Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

6B 280/2014

Urteil vom 1. September 2014

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Denys, Oberholzer, Rüedi,
Gerichtsschreiber M. Widmer.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Magda Zihlmann,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand
Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.; Teilnahmerecht, rechtliches Gehör, Willkür,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 21. Januar 2014.

Sachverhalt:

A.

Am 1. Dezember 2011 reiste X._____ per Flugzeug von Zürich nach Barcelona. Die mitgeführte Barschaft von Euro 16'360.– übergab sie nach ihrer Ankunft an A._____. Tags darauf, um ca. 5 Uhr morgens, wurde ihr von diesem und einer weiteren Person in Barcelona ein Personenwagen zur Rückfahrt in die Schweiz übergeben, in welchem 12'766 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgrad von bis zu 91% (total 9'159 Gramm reines Kokain-Hydrochlorid) und 5'518 Gramm Streckmittel versteckt waren. X._____ fuhr gleichentags alleine zurück in die Schweiz, wo sie nach der Ankunft an ihrem Domizil in Zürich verhaftet wurde. A._____, der zuvor per Linienflug aus Barcelona in Zürich eingetroffen war, wurde ebenfalls festgenommen.

B.

Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte X._____ am 21. Januar 2014 zweitinstanzlich wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und Geldwäscherei zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren sowie zu einer bedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 30.–.

C.

X._____ beantragt mit Beschwerde in Strafsachen im Hauptpunkt, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und sie sei freizusprechen. Zudem ersucht sie um unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihres Teilnahmerechts gemäss Art. 147 StPO. Die Aussagen von A._____ vor der Konfrontationseinvernahme vom 24. August 2012 aus dem parallel gegen ihn geführten Verfahren seien nicht verwertbar. Sie sei nicht über die Einvernahmen informiert worden, weshalb sie daran nicht habe teilnehmen können. Es sei rechtsmissbräuchlich, einen Tag vor der Konfrontationseinvernahme eine Befragung von A._____ durchzuführen, so dass er nur noch darauf verweisen könne. Sie und ihre Verteidigerin hätten sich nicht seriös auf die Konfrontationseinvernahme vorbereiten können, da ihnen das Protokoll der vorgängigen Befragung erst eine Stunde vorher übergeben worden sei. Indem die Vorinstanz auf die unverwertbaren Aussagen abstelle, verletze sie Art. 147 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 StPO, Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV.

1.1. Die Vorinstanz verneint eine Verletzung des Teilnahmerechts. Sie teilt die Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts, wonach es nicht um die Teilnahmerechte zweier Mitbeschuldigter gehe, gegen die wegen eines gemeinschaftlich verübten Delikts eine Untersuchung geführt worden sei. Vorliegend handle es sich um Delikte, die in bloss teilweiser Mittäterschaft mit weiteren Personen begangen worden seien. Die ersten Befragungen von A._____ hätten primär zum Ziel gehabt, dessen Rolle im Drogengeschäft zu eruieren. Die Anwesenheit sämtlicher Beschuldigter in allen Einvernahmen erscheine der Wahrheitsfindung nicht zuträglich und sei auch aus praktischen Gründen unmöglich. Dies gelte gerade für umfangreiche Untersuchungen mit einem grossen Kreis von Verdächtigen (erstinstanzliches Urteil, S. 7 f.).
Die Vorinstanz hält ergänzend fest, der seit der ersten Einvernahme anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin seien bereits Monate vor der Konfrontationseinvernahme wiederholt wesentliche, sie belastende Aussagen von A._____ sowie aufgezeichnete SMS und Audiogespräche vorgehalten worden. Ihr sei ab Mitte Februar 2012 bekannt gewesen, dass A._____ abweichende Standpunkte eingenommen und sie massiv belastet habe. Die Beschwerdeführerin habe nie eine Teilnahme an den Einvernahmen oder deren Wiederholung verlangt, wozu ihr am Ende ihrer Befragungen Gelegenheit geboten worden sei und wozu allenfalls auch Anlass bestanden hätte. Wie beim Akteneinsichtsrecht obliege es der beschuldigten Person, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Der Beschwerdeführerin und ihrer Verteidigerin sei eine Stunde vor Beginn der Konfrontationseinvernahme eine Kopie der tags zuvor durchgeführten Befragung von A._____ ausgehändigt worden und sie hätten sich besprechen können. Damit sei ihr angemessen und hinreichend Gelegenheit gewährt worden, ihre Verteidigungsrechte wahrzunehmen. Sie hätte auf allfällige Widersprüche in den Aussagen hinweisen und Ergänzungsfragen stellen können, was sie jedoch nicht getan habe (Urteil, S. 12-15).
Die Vorinstanz kommt zum Schluss, die Durchführung von Einzelbefragungen vor der Konfrontationseinvernahme erscheine angemessen und korrekt, zumal dafür auch sachliche Gründe bestanden hätten und nicht bloss organisatorische Erleichterungen seitens der Staatsanwaltschaft angeführt worden seien. Angesichts der Mehrzahl mutmasslich tangierter Personen in unterschiedlichen Rollen seien aus Gründen der Praktikabilität und der Effizienz nicht parteiöffentliche Einzelbefragungen des zunächst ungeständigen A._____ angezeigt gewesen. Den Teilnahmerechten der Beschwerdeführerin sei anderweitig Nachachtung verschafft worden und eine prozessuale Schlechterstellung sei nicht ersichtlich. Das rechtliche Gehör sei nicht verletzt (Urteil, S. 15-17).

