

ZH_OBERGERICHT SB160441 vom 16. März 2017

ZH Obergericht, 2017-03-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB160441

FR: ZH_OBERGERICHT SB160441 du 16 mars 2017

IT: ZH_OBERGERICHT SB160441 del 16 marzo 2017

Erwägungen

E. 1

Verfahrensgang

E. 1.1

Mit dem eingangs im Dispositiv wiedergegebenen Urteil vom 14. März 2016 sprach das Bezirksgericht Horgen, I. Abteilung, den Beschuldigten der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG schuldig und bestrafte ihn mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von 7 Jahren, unter Anrechnung von 504 Tagen erstandener Haft (Urk. 104, Disp. Ziff. 1 - 3). Weiter erkannte die Vorinstanz, die beschlagnahmten Barschaften von insgesamt Fr. 30'360.– seien als Drogengeld zu Gunsten der Staatskasse einzuziehen (Disp. Ziff. 4). Ebenfalls eingezogen (und der Vernichtung zugeführt) wurde eine beschlagnahmte Patrone (Disp. Ziff. 5) sowie beschlagnahmte Schriftstücke, welche zu den Akten genommen wurden (Disp. Ziff. 6). Bezüglich einer beschlagnahmten Herrenjacke wurde entschieden, diese sei nach Rechtskraft des Urteils dem Beschuldigten heraus zu geben (Disp. Ziff. 7). Eingezogen wurde sodann der vom Bezirksgericht Horgen mit Beschluss vom 14. März 2014 beschlagnahmte Personenwagen Mercedes ... und es wurde dessen Verwertung zu Gunsten der Staatskasse angeordnet (Disp. Ziff. 9), während zum erwähnten Mercedes gehörende Papiere ebenfalls eingezogen und der verwertenden Behörde zur gutscheidenden Verwendung überlassen wurden (Disp. Ziff. 8). Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens wurden dem Beschuldigten auferlegt; davon ausgenommen blieben die Kosten der amtlichen Verteidigung und die Dolmetscherkosten, welche unter dem Vorbehalt des Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse genommen wurden (Dispositiv Ziff. 11).

E. 1.2

Mit Eingabe vom 21. März 2016 meldete der amtliche Verteidiger Berufung an (Urk. 81). Die Berufungserklärung datiert vom 20. Oktober 2016 und richtet sich gegen die Dispositiv-Ziffern 1 - 4, 8, 9 und 11 des vorinstanzlichen Urteils

- 6 - (Urk. 105). Mit Eingabe vom 13. Februar 2017 liess der Beschuldigte den Beizug der "STA-Schlusseinvernahme" sowie von "Anklageschrift und Strafurteil i.S. C. _____" beantragen (Urk. 114). Diesem Antrag wurde bezüglich Schlusseinvernahme und Anklageschrift stattgegeben (Urk. 117); ein Urteil betr. C. _____ gibt es dagegen nicht, weil die Hauptverhandlung noch nicht stattgefunden hat (Urk. 116).

E. 1.3

Die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich hat sich innert der ihr in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO angesetzten Frist (Urk. 110) nicht geäussert.

E. 1.4

In der Folge wurden die Parteien zur Berufungsverhandlung vorgeladen (Urk. 112). Diese fand am 16. März 2017 in Anwesenheit des Beschuldigten und seiner Verteidigung statt (Prot. II S. 5).

E. 2

Die Vorinstanz hat sich mit sämtlichen Rügen der Verteidigung eingehend und in zutreffender Weise auseinander gesetzt (Urk. 104 S. 5 - 19). Auf diese Ausführungen kann daher vorab vollumfänglich verwiesen werden. Lediglich zusammenfassend und unter Einbezug der seit dem erstinstanzlichen Urteil ergangenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist Folgendes festzuhalten:

- 8 - 3.1. Die Verteidigung machte geltend, die polizeiliche Hafteinvernahme vom 29. Oktober 2014 (HD Ordner 1, Urk. 2/1), die Hafteinvernahme der Staatsanwaltschaft vom 30. Oktober 2014 (HD Ordner 1, Urk. 2/2) sowie die weiteren Einvernahmen mit Ausnahme der Schlusseinvernahme seien gemäss Art. 158 Abs. 2 StPO nicht verwertbar. Die Vorinstanz hat diese Rügen anhand der Lehre und der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer 6B_518/2014; Urteil vom

E. 2.1

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist auf Fr. 4'000.– festzusetzen.

- 30 -

E. 2.2

Dem im Berufungsverfahren gegenüber dem erstinstanzlichen Urteil geänderten Schuldspruch entsprechend rechtfertigt es sich, dem Beschuldigten die Kosten des Berufungsverfahrens im Umfang von 6/7 aufzulegen und zu 1/7 auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO).

