

# ZH\_OBERGERICHT SB160452 vom 25. April 2017

ZH Obergericht, 2017-04-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB160452](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB160452)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB160452 du 25 avril 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT SB160452 del 25 aprile 2017

## Erwägungen

### E. 1

Im vorliegenden Strafverfahren bestand gemäss Polizeirapport aufgrund von polizeilichen Ermittlungen der Verdacht, dass über die Mobiltelefon-Nummer 076... Kokain bestellt werden könne (Urk. 1 S. 2). In der Folge wickelte der polizeiliche Scheinkäufer (SK...) – seiner Ansicht nach gestützt auf § 32d Polizeigesetz – über diese Nummer mit der Beschuldigten einen Scheinkauf von 1 Portion Kokaingemisch à 5 Gramm (4.5 Gramm reines Kokain) ab (vgl. Urk. 6). In der Folge wurde die Beschuldigte verhaftet und es wurde in ihrer Wohnung an der B.\_\_\_\_-Strasse ... eine Hausdurchsuchung durchgeführt, anlässlich welcher insgesamt 695,6 Gramm Kokaingemisch bzw. 272 Gramm reines Kokain sowie mehrere Kilogramm Streck- und Arzneimittel sichergestellt wurden (Urk. 1 S. 3 f.; Urk. 12/1-8). Anlässlich der Hausdurchsuchung wurde auch der dort angetroffene C.\_\_\_\_ verhaftet (Urk. 1 S. 2). Er erklärte im Laufe der Untersuchung, dass das Kokain ihm gehöre und belastete die Beschuldigte dahingehend, dass sie vom Kokain in der Wohnung gewusst habe (Urk. 4/3 und 4/4).

### E. 1.1

Der Strafrahmen für schwere Fälle von Drogenhandel im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetrMG reicht von einem Jahr bis zu zwanzig Jahren Freiheitsstrafe. Damit kann eine Geldstrafe verbunden werden.

### E. 1.2

Innerhalb dieses Strafrahmens ist die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse und die Wirkung der Strafe auf das Leben des Beschuldigten zu berücksichtigen sind (Art. 47 Abs. 1 StGB). Das Verschulden wird generell nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes, der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit dieser nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage gewesen ist, die Beeinträchtigung des Rechtsgutes zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Der Begriff des Verschuldens muss sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen, wobei zwischen der Tat- und der Täterkomponente zu unterscheiden ist (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Kommentar zum StGB, 18. Aufl., Zürich 2010, N 5 ff. zu Art. 47).

### E. 1.3

Bei Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz im besonderen spielt zunächst das Gefährdungspotenzial der in Frage stehenden Betäubungsmittel eine Rolle. Im weiteren kommt es darauf an, wie der Täter mit der Droge in Kontakt gekommen ist, was er damit gemacht hat (Hug-Beeli, Betäubungsmitteldelikte 1983-1991, S. 429 f., 436 und 438), und ob er im Ablauf des Drogenhandels eine bestimmende oder nur eine untergeordnete

Funktion innehatte. So trifft denjenigen, welcher eine bestimmte Drogenmenge lediglich transportiert, grundsätzlich ein geringeres Verschulden als denjenigen, der sie verkauft oder zum Zwecke des Weiterverkaufs erwirbt (BGE 121 IV 206). Andauernde Delinquenz wiegt naturgemäss schwerer als eine einmalige Verfehlung. Ein wesentliches Strafzumessungskriterium ist sodann, ob die beschuldigte Person selbst drogenabhängig ist oder ob sie im Drogenhandel den leicht verdienten Geldgewinn sucht. Von Bedeutung sind ferner allfällige Vorstrafen und das Verhalten nach der Tat, insbesondere ein umfassendes Geständnis, kooperatives Verhalten in der

- 39 - Untersuchung, Reue und Einsicht. Alle diese Umstände können sich im einen Fall erheblich strafe erhöhend, im anderen stark strafreduzierend auswirken (BGE 118 IV 348 f.). Bei schweren Fällen von Drogenhandel dürfen die Umstände, die zur Anwendung des qualifizierten Straftatbestandes von Art. 19 Abs. 2 BetmG geführt haben, innerhalb des dadurch gegebenen Strafrahmens nicht nochmals strafe erhöhend berücksichtigt werden. Bei der Strafzumessung mit in Betracht zu ziehen ist aber das Ausmass des qualifizierenden Tatumstandes, insbesondere die Menge der umgesetzten Drogen (BGE 118 IV 347 f.).

## **E. 2**

Nachdem die Beschuldigte von der Vorinstanz vom Vorwurf der Veräusserung von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG freigesprochen wurde und das Urteil diesbezüglich in Rechtskraft erwachsen ist, stellt sich vorliegend betreffend den Vorwurf der Aufbewahrung und des Besitzes von Betäubungsmitteln nach Art. 19 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG die

- 8 - Frage, ob die – infolge des polizeilichen Scheinkaufes – aufgrund der Hausdurchsuchung sichergestellten Beweise verwertbar sind oder nicht.

