

ZH_OBERGERICHT SB120546 vom 11. Juli 2013

ZH Obergericht, 2013-07-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB120546

FR: ZH_OBERGERICHT SB120546 du 11 juillet 2013

IT: ZH_OBERGERICHT SB120546 del 11 luglio 2013

Erwägungen

E. 11

Dezember 2012 (Urk. 37/2), reichte die Verteidigung am 31. Dezember 2012 die Berufungserklärung ein (Urk. 41). Mit Präsidialverfügung vom 8. Januar 2013 erhielt die Staatsanwaltschaft die Berufungserklärung zugestellt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen, während der Beschuldigte aufgefordert wurde, dem Gericht das "Datenerfassungsblatt" sowie die aufgelisteten Unterlagen einzureichen (Urk. 43). Mit Eingabe vom 24. Januar 2013 teilte die Staatsanwaltschaft ihren Verzicht auf die Erhebung einer Anschlussberufung mit und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils. Zudem ersuchte sie unter Hinweis auf Art. 405 Abs. 2 StPO um Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung (Urk. 45). Der amtliche Verteidiger des Beschuldigten beantragte in seiner Eingabe vom 29. Januar 2013 – unter Hinweis auf den Umstand, dass der Beschuldigte nun wieder in Albanien lebe – es sei weiterhin auf die aktenkundige finanzielle Lage des Beschuldigten abzustellen, wonach der Beschuldigte offensichtlich mittellos sei (Urk. 46 S. 2). 1.4. Mit Präsidialverfügung vom 30. Januar 2013 wurde die Verteidigung unter Fristansetzung aufgefordert, der Berufungsinstanz mitzuteilen, ob der Beschuldigte an der Berufungsverhandlung persönlich teilzunehmen gedenke oder ob ein Dispensationsgesuch gestellt werde resp. ob sie diesfalls mit dem schriftlichen Berufungsverfahren einverstanden wäre. Auch der Staatsanwaltschaft wurde Frist zur Mitteilung angesetzt, ob sie – sofern ein solches Gesuch gestellt würde – Einwände hätte gegen eine Dispensation des Beschuldigten vom persönlichen

- 6 - Erscheinen zur Berufungsverhandlung, und ob sie im Falle eines Dispensationsgesuches mit dem schriftlichen Berufungsverfahren einverstanden wäre (Urk. 48 S. 3). Mit Eingabe vom 5. Februar 2013 ersuchte die Verteidigung um Dispensation des Beschuldigten von einer allfälligen Berufungsverhandlung und erklärte sich mit dem schriftlichen Berufungsverfahren einverstanden (Urk. 50 S. 2). Die Staatsanwaltschaft hielt in ihrer Eingabe vom 6. Februar 2013 (Urk. 52) fest, eine Dispensation des Beschuldigten von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung sei nicht angezeigt, in Anbetracht dessen, dass die Verteidigung in ihrem Plädoyer anlässlich der Hauptverhandlung vor Vorinstanz – bei welcher dem Beschuldigten das persönliche Erscheinen ebenfalls bereits erlassen worden war – vorgebracht habe, der Beschuldigte wolle sein in der Untersuchung abgelegtes Geständnis widerrufen wissen. Die Staatsanwaltschaft erklärte sich allerdings mit der Durchführung des schriftlichen Berufungsverfahrens einverstanden, sollte die Berufungsinstanz sich in der Lage sehen, die erwähnten Rechtsfragen auch ohne Befragung des Beschuldigten beantworten und die Sanktion festsetzen zu können (Urk. 52 S. 3). In der Folge erklärte sich die Staatsanwaltschaft mit der schriftlichen Durchführung des Verfahrens einverstanden (Urk. 53). 1.5. Mit Präsidialverfügung vom 11. Februar 2013

wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und dem Beschuldigten Frist angesetzt, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen sowie letztmals Beweisanträge zu stellen (Urk. 54). Die Berufungsbegründung des Beschuldigten vom 11. März 2013 (Urk. 56) wurde mit Präsidialverfügung vom 13. März 2013 (Urk. 58) der Staatsanwaltschaft sowie der Vorinstanz zugestellt. Der Staatsanwaltschaft wurde Frist für die Berufungsantwort sowie das Stellen von Beweisanträgen angesetzt und der Vorinstanz wurde Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung innert derselben Frist gegeben (Urk. 58 S. 2). Die Berufungsantwort der Staatsanwaltschaft – eingegangen am 26. März 2013 (Urk. 60) – wurde der Verteidigung zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt (Urk. 61). Die Verteidigung liess sich mit Eingabe vom 29. April 2013 vernehmen (Urk. 63), welche der Staatsanwaltschaft wiederum zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt wurde (Urk. 65). Die Staatsanwaltschaft erklärte mit Schreiben vom 7. Mai 2013 ihren Verzicht auf Vernehmlassung zur

- 7 - Eingabe der Verteidigung vom 29. April 2013 (Urk. 67). Eine Stellungnahme der Vorinstanz ging nicht ein. 2. Mit der Berufung ficht der Beschuldigte die Dispositivziffern 1 und 2 des vorinstanzlichen Urteils an. Sodann wird eine Genugtuung und Entschädigung für Überhaft in der Höhe von insgesamt mindestens Fr. 6'270.– beantragt (Urk. 56 S. 2) und insofern auch Dispositivziffern 8 und 9 angefochten. 3. Auf die Stellung von Beweisanträgen wird seitens des Beschuldigten verzichtet (Urk. 56 S. 3). II. Sachverhalt 1.1. Grundsätzlich anerkannte der Beschuldigte den der Anklage zugrundeliegenden Sachverhalt in der Untersuchung (Urk. 1/5 S. 6). Da die Vorinstanz den Beschuldigten auf entsprechendes Ersuchen des amtlichen Verteidigers hin (Urk. 1/20) von der Teilnahme an der Hauptverhandlung dispensiert hatte (Urk. 1/22), fand keine Befragung durch die Vorinstanz statt. 1.2. Die Verteidigung bringt in der Berufungsbegründung – wie schon vor Vorinstanz – vor, dass sich die dem Beschuldigten in der Anklageschrift vorgeworfene Aufbewahrung oder der Besitz der im Gebüsch an der ... [Adresse] gebunkerten Drogen (Heroin von total 155,7 Gramm brutto mit einem Reinheitsgehalt von 10 Prozent und somit netto 15.74 Gramm reines Heroin) nicht mit dem Untersuchungsergebnis abdecken lasse (Urk. 56 S. 4). Nie habe der Beschuldigte die restlichen dort gelagerten 25 Portionen Heroin selbst besessen oder gelagert und habe darüber auch nicht selbst verfügen können. Dies sei auch nie seine Absicht gewesen. Ohne Anruf des unbekanntes Albaners, der wohl der Eigentümer und Besitzer dieser Drogen gewesen sei, sollte rein gar nichts geschehen. Der Beschuldigte sei lediglich Laufbursche und Auftragnehmer gewesen (Urk. 56 S. 4). Der Beschuldigte habe zwar theoretisch jederzeit Zugriffsmöglichkeit auf die versteckten Drogen gehabt, wie von der Anklagebehörde und der Vorinstanz vorgebracht, jedoch – wie in der Anklageschrift ebenfalls korrekt wiedergegeben –

- 8 - nicht die Berechtigung gehabt, darüber frei zu verfügen. Er habe nur das tun dürfen, was ihm der unbekanntes Albaner mittels Telefon übermittelt habe, ansonsten ihm von Seiten des unbekanntes Albaners logischerweise Ungemach garantiert gewesen wäre. Somit könne dem Beschuldigten keinesfalls der Besitz der gesamten sichergestellten Drogenmenge angelastet werden. Er habe über diese Drogen nie Verfügungsgewalt gehabt. Der Beschuldigte sei lediglich ein Läufer gewesen, dem das Drogenversteck zwecks Herausnahme einzelner Minigrrips mit Heroin, auf jeweiligen Auftrag hin, mitgeteilt worden sei. Dass der Beschuldigte nach eigenen Angaben dabei die gesamten Drogenportionen aus dem Versteck geholt habe, um deren Bestand, eventuell auch die Vollständigkeit zu überprüfen, wie ihm dies von der Untersuchungsbehörde und nun von der Vorinstanz