E. 2.3

Dem Beschuldigten ist sodann für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen. Gemäss der Honorarnote seines erbetenen Verteidigers Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ belaufen sich dessen Aufwendungen für das Berufungsverfahren auf Fr. 16'593.90 (Urk. 133). Darin enthalten sind jedoch auch Aufwendungen im Zusammenhang mit dem vorzeitigen Strafantritt des Beschuldigten. Zudem war der Verteidiger bereits im erstinstanzlichen Verfahren involviert, weshalb der geltend gemachte Aufwand für das Aktenstudium von 14.75 Stunden erstaunt. Insgesamt rechtfertigt es sich, dem Beschuldigten für das Berufungsverfahren eine auf 1/7 reduzierte Entschädigung von Fr. 1'500.– für seine anwaltliche Verteidigung zuzusprechen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Horgen, 1. Abteilung, vom 14. März 2016 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt: 1.- 4. (...)

E. 2.4

Die Vorinstanz kam bei der Festsetzung der auszufällende Strafe unter Anwendung des schematischen, praxisgestützten Vergleichsrahmens (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, 3. Auflage 2016, N 45 ff. zu Art. 47 StGB), zu einer Einsatzstrafe für die Drogeneinfuhr vom 17. Oktober 2014 von etwa 5 Jahren und 7 Monaten bis zu 7 Jahren und sie setzte die Gesamtstrafe unter Einbezug der

Drogeneinfuhr vom 20. September 2014 auf 7 Jahre fest (Urk. 104 S. 51/52). Nachdem der Vorwurf der mehrfachen Tat- begehung entfällt, erscheint vorliegend eine Freiheitsstrafe von 6 Jahren als an- gemessen. 3. Seit seiner Verhaftung am 29. Oktober 2014 hat der Beschuldigte in Unter- suchungs- und Sicherheitshaft bzw. vorzeitigem Strafvollzug bis und mit heute 870 Tage verbracht. Dies ist an die Strafe anzurechnen (Art. 51 StGB). Ein bedingter oder teilbedingter Vollzug ist bei einer Strafe dieser Höhe nicht möglich (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 StGB). VII. Einziehung 1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Anordnungen der Vorinstanz bezüglich Einziehung und Verwertung des beschlagnahmte Mercedes ML sowie der beschlagnahmten Schriftstücke im Zusammenhang mit dem Mercedes ML (Urk. 104 S. 58/59 Disp. Ziff. 8 und 9) zu bestätigen. 2. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 31. Oktober 2014 (Urk. 5/5) beschlagnahmte Barschaft von Fr. 30'360.– wurde von der Vorinstanz als Drogengeld zu Gunsten der Staatskasse eingezogen (Urk. 104 S. 53 Ziff. 9.3. bzw. S. 57 Disp. Ziff. 4). Die Verteidigung kritisiert, es

- 29 - würden lediglich die Fr. 4'000.–, welche der Beschuldigte von C._____ erhalten habe, eingezogen werden können. Das übrige beschlagnahmte Geld gehöre der Lebenspartnerin E._____, weshalb ihr dieses auszuhändigen sei (Urk. 132 S. 28 f.). In der Tat stammen von der beschlagnahmten Barschaft nachweislich nur Fr. 4'000.– aus dem vom verdeckten Ermittler an C._____ übergebenen Geld. Ein direkter Bezug des restlichen Geldes zu eventuell weiteren illegalen Geschäften des Beschuldigten lässt sich dagegen nicht erstellen. Eine Herausgabe des restli- chen Betrages an die Lebenspartnerin des Beschuldigten fällt aber ebenfals aus- ser Betracht, da sie gegen den Entscheid der Vorinstanz kein Rechtsmittel er- griffen und somit auf die Geltendmachung eines Anspruches an der Barschaft verzichtet hat. Der Entscheid der Vorinstanz ist daher in Bezug auf die erwähnten Fr. 4'000.– zu bestätigen, während die restliche beschlagnahmte Barschaft von Fr. 26'360.– in Anwendung von Art. 267 Abs. 3 StPO zur Deckung der Ver- fahrenskosten zu verwenden ist. VIII. Kostenfolgen 1. Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren Aufgrund der Verurteilung des Beschuldigten sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen gerichtlichen Verfahrens, ausgenommen diejenigen der amtlichen Verteidigung und die Dolmetscherkosten, ausgangsgemäss dem Be- schuldigten aufzuerlegen (Art. 426 Abs. 1 StPO). Die Dolmetscherkosten sind de- finitiv (Art. 426 Abs. 3 lit. b) sowie die Kosten der amtlichen Verteidigung einst- weilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten ist gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten. 2. Kosten des Berufungsverfahrens

E. 4

Dezember 2014) überprüft und sie kam zum Schluss, die erste Hafteinvernah- me sei unverwertbar, die zweite Einvernahme sei erst ab Frage 174 verwertbar und die Verwertbarkeit der weiteren Einvernahmen stehe ausser Frage (Urk. 104 S. 5 - S. 8 oben). Die Verteidigung kritisiert, diese Auffassung der Vorinstanz sei klar prozess- rechtswidrig und verweist diesbezüglich insbesondere auf einen Entscheid des Obergerichts Thurgau. Ein vollständiger und präzisier Tatvorhalt habe zwingend zu Beginn der ersten Einvernahme und nicht irgendwann mal in deren weiteren Verlauf zu erfolgen. Dementsprechend halte der Entscheid des Obergerichts Thurgau fest, dass es sich bei Art. 158 Abs. 1 StPO um eine absolute Gültigkeits- vorschrift handle, weshalb bei deren Missachtung die Einvernahme als Ganzes nicht verwertbar sei. Im Übrigen sei selbst der Tatvorhalt, welcher die Vorinstanz als massgeblich erachte, inhaltlich klar ungenügend und

