

# ZH\_OBERGERICHT SB190423 vom 25. Mai 2020

ZH Obergericht, 2020-05-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB190423](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB190423)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB190423 du 25 mai 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT SB190423 del 25 maggio 2020

## Erwägungen

### E. 1

Mit vorstehend aufgeführtem Urteil vom 28. Mai 2019 wurde der Beschuldigte wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und Hinderung einer Amtshandlung mit einer unbedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 20.– bestraft, unter Anrechnung von 52 Tagen Untersuchungshaft (Urk. 59). Sein amtlicher Verteidiger meldete vor Schranken Berufung an (Prot. I S. 23).

#### E. 1.1

Die Kritik der Verteidigung, wonach es die Vorinstanz versäumt habe, die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen, obwohl der Beschuldigte hinsichtlich der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes freigesprochen worden sei, ist unbegründet (Urk. 100 N 39). Die Kostenauflegung für die Untersuchung und das erstinstanzliche Verfahren richtet sich nicht nach Obsiegen oder Unterliegen, sondern nach dem Verschuldensprinzip und dem generierten Aufwand (vgl. Art. 426 StPO). Die beschuldigte Person trägt demnach die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird und zwischen dem strafbaren Verhalten sowie den dadurch verursachten Kosten ein Kausalzusammenhang besteht (SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar StPO, 3. Aufl. 2017, Art. 426 N 1). Eine anteilmässige Kostenauflegung bei einem Teilfreispruch kommt nicht in Betracht, wenn die einzelnen Tatvorwürfe – wie vorliegend – in einem engen und direkten Zusammenhang stehen. Da der Schuldspruch hinsichtlich des unerlaubten Besitzes von Marihuana gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG bestätigt wird, zeitigt der Teilfreispruch hinsichtlich des Konsums keine Auswirkungen auf die Kostenfolgen. Die erstinstanzliche Kostenaufgabe (Ziff. 10 und 11) ist zu bestätigen.

#### E. 1.2

Die Verteidigung stellte anlässlich der Berufungsverhandlung den Antrag, die Kosten der als erbetener Verteidiger erbrachten Leistungen vom 3. März 2018 bis 26. April 2019 gemäss Honorarnote vom 27. Mai 2019 seien ebenfalls von der Staatskasse zu tragen (Urk. 100 N 36 f.; Urk. 102). Wie bereits im Rahmen der prozessualen Fragen erörtert, geht die Verteidigung in ihrer Annahme fehl, dass sie von Anfang an als amtlicher Verteidiger hätte bestellt werden respektive die amtliche Verteidigung nach der Haftentlassung ohne Weiteres durch ihre Person hätte fortgeführt werden müssen (vgl. vorstehend E. III.1.). Dem mit selbiger Begründung gestellten Antrag auf Entschädigung der vorgenannten Aufwendungen

- 33 - ist bereits deshalb der Boden entzogen. Auch kann die aufgeworfene Frage, ob die vormalige amtliche Verteidigung für die Zeit ihrer Bestellung ihre Pflichten genügend wahrgenommen habe, entgegen der Ansicht des Verteidigers nicht Grundlage für einen nunmehr geltend gemachten Entschädigungsanspruch für Aufwendungen im Rahmen der

erbetenen Verteidigung sein, welche allesamt nach der Haftentlassung des Beschuldigten und in einem Zeitpunkt anfielen, in welchem über die Frage der amtlichen Verteidigung bereits entschieden worden war. Nachdem der Beschuldigte verurteilt wird und die Verfahrenskosten tragen muss, steht einer Entschädigung für die Kosten der erbetenen Verteidigung schliesslich Art. 429 StPO entgegen. 2. Berufungsverfahren

### **E. 1.2.1**

Der Beschuldigte verweigerte zunächst seine Aussage auch zu diesem Thema und machte in der Untersuchung hernach geltend, das sichergestellte Marihuana sei bloss für den Eigenkonsum und nicht für die Weitergabe an Dritte bestimmt gewesen (Urk. 2; Urk. 3; Urk. 9/5; Urk. 18/3 S. 4). Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, der Beschuldigte habe diese Behauptung in keiner Weise plausibel dargelegt respektive keine weiterführenden Aussagen dazu gemacht, und sämtliche Indizien sprächen gegen den geltend gemachten Eigenkonsum. So seien die Betäubungsmittel portioniert gewesen und es seien im Rahmen der Hausdurchsuchung weitere, notorisch häufig für den Betäubungsmittelhandel verwendete Utensilien aufgefunden worden. Diesbezüglich kann zwecks Vermeidung von Wiederholungen vorab auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 69 S. 9-11; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die Verteidigung wendet dagegen ein, dem Grundsatz "in dubio pro reo" folgend sei davon auszugehen, der Beschuldigte habe das Marihuana für den Eigenbedarf beschafft. Die Vorinstanz übersehe, dass nicht der Beschuldigte seine Unschuld zu beweisen habe, sondern der Nachweis der Schuld dem Staat obliege (Urk. 100 N 9 f.).

- 20 -

### **E. 1.2.2**

Gemäss dem Grundsatz "in dubio pro reo" gilt jede Person bis zu ihrer rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig (Art. 10 Abs. 1 StPO). Als Beweislastregel bedeutet dieser Grundsatz, dass es Sache der Anklagebehörde ist, die Schuld des Beschuldigten zu beweisen (SCHMID/JOSITSCH, Handbuch StPO, 3. Auflage 2017, N 216 f.). Wenn allerdings ein Beschuldigter eine ihn entlastende Behauptung aufstellt, ohne dass er diese wenigstens in einem Mindestmass glaubhaft machen kann, findet der Grundsatz "in dubio pro reo" keine Anwendung. Es tritt nämlich insoweit eine Beweislastumkehr ein, als nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung von der Anklagebehörde durch hieb- und stichfesten Beweis widerlegt werden muss. Ein solcher Beweis ist nur dann zu verlangen, wenn gewisse Anhaltspunkte wie konkrete Indizien oder eine natürliche Vermutung für die Richtigkeit der Behauptung sprechen bzw. diese zu Zweifeln an der Anklageversion Anlass gibt, oder wenn der Beschuldigte sie sonst wie glaubhaft macht (BSK StPO I-TOPHINKE, Art. 10 N 21; STEFAN TRECHSEL, SJZ 77 [1981] S. 320; SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N 220 m.H.). Andernfalls könnte jede Anklage mit einer abstrusen Schutzbehauptung zu Fall gebracht werden. Gleich ist die Rechtsprechung auch im Fall, wenn sich der Beschuldigte weigert, zu seiner Entlastung erforderliche Angaben zu machen, obschon eine Erklärung angesichts der belastenden Beweiselemente vernünftigerweise erwartet werden dürfte. Dann findet der Grundsatz, wonach eine (punktuelle) Aussageverweigerung nicht von vornherein als belastendes Indiz angerechnet werden darf, seine Grenze und das Gericht darf diesen Umstand in die Beweiswürdigung einbeziehen (Urteile 6B\_1009/2017 vom 26. April 2018 E. 1.4.2. und 6B\_453/2011 vom 20. Dezember 2011 E. 1.6 m.H.).