### **E. 2.1**

Hinsichtlich der objektiven Tatschwere ist festzuhalten, dass die Beschuldigte eine beträchtliche Menge Kokain in ihrer Wohnung aufbewahrte, wobei die Grenze zum schweren Fall aufgrund der Reinmenge von 272 Gramm weit überschritten ist. Bei Kokain handelt es sich bekanntlich um eine sehr stark süchtig machende Droge, weshalb die Beschuldigte die Gefährdung einer grossen Anzahl Menschen in Kauf nahm. Der Beschuldigten ist allerdings zu Gute zu halten, dass sie die genaue Menge des Kokaingemisches und den Reinheitsgehalt nicht konnte, wobei dennoch zu betonen ist, dass sie wusste bzw. jedenfalls in Kauf nahm, dass es sich um grössere Mengen handelte. Allein in dem Sack, den sie in der Hand gehalten haben muss, befanden sich ein Gemisch von rund 85 Gramm (bzw. 29,4 Gramm reines Kokain). Sodann erschöpfte sich die Tathandlung der Beschuldigten darin, C.\_\_\_\_\_ ihre Wohnung als Aufbewahrungsort für das Kokain zur Verfügung zu stellen, was ihr Verschulden in die Nähe einer blossen Gehilfenschaft zum Besitz rückt. Der Unrechtsgehalt der inkriminierten Handlung hält sich – in Übereinstimmung mit der amtlichen Verteidigung (vgl. Urk. 39 S. 2f.) – entsprechend in Grenzen. Zudem kann der Beschuldigten nur eine kurze Beteiligung am Aufbewahren nachgewiesen werden. Das objektive Verschulden wiegt insgesamt noch leicht.

### **E. 2.2**

In subjektiver Hinsicht ist davon auszugehen, dass die Beschuldigte aus reiner Gefälligkeit handelte. Finanzielle Motive lassen sich nicht nachweisen. Es wirft allerdings kein gutes Licht auf die Beschuldigte, dass das Kokain in der Küche, zu

- 40 - der auch ihr 10-jähriger Sohn (und ihre erwachsene Tochter) Zugang hatte, aufbewahrt war.

### **E. 2.3**

Insgesamt ergibt sich, dass die subjektive Komponente die objektive Tat- schwere noch leicht verringert, weshalb das Verschulden – auf einer Skala aller denkbaren tatbestandsmässigen Handlungen und in Anbetracht des konkreten Strafrahmens – als noch leicht einzustufen ist. Eine Einsatzstrafe von 15 Monaten Freiheitsstrafe erscheint den Umständen angemessen. Diese Strafhöhe rechtfertigt sich ferner auch ohne Weiteres in Anwendung des Strafzumessungs- Vergleichsmodells von Fingerhuth/Schlegel/Jucker (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 47 N 45 ff.; vgl. dazu die Entscheide des Bundesgerichts 6B\_495/2008 vom 27. Dezember 2008, E. 1.4; 6B\_375/2014 vom 28. August 2014 E. 2.3.). Gemäss der von Fingerhuth/Schlegel/Jucker dargestellten Tabelle führen Drogenmengen im Bereich von 180 bis 360 Gramm Kokain zu einer Freiheitsstrafe von 24 bis 30 Monaten, wobei vorliegend ein Abzug vorzunehmen ist, zumal sich die Tathandlung – wie bereits erwähnt – darin erschöpft, C.\_\_\_\_\_ ihre Räumlichkeiten zur Verfügung zu stellen (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 47 N 45 und 47).

### **E. 2.4**

Die Täterkomponente umfasst die persönlichen Verhältnisse, das Vorleben (insbesondere frühere Straftaten oder Wohlverhalten) und das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, insbesondere gezeigte Reue und Einsicht, oder ein abgelegtes Geständnis (Donatsch/Flachsmann/Hug/Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 18. Auflage, Zürich 2010, Art. 47 StGB N 14 f.). Zum Vorleben und den persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten kann auf die Angaben der Beschuldigten in den polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Einvernahmen sowie anlässlich der Haupt- und der Berufungsverhandlung verwiesen werden (Urk. 4/1 S. 9 f., Urk. 4/5 S. 5 ff., Prot. I S. 7-9, Prot. II S. 6 ff.). Die Beschuldigte ist in der Dominikanischen Republik geboren, wo sie bis zur 7. Klasse in die Schule gegangen sei. Sie habe 9 Geschwister und sei über ihren Ex-Ehemann, den sie in der Dominikanischen Republik kennen gelernt habe, 1994/1995 in die Schweiz gekommen und vor 13 oder 14 Jahren eingebürgert worden. Ihre Tochter sei Ende 1994 oder anfangs 1995 auf die Welt gekommen. Im Jahre 2007 oder 2010