damit prozessrechtswidrig, seien darin doch weder die Tatzeit noch die Drogenmenge genannt worden und auch nicht angegeben worden, von welchem Land aus der Transport in die Schweiz erfolgt sein solle, oder dass er den Stoff an C._____ übergeben haben soll. Der Beschuldigte habe daher den gegen ihn gerichteten Vorwurf weder erfassen noch sich angemessen verteidigen können. In den zahlreichen weiteren Einvernahmen sei dem Beschuldigten prozessrechtswidrig überhaupt kein oder bloss ein ungenügender Tatvorhalt gemacht worden, stattdessen sei er in unverfängliche Gespräche verwickelt worden. Weil abgesehen von der Schlusseinvernahme bei sämtlichen Einvernahmen des Beschuldigten zu Beginn und in deren Verlauf kein konkreter, genauer und vollständiger Tatvorhalt erfolgt sei, seien mit Ausnahme der Schlusseinvernahme sämtliche Einvernahmen unverwertbar (Urk. 132 S. 3 ff.).

- 9 - Der von der Verteidigung zitierte Entscheid des Obergerichts Thurgau (SBR.2014.54) datiert vom 9. Februar 2015. Das Bundesgericht hat seine von der Vorinstanz zitierte Rechtsprechung in zwei neueren Entscheiden (Urteil 6B_1262/2015 vom 18. April 2016 sowie Urteil 6B_976/2015 vom 27. September 2016) bestätigt, weshalb den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz insoweit nichts beizufügen ist und der Beschuldigte aus dem Entscheid des Obergerichts Thurgau nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. In Bezug auf die Kritik der Verteidigung, im von der Vorinstanz als massgeblich angesehen Tatvorhalt sei weder die Tatzeit noch die Drogenmenge oder das Land, aus welchem die Drogen importiert worden seien bzw. wem er die Drogen übergeben habe, enthalten, ist festzuhalten, dass dem Beschuldigten in der Einvernahme vom 30. Oktober 2014 bereits zu Beginn in Frage 5 vorgehalten wurde, er werde verdächtigt, im Mehrkilobereich mit Heroin gehandelt zu haben (Urk. 2/2 S. 2). Später wurde ihm in Frage 172 vorgehalten, es bestehe der dringende Verdacht, dass er mit C._____ im Drogenhandel zusammengewirkt habe und mit dem Mercedes ML Drogen transportiert bzw. in die Schweiz eingeführt habe. Weiter wurde in Frage 174 ausgeführt, C._____ habe zugegeben, dass er anfangs Oktober Heroin verkauft habe, wie auch am 22. und 24. Oktober 2014 (Urk. 2/2 S. 21). Mithin war der Beschuldigte ab Frage 174 auch über den ungefähren Tatzeitpunkt orientiert, wobei die genaueren Daten der Heroineinfuhren gemäss zutreffender Feststellung der Vorinstanz in diesem Verfahrensstadium noch nicht bekannt waren (vgl. Urk. 104 S. 7). Dieser Tatvorhalt genügt somit den Anforderungen, zumal im frühen Verfahrensstadium eine gewisse Verallgemeinerung des Tatvorhalts im Hinblick auf eine erfolgreiche Durchführung der Strafuntersuchung zulässig ist. Die beschuldigte Person muss in allgemeiner Weise und nach dem aktuellen Verfahrensstand darüber aufgeklärt werden, was ihr vorgeworfen wird. Massgebend ist die Tathypothese, mit welcher die Strafverfolgungsbehörde arbeitet (Urteil 6B_976/2015 vom 27. September 2016 E. 1.4.3.; Urteil 6B_1262/2015 vom 18. April 2016 E. 3.2 mit Hinweis). Auch im Berufungsverfahren ist deshalb davon auszugehen, dass die Aussagen des Beschuldigten ab Frage 174 in der Einvernahme vom 30. Oktober 2014 uneingeschränkt verwertbar sind.

- 10 - 3.2. Die Verteidigung monierte ausserdem eine Verletzung der Verfahrensrechte des Beschuldigten, weil diesem unter Berücksichtigung der Unverwertbarkeit sämtlicher Einvernahmen (exkl. Schlusseinvernahme) die ihn belastenden Beweismittel nie vorgehalten worden seien (Urk. 132 S. 6). Auch diese Rüge hat die Vorinstanz einlässlich und mit Hinweis auf die vorstehend als zutreffenden erkannten Erwägungen zur Verwertbarkeit der Aussagen des Beschuldigten verworfen. Dem ist nichts beizufügen. 3.3. Auch mit der Rüge der fehlenden Schlussverfügung gemäss Art 318 Abs. 1 StPO hat

