

ZH_OBERGERICHT SB160366 vom 6. Dezember 2016

ZH Obergericht, 2016-12-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB160366

FR: ZH_OBERGERICHT SB160366 du 6 décembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT SB160366 del 6 dicembre 2016

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 8. Juni 2016 wurde der Beschuldigte der Anstiftung zur qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 StGB, des mehrfachen Hausfriedensbruchs im Sinne von Art. 186 StGB und des mehrfachen geringfügigen Diebstahls im Sinne von Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172ter Abs. 1 StGB schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von 14 Monaten sowie einer Busse von Fr. 300.– teilweise als Zusatzstrafe zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 3. März 2015 bestraft. Gleichzeitig wurde entschieden, dass die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 3. März 2015 angeordnete ambulante therapeutische Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB (Behandlung von psychischen Störungen) weitergeführt werde, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe zugunsten dieser Massnahme aufgeschoben werde. Dem Beschuldigten wurde zudem die Auflage erteilt, während der ambulanten Therapie weiterhin in einem begleiteten Wohnen zu verbleiben (Urk. 48).

E. 2

Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte am 25. August 2016 rechtzeitig Berufung erklären. Darin ficht er den Schuldspruch bezüglich der Anstiftung zur qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Ziffer 1 des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs), das Strafmass (Ziffer 2 des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs), den Vollzug der Freiheitsstrafe (Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteilsdispositivs) sowie die Auferlegung der Gerichtskosten (Ziffern 9 und 10 des - 6 - vorinstanzlichen Urteilsdispositivs) an und beantragt einen Freispruch bezüglich des vorgeworfenen Betäubungsmitteldelikts sowie die Anordnung einer Geldstrafe in Verbindung mit einer angemessenen Busse, wobei gegen den Aufschub der Geldstrafe zugunsten der ambulanten Massnahme nicht opponiert werde. Entsprechend sei die Kostenregelung dem Freispruch anzupassen. Beweisanträge wurden keine gestellt (Urk. 49).

E. 3

Mit Eingabe vom 6. September 2016 verzichtete die Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl ausdrücklich auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 52). Die Privatkläger 1 und 2 haben sich innert angesetzter Frist nicht vernehmen lassen, weshalb auch mit Bezug auf sie Verzicht auf Anschlussberufung anzunehmen ist.

E. 3.1

Die Verteidigung rügt im Berufungsverfahren wie schon vor erster Instanz im Wesentlichen, dass die Aussagen der einzigen Belastungszeugin D._____ nicht verwertbar seien. Sie sei in ihrem eigenen Strafverfahren wegen des vorliegend in Frage stehenden Vorwurfs im September 2015 rechtskräftig verurteilt worden und hätte auch danach nur als Auskunftsperson und nicht als Zeugin befragt werden dürfen. Dabei beruft sich die Verteidigung auf einen in der Online-Zeitschrift "forum-poenale" veröffentlichten Bundesgerichtsentscheid vom 24. März 2015 (6B_1039/2014) bzw. die Lehrmeinung von Niklaus Oberholzer. Dies bedeute, dass die einleitenden Vorhalte gemäss Art. 177 StPO anlässlich der Zeugeneinvernahme von D._____ vom 25. Januar 2016 zu Unrecht erfolgt seien. Werde ei-

- 8 - ne bereits rechtskräftig verurteilte Auskunftsperson mit Art. 177 StPO und somit auch mit den Straffolgen von Art. 307 StGB konfrontiert, anstatt mit einem ihr effektiv zustehenden Aussage- und Zeugnisverweigerungsrecht, und belaste eine solchermassen unrichtig belehrte Auskunftsperson einen noch nicht rechtskräftig verurteilten Mitbeschuldigten, so werde das im Strafprozess geltende Fairnessgebot verletzt, weil eine Auskunftsperson eben ohne Rechtsnachteil die Aussage verweigern könne und ein Zeuge nicht. Da es sich bei der Zeugeneinvernahme um das einzige formelle Beweismittel gegen den Beschuldigten handle, müsse ein Freispruch ergehen (Urk. 49, Urk. 59 S. 3 ff. und 38 S. 5).

E. 3.2

Die Vorinstanz hielt dem entgegen, Art. 178 lit. f StPO diene dem Schutz des Beschuldigten, sich nicht selbst belasten zu müssen, nicht aber weiteren Mitbeschuldigten. Gemäss Wortlaut beziehe sich die Bestimmung nur auf im Zeitpunkt der Einvernahme beschuldigte Personen und nicht auf rechtskräftig verurteilte. Da sich letztere nicht nochmals belasten könnten, seien sie gemäss gängiger Praxis als Zeugen einzuvernehmen. Die Aussagen der Zeugin D._____ seien daher verwertbar (Urk. 48 S. 6).

