinweisen). Eine entsprechende Rüge muss klar vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 138 I 225 E. 3.2 S. 228 mit Hinweis). Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Urteil tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253; 139 II 404 E. 10.1 S. 445; 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 5; je mit Hinweisen).

E. 2.3

Der Beschwerdeführer beschränkt sich weitgehend darauf, der vorinstanzlichen Beweiswürdigung in Bezug auf seine Rolle bei der Hanfproduktion und die umgesetzten Mengen Marihuana seine eigene Sicht der Dinge gegenüberzustellen. Dies genügt nicht, um Willkür darzutun. Die Aussagen der Mitbeschuldigten sind wie dargelegt verwertbar (E. 1). Das Gleiche gilt für seine eigenen Aussagen vom 28. November 2012, mit welchen er die angeklagte Menge Marihuana hinsichtlich der Plantage in F._____ anerkannte. Inwiefern der einvernehmende Polizist ihm auf im Sinne von Art. 140 Abs. 1 StPO verbotene Weise mit Verlängerung der Untersuchungshaft gedroht haben soll, legt der Beschwerdeführer nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Der Hinweis darauf, dass die Untersuchungshaft bis zur Durchführung einer Konfrontationseinvernahme verlängert wird, sofern er zu den ihn belastenden Aussagen des Mitbeschuldigten C._____ hinsichtlich der Plantage in F._____ keine Stellung bezieht, kann nicht als Drohung im Sinne dieser Bestimmung eingestuft werden. Es handelte sich dabei um den blossen Hinweis auf eine vom Gesetz vorgesehene mögliche Zwangsmassnahme bei bestehender Kollusionsgefahr. Anzeichen dafür, dass der Beschwerdeführer dadurch eingeschüchtert worden wäre, bestehen keine. Die Einvernahme fand im Beisein seines Verteidigers statt und wurde unmittelbar nach diesem Hinweis für eine halbe Stunde unterbrochen, während welcher sich der Beschwerdeführer mit seinem Rechtsvertreter besprechen konnte. Diesem musste klar sein, dass der Entscheid über die Verlängerung der Untersuchungshaft nicht beim einvernehmenden Polizisten liegt (vgl. Art. 227 StPO). Weder der Beschwerdeführer noch sein Verteidiger erhoben vor oder nach dem Unterbruch der Einvernahme einen Einwand gegen den Hinweis und Ersterer unterzeichnete das fragliche Einvernahmeprotokoll schliesslich ohne Vorbehalte. Gegen das Vorliegen einer unzulässigen Drohung seitens des einvernehmenden Polizisten spricht zudem der Umstand, dass der Beschwerdeführer die Rüge im vorinstanzlichen Verfahren noch nicht vorbrachte.

Die vom Beschwerdeführer angeführten Elemente, welche seiner Ansicht nach für eine erheblich tiefere Menge produzierten Marihuanas sprechen, lassen die vorinstanzliche Beweiswürdigung nicht offensichtlich unhaltbar erscheinen. Dass die Anlage in F._____ den tiefsten Stromverbrauch aller drei Plantagen aufgewiesen haben soll, stellt die Vorinstanz nicht fest. Selbst wenn dem so wäre, würde dies jedoch nicht zwingend ihrer Feststellung entgegenstehen, wonach dort die grösste Menge Marihuana produziert worden ist. Gleiches gilt für den Umstand, dass in F._____ am wenigsten Hanfpflanzen gezüchtet worden sind. So steht beispielsweise nicht fest, ob an allen Standorten dieselbe Technik zum Einsatz kam und die gleichen Pflanzensorten angebaut wurden. Entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers war die Anlage in F._____ sodann gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen nicht nur bis Juni 2010, sondern bis Dezember 2010 in Betrieb. Die Plantage wies demnach nicht die kürzeste, sondern die längste Betriebsdauer auf. Aus diesen Gründen lässt sich die von der Vorinstanz angenommene produzierte Menge von 50 kg Marihuana in der Anlage F._____ nicht mittels "einfacher

Dreisatzrechnung" aufgrund des Geständnisses des Beschwerdeführers hinsichtlich der geernteten Menge in der Anlage in G. _____ als offensichtlich unrichtig widerlegen. In Bezug auf die Anlage in H. _____ würdigt die Vorinstanz die verschiedenen Aussagen des Beschwerdeführers und der Mitbeschuldigten im Laufe der Untersuchung und legt nachvollziehbar dar, weshalb sie auf die angenommene Menge von 36 kg Marihuana kommt. Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander, sondern versucht anhand selektiver Aussagen aufzuzeigen, dass die produzierte Menge geringer war. Damit vermag er keine willkürliche Beweiswürdigung aufzuzeigen.