### **E. 1.2.3**

Mit der Vorinstanz ist zunächst festzuhalten, dass sich der Beschuldigte bis vor der heutigen Berufungsverhandlung im Wesentlichen damit begnügte, pauschal vorzubringen, das Marihuana sei für den Eigenkonsum bestimmt gewesen (Urk. 69 S. 10 f.). Darüber hinaus verweigerte er weitestgehend Angaben zu seinem Konsumverhalten sowie dem Erwerb des Marihuanas und führte zu den weiteren Sicherstellungen aus, es handle sich dabei um keine Gegenstände, die er nicht zu Hause haben dürfte (Urk. 18/2 F/A 6 ff.). Nun steht es einem Beschul-

- 21 - digten völlig frei, inwiefern er sich zur Sache äussert, und zwar sowohl hinsichtlich potentiell be- als auch entlastender Tatsachen. Jedoch sind die sichergestellten Gegenstände für den Betäubungsmittelhandel typische Utensilien, deren Notwendigkeit bei Eigengebrauch nicht oder wenig gegeben ist. Und die aufgefundene Gesamtmenge – portionenweise abgepackt – erweist sich entgegen der Verteidigung ebenfalls nicht als unverdächtig (Urk. 100 N 10). Bei dieser Ausgangslage bestehen derart starke Indizien dafür, dass der Beschuldigte das sichergestellte Marihuana wenigstens teilweise weiterzugeben plante, dass sich diese Belastungsmomente nicht mit der blossen Behauptung des Eigenbedarfs entkräften lassen und eine plausible Erklärung des Beschuldigten zu diesen Gesamtumständen hätte erwartet werden können.

### **E. 1.2.4**

Solche Erklärungen lieferte der Beschuldigte nun erstmals und ausführlich an der heutigen Berufungsverhandlung, mithin mehr als zwei Jahre nachdem die Betäubungsmittel bei ihm aufgefunden worden sind. Der Beschuldigte vertrat seinen Standpunkt dabei sehr bestimmt und führte sinngemäss und im Wesentlichen aus, er habe ca. im Jahr 2013, als er viel geraucht habe, bei einer günstigen Gelegenheit rund 3 Kilogramm Marihuana gekauft und damals auch davon konsumiert. Im Jahr 2014 habe er damit aufgehört und bis ins Jahr 2017 nicht mehr (regelmässig) geraucht. Dennoch habe er das Marihuana weiter bei sich aufbewahrt. Dann sei es zu einer ungerechtfertigten Verurteilung wegen Führens eines Motorfahrzeuges ohne Ausweis gekommen, kurz bevor er seinen Führerausweis wieder zurück hätte erlangen können. Er sei deshalb in ein Loch gefallen und habe wieder damit angefangen, Gras zu rauchen (Urk. 99 S. 7 ff.). Ende 2017 habe er mit dem Konsum abermals aufgehört. Das aufgefundene Marihuana sei der Restbestand der im Jahr 2013 gekauften Menge (Urk. 99 S. 10). Es habe eine Phase gegeben, in welcher er sehr stark geraucht habe, vielleicht bis zu 10 oder 15 Joints pro Tag (Urk. 99 S. 10 f.). Auf die Frage, weshalb er die Betäubungsmittel weiterhin bei sich aufbewahrte, obwohl er mit dem Rauchen aufgehört gehabt habe, erwiderte der Beschuldigte: "Damit ich etwas zu Rauchen habe. Ich rauchte ja früher." Und weiter: "Ich sagte nicht, dass ich nie mehr etwas konsumieren werde (Urk. 99 S. 11).

- 22 -

### **E. 1.2.5**

Diese Darstellung des Beschuldigten liesse sich zwar in ein Gesamtbild der sachverhaltlichen Umstände einfügen, welches grundsätzlich als denkbar und plausibel erscheint. Den heutigen Ausführungen des Beschuldigten ist jedoch mit grossen Vorbehalten zu begegnen. Dies zunächst in genereller Weise deshalb, weil er – wie gesehen – erst nach über zwei Jahren seit dem streitgegenständlichen Vorfall erstmals Erklärungen deponierte und diese so problemlos dem Untersuchungsergebnis anpassen konnte. Es ist

denn auch kein Grund dafür ersichtlich, weshalb der Beschuldigte die heutigen Aussagen – wenn sie denn zu- treffen würden – nicht schon früher in der Untersuchung hätte tätigen können, und er erklärte dies auch nicht. Soweit der Beschuldigte nunmehr Ausführungen zur Sache macht, erscheinen diese bei genauerer Prüfung nicht nur als dem Beweis- ergebnis angepasst, sondern auch als widersprüchlich und in mancher Hinsicht nicht plausibel. So führte der Beschuldigte beispielsweise heute erstmals aus, die sichergestellte Barschaft stamme aus einem Kredit, welchen er aufgenommen habe, um wieder im Autogewerbe arbeiten zu können (Urk. 99 S. 2). Demgegen- über hatte der Beschuldigte während der Untersuchung keine Aussage zur Herkunft der Barschaft gemacht respektive erklärt, das Geld stamme aus der Füh- rung seines Etablissements (Urk. 3 F/A 15 f.; Urk. 18/2 F/A 24 ff.; Urk. 99 S. 2). Auch hinsichtlich der Frage, weshalb er das Marihuana portioniert habe, fallen die Aussagen des Beschuldigten widersprüchlich aus. Während sowohl die Verteidi- gung als auch der Beschuldigte anlässlich der heutigen Verhandlung sinngemäss vorbrachten, die Portionierung sei im Hinblick auf die Lagerung und einer damit einhergehenden Verbesserung der Haltbarkeit erfolgt (Urk. 99 S. 17; Urk. 100 N 11), führte der Beschuldigte zu Beginn der Untersuchung noch an, er habe das Gras vakuumiert, damit nicht die ganze Wohnung danach stinke (Urk. 9/5 S. 4). Hierbei bleibt zudem insbesondere die Frage unbeantwortet, weshalb der Be- schuldigte zwei Kilogramm Marihuana über eine Zeitdauer von mehreren Jahren hätte zu Hause aufbewahren sollen, obwohl er zwischenzeitlich für rund drei Jah- re mit dem Konsum aufgehört hatte. Es ergäbe jedenfalls wenig Sinn, eine solch erhebliche Menge sich einzig für den Fall bereit zu halten, dass man allenfalls irgendwann wieder einmal etwas davon rauchen könnte. Dass der Beschuldigte die aufgefundene Waage sodann nur für "normale Sachen" respektive für das