E. 3.3

Die Strafbehörden setzen zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand der Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein, die rechtlich zulässig sind (Art. 139 Abs. 1 StPO). Art. 140 StPO bestimmt, dass die Beweise unverwertbar sind, wenn sie gemäss Art. 141 StPO durch unzulässige Methoden erhoben wurden, oder wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet. Insbesondere dürfen Beweise, die unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO). Dagegen führt die Verletzung von Ordnungsvorschriften nicht zur Unverwertbarkeit des Beweises (Art. 141 Abs. 3 StPO). Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, abschliessend die Bestimmungen aufzulisten, die als Gültigkeitsvorschriften respektive als Ordnungsvorschriften zu betrachten sind. Vielmehr hat die Praxis die Unterscheidung primär nach dem Schutzzweck der Norm vorzunehmen. Es ist im Einzelfall unter Berücksichtigung des Fairnessgebots zu prüfen, ob die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der geschützten Interessen der betroffenen Person

- 9 - eine derart erhebliche Bedeutung hat, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung der Vorschrift der Beweis unverwertbar ist (BGE 131 I 272 E. 32, Bundesgerichtsentscheid vom 16. Dezember 2014, Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006, S. 1183;

NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. 2013, N 795). Daraus ergibt sich, dass Aussagen verwertbar sind, wenn die Einvernahme die berechtigten Interessen der befragten Person insbesondere unter dem Aspekt des fairen Verfahrens wahrt.

E. 3.4

Die Frage, ob nach rechtskräftiger Verurteilung die verurteilte Person im späteren Verfahren gegen einen Komplizen zum gleichen Sachverhalt als Zeuge zu befragen ist, wird von der Mehrheit der Lehre sowie der konstanten Gerichtspraxis im Kanton Zürich bejaht (DONATSCH in Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2010, N 36 zu Art. 178, mit diversen Verweisen; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, Zürcher Grundrisse des Strafrechts, 2. Auflage, 2014 S. 93 ff.). Demgegenüber vertritt Oberholzer die gegenteilige Auffassung, wonach eine rechtskräftig verurteilte Person ihren Status gemäss Art. 187 lit. f StPO behalte und daher auch in einem späteren Verfahren gegen Mitbeschuldigte als Auskunftsperson und nicht als Zeuge zu befragen sei (OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Auflage, 2012 S. 274 N 747). Im von der Verteidigung zitierten Bundesgerichtsentscheid vom 24. März 2015 wird auf Oberholzer Bezug genommen (E. 2.4.1.). Der Meinung der übrigen Lehre ist jedoch aus nachfolgenden Überlegungen der Vorzug zu geben. Wie die Vorinstanz zu Recht festhielt, verfolgt Art. 178 lit. f StGB den Schutz des Beschuldigten im laufenden, gegen ihn gerichteten Strafverfahren. Seine Stellung im eigenen Strafverfahren soll nicht dadurch erschwert werden, dass er im abgetrennten fremden Verfahren gegen einen Mitbeschuldigten einer Wahrheits- und Aussagepflicht unterstellt wird und dadurch ins Dilemma gerät, sich entweder bei Aussageverweigerung bzw. falschen Aussagen der Gefahr erneuter Straffälligkeit auszusetzen oder für ihn belastende, im eigenen Verfahren nachteilige Aussagen zu machen. Als Auskunftsperson unterliegt er der Wahrheits- und Aussagepflicht nicht. Art. 178 lit. f StPO dient darüber hinaus nicht dazu, Mitbeschuldigte in deren separaten Verfahren zu privilegieren,

- 10 - indem sie von ehemaligen Komplizen nicht durch Zeugenbeweis belastet werden dürfen. Den Interessen des Komplizen wird bei der Zeugeneinvernahme dadurch genügend Rechnung getragen, dass im Rahmen der Glaubwürdigkeit des Zeugen die persönliche Beziehung der beiden zu prüfen und allfällige Befangenheiten zu gewichten sind. Bereits in der Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts wird unmissverständlich ausgedrückt, dass sich die Bestimmung von Art. 178 lit. f StPO auf Mittäterinnen, Mittäter, Teilnehmerinnen oder Teilnehmer der abzuklärenden Tat, welche jedoch in einem andern Verfahren beurteilt werden, bezieht. Dabei wird argumentiert, diese Personen können nicht als beschuldigte Personen einvernommen werden, weil ihnen diese Eigenschaft im Verfahren, in welchem sie befragt werden, nicht zukommt. Eine Einvernahme als Zeugin und Zeuge fällt ausser Betracht, weil ihre Aussage- und Wahrheitspflicht in Konflikt geraten könnte mit den Interessen, welche sie im eigenen Verfahren verfolgen (Botschaft, a.a.O., S. 1209). Daraus ergibt sich unmissverständlich, dass nach Absicht des Gesetzgebers Art. 178 lit. f StPO bei Personen zur Anwendung gelangt, deren eigenes Verfahren noch nicht abgeschlossen ist. Demzufolge fällt die rechtskräftig verurteilte Person nicht unter diese Bestimmung und ist daher als Zeuge zu befragen. Aufgrund des Grundsatzes des Verbots der doppelten Strafverfolgung kann eine rechtskräftig verurteilte oder freigesprochene Person wegen der gleichen Straftat nicht erneut verfolgt werden, unter

