

ZH_OBERGERICHT SB140544 vom 26. März 2015

ZH Obergericht, 2015-03-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB140544

FR: ZH_OBERGERICHT SB140544 du 26 mars 2015

IT: ZH_OBERGERICHT SB140544 del 26 marzo 2015

Erwägungen

E. 1

Mit dem eingangs im Dispositiv zitierten Urteil vom 22. September 2014 wurde der Beschuldigte von der Vorinstanz vom Vorwurf des Vergehens gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG freigesprochen. Weiter wurden die von der Stadtpolizei sicher- gestellten Betäubungsmittel eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen. Dann wurde erkannt, dass der von der Stadtpolizei Zürich sicherge- stellte und bei ihr lagernde Schlüssel der berechtigten Person auf erstes Verlan- gen herausgegeben werde. Weiter wurde entschieden, dass die beschlagnahmte Barschaft von Fr. 60.-- dem Beschuldigten herauszugeben sei. Schliesslich wurden die Kosten auf die Gerichtskasse genommen und dem Beschuldigten keine Entschädigung für erlittene Polizei- und Untersuchungshaft zugesprochen (Urk. 46 S. 15f.).

E. 2

Gegen das schriftlich eröffnete Urteil hat die Staatsanwaltschaft fristgerecht Berufung angemeldet (Urk. 37). Der begründete Entscheid wurde den Parteien am 24. November bzw. am 26. November 2014 zugestellt (Urk. 45/1-2). Mit Ein- gabe vom 15. Dezember 2014 reichte die Staatsanwaltschaft innert Frist die Berufungserklärung ein und ficht darin den Freispruch an, verlangt die Bestrafung des Beschuldigten mit einer Freiheitsstrafe von 2 Monaten unbedingt, den Wider- ruf der vom Amt für Justizvollzug am 27. August 2013 verfügten bedingten Entlassung des Beschuldigten und den Vollzug der Reststrafe von 61 Tagen Freiheitsstrafe. Weiter soll die mit Verfügung vom 23. Juli 2014 beschlagnahmte Barschaft von Fr. 60.-- zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten verwendet werden. Schliesslich beantragt die Staatsanwaltschaft die Vernichtung der be- schlagnahmten Betäubungsmittel und die Kostenaufgabe zulasten des Beschul- digten (Urk. 48). Mit Präsidialverfügung vom 16. Dezember 2014 wurde dem Beschuldigten eine Kopie der Berufungserklärung der Staatsanwaltschaft zuge- stellt und Frist zu einer allfälligen Anschlussberufung oder zu einem Nicht- eintretensantrag angesetzt (Urk. 50). Mit derselben Verfügung wurde dem

- 5 - Beschuldigten ausserdem Frist zur Einreichung des Datenerfassungsblattes sowie weiterer Unterlagen angesetzt (Urk. 50), welchen Aufforderungen der Beschuldigte jedoch keine Folge leistete. Am 30. Januar 2015 wurde auf die Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 52). Diese fand am 26. März 2015 statt (Prot. II S. 4ff.), wobei der Beschuldigte trotz ordnungsgemässer Vorladung (Urk. 52 und 53) nicht erschien, weshalb seine Verteidigerin ein Dispensations- gesuch für den Beschuldigten stellte, welches gutgeheissen wurde (Prot. II S. 5).

E. 3

Umfang der Berufung Nachdem die Staatsanwaltschaft die Vernichtung der Betäubungsmittel (Dispositiv-Ziffer 2) und die Herausgabe des Schlüssels (Dispositiv-Ziffer 3) nicht angefochten hat (Urk. 48), ist festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil diesbezüglich in Rechtskraft erwachsen ist.