- 23 - Abwägen des Futters seines Hundes gebraucht haben will, da der Hund eine Nei- gung zu Übergewicht gezeigt habe, erscheint bereits deshalb als widersprüchlich, weil die Waage im Keller und nicht in den Wohnräumlichkeiten sichergestellt wur- de (Urk. 9/5 S. 3; Urk. 99 S. 17; Urk. 4/2). Und nachdem der Beschuldigte bei der Frage nach dem Zweck der Aktivkohlefilter in der Untersuchung salopp die Ge- genfrage formulierte, ob es denn verboten sei, solche Filter zu besitzen, stellt er sich nunmehr auf den Standpunkt, er habe diese über Jahre hinweg im Keller ge- lagert. Es sei "uralters Zeugs", mit welchem er einmal etwas probiert habe. Dafür sei er auch verurteilt worden (Urk. 3 F/A 24; Urk. 99 S. 17). Bekannt ist einzig die Verurteilung aus dem Jahr 2011 wegen des Betriebs einer Marihuana- Indooranlage (Urk. 98; vgl. Beizugsakten STA Winterthur/Unterland 2011/4021). Sämtliche Bestandteile der im damaligen Verfahren beschlagnahmten Anlage, insbesondere die Aktivkohlefilter, wurden gemäss Verfügung vom 7. Juli 2011 vernichtet (vgl. Urk. ND1/4/1-7 in Beizugsakten GG110019-D). All die von ihm nun heute vorgebrachten entlastenden Momente vermag der Beschuldigte im Er- gebnis nicht ansatzweise zu plausibilisieren. Nur nebenbei ist zu bemerken, dass auch in den Vorakten des Beschuldigten nichts zu finden ist, was auf einen starken Eigenkonsum hinweisen würde. Vielmehr verneinte der Beschuldigte im Zusammenhang mit dem Vorwurf des Betriebs einer Hanfplantage im Jahr 2011 noch ausdrücklich, selber Cannabis- produkte zu konsumieren, erklärte aber, er hätte einen Teil der Ernte verkaufen wollen (Urk. HD/4 und ND1/2 in Beizugsakten GG110019-D).

#### **E. 1.2.6**

Vor diesem Hintergrund überzeugen die offenkundig nachgeschobenen Aussagen des Beschuldigten nicht und vermögen die starken Indizien, welche auf eine geplante Weitergabe der bei ihm sichergestellten Betäubungsmittel hinweisen, insgesamt nicht zu entkräften. Bereits die sichergestellte Menge spricht deutlich gegen einen reinen Eigenkonsum. Gestützt wird diese Annahme – wie bereits die Vorinstanz darlegte – sodann durch die aufgefundene Waage, das Vakuumiergerät und den Beutel mit 791 Gramm Pulver unbekannter chemischer Zusammensetzung sowie die zwei Aktivkohlefilter, welche Gegenstände für den Betäubungsmittelhandel typische Utensilien darstellen. Im Lichte der dargelegten

- 24 - Grundsätze der Beweiswürdigung und angesichts der erdrückenden Beweislage muss davon ausgegangen werden, dass die portionierte Menge von über 2 Kilogramm Marihuana nicht allein für den Eigenbedarf des Beschuldigten, sondern für die Weitergabe bestimmt war. Der Sachverhalt ist mit der Vorinstanz anklagegemäss erstellt. 2. Hinderung einer Amtshandlung

### **E. 1.3**

Vor diesem Hintergrund und der andauernden Haft des Beschuldigten erwog bereits die III. Strafkammer im Beschluss vom 26. März 2018, es stehe nicht zur Diskussion, dass die Voraussetzungen der Bestellung von Rechtsanwalt X2. \_\_\_\_\_ gegeben waren. Insbesondere seien keine Hinweise ersichtlich, wo- nach im Zeitpunkt der aufgrund der Haftdauer notwendigen Einsetzung einer Verteidigung diesbezüglich ein anderweitiger Vorschlag des Beschuldigten, welcher nicht berücksichtigt worden wäre, bekannt gewesen war oder bekannt hätte sein müssen (vgl. Urk. 23/7 S. 8 f.). Die diesbezügliche Beschwerde des Beschuldigten wurde deshalb abgewiesen, soweit darauf einzutreten war. Diese Erwägungen im Beschluss vom 26. März 2018 haben nach wie vor Gültigkeit. Damit wurde diese Frage rechtskräftig entschieden (Urk. 23/7). Es bleibt lediglich anzumerken, dass die Sache hernach an die Oberstaatsanwaltschaft zwecks Prüfung der Notwendigkeit einer amtlichen Verteidigung aufgrund einer anderen Bestimmung als Art. 130 lit. a StPO und allenfalls Einsetzung einer solchen in der Person von Rechtsanwalt X1. \_\_\_\_\_ überwiesen wurde (Urk. 23/7 S. 9 f.). Der Staatsanwalt für amtliche Mandate verneinte jedoch die Voraussetzungen für die Bestellung einer amtlichen Verteidigung für die Zeit nach der Haftentlassung und wies das Gesuch des Beschuldigten ab (Urk. 24/4). Dieser Entscheid blieb unangefochten.

- 8 -

### **E. 1.4**

Wenn die Verteidigung heute eine fehlende amtliche Verteidigung nach der Haftentlassung bemängelt, gehen diese Vorbringen deshalb an der Sache vorbei. Mit der Entlassung aus der Haft war das Mandat von Rechtsanwalt X2. \_\_\_\_\_ automatisch beendet (vgl. Urk. 8/2). Damit fiel aber auch der Grund für eine notwendige Verteidigung dahin. Folglich wäre nur dann von einer zwangsläufigen Fortdauer einer amtlichen Verteidigung auszugehen gewesen, wenn hierfür ein anderer Grund, welcher eine notwendige Verteidigung begründet hätte, vorliegen wäre. Darauf wurde der Verteidiger bereits im genannten Beschluss der III. Strafkammer hingewiesen (Urk. 23/7 S. 9). Das Bestehen der Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung nach der Haftentlassung wird seitens des Beschuldigten jedoch nicht einmal behauptet (Urk. 100 N 36). An dieser Einschätzung ändert sodann nichts, dass die Vorinstanz dem jetzigen Rechtsbeistand mit Verfügung vom 30. April 2019 – wie

in solchen Fällen üblich auf entsprechendes Gesuch hin – die Einsetzung als amtlicher Verteidiger aufgrund der aktuellen Umstände bewilligte (Urk. 45; Urk. 100 N 36).

### **E. 1.5**

Soweit der jetzige amtliche Verteidiger die Vorgehensweise seines Vorgängers bemängelt, so lässt er unerwähnt, dass sich der Beschuldigte anlässlich eines Besuchs des vormaligen Verteidigers weigerte, die Zelle zu verlassen (Urk. 8/11). Es kann somit nicht davon gesprochen werden, der Beschuldigte sei ohne sein Zutun während der Haft nur unzureichend verteidigt gewesen. Immerhin unterzeichnete er auch die Vollmacht an den aktuellen Verteidiger am 22. Februar 2018 und damit während andauernder Untersuchungshaft (Urk. 24/1).

### **E. 1.6**

Die Einwände der Verteidigung erweisen sich insgesamt als unbegründet. Umstände, welche zur generellen Unverwertbarkeit aller nach dem 18. Januar 2018 erhobenen Beweismittel führen würden – wie dies nun pauschal vorgebracht wird – sind nach dem Gesagten nicht ersichtlich.

- 9 - 2. Gültigkeit der Durchsuchungen vom 8. Januar 2018

### **E. 2**

September 2019 zugestellt (Urk. 68/2). Die Berufungserklärung ging innert der

- 5 - 20-tägigen Frist von Art. 399 Abs. 3 StPO hierorts am 24. September 2019 ein (Poststempel: 23. September 2019; Urk. 72).