sich die Vorinstanz eingehend befasst und diesen Einwand zu Recht verworfen (Urk. 104 S. 9/10). Auch ist dem Beschuldigten entgegen der Verteidigung kein Nachteil daraus erwachsen, dass mit der mündlich protokollierten Schlussverfügung nicht gleichzeitig Frist zum Stellen von Beweisanträgen ange- setzt worden war (Urk. 132 S. 8), hatte er doch seither im gerichtlichen Verfahren diverse Möglichkeiten, Beweisanträge zu stellen, wovon er auch Gebrauch mach- te (vgl. Urk. 57; Urk. 114). Selbst wenn aber in diesem Punkt eine Gehörs- verweigerung feststellbar gewesen wäre, hätte ein solcher Mangel heute bzw. im vorliegenden Rechtsmittelverfahren als geheilt zu gelten. So ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Hei- lung des Mangels auszugehen, wenn die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzöge- rungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beför- derlichen Beurteilung der Sache nicht vereinbar wären (Urteil 6B_1247/2015 vom 15. April 2016, E. 4.2.1.). Würde die Anklage aufgrund einer fehlenden schriftli- chen Schlussverfügung als nichtig erachtet werden, würde dies lediglich zur Rückweisung an die Staatsanwaltschaft sowie zur erneuten Einreichung der An- klage nach Erlass einer schriftlichen Schlussverfügung führen, was zweifellos ein formalistischer Leerlauf wäre. 3.4. Zur Rüge der Missachtung des Teilnahmerechts des Beschuldigten an den Einvernahmen von C._____ hat die Vorinstanz erwogen, die den Beschuldigten belastenden Aussagen des C._____ seien nicht verwertbar (Urk. 104 S. 10/11), weshalb sie in der Folge nicht auf dessen Aussagen abstellte. Einzig in Zusam-

- 11 -
menhang mit der Einführung von 17'759 g Heroingemisch bzw. 8'836 g reinem Heroin am 17. Oktober 2014 in die Schweiz führt sie aus, "C._____ erklärte dem verdeckten Ermittler "D._____" anlässlich des Treffens vom 2. Oktober 2014, dass das Heroin jeweils mit einem Auto in die Schweiz transportiert und er in etwa 10 Tagen eine neue Lieferung erhalten werde". Dies ergibt sich jedoch aus den Aussagen des verdeckten Ermittlers "D._____" (Urk. 1/11 Beilage 4/41), welche – wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird – ohne weiteres verwertbar sind. Die Verteidigung weist sodann darauf hin, auch die Aussagen von E._____, der Lebenspartnerin des Beschuldigten, seien unverwertbar, was die Vorinstanz übersehe (Urk. 134 S. 9). In der Tat hatte der Beschuldigte keine Möglichkeit, an der Einvernahme von E._____ teilzunehmen (Urk. 3/3), weshalb deren Aussagen nicht zu dessen Nachteil verwertbar sind. Die Vorinstanz stützt sich in ihrer Be- weiswürdigung allerdings lediglich zweimal auf die Aussagen von E._____. Ein- mal als sie ausführt, sowohl der Beschuldigte selber als auch seine Lebenspart- nerin würden angeben, dass der Beschuldigte und C._____ in der Schweiz einen freundschaftlichen Kontakt pflegten (Urk. 104 S. 29). Das andere Mal im Zusam- menhang mit den E-Mails, wo die Vorinstanz festhält, dass sowohl der Beschul- digte als auch E._____ ausgesagt hätten, dass seine Freundin den PC nicht be- nutzt habe (Urk. 104 S. 30). Beide von der Vorinstanz zitierten Aussagen von E._____ sind lediglich nebensächlich und belasten den Beschuldigten nicht. 3.5. Die Rüge der willkürlichen Aktenbewirtschaftung im Zusammenhang mit den Einvernahmen des C._____ verwarf die Vorinstanz mit dem zutreffenden Argu- ment, es wäre Sache der (damaligen) Verteidigung gewesen, entsprechende Be- weisanträge zu stellen. Dem vom aktuellen Verteidiger gestellten Beweisantrag sei sodann im Wesentlichen entsprochen worden (Urk. 104 S. 11/12). Gleiches gilt für das Berufungsverfahren (Urk. 117). 3.6. Die Verteidigung hat bei der Vorinstanz beanstandet, es fehle bei den Akten die Anordnung der verdeckten Ermittlung bzw. die Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht. Die Vorinstanz hat sich mit

diesem Einwand ausführlich befasst und sie kam zum Schluss, dass von einer korrekten Anordnung