- 41 - habe sie sich scheiden lassen. Ein Jahr zuvor sei ihr Sohn geboren. Der Sohn würde noch bei ihr im Haushalt leben, die Tochter sei verheiratet und ausgezogen. Im Moment sei sie schwanger von ihrem Freund, welcher zurzeit noch in der Dominikanischen Republik lebe, den sie jedoch beabsichtige, zu heiraten. In der Schweiz habe sie zuerst in einem Cabaret gearbeitet, später dann im Restaurant H.\_\_\_\_\_, zwischendurch auch in der I.\_\_\_\_\_- und J.\_\_\_\_\_-Bar sowie auch in Kleidergeschäften. Seit rund drei Jahren lebe die Beschuldigte von der Sozialhilfe und sei auf Arbeitssuche. Sie erhalte Fr. 700.– Alimente und Fr. 200.– Kinderzulagen sowie Fr. 340.– Sozialhilfe ausbezahlt. Vermögen habe die Beschuldigte gemäss ihren Angaben keines, indessen Schulden von rund Fr. 30'000.– bis Fr. 50'000.–. Aus dem Vorleben und den persönlichen Verhältnissen der Beschuldigten lassen sich im Wesentlichen keine strafzumessungsrelevanten Faktoren entnehmen.

### **E. 2.5**

Die Beschuldigte weist keine Vorstrafen auf (Urk. 17/2). Die Vorstrafenlosigkeit wirkt sich bei der Strafzumessung jedoch grundsätzlich neutral aus und ist deshalb nicht strafmindernd zu berücksichtigen (BGE 136 IV 1 E. 2.6.4). Straferhöhungs- oder

Strafminderungsgründe liegen nicht vor. Die Beschuldigte ist nicht geständig und hat entsprechend weder Reue noch Einsicht in das Unrecht ihrer Tat erkennen lassen. 3. In Würdigung aller Strafzumessungsgründe erweist sich demzufolge eine Freiheitsstrafe von 15 Monaten als den Taten und der Täterin angemessen. Der Anrechnung von 26 Tagen, die im vorliegenden Verfahren durch Haft sowie durch vorzeitigen Strafantritt erstanden sind, auf die heute auszufällende Strafe steht nichts entgegen (Art. 51 StGB). VI. Vollzug 1. Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei

- 42 - Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten (Art. 42 Abs. 1 StGB). Danach ist das Fehlen einer ungünstigen Prognose materielle Voraussetzung für die Gewährung des bedingten Vollzugs. Bei der Beurteilung dieser Frage ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen, wobei insbesondere Vorleben, Leumund, Charaktermerkmale und Tatumstände einzubeziehen sind. Weil eine günstige Prognose vermutet wird, ist der bedingte Strafvollzug bei Vorliegen der Voraussetzungen in der Regel zu gewähren. Schiebt das Gericht den Vollzug der Strafe ganz oder teilweise auf, so auferlegt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB). 2. Da vorliegend eine Freiheitsstrafe von 15 Monaten auszufallen ist, sind in objektiver Hinsicht die Voraussetzungen zur Gewährung des bedingten Strafvollzuges gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB erfüllt. Die Beschuldigte weist keine Vorstrafen auf. Wie auch die amtliche Verteidigung ausführte, ist davon auszugehen, dass dem vorliegenden Strafverfahren und dem bereits erlittenen strafprozessualen Freiheitsentzug eine hinreichende Warnwirkung zukommt (vgl. Urk. 39 S. 2). Da Anhaltspunkte für die künftige Begehung weiterer Straftaten nicht ersichtlich sind, kann der Beschuldigten somit eine günstige Prognose gestellt werden. 3. Schiebt das Gericht den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB). Vorliegend sind keinerlei Gründe ersichtlich, die für eine besonders lange Probezeit sprechen würden. Es erscheint vielmehr aufgrund der obigen Erwägungen angemessen, eine Probezeit von zwei Jahren anzusetzen. VII. Beschlagnahmungen Gemäss Art. 268 Abs. 1 StPO kann vom Vermögen der beschuldigten Person so viel beschlagnahmt werden, als voraussichtlich zur Deckung der Verfahrenskosten, der Entschädigungen, der Geldstrafen und Bussen nötig ist. Verfahrenskosten können mit beschlagnahmten Vermögenswerten verrechnet werden (Art. 442 Abs. 4 StPO). Anlässlich der Berufungsverhandlung machte die amtliche