Vorbehalt der Revision des Urteils (Art. 11 Abs. 1 und 2 StPO). Eine Revision bzw. Wiederaufnahme des Verfahrens kann zwar auch zu Ungunsten eines Verurteilten erfolgen. Dies ist jedoch in Fällen, in denen dieser wegen des zu befragenden Sachverhalts verurteilt wurde, nicht denkbar. Abschliessend sei erwähnt, dass im besagten von der Verteidigung genannten Bundesgerichtsentscheid nicht vertieft auf die Problematik der Unterscheidung zwischen Auskunftsperson und Zeuge eingegangen wird. In den neusten veröffentlichten Bundesgerichtsentscheiden, in denen es um Einvernahmen von Auskunftspersonen gestützt auf Art. 178 lit. f StPO ging, handelte es sich im Übrigen stets um beschuldigte und nicht um rechtskräftig verurteilte Personen (BGE 6B_450/2015 vom 18. Mai 2015 und 6B_459/2014 vom 18. Mai 2015).

- 11 -

E. 3.5

Die Zeugin D._____ war in ihrem Strafverfahren von Beginn vollumfänglich geständig (Urk. 5, 7 und 8) und wurde am 24. September 2015 gestützt auf ihr Geständnis bezüglich des gleichen Sachverhalts, wie im vorliegenden Verfahren zu beurteilen ist, rechtskräftig verurteilt (Urk. 10 S. 4). Eigene belastende Aussagen, die sich strafrechtlich zu ihrem Nachteil auswirken könnten, sind daher nicht denkbar. Zusammenfassend sind keine Gründe dafür ersichtlich, welche eine Einvernahme von D._____ als Zeugin im vorliegenden Verfahren verbieten würden. Insbesondere wurde dadurch das Fairnessgebot ihr gegenüber nicht verletzt. Ihre Zeugeneinvernahme ist daher als Beweis gegen den Beschuldigten verwertbar. 4. Die Vorinstanz hat die Aussagen des Beschuldigten und der Zeugin in den Grundzügen vollständig und korrekt wiedergeben, worauf zunächst verwiesen werden kann (Urk. 48 S. 7 ff.). Die Zeugin erklärte ferner in der formellen Zeugeneinvernahme vom 25. Januar 2016 in Anwesenheit des Beschuldigten ausdrücklich, an ihren früheren Aussagen in den Einvernahmen bei der Polizei und der Staatsanwaltschaft in ihrem eigenen Verfahren festzuhalten und damals die Wahrheit gesagt zu haben (Urk. 10 S. 4). Auch wiederholte sie in der Zeugeneinvernahme die Belastungen gegen den Beschuldigten in den Kernpunkten, weshalb im vorliegenden Verfahren ihre Aussagen in den früheren, teilweise polizeilichen Einvernahmen in Abwesenheit des Beschuldigten ebenfalls zu dessen Lasten verwertet werden dürfen.

E. 4

Gemäss Art. 402 in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils nur im Umfang der Anfechtung gehemmt. Es ist daher vorab mit Beschluss festzustellen, dass Ziffer 1 teilweise (Schuldspruch des mehrfachen Hausfriedensbruchs und des mehrfachen geringfügigen Diebstahls), Ziffern 7 und 8 (Zivilansprüche der Privatkläger) sowie Ziffern 11 und 12 (Höhe und Übernahme der Entschädigung des amtlichen Verteidigers) des vorinstanzlichen Urteils in Rechtskraft erwachsen sind. Ziffer 2 wurde zwar nur bezüglich der Freiheitsstrafe angefochten. Da die Busse aber damit im Zusammenhang steht, gilt diese als mitangefochten, ebenso der an sich nicht angefochtene Vollzug der Freiheitsstrafe und der Busse gemäss Ziffern 3 und 4. Auch bezüglich der ambulanten Massnahme und dem Aufschub der Freiheitsstrafe zu Gunsten der Massnahme besteht eine innere Konnexität mit der angefochtenen Freiheitsstrafe, weshalb Ziffern 5 und 6 als mitangefochten gelten. In den angefochtenen Punkten ist das Urteil im Sinne von Art. 398 Abs. 2 StPO umfassend zu prüfen.