#### **E. 2.1**

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen.

#### **E. 2.2**

Der Beschuldigte liess einen vollumfänglichen Freispruch beantragen. Er unterliegt somit mit seiner Berufung, wobei im Verhältnis zur gesamten Streit-sache die Herabsetzung des Tagessatzes auf Fr. 10.– nicht ins Gewicht fällt. Die Kosten für das Berufungsverfahren sind dem Beschuldigten demnach ausgangs- gemäss ebenfalls aufzuerlegen (Art. 428 Abs. 1 StPO; Art. 428 Abs. 2 lit. b StPO). Ausgenommen davon sind die Kosten der amtlichen Verteidigung, welche unter dem Vorbehalt einer Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind.

#### **E. 2.3**

Der amtliche Verteidiger fordert gemäss Honorarnote vom 22. Mai 2020 eine Entschädigung für Zeitaufwand und Barauslagen von gesamthaft Fr. 4'793.55 ohne Mehrwertsteuer (Urk. 101). Gegenüber der Annahme des Verteidigers fiel ein leicht höherer Zeitaufwand für die Berufungsverhandlung im Umfang von 30 Minuten an, welcher zusätzlich zu vergüten ist (vgl. Urk. 101 S. 2; Prot. II S. 4 ff.). Jedoch macht die Verteidigung im Berufungsverfahren auch erneut Barauslagen von Fr. 485.– für 970 Fotokopien geltend, obwohl ihr bereits vor Vorinstanz 1'085 Kopien entschädigt wurden (Urk. 58/2). Die Akten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens umfassen aufgerundet ca. 500 Seiten. Selbst unter Berücksichtigung der Beizugsakten (2 Dossiers), welche

- 34 - insgesamt einen geringeren Umfang als die Hauptakten des vorliegenden Verfahrens aufweisen, ist nicht ersichtlich, weshalb im Berufungsverfahren erneut derart viele Kopien notwendig gewesen sein sollen. Die erneut geltend gemachten Auslagen für Fotokopien sind deshalb nicht zu vergüten. Es erscheint daher insgesamt als angemessen, Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ pauschal mit Fr. 5'000.- (inkl. Barauslagen und MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, Einzelgericht, vom 28. Mai 2019 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist: "Es wird erkannt:

### **E. 2.3.1**

Gemäss Rapport erweckte das aufgeregte und hastige Verstauen eines Abfallsackes in einen bereits übervollen Koffer durch den Beschuldigten das Misstrauen des Polizeibeamten. Ob es weitere Indizien gab, beispielsweise einen einschlägigen Geruch, oder ob dem Polizeibeamten die einschlägige Vorstrafe des Beschuldigten wegen Betäubungsmittelhandel bekannt war, ist nicht aktenkundig. Darauf hat auch die Verteidigung hingewiesen (Urk. 100 N 7). Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, bedeutet dies jedoch nicht, dass es an einem sachlichen Grund für die Kontrolle des Abfallsackes fehlte (Urk. 100 N 7).

### **E. 2.3.2**

Bei der Durchsuchung des Abfallsackes, den der Beschuldigte unter den Augen der Polizei in seinem offenen Koffer verstaute, handelte es sich entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 57 S. 22; Urk. 100 N 4 ff.) nicht um eine Hausdurchsuchung im Sinne von Art. 244 ff. StPO, sondern vielmehr um eine Durchsuchung im Sinne von Art. 249 StPO (Marginalie: Durchsuchung von Personen und Gegenständen). Eine Durchsuchung von Wohnungen und Räumen gemäss Wortlaut von Art. 244 StPO beinhaltet demgegenüber definitionsgemäss ein gewisses systematisches Vorgehen mit dem Betreten eines abgeschlossenen Raumes, was bei der Durchsuchung von Gegenständen nicht der Fall ist. Dabei ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass sich die Polizisten nicht zwecks Untersuchung eines Behältnisses oder von Räumen in der Wohnung des Beschuldigten befanden, sondern wegen der Ausweisung, zu welcher der Stadtammann polizeiliche Hilfe in Anspruch nehmen kann (§ 147 Abs. 2 GOG). Insofern spielt es bei der Qualifikation als Durchsuchung eines Gegenstandes auch keine Rolle, dass die Untersuchung des Abfallsackes in der Wohnung des Beschuldigten stattfand und beim Betreten der Wohnung durch die Polizisten hierfür (noch) kein Tatverdacht im strafprozessualen Sinne vorlag (Urk. 100 N 5). Ein solcher musste erst aufgrund des seitens der Polizei registrierten Verhaltens des Beschuldigten gegeben sein.

- 11 -

### **E. 2.4**

Einen ganz anderen Eindruck erwecken demgegenüber die Aussagen der beiden Polizeibeamten, denn sie sind lebensnah und völlig kohärent mit der mutmasslichen Stimmungslage des Beschuldigten. Polizist C.\_\_\_\_\_ sagte als Zeuge aus, sie seien in die D.\_\_\_\_\_strasse hineingefahren, als ihnen ein Herr mit einem Hund entgegengekommen sei und sie beschimpft habe (Urk. 18/4 S. 3). Als er ihm habe erklären wollen, was sie hier machten, habe dieser geflucht und sei weitergegangen. Dann hätten sie – die beiden Polizeibeamten – einen Fahrzeuglenker auf der Strasse kontrolliert und kurze Zeit später sei der Beschuldigte wieder aufgetaucht, dieses Mal ohne Hund. Er habe dann die laufende

Kontrolle massiv gestört und sei ihrem Ersuchen, die Örtlichkeit zu verlassen, nicht nachgekommen. Er habe den Streifenwagen fotografiert, herumgeschrien und gefragt, wer den Wagen gefahren habe. Sie hätten ihn erneut erfolglos weggewiesen. Darauf hätten sie entschieden, seine Personalien zu kontrollieren, was sie ihm eröffnet hätten. Deswegen sei der Beschuldigte sehr wütend und aggressiv geworden und sei weggelaufen. Auf die Rufe "Stopp Polizei" habe er nicht reagiert, sondern sei weggelaufen, worauf sie ihn in den Escortgriff genommen hätten (Urk. 18/4 S. 4).

