

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120006-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter lic.iur. Th. Meyer, Vorsitzender, und lic.iur. Ruggli,
Ersatzoberrichter lic.iur. Muheim sowie der Gerichtsschreiber lic.iur.
Hafner

Urteil vom 25. Mai 2012

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc. und Rückver-
setzung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom
4. Oktober 2011 (DG110060)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 24. Februar 2011 (Urk. 13) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a und c aBetmG,
 - des Betruges im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB,
 - der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
 2. Vom Vorwurf der Urkundenfälschung wird der Beschuldigte freigesprochen.
 3. Der Beschuldigte wird in den Vollzug des Strafrestes von einem Monat und zwei Tagen Freiheitsstrafe der mit Strafmandat des Verhörrichteramts des Kantons Glarus vom 29. Dezember 2006 ausgefallten Freiheitsstrafe von drei Monaten rückversetzt.
 4. Der Beschuldigte wird unter Einbezug dieses Strafrestes mit einer Freiheitsstrafe von drei Jahren als **Gesamtstrafe** sowie mit einer Busse von Fr. 1'000.– bestraft. Es wird vorgemerkt, dass sich der Beschuldigte seit dem 4. November 2010 im vorzeitigen Strafantritt bzw. seit dem 15. Dezember 2010 im vorzeitigen Massnahmeantritt befindet.
- Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen.

5. Es wird eine stationäre therapeutische Massnahme gemäss Art. 60 StGB (Suchtbehandlung) im Sinne der Erwägungen angeordnet.
6. Die Gesamtstrafe wird zum Zwecke des Vollzugs dieser Massnahme aufgeschoben. Die Busse ist zu bezahlen.
7. Die Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weiteren Kosten betragen:
Fr. Kosten Kantonspolizei
Fr. 2'000.00 Gebühr Anklagebehörde
Fr. Kanzleikosten
Fr. 15'865.20 Auslagen Untersuchung
Fr. amtliche Verteidigung (noch ausstehend)

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
8. Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens und der Untersuchung, einschliesslich jener für die amtliche Verteidigung, werden auf die Gerichtskasse genommen.

Berufungsanträge:

- a) der amtlichen Verteidigung des Beschuldigten:
(Urk. 51 S. 1)
 1. Der Beschuldigte sei vom Vorwurf des Betruges i.S. von Art. 146 Abs. 1 StGB zum Nachteil der Sozialen Dienste D. _____ freizusprechen;

Eventuell: Er sei stattdessen wegen Widerhandlung gegen § 48a Abs. 1 des Sozialhilfegesetzes des Kantons Zürich schuldig zu sprechen;

2. Er sei mit 30 Monaten Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe (und einer Busse von Fr. 1'000.--) zu bestrafen.
3. Die übrigen Teile des Urteils der Vorinstanz vom 04.10.2011 werden nicht angefochten und bleiben von der Berufung somit unberührt.

b) des Vertreters der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:
(Urk. 43)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Prozessuales

Mit Urteil vom 4. Oktober 2011 sprach das Bezirksgericht Zürich den Beschuldigten des Verbrechens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3-5 aBetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a und c aBetmG, des Betrugs im Sinne von Art. 146 Abs. 1 StGB sowie der mehrfachen Übertretung des BetmG schuldig. Vom Vorwurf der der Urkundenfälschung sprach es ihn frei. Das Bezirksgericht ordnete die Rückversetzung in den Vollzug des Strafrests von einem Monat und zwei Tagen Freiheitsstrafe, der aus dem Strafmandat des Verhöreramts des Kantons Glarus vom 29. Dezember 2006 resultierte, an und verurteilte den Beschuldigten unter Einbezug des Strafrests zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren als Gesamtstrafe sowie zu einer Busse von Fr. 1'000.--. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde zugunsten einer stationären therapeutischen Massnahme gemäss Art. 60 StGB (Suchtbehandlung) aufgeschoben (Urk. 37).