E. 4.1

Für das BetmG-Delikt erscheint als schwerste der am 3. März 2015 zu beurteilenden Strafen aufgrund der zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 48 S. 17 f.) sowie insbesondere unter Berücksichtigung des Milderungsgrundes wegen verminderter Steuerungsfähigkeit eine Strafe von 14 Monaten als angemessen. Die Vorinstanz hat zu Recht die Vorstrafen "aufgrund einer ein-drücklichen Unbelehrbarkeit des Beschuldigten spürbar strafscharfend" berücksichtig (Urk. 48 S. 19). Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass das Delinquieren während laufendem Strafverfahren leicht erhöhend ins Gewicht fällt. Insgesamt erscheint für das BetmG-Delikt eine Freiheitsstrafe von 17 Monaten als angemessen.

E. 4.2

Im Folgenden ist diese Strafe aufgrund der weiteren Straftaten angemessen zu erhöhen. In der Anklage vom 27. Oktober 2014 wurde dem Beschuldigten Fahren in angetrunkenem Zustand (1.04 Promille) und Nichtbeherrschen des Fahrzeugs beim Einparken unter besagter Alkoholkonzentration, neun weitere Diebstähle, zwei Diebstahlsversuche, einen geringfügigen Diebstahl sowie die

- 18 - Hausfriedensbrüche zu den Diebstahlsdelikten zum Nachteil der Warenhäuser H._____, B._____, I._____, J._____ und C._____, allesamt begangen zwischen dem 1. September 2012 und 13. Januar 2014, vorgeworfen (Akten BGZ Prozess-Nr. DG140351 Urk. 18). Gemäss psychiatrischem Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin vom 18. Juli 2014 bestand im Zeitpunkt der Tatbegehungen eine im mittleren Grade verminderte Steuerungsfähigkeit (Akten BGZ Prozess-Nr. DG140351, Urk. 6/2).

E. 4.3

Das objektive Tatverschulden beim Fahren in angetrunkenem Zustand und Nichtbeherrschen des Fahrzeugs wiegt noch nicht schwer. Es handelte sich um eine sehr kurze nachgewiesene Fahrt von der Verzweigung K._____- Strasse/L._____-Strasse bis zum Parkfeld auf der Höhe K._____-Strasse Nr. ..., wo der Beschuldigte mit dem Wagen beim Einparken mit der Stosstange des auf dem benachbarten Parkfeld stehenden Opel ... kollidierte und einen Schaden von Fr. 500.– verursachte. Die Alkoholkonzentration war mit gut einem Promille zwar deutlich, jedoch noch nicht sehr hoch. Subjektiv liegt beim Fahren in angetrunkenem Zustand mindestens Eventualvorsatz und beim Nichtbeherrschen des Fahrzeugs Fahrlässigkeit vor. Bei beiden Delikten ist die im mittleren Grade verminderte Steuerungsfähigkeit strafmindernd zu berücksichtigen. Insgesamt ist das Tatverschulden als nicht mehr leicht einzustufen und die Einsatzstrafe auf drei Monate anzusetzen. Erhöhend sind die sieben damaligen Vorstrafen sowie die Tatmehrheit erhöhend, das Geständnis strafmindernd zu veranschlagen. Die Einsatzstrafe für die beiden SVG-Delikte ist aufgrund der schwerer zu gewichtenden Erhöhungsgründe um einen Monat auf vier Monate Freiheitsstrafe zu erhöhen.

E. 4.4

Aufgrund der zahlreichen Diebstähle, Diebstahlsversuche und den damit einhergehenden Hausfriedensbrüchen ist eine weitere Erhöhung der Freiheitsstrafe um sechs Monate gerechtfertigt. In objektiver Tathinsicht waren die Deliktsbeträge jeweils eher gering und der Beschuldigte ging nicht besonders raffiniert vor. Die Diebstähle betrafen Champagner-Flaschen oder andere alkoholische Getränke sowie in den schwersten Fällen jeweils eine Burberry-Handtasche. Der Deliktsbetrag bewegte sich daher zwischen einigen hundert und wenigen tausend Franken. In subjektiver Hinsicht lag Vorsatz vor. Aus

seinem Handeln lässt

- 19 - sich zudem eine hartnäckige Unbelehrbarkeit erkennen. Andererseits ist auch diesbezüglich eine deutliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit zu berücksichtigen. Der Beschuldigte gab an, damals depressiv gewesen zu sein und Stimmen gehört zu haben (BGZ Prozess-Nr. DG140351, Protokoll S. 12). Insgesamt ist sein Tatverschulden nicht mehr leicht und führt zu einer angemessenen Freiheitsstrafe von fünf Monaten. Strafmindernd ist sein umfassendes Geständnis zu veranschlagen. Straferhöhend ist die mehrfache Begehung und die Deliktsmehrheit zu beachten. Die zahlreichen Vorstrafen fallen ebenfalls strafferhöhend ins Gewicht, so dass sich eine Erhöhung der Freiheitsstrafe auf sechs Monate für die Diebstahlsdelikte einschliesslich der dazugehörenden Hausfriedensbrüche rechtfertigt. Mit der Vorinstanz wirken sich die beiden nach dem 3. März 2015 begangenen Hausfriedensbrüche insgesamt nicht strafferhöhend aus.