#### **E. 2.4.1**

Art. 197 StPO verlangt für Zwangsmassnahmen, worunter auch die Durchsuchung eines Gegenstandes im Sinne von Art. 249 StPO fällt, einen hinreichenden Tatverdacht. Eine Legaldefinition dieses Begriffes fehlt im Gesetz, obwohl ihm im Strafprozess eine wichtige Bedeutung zukommt. Die Botschaft zur Strafprozessordnung trägt weiter zur Unklarheit des Begriffes bei, indem sie verschiedentlich von "genügendem Tatverdacht", von "besonders schwerem Tatverdacht", von "konkretem Tatverdacht" oder von "gewöhnlichem Tatverdacht" spricht, ohne diese qualitativen Bewertungen voneinander abzugrenzen (PHILIP KARNUSIAN, Der Tatverdacht und seine Quellen, Luzern 2015, S. 3). Etabliert haben sich vor allem die Begriffe "Anfangsverdacht", "hinreichender Tatverdacht" und "dringender Tatverdacht". An einem einheitlichen Verständnis des Begriffes fehlt es jedoch nach wie vor in Lehre und Rechtsprechung. Zu begrüssen ist die Definition von Walder, wonach sich der Tatverdacht "aus bestimmten Tatsachen [ergibt], welche zusammen mit kriminalistischen, kriminologischen oder anderen allgemeinen Erkenntnissen und im Hinblick auf einen gesetzlichen Straftatbestand den Wahrscheinlichkeitsschluss erlauben, es sei eine strafbare Handlung verübt worden" (HANS WALDER, Strafverfolgungspflicht und Anfangsverdacht, recht 8/1990, S. 3). Nach dieser Definition muss sich ein Tatverdacht zwar zwingend auf einen objektiven Anhaltspunkt abstützen, dieser ist aber auch in Kombination mit der kriminalistischen Erfahrung zu bewerten. Im vorliegenden Fall war dieser objektive Anhaltspunkt gegeben. Der Polizeibeamte deutete aufgrund seiner Erfahrung das Verhalten des Beschuldigten, der in sichtlich nervöser Weise einen Abfallsack in einen bereits vollen Koffer verstauen wollte, als Versuch, etwas vor seinen Blicken zu verbergen. Dieses auffällige Handeln des Beschuldigten war Anlass für den Polizeibeamten, einen Blick in den Abfallsack zu werfen, und nicht etwa bloss Neugierde oder Schikane.

#### **E. 2.4.2**

Letztlich geht es bei der Problematik des Tatverdachts im Kern häufig mehr um die Frage der Intensität des Tatverdachts. Versuche, diese Intensität mit der Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung zu definieren, erscheinen auf den ersten Blick zwar bestechend, scheitern aber am Umstand, dass für die Zulässigkeit

- 12 - einer Zwangsmassnahme bei gleichen tatsächlichen Voraussetzungen stets gleiche Kriterien im Zeitpunkt der Anordnung der Zwangsmassnahme gelten müssen (CORNELIA HÜRLIMANN, Die Eröffnung einer Strafuntersuchung im ordentlichen Verfahren gegen Erwachsene im Kanton Zürich, Diss. Zürich 2006, S. 102). Deshalb kann eine rein retrospektive, resultatorientierte Beurteilung nach dem Motto, "das Resultat heiligt alle Mittel", nicht befürwortet werden. Massgebendes Kriterium kann nur die Verhältnismässigkeit sein, eine Leitlinie, die in der gesamten Strafprozessordnung für staatliches Handeln grundsätzliche Geltung beansprucht.

## **E. 2.5**

Zum gesamten Vorfall ist zu bemerken, dass sich kein vernünftiger, durchschnittlicher Mensch so intensiv wie der Beschuldigte in eine derartige Bagatelle involviert hätte, nämlich dass ein Polizeiauto eine Einbahnstrasse in der verkehrten Richtung befährt. Der Beschuldigte kehrte sogar einige Minuten später zum "Tatort" zurück (Urk. 99 S. 12 ff.). Ein solches Verhalten ist nur vor dem Hintergrund einer heftigen Gemütsregung infolge massiver Aversion gegenüber der Polizei erklärbar. Die Version des Beschuldigten, der sich als völlig unaufgeregt mit der Polizei kooperierender und um die Einhaltung der Verkehrsregeln besorgter Bürger darstellt, welcher von den Polizisten "niedergeknüppelt" worden sei, weil diese das Befahren der Einbahnstrasse zu vertuschen versucht hätten, ist unglaublich (Urk. 99 S. 13). Hier überzeugt einzig die Version der beiden Polizeibeamten, wonach die Stimmung aufgeheizt gewesen sei (Urk. 18/6 S. 3). Auch die Polizeibeamtin E.\_\_\_\_\_ gab als Zeugin eine sehr ausführliche, detaillierte und in sich stimmige Sachdarstellung zu Protokoll, welche kaum vereinbar mit der Hypothese wäre, dass die Beamten einen unbegründeten Übergriff auf einen unbescholtenen Bürger hätten tarnen wollen (Urk. 18/6 S. 3-7). Sie schilderte insbe-

- 27 - sondere sehr realitätsnah, wie sich der Beschuldigte zwischen sie und die Person, welche sie kontrolliert hätten, gestellt und mit den Händen herumgefuchelt habe (Urk. 18/6 S. 4).

### **E. 2.5.1**

Die Verhältnismässigkeit gilt zunächst im Hinblick auf den Eingriff. Je massiver die betreffende Zwangsmassnahme in die Privat- und Intimsphäre der betroffenen Person eingreift, desto höhere Anforderungen sind an die Intensität des Tatverdachts zu stellen. Weiter gilt die Verhältnismässigkeit auch hinsichtlich der Schwere der vermuteten Straftat. Bei Verdacht eines schweren Verbrechens kann ein vager Tatverdacht ausreichen, der bei Ermittlungen in Richtung einer geringfügigen Straftat als nicht genügend zu taxieren ist. Und schliesslich ist die Verhältnismässigkeit auch aus einem zeitlichen Blickwinkel zu beurteilen: Jeder noch so schwere Tatverdacht lässt sich nach Ablauf einer gewissen Untersuchungsdauer nicht mehr aufrecht erhalten, wenn er sich nicht erhärten lässt. Umgekehrt kann ganz zu Beginn ein noch recht vager Tatverdacht einstweilen ausreichen, um eine nicht schwerwiegende Zwangsmassnahme zu rechtfertigen.

### **E. 2.5.2**

Hält man sich diese Grundsätze vor Augen, war die Durchsuchung des Abfallsackes durch die Polizei verhältnismässig und somit zulässig. Wie bereits ausgeführt, handelte es sich bei der Sichtung des Abfallsackes nicht um eine Hausdurchsuchung, sondern lediglich um die Durchsuchung eines Gegenstandes, was bei der Verhältnismässigkeitsprüfung in Bezug auf den Tatverdacht zu berücksichtigen ist. Diese Massnahme griff nur in ganz marginaler Weise in die Privatsphäre des Beschuldigten ein beziehungsweise stellte den geringstmöglichen Eingriff überhaupt dar. Deshalb war im Verhältnis auch nur ein bloss vager Anfangstatverdacht ausreichend. Hätte der Polizeibeamte den Abfallsack zudem

- 13 - nicht sofort kontrolliert und sichergestellt, wäre ein unverzichtbares Beweismittel beiseite geschafft worden. Auch die Dringlichkeit war gegeben.

## **E. 2.6**

Es kann insgesamt vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 69 S. 13 ff.). Der Anklagesachverhalt ist auch in diesem Punkt ohne jegliche vernünftigen Zweifel erstellt.