1.2.

1.2.1. Art. 147 Abs. 1 Satz 1 StPO statuiert den Grundsatz der Parteiöffentlichkeit der Beweiserhebungen im Untersuchungs- und Hauptverfahren. Demnach haben die Parteien das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen. Dieses spezifische Teilnahme- und Mitwirkungsrecht fliesst aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 107 Abs.

1 lit. b StPO). Es kann nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen (vgl. Art. 108, Art. 146 Abs. 4 und Art. 149 Abs. 2 lit. b StPO; s. auch Art. 101 Abs. 1 StPO) eingeschränkt werden (vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBI 2006 1187 f. Ziff. 2.4.1.3). Beweise, die in Verletzung von Art. 147 Abs. 1 StPO erhoben worden sind, dürfen nicht zulasten der Partei verwertet werden, die nicht anwesend war (Art. 147 Abs. 4 StPO; vgl. zum Ganzen BGE 139 IV 25 E. 4.2 S. 29 f.; Urteil 1B 404/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 2.1.2).

1.2.2. Das Recht, bei Beweiserhebungen durch die Staatsanwaltschaft und die Gerichte anwesend zu sein und einvernommenen Personen Fragen zu stellen, setzt Parteistellung voraus (vgl. Art. 147 Abs. 1 StPO). Parteien sind die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft sowie im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren die Staatsanwaltschaft (Art. 104 Abs. 1 StPO). Die Beschränkung der Teilnahmerechte auf die Parteien war bereits im Vorentwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung vom Juni 2001 (VE-StPO) und im Entwurf zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung vom 21. Dezember 2005 (E-StPO; BBI 2006 1431) vorgesehen (Art. 158 und 159 VE-StPO; Art. 144 E-StPO).
Der gesetzliche Anspruch auf Teilnahme an den Beweiserhebungen im Untersuchungs- und Hauptverfahren gilt grundsätzlich auch für die Einvernahme von Mitbeschuldigten (BGE 139 IV 25 E. 5.1-5.3 S. 30 ff.; Urteil 1B 404/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 2.1). Separate (nicht parteiöffentliche) polizeiliche Befragungen sind im Ermittlungsverfahren möglich, wenn die Polizei im Rahmen ihrer selbstständigen Ermittlungstätigkeit Befragungen von tatverdächtigen Personen durchführt (Art. 306 Abs. 2 lit. b StPO; BGE 139 IV 25 E. 5.4.3 S. 35). Art. 159 Abs. 3 VE-StPO hatte noch vorgesehen, dass Aussagen von Mitbeschuldigten im gleichen Verfahren nur als Beweismittel verwertet werden können, wenn die Beschuldigten und die Verteidigung während des Verfahrens mindestens einmal mit diesen Mitbeschuldigten und deren Aussagen konfrontiert wurden. Diese Regelung wurde allerdings weder in den bundesrätlichen Entwurf (Art. 144 E-StPO) noch in die vom Parlament verabschiedete einschlägige Version von Art. 147 StPO übernommen. Die im Vorentwurf zur StPO vorgesehene und auf zwei Artikel aufgeteilte restriktivere Ausgestaltung der Teilnahmerechte (vgl. Art. 158 und 159 VE-StPO) wurde in einem Artikel zusammengefasst, wobei ein umfassendes Teilnahmerecht der
Parteien statuiert wurde.

1.2.3. In getrennt geführten Verfahren kommt den Beschuldigten im jeweils andern Verfahren keine Parteistellung zu. Ein gesetzlicher Anspruch auf Teilnahme an den Beweiserhebungen im eigenständigen Untersuchungs- und Hauptverfahren der andern beschuldigten Person besteht folglich nicht (Art. 147 Abs. 1 StPO e contrario). Die Einschränkung der Teilnahmerechte von Beschuldigten in getrennten Verfahren im Vergleich zu Mitbeschuldigten im gleichen Verfahren ist vom Gesetzgeber implizit vorgesehen und hinzunehmen.