- 43 - Verteidigung geltend, dass Fr. 100.– der von der Stadtpolizei sichergestellten Barschaft von insgesamt Fr. 120.– sich im Portemonnaie des Sohnes der Beschuldigten befunden hätten und ihr einige Tage vor der Verhaftung von ihrer Schwester ausgehändigt worden seien, um dem Sohn ein Playstationspiel zu kaufen, weshalb Fr. 100.– nicht beschlagnahmewürdig seien (Urk. 39 S. 4). Diese Ausführung scheint eine reine Schutzbehauptung zu sein. Gegenteilige Anhaltspunkte sind nicht auszumachen. Folglich ist die von der Stadtpolizei sichergestellte Barschaft von Fr. 120.– zur Deckung der Verfahrenskosten zu verwenden. VII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Gestützt auf Art. 428 Abs. 3 StPO hat die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung zu befinden, wenn sie selber ein neues Urteil fällt und nicht kassatorisch entscheidet (Dohnatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 428 N 14). 2. Gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO trägt die beschuldigte Person die Verfahrenskosten, wenn

sie verurteilt wird. Davon ausgenommen sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. 3. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Vorverfahrens sowie des erstinstanzlichen Verfahrens der Beschuldigten aufzuerlegen. Der bereits in Rechtskraft erwachsene Freispruch hinsichtlich Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG rechtfertigt angesichts des Verhältnisses zum Schuldspruch keine andere Kostenaufgabe. Unter Berücksichtigung von § 2 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2010 (GebV OG), ist die erstinstanzliche Gebühr angesichts der Grösse des Falles auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die übrigen Kosten der Strafuntersuchung sind im Kostenblatt aufgeführt (Urk. 18). 4. Die von der Vorinstanz festgesetzte Entschädigung des amtlichen Verteidigers ist angemessen. Die Anfechtung dieser Regelung ist somit einzig bedingt

- 44 - durch den von der Staatsanwaltschaft beantragten Schuldspruch, der sich auch auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen auswirkt. Der amtliche Verteidiger ist demnach gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid mit Fr. 10'059.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Kosten sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter dem Vorbehalt der Rückforderung im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO (Urk. 31 S. 26; Dispositiv Ziff. 7). 5. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Beschuldigten aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der amtliche Verteidiger der Beschuldigten ist für das Berufungsverfahren mit Fr. 3'060.– (inkl. MWSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind auf die Gerichtskasse zu nehmen, wobei eine Rückzahlungspflicht gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorzubehalten ist. Es wird beschlossen:

## **E. 5**

Es kann mit diesen Präzisierungen festgehalten werden, dass grundsätzlich die wichtigen Punkte für die Überprüfung der Rechtmässigkeit einer verdeckten Fahndung durchaus korrekt schriftlich dokumentiert wurden und die Rechtmässigkeit und Durchführung des Scheinkaufes eigentlich nicht zu beanstanden wäre. Eine ausdrückliche (schriftliche) Anordnung des Scheinkaufes gemäss Art. 298b StPO durch eine bestimmte Person (Polizei oder Staatsanwaltschaft) fehlt indes ebenso wie der Hinweis, wer als verdeckter Fahnder eingesetzt und in welcher

- 16 - Weise dieser belehrt wurde. Es ist daher insgesamt von einer knapp ungenügenden Anordnung im Sinne von Art. 298b StPO auszugehen. Zu betonen ist an dieser Stelle aber nochmals, dass an sich jeder Polizeibeamte zur Anordnung der verdeckten Fahndung befugt gewesen wäre.

## **E. 6**

Im Strafprozess besteht gemäss Art. 139 StPO der Grundsatz der Beweisfreiheit. Dieser Grundsatz wird indes durch Beweisverbote, insbesondere die Beweiserhebungs- und Verwertungsverbote gemäss den Art. 140 f. StPO eingeschränkt.

### **E. 6.1**

Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, sind bei der Beweiserhebung untersagt. Solche Methoden sind nach Abs. 2 derselben Bestimmung auch dann unzulässig, wenn die betroffene Person ihrer Anwendung zustimmt (Art. 140 Abs. 1 StPO). Beweise, die in Verletzung von Art. 140 StPO erhoben

wurden, sind in keinem Falle verwertbar. Dasselbe gilt, wenn die StPO einen Beweis als unverwertbar bezeichnet (Art. 141 Abs. 1 StPO). Nach Art. 141 Abs. 2 StPO dürfen Beweise, welche die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Die Fernwirkung der Beweismethoden- bzw. Beweiserhebungsverbote ist in Art. 141 Abs. 4 StPO geregelt: ermöglichte ein Beweis, der nach Abs. 2 nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre.

