

ZH_OBERGERICHT SB190048 vom 23. Mai 2019

ZH Obergericht, 2019-05-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190048

FR: ZH_OBERGERICHT SB190048 du 23 mai 2019

IT: ZH_OBERGERICHT SB190048 del 23 maggio 2019

Erwägungen

E. 1

Prozessgeschichte

E. 1.1

Mit dem vorstehend wiedergegebenen Urteil vom 16. November 2018 wurde der Beschuldigte der Hehlerei und der mehrfachen Übertretung des BetmG schuldig und vom Vorwurf des mehrfachen Vergehens gegen das BetmG freigesprochen. Er wurde bestraft mit einer bedingt auf 3 Jahre aufgeschobenen Geldstrafe von 40 Tagessätzen zu Fr. 30.–, als Zusatzstrafe zu einem früheren Strafbefehl, sowie mit einer Busse von Fr. 500.–. Sein Genugtuungsbegehren wurde abgewiesen, und es wurden ihm die Verfahrenskosten zu einem Drittel auferlegt (Urk. 32 S. 29 f.).

E. 1.2

Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte seinen (damaligen) amtlichen Verteidiger noch am 16. November 2018 rechtzeitig Berufung anmelden (Urk. 26) und nach Zustellung des begründeten Urteils (Urk. 31/2) am 1. Februar 2019 - ebenfalls fristgerecht - dem Obergericht die Berufungserklärung einreichen (Urk. 33). Mit Präsidialverfügung vom 12. Februar 2019 wurde die Berufungserklärung in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO der Staatsanwaltschaft übermittelt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder ein Nicht-eintreten auf die Berufung zu beantragen (Urk. 35). Am 15. Februar 2019 teilte der zuständige Staatsanwalt mit, auf Anschlussberufung zu verzichten und die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils zu beantragen. Zudem erklärte er, sich am weiteren Verfahren nicht aktiv beteiligen zu wollen (Urk. 37).

E. 1.3

Unter Hinweis darauf, dass angesichts der im Berufungsverfahren lediglich noch höchstens möglichen Strafe von 40 Tagessätzen Geldstrafe die Voraussetzungen für eine amtliche Verteidigung nicht mehr gegeben sind (anders als im erstinstanzlichen Verfahren, wo noch der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Bestrafung mit einer Geldstrafe von 210 Tagessätzen im Raum stand; Anlage-

- 5 - schrift S. 5), wurde mit Präsidialverfügung vom 25. April 2019 die amtliche Verteidigung widerrufen und der amtliche Verteidiger entlassen (Urk. 40). Darauf teilte dieser am 29. April 2019 mit, dass der Beschuldigte ohne anwaltlichen Beistand zur Berufungsverhandlung erscheinen werde, und reichte seine abschliessende Honorarnote ein (Urk. 42; Urk. 43).

E. 1.4

Zur Berufungsverhandlung vom 23. Mai 2019 erschien der Beschuldigte persönlich (Prot. II S. 5). Vorfragen waren keine zu entscheiden und - abgesehen von der Befragung des

Beschuldigten (Urk. 44) - auch keine Beweise abzunehmen (Prot. II S. 6). Im Anschluss an die Parteiverhandlung wurde das Urteil gefällt, dem Beschuldigten eröffnet und kurz erläutert (Prot. II S. 7 ff.).

E. 2

Umfang der Berufung Das vorinstanzliche Urteil wird nur teilweise angefochten, und zwar gemäss der Berufungserklärung vom 1. Februar 2019 hinsichtlich des Schuldspruchs wegen Hehlerei, der Ausfällung einer Geldstrafe, der Abweisung des Genugtuungsbegehrens sowie der Kostenverlegung (Urk. 33 S. 3). Entsprechend sind die übrigen Punkte (Dispositivziffer 1, soweit den Schuldspruch wegen mehrfacher Übertretung des BetmG betreffend; Dispositivziffer 2; Dispositivziffer 3, soweit die Busse betreffend; Dispositivziffer 4; Dispositivziffer 5, soweit die Busse betreffend; Dispositivziffern 6-8 und 10) in Rechtskraft erwachsen (Art. 399 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 402 und Art. 437 StPO). Das ist vorab vorzumerken.