## **E. 2.7**

Nicht zu folgen ist der Verteidigung, wenn sie geltend macht, die Kontrolle des Beschuldigten sei ohne sachlichen Grund und damit illegal erfolgt (Urk. 100 N 24 ff.). Die Gründe von Polizeikontrollen können sowohl sicherheitspolizeilicher Natur (zur Gefahrenabwehr) als auch strafprozessualer Natur sein (Aufklärung einer Straftat), wobei die Übergänge in der Praxis fliessend sind (BSK StPO- ALBERTINI/ARMBRUSTER Art. 215 N 5). Die für die Kontrolle notwendigen gesetzlichen Grundlagen finden sich in Art. 215 StPO sowie in § 21 Abs. 1 PolG ZH. Beide Bestimmungen setzen generell voraus, dass die polizeiliche Kontrolle auf gewissen minimalen objektiven Gründen basiert (s.a. zum Ganzen: Urteil 6B\_1174/2017 vom 7. März 2018, E. 4.5 ff. m.H.). Die Kontrolle darf mit anderen Worten nicht schikanös oder gänzlich grundlos erfolgen. Vorliegend störte der Beschuldigte die Kontrolle einer Drittperson gemäss glaubhaften Aussagen der beteiligten Polizisten massiv, beschimpfte diese und verliess die Örtlichkeit trotz Aufforderung nicht. Damit widersetzte sich der Beschuldigte nicht nur den polizeilichen Anordnungen (s.a. Art. 4 der allgemeinen Polizeiverordnung der Stadt Zürich), er gab auch zur Feststellung seiner Identität unmittelbar Anlass. Die deshalb gegen ihn eingeleitete Personenkontrolle war aufgrund des Verhaltens des Beschuldigten recht- und verhältnismässig. Dabei ist nicht relevant, dass die vorgängige Kontrolle der ansonsten nicht weiter beteiligten Drittperson nicht in der Anklage erwähnt wird (Prot. II S. 7). Das dem Beschuldigten vorgeworfene strafrechtlich relevante Verhalten gründete gerade nicht in der Störung der Kontrolle der Drittperson, sondern im Verhalten anlässlich der gegen ihn selbst gerichteten Personenkontrolle. Dies wird im Sachverhalt genügend klar umschrieben (Urk. 31 S. 3).

- 28 - V. Rechtliche Würdigung 1. Der Besitz von rund 2.1 kg Marihuana zwecks Weitergabe an Dritte ist unter den Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG zu subsumieren. Der Umstand, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Beschuldigte von dieser Menge einen Teil selbst konsumierte, schliesst dies nicht aus. 2. Wer sich einer polizeilichen Kontrolle und der anschliessenden körperlichen Rückhaltmassnahmen der Polizei widersetzt und versucht, trotz entgegenstehender Aufforderung weg zu laufen, hindert eine Amtshandlung im Sinne von Art. 286 StGB. Da bereits die Erschwerung der Amtshandlung tatbestandsmässig ist, spielt es für die Vollendung des Deliktes keine Rolle, dass es den Polizisten letztlich gelang, den Beschuldigten auf die Polizeiwache zu verbringen (BSK StGB II-HEIMGARTNER, Art. 286 N 5). Wie bereits dargelegt, lag keine rechtswidrige Amtshandlung vor, und selbst wenn der Beschuldigte die Kontrolle aus seiner Sicht als unverhältnismässig erachtete, stellte dies keine Rechtfertigung seines Verhaltens dar (OFK StGB-ISENRING, 20. Auflage, Zürich 2018, Art. 286 N 5 und 8a). 3. Die rechtliche Würdigung der Vorinstanz ist damit zutreffend, und auch die Verteidigung machte dagegen – eventualiter – keine Einwendungen (Urk. 100). Der Beschuldigte ist daher des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG sowie der Hinderung einer Amtshandlung im Sinne von Art. 286 StGB schuldig zu sprechen. VI. Strafzumessung 1. Tatverschulden

### **E. 2.7.1**

Gemäss Art. 241 Abs. 3 StPO ist bei eigenmächtigen polizeilichen Durchsuchungen infolge Gefahrenverzug unverzüglich die zuständige Strafbehörde über die vorgenommene Massnahme zu informieren. Im vorliegenden Fall ist dies auch unbestritten geschehen. Der Polizeirapport, worin das Vorgehen der Durchsuchungen geschildert wird, wurde der Staatsanwaltschaft zugestellt (Urk. 1 und Urk. 17, letzte Seite). Die Staatsanwaltschaft stellte am Folgetag einen Antrag auf Anordnung der Untersuchungshaft, in welchem sie die erfolgten Sicherstellungen explizit erwähnte und ausdrücklich auf die Durchsuchungsmassnahmen der

- 14 - Polizei vom Vortag Bezug nahm (Urk. 9/3). Mit dem 21. Februar 2019 datiert die Beschlagnahmeverfügung (Urk. 21).

### **E. 2.7.2**

Strittig ist vorliegend, ob es bei eigenmächtigen polizeilichen Durchsuchungsmassnahmen bei Gefahrenverzug gestützt auf Art. 241 Abs. 3 StPO eine nachträgliche formelle Bestätigungsverfügung der Staatsanwaltschaft braucht, oder ob eine bloss Information der Staatsanwaltschaft durch die Polizei genügt. Die Auffassung der Notwendigkeit einer nachträglichen schriftlichen Bestätigung kann sich zumindest auf Art. 241 Abs. 1 StPO abstützen. Dort wird erwähnt, dass bei mündlichen Anordnungen von Durchsuchungsmassnahmen durch die Staatsanwaltschaft hernach eine schriftliche Bestätigung zu erfolgen habe. Zwar sprechen sich einige Autoren auch bei eigenmächtigen polizeilichen Durchsuchungen für eine nachträgliche schriftliche Bestätigung aus, und zwar mit dem nachvollziehbaren Argument, dass schlecht einzusehen sei, weshalb bei eigenmächtigen polizeilichen Durchsuchungen bei Gefahrenverzug geringere Anforderungen nötig seien als bei einer mündlichen Anordnung durch die Staatsanwaltschaft (z.B. BSK StPO II-GFELLER, Art. 241 N 5). Dem kann allerdings entgegengehalten werden, dass es dem Gesetzgeber in Art. 241 Abs. 1 StPO um die nötige Dokumentation von mündlich angeordneten Zwangsmassnahmen ging. Eigenmächtige polizeiliche Durchsuchungen sind immer zu dokumentieren, während definitionsgemäss bloss mündliche Anordnungen der Staatsanwaltschaft undokumentiert blieben, wenn der Gesetzgeber in Art. 241 Abs. 1 StPO nicht eine schriftliche Bestätigung der mündlichen Anordnung verlangte. Insofern gibt es eben einen relevanten Unterschied zwischen eigenmächtigen polizeilichen Durchsuchungen infolge Gefahrenverzugs im Sinne von Art. 241 Abs. 3 StPO und bloss mündlichen Anordnungen durch die Staatsanwaltschaft im Sinne von Art. 241 Abs. 1 StPO. Deshalb hat der Gesetzgeber im Gesetzestext wohl bewusst bei polizeilichen Durchsuchungen auf eine nachträgliche formelle schriftliche Bestätigung durch die Staatsanwaltschaft verzichtet. Immerhin macht es auch wenig Sinn, etwas zu bestätigen, was ohnehin schon stattgefunden hat und bereits schriftlich dokumentiert ist. Der Gesetzgeber beschränkte sich im Wortlaut von Art. 241 Abs. 3 StPO jedenfalls auf die Erwähnung einer blossen Information ([...] die Polizei informiert die zuständige Strafbehörde), obschon es ihm ein Leichtes gewesen wäre, stattdessen in

- 15 - Art. 241 Abs. 3 StPO eine nachträgliche Bestätigung durch die Staatsanwaltschaft vorzuschreiben, wie dies in Abs. 1 derselben Bestimmung ausdrücklich vorgesehen ist. Von einer echten Lücke im Gesetz kann deshalb nicht gesprochen werden, weshalb die Auffassung besagter Autoren wohl mehr de lege ferenda berücksichtigt werden müsste. De lege lata können jedoch nicht einfach zusätzliche Erfordernisse verlangt werden, die von der Sache her zwar eventuell Sinn zu machen vermögen, aber klar nicht in der

betreffenden Bestimmung genannt werden. Nachfolgende Erwägungen sind deshalb bloss als Eventualbegründung zu verstehen.