### **E. 6.1.1**

Ein striktes, durch keinerlei Ausnahmen aufgeweichtes Beweisverwertungsverbot gilt dann, wenn eine Vorschrift missachtet worden ist, für deren Verletzung im Gesetz selbst das Verwertungsverbot als Rechtsfolge ausdrücklich angeordnet ist. Um eine derartige absolute Gültigkeitsvorschrift handelt es sich bei den in Art. 140 StPO genannten unzulässigen Vernehmungsmethoden. Umstritten ist, ob sich die Einordnung als absolute Gültigkeitsvorschrift auch ohne eine ausdrückliche Anordnung im Gesetz ergeben kann. In den Fällen, in denen keine absolute Gültigkeitsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 1 StPO verletzt worden ist,

- 17 - kommt es darauf an, ob eine Ordnungsnorm oder eine (einfache) Gültigkeitsvorschrift missachtet worden ist. Ist eine Ordnungsnorm verletzt worden, so ist der betreffende Beweis grundsätzlich verwertbar. Haben die Strafbehörden dagegen mit ihrer Vorgehensweise eine einfache Gültigkeitsvorschrift verletzt, unterliegen die gewonnenen Erkenntnisse grundsätzlich einem Verwertungsverbot. Die vor Inkrafttreten der StPO gültige Rechtsprechung, nach der auch im Anschluss an die Feststellung, dass eine Gültigkeitsvorschrift verletzt wurde, die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes zusätzlich noch an eine umfassende Interessenabwägung geknüpft war, ist mit Inkrafttreten der StPO überholt. Anders als bei den absoluten Gültigkeitsvorschriften soll aber trotz Verletzung einer einfachen Gültigkeitsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO die Verwertung ausnahmsweise möglich sein, wenn dies "zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich" ist. Diese Regelung, die im Gesetzgebungsverfahren als eine angemessene Güterabwägung verteidigt worden ist, ist in der Sache problematisch, weil sie zur Folge hat, dass eine Gültigkeitsvorschrift beim Verdacht eines schweren Delikts keine solche mehr ist (vgl. Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 19-21 mit Hinweisen; BSK StPO-Gless, Art. 141 N 71 mit Hinweisen). SCHMID führt dazu aus, dass diese gesetzliche Lösung durchaus nicht ungeteilte Zustimmung finde und deren Vereinbarkeit im Einzelfall mit dem Verbot des Rechtsmissbrauchs bzw. dem Gebot von Treu und Glauben zu prüfen sei. Er merkt an, dass sich allerdings in der kritischen Literatur kaum konsistente Lösungen dieser Problematik finden würden (Schmid, Handbuch StPO, N 797 Anmerkung 51).

### **E. 6.1.2**

Nach der Regelung des Art. 141 Abs. 2 StPO soll nicht jedes vorschriftswidrig beschaffte Beweismittel zu einem Verbot der Verwertung führen, weil sonst eine Überspitzung der Formvorschriften auf Kosten der Verbrechensaufklärung vorläge. Ein Beweisverwertungsverbot kommt nach tradiertem Rechtsprechung umso weniger in Betracht, je schwerer einerseits die zu beurteilende Straftat war – denn umso eher

überwiege das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Angeklagten an der Nichtverwertung – und je leichter andererseits das Ausmass der Rechtsgüterverletzung durch die Strafverfolgungs- behörden sei (vgl. dazu BGE 6B\_323/2013, BGE 137 I 218, BGE 130 I 126 E.3.2., BGE 130 I 132 je mit Hinweisen; BSK StPO-Gless, Art. 298b N 70 mit

- 18 - Hinweisen; Riklin, OFK-StPO, 2. Aufl., Art. 141 N 7). Die Auslegung des unklaren Begriffs der "schweren Straftat" ist in hohem Mass umstritten (vgl. dazu etwa Donatsch/Schwarzenegger/Wohlers, Strafprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 2014, S. 123 m.w.H.). In der Literatur wird teilweise vertreten, es sei für den Begriff der "schweren Straftat" auf die im Katalog betreffend geheime Überwachungsmass- nahmen und verdeckte Ermittlungen in den Artikeln 269 Abs. 2 und 286 Abs. 2 StPO aufgeführten Delikte abzustellen (vgl. dazu Riklin, OFK-StPO, 2. Aufl., Art. 141 N 7; ablehnend Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 22 mit Hinweisen; ebenfalls ablehnend BSK StPO-Gless, Art. 141 N 72 mit Hinweisen). Angesichts dessen, dass es dabei letztlich darum geht, die in Art. 2 Abs. 2 StPO geforderte Einhaltung der gesetzlichen Formen für obsolet zu erklären, sollte der Anwendungsbereich bzw. der Begriff der "schweren Straftat" gemäss einem ge- wichtigen Teil der Lehre auf Delikte der Schwerekriminalität beschränkt werden, al- so auf Straftatbestände, bei denen als Strafe ausschliesslich Freiheitsstrafe vor- gesehen ist (vgl. Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 22; BSK StPO- Gless, Art. 141 N 72; Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 21a). Es dürften primär Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB in Betracht fallen, also Taten, die im Gegensatz zu Vergehen mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind (Schmid, StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 141 N 8). Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid vom 13. Februar 2017 im Zusam- menhang mit der Verwertung eines Zufallsfundes ohne Genehmigung erwogen, dass ein Raub und strafbare Vorbereitungshandlungen dazu zweifellos schwere Straftaten im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO seien, handle es sich dabei doch um Verbrechen die im Katalog von Art. 269 Abs. 2 StPO aufgeführt sind (Urteil BGE 6B\_287/2016 unter Hinweis auf BGE 137 I 218 E. 2.3.5.2 S. 224 und BSK StPO-Jean-Richard-dit-Bressel, Art. 278 N. 30; vgl. OGer ZH SB130478 vom 14. Mai 2014). Im Entscheid vom 29. Juli 2015 hatte das Bundesgericht im Rah- men eines Zwischenentscheidendes zu prüfen, ob ein Protokoll aus den Akten zu ent- fernen sei. Das Bundesgericht verneinte, dass die Nichtentfernung des Protokolls einen nicht wieder gutzumachenden Rechtsnachteil nach sich ziehen würde und erwog ergänzend unter Hinweis auf Art. 141 Abs. 2 StPO, dass die Unverwertbar- keit des Beweismittels aufgrund des Gesetzes oder in Anbetracht der besonderen