E. 4

Anklageprinzip

E. 4.1

Hinsichtlich der von der Verteidigung geltend gemachten Verletzung des Anklagegrundsatzes (Urk. 56 S. 1f.) kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 46 S. 4-5, Art. 82 Abs. 4 StPO). Zu Recht hat diese ausgeführt, dass aus der Anklageschrift hervorgehe, was dem Beschuldigten sowohl in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht vorgeworfen werde. Für das Gericht und für alle Verfahrensbeteiligten muss klar ersichtlich sein, durch welches nach Ort und Zeit näher bestimmte konkrete Verhalten die beschuldigte Person welchen Straftatbestand in welcher Form verwirklicht haben soll (Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen StPO, 2. Auflage, Zürich 2014, N11 zu Art. 9 m.w.H.). Auch wenn nicht explizit festgehalten, geht die Anklage aufgrund der Formulierung des Sachverhalts (Aufforderung, der Käufer solle ins Auto steigen, dies sei besser für "öis und für Dich. Mier lönd Dich da vorne grad wieder use." sowie der Aushändigung der Betäubungsmittel) mit der Vorinstanz von Mittäterschaft aus. Weiter ist klar, dass dem Beschuldigten Vorsatz vorgeworfen wird, da dieses Delikt nur vorsätzlich begangen werden kann (Fingerhuth/Tschurr, BetmG-Kommentar, Zürich 2007, N 41 zu Art. 19), was mit - 6 - der Inkraftsetzung des neuen Rechts per 1. Juli 2011 nicht geändert hat. Der Anklagegrundsatz ist demnach mit der Vorinstanz nicht verletzt.

E. 5

(...)

E. 5.1

Weiter ist mit der Vorinstanz von der Unverwertbarkeit der Aussagen von B._____ zulasten des Beschuldigten gemäss Art. 147 Abs. 1 StPO in Verbindung mit Art. 147 Abs. 4 StPO auszugehen, da der Beschuldigte nicht mit jenem konfrontiert und somit sein Teilnahme- und Fragerecht verletzt wurde.

E. 5.2

Verwertbarkeit der Aussagen des Scheinkäufers

E. 5.2.1

Die Verteidigung führte vor Vorinstanz aus, die Zusicherung der Anonymität durch das Zwangsmassnahmengericht sei ungültig bzw. unbeachtlich, da dem Beschuldigten das rechtliche Gehör nicht gewährt worden sei: Der Beschuldigte habe nie die Möglichkeit gehabt, sich zu den Voraussetzungen der Zusicherung der Anonymität zu äussern bzw. es sei dem Beschuldigten das Teilnahmerecht im Sinne von Art. 147 StPO verweigert worden (Urk. 29 S. 4). Dies brachte sie anlässlich der Berufungsverhandlung erneut vor (Urk. 56 S. 4, Prot. II S. 11f.). Wenn der Anspruch auf rechtliches Gehör missachtet wurde, kann dieser Mangel grundsätzlich nachträglich geheilt werden, sofern es sich nicht um eine besonders schwerwiegende Verletzung handelt und die Kognition der mit der Sache befassten

In Instanz mindestens so weit reicht wie die der Instanz, die das rechtliche Gehör nicht gewährte (Wohlers, a.a.O., N 40 zu Art. 3 m.w.H.). Unklar ist, ob bereits die Staatsanwaltschaft der beschuldigten Person das rechtliche Gehör zu gewähren hätte, bevor sie der zu schützenden Person die Wahrung ihrer Anonymität zusichert (Art. 150 Abs. 1 StPO) oder ob dies allenfalls im Rahmen des Genehmigungsverfahrens vor dem Zwangsmassnahmengericht zu geschehen hätte (Art. 150 Abs. 2 StPO). Wenn sich die Verteidigung betreffend Gewährung des rechtlichen Gehörs auf Art. 149 Abs. 5 StPO beruft, scheint sich dies nicht zwingend auf das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht zu beziehen, sondern darauf, dass der beschuldigten Person / der Verteidigung im Rahmen der Zeugenbefragung ausreichend das rechtliche Gehör zu gewähren ist - oder Kompensationsmassnahmen greifen müssen (Wohlers, a.a.O., N 24 zu Art. 149).