E. 4.5

Bezüglich der allgemeinen Täterkomponenten zu den wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnissen kann auf die korrekten Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 48 S. 19). Gemäss dem im Berufungsverfahren eingereichten Datenerfassungsblatt und seinen Ausführungen anlässlich der Berufungsverhandlung geht der Beschuldigte auch derzeit keiner Arbeit nach und wird nach wie vor von Sozialversicherungen unterstützt (Urk. 57/1, Prot. II S. 7). Die allgemeinen Täterkomponenten wirken sich insgesamt strafneutral aus. 5. Damit ergibt sich aufgrund des Asperationsprinzips eine Straferhöhung zur Strafe von 17 Monaten Freiheitsstrafe wegen Betäubungsmitteldelikt von insgesamt 10 Monaten. Wird von den 27 Monaten Freiheitsstrafe die mit Urteil vom 3. März 2015 ausgefallene Freiheitsstrafe von 15 Monaten abgezogen, ist eine Zusatzstrafe von 12 Monaten Freiheitsstrafe auszufallen. Die von der Vorinstanz ausgefallene Busse von Fr. 300.– für die Übertretungen (geringfügige Diebstähle) ist angemessen und wurde auch nicht angefochten.

- 20 - V. Vollzug Unter Verweis auf die korrekten Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 48 S. 22) ist dem Beschuldigten aufgrund seines bisherigen Verhaltens eine ungünstige Legalprognose zu stellen. Die Verteidigung hat im Falle der Verurteilung im Vorwurf des Betäubungsmitteldelikts die von der ersten Instanz angeordnete Weiterführung der ambulanten therapeutischen Massnahmen im Sinne von Art. 63 StGB (Behandlung von psychischen Störungen), den Aufschub der Freiheitsstrafe zu Gunsten der Massnahme sowie die Auflage, während der Therapie in einem begleiteten Wohnen zu verbleiben, nicht angefochten (Urk. 49, Urk. 59). Die Freiheitsstrafe ist daher zu vollziehen, wobei an der Anordnung der genannten Massnahme und Auflage festzuhalten ist und weiterhin gilt, dass der Vollzug zugunsten der weiterzuführenden ambulanten Massnahme aufzuschieben ist. Es bleibt ebenfalls dabei, dass die Busse zu bezahlen ist und an Stelle der Busse eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen tritt, sollte der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht bezahlen. VI. Kosten/Entschädigung 1. Die beschuldigte Person trägt im erstinstanzlichen Verfahren die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird (Art. 426 Abs. 1 StPO). Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Fällt die Berufungsinstanz einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Mit dem vorliegenden Urteil wird der erstinstanzliche Entscheid bestätigt und der Beschuldigte unterliegt mit seinen Berufungsanträgen. Er hat daher die Kosten der Untersuchung sowie des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen, mit Ausnahme

der Kosten der amtlichen Verteidigung. Diese sind gestützt auf Art. 426 Abs. 1 und 4 StPO unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht nach Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen.

- 21 - 2. Die vom amtlichen Verteidiger in der Kostennote vom 1. Dezember 2016 ausgewiesenen Aufwendungen (Urk. 58) erweisen sich als angemessen und sind zusätzlich mit den Aufwendungen für die Berufungsverhandlung (inkl. Weg und Besprechungen mit dem Beschuldigten) mit Fr. 5'000.– (inkl. 8 % MWST) zu entschädigen. Es wird beschlossen:

E. 5

Die Verteidigung wendet vor Vorinstanz und im Berufungsverfahren im Wesentlichen ein, bei der Beweiswürdigung sei zu berücksichtigen, dass die Zeugin kein gutes Verhältnis zum Beschuldigten aufweise. Er sei der Ex-Ehemann der Schwester der Zeugin, E._____, welche noch immer ein angespanntes Verhältnis zu ihm habe. Zudem leide die Zeugin an einer psychischen Erkrankung und höre Stimmen, was die Zeugenqualität erheblich trübe. Schliesslich habe die Zeugin im relevanten Zeitraum mit zahlreichen anderen Personen und nicht nur mit dem Beschuldigten telefoniert, unter anderem mit Frau E.____ (Urk. 38 S. 4 f., Urk. 59 S. 7 f.).