E. 3

Sachverhalt/rechtliche Würdigung

E. 3.1

Die Vorinstanz kam - grossmehrheitlich im Sinne der Anklage - zum Schluss, dass sich der Beschuldigte durch die Übernahme eines vorgängig durch eine unbekannte Dritttäterschaft gestohlenen Mobiltelefons iPhone 6s der Hehlerei schuldig gemacht habe. Dieses Telefon habe er ca. Mitte August 2017 von "B._____" mit dem Auftrag entgegen genommen, das Gerät zu entsperren. Dabei habe der Beschuldigte gewusst, dass "B._____" dieses Mobiltelefon zuvor von "C._____" als Pfand für deren Schulden bei "B._____" erhalten habe. "B._____" habe das Mobiltelefon dann jedoch nicht mehr zurück verlangt, und der Beschul-

- 6 - digte habe es für unbestimmte Zeit bei sich zuhause aufbewahrt. Der Beschuldigte habe davon ausgehen müssen, dass das Mobiltelefon durch ein Vermögensdelikt in die Hände von "C._____" gelangt sei, weil er das Gerät zur Entsperrung erhalten und angesichts der beteiligten Personen gewusst habe, dass es vorgängig in der Crystal Meth-Szene zirkulierte (Urk. 32 S. 7 ff. und 16).

E. 3.2

Hinsichtlich des subjektiven Tatbestands verwarf die Vorinstanz insbesondere die Beteuerungen des Beschuldigten, er sei nie auf die Idee gekommen, dass das iPhone gestohlen sein könnte, und er habe auch nicht gewusst, dass es sich dabei um ein teures Gerät gehandelt habe (gemäss Anklage ca. Fr. 1'000.-) (Urk. 32 S. 8 f.). Dass er ein teures Mobiltelefon von einer Person entgegennehme, welches sich in der Crystal Meth-Szene bewege, habe bei ihm insbesondere deshalb Zweifel an der legalen Herkunft des iPhones wecken müssen, weil er das Gerät gerade zum Zwecke der Entsperrung erhalten habe, obwohl es angeblich einer sowohl ihm als auch "B._____" bekannten Person gehört habe. Es habe somit für den Beschuldigten kein erkennbares legitimes Motiv von "B._____" gegeben, das iPhone zu entsperren, denn wenn es tatsächlich "C._____" gehört hätte, hätte sie diese nach dem Entsperrungscode fragen können. Der Umstand, dass offenbar weder "C._____" noch "B._____" den Entsperrungscode kannten, habe beim Beschuldigten die Annahme nahelegen müssen, dass es sich um ein Gerät deliktischer Herkunft handle, umso mehr, als in der Folge weder "B._____" noch "C._____" das Gerät jemals zurückverlangt

hätten (Urk. 32 S. 17 f.).

E. 3.3

Wer eine Sache, von der er weiss oder annehmen muss, dass sie ein anderer durch eine strafbare Handlung gegen das Vermögen erlangt hat, erwirbt, sich schenken lässt, zum Pfande nimmt, verheimlicht oder veräussern hilft, wird gemäss Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft. Das Unrecht der Hehlerei liegt darin, dass der Täter einen durch das Vordelikt geschaffenen rechtswidrigen Zustand fortsetzt und festigt und damit die Wiederherstellung des durch das Vordelikt gestörten rechtmässigen Zustandes - insbesondere die Wiedererlangung der Sache - hindert oder erschwert (BSK StGB II-Weissenberger, Art. 160 N 11 m.Hw. auf die Rechtsprechung; BGE 117 IV 445 E. 1b). Hehlerei setzt weder voraus, dass zwischen dem Hehler

