



6B_570/2020

Urteil vom 24. September 2020

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin van de Graaf,
Bundesrichterin Koch,
Gerichtsschreiber Briv.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Josephsohn,
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz; Beweisverwertungsverbot, Sachverhaltsirrtum etc.,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 6. März 2020
(SB190525-O/U).

Sachverhalt:

A.

A. _____ wird im Wesentlichen vorgeworfen, am 26. Februar 2019 in einer Liegenschaft in Zürich der (in einem getrennten Verfahren abgeurteilten) Mitbeschuldigten B. _____ eine Kokainportion übergeben zu haben. Er habe gewusst oder zumindest in Kauf genommen, dass es sich um 50.2 g Kokaingemisch (Reinheitsgrad 62%, entsprechend 30.9 g reines Kokain) oder eventuell mindestens um 40 g Kokaingemisch (entsprechend 24.8 g reines Kokain) gehandelt habe.

B.

Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte A. _____ am 6. März 2020 in Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 21. August 2019 wegen Verbrechens gegen Art. 19 Abs. 1 lit. c und d i.V.m. Abs. 2 lit. a BetmG zu 14 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 150 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind) und schob den Vollzug mit einer Probezeit von zwei Jahren auf. Es verwies ihn für 5 Jahre des Landes.

C.

A. _____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und die Sache an dieses zurückzuweisen sowie ihm die unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) zu bewilligen.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Beweisverwertungsverbots respektive der Fernwirkung

des Beweisverwertungsverbots.

Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Polizei überhaupt auf ihn gekommen sei. Seine These, die Mitbeschuldigte habe ihn nur deshalb belastet, weil er am gleichen Tag wie sie verhaftet worden sei, stelle die Vorinstanz als reine Mutmassung dar. Er habe vorgängig nie mit der Polizei zu tun gehabt. Es sei offensichtlich, dass sie ihn nur deshalb belastet habe, weil mit ihm eben eine Person in der Strafuntersuchung vorhanden gewesen sei, die sie ganz konkret und handfest habe beschuldigen können. Ob diese Beschuldigungen zuträfen, sei nicht Gegenstand dieser Beschwerde (Beschwerde Ziff. 7). Indem die Vorinstanz ihre Aussagen verwertet habe, verletze sie Art. 141 Abs. 2 StPO. Die Vorinstanz lege nicht dar, weshalb davon auszugehen sei, dass die Mitbeschuldigte die ihr das Kokain übergebende Person, also den Beschwerdeführer, letztlich unabhängig davon genannt habe, dass ein Zugriff der Polizei auf ihn erfolgt sei. Sie verletze ihre Begründungspflicht und damit sein rechtliches Gehör.

1.2. Die Vorinstanz führt aus, der Beschwerdeführer spreche die Fernwirkung von strafprozessrechtlichen Beweisverwertungsverböten im Sinne von Art. 141 Abs. 2 und 4 StPO an. Solche Fernwirkungen seien zu verneinen, wenn der Folgebeweis im Sinne eines hypothetischen Ermittlungsverlaufs zumindest mit einer grossen Wahrscheinlichkeit auch ohne illegale vorangehende Beweiserhebungen erlangt worden wäre (BGE 138 IV 169 E. 3.3.3 S. 173; Urteil 6B_1021/2013 vom 29. September 2014 E. 2.3.2). Die Beweisführung beruhe massgeblich auf den belastenden Aussagen der Mitbeschuldigten. Diese sei am 26. Februar 2019 von der Polizei beobachtet worden, als sie die polizeibekannt Liegenschaft betreten und nach wenigen Minuten sehr verhaltensauffällig (vgl. Urteil S. 7) wieder verlassen habe. Sie habe im Scheidentrakt Kokain mit sich geführt. Die Hausdurchsuchung im vorübergehenden Logis des Beschwerdeführers sowie dessen Verhaftung hätten keine verwertbaren Erkenntnisse gebracht, sodass sich die Problematik einer Fernwirkung nicht stelle. Die mit der gleichzeitigen Verhaftung des Beschwerdeführers begründete Belastung sei reine Mutmassung und beschlage nicht die Verwertbarkeit, sondern höchstens die Glaubhaftigkeit der Belastung (Urteil S. 8).