vorgeworfen werde, sei dahingehend zu interpretieren, dass der Beschuldigte eben nicht über die ganze Drogenmenge habe verfügen können, noch diese je besessen habe noch habe besitzen wollen. Der Beschuldigte habe offensichtlich vielmehr Angst gehabt, dass wenn Drogen fehlen würden, er vom unbekanntem Albaner zu Rechenschaft gezogen würde. Der Beschuldigte habe wohl damit gerechnet, dass noch weitere Drogenkuriere von diesem Drogenversteck gewusst hätten und habe sich selbstredend davor verhalten wollen, Heroin ohne Auftrag aus diesem Versteck genommen zu haben. Der Beschuldigte habe nie die Berechtigung noch die Absicht gehabt, das restliche versteckte Heroin von total 155.7 Gramm brutto zu besitzen oder gar darüber zu verfügen. Der Beschuldigte sei aus diesem Grund vom Besitz gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit einem schweren Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG freizusprechen (Urk. 56 S. 6). 1.3. Der Beschuldigte wurde am 30. April 2012 bei der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl einvernommen (Urk. 1/5). Auf entsprechenden Vorhalt, wonach er am 27. März 2012 in der Nähe der Kirche ... ein Paket mit Drogen aus einem Gebüsch genommen und wieder hineingelegt haben soll, entgegnete der Beschuldigte, er habe damals nur ein kleines Minigrip der versteckten Betäubungsmittel herausgenommen und die anderen wieder ins Gebüsch gelegt. Er sei zu diesem

- 9 - Gebüsch gegangen um "es" abzuholen für den Weiterverkauf. Er habe von einem Albaner namens B. _____ gewusst, dass in diesem Gebüsch Betäubungsmittel lagen. Er kenne B. _____, dieser sei jedoch in Albanien. Das Minigrip habe er weiterverkaufen sollen, womit er beauftragt worden sei. Auf die Frage, wie er diesen Auftrag erhalten habe, sagte der Beschuldigte aus, er habe immer auf Telefonanrufe gewartet (Urk. 1/5 S. 2). B. _____, der zur Zeit in Albanien sei, habe ihm jeweils diese Aufträge erteilt. Er habe die Aufträge von Albanien aus erhalten. Auf die Frage, ob er dies schon öfters gemacht habe oder dies das erste Mal gewesen sei, sagte der Beschuldigte, dass er schon einmal da gewesen sei, als ihm gezeigt worden sei, wo die Drogen deponiert worden seien. Er hätte ca. Euro 500.- pro Monat bekommen sollen. Er habe zuvor schon einmal ein kleines Minigrip geholt und dieses auf der Strasse verkauft. Den Erlös habe er behalten. Das zweite Minigrip habe er auch verkauft; es seien jeweils 5 Gramm gewesen. Er glaube, er habe dafür Fr. 140.- erhalten. Auf die Frage, was er mit dem Geld aus dem Verkauf des Heroins (im Gebüsch seien insgesamt ca. 25 Portionen Heroin gelegen) hätte machen müssen, sagte der Beschuldigte, dass er das Geld B. _____ hätte geben müssen (Urk. 1/5 S. 3). Er wäre zu ihm nach Albanien gefahren und hätte es ihm dort gegeben. In Kontakt mit den Käufern der Drogen sei er aufgrund telefonischer Hinweise von B. _____ gekommen (Urk. 1/5 S. 4). Die Frage, ob er kontrolliert habe, ob die Drogen vollständig und noch vorhanden gewesen seien, bejahte der Beschuldigte (Urk. 1/5 S. 6). III. Rechtliche Würdigung 1.1 Auf die zutreffenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz kann verwiesen werden (Urk. 39 S. 5 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu ergänzen ist, dass gemäss Bundesgericht der Besitz im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes, entsprechend dem Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl, Herrschaftsmöglichkeit und Herrschaftswille voraussetzt. Dabei umfasst Herrschaftsmöglichkeit die tatsächliche Möglichkeit des Zugangs zur Sache und das Wissen darum, wo sie sich befindet, und der Herrschaftswille bezeichnet den Willen, die Sache der tatsächlichen Möglichkeit gemäss zu beherrschen (BGE 119 IV 269 Erw. 3 c; Gustav