- 12 -

E. 6

D._____ gab in der Einvernahme als beschuldigte Person vom 16. Januar 2015 sowie in der Zeugeneinvernahme vom 25. Januar 2016 an, seit 2006 in psychiatrischer Behandlung zu stehen. Sie höre Stimmen von Leuten, welche ihr Böses zufügen wollten (Urk. 8 S. 2; Urk. 10 S. 6). Wie der Wahrheitsgehalt dieser Aussagen zu gewichten ist, kann dahin gestellt bleiben, gab doch die Zeugin bei sämtlichen Befragungen spontan und adäquat Antwort auf die ihr gestellten Fragen, ihre Ausführungen waren konzise, stets verständlich und inhaltlich nachvollziehbar. Anhaltspunkte, dass eine psychische Erkrankung ihre Wahrnehmungs- oder Aussagefähigkeit beeinträchtigt haben könnte, bestehen daher nicht. D._____ erklärte denn auch umgehend in der Zeugeneinvernahme, diese Stimmen hätten nichts mit dem Anruf des Beschuldigten zu tun. Das habe sie sich nicht eingebildet (Urk. 10 S. 6). Auch aus ihrer Beziehung zur Exfrau des Beschuldigten, E._____, ergeben sich keine zuverlässigen Hinweise, welche die Glaubwürdigkeit der Zeugin massgeblich in Zweifel ziehen würden. Zwar kann aus den Akten entnommen werden, dass es sich bei E._____ um eine enge Freundin und Cousine der Zeugin handelt, bei der die Zeugin vor der Verhaftung wohnte, und dass sie sich "Schwestern" nennen (Urk. 5 S. 2 f., Urk. 6 S. 1, Urk. 8 S. 2). Auch gab D._____ zu, am besagten Abend, als sie mit den Drogen auf den Beschuldigten gewartet habe, mit E._____ telefoniert und ihr über die Sache mit den Drogen anvertraut zu haben (Urk. 5 S. 3). Die Beziehung des Beschuldigten zu dessen Exfrau beschrieb sie darüber hinaus ehrlich als "nicht so gut, sie begrüssen sich lediglich" (Urk. 8 S. 3). Was ihr eigenes Verhältnis zum Beschuldigten betrifft, erklärte die Zeugin, sie hätten vor der Verhaftung freundschaftlichen Kontakt gepflegt. Sie habe ihn am Tag, an dem sie Probleme gehabt habe, gesehen und auch zuvor richtigen Kontakt zusammen gehabt (Urk. 10 S. 3). Aus all diesen Angaben lassen sich keine tiefgreifenden Unstimmigkeiten oder Auseinandersetzungen zwischen E._____ und dem Beschuldigten oder zwischen diesem und der Zeugin, welche auf eine Verschwörung zwischen E._____ und der Zeugin hindeuten, erkennen. Solche werden auch vom Beschuldigten bzw.

seinem Verteidiger nicht konkretisiert (Prot. I S. 12 f.). Zusammenfassend ergeben sich aus der Person der Zeugin bzw. ihrer Beziehung zum Beschuldigten und dessen Exfrau keine

- 13 - Hinweise auf ein einseitig zum Nachteil des Beschuldigten tendierendes Aussageverhalten. 7.1. Die Vorinstanz hat die Aussagen der Zeugin und des Beschuldigten präzise gewürdigt, worauf vollumfänglich verwiesen werden kann (Urk. 48 S. 9 f.). Es fällt auf, dass D._____ bereits in ihrer ersten Einvernahme knapp zwölf Stunden nach der Verhaftung den Beschuldigten konkret belastete. Ihre damaligen Aussagen wirken spontan, detailliert und beschreiben nachvollziehbar den gesamten Vorgang von der Bestellung der Drogen bis zu ihrer Verhaftung, wobei ihre damaligen Angaben zu den telefonischen Kontakten mit dem Beschuldigten im Nachhinein durch die Auswertung ihres Handys belegt wurden (Urk. 3 S. 2, Urk. 2 S. 3 f.). Diese Belastungen hielt sie auch in den folgenden drei Einvernahmen konstant aufrecht und bestätigte sie schliesslich in ihrer Zeugeneinvernahme ein Jahr später in Anwesenheit des Beschuldigten ein- und ausdrücklich (Urk. 10 S. 5 unten). Ihre Belastungen sind daher glaubhaft und überzeugend. Daran vermag auch der vom Verteidiger vorgebrachte Umstand, dass die Zeugin am fraglichen Tag zu zahlreichen weiteren Personen telefonischen Kontakt hatte, nichts zu ändern. Bei genauer Betrachtung der Handyauswertung zeigt sich, dass die Zeugin in der Tat relevanten Zeitspanne lediglich mit drei verschiedenen Personen telefonierte, nämlich mit dem Beschuldigten, dessen Ex-Frau sowie mit F._____, bei welcher es sich nach glaubhaften Aussagen der Zeugin um eine Freundin handelte. Diese Kontakte stimmen mit den Schilderungen der Zeugin überein und lassen sich stimmig in den von ihr dargestellten Ablauf einfügen. Das Vorbringen der Verteidigung, wonach D._____ zum in der Anklageschrift behaupteten Anstiftungszeitpunkt (8. Januar 2015, ca. 17 Uhr) gar nicht mit dem Beschuldigten telefonierte (Urk. 59 S. 7), schliesst die Tat nicht aus, geht doch aus dem Polizeirapport hervor, dass D._____ regelmässig ihren Telefonspeicher leerte, was erklärt, wieso Telefonate vor 19.15 Uhr nicht mehr gespeichert waren (vgl. Urk. 2 S. 3). 7.2. Demgegenüber sind die pauschalen Schilderungen des Beschuldigten wenig gehaltvoll und beschränken sich im Wesentlichen darauf, stets zu wiederholen, dass er sich wegen seiner Vergesslichkeit und Krankheit an keine tatrel-

- 14 - vanten Umstände erinnern könne und keine Drogen konsumiere oder handle (Urk. 4 S. 2, Urk. 9 S. 2 f., Prot. II S. 9 und S. 11). Seine wiederkehrenden Antworten zum Kernvorwurf, er wisse es nicht mehr, er schlafe viel, vergesse vieles und nehme Medikamente, sind zwar konstant, wirken jedoch ausweichend und taktisch, zumal er sich durchaus an gewisse andere, unverfängliche Dinge erinnern kann. So ist wenig überzeugend, dass sich der Beschuldigte bei seiner Befragung am 31. Januar 2015 noch genau daran erinnern kann, D._____ lange nicht mehr gesehen zu haben, jedoch gleichzeitig nicht mehr wusste, dass er zwei Wochen zuvor wiederholt mit ihr telefonischen Kontakt hatte (Urk. 4 S. 2), was aufgrund der Handy-Auswertung erstellt ist. Einen entscheidenden Einbruch erleidet die Glaubhaftigkeit seiner Aussagen zudem durch den auffallenden Widerspruch, der sich daraus ergibt, dass er an der Hauptverhandlung vom 3. März 2015 im Strafverfahren DG140351 vor Bezirksgericht Zürich erklärte, als ihm der Richter das damals neu eröffnete vorliegende Strafverfahren wegen Drogendelikten vorhielt, er habe draussen einen Herrn gesehen, der Kokain gesucht habe. Er habe gesagt, dass er das nicht verkaufe. Er habe mit der älteren Schwester seiner Ex-Frau telefoniert und diese mit dem Herrn bekannt gemacht (beigezogene Akten im Verfahren vor Bezirksgericht Zürich Nr. DG140351, Protokoll S. 17). Mit seinen damaligen Aussagen gab

er zu, wegen Drogen mit D._____, welche er als ältere Schwester seiner Ex-Frau bezeichnet, Kontakt aufgenommen zu haben. Er- innerte er sich somit rund drei Monate nach der vorliegend in Frage stehenden Tat an diesen Vorfall, erweisen sich seine Aussagen in der Einvernahme vom 31. Januar 2015, er wisse nicht mehr, ob er Kontakt mit D._____ hatte, als un- wahr. Wenig überzeugend sind auch seine wiederholten Beteuerungen, nichts mit Drogen zu tun zu haben, worauf auch die Verteidigung anlässlich der Berufungsverhandlung hinwies (Urk. 59 S. 6 f.), zumal im psychiatrischen Gutachten des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich vom 18. Juli 2014 als 1. Nebendiagnose psychische und Verhaltensstörungen durch Kokain, Abhängig- keitssyndrom, und als 2. Nebendiagnose psychische und Verhaltensstörungen durch Cannabinoide, Abhängigkeit, genannt werden (Urk. 11 S. 25). Insgesamt sind seine Bestreitungen daher unglaubhaft.

- 15 -

E. 8

Zusammenfassend werden die überzeugenden Belastungen der Zeugin D._____, welche durch die Auswertung ihres Handys bestätigt werden, durch die unglaubhaften Bestreitungen des Beschuldigten nicht in Zweifel gezogen. Der an- geklagte Sachverhalt ist daher erstellt. III. Rechtliche Würdigung Es kann zunächst auf die umfangreichen und zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zur der Qualifikation als schweren Fall verwiesen werden (Urk. 48 S. 12 f.). Die Vorinstanz sowie die Staatsanwaltschaft haben das Verhalten ledig- lich als Anstiftung zur qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG in Verbin- dung mit Art. 24 Abs. 1 StGB beurteilt. Die vorliegenden Umstände unterscheiden sich jedoch vom Fall, in welchem eine Person eine andere zur Begehung eines Drogendelikts mit einem Dritten bestimmt. Der Beschuldigte hat vorliegend nicht nur D._____ zur Drogenbeschaffung angestiftet, sondern damit gleichzeitig bei ihr Drogen für sich selber bestellt, welche er in der Folge in Besitz nehmen und an eine andere Person weitergeben wollte. Damit kam ihm eine eigene wesentliche Funktion innerhalb des abzuwickelnden Drogengeschäfts zu, indem er Drogen in Empfang nehmen und anschliessend an einen Abnehmer übergeben wollte. Es versteht sich von selbst, dass Drogenmengen in der fraglichen Grössenordnung nicht unentgeltlich gehandelt werden. Dieses Verhalten wurde unter dem früheren Gesetz als Verkauf oder mindestens Vermitteln von Drogen verstanden und fällt heute als Veräussern oder Verschaffen unter Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG (FINGER- HUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, 3. Auflage, N 59 zu Art. 19). Da der Drogenhandel letztlich nicht glückte, der Beschuldigte die Drogen weder in Besitz nahm noch übergab, wäre sein Verhalten zumindest als Anstalten treffen zum Veräussern bzw. Verschaffen von Drogen im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG zu werten. Auf- grund des in Art. 391 Abs. 2 StPO statuierten Verbots der strengeren Bestrafung (reformatio in peius) im Rechtsmittelverfahren, welche sich nicht nur auf die kon-