Gegen das Urteil vom 4. Oktober 2011, das ihm gleichentags mündlich eröffnet wurde (Prot. I S. 12), meldete der Beschuldigte am 12. Oktober 2011 rechtzeitig Berufung an (Urk. 31). Nach Erhalt des begründeten Urteils am 19. Dezember 2011 (Urk. 68) reichte er am 9. Januar 2012 seine Berufungsbegründung mit den oben erwähnten Anträgen ein (Urk. 38). Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung (Urk. 41) und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 43). Die Privatklägerin liess sich im Berufungsverfahren nicht vernehmen.

Die Berufung des Beschuldigten ist auf den Schuldspruch wegen Betrugs und auf das Strafmass beschränkt (Urk. 38). Das Urteil der Vorinstanz blieb demnach hinsichtlich Dispositiv-Ziffern 1 (Schuldsprüche bezüglich der Betäubungsmitteldelikte), 2 (Freispruch vom Vorwurf der Urkundenfälschung), 3 (Rückversetzung in den Strafvollzug), 5 (Anordnung einer Massnahme), 6 (Strafaufschub)

sowie 7 und 8 (Kostenregelung) nicht angefochten und ist demnach rechtskräftig geworden. Dies ist vorab festzustellen.

II. Sachverhalt und rechtliche Würdigung

1. Der Beschuldigte hat anerkannt, während zehn Monaten Sozialhilfeleistungen bezogen zu haben und gleichzeitig dem Drogenhandel nachgegangen zu sein. Seine mit Betäubungsmittel erzielten Einkünfte hat er dem damaligen Amt für Jugend- und Sozialhilfe nicht gemeldet. Dabei nahm er in Kauf, dass dem Amt daraus ein Schaden entstehe (Urk. 2/4 S. 3 und 7 f.). Der Sachverhalt gemäss Anklageschrift ist insofern erstellt, wobei der Vorinstanz unter Hinweis auf deren zutreffenden Erwägungen (Urk. 37 S. 9) darin beizupflichten ist, dass für den Deliktsbetrag nur die Leistungen des Sozialamtes relevant sind, die der Beschuldigte in der Zeit seiner Tätigkeit im Drogenhandel, d.h. von Dezember 2008 bis September 2009, empfangen hat, mithin insgesamt Fr. 18'911.--.

2. Die Verteidigung bringt bezüglich der rechtlichen Würdigung dieses Sachverhaltes vor, der Beschuldigte habe keine falschen Angaben in seinen Unterstützungsanträgen gemacht, da er diese ausserhalb des Zeitraums, während dessen er dem Drogenhandel nachging, ausgefüllt habe. Dies habe auch die Vorinstanz festgestellt, als sie ihn vom Vorwurf der Urkundenfälschung freigesprochen habe (Urk. 38 S. 3). Der Beschuldigte habe einzig seine Mitwirkungspflicht verletzt, da er seine Einkünfte aus diesem Drogenhandel nicht von sich aus gemeldet habe. Da er aber keine Garantenstellung inne gehabt habe, könne er durch das blosses Unterlassen dieser Meldungen keinen Betrug begangen haben, da kein qualifiziertes Schweigen vorliege. Selbst wenn er eine entsprechende Garantenstellung inne gehabt hätte, wäre es ihm nicht zuzumuten gewesen, seine kriminellen Handlungen an die Sozialbehörde zu melden und sich so selbst anzuzeigen (Urk. 38 S. 4 f.).

3. Der Beschuldigte hat jedes Mal, als ihn die zuständigen Behörden dazu aufforderten, wahrheitsgemässe Angaben über seine Einkommensverhältnisse gemacht (vgl. Urk. 37 S. 8). Er hat es aber unterlassen, seine zwischenzeitlichen

Einkünfte aus dem Drogenhandel von sich aus zu melden. Ein aktives Tun liegt nicht vor. Das blosses Verschweigen von Tatsachen kann allerdings als arglistige Täuschung im Sinne von Art. 146 StGB gelten, wenn damit eine Garantenpflicht aus Gesetz, Vertrag oder aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses verletzt würde. Vorliegend kommt nur eine Pflicht aus Gesetz in Frage, ein besonderes Vertrauensverhältnis oder ein Vertragsverhältnis bestand nicht.