- 10 - Hug-Beeli, Rechtsprechung zu den Betäubungsmitteldelikten seit 1991, Lachen SZ/St. Gallen 1997, S. 22). 1.2 Der Beschuldigte hat anlässlich der staatsanwaltlichen

Einvernahme vom 30. April 2012 auf entsprechende Frage ausgeführt, dass er das Geld aus dem Verkauf der weiteren 25 Portionen Heroin, welche sich im fraglichen Gebüsch befunden hätten, B._____ gegeben hätte (Urk. 1/5 S. 3). Dies zeigt deutlich, dass er grundsätzlich alle oder einen Grossteil der im Gebüsch gelagerten Heroin-Portionen hätte verkaufen und damit in Verkehr bringen können resp. sollen und dies auch wollte. Die Aussagen des Beschuldigten, wonach er kontrolliert habe, ob die Drogen vollständig oder noch vorhanden seien (Urk. 5 S. 6), sind – wie die Vorinstanz richtig feststellte (Urk. 39 S. 6 f.) – ein Hinweis darauf, dass er eine gewisse Verantwortung bezüglich der Heroin-Portionen im Gebüsch hatte, auch wenn allenfalls andere "Verkäufer" Zugriff auf das Versteck hatten. Es war denn auch die Idee, dass er vom Portionen-Bestand im Gebüsch weitere oder sogar alle Portionen entnehmen und verkaufen würde. Der Beschuldigte hatte somit sowohl Herrschaftsmöglichkeit als auch Herrschaftswille an den sich in seinem Zugriffsbereich befindenden Heroin-Portionen und somit Besitz im Sinne des BetmG. 1.3. Demzufolge ist der Beschuldigte der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig zu sprechen. IV. Sanktion 1.1. Die Vorinstanz bestrafte den Beschuldigten mit einer bedingten Freiheitsstrafe von 13 Monaten, abzüglich 71 Tage erstandener Haft. Die Vorinstanz hat den Strafrahmen und die Regeln der Strafzumessung richtig und ausreichend dargelegt. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann vorab darauf verwiesen werden (Urk. 39 S. 7 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Ergänzend sei zunächst noch auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung hingewiesen (BGE 136 IV 55

- 11 - E.5.4; 6B_323/2010, vom 23. Juni 2010 E. 2; 6B_865/2009, vom 25. März 2010 und 6B_238/2009, vom 8. März 2010, je mit Hinweisen). Auch die hier massgeblichen Strafzumessungskriterien wurden von der Vorinstanz zutreffend aufgeführt. Die Elemente der objektiven und subjektiven Tatschwere wurden ausreichend und korrekt dargelegt (Urk. 39 S. 8 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Der vorinstanzlichen Würdigung, wonach die objektive und subjektive Tatschwere eher leicht wiege, kann folglich beigespflichtet werden. Eine hypothetische Einsatzstrafe von 14 -15 Monaten Freiheitsstrafe (Urk. 39 S. 14) trägt allen massgebenden Faktoren Rechnung und ist zu bestätigen. 1.2. Auch die Täterkomponenten wurden im vorinstanzlichen Urteil korrekt dargestellt, weshalb ebenfalls darauf verwiesen werden kann (Urk. 39 S. 10 f., Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu den persönlichen Verhältnissen hat der amtliche Verteidiger in der Berufungsbegründung ergänzend ausgeführt, dass der Beschuldigte mittlerweile wieder in Albanien lebe und – wie vor seiner Reise in die Schweiz – wieder als Kellner arbeite. Sein monatliches Gehalt betrage EUR 100.- (Urk. 56 S. 8). Aus den persönlichen Verhältnissen lassen sich weiterhin weder belastende noch wesentlich entlastende Elemente ableiten. 1.3. In Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Ausführungen ist jedoch das Nachtatverhalten des Beschuldigten, nämlich sein Geständnis und seine Reue sowie der Umstand, dass er sich für seine Taten entschuldigte, strafmindernd zu berücksichtigen (Urk. 39 S. 10, Art. 82 Abs. 4 StPO). 1.4. In Würdigung aller Täterkomponenten ist somit insgesamt eine leichte Reduktion der hypothetischen Einsatzstrafe angezeigt. Eine Freiheitsstrafe von