1.3. Nach den vorinstanzlichen Feststellungen zum Aussageverhalten der Mitbeschuldigten hatte diese zunächst die Beteiligung am Drogengeschäft vehement bestritten und angegeben, weder den Namen des Beschwerdeführers zu kennen noch ihn auf dem Fotobogen identifizieren zu können. Am 1. März 2019 gestand sie das Drogengeschäft ein und bestritt eine Beteiligung des Beschwerdeführers; das sei eine reine Sexbekanntschaft. Am 13. März 2019 erklärte sie sich bereit, gegen den Beschwerdeführer auszusagen; sie habe grosse Angst gehabt. Nach der Vorinstanz ist diese Angst vor Repressalien nichts Ungewöhnliches. Dagegen leuchte die Argumentation der Verteidigung nicht ein, sie habe sich mit der Belastung einer tatfremden Person einen Vorteil verschaffen wollen, zumal sie nicht habe wissen können, ob der Beschwerdeführer ein Alibi oder einen anderen Entlastungsbeweis hätte vorlegen können. Ihre Angaben seien auch inhaltlich stimmig. Demgegenüber erweise sich der Standpunkt des Beschwerdeführers, der sich im Wesentlichen darauf beschränke, seine Beteiligung an der Kokainübergabe von sich zu weisen, als ungläubhaft; die Beteiligung lasse sich objektiv mit rechtsgenügender Sicherheit nachweisen (Urteil S. 15, 17).

1.4. Das Vorbringen hinsichtlich einer verbotenen Fernwirkung eines Beweisverwertungsverbots erscheint als unbegründet. Entscheidend sind diesbezüglich die konkreten Umstände des Einzelfalls (BGE 138 IV 169 E. 3.3.3 S. 173; Urteil 6B_1021/2013 vom 29. September 2014 E.2.3.2). Der Beschwerdeführer setzt sich mit dem massgebenden Sachverhalt unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt nicht auseinander. Es ist unbehelflich, lediglich den vorinstanzlich eingenommenen Standpunkt erneut zu bekräftigen und frei zu diskutieren (Urteil 6B_266/2018 vom 18. März 2019 E. 2.3). Die belastenden Aussagen der Mitbeschuldigten sind zweifellos verwertbar. Die Verhaftung des Beschwerdeführers wie der Mitbeschuldigten basiert angesichts der polizeibekannt Liegenschaft schlicht auf üblicher Polizeiarbeit. Der Beschwerdeführer vermag keinen Anhaltspunkt für verbotene Polizeimethoden darzulegen (Art. 42 Abs. 2 BGG). Die für die Beschwerdeführung zentrale These, die Mitbeschuldigte habe ihn (als tatfremde Person) nur deshalb belastet, weil er am gleichen Tag wie sie verhaftet worden sei, ist eine faktenfreie Hypothese. Das wird schon deshalb nicht einsichtig, weil sie ohnehin wusste, wer ihr das Kokain übergeben hatte. Aufgrund ihres chronologischen wie inhaltlichen Aussageverhaltens und der Tatsache, dass es sich bei ihr keineswegs um eine "kaltblütige" Verbrecherin handelt, wie ihr Verhalten beim Verlassen der Liegenschaft belegt (oben E. 1.2 ad Urteil S. 7), erweist sich diese These des Beschwerdeführers als lediglich untaugliche Schutzbehauptung. Die Vorinstanz hatte ihre entscheidungswesentlichen Überlegungen im Urteil zu motivieren. Sie verletzt den Gehörsrechtsanspruch (unten E. 3) nicht, indem sie eine bloss spekulative These nicht ihrerseits mit hypothetischen Erwägungen zu entkräften sucht. Die Vorinstanz legt vielmehr tatsachengestützt das Aussageverhalten der Mitbeschuldigten dar, dass sie eine Beteiligung des dringend tatverdächtigen Beschwerdeführers zunächst vehement aus Angst vor Repressalien bestritt und sich schliesslich dazu entschloss, zu kooperieren und die Wahrheit zu sagen. Diese Kooperation ging zulasten des Beschwerdeführers, verletzt indes kein Bundesrecht, bezweckt der Strafprozess doch die Aufdeckung des tatsächlichen Geschehens und damit die Eruiierung der materiellen Wahrheit, um zum "richtigen Urteil" zu gelangen (strafrechtlicher Untersuchungs- oder Wahrheitsgrundsatz; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, Rz. 7).