1.3. Sofern sich die Strafverfolgungsbehörden auf Aussagen eines Beschuldigten aus einem getrennt geführten Verfahren abstützen, ist dem Konfrontationsrecht Rechnung zu tragen. Diese können nur verwertet werden, wenn der Beschuldigte wenigstens einmal während des Verfahrens angemessene und hinreichende Gelegenheit hatte, die ihn belastenden Aussagen in Zweifel zu ziehen und Fragen an den Beschuldigten im getrennten Verfahren zu stellen (vgl. BGE 133 I 33 E. 2.2 S. 37 f.; 131 I 476 E. 2.2 S. 480 f.; 129 I 151 E. 3.1 S. 153 f. und E. 4.2 S. 157; 125 I 127 E. 6b S. 132 f. und 6c/aa S. 134; je mit Hinweisen). Gemäss Art. 178 lit. f StPO ist der Beschuldigte aus einem andern Verfahren als Auskunftsperson einzuvernehmen. Die Bestimmung erfasst Mittäter oder Teilnehmer der abzuklärenden Tat, die in einem andern Verfahren beurteilt werden. Der Fall, dass in den beiden Verfahren nicht gleiche, aber konnexe Straftaten verfolgt werden, fällt ebenfalls darunter (siehe BBI 2006 1208 f. Ziff. 2.4.4).

1.4. Der Beschwerdeführerin kam im getrennt geführten Verfahren gegen A._____ keine Parteistellung zu. Sie brauchte daher nicht über die Einvernahmetermine orientiert zu werden, da sie kein Teilnahmerecht hatte. Art. 147 Abs. 1 StPO ist vorliegend nicht anwendbar.

1.5. Die Rüge, die Einvernahme von A._____ einen Tag vor der Konfrontationseinvernahme verstosse gegen Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV, ist unbegründet, soweit sie überhaupt den qualifizierten Begründungsanforderungen genügt (vgl. Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG). A._____ hat sich an der Konfrontationseinvernahme nochmals zur Sache geäussert, sodass die Beschwerdeführerin ihr Fragerecht tat-

sächlich ausüben konnte (vgl. Urteil 6B 369/2013 vom 31. Oktober 2013 E. 2.3.3). Davon hat sie indes keinen Gebrauch gemacht. Ob die Tatsache, dass ihr das Einvernahmeprotokoll der tags zuvor erfolgten Befragung erst eine Stunde vor Beginn der Konfrontationseinvernahme ausgehändigt wurde, eine seriöse Vorbereitung verhindert oder allenfalls beeinträchtigt hat, kann dahingestellt bleiben, da die Beschwerdeführerin dies nicht rechtzeitig rügte (vgl. BGE 135 III 334 E. 2.2 S. 336 mit Hinweisen; Urteil 6B 1071/2013 vom 11. April 2014 E. 1.2).

2.

Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV bzw. Art. 6 Ziff. 3 EMRK geltend, da aus den Akten die Namen der Übersetzer der transkribierten Telefonkontrollen nicht ersichtlich seien. Auf entsprechende Nachfrage hin seien ihr die Namen von den Strafverfolgungsbehörden nicht mitgeteilt worden mit der Begründung, diese seien zu schützen und würden nie herausgegeben. Auch die Art des Zustandekommens der transkribierten Telefonkontrollen sei nicht ersichtlich.
Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin geht aus den Akten nicht hervor, dass sie die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs mit Blick auf die Transkription der Telefonkontrollen bereits im kantonalen Verfahren explizit vorgebracht hätte. Es finden sich lediglich Hinweise, dass sie eine teilweise falsche Übersetzung der aufgezeichneten Gespräche bzw. eine willkürliche Würdigung derselben gerügt hat (erstinstanzliches Urteil, S. 25 ff.; Urteil, S. 37 ff.). Auf die Rüge ist daher mangels Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs nicht einzutreten (Art. 80 Abs. 1 BGG; E. 1.5).

3.

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin eine willkürliche Feststellung des Sachverhalts und macht eine Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" sowie ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend.

3.1. Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (BGE 139 II 404 E. 10.1 S. 445 mit Hinweisen; vgl. zum Begriff der Willkür BGE 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339; 138 I 49 E. 7.1 S. 51; je mit Hinweisen). Eine entsprechende Rüge muss klar und substanziiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 138 I 225 E. 3.2 S. 228; 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 5; je mit Hinweisen). Dem Grundsatz "in dubio pro reo" kommt in seiner Funktion als Beweiswürdigungsregel im Verfahren vor Bundesgericht keine Bedeutung zu, die über das Willkürverbot von Art. 9 BV hinausgeht (BGE 138 V 74 E. 7 S. 82 mit Hinweisen).