- 7 - und dem Vortäter eine persönliche Beziehung besteht, noch ist erforderlich, dass die Sache unmittelbar vom Vortäter auf den Hehler übergegangen ist. Es ist somit auch eine Ketten- oder Nachhehlerei möglich (Urteil des Bundesgerichts 6B_115/2007 vom 24. September 2007 E. 3.3.1 m.w.H.). Unerheblich ist auch, ob der Vortäter verfolgt und bestraft wird. Wesentlich ist nur, dass die Vortat die objektiven Merkmale einer strafbaren Handlung erfüllt, wobei ein strikter Nachweis der Vortat nicht erforderlich ist, sondern es genügt, dass die Sache aus einem Vermögensdelikt stammt (BGE 101 IV 402 E. 2 S. 405). Hehlerei ist selbst denkbar, wenn der Vortäter nicht bekannt ist, sich aber beweisen lässt, dass der aktuelle Besitzer einer Sache diese von einem unbekanntem Dieb erworben hat (Urteil des Bundesgerichts 6B_115/2007 vom 24. September 2007 E. 3.3.3 m.w.H.). Der subjektive Tatbestand der Hehlerei erfordert Vorsatz, wobei Eventualvorsatz genügt. Die Formulierung "weiss oder annehmen muss" meint Vorsatz und Eventualvorsatz. Der Täter muss die strafbare Herkunft der Sache und die Verwirklichung des

Vereitelungszusammenhangs, die ihm objektiv zur Last gelegt werden, zumindest in Kauf nehmen (mag ihm dies auch unerwünscht sein; vgl. BGE 133 IV 9 E. 4.1). Es genügt, wenn Verdachtsgründe die Möglichkeit einer strafbaren Vortat nahelegen. Nicht nötig ist, dass der Täter deren konkrete Eigenart kennt. Hinreichend ist eine laienhafte Vorstellung. Daher genügt, ist aber auch erforderlich, dass er die Umstände kennt, die den Verdacht nahelegen, die Sache stamme aus einer strafbaren Vortat, beispielsweise mit einem Sachverhalt rechnet, der als Diebstahl zu qualifizieren ist (vgl. BGE 119 IV 242 E. 2b S. 247 f.). Denn eventualvorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB). Weil eine genaue Kenntnis der Vortat nicht erforderlich ist, reicht es mithin zur Annahme eventualvorsätzlicher Hehlerei aus, wenn Verdachtsgründe dem Täter die Möglichkeit einer strafbaren Vortat nahelegen, sich ihm die Überzeugung von der deliktischen Herkunft der Sache aufdrängen musste, und er trotzdem im Sinne des objektiven Tatbestands handelt. Die Formel "weiss oder annehmen muss" gilt insoweit als Beweishilfe gegen naheliegende Ausreden innerhalb des dolus eventualis. Das Gericht darf vom Wissen des Täters (Art. 12 Abs. 2 StGB) auf den Willen als innere Tatsache schliessen, wenn sich ihm der Eintritt des Erfolgs als so wahr-

- 8 - scheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann. Fahrlässige Hehlerei ist indessen nicht strafbar (Art. 12 Abs. 1 StGB; Art. 160 StGB).

E. 3.3.1

Vorliegend steht im Sinne des vorinstanzlichen Urteils fest und ist unbestritten, dass "B._____" dem Beschuldigten ein vorgängig dem Eigentümer von einer unbekanntem Drittperson gestohlenen iPhone 6s übergeben hat, damit er es entsperre. "B._____" hatte dieses Mobiltelefon ihrerseits von "C._____" als Pfand für eine Schuld erhalten. Indem der Beschuldigte das Gerät an sich nahm, zu entsperren versuchte (vergeblich: Urk. D2/2 S. 2; Urk. D1/3/2 S. 6; Prot. I S. 11/12; Urk. 44 S. 5) und anschliessend nach eigenen Aussagen ca. 1,5 Jahre (Urk. D1/3/1 S. 2; vgl. aber auch Urk. D2/2 S. 3) bzw. gemäss Anklageschrift etwa 8 Monate lang bei sich aufbewahrte (Sicherstellung Mitte April 2018), hat er den objektiven Tatbestand der Hehlerei fraglos erfüllt. Durch sein Vorgehen wurde der durch die Vortat geschaffene rechtswidrige Zustand aufrecht erhalten und das Gerät dem Berechtigten weiter entzogen. Entgegen der Kritik der Verteidigung vor Vorinstanz (Urk. 24 S. 6) werden die Tathandlungen gemäss Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB weit verstanden und liegt insbesondere ein Verheimlichen bei jedem Tätigwerden vor, durch das dem Berechtigten oder der Behörde das Auffinden der Sache erschwert oder verunmöglicht wird (BGE 90 IV 14 E. 2; BGE 101 IV 402 E. 2). Und ebenso wenig spricht gegen eine mögliche Strafbarkeit des Beschuldigten die Tatsache, dass gegen "B._____" offenbar kein Strafverfahren eingeleitet worden und nicht klar ist, ob diese um die deliktische Herkunft des iPhones wusste (Urk. 24 S. 5 f.).