2.

2.1. Der Beschwerdeführer macht einen Irrtum über den Reinheitsgehalt des Kokaingemischs geltend. Zu seinen Gunsten müsse von einer Bruttomenge von 40 g Kokaingemisch mit einem Reinheitsgrad von nicht mehr als 45% ausgegangen werden und damit von einer reinen Menge von unter 18 g und

entsprechend von einem leichten Fall. Die Vorinstanz mache "ein Durcheinander" von Bruttomenge und Reinheitsgrad. Ihr Hinweis auf statistische Durchschnittswerte der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin sei ebenfalls ungenügend. Die Vorstellung einer "mittelmässigen" oder "sehr mittelmässigen" Qualität sei nicht das Gleiche, wie ein durchschnittlicher statistischer Wert von Kokainproben. Wenn die Vorinstanz vom gutachterlich festgestellten Reinheitsgrad von 62% ausgehe, verletze sie den Grundsatz "in dubio pro reo". Sie verletze neben seinem rechtlichen Gehör und ihrer Begründungspflicht auch die Bestimmung über den Sachverhaltsirrtum i.S.v. Art. 13 StGB.

2.2. Die Vorinstanz stellt zum subjektiven Sachverhalt fest, beim Drogengeschäft sei zwischen den Beteiligten stets von 40 g Kokain die Rede gewesen. Entsprechend habe die Erinstanz dem Beschwerdeführer einen Sachverhaltsirrtum zugebilligt und sei der Eventualanklage folgend zu seinen Gunsten "bei der übergebenen Substanz lediglich von 40 g Kokaingemisch" ausgegangen (Urteil S. 17). Der gutachterlich festgestellte Reinheitsgrad sei auch auf diese 40 g anzuwenden. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Beschwerdeführer "sich konkrete Vorstellungen" über den Reinheitsgrad gemacht habe. Zu seinen Gunsten sei anzunehmen, er sei von der falschen Bruttomenge an Kokaingemisch ausgegangen, hingegen könne unter diesen Umständen nicht gesagt werden, dass er hinsichtlich des Reinheitsgrades überhaupt einem Irrtum unterlegen sei, zumal dieser im statistischen Durchschnittsbereich gelegen sei. Entgegen der Verteidigung (45%) sei von 62% und damit von 24.8 g reinem Kokain auszugehen.

2.3. Die Vorinstanz macht weder "ein Durcheinander", noch verkennt sie ihren willkürfrei festgestellten Sachverhalt. Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen, ist damit Tatfrage (**BGE 141 IV 369** E. 6.3 S. 375). Der Beschwerdeführer machte sich keine konkreten Vorstellungen über den Reinheitsgehalt. Gegenstand des Drogengeschäfts waren 40 g Kokaingemisch. Der Reinheitsgrad wurde nicht verhandelt, so dass die Vorinstanz zu Recht vom millieugemässen handelsüblichen Reinheitsgrad ausgeht, der statistisch und damit zuverlässig berechenbar ist und in casu nach der vorinstanzlichen Feststellung gerade auch diesem statistischen Wert entspricht. Sagt sich der Täter (nach der zweiten Frankschen Formel), mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jeden Fall handle ich, so ist sein Verschulden ein vorsätzliches. Das ist hier der Fall. Angesichts des beim Drogengeschäft nicht thematisierten Reinheitsgrades gingen die Beteiligten konkludent von einem handelsüblichen und damit durchschnittlichen Kokaingemisch aus und entschied sich der Beschwerdeführer unbekümmert um den exakten Reinheitsgrad für die Rechtsgüterverletzung. Auch in diesem Punkt argumentiert die Verteidigung lediglich faktenfrei zugunsten eines Wertes, der unter der Mindestmenge des qualifizierten Falls von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG zu liegen käme.