3.2. Die Beschwerdeführerin beschränkt sich weitgehend darauf, wörtlich und über mehrere Seiten hinweg ihre Ausführungen in der Berufungserklärung zu wiederholen, ohne sich mit der Begründung der Vorinstanz auseinanderzusetzen (Beschwerde, S. 11 ff.; kantonale Akten, act. 80 S. 8 ff.; Urteil, S. 17 ff.). Darauf ist nicht einzutreten.

3.3. Soweit die Rügen den Begründungsanforderungen genügen, sind sie unbegründet. Die Vorinstanz hat dem Umstand Rechnung getragen, dass die Beschwerdeführerin den inneren Sachverhalt vollständig bestreitet und nichts von dem Drogentransport gewusst haben will. Sie setzt sich eingehend mit dem Vorbringen auseinander, wonach die Beschwerdeführerin mit dem Kontakt zu A._____ lediglich ihr sich im Aufbau befindliches Reifen-Exportgeschäft habe fördern wollen und all ihre Handlungen in diesem Zusammenhang zu sehen seien. Sie kommt indes unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände zum willkürfreien Schluss, dass die Beschwerdeführerin über den Drogentransport informiert war. Ferner schliesse die eine Tätigkeit die andere nicht aus (Urteil, S. 21).
Den Kauf des später für den Drogentransport benutzten Renaults, den die Beschwerdeführerin aus eigenen Mitteln und als Ersatz für ihren defekten KIA getätigt haben will, würdigt die Vorinstanz als irrational. Zu diesem Zeitpunkt sei nicht klar gewesen, ob der KIA noch repariert werden könne. Mit Blick darauf, dass die Beschwerdeführerin arbeitslos gewesen sei, mit dem Reifenhandel kaum etwas verdient und zusätzlich Schulden gehabt

habe, sei ihr Verhalten unerklärlich. Dies auch vor dem Hintergrund, dass sie das Auto nicht dringend benötigt und es kurz nach dem Kauf für mehrere Tage an A._____ ausgeliehen habe, der damit nach Barcelona gefahren sei (Urteil, S. 21 ff.). Die Schlussfolgerungen der Vorinstanz sind nachvollziehbar. Gleiches gilt in Bezug auf die unterschiedlichen Angaben zu der Herkunft der finanziellen Mittel für den Kauf des Autos. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, ist nicht geeignet, Willkür darzutun. Inwiefern sich die Vorinstanz nicht (genügend) mit der Argumentation der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt, und damit ihr rechtliches Gehör verletzt haben soll, legt sie nicht dar. Diese pauschal und ohne weitere Begründung vorgebrachte Rüge ist nicht zu hören. Das Gericht muss sich überdies nicht
mit jedem Vorbringen im Einzelnen auseinandersetzen. Es darf sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 138 IV 81 E. 2.2 S. 84 mit Hinweisen). Dies hat die Vorinstanz getan. Damit genügt sie den Begründungsanforderungen. Die Beschwerdeführerin war denn auch in der Lage, den Entscheid sachgerecht anzufechten.
Die Vorinstanz würdigt auch die Aussagen von A._____ und die objektiven Beweismittel willkürfrei. Dass eine andere Lösung oder Würdigung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt für die Annahme von Willkür nicht (vgl. BGE 138 I 305 E. 4.3 S. 319 mit Hinweisen).

4.

Die Rechtsbegehren, der beschlagnahmte Renault sei zu verwerten und ihr seien der Verwertungserlös sowie die weiteren beschlagnahmten Gegenstände und die beschlagnahmte Barschaft von Fr. 250.– auszuhändigen, begründet die Beschwerdeführerin nicht bzw. verweist diesbezüglich auf ihre Ausführungen im kantonalen Verfahren. Darauf ist nicht einzutreten (vgl. Art. 42 Abs. 1 BGG; BGE 138 IV 47 E. 2.8.1 S. 54; 133 II 396 E. 3.2 S. 399 f.; je mit Hinweisen). Gleiches gilt für die weiteren Anträge (Kosten und Entschädigung für das kantonale Verfahren, Schadenersatz sowie Genugtuung, Löschung des DNA-Profils und Haftentlassung), welche die Beschwerdeführerin mit dem beantragten Freispruch begründet.

5.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeführerin hat die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Ihre angespannte finanzielle Situation ist bei der Bemessung der Gerichtskosten angemessen zu berücksichtigen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 800.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 1. September 2014

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Der Gerichtsschreiber: M. Widmer