

# ZH\_OBERGERICHT SB180276 vom 7. November 2018

ZH Obergericht, 2018-11-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB180276](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180276)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB180276 du 7 novembre 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT SB180276 del 7 novembre 2018

## Erwägungen

### E. 1

Anklageziffer 1 Der Verteidiger machte geltend, dass die Aussagen des Beschuldigten anlässlich der polizeilichen Befragung vom 7. Juli 2014 sowie der staatsanwalt-schaftlichen Hafteinvernahme vom gleichen Tag (Urk. 2/2 und 2/3) aufgrund un-terlassener Sicherstellung der notwendigen Verteidigung nicht verwertbar seien (Urk. 102 S. 3 f.). Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung bei Einleitung des Vor-verfahrens erfüllt, so ist die Verteidigung nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung sicherzustel-len (Art. 131 Abs. 2 StPO). Mit dieser Bestimmung benennt der Gesetzgeber ein widersprüchliches und teilweise unpraktikables Vorgehen zur Sicherstellung der notwendigen Verteidigung (vgl. BSK StPO - Ruckstuhl, Art. 131 N 3), weshalb es nicht erstaunt, dass sich die Lehre in Auslegung dieses Artikels in mancher Hin-sicht uneinig ist. Einhelligkeit besteht allerdings darin, dass die erkennbare not-wendige Verteidigung jedenfalls nach erfolgter Eröffnung der Untersuchung si-chergestellt sein muss, bzw. diesfalls nicht bis zur Durchführung der ersten Ein-vernahme zugewartet werden kann (vgl. BSK StPO - Ruckstuhl, Art. 131 N 3-7; Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Straf-prozessordnung, Art. 131 N 7; Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl., Art. 131 N 2). Im vorliegenden Fall war eine Untersuchung gegen den Beschuldigten be-reits vor dessen polizeilicher Befragung vom 7. Juli 2014 und der staatsanwalt-schaftlichen Hafteinvernahme vom 7. Juli 2014 eröffnet worden. Dies geht aus

- 9 - dem Ermittlungsauftrag der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich an die Po-lizei vom 17. Juni 2014 hervor, in welchem ausdrücklich davon die Rede ist, dass das polizeiliche Ermittlungsverfahren "im Rahmen der bereits eröffneten Untersuchung" durchzuführen sei (Urk. 2/1). Im Weiteren zeigt sich anhand des (blauen) Aktenumschlags der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich, dass das Dossier zu dieser Untersuchung mit der Verfahrensnummer B-1/2014/354 bereits am 11. Juni 2014 angelegt worden war. Sodann war für die Strafverfol-gungsbehörden bereits vor den Einvernahmen vom 7. Juli 2014 erkennbar, dass dem Beschuldigten aufgrund der vorgeworfenen Kokainmenge eine Frei-heitsstrafe von mehr als einem Jahr drohte (vgl. Art. 19 Abs. 2 BetmG) und da-mit ein Fall notwendiger Verteidigung im Sinne von Art. 130 lit. b StPO gegeben war, denn dem Beschuldigten wurde anlässlich dieser Einvernahmen sowohl seitens der Polizei als auch seitens der Staatsanwaltschaft vorgehalten, mit 200 Gramm Kokain gehandelt zu haben (vgl. Urk. 2/2 S. 9 und Urk. 2/3 S. 4). Auf-grund all dessen hätte bereits anlässlich der Einvernahmen vom 7. Juli 2014 die notwendige Verteidigung des Beschuldigten sichergestellt worden sein müssen. Da dies nicht geschehen ist, bzw. der Beschuldigte ohne Anwesenheit ei-nes Verteidigers einvernommen wurde, sind die Einvernahmen vom 7. Juli 2014 (Urk. 2/2 und 2/3) – entgegen der Auffassung der Vorinstanz (Urk. 81 S. 6) – nicht

verwertbar. Wie die Vorinstanz bereits zutreffend dargetan hat, sind auch die Aussagen von D.\_\_\_\_\_ vom 5. Juni 2014 (Urk. HD 3/1) mangels Konfrontation mit dem Beschuldigten nicht zu dessen Lasten verwertbar (vgl. Urk. 81 S. 6). Der Vorinstanz (Urk. 81 S. 7) ist zudem darin zu folgen, dass auch die Gesprächsprotokolle betreffend die Gespräche zwischen C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ (HD 2/2 Anhang 3, 7, 9) nicht verwertbar sind.