2.4. Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Der Täter muss um die reale Möglichkeit der Verwirklichung des Tatbestandes wissen und dessen Erfüllung wollen. Vorliegend ist davon auszugehen, dass der Reinheitsgrad beim Drogengeschäft nicht verhandelt wurde, die Beteiligten mithin vom handelsüblichen Wert ausgingen und der exakte Reinheitsgrad des Kokaingemisches somit keine Rolle spielte. Wem eine Tatsache gleichgültig ist, wer also nicht wissen will, kann sich nicht auf einen Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 StGB berufen ("Wer weiss, dass er nichts weiss, irrt nicht"; **BGE 135 IV 12** E. 2.3.1 S. 16 f.).

2.5. Das Bundesgericht legt seinem Urteil vorbehältlich des Regelungsgegenstandes von Art. 97 Abs. 1 BGG den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Das Gericht würdigt die Beweise von Gesetzes wegen frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung (Art. 10 Abs. 2 StPO). Dem Grundsatz "in dubio pro reo" kommt in seiner Funktion als Beweiswürdigungsmaxime keine über das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV hinausgehende Bedeutung zu (**BGE 145 IV 154** E. 1.1 S. 156). Insbesondere ist dem Grundsatz nicht zu entnehmen, welche Beweismittel zu berücksichtigen und wie sie gegebenenfalls zu würdigen sind (**BGE 144 IV 345** E. 2.2.3.1 S. 349). Eine Verletzung des Grundsatzes ist zu verneinen. Zum Tragen kommt die In-dubio-Regel erst bei der Beurteilung des Resultats der Beweisauswertung (**BGE 144 IV 345** E. 2.2.3.3 S. 351). Auf dieser Grundlage sind nach dem Gesagten keine "unüberwindlichen Zweifel an den tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat" (Art. 10 Abs. 3 StPO) ersichtlich, so dass die Vorinstanz insbesondere auch bezüglich des Reinheitsgrades (oben E. 2.1 am Ende) nicht von der geforderten günstigeren Sachlage auszugehen hatte.

3.

Die ausführlich begründete vorinstanzliche Beurteilung verletzt weder den Gehörsrechts- noch den Begründungsanspruch. Der verfassungsmässige Gehörsrechtsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV) gewährleistet, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Es ist nicht erforderlich, dass sich die Behörde mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Sie kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (**BGE 143 III 65** E. 5.2 S. 70 f.). Dies hat die Vorinstanz vorliegend getan.

4.

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und weitgehend appellatorisch, sodass darauf nicht weiter einzutreten ist. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (und Verbeiständung) ist wegen Aussichtslosigkeit des Rechtsbegehrens abzuweisen (Art. 29 Abs. 3 BV; Art. 64 Abs. 1 BGG; **BGE 142 III 138** E. 5.1 S. 139 f.; **129 I 129** E. 2.3.1 S. 135 f.). Praxisgemäss werden der unterliegenden Person bei Gesuchen um unentgeltliche Rechtspflege mit

nachgewiesener Bedürftigkeit die Gerichtskosten herabgesetzt.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Dem Beschwerdeführer werden die Gerichtskosten von Fr. 1'200.-- auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. September 2020

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Der Gerichtsschreiber: Briw