- 12 - und Genehmigung auszugehen sei und dem Beschuldigten aus der Verletzung der Dokumentationspflicht keine Nachteile erwachsen seien (Urk. 104 S. 12 - 17). Im Berufungsverfahren wurde die Genehmigung der verdeckten Ermittlung mit Präsidialverfügung vom 6. März 2017 von Amtes wegen beigezogen (Urk. 125). Aus der Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts vom 11. April 2014 ergibt sich, dass die Genehmigung der verdeckten Ermittlung korrekt erfolgte (Urk. 128). 3.7. Im Berufungsverfahren rügt die Verteidigung sodann, der verdeckte Ermittler "D._____" sei nicht durch ein Gericht einvernommen worden. Gemäss dem Bundesgericht seien die Aussagen eines anonymen Zeugen, den der Beschuldigte und die Verteidigung nicht zu Gesicht bekommen, nur dann verwertbar, wenn die- ser Zeuge vom urteilenden Gericht selbst und zudem ohne optische Abschirmung vernommen werde. Weil dies vorliegend nicht geschehen sei, seien die Aussagen des anonymen Zeugen "D._____" sowie die gesamten Erkenntnisse aus der ver- deckten Ermittlung unverwertbar (Urk. 132 S. 8 f.). Entgegen der Verteidigung lässt sich aus dem von ihr zitierten BGE 133 I 33 jedoch nicht ableiten, dass die Einvernahme des anonymen Zeugen zwangsläufig durch das Gericht zu erfolgen hat, auch wenn dies in jenem Fall so geschehen war (vgl. E. 3.2). Vielmehr hat das Bundesgericht festgehalten, die Verwendung von Aussagen, die im Vorver- fahren gemacht worden sind, seien mit den Garantien von Art. 6 EMRK nicht un- vereinbar, sofern die Rechte der Verteidigung respektiert worden seien. Eine ein- malige Gelegenheit zur Ausübung des Fragerechts sei genügend, wenn die Be- fragung tatsächlich wirksam habe ausgeübt werden können (BGE 125 I 127 E. 6b; bestätigt in Urteil des BGer 6B_369/2013 vom 31. Oktober 2013 E. 2.3.2.; 6B_183/2013 vom 10. Juni 2013 E. 1.5; vgl. auch Summers/Scheiwiller/Studer, Das Recht auf Konfrontation in der Praxis, in: ZStrR 134/2016 S. 351, 364 ff.). Überdies hat sich das Gericht zu überzeugen, dass die Identität des anonymen Zeugen feststeht und ausgeschlossen werden kann, dass ein anderer an seiner Stelle Zeugnis ablegt (BGE 133 I 33, E. 3.1.). Am 20. Mai 2015 bestätigte der Zeuge F.____ als Führungsperson in der Aktion ... geamtet zu haben (Urk. 2/11 S. 4 F. 9). Sodann bestätigte er, dass es sich beim verdeckten Ermittler "D._____" um einen Angehörigen des Polizeikorps handle (Urk. 2/11 S. 5 F. 20), sowie dass

- 13 - sich der verdeckte Ermittler "D._____" um 16.55 Uhr bei ihm im Einvernahme- zimmer hinter eine Milchglasscheibe gesetzt habe (S. 6 F. 24). Die Einvernahme von "D._____" erfolgte am 20. Mai 2015 um 16.58 Uhr und wurde per Video in den Rapportsaal Nr. ... der Stadtpolizei Zürich übertragen, wo sich neben den Staatsanwälten Dr. iur. G.____ und lic. iur. H.____ auch der Beschuldigte und sein Verteidiger befanden (Urk. 2/12). Mithin kann aufgrund der Zeugenaussage von F.____, welcher den verdeckten Ermittler "D._____" kannte und dessen Identität bestätigen konnte, ausgeschlossen werden, dass eine andere Person an der Stelle von "D._____" das Zeugnis abgelegt hatte. Überdies steht für die Wahrheitsfindung nicht die Glaubwürdigkeit als persönliche Eigenschaft, sondern die Glaubhaftigkeit der konkreten Aussage im Vordergrund, weshalb in der opti- schen und akustischen Abschirmung des Zeugen gegenüber dem Beschuldigten und dem Verteidiger keine das Fairnessgebot verletzende Einschränkung der Verteidigung liegt (BGE 133 I 33 E. 4.3). Der Beschuldigte sowie sein Verteidiger konnten die Einvernahme des anonymen Zeugen "D._____", welcher sich hinter einer Milchglasscheibe befand und somit optisch abgeschirmt war, mittels Video-

übertragung verfolgen, wobei sie auch Gelegenheit erhielten, Ergänzungsfragen zu stellen (Urk. 2/12 S. 5). Schliesslich wurde dem verdeckten Ermittler mit Verfügung des Zwangsmassnahmegerichts vom 11. April 2014 die Anonymität zugesichert (Urk. 128), weshalb die hinter einer Milchglasscheibe getätigten Aussagen des verdeckten Ermittlers gemäss Art. 288 Abs. 2 i.v.m. Art. 149 Abs. 2 lit. d StPO verwertbar sind. 3.8. Weil sich die Anklage zur Erstellung des Sachverhalts nicht auf die Ergebnisse der Telefonüberwachung abstützt, liess die Vorinstanz die Frage nach der von der Verteidigung gerügten Verletzung der Dokumentationspflicht bezüglich der überwachten Telefongespräche offen (Urk. 104 S. 19). 3.9. Schliesslich rügt die Verteidigung im Berufungsverfahren, C._____ habe in der Schlusseinvernahme ausgesagt, auf der Aussenkamera seiner Garage sei ersichtlich, dass der Zusatztank bereits ausgebaut gewesen sei und sich im Laderaum des Mercedes befunden habe, als der Beschuldigte zu ihm gekommen sei. Die fraglichen Aufnahmen seien von der Staatsanwaltschaft zwar sichergestellt