Die während der relevanten Bezüge zwischen Dezember 2008 und September 2009 geltende Version von § 18 Abs. 1 des Sozialhilfegesetzes (SHG) verpflichtete den Beschuldigten, über seine Verhältnisse wahrheitsgemäss Auskunft zu geben und Einsicht in seine Unterlagen zu gewähren. Eine ausdrückliche Verpflichtung, Änderungen in seinen Verhältnissen umgehend *von sich aus* d.h. unaufgefordert zu melden, wurde jedoch erst mit der per 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Revision dieser Bestimmung eingeführt. Zwar hielt § 28 der zur Zeit des Sozialhilfebezugs des Beschuldigten geltenden Sozialhilfeverordnung (SHV) fest, dass die zuständige Behörde einen Hilfesuchenden unter anderem auf seine Pflicht, Änderungen in seinen Verhältnissen zu melden, aufmerksam zu machen habe. Dies geschah im vorliegenden Fall denn auch durch die entsprechenden Passagen in den jeweils vom Beschuldigten ausgefüllten und unterschriebenen Unterstützungsanträgen (Urk. ND1 2/1/D1/3 und ND1 2/1/D1/4). Das Bundesgericht hat allerdings in BGE 131 IV 83 mit Bezug auf Art. 24 ELV, welche Bestimmung eine solche Meldepflicht sogar explizit, und nicht nur die entsprechende Informationspflicht der Behörde, enthält, festgehalten, dass auch eine solche Pflicht, Änderungen in den relevanten finanziellen Verhältnissen sofort zu melden, noch keine für den Tatbestand von Art. 146 StGB relevante Garantenstellung gegenüber den Behörden begründet. Es ist daher davon auszugehen, dass auch die in § 28 SHV indirekt erwähnte Meldepflicht keine Garantenstellung begründet. Dass der Beschuldigte seine Einkünfte aus dem Drogenhandel nicht umgehend an die zuständigen Behörden meldete, stellt folglich keine arglistige Täuschung dar und der Beschuldigte ist vom Vorwurf des Betrugs im Sinne von Art. 146 StGB freizusprechen.

4. Da der Beschuldigte anerkanntermassen Sozialhilfeleistungen bezogen hat, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht gegeben waren, und da er zu diesem Zweck bewusst seine veränderten Einkommensverhältnisse verschwieg, erfüllte er jedoch den Auffangtatbestand von § 48a Abs. 1 SHG. Der Einwand, es wäre dem Beschuldigten nicht zuzumuten gewesen, die Behörden über seine deliktischen Einkünfte zu informieren, verfängt nicht. Es wäre ihm ein Leichtes gewesen, auf die Sozialleistungen zu verzichten, ohne nähere Angaben über die Herkunft seiner Einkünfte zu machen. So hätte er eine indirekte Selbstanzeige vermeiden können. Da das erstinstanzliche Urteil vor Ablauf von drei Jahren seit den ersten Taten im Dezember 2008 erging, ist auch die von der Verteidigung geltend gemachte teilweise Verjährung (Urk. 51 S. 5) nicht eingetreten. Der Beschuldigte ist demnach der Übertretung gemäss § 48a Abs. 1 SHG schuldig zu sprechen.

III. Strafzumessung

1. Seit dem 1. Juli 2011 ist das revidierte Betäubungsmittelgesetz in Kraft, das mit Bezug auf Widerhandlungen, die der Finanzierung des Eigenkonsums eines Drogensüchtigen dienen, gemäss Art. 19 Abs. 3 BetmG eine Strafmilderung nach freiem Ermessen erlaubt. Bereits nach altem Recht war unter diesen Umständen eine Strafmilderung möglich. Da der diesbezügliche Schuldspruch nach altem Recht bereits rechtskräftig ist und auch bei einer Anwendung des neuen Rechtes keine mildere Strafe zu erwarten wäre, insbesondere keine, die unter der Mindeststrafe von einem Jahr liegen würde, was bereits die Vorinstanz darlegte (Urk. 37 S. 5 f.), ist die Strafzumessung nach bisherigem Recht vorzunehmen.

2. Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zur Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen. Dabei ist es an das gesetzliche Höchstmass der Strafe gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB).

Verbrechen gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3-5 in Verbindung mit Ziff. 2 lit. a und c aBetmG als schwerstes Delikt wird mit Freiheitsstrafe von einem bis zu 20 Jahren bestraft, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (Urk. 37 S. 14.), ist dies vorliegend der Strafraumen. Die verminderte Schuldfähigkeit ist strafmindernd zu berücksichtigen (BGE 6B_238/2009 E. 5.7 und E. 5.8). Für die begangenen Übertretungen ist sodann eine Busse auszufällen.

3. Zur objektiven Tatschwere des Drogenhandels des Beschuldigten als schwerstes Delikt ist auszuführen, dass er gemäss Anklagesachverhalt während eines Zeitraums von 10 Monaten insgesamt 2,3 kg Heroingemisch (recte: 2,4 kg) übernahm und davon mindestens 1,725 kg weiterverkaufte. Unter Hinweis auf die entsprechenden, überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 37 S. 16) ist von einem Reinheitsgehalt von 25% auszugehen, was 575 (recte: 600) respektive 431 Gramm reinem Heroin entspricht. Durch eine solche Drogenmenge wurde eine grosse Anzahl von Menschen gefährdet und die Schwelle zum schweren Fall um ein Vielfaches überschritten. Der vom Beschuldigten dabei erzielte Gewinn von Fr. 69'000.-- zeugt von einer beträchtlichen kriminellen Energie. Zusätzlich zur Drogenmenge fällt die Anzahl der Tathandlungen ins Gewicht. Auch wenn der Beschuldigte keine höhere Position in der Hierarchie des Kokainhandels einnahm und die Droge direkt an Konsumenten verkaufte, so war er doch kein reiner Befehlsempfänger. Er lagerte das Heroin und organisierte den Verkauf selbstständig, wozu er ein eigentliches Kundennetz aufbaute. Es ist daher von einer erheblichen objektiven Tatschwere auszugehen.

Subjektiv fällt ins Gewicht, dass der Beschuldigte stark drogenabhängig war und zur Finanzierung seines Eigenkonsums handelte (Prot. I S. 4). Gemäss dem psychiatrischen Gutachten liegt beim Beschuldigten eine Verminderung der Schuldfähigkeit im leichten bis mittleren Grade vor (Urk. 10/6/7 S. 49). Die subjektive Tatschwere ist daher als noch leicht zu qualifizieren.

Aufgrund der Tatschwere erweist sich für den Heroinhandel des Beschuldigten eine hypothetische Einsatzstrafe von 36 Monaten als angemessen.

4. Bezüglich der persönlichen Verhältnisse kann vornehmlich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 37 S. 17 f.). Hinzuzufügen ist, dass der Beschuldigte inzwischen im Rehabilitationszentrum B._____ wohnt und nach wie vor das Ziel hat, nach C._____ auszuwandern (Urk. 50 S. 1). Auf das Strafmass haben die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten keine Auswirkungen. Straferhöhend zu gewichten sind jedoch die drei Vorstrafen des Beschuldigten aus den Jahren 1999, 2003 und 2006 (Urk. 48). Ebenfalls strafferhöhend wirkt sich aus, dass der Beschuldigte während laufender Probezeit nach seiner bedingten Entlassung und trotz der drohenden Rückversetzung in den Vollzug eines Strafrestes von 1 Monat und 2 Tagen delinquierte. Dies zeugt von einer gewissen Unbelehrbarkeit. Stark zu seinen Gunsten ist demgegenüber sein Geständnis zu werten, was die obige Einsatzstrafe unterschreiten lässt. Er zeigte sich von Anfang an vollumfänglich geständig und kooperativ und erleichterte so die Strafuntersuchung auch gegen seine Mittäter (Urk. 1 S. 3 und Urk. 2/1).