## **E. 2**

Anklageziffer 2.1 f. In Bezug auf den Vorwurf in Anklageziffer 2.1. lit. f zeigte sich der Beschuldigte teilweise geständig. Er räumte ein, dass er zwischen dem 21. und 25. Februar 2015 von G.\_\_\_\_\_ versehentlich 73.8 statt 20 Gramm Kokain erhalten habe. Auch anerkannte er, G.\_\_\_\_\_ Fr. 1'400.– bezahlt zu haben. Dieses Teilgeständnis deckt sich mit den Aussagen des Drogenlieferanten (Urk. 3/2 und 3/3), weshalb der Anklagesachverhalt in diesem Umfang auch ohne die nicht verwertbare Telefonabhörung als erstellt gelten kann. Da weitere verwertbare Beweismittel fehlen, muss es beim Eingeständnis des Beschuldigten sein Bewenden haben, wonach er lediglich 20 Gramm Kokain gemischt kaufen wollte und dafür Fr. 1'400.– bezahlt hat. Der entsprechende Schuldspruch der Vorinstanz ist damit zu bestätigen. Soweit der Anklagevorwurf darüber hinausgeht, ist der Beschuldigte freizusprechen.

## **E. 2.3**

und 3 ein. Diese (Teil-)Geständnisse erfolgten weitgehend aufgrund der erdrückenden Beweislage. Auch ist beim Beschuldigten von aufrichtiger Reue und Einsicht wenig zu spüren. Unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung rechtfertigt sich daher lediglich eine marginale Strafreduktion. Gemäss Strafregisterauszug weist der Beschuldigte sieben Einträge auf (Urk. 132). Als eigentliche Vorstrafen können deren fünf bezeichnet werden. Auch wenn diese Vorstrafen keine einschlägigen Delikte betreffen, ist die Tatsache, dass der Beschuldigte während der letzten sechs Jahre wiederholt gegen verschiedene Strafbestimmungen verstossen hat, spürbar strafferhöhend zu berücksichtigen. In Betrachtung sämtlicher Strafzumessungskriterien erweist sich für das mehrfach begangene Drogenvergehen des Beschuldigten eine Freiheitsstrafe von sieben Monaten als angemessen.

- 16 - c) In Anwendung des Asperationsprinzips gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB ist diese Einsatzstrafe im Folgenden unter Einbezug der Schwere der übrigen Delikte angemessen zu erhöhen. Aufgrund des direkten sachlichen, örtlichen und zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte und der einfachen Körperverletzung erscheint im Folgenden für diese Delikte eine einheitliche Strafzumessung als sachgerecht. In Bezug auf die objektive Tatschwere ist dabei zu berücksichtigen, dass die Verletzung des Privatklägers im Vergleich zu ähnlichen Fällen eher leicht war. Dies ist aber vordergründig nicht dem Beschuldigten zu verdanken. Ein Schlag mit dem Hinterkopf in das Gesicht einer anderen Person kann durchaus auch schwerwiegendere Verletzungen nach sich ziehen. Besonders dreist erscheint, dass der Beschuldigte den Schlag mit seinem Hinterkopf ausführte, als er von der Polizei bereits am Boden fixiert war. Schliesslich wirkt sich die Deliktsmehrheit verschuldenserhöhend aus. Insgesamt ist das objektive Tatverschulden dennoch als noch leicht zu qualifizieren. Nachdem der Beschuldigte die mit Gewalt bewirkte Behinderung der Amtshandlung direktvorsätzlich und die einfache Körperverletzung eventualvorsätzlich beging, wird das objektive Tatverschulden durch das subjektive nur marginal relativiert. Isoliert betrachtet