E. 3.3.2

In subjektiver Hinsicht kann dem Beschuldigten ohne Weiteres abgenommen werden, nicht positiv gewusst zu haben, dass das ihm übergebene Mobiltelefon gestohlen war (Urk. D2/2 S. 3; D1/3/2 S. 7; Prot. I S. 13). Wie gesehen, wird ihm aber vorgeworfen und hat die Vorinstanz als erstellt erachtet, dass er aufgrund der Umstände habe annehmen müssen, dass das Gerät deliktischer Herkunft war. Entsprechend habe er in Kauf genommen, durch die Aufbewahrung dessen Auffindung zu erschweren. Dem kann indessen nicht gefolgt werden:

- 9 -

E. 3.3.2.1

Zunächst ist mit der Verteidigung festzuhalten, dass wenn davon ausgegangen wird, "B._____" habe das iPhone von "C._____" als Pfand erhalten (und nicht "zur Schuldentilgung", wie das fälschlicherweise in der Anklage steht), es durchaus plausibel ist, wenn sie nicht über den Entsperrungscode verfügte. Zur Schuldentilgung (d.h. an Zahlungsstatt) ein Mobiltelefon zu Eigentum zu übernehmen, welches man nicht entsperren und entsprechend nicht benutzen kann, wäre dagegen in der Tat wenig sinnvoll (Urk. 24 S. 3). Bei einem Faustpfand steht aber der Wert des Gegenstands im Vordergrund, aus dessen Erlös sich der Gläubiger gegebenenfalls bezahlt machen kann, und es ist grundsätzlich nicht vorsehen, dass der Gläubiger den Pfandgegenstand wie ein Eigentümer gebraucht (vgl. dazu Art. 884 ff. ZGB). Es mag deshalb durchaus sein, dass bei einer solchen Ausgangslage "B._____" das iPhone wohl nicht hätte benutzen dürfen und deshalb ihrem Wunsch nach Entsperrung kein erkennbares legitimes Motiv zugrunde gelegen hätte (so die Vorinstanz in Urk. 32 S. 17). Daraus hatte der Beschuldigte indessen - wie die Verteidigung vor Vorinstanz richtig ausführte (Urk. 24 S. 3 f.) - nicht auf eine deliktische Herkunft des Mobiltelefons zu schliessen. Für die Annahme, "C._____" könnte nicht dessen rechtmässige Eigentümerin gewesen sein, bestand kein Grund.

E. 3.3.2.2

Sodann ist der Verteidigung auch dahingehend Recht zu geben, als alleine der Umstand, dass sowohl "B._____" als auch "C._____" in der Crystal-Meth-Szene verkehrten, nicht ausschlaggebend dafür sein kann, annehmen zu müssen, ein zwischen ihnen übergebenes teures iPhone könnte gestohlen sein (Urk. 24 S. 4 f.). Wenn die Vorinstanz erwägt: "Der Beschuldigte musste eine deliktische Herkunft des Mobiltelefons auch deshalb als nahe liegend erachten, weil B._____ und C._____ - wie damals auch der Beschuldigte - im Crystal-Meth Milieu verkehrten und in dieser Szene bekanntlich unter anderem wegen des Finanzbedarfs der Konsumenten teilweise gestohlene Dinge zirkulieren. Der Beschuldigte musste damit mindestens mit der Möglichkeit rechnen, dass das Mobiltelefon deliktischen Ursprungs ist." (Urk. 32 S. 17), so senkt sie die Schwelle zur Strafbarkeit allzu sehr und setzt insbesondere Angehörige eines bestimmten Milieus einem unzulässigen Generalverdacht aus.

