

# ZH\_OBERGERICHT SB200073 vom 2. Oktober 2020

ZH Obergericht, 2020-10-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB200073](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200073)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB200073 du 2 octobre 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT SB200073 del 2 ottobre 2020

## Erwägungen

### E. 1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann auf die zutreffen- den Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 61 S. 3 f.).

### E. 2

Am 4. September 2019 erging das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Affoltern. Das Urteil wurde schriftlich im Dispositiv eröffnet (Urk. 50) und wurde sowohl der Staatsanwaltschaft (Urk. 51) als auch dem amt- lichen Verteidiger (Urk. 52) am 6. September 2019 zugestellt.

#### E. 2.1

Die Vorinstanz zitiert hierzu zunächst den durch den Chef der Rechtsab- teilung der Kantonspolizei Zürich verfassten Bericht vom 21. Juni 2019, worauf an dieser Stelle zu verweisen ist (Urk. 4/9). Sie kommt in der Folge zum Schluss, entgegen der im Bericht vertretenen Ansicht, sei vorliegend nicht von einer Personenkontrolle im Sinne von §§ 44 Abs. 1 i.V.m. 21 Abs. 2 PolG auszugehen. Vielmehr hätten die Polizisten von Anfang an versucht, sich Zugang zur Wohnung des Beschuldigten zu verschaffen, weil sie aufgrund eines Hinweises dort Betäubungsmittel vermutet hätten. Es sei bei dieser Sachlage davon auszugehen, dass eine Hausdurchsuchung im Sinne von Art. 244 StPO durchgeführt worden sei. Für dieses Vorgehen hätte die Polizei einen Hausdurchsuchungsbefehl ein- holen müssen. Es liege zudem auch kein Fall von "Gefahr in Verzug" vor (Urk. 61 S. 7 f.).

#### E. 2.2

Diese rechtliche Einschätzung der "Kontrolle" als Hausdurchsuchung, ohne dass Gefahr in Verzug vorgelegen habe, wird sowohl von der Staatsanwaltschaft (Urk. 75 S. 5) als auch der Verteidigung (Urk. 83 S. 3) geteilt.

#### E. 2.3

Nachdem die Polizei selbst ausführt, dass die beiden Polizeibeamten aufgrund eines Hinweises Betäubungsmittel in der Wohnung des Beschuldigten vermutet hätten (Urk. 4/9), ist nicht nachvollziehbar, inwiefern sie durch eine blosser Personenkontrolle im Sinne von §§ 44 Abs. 1 i.V.m. 21 Abs. 2 PolG im Innenbereich einer Wohnung hätten weitere Ermittlungen tätigen wollen. Der Beschuldigte hat sie denn auch nicht von sich aus in die Wohnung gelassen (vgl. Urk. 2/2 Frage 25). Sie betraten somit gegen den Willen des Beschuldigten seine Wohnung. Dies ist grundsätzlich nur im Rahmen einer Hausdurchsuchung möglich. Es ist daher mit der Vorinstanz und den Parteien davon auszugehen, dass die Kontrolle in der Wohnung