- 19 - Umstände des Einzelfalles nicht ohne Weiteres feststehe, da es um den Vorwurf einer schweren Körperverletzung gehe (BGer 1B\_56/2105 E. 2.10.2). Eine Ver- gewaltigung stelle demgegenüber eine schwere Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO dar (vgl. Beschluss OGer UH150031 vom 17. März 2015). Unter den Begriff der schweren Straftat fallen nach der Rechtsprechung jedenfalls nicht nur die schweren Delikte gegen Leib und Leben, sondern auch die weiteren Delikte gegen strafrechtlich vergleichbare Rechtsgüter (vgl. OGer SB150327 vom 18. März 2016, BGE 131 I 272 E. 4.5.). Ein schwerer Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG liegt vor, wenn die Wi- derhandlung gegen das BetmG mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Die Gesundheit ist namentlich dann gefährdet, wenn der Gebrauch des betreffenden Betäubungsmittels seelische oder körperli- che Schäden hervorrufen kann (Albrecht, Die

Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes, 3. Aufl., Bern 2016, N 191 zu Art. 19). Massgebend ist in erster Linie die Menge des gehandelten reinen Drogenwirkstoffs, sowie dessen Gefährlichkeit. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts liegt insbesondere ein schwerer Fall bei einem die Menge von mindestens 12 Gramm Heroin-Hydrochlorid umfassenden Handel vor (BGE 120 IV 334; BGE 111 IV 101; BGE 109 IV 143). Bei Kokain beträgt die massgebliche Menge 18 Gramm Kokain-Hydrochlorid (BGE 109 IV 143). Es kommt nicht darauf an, wie viele Personen durch die abgegebenen Drogen tatsächlich gefährdet wurden. Entscheidend ist vielmehr, wie viele tatsächlich hätten gefährdet werden können (Hug-Beeli, a.a.O., Art. 19 N 1050).

### **E. 6.1.3**

Unerlässlich ist die Verwertung dann – und nur dann – wenn ohne den Beweis eine Verurteilung nicht möglich wäre. Ob dies der Fall ist, ist nicht im Rahmen einer Abwägung der für und gegen die Verwertung sprechenden Interessen festzustellen (vgl. Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 22).

### **E. 6.1.4**

Wie erwähnt hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, abschliessend die Bestimmungen aufzulisten, die als Gültigkeitsvorschriften respektive als Ordnungsvorschriften zu betrachten sind. Soweit das Gesetz eine Bestimmung nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet, hat die Praxis die Unterscheidung vor-

- 20 - zunehmen, wobei primär auf den Schutzzweck der Norm abzustellen ist (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1183 f. Ziff. 2.4.1.1). Es ist im Einzelfall unter Berücksichtigung des Fairnessgebots (siehe BGE 131 I 272 E. 3.2. S. 274 ff.) zu prüfen, ob die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der geschützten Interessen der betroffenen Person eine derart erhebliche Bedeutung hat, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung der Vorschrift der Beweis unverwertbar ist. Die StPO hat die Abgrenzungsprobleme in den meisten relevanten Konstellationen durch Statuierung ausdrücklicher Verwertungs- oder Gültigkeitsverbote entschärft (Urteile 6B\_1039/2014 vom 24. März 2015 E. 2.3., 6B\_56/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 3.2., BGE 141 IV 39; BBl 2006 1183 Ziff. 2.4.1.1; Schmid, Handbuch StPO, N 95; kritisch BSK StPO-Gless, Art. 141 N. 74 ff.).

### **E. 6.1.5**

Ermöglichte ein Beweis, der nach Art. 141 Abs. 2 StPO nicht verwertet werden darf, die Erhebung eines weiteren Beweises, so ist dieser nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre (Art. 141 Abs. 2 StPO), das heisst, dass der erste Beweis "conditio sine qua non" des zweiten ist. Eine Fernwirkung gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO ist also zu verneinen, wenn der Folgebeweis im Sinne eines hypothetischen Ermittlungsverfahrens zumindest mit einer grossen Wahrscheinlichkeit auch ohne den illegalen ersten Beweis erlangt worden wäre (vgl. OGer SB150327 vom 18. März 2016; BGE 138 IV 169 E. 3.3.3 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B\_1021/2013 vom 29. September 2014 E. 2.3.2.).