- 7 - Dies kann vorliegend jedoch offen gelassen werden. Denn bei der Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs im Zusammenhang mit der Zusicherung bzw. Genehmigung der Anonymität handelt es sich nicht um eine schwerwiegende Verletzung, und insbesondere um keine, welche nicht durch nachträgliche Gewährung wieder geheilt werden könnte, da die Strafbehörden und Gerichte auf den Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts zurückkommen können (Art. 150 Abs. 6 StPO; vgl. dazu nachstehend Ziff. 5.2.2.). Die Verteidigung konnte sich sowohl vor Vorinstanz wie auch vor der Berufungsinstanz zur Frage der Anonymität des Scheinkäufers äussern (Urk. 29 S. 5f., Prot. II S. 12), womit der Mangel des nicht zugestandenen rechtlichen Gehörs jedenfalls nachträglich geheilt wurde.

E. 5.2.2

Eine andere Frage ist, ob sich die Aussagen des Zeugen C._____ wegen dessen Anonymität im Strafverfahren und der damit einhergehenden Frage der Beschneidung der Teilnahmerechte des Beschuldigten überhaupt verwerten lassen. Beim Vorgehen der Polizei in vorliegender Sache handelte es sich um eine Kontaktnahme im Sinne von § 32 d Abs. 1 und 2 PolG/ZH (LS 550.1). C._____ wurde nicht mit einer Legende im Sinne von § 32d Abs. 3 PolG ausgestattet. Mithin musste in jener Phase auch nicht das Zwangsmassnahmengericht involviert werden, solange es nur um die Vorbereitung und Abschluss eines Scheingeschäftes ging. Sobald die Staatsanwaltschaft faktisch eine Untersuchung eröffnet hat (Art. 309 StPO), gelangen die Bestimmungen der Strafprozessordnung zur Anwendung. Vorliegend war dies spätestens mit der Haftenvernahme vom 14. Mai 2014 (Urk. 9) der Fall. Die Staatsanwaltschaft sicherte C._____ die Anonymität am 24. Juni 2014 zu (Urk. 12/2), wobei die Zeugeneinvernahme von C._____ bereits tags zuvor erfolgte (Urk. 12/1). Unter dem Regime der Strafprozessordnung handelte es sich beim Vorgehen des Scheinkäufers unbestrittenermassen (Prot. II S. 7-9) um eine verdeckte Fahndung im Sinne von Art. 298a-d StPO. Gemäss Art. 298d Abs. 4 StPO in Verbindung mit Art. 298 Abs. 1 und 3 StPO hätte mit der Verteidigung (Urk. 56 S. 7) dem Beschuldigten spätestens mit Abschluss des Vorverfahrens mitgeteilt werden müssen, dass gegen ihn eine verdeckte Fahndung stattgefunden hatte, was unterlassen wurde. Diese Mitteilung hätte zudem schriftlich erfolgen müssen, da sie gemäss Art. 298 Abs. 3 StPO

- 8 - für die Erhebung einer Beschwerde fristauslösend gewesen wäre (Hansjakob, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., N 6 zu Art. 298). Mithin konnte der Beschuldigte im Vorverfahren nie beschwerdeweise Einwände gegen die Zulässigkeit der verdeckten Fahndung erheben. Jedoch sind der Amtsbericht sowie die Einvernahme des