wäre für die beiden Delikte eine Einsatzstrafe in der Grössenordnung von ca. drei Monaten festzusetzen. Als strafehöhende Täterkomponenten zu berücksichtigen sind die diversen Vorstrafen des Beschuldigten. Die eine Vorstrafe ist unter anderem wegen eines Vergehens gegen die Rechtspflege ergangen, mithin wegen eines wesensähnlichen Delikts. Dass der Beschuldigte diese Tatvorwürfe erst im Berufungsverfahren akzeptierte, wirkt sich bei der Strafe nicht wesentlich aus. Unter Berücksichtigung der Täterkomponenten wäre hier isoliert betrachtet eine Freiheitsstrafe von rund vier Monaten angemessen. Asperiert zur Sanktion für das schwerste Delikt ist diese um zwei Monate zu erhöhen. d) Aufgrund des Zusammenhangs zwischen der Entwendung eines Fahrzeugs zum Gebrauch und dem Fahren ohne Berechtigung erscheint schliesslich auch hier eine einheitliche Strafzumessung als sachgerecht. Die objektive Tat-

- 17 - schwere ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz als leicht zu qualifizieren. So legte der Beschuldigte lediglich eine vergleichsweise kurze Strecke ohne Berechtigung zurück. Verschuldenserhöhend zu gewichten ist auch hier die Deliktsmehrheit. Die Tatbegehung der Beschuldigte zwar mit direktem Vorsatz, allerdings spontan. Die Halterin des Fahrzeugs war im Übrigen seine Ehefrau. Für diese Delikte wäre damit isoliert betrachtet eine Strafe von rund zwei Monaten angemessen. Als strafmindernde Täterkomponente fällt in Bezug auf das Fahren ohne Berechtigung das Geständnis des Beschuldigten ins Gewicht. Erheblich strafehöhend zu gewichten sind einmal mehr seine Vorstrafen, die in diesem Fall mehrheitlich einschlägig sind. Dieser Umstand deutet auf eine eigentliche Unbelehrbarkeit und Renitenz des Beschuldigten in diesem Bereich hin. Unter Berücksichtigung der Täterkomponenten wäre für diese Delikte isoliert betrachtet eine Freiheitsstrafe von zwei bis drei Monaten angemessen. Asperiert zur Sanktion des schwersten Delikts rechtfertigt sich eine Erhöhung um einen weiteren Monat. e) Zusammenfassend ist der Beschuldigte für die in diesem Verfahren zu sanktionierenden Delikte für sich betrachtet mit einer Freiheitsstrafe von insgesamt zehn Monaten zu bestrafen. 2. Bei dieser Strafhöhe stellt sich anders als noch vor Vorinstanz die Frage nach einem teilbedingten Vollzug nicht. Dem erstinstanzlichen Entscheid, wonach dem Beschuldigten jedenfalls kein vollbedingter Vollzug gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB gewährt werden kann, ist jedoch zu folgen. Der Beschuldigte ist innerhalb der letzten 5 Jahre vor den heute zu beurteilenden Taten, die im 2014/2015 begangen wurden, zwar zu diversen Geldstrafen, jedoch nie zu über 180 Tagessätzen verurteilt worden. Der frühere Art. 42 Abs. 2 StGB, der in der Übergangsbestimmung zur am 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Revision (AS 2016 1249) weiterlebt, kommt demnach nicht zur Anwendung. Vielmehr richtet sich der Entscheid über die Gewährung einer bedingten Strafe vorliegend nach der allgemeinen Bestimmung von Art. 42 Abs. 1 StGB. Folglich ist zu prüfen, ob eine unbedingte Strafe notwendig erscheint, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Verbrechen und Vergehen abzuhalten. Dies ist klar zu bejahen. Der Beschuldigte hatte zur Zeit der Tatbegehung bereits eine Reihe von Vorstra-