- 10 -

E. 3.3.2.3

Es bleibt damit der Umstand, dass das iPhone in der Folge über Monate hinweg weder von "B._____" noch von "C._____" zurückverlangt worden ist: Wie gesehen, hat "B._____" dem Beschuldigten das iPhone mit der Erklärung zum Entsperren übergeben, sie habe es als Depot für Schulden von "C._____" erhalten (Urk. D2/2 S. 3; D1/3/2 S. 6, 7; Prot. I S. 11). Diese Darstellung zum Nennwert genommen, hatte der Beschuldigte daraus konsequenterweise zu schliessen, dass entweder "B._____" oder "C._____" legitime Berechtigte an diesem Mobiltelefon waren - "B._____" für den Fall, dass "C._____" ihre Schulden nicht beglich, und "C._____", wenn sie ihren Zahlungsverpflichtungen gegenüber "B._____" nachgekommen war. Eingestandenermassen war es aber nun so, dass das Telefon in der Folge einfach beim Beschuldigten verblieb. Der Beschuldigte sagte dazu, er habe keinen Kontakt mehr mit "B._____" gehabt und weder mit ihr telefoniert noch sie getroffen (Urk. D2/2 S. 2). Er habe nichts mehr von ihr gehört; er habe keine Ahnung, warum sie das Gerät nicht zurückverlangt habe (Urk. D1/3/2 S. 6). Er habe das Telefon einfach bei ihm auf dem Tisch liegen gelassen und sie habe nicht mehr danach gefragt (Prot. I S. 12; Urk. 44 S. 6). Dieses Verhalten von "B._____" sei allerdings darum nicht aussergewöhnlich gewesen, weil "diese Leute" [womit der Angehörige der Crystal-Meth-Szene meint] "alles vergessen" würden; sie konsumierten jeden Tag und wüssten danach nichts mehr. Sie seien "total kaputt", und man könne von ihnen nichts erwarten. Wenn das Gericht "diese Leute" kennen würde - so der Beschuldigte in der Berufungsverhandlung -, "würden Sie das auch normal finden" (Urk. 44 S. 8). Betreffend "C._____" erklärte der Beschuldigte schliesslich bereits am 11. September 2018 gegenüber der Staatsanwaltschaft, sie sei ausgeschafft worden (Urk. D1/3/2 S. 6). Das wiederholte er auch so in der Berufungsverhandlung (Urk. 44 S. 7). 3.3.2.3.1. Bezüglich "C._____" musste der Beschuldigte damit aus der Tatsache, dass sie sich nicht bei ihm meldete, keine besonderen Rückschlüsse ziehen: War "C._____" ausgeschafft - wovon mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auszugehen ist -, konnte sie naheliegenderweise nicht mehr auf den Beschuldigten zugehen bzw. hätte ihn nur noch unter erschwerten Bedingungen kontaktieren können.

- 11 - 3.3.2.3.2. Bezüglich "B._____" mag einem ihr offensichtliches Desinteresse zwar stutzig werden lassen, umso mehr, als - mit der Vorinstanz - der Beschuldigte durchaus wusste, dass das fragliche iPhone 6s ein teures Gerät war (Urk. 32 S. 9). Die gegenteiligen Aussagen des Beschuldigten sind nicht zuletzt darum unglaubhaft, weil er selbst immer