Scheinkäufers ohnehin nicht verwertbar – was nachfolgend zu zeigen ist –, weshalb ein Freispruch zu erfolgen hat und weshalb es sich erübrigt, beim Beschuldigten einen Verzicht auf formelle Mitteilung der verdeckten Fahndung gegen seine Person einzuholen. Die Staatsanwaltschaft hat dem Scheinkäufer im Sinne von Art. 150 Abs. 1 StPO die Anonymität zugesichert (Urk. 12/2) und diese Zusicherung in der Folge gestützt auf Art. 150 Abs. 2 StPO dem Zwangsmassnahmengericht des Obergerichts unterbreitet, welches mit Verfügung vom 3. Juli 2014 die Anonymität des Scheinkäufers genehmigte (Urk. 12/4). Das in diesem Zusammenhang nicht gewährte rechtliche Gehör des Beschuldigten wurde nachträglich geheilt (vgl. vorstehend Ziff. 5.2.1.). Gemäss Art. 150 Abs. 4 StPO bindet diese Genehmigung sämtliche mit dem Fall betrauten Strafbehörden, was bedeutet, dass diese an die Anonymität eines Scheinkäufers gebunden sind. Dagegen kann und muss das Strafgericht darüber befinden, ob die Genehmigung der Anonymität zu Recht erfolgte oder nicht, wovon die Verwertbarkeit der entsprechenden Berichte und Zeugeneinvernahmen des anonymen Scheinkäufers abhängt. Gemäss Art. 298a Abs. 2 StPO wird die wahre Identität und Funktion eines verdeckten Fahnders in den Verfahrensakten und bei Einvernahmen offen gelegt. Mit anderen Worten ging der Gesetzgeber dem Grundsatz nach davon aus, verdeckte Fahnder müssten im Verfahren auch bei Zeugeneinvernahmen mit ihrer wahren Identität hinstehen – also gerade nicht anonym. Wenn jedoch anzunehmen ist, dass ein Zeuge sich durch die Mitwirkung im Verfahren einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben oder einem anderen schweren Nachteil aussetzt, trifft die Verfahrensführung die geeigneten Schutzmassnahmen (Art. 149 Abs. 1 StPO) wie namentlich die Zusicherung der Anonymität (Art. 149 Abs. 2 lit. a StPO). Wenn das Gesetz beim verdeckten Fahnder davon ausgeht, dass er seine wahre Identität und Funktion im Verfahren offen zu legen hat, heisst dies auch, dass ein sehr strenger Massstab anzulegen ist an die Anforderungen, wann

- 9 - sichert werden kann. Gemäss Bundesgericht ist eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben anzunehmen, wenn Morddrohungen gegen den Verfahrensbeteiligten selbst oder gegen einen Angehörigen ausgesprochen wurden, bereits entsprechende Angriffe erfolgten oder solche angesichts des Milieus, in dem sich die betreffende Person bewegt, ernsthaft zu befürchten sind. Ein anderer schwerer Nachteil könne namentlich drohen, wenn jemand eine erhebliche Vermögensschädigung (wie die Sprengung seines Ferienhauses) gewärtigen müsse. Erforderlich seien ernst zu nehmende Anzeichen einer konkreten Gefährdung. Die Zusicherung der Anonymität stelle die einschneidendste Schutzmassnahme dar und komme nur als "ultima ratio" in Betracht (BGE 139 IV 265 Erw. 4.2 m.w.H.). Der Beschuldigte ist mehrfach vorbestraft, unter anderem zweifach wegen eines Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz. In vorliegendem Verfahren wird ihm der Verkauf von 20 Gramm Marihuana vorgeworfen. Beim Beschuldigten handelt es sich jedoch nicht um einen Gewaltverbrecher und es deutet auch sonst nichts auf eine besondere Gefährlichkeit des Beschuldigten hin. Es kann deshalb mangels konkreter Hinweise nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Beschuldigte in einem höchst kriminellen Umfeld bewegt und deshalb für den Scheinkäufer gefährlich wäre. Demzufolge wurde dem Scheinkäufer vom Zwangsmassnahmengericht zu Unrecht Anonymität zugesichert, weshalb dessen Amtsbericht und Zeugenaussagen von C._____ nicht verwertbar sind. II. Materielles 1. Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift vom 23. Juli 2014 Folgendes vorgeworfen: Nachdem ein Scheinkäufer der Stadtpolizei Zürich am Montag, 12. Mai 2014, 17 Uhr, mit ihm und B._____ telefonisch ein Treffen bei der Hardbrücke in Zürich abgemacht habe, sei er mit diesem dorthin gefahren und habe als Beifahrer den