### **E. 2.7.3**

Von der Frage des Erfordernisses einer nachträglichen schriftlichen Bestätigung zu trennen ist die Frage nach den rechtlichen Konsequenzen eines allfälligen Unterbleibens, konkret ausgedrückt, nach der Abgrenzung zwischen Ordnungsvorschriften und Gültigkeitsvorschrift. Gemäss Art. 141 Abs. 3 StPO sind nämlich Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, trotzdem verwertbar. Gesetz, Rechtsprechung und Literatur konnten bis anhin keine griffigen Kriterien finden, um eine scharfe Trennlinie genau zu definieren (BSK StPO II-GLESS, Art. 141 N 85 ff.). Massgebend bei dieser Entscheidung müssen aber immer elementare strafprozessuale Grundsätze sein, insbesondere jener von Art. 3 StPO, dem Recht auf ein faires Verfahren. Immer dort, wo prozessuale Rechte einer beschuldigten Person beeinträchtigt werden, ist ein strenger Massstab anzusetzen. Umgekehrt hat das Strafprozessrecht keinen Selbstzweck, und reiner Formalismus spricht eher für eine Ordnungsvorschrift. Zu den Ordnungsvorschriften zählt man daher jene Normen, deren Funktion sich darin erschöpft, die äusserliche Ordnung des Verfahrens zu regeln (BSK StPO II-GLESS, Art. 141 N 86).

### **E. 2.7.4**

Zunächst ist festzustellen, dass im vorliegenden Fall kein Beweisverbot im Sinne von verbotenen Methoden gemäss Art. 140 StPO zur Diskussion steht. Die Polizei war, entgegen der Auffassung der Verteidigung (Urk. 57 S. 6; Urk. 100 N 4 ff.), gestützt auf Art. 241 Abs. 3 StPO befugt, die Durchsuchungen vorzunehmen, und es handelte sich dabei um gewöhnliche Beweissicherungsmassnahmen, welche die Strafprozessordnung ausdrücklich vorsieht. Willkürfrei darf auch davon ausgegangen werden, dass die Beweismittel

- 16 - den Strafbehörden entzogen worden wären, hätte die Polizei nicht unverzüglich gehandelt. Die Gefahr eines Beweisverlustes bestand. Nur willkürliche Massnahmen, bei denen es an einer solchen Gefahr gebricht, führen zu Unverwertbarkeit (BSK StPO II-GFELLER, Art. 241 N 41).

### **E. 2.7.5**

Weiter wurde im Nachgang zu den Durchsuchungen unverzüglich eine Strafuntersuchung eröffnet, von der Staatsanwaltschaft ein Haftantrag beim Zwangsmassnahmengericht gestellt und dem Beschuldigten ein amtlicher Verteidiger bestellt (Urk. 3 und 8/2). Auch die prozessualen und materiellen Verteidigungsrechte des Beschuldigten wurden durch eine fehlende nachträgliche Bestätigung der Hausdurchsuchung in keiner Weise beeinträchtigt. Zum einen hätte auch das Rechtsmittel einer Beschwerde im Sinne von Art. 393 StPO gegen das Unterlassen der Ausstellung einer nachträglichen Bestätigung nichts daran geändert, dass die Behältnis- und Hausdurchsuchung bereits stattgefunden hatte und insoweit nicht mehr hätte rückgängig gemacht werden können. Zum andern stand bzw. steht es der Verteidigung frei, den behaupteten Mangel sowohl während der Untersuchung als auch noch im Gerichts- und Berufungsverfahren zu rügen und die Ungültigkeit der Durchsuchungen zu beantragen. Irgendein Rechtsverlust infolge der fehlenden schriftlichen Bestätigung der Hausdurchsuchung ist nicht ersichtlich. Es verhält sich ganz anders im Falle, in dem die Polizei eigenmächtig Durchsuchungsmassnahmen vornimmt und danach kein Strafverfahren folgt, weshalb es in einer solchen Konstellation ganz grundsätzlich an

der nachträglichen Information der Staatsanwaltschaft fehlt. Indem die Staatsanwaltschaft vorliegend unverzüglich nach den Durchsuchungen und unter ausdrücklichem Hinweis auf diese polizeilichen Vorkehrungen einen Haftantrag an das Zwangsmassnahmengericht stellte, ist auch aktenkundig belegt, dass die Staatsanwaltschaft die polizeilichen Durchsuchungen materiell bestätigte. Es fehlt mithin lediglich eine nachträgliche, separate schriftliche formelle Bestätigung.

#### **E. 2.7.6**

Beigepflichtet werden kann der Auffassung im Minderheitsantrag der vorinstanzlichen Gerichtsschreiberin, wonach für die Anordnung von Zwangsmassnahmen ein strenger Massstab hinsichtlich der gesetzlichen Grundlage zu gelten hat (Urk. 70 S. 5). Vorliegend geht es jedoch nicht um die Anordnung von

- 17 - Zwangsmassnahmen, für welche vorliegend sowohl materiell und formell in Art. 241 Abs. 3 StPO eine gesetzliche Grundlage bestand, sondern es geht einzig und alleine um die (fehlende) schriftliche Niederschrift einer späteren Bestätigung der polizeilichen Durchsuchungen durch die Staatsanwaltschaft, mithin nicht um deren materielle Bestätigung. Allein dieses rein formale Manko kann aber nach dem Gesagten nicht zur Unverwertbarkeit der Durchsuchungen und der daraus gewonnenen Beweismittel führen, weil es sich um eine blosser Ordnungswidrigkeit handeln würde.