- 14 - und auch ausgewertet worden, jedoch sei das Resultat der Verteidigung und dem Gericht nicht bekannt, was einen gewichtigen prozessualen Mangel darstelle (Urk. 132 S. 12). Dem ist entgegenzuhalten, dass sich Aufnahmen der sichergestellten Überwachungskamera vor C._____s Garage bei den Akten befinden (Urk. 13/1-42; vgl. Urk. 1/11 S. 3). Zwar ist aufgrund der Aussage von C._____ nicht klar, auf welche der ausgewerteten Aufnahmen er sich bezieht, dennoch kann aber aufgrund der Qualität der sich bei den Akten befindenden Aufnahmen ausgeschlossen werden, dass darauf ein sich im Laderaum des Fahrzeuges befindlicher Zusatztank erkennbar wäre (vgl. Urk. 13/19-23, insbesondere Urk. 13/20). IV. Erstellung des Sachverhalts 1. Rechtliches In einem Strafprozess sind an den Beweis von Täterschaft und Schuld hohe Anforderungen zu stellen. Gemäss der aus Art. 8 und 32 Abs. 1 BV fließenden und in Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankerten Maxime "in dubio pro reo" ist bis zum gesetzlichen Nachweis ihrer Schuld zu vermuten, dass die wegen einer strafbaren Handlung beschuldigte Person unschuldig ist (BGE 127 I 40, BGE 120 Ia 31 E. 2b). Angesichts der Unschuldsvermutung, die auch in Art. 10 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) statuiert ist, besteht somit Beweisbedürftigkeit, das heisst, der verfolgende Staat hat dem Beschuldigten alle objektiven und subjektiven Tatbestandselemente nachzuweisen, woraus folgt, dass der Beschuldigte seine Unschuld nicht zu beweisen hat (BGE 127 I 40 f.). Der als Grundlage für die richterliche Überzeugung geltende Grundsatz der freien Beweiswürdigung besagt, dass es keine Rangordnung der Beweise gibt. Wesentlich können mithin auch blosser Indizien sein. Indizien sind Tatsachen, die einen Schluss auf eine andere, unmittelbar erhebliche Tatsache zulassen. Beim Indizienbeweis wird vermutet, dass eine nicht bewiesene Tatsache gegeben ist, weil sich diese Schlussfolgerung aus bewiesenen Tatsachen nach der Lebenserfahrung aufdrängt. Weil ein Indiz jedoch immer nur mit einer gewissen Wahrchein-

- 15 - lichkeit auf die Täterschaft oder die Tat hinweist, lässt es, einzeln betrachtet, die Möglichkeit des Andersseins offen und enthält daher auch den Zweifel. Es ist jedoch zulässig, aus der Gesamtheit der verschiedenen Indizien auf den vollen rechtsgenügenden Beweis von Tat oder Täter zu schliessen. Insofern ist der Indizienbeweis ein vollgültiger Beweis (Urteile 6B.217/2012 vom 20.7.2012; 6B_697/2014 vom 27.2.2014; 6B_4/2016 vom 2.5.2016). Im Bereich rechtfertigender Tatsachen trifft sodann auch den Beschuldigten eine gewisse Beweislast. Seine Behauptungen müssen plausibel sein; es muss ihnen eine

gewisse Überzeugungskraft zukommen. Zumindest bedarf die Behauptung des Beschuldigten gewisser Anhaltspunkte, sei es in Form konkreter Indizien oder einer natürlichen Vermutung für seine Darstellung, damit sie als Entlastungstat- sache dem Urteil zugrunde gelegt wird. Ein strikter Beweis kann hingegen vom Beschuldigten nicht verlangt werden; doch muss seine Behauptung glaubhaft sein. Wenn die belastenden Beweise nach einer Erklärung rufen, welche der Be- schuldigte geben können müsste, dies jedoch nicht tut, darf nach Massgabe des gesunden Menschenverstandes der Schluss gezogen werden, es gebe keine mögliche Erklärung und er sei schuldig. Nichts anderes kann gelten, wenn er zwar eine Erklärung gibt, diese aber unglaublich oder gar widerlegt ist. Der Grundsatz "in dubio pro reo" zwingt somit nicht dazu, jede entlastende Angabe des Beschul- digten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit kein spezifischer Beweis vor- handen ist, als unwiderlegt zu betrachten. Nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung braucht durch einen hieb- und stichfesten Beweis widerlegt zu werden (vgl. Beschlüsse des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom

E. 4.1

Die Untersuchungen des FOR und der Université de Lausanne, Institut de police scientifique, haben ergeben, dass das bei C._____ sichergestellte Heroin aufgrund unterschiedlicher chemischer Zusammensetzung und Qualität aus zwei verschiedenen Produktionen und daher aus zwei Lieferungen stammt (Urk. 1/11 S. 8 f.; Urk. 6/12-13). Das FOR hielt sodann fest, dass anlässlich der Hausdurch- suchung vom 24. Oktober 2014 in der Garage von C._____ Heroin gleicher Quali- tät und chemischer Zusammensetzung sichergestellt werden konnte, wie jenes Heroin, welches der verdeckte Ermittler am 3. Oktober 2014 gekauft hatte (Urk. 1/11 S. 9; Urk. 6/12). Damit ist erstellt, dass in C._____s Garage Heroin si- chergestellt wurde, welches vor dem 3. Oktober 2014 in die Schweiz eingeführt worden sein muss. Anklage und Vorinstanz sind der Auffassung, dass dieses He- roin ebenfalls vom Beschuldigten, und zwar anlässlich seiner Einreise in die Schweiz am 20. September 2014, transportiert und an C._____ geliefert worden sei.