### **E. 6.2**

Vorliegend ist somit zu prüfen, ob die durch den Scheinkauf erbrachten Beweise unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden und falls dies zu bejahen ist, ob deren Verwertung zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich ist.

### **E. 6.2.1**

Anlässlich der Berufungsverhandlung führte der Vertreter der Staatsanwaltschaft aus, dass sich im Rahmen der durchgeführten Hausdurchsuchung der Verdacht auf ein Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz, und zwar primär (auch) gegen eine andere Person, als sich die ursprüngliche Hausdurchsuchung gerichtet hätte, ergeben habe. Folglich sei von einem Zufallsfund im Sinne von

- 21 - Art. 243 StPO auszugehen bzw. sei diese Bestimmung sinngemäss anzuwenden. Bei Zufallsfunden, welche aus einer rechtswidrigen Durchsuchung stammten, würde die allgemeine Regel von Art. 141 StPO betreffend die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gelten (Urk. 37 S. 3 m.w.H.). Hierzu ist anzumerken, dass es sich betreffend die in der Wohnung der Beschuldigten aufgefundene Menge an Betäubungs- sowie Streck- und Arzneimittel nicht um einen klassischen Zufallsfund im Sinne von Art. 243 StPO handelt. In casu wurde aufgrund der Erkenntnisse des Scheinkaufs in der Wohnung der Beschuldigten eine Hausdurchsuchung durchgeführt und anlässlich dieser wurden die erwähnten Betäubungsmittel sichergestellt sowie C.\_\_\_\_\_ verhaftet (vgl. Urk. 1). Von einem Zufallsfund im Sinne von Art. 243 StPO kann folglich nicht die Rede sein. Sodann stellte sich der amtliche Verteidiger anlässlich der Berufungsverhandlung auf den Standpunkt, dass eine Täuschung der Beschuldigten im Sinne von Art. 140 Abs. 1 StPO und damit die absolute Unverwertbarkeit der erlangten Beweismittel gestützt auf Art. 141 Abs. 1 StPO in casu klar gegeben seien, zumal die Beschuldigte durch die Polizei verdeckt via SMS angeschrieben und angerufen worden sei, um den Drogenverkauf durchführen zu können (Urk. 38 S. 3). In diesem Zusammenhang verkennt der amtliche Verteidiger, dass der Gesetzgeber – anders als etwa bei der verdeckten Ermittlung – die Erkenntnisse aus einer unter Verletzung der Vorschriften gemäss Art. 298a-d StPO erfolgten verdeckten Fahndung nicht ausdrücklich als unverwertbar bezeichnet hat (vgl. Art. 289 Abs. 6 StPO, Art. 298b StPO; vgl. auch BSK StPO-Gless, Art. 140 N 54). Es handelt sich somit vorliegend nicht um eine absolute Gültigkeitsvorschrift (Art. 141 Abs. 1 StPO). Die verletzte Vorschrift von Art. 298b StPO ist sodann eine Gültigkeitsvorschrift und nicht (bloss) eine Ordnungsvorschrift. Die Funktion der Vorschrift, dass eine verdeckte Ermittlung angeordnet werden muss, erschöpft sich nicht darin, die äussere Ordnung des Verfahrens zu regeln. Sie dient dazu, die Grundlagen der prozessualen Subjektstellung der beschuldigten Person abzusichern, wie auch Protokollierungsvorschriften oder Normen, welche die Voraussetzung für das Ergreifen von Zwangsmassnahmen regeln. Es ist daher zu prüfen, ob die Verwer-

- 22 - tung des durch Verletzung dieser (einfachen) Gültigkeitsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO erlangten Beweismittels ausnahmsweise möglich ist.

### **E. 6.2.2**

Vorliegend ist gegenüber der Beschuldigten der Vorwurf einer qualifizierten Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG aufzuklären. Der Straftatbestand hierfür beträgt Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu 20 Jahren. Dieser Straftatbestand fällt nach allen oben angeführten Umschreibungen grundsätzlich unter den Begriff der schweren Straftat gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO. Er ist in den Deliktskatalogen der Art. 269 und 286 StPO enthalten (Art. 269 Abs. 2 lit. f StPO und Art. 286 Abs. 2 lit. f. StPO). Es handelt sich um ein Verbrechen nach Art. 10 Abs. 2 StGB und als Strafe ist ausschliesslich Freiheitsstrafe vorgesehen. Darüber hinaus ist, wie ausgeführt, bei einer solchen Tat eine Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe auszusprechen. Bei einem sogenannten