5. Unter Einbezug des Strafrestes von 1 Monat und 2 Tagen, die der Beschuldigte aufgrund der bereits rechtskräftigen Rückversetzung zu verbüssen hat, erscheint eine Gesamtstrafe von 30 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen.

Hinsichtlich der Übertretungen ist festzuhalten, dass der Beschuldigte während zehn Monaten Sozialleistungen im Umfang von insgesamt Fr. 18'911.-- zu Unrecht bezog, wobei er allerdings ohne grosse kriminelle Energie oder Raffinesse vorging, sondern sich darauf beschränkte, keine Meldung über seine sich verändernden Einkünfte zu machen. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte damals hochgradig süchtig war und es ihm daher schwer fiel, auf Geld, das ihm automatisch überwiesen wurde, zu verzichten. Im gleichen Zeitraum konsumierte er sodann insgesamt rund 575 Gramm Kokain. Für die Übertretungen ist aus diesen Gründen eine Busse von Fr. 3'000.-- auszufällen. Die Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse ist auf 30 Tage festzusetzen.

6. Der Vollzug der Freiheitsstrafe ist gemäss Art. 57 Abs. 2 StGB zugunsten der bereits rechtskräftig angeordneten stationären Massnahme aufzuschieben. Es ist vorzumerken, dass sich der Beschuldigte seit dem 4. November 2010 im vor-

zeitigen Strafantritt bzw. seit dem 15. Dezember 2010 im vorzeitigen Massnahmeantritt befindet.

IV. Kosten

Der Beschuldigte obsiegt mit seiner Appellation grösstenteils, weshalb ihm die Kosten für das Berufungsverfahren lediglich zu 1/10 aufzuerlegen und sie im Restbetrag auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren sind auf die Gerichtskasse zu nehmen. Aufgrund der finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten sind die ihm auferlegten Kosten jedoch sofort abzuschreiben.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 1. Abteilung, vom 4. Oktober 2011 (DG110060) hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 1 (Schuldsprüche bezüglich BetmG), 2 (Freispruch vom Vorwurf der Urkundenfälschung), 3 (Rückversetzung in den Strafvollzug), 5 und 6 (Anordnung einer Massnahme unter Strafaufschub) sowie 7 und 8 (Kostenregelung) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A. _____ ist ferner schuldig der Übertretung gemäss § 48a Abs. 1 Sozialhilfegesetz.
2. Vom Vorwurf des Betrugs im Sinne von Art. 146 StGB wird der Beschuldigte freigesprochen.
3. Der Beschuldigte wird unter Einbezug des Strafrestes gemäss Strafmandat des Verhörteramtes des Kantons Glarus vom 29. Dezember 2006 bestraft

mit einer Freiheitsstrafe 30 Monaten als Gesamtstrafe sowie mit einer Busse von Fr. 3'000.--. Es wird davon Vormerk genommen, dass sich der Beschuldigte seit dem 4. November 2010 im vorzeitigen Strafantritt bzw. seit dem 15. Dezember 2010 im vorzeitigen Massnahmeantritt befindet

4. Die Gesamtstrafe wird zum Zwecke des Massnahmevollzugs aufgeschoben. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 30 Tagen.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. amtliche Verteidigung.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten zu 1/10 auferlegt, aber abgeschrieben. Im Restbetrag werden sie auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung im Berufungsverfahren werden auf die Gerichtskasse genommen.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
 - die Privatklägerschaft Soziale Dienste D._____sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Angeklagten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl
 - die Bundesanwaltschaftund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz

- den Justizvollzug des Kantons Zürich, Abteilung Bewährungs- und Vollzugsdienste
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und B.

8. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang 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.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 25. Mai 2012

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic.iur. Th. Meyer

lic.iur. Hafner