E. 4.2

Die Vorinstanz begründet ihren diesbezüglichen Entscheid einerseits mit den gegen den Beschuldigten sprechenden Indizien im Zusammenhang mit der Drogenlieferung an C._____ vom 17. Oktober 2014 (Urk. 104 S. 40 E. 3.5.2.1 und S. 42 E. 3.5.2.8). Sodann hielt die Vorinstanz fest, der Beschuldigte sei am 17. September 2014 mit den gleichentags eingelösten Kontrollschildern des Mercedes ML per Flugzeug nach Mazedonien gereist, und er habe am 19. September 2014 Mazedonien mit dem Mercedes ML wieder verlassen und sei am 20. September 2014 in die Schweiz eingereist (Urk. 104 S. 40 E. 3.5.2.3). Diese Reisedaten würden zum Datum des Testkaufs des verdeckten Ermittlers bei C._____, welcher am 3. Oktober 2014 stattgefunden hat, passen. Das Heroin sei am 20. September 2014 in die Schweiz geschmuggelt und daraufhin an C._____ übergeben worden. Dieser habe einige Tage benötigt, um das Heroin zu strecken bzw. abzumischen. In einem SMS vom Montag, 29. September 2014 habe C._____ dem verdeckten Ermittler zudem geschrieben, dass er bis am

- 24 - Donnerstag 2. Oktober 2014 im Ausland sei. Daher habe die Übergabe bzw. der Testkauf erst etwas verzögert am 3. Oktober 2014 stattgefunden (Urk. 104 S. 41 E. 3.5.2.6).

E. 4.3

Die Verteidigung macht geltend, zwischen der Einreise des Beschuldigten in die Schweiz am 20. September 2014 und der Übergabe des Stoffs an den verdeckten Ermittler am 3. Oktober 2014 würden knapp zwei Wochen liegen, weshalb entgegen der Vorinstanz keine zeitliche Übereinstimmung zwischen Einreise und Verkauf bestehe. Weil C._____ dem verdeckten Ermittler neben 500 Gramm Heroin auch 500 Gramm Streckmittel geliefert habe, könne zwingend ausgeschlossen werden, dass er den Stoff vorgängig gestreckt und dafür zwei Wochen gebraucht habe, wovon die Vorinstanz aber ausgegangen sei. Die vorinstanzliche Sachverhaltserstellung erweise sich als unhaltbar (Urk. 132 S. 23 f.).

E. 4.4

Mit der Verteidigung vermag die Argumentation der Vorinstanz aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen: Es ist unbestritten, dass der Beschuldigte am 20. September 2014 mit seinem Mercedes ML bei St. Margarethen in die Schweiz eingereist ist. Im angefochtenen Urteil werden zusätzlich die Reisen des Beschuldigten bzw. die Daten dazu ab dem 4. September 2014 bis zum 20. September 2014 aufgeführt (Urk. 104 S. 40 E. 3.5.2.2/3) und die Vorinstanz ist – wie erwähnt – der Meinung, diese Daten würden zum Datum des Testkaufs am 3. Oktober 2014 "passen" (Urk. 104 S. 40 E. 3.5.2.2/3). Wie die Vorinstanz zu dieser Erkenntnis kommt, wird nicht näher dargelegt und ist nicht nachvollziehbar. Nicht näher begründet wird von der Vorinstanz sodann die Annahme, C._____ habe "einige Tage" benötigt, um das Heroin zu strecken. C._____ hat sich am 21. September 2014 gegenüber dem verdeckten Ermittler jedenfalls nicht in diesem Sinne geäußert. Im Gegenteil ist es so, dass C._____ dem verdeckten Ermittler angeboten hat, Streckmittel zu liefern, und er machte dem verdeckten Ermittler das zusätzliche Angebot, er könne ihm das Heroin aber auch gleich mitbringen, falls er das wünsche. C._____ hatte also gar nicht die Absicht, das Heroin zu mischen, ausser der verdeckte Ermittler hätte dies so gewünscht. Entgegen