schweren Fall nach Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG geht es darum, dass der Beschuldigte eine derartige Menge von Drogen beispielsweise besitzt oder in Verkehr bringt, durch welche die Gesundheit zahlreicher Personen gefährdet werden könnte. Nachdem gemäss konstanter Bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein schwerer Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG bei Handel mit einer Menge von mindestens 18 Gramm Kokain-Hydrochlorid vorliegt (BGE 109 IV 143; vgl. dazu Ziff. 6.1.2. in fine), ist betreffend den Tatvorwurf des Besitzes bzw. Aufbewahrens von 700,6 Gramm Kokain – entgegen den Ausführungen der amtlichen Verteidigung (Urk. 38 S. 3), jedoch im Einklang mit jenen der Staatsanwaltschaft (Urk. 37 S. 3) – von einer schweren Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO auszugehen.

### **E. 6.2.3**

Da ohne den Beweis der beschlagnahmten Betäubungsmittel sodann eine Verurteilung nicht möglich wäre, ist dieser zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich.

### **E. 6.2.4**

Auch wenn mit dem Inkrafttreten der StPO nicht mehr eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen ist (vgl. dazu Donatsch/Hansjakob/Lieber, a.a.O., Art. 141 N 20; BSK StPO-Gless, Art. 141 N 70), ist doch festzuhalten, dass vorliegend das Ausmass der Rechtsgüterverletzung durch die Strafverfolgungsbehörden gering war. Im Polizeirapport wurde ausdrücklich festgehalten,

- 23 - weshalb und in welcher Hinsicht ein Verdacht gegen den Benutzer der fraglichen Telefonnummer besteht. Weiter wurde der Scheinkauf genau protokolliert und es ist anzumerken, dass der Scheinkauf gemäss gesetzlicher Vorschrift vom Polizeibeamten – der davon ausging, auf Grundlage des Polizeigesetzes zu handeln – hätte angeordnet werden können. Angesichts der Schwere der zu beurteilenden Straftat überwiegt in Abwägung zum eher leichten Ausmass der Rechtsgüterverletzung durch die Strafbehörden vorliegend jedenfalls das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse der Beschuldigten an der Unverwertbarkeit. Unter diesen Umständen stehen einer Beweisverwertung auch nicht das Gebot von Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs entgegen.

### **E. 6.2.5**

Weiter stellt sich die Problematik einer Fernwirkung gemäss Art. 141 Abs. 4 StPO in dieser Konstellation nicht. Wenn, wie vorliegend, schon das direkt durch eine Gültigkeitsvorschrift verletzte Beweismittel (Scheinkauf) zur Aufklärung einer schweren Straftat verwendet werden dürfte, gilt dies – im Einklang mit den Ausführungen der Staatsanwaltschaft (Urk. 37 S. 4) – umso mehr für die lediglich indirekt erlangten Beweismittel (Hausdurchsuchung und aufgrund der Erkenntnisse der Hausdurchsuchung gemachte Aussagen).

### **E. 7**

Als Fazit ist festzuhalten, dass die Erkenntnisse aus der Hausdurchsuchung und die Aussagen der Beschuldigten als Beweismittel zur Aufklärung des Vorwurfs der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von dessen Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG durch den Besitz oder das Aufbewahren einer grossen Menge Kokain als schwere Straftat verwendet werden dürfen, da diese Beweismittel dafür unerlässlich sind. Anzuführen ist, dass im Parallelverfahren gegen C. \_\_\_\_\_ (Prozessnummer SB160516) die gleichen Erwägungen Geltung haben, was zur Folge hat,

dass seine die Beschuldigte belastenden Aussagen hinsichtlich des Besitzes/der Aufbewahrung der Drogen ebenfalls verwertbar sind, nachdem die Staatsanwaltschaft am 6. und am 21. April 2016 Konfrontationseinvernahmen im Sinne von Art. 146 StPO durchgeführt hat (Urk. 4/3- 4).

### **E. 8**

Anlässlich der Berufungsverhandlung stellte die amtliche Verteidigung ferner die Trennung der Verfahren gegen die Beschuldigte und gegen den Mitbeschul-

- 24 - digten C.\_\_\_\_\_ durch die Staatsanwaltschaft in Frage (Urk. 38 S. 4). Mit Entscheidung vom 10. Mai 2016 verfügte die Staatsanwaltschaft im Verfahren gegen den Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ (SB160516) die Durchführung des abgekürzten Verfahrens nach Art. 358 ff. StPO, zumal die hierfür erforderlichen Voraussetzungen gegeben waren (vgl. Urk. 8 im Verfahren SB160516). Aufgrund der Gutheissung des Antrags auf Durchführung des abgekürzten Verfahrens betreffend den Mitbeschuldigten C.\_\_\_\_\_ lag gemäss Art. 30 StPO ein sachlicher Grund für eine Verfahrenstrennung der beiden Verfahren vor. Die Verfahrenstrennung war folglich rechtlich zulässig. III. Sachverhalt

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