- 18 - fen. Er ist weitgehend uneinsichtig, zeigt kaum Reue und war während des Verfahrens wenig kooperativ. Hinzu kommt, dass er nach dem erstinstanzlichen Urteil erneut wegen Fahrens ohne Berechtigung und wegen Drogenhandels bestraft werden musste. Dies spricht deutlich gegen einen Strafaufschub. Mangels einer günstigen Prognose ist die Anordnung des unbedingten Vollzugs zwingend. Dies wird im Übrigen auch von der Verteidigung so gesehen (Urk. 135 Rz 32). 3. Die für die Schuldsprüche im vorliegenden Verfahren auszusprechende Sanktion ist als Zusatzstrafe zu der am 28. August 2017 vom

Bezirksgericht Zürich, mithin nach den vorliegenden Taten ausgefallten Freiheitsstrafe von 32 Monaten zu bestimmen. Selbständig betrachtet wäre im vorliegenden Verfahren ■ wie erwogen ■ eine Freiheitsstrafe von zehn Monaten angemessen. Zusammen mit den am 28. August 2017 behandelten Delikten sanktioniert hätte dies asperationsbedingt eine leicht tiefere Strafe zur Folge als bei Addition der beiden selbständigen Strafen. Nach Sichtung des Urteils vom 28. August 2017, welches im abgekürzten Verfahren ergangen ist, und der dazugehörigen Akten (in Urk. 140/1-44) ist die Reduktion auf drei Monate zu veranschlagen. Es handelt sich beim jüngsten Urteil denn auch erneut um Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz und Strassenverkehrsgesetz. Die heutige Zusatzstrafe zu diesem Urteil ist deshalb auf sieben Monate Freiheitsstrafe zu bemessen.

### **E. 3**

Anklageziffer 2.1. b-e und g-h Die Beweisführung der Vorinstanz stützt sich hier im Wesentlichen auf die Erkenntnisse aus den Zufallsfunden der Telefonüberwachung. Nachdem diese nicht verwertbar sind und keine weiteren Beweismittel vorliegen, können diese Anklagevorwürfe nicht erstellt werden. Dies führt zum Freispruch des Beschuldigten in diesen Punkten.

### **E. 4**

Der Beschuldigte befand sich im vorliegenden Verfahren ■ worauf die Verteidigung zutreffend hinwies (Urk. 135 Rz 31) ■ vom 22. Mai 2015 bis 1. Juli 2016 in Untersuchungs- und Sicherheitshaft (vgl. Urk. HD 8/7 und Urk. 66). Diese 407 Tage sind auf die heute ausgefallte Zusatzstrafe anzurechnen. Allerdings ergibt sich dabei ein Überschuss von 197 Tagen. Folglich sind diese Hafttage an die Freiheitsstrafe von 32 Monaten gemäss Urteil vom 28. August 2017 anzurechnen. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen Nachdem der Beschuldigte in zweiter Instanz bezüglich der strittigen Betäubungsmitteldelikte im Vergleich zum Entscheid der Vorinstanz eines weit geringeren Umfangs schuldig gesprochen und die Strafe entsprechend zum grösseren Teil reduziert wird, sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens, das aber immerhin mit Bezug auf diverse andere Delikte zur rechtskräftigen Verurteilung geführt hat, dem Beschuldigten zur Hälfte aufzuerlegen. Die Nachforderung betreffend der Entschädigung des amtlichen Verteidigers gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO ist folglich ebenfalls auf den hälftigen Umfang zu reduzieren. Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Dieses ist aufgrund des heutigen Verfahrensausgangs und der Anträge des Beschuldigten in der Berufungserklärung vom 3. November 2016 (Urk. 82) im Vergleich zum vorinstanzlichen Urteil einzuschätzen. Dabei rechtfertigt es sich, dem weitestgehend obsiegenden Beschuldigten die Kosten des ersten Berufungsverfahrens lediglich zu einem Viertel aufzuerlegen und im Übrigen samt den Kosten seiner amtlichen Verteidigung im ersten Berufungsverfahren auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachforderung des Beschuldigten ist dabei ebenfalls auf den Anteil der Kostenaufgabe zu beschränken. Die Kosten des zweiten Berufungsverfahrens sind samt den Kosten der diesbezüglichen amtlichen Verteidigung auf die Gerichtskasse zu nehmen. Es wird beschlossen:

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