Schliesslich durfte die Vorinstanz die vom Beschwerdeführer beantragte erneute Einvernahme der Mitbeschuldigten zwecks Klärung der Tatbeiträge im Zusammenhang mit der Anlage in G. _____ willkürfrei ablehnen. Das Gericht kann in antizipierter Beweiswürdigung auf die Abnahme von Beweisen verzichten, wenn es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, diese werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (vgl. Art. 139 Abs. 2 StPO ; BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 f. mit Hinweisen). Dies war vorliegend der Fall, nachdem die Einvernahmen der Mitbeschuldigten verwertbar sind (vorne E. 1) und der Beschwerdeführer bezüglich Menge und Gewinnanteil geständig ist. Selbst wenn die Mitbeschuldigten aufgrund ihrer rechtskräftigen Verurteilungen nunmehr als Zeugen unter durch Strafdrohung gesicherter Wahrheitspflicht aussagen würden (Art. 163 Abs. 2 StPO ; Art. 307 StGB), änderte dies nichts daran. Deren Aussagen käme somit zwar grundsätzlich ein erhöhtes Gewicht zu (Urteil 1B_187/2015 vom 6. Oktober 2015 E. 1.5.3). Die Vorinstanz legt indessen dar, dass die Mitbeschuldigten in den Konfrontationseinvernahmen auf die Straftatbestände der falschen Anschuldigung, Irreführung der Rechtspflege und Begünstigung aufmerksam gemacht wurden. Sie führt zutreffend aus, dass im vorliegenden Fall selbst abweichende Aussagen im Vergleich zu jenen im Vorverfahren nicht automatisch glaubhafter wären, da die Taten nunmehr rund drei bis sechs Jahre zurückliegen, Absprachen nicht ausgeschlossen werden können und den Mitbeschuldigten allenfalls ein Zeugnisverweigerungsrecht zustünde.

E. 3.1

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Strafzumessung.

E. 3.2

Soweit der Beschwerdeführer von einem Sachverhalt ausgeht, der von den willkürfreien Feststellungen der Vorinstanz abweicht (vgl. E. 2), ist darauf nicht einzutreten.

E. 3.3

Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung gemäss Art. 47 ff. StGB wiederholt dargelegt (BGE 136 IV 55 E. 5.4 f. S. 59 f. mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden. Das Sachgericht verfügt auf dem Gebiet der Strafzumessung über ein weites Ermessen. Das Bundesgericht greift auf Beschwerde in Strafsachen hin nur ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafraumen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. durch Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 136 IV 55 E. 5.6 S. 61; 135 IV 130 E. 5.3.1 S. 134 f.; 134 IV 17 E. 2.1 S. 19 f.; je mit Hinweisen).

E. 3.4

Die Vorinstanz setzt sich in ihren Erwägungen zur Strafzumessung mit den wesentlichen schuldrelevanten Komponenten auseinander und würdigt sämtliche Zumessungsgründe zutreffend. Dass sie sich dabei von rechtlich nicht massgebenden Gesichtspunkten hätte leiten lassen oder wesentliche Gesichtspunkte nicht berücksichtigt hätte, ist nicht ersichtlich. Das Gericht ist zudem grundsätzlich nicht gehalten, in Zahlen oder Prozenten anzugeben, wie es die einzelnen Strafzumessungsgründe gewichtet (BGE 136 IV 55 E. 5.6 S. 61 mit Hinweis). Es kann daher grundsätzlich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urteil, S.18 ff.).

Wenn die Vorinstanz unter Annahme eines keineswegs mehr leichten Tatverschuldens eine Einsatzstrafe von 3 ½ Jahren festsetzt, ist dies nicht zu beanstanden. Angesichts des weiten Strafrahmens von einem bis 20 Jahren Freiheitsstrafe (Art. 19 Abs. 2 BetmG) steht die Formulierung des Verschuldens mit der Festsetzung des Strafmasses im Einklang.

Ob die Vorinstanz aufgrund der festgestellten THC-Werte zwischen 9.9% bis 16% zu Recht von einem beachtlich hohen THC-Gehalt der untersuchten Betäubungsmittel ausging, kann offenbleiben. Es ist nicht ersichtlich und auch nicht zu erwarten, dass dieser Umstand bei der Bemessung der objektiven Tatschwere von massgeblichem Gewicht war. Zudem stützt sich die Vorinstanz bei ihrer Einschätzung auf das Gutachten des Forensischen Instituts Zürich vom 5. November 2012, wonach gemäss den Richtlinien vom März 2012 der Gruppe Forensische Chemie der Schweizerischen Gruppe für Rechtsmedizin Marihuana mit einem THC-Wert von mehr als 8% als solches mit hohem Wirkstoffgehalt gilt (act. 22/3, S. 4).

Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers liegt gewerbsmässiges Handeln nicht bloss im Zeitraum von Mai 2011 bis August 2012 vor. Nach der Rechtsprechung handelt der Täter gewerbsmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufes ausübt. Wesentlich ist ausserdem, dass der Täter sich darauf einrichtet, durch sein deliktisches Handeln relativ regelmässige Einnahmen zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten seiner Lebensgestaltung darstellen. Zudem muss er die Tat bereits mehrfach begangen haben (BGE 129 IV 188 E. 3.1.2 S. 191; Urteil 6B_1192/2014 vom 24. April 2015 E. 3.2; je mit weiteren Hinweisen). Zumindest seit Inbetriebnahme der ersten Hanfplantage im September 2009 liegt gemäss den willkürfreien vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen gewerbsmässiges Handeln vor, da der Beschwerdeführer durch die Marihuana-Verkäufe regelmässig grosse Umsätze und erhebliche Gewinne erwirtschaftete. Wesentlich ist, dass er sich darauf eingerichtet hat, durch deliktische Handlungen relativ regelmässige Einnahmen zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an seine Lebenshaltungskosten darstellten. Der Beschwerdeführer handelte auch insoweit mindestens eventualvorsätzlich. Für die Qualifikation der Gewerbsmässigkeit grundsätzlich nicht massgebend ist die Relation der deliktischen Einnahmen zum ordentlichen Erwerbseinkommen (BGE 123 IV 113 E. 2c S. 117; a.M. NIGGLI/RIEDO, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 3. Aufl. 2013, N. 98 zu Art. 139 StGB). Aufgrund der vorinstanzlichen Ausführungen zum gewerbsmässigen Handeln ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz eine solche zutreffend erst ab September 2009 annimmt.

Nicht widersprüchlich ist, wenn die Vorinstanz feststellt, der Beschwerdeführer habe sich, anders als vom erstinstanzlichen Gericht angenommen, nicht als Chef einer kleinen

Organisation gebart, gleichzeitig aber festhält, er sei bei allen drei Plantagen Hauptinitiant und Hauptgeldgeber gewesen. Gleiches gilt für den Umstand, dass sie ihm aufgrund seiner Beteiligung an allen drei Plantagen, seines Know-hows und seiner langjährigen einschlägigen Erfahrung eine entscheidende Rolle innerhalb der Bande zuerkennt.

Nicht zu beanstanden ist schliesslich, wenn die Vorinstanz dem Beschwerdeführer trotz selbständiger Erwerbstätigkeit im Rahmen seines Einmann-Unternehmens eine besondere Strafeempfänglichkeit abspricht. Eine solche ist nur bei aussergewöhnlichen Umständen zu bejahen, da die Verbüssung einer Freiheitsstrafe für jede arbeitstätige und in ein familiäres Umfeld eingebettete Person mit einer gewissen Härte verbunden ist (vgl. Urteil 6B_375/2014 vom 28. August 2014 E. 2.6 mit Hinweisen). Der Vollzug einer längeren Freiheitsstrafe bringt es zwangsläufig mit sich, dass der Betroffene aus seiner Umgebung und damit allenfalls aus einem günstigen beruflichen Umfeld herausgerissen wird (vgl. Urteil 6B_499/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 1.4 mit Hinweis).

E. 3.5

Die vorinstanzliche Strafzumessung hält insgesamt vor Bundesrecht stand. Die ausgefallte Freiheitsstrafe von 3¾ Jahren ist nicht unhaltbar hart. Sie hält sich bei einer Gesamtbetrachtung noch innerhalb des sachgerichtlichen Ermessens.

Der bedingte Strafvollzug kommt demnach aus objektiven Gründen nicht in Frage (vgl. Art. 42 Abs. 1 StGB), weshalb auf den entsprechenden Antrag des Beschwerdeführers nicht einzugehen ist. Der Aufschub der Strafe wäre indessen auch bei der von ihm beantragten Strafhöhe ausgeschlossen gewesen.

E. 4

Soweit sich der Beschwerdeführer gegen die Ersatzforderung von Fr. 340'000.-- wendet, tut er dies nur im Hinblick auf die von ihm geltend gemachte willkürliche Sachverhaltsfeststellung betreffend Drogenmenge und unter Anwendung des Nettoprinzips. Inwiefern die von der Vorinstanz festgelegte Höhe der Ersatzforderung aufgrund des willkürfrei festgestellten Sachverhalts bundesrechtswidrig sein soll, legt er nicht dar. Dies ist auch nicht ersichtlich, nachdem die Vorinstanz bei der Festlegung der Ersatzforderung nicht nach dem reinen Bruttoprinzip verfährt, sondern Infrastruktur-, Betriebs- bzw. Mietkosten im Umfang von etwa einem Drittel abzieht (vgl. Urteile 6B_978/2014 vom 23. Juni 2015 E. 6.3.3, zur Publikation vorgesehen; 6B_986/2008 vom 20. April 2009 E. 6.1.1; je mit Hinweisen).

E. 5

Der Antrag des Beschwerdeführers hinsichtlich Kostendeckung und Beschlagnahme deckt sich mit den Anordnungen im vorinstanzlichen Urteil. Darauf ist folglich nicht einzugehen.

E. 6

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die bundesgerichtlichen Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.

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