Scheinkäufer aufgefordert, hinten ins Auto zu steigen. Als dieser gezögert habe, habe er zu ihm gesagt: "Stiig ii. Da hätts vil Zivilbulle ume, isch besser für öis und für Dich. Mier lönd Dich da vorne grad wieder use." Darauf sei der Scheinkäufer hinten ins Auto eingestiegen. B._____ habe Fr. 200.-- vom Scheinkäufer einkassiert. Dann habe der Beschuldigte auf Aufforderung von

- 10 - B._____ dem Scheinkäufer drei Portionen Marihuana, total 20.1 Gramm, ausgehändigt (Urk. 21 S. 2). 2. Neben B._____, dessen Einvernahmen mangels Konfrontation nicht verwertbar sind (vgl. oben Ziff. I. 5.1.), und dem Scheinkäufer, dessen Amtsbericht und Zeugenaussagen ebenso wenig verwertbar sind (vgl. Ziff. I. 5.2.2.), war beim eingeklagten Vorfall einzig noch der Beschuldigte anwesend. Der Beschuldigte hat jedoch stets bestritten, dem Scheinkäufer wissentlich und willentlich Marihuana ausgehändigt zu haben und geltend gemacht, mit dem Ganzen nichts zu tun gehabt zu haben, bzw. nur als Gefälligkeit eine kleine Tasche übergeben zu haben, ohne zu wissen, was er der Drittperson (C._____) übergebe (Urk. 3 S. 4, Urk. 9 S. 2-3, Urk. 13 S. 2-3, Urk. 31 S. 3-4). Weitere Beweismittel sind die im Fahrzeug von B._____ sichergestellten Betäubungsmittel und Fr. 1'650.-- (Urk. 1 S.3). Allein gestützt auf diese Beweismittel lässt sich der eingeklagte Sachverhalt jedoch klarerweise nicht erstellen, weshalb der Beschuldigte freizusprechen ist. 3. Beweisanträge Die von der Staatsanwaltschaft beantragten Einvernahmen weiterer Zeugen (Urk. 48 S.f. und 55 S. 5f.) würden am Beweisergebnis nichts ändern, waren diese doch beim eingeklagten Vorfall nicht anwesend, weshalb diese Beweisanträge abzuweisen sind. III. Einziehungen Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 23. Juli 2014 (Urk. 14/7) beschlagnahmte und bei der Kasse der Vorinstanz lagernde Barschaft von Fr. 60.-- (Belegnummer ...) ist dem Beschuldigten herauszugeben. IV. Kostenfolgen 1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 5, 6 und 7) zu bestätigen.

- 11 - 2. Ausgangsgemäss sind sämtliche Kosten des Berufungsverfahrens – einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung – auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 22. September 2014 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: " 1. (...) 2. Die von der Stadtpolizei Zürich sichergestellten und bei ihr lagernden Betäubungsmittel (3 Portionen Marihuana von total 20,1 Gramm; Asservatennummer A...) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen. 3. Der von der Stadtpolizei Zürich sichergestellte und bei ihr lagernde Schlüssel (A...) wird der berechtigten Person auf deren erstes Verlangen hin herausgegeben. 4. (...)

E. 6

(...)

E. 7

(...)

E. 8

(Mitteilungen)

E. 9

(Rechtsmittel)" 2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A._____ ist nicht schuldig und wird freigesprochen.

- 12 - 2. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 23. Juli 2014 beschlagnahmte und bei der Bezirksgerichtskasse lagernde Barschaft von Fr. 60.– (Belegnummer ...) wird dem Beschuldigten herausgegeben. 3. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 5, 6 und 7) wird bestätigt. 4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen: Fr. 3'816.15 amtliche Verteidigung 5. Die Kosten des Berufungsverfahrens, einschliesslich derjenigen der amtlichen Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen. 6. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben) – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (übergeben) sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung all- fälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 47. – die KOST Zürich mittels Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" – die Stadtpolizei Zürich gemäss Dispositivziffer 2 u. 3 des vorinstanzlichen Urteils – die Kasse des Bezirksgerichts Zürich gemäss Dispositivziffer 2 – die Stadtpolizei Zürich, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)

- 13 - 7. Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 26. März 2015 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Marti lic. iur. C. Grieder

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