wieder Mobiltelefone kaufte, unter anderem auch ein ganz neues iPhone (Urk. D1/3/1 S. 2; D1/3/2 S. 6). Das iPhone 6s kam im September 2015 heraus und war deshalb im Juli 2017, als es dem rechtmässigen Eigentümer gestohlen wurde, noch nicht zwei Jahre auf dem Markt. Allerdings beschrieb der Beschuldigte in der Berufungsverhandlung nun durchaus lebensnah und anschaulich die Unzuverlässigkeit von "B._____" als regelmässiger Crystal Meth-Konsumentin; vom Beschuldigten drastisch als "total kaputte" Leute bezeichnet, von denen man "nichts erwarten" könne. Notorisch ist jedenfalls, dass regelmässiger Crystal Meth-Konsum persönlichkeitsverändernde Wirkung haben und insbesondere auch die geistigen Fähigkeiten der Betroffenen beeinträchtigen kann. Dass der Beschuldigte unter diesen Voraussetzungen "B._____" als eine wenig verlässliche Person wahrnahm, ist ihm deshalb nicht vorzuwerfen. Aufgrund des Umstands, dass sie das ihm zur Entsperrung übergebene iPhone bei ihm "vergass", hatte er damit nicht auf eine deliktische Herkunft desselben zu schliessen, zumal - wie gesehen - er ja davon ausgehen durfte, das Telefon gehöre "C._____" und sei "B._____" lediglich als Pfand übergeben worden. Schliesslich kommt hinzu, dass er wusste, dass (auch) "B._____" das Gerät nicht entsperren konnte und es ihr deshalb von wenig praktischem Nutzen war. Es ist deshalb glaubhaft, wenn der Beschuldigte wiederholt beteuert, er habe nie daran gedacht, dass das iPhone gestohlen oder sonstwie nicht "sauber" sein könnte (vgl. die Zusammenfassung in Urk. 32 S. 8). Es ist ihm nicht zu widerlegen, davon ausgegangen zu sein, dass es "C._____" gehörte und "B._____" als Pfand übergeben worden war. Gewisse Anhaltspunkte, die ihn allenfalls hätten an dieser Vorstellung zweifeln lassen müssen, erreichen jedenfalls nicht die Intensität einer Pflichtverletzung, die auf einen tatbestandsrelevanten Eventualvorsatz und damit auf die Inkaufnahme einer Hehlerei schliessen liessen. Vielmehr erreicht die gewisse Sorglosigkeit, mit welcher der Beschuldigte das Gerät über

- 12 - Monate bei sich liegen liess, jedenfalls nicht mehr als die Qualität einer Fahrlässigkeit. Wie gesehen, ist aber eine fahrlässige Hehlerei nicht strafbar, sodass weitere Erwägungen dazu unterbleiben können.

E. 3.3.3

Der Beschuldigte ist damit vom Vorwurf der Hehlerei im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB freizusprechen.

E. 4

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 4.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens - es bleibt von der Anklage lediglich noch der (bereits rechtskräftige) Schuldspruch wegen der mehrfachen Übertretung des BetmG bestehen - sind die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens zu einem Achtel dem Beschuldigten aufzuerlegen und zu sieben Achteln auf die Gerichtskasse zu nehmen (so auch die Verteidigung in Urk. 33 S. 3). Die Kosten der amtlichen Verteidigung - die lediglich für die Übertretung nicht bestellt worden wäre - sind vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen.

E. 4.2

Im Rechtsmittelverfahren werden die Kosten nach Massgabe des Obsiegens oder Unterliegens der Parteien auferlegt (Art. 428 StPO). Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Berufung vollumfänglich. Die Gebühr für das zweitinstanzliche Verfahren fällt damit

ausser Ansatz, und die Kosten der (früheren) amtlichen Verteidigung von Fr. 594.15 (Urk. 43) sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

E. 5

Genugtuung Angesichts des Freispruchs erweist sich die vom Beschuldigten während eines Tages erlittene Haft (Urk. D1/9/2) im Nachhinein als ungerechtfertigt. Im Sinne des Antrags der Verteidigung (Urk. 33 S. 3) ist dem Beschuldigten damit in Anwendung von Art. 431 Abs. 2 StPO eine Genugtuung von Fr. 200.– zuzusprechen.

- 13 - Es wird beschlossen:

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