#### **E. 2.7.7**

Zusammenfassend sind die Durchsuchungen sowie die in diesem Zusammenhang getätigten Sicherstellungen und Beschlagnahmen nicht zu beanstanden. Die diesbezüglichen Vorbringen der Verteidigung verfangen nicht (Urk. 100 N 4 ff. und N 16 ff.). 3. Befragung der Polizeibeamten Die Verteidigung machte im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Hinderung einer Amtshandlung vor Vorinstanz noch geltend, die beiden Polizeibeamten hätten als Auskunftspersonen und nicht als Zeugen befragt werden müssen (Urk. 57 S. 18 und Prot. I S. 17). Zu Recht hält die Verteidigung im vorliegenden Berufungsverfahren nicht weiter an diesem Standpunkt fest: Allein durch das Erheben eines aktenmässig in keiner Weise erstellten Vorwurfes, die Polizisten hätten in strafbarer Weise bei der Verhaftung Gewalt angewendet, kann die prozessuale Form einer Einvernahme nicht retrospektiv gerügt werden. Man darf mit Fug die Frage in den Raum stellen, ob die Verteidigung, falls die Polizisten als Auskunftspersonen befragt worden wären, heute wohl umgekehrt rügen würde, sie hätten als Zeugen befragt werden müssen. Daraus, dass die beiden Polizisten als Zeugen, im Gegensatz zu Auskunftspersonen, zur Aussage verpflichtet waren, kann ein Beschuldigter ohnehin nichts zu seinen Gunsten ableiten. Das Aussageverweigerungsrecht ist ein Recht der befragten und nicht der durch die Aussagen möglicherweise belasteten Person.

- 18 - IV. Sachverhalt 1. Besitz von Betäubungsmitteln

### **E. 3**

Die Staatsanwaltschaft verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids (Urk. 77).

#### **E. 3.1**

Aufgrund der äusserst knappen finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten ist die Tagessatzhöhe auf das Minimum von Fr. 10.– festzulegen (Art. 34 Abs. 2 StGB).

### **E. 3.2**

Der Beschuldigte ist daher mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu je Fr. 10.– zu bestrafen. 4. Vollzug und Anrechnung der Haft

### **E. 4**

Die Ladung der ursprünglich auf den 13. Februar 2020 angesetzten Berufungsverhandlung musste auf entsprechendes Gesuch der Verteidigung abgenommen werden (Urk. 87; Urk. 89; Urk. 90). Hernach wurden die Parteien zur heutigen Berufungsverhandlung vorgeladen, zu welcher der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers erschienen ist (Urk. 91; Urk. 93; Prot. II S. 4). Beweisanträge wurden keine gestellt (Prot. II S. 6). II. Umfang der Berufung 1. Der Verteidiger verlangt einen vollumfänglichen Freispruch (Urk. 100 S. 2). Nicht angefochten blieben einzig der Freispruch vom Betäubungsmittelkonsum (Dispositivziffer 2), die Einziehung der beschlagnahmten Betäubungsmittel (Dispositivziffer 5), die Herausgabe der beiden beschlagnahmten Mobiltelefone, des Laptops, der Dokumente und des Schlüsselbundes an den Beschuldigten gemäss Beschlagnahmeverfügung vom 21. Februar 2019 (Dispositivziffer 6) sowie die Kostenfestsetzung einschliesslich der Entschädigung des amtlichen Verteidigers (Dispositivziffern 8 und 9). In Bezug auf diese Punkte ist deshalb die Rechtskraft festzustellen (vgl. Prot. II S. 6). In den übrigen Punkten ist neu zu befinden (Art. 404 Abs. 1 StPO). 2. Dabei muss sich das Gericht nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen. Vielmehr kann sich die urteilende Instanz auf die seiner Auffassung nach wesentlichen und massgeblichen Punkte beschränken (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1. m.H.).

- 6 - III. Prozessuales 1. Verletzung von Verteidigungsrechten

### **E. 4.1**

Zu Recht hat die Vorinstanz die Gewährung des bedingten Vollzugs wegen den zum Teil einschlägigen, allesamt unbedingt ausgefallten Vorstrafen und der fehlenden Einsicht des Beschuldigten verweigert. Es ist nicht zu erwarten, dass er sich durch eine bedingte Strafe, welche für ihn faktisch keinerlei Auswirkungen hätte, im Bestreben künftigen Wohlverhaltens beeindrucken liesse.

### **E. 4.2**

Da der Beschuldigte zu einer Geldstrafe verurteilt wird, hat der Ausgleich der erstandenen Haft von 52 Tagen als Realersatz zu erfolgen (Art. 51 StGB). Die Geldstrafe gilt in diesem Umfang als durch Haft geleistet, und für die seitens der Verteidigung beantragte Zusprechung einer Genugtuung nach Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO besteht deshalb kein Raum (Urk. 100 N 27). VII. Verwendung der sichergestellten Barschaft 1. Die Verteidigung hat heute selbst darauf hingewiesen, dass die anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellte Barschaft im Verlauf des Verfahrens betreibungsrechtlich verarrestiert und deshalb von der Staatsanwaltschaft zwecks Vollzug einer Pfändung an das Betreibungsamt Zürich 4 überwiesen worden ist (Urk. 100 N 19; Urk. 27/10). Dies wurde dem Beschuldigten am 30. April 2018 entsprechend mitgeteilt (Urk. 27/6). Aufgrund des Pfändungsbeschlags wäre eine vorbehaltlose Herausgabe an den Beschuldigten durch die Strafbehörde, wie dies die Verteidigung beantragt, somit von vornherein nicht möglich. 2. Im Rahmen der Verwertung wurde der Staatsanwaltschaft, welche gemäss Art. 281 SchKG provisorisch am

betreibungsrechtlichen Verfahren partizipierte, für die eingegebene Forderung (Geldstrafe und Verfahrenskosten) ein Verwertungserlös von Fr. 3'342.60 überwiesen (Urk. 27/9-10; Urk. 97). Dieser

- 32 - Verwertungsanteil ist im vorliegenden Verfahren zur Deckung der Geldstrafe und zur (teilweisen) Deckung der Verfahrenskosten beider Instanzen heranzuziehen. VIII. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Untersuchung und erstinstanzliches Verfahren

## **E. 8**

Januar 2018 festgenommen und tags darauf in Haft versetzt (Urk. 9/1; Urk. 9/4). Anlässlich der polizeilichen Befragung vom 8. Januar 2018 wurde der Beschuldigte darüber aufgeklärt, dass er einen Wahlverteidiger bestellen oder eine amtliche Verteidigung beantragen könne (Urk. 2 F/A 1). Ebenfalls wurden dem

- 7 - Beschuldigten die Möglichkeiten des Bezugs einer Verteidigung anlässlich der Haftenahme vom 9. Januar 2018 explizit erläutert, worauf er erklärte, keine Verteidigung zu wollen und hinsichtlich der Person keinen Wunsch zu haben (Urk. 3 F/A 4 und 41 f.). Mit Verfügung der Oberstaatsanwaltschaft vom 17. Januar 2018 wurde dem Beschuldigten gestützt auf Art. 132 Abs. 1 lit. a StPO in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X2.\_\_\_\_\_ ein amtlicher Verteidiger für die weitere Dauer der Haft beigegeben. Der Beschuldigte äusserte sich aktenkundig erstmals gleichentags, unter dem 17. Januar 2018, in der Beschwerde gegen die Bestellung von Rechtsanwalt X2.\_\_\_\_\_ bezüglich der Person der amtlichen Verteidigung. Darin führte er aus, er habe als amtlichen Verteidiger Rechtsanwalt lic. iur. X1.\_\_\_\_\_ gewählt, welchem das Mandat zu erteilen sei, und er entschuldige sich förmlich für die "Überschneidung" (Urk. 8/3).

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