E. 13

Monaten erscheint folglich dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen. 1.5. Betreffend die anrechenbaren durch Haft erstandenen Tage, bringt die Verteidigung vor, die Vorinstanz habe fälschlicherweise nur 71 Tage erstandene Haft angerechnet (Urk. 39 S. 11), dem Beschuldigten seien jedoch 72 Tage Haft

anzurechnen (Urk. 56 S. 2 und 8). Da der Beschuldigte am 29. März 2012 um 11.45 Uhr verhaftet und am 8. Juni 2012 um 15.00 Uhr respektive 15.45 Uhr aus

- 12 - der Sicherheitshaft entlassen und dem Migrationsamt zugeführt wurde (Urk. 25), hat er am Tage der Verhaftung und an jenem der Entlassung zusammen mehr als 24 Stunden in Haft verbracht, weshalb ihm beide Tage anzurechnen sind [ZR 81 (1985) 375]. Der Anrechnung von 72 Tagen erstandener Haft steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). V. Vollzug 1.1. Zwecks Vermeidung von Wiederholungen kann wiederum auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu den Voraussetzungen des bedingten Strafvollzugs verwiesen werden (Urk. 39 S. 11; Art. 82 Abs. 4 StPO). 1.2. Die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs sind vorliegend sowohl in objektiver wie auch in subjektiver Hinsicht erfüllt, weshalb der Vollzug der heute auszusprechenden Freiheitsstrafe von 13 Monaten aufzuschieben ist. Die Probezeit ist auf zwei Jahre anzusetzen. VI. Kosten 1.1. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens dem Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 StPO), weshalb das vorinstanzliche Kostendispositiv (Ziffern 8 und 9) zu bestätigen ist. 1.2. Zudem sind dem im Berufungsverfahren unterliegenden Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens – ausgenommen die Kosten der amtlichen Verteidigung – vollumfänglich aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Rückzahlungspflicht für die Kosten der amtlichen Verteidigung nach Art. 135 Abs. 4 StPO bleibt vorbehalten. 1.3 Entsprechend dem Ausgang des Berufungsverfahrens hat der Beschuldigte keinen Anspruch auf Entschädigung oder Genugtuung (Art. 429 Abs. 1 StPO i.V. mit Art. 436 Abs. 1 StPO).

- 13 - Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 1. Abteilung, vom 9. Oktober 2012 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "1.-3. (...) 4. Die sichergestellten und bei der Stadtpolizei Zürich deponierten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Lagernummer ...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen. 5. Die sichergestellte und bei der Kasse des Bezirksgerichts Zürich deponierte Barschaft von Fr. 90.– (Barkautionsnummer ...) wird eingezogen und zur Deckung der Verfahrenskosten verwendet. 6. Der sichergestellte und bei der Kasse des Bezirksgerichts Zürich deponierte albanische Reisepass Nr. ..., lautend auf A._____, (Sachkautionsnummer ...) wird dem Beschuldigten bzw. seinem Rechtsvertreter nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen ausgehändigt. Falls der Beschuldigte bzw. sein Rechtsvertreter die Herausgabe nicht binnen eines Monats seit Rechtskraft des Entscheides verlangt, wird der Reisepass der Botschaft der Republik Albanien zur gutscheinenden Verwendung überlassen. 7. Das sichergestellte und bei der Kasse des Bezirksgerichts Zürich deponierte Mobiltelefon der Marke "LG", GS101, schwarz, IMEI-Nr. ... wird dem Beschuldigten bzw. seinem Rechtsvertreter nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf erstes Verlangen ausgehändigt. Falls der Beschuldigte bzw. sein Rechtsvertreter die Herausgabe nicht binnen eines Monats seit Rechtskraft des Entscheides verlangt, wird das Mobiltelefon durch die Lagerbehörde vernichtet. 8.-9. (...) 10. (Mitteilungen) 11. (Rechtsmittel)" 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

- 14 - Es wird erkannt:

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