- 16 - krete Strafe sondern auch auf die rechtliche Würdigung bezieht, muss es jedoch bei der Verurteilung wegen Anstiftung zu einem Drogendelikt bleiben. IV. Strafe 1. Die Verteidigung ficht die Strafe einzig mit der Begründung an, der Frei- spruch betreffend Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz führe zum Wegfall der Freiheitsstrafe und zur Anordnung einer minimalen Geldstrafe in Ver- bindung mit einer Busse, wobei sie gegen den Aufschub des Vollzugs der Geld- strafe zugunsten einer ambulanten Massnahme nicht opponiert (Urk. 49, Urk. 59 S. 8 f.). Nachdem der Beschuldigte der Anstiftung zur

qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig ist, entfällt die Möglichkeit eines Freispruchs. Im Antrag auf Freispruch ist indessen derjenige auf milde Bestrafung implizit enthalten. 2. Der Beschuldigte hat die Anstiftung zur Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie den geringfügigen Diebstahl vom 20. Dezember 2014 im Warenhaus G._____ an der ...-Strasse in Zürich vor seiner Verurteilung vom 3. März 2015, die restlichen Straftaten (zwei geringfügige Diebstähle einschliesslich der Hausfriedensbrüche) danach verübt. Es ist deshalb für das Betäubungsmitteldelikt sowie den Diebstahl eine Zusatzstrafe zur Freiheitsstrafe von 15 Monaten (und Busse von Fr. 300.–) gemäss Urteil vom 3. März 2015 auszufällen. Es kann in diesem Zusammenhang zunächst auf die ausführlichen und zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zur methodischen Berechnung der teilweisen Zusatzstrafe verwiesen werden (Urk. 48 S. 13 ff.). Ergänzend ist anzufügen, dass bei der Festsetzung der Zusatzstrafe zu einer ergangenen Grundstrafe zu überlegen ist, welche Strafe das Gericht bei gleichzeitiger Verurteilung in Beachtung des Asperationsprinzips ausgesprochen hätte. Bei der retrospektiven Konkurrenz hat das Gericht ausnahmsweise mittels Zahlenangaben offen zu legen, wie sich die von ihm zugemessene Strafe quotenmässig zusammensetzt (BGE 132 IV 102 E. 8 mit Hinweisen). Die Zusatzstrafe für die neu zu beurteilende Straftat ergibt sich daher

- 17 - aus der Differenz zwischen der hypothetischen Gesamtstrafe und der Grundstrafe. 3. Die Vorinstanz hat die Zusatzstrafe für das BetmG-Delikt mit 14 Monaten Freiheitsstrafe bemessen, womit sie stillschweigend von einer hypothetischen Gesamtstrafe von 29 Monaten Freiheitsstrafe ausgegangen sein musste, hätten am 3. März 2015 alle damals begangenen Straftaten gleichzeitig beurteilt werden müssen. Die danach begangenen Hausfriedensbrüche erachtete sie insgesamt betrachtet als nicht strafzumessungsrelevant, weshalb sie es im Rahmen der Gesamtwürdigung bei einer auszufällenden teilweisen Zusatzstrafe von 14 Monaten Freiheitsstrafe sowie einer Busse von Fr. 300.– für Übertretungen (geringfügige Diebstähle) beliess. Aus den Erwägungen der Vorinstanz lässt sich nicht entnehmen, wie sich die Gesamtstrafe von 29 Monaten quotenmässig auf die verschiedenen Delikte verteilt. Wird dem Umstand, dass die am 3. März 2015 beurteilten und mit 15 Monaten geahndeten Straftaten im Rahmen des Asperationsprinzips strafehöhend zu berücksichtigen sind, Rechnung getragen, erweist sich die Gesamtstrafe von 29 Monaten als zu hoch.

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