- 25 - der Interpretation der Vorinstanz hat C._____ auch nicht gesagt, er könne das Heroin "in einer Woche" liefern. Vielmehr soll er gemäss Bericht des verdeckten Ermittlers gesagt haben, dass er Heroin von sehr guter Qualität verkaufe, dass er in einer Woche soweit sei, "dann sei das Heroin hier" (Urk. 1/11 Blatt 4/35 oben). Nimmt man diese gegenüber dem verdeckten Ermittler geäußerte und von diesem entsprechend rapportierte Aussage C._____s zum Nennwert, dann war das Heroin eben noch nicht 'hier', sondern wurde die Droge am 21. September 2014 von C._____ erst erwartet. Ein direkter Rückschluss aus den gegenüber dem verdeckten Ermittler am 21. September 2014 gemachten Äusserungen des C._____ auf eine dem Beschuldigten anzulastende Drogeneinfuhr am 20. September 2014 ist damit nicht möglich. Denkbar ist zwar, dass der Beschuldigte die Drogen am 20. September 2014 tatsächlich eingeführt hat und aus irgendwelchen Gründen diese erst später bei C._____ abliefern konnte. Dagegen spricht nun allerdings, dass der Mercedes ML bereits am 22. September 2014 wieder ausser Verkehr gesetzt wurde. Wäre die von der Anklage behauptete Drogeneinfuhr des Beschuldigten vom 20. September 2014 gleich abgelaufen, wie jene vom 17. Oktober 2014, dann wäre das Heroin am gleichen Tag oder spätestens am Folgetag dem Zusatztank entnommen worden. Das Heroin wäre also "hier" und damit verfügbar gewesen, weshalb die entsprechend rapportierte Aussage des C._____ gegenüber dem verdeckten Ermittler am 21. September 2014, das Heroin werde (erst) in einer Woche hier sein (vgl. Urk. 1/11 Beilage 4/35), nicht plausibel erklärt werden kann. Vielmehr muss in Betracht gezogen werden und ebenfalls denkbar ist, dass das von C._____ gegenüber dem verdeckten Ermittler erwähnte Heroin, welches in einer Woche

"hier" sein würde, aus einer anderen Quelle stammte bzw. von einem anderen Kurier zu liefern war.

E. 4.5

Eine logische und hinreichende Überzeugung schaffende Verbindung zwischen diesen dem verdeckten Vermittler übergebenen bzw. bei C._____ sicher- gestellten Drogen und der Einreise des Beschuldigten in die Schweiz am 20. September 2014 lässt sich daher nicht herstellen. Der Beschuldigte ist mithin von diesem Vorwurf der Anklage freizusprechen.

- 26 - V. Rechtliche Würdigung Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz als qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG ist korrekt und wird von der Verteidigung nicht in Frage gestellt. Unter Berücksichtigung des teilweisen Freispruchs ist der Beschuldigte statt der mehrfachen nur einer einfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig zu sprechen. VI. Strafzumessung 1. Die Vorinstanz hat die Grundsätze, nach welchen eine Strafe im Allgemeinen und bei Betäubungsmitteldelikten im Besonderen zuzumessen ist, im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil 6B_885/2015 vom 15. Januar 2016 mit Verweis auf BGE 136 IV 55) richtig zusammengefasst (Urk. 104 S. 46 ff.). Zur Vermeidung von Wiederholungen kann darauf verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Strafe ist vorliegend innerhalb eines Strafrahmens von 1 bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe zu bemessen (Art. 19 Abs. 2 BetmG, Art. 40 StGB).

E. 5

Der folgende, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 29. September 2015 (act. 5/10) beschlagnahmte Gegenstand (Aufbewahrungsort: Kantonspolizei Zürich, Asservaten-Triage), wird nach Rechtskraft des ganzen Urteils eingezogen und vernichtet: - 1 Patrone, Asservaten-Nr. A007'602'973

E. 6

Die folgenden, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 29. September 2015 (act. 5/10) beschlagnahmten Gegenstände (Aufbewahrungsort: Kantonspolizei Zürich, Asservaten-Triage), werden eingezogen und zu den Akten genommen:

- 31 - - Schreibblock. Erste Seite beschrieben. Geldbeträge und Namen (J._____/K._____
etc.), Asservaten-Nr. A007'602'724 - Papier mit Titel: "Dokument (Inhalt: Geldbeträge, Daten und Namen) sowie "Auszahlung UBS CHF 10'000.- an B._____ vom 24.06.2014", Asservaten- Nr. A007'602'815 - Akten mit Notizen auf der Rückseite (Geldbeträge und Namen), Asservaten- Nr. A007'602'860

E. 7

Der folgende, mit Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 29. September 2015 (act. 5/10) beschlagnahmte Gegenstand (Aufbewahrungsort: Kantonspolizei Zürich, Asservaten-Triage) wird dem Beschuldigten, nach Rechtskraft des Urteils, auf erstes Verlangen herausgegeben: - 1 Herrenjacke Armani, schwarz mit weisser Aufschrift, Asservaten- Nr. A007'675'470 Verlangt der Beschuldigte die Gegenstände nicht bis spätestens 30 Tage nach Rechtskraft des Urteils, werden sie eingezogen und der Lagerbehörde zur gutscheinenden Verwendung überlassen.

E. 8

9. (...)

E. 10

Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf: Fr. 6'000.–; die weiteren Kosten betragen: Fr. 5'000.– Gebühr Vorverfahren; Fr. 870.– Auslagen (Gutachten); Fr. 50.– Auslagen; Fr. 1'400.– Telefonkontrolle; Fr. 450.– Auslagen Polizei; Fr. 243.75 Entschädigung Dolmetscher Fr. 6'074.– amtliche Verteidigung (inkl. MwSt.; bereits bezahlt) Weitere Kosten bleiben vorbehalten.

E. 11

(...)

E. 12

(Mitteilungen)

E. 13

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.

- 35 - Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 16. März 2017 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. R. Naef lic. iur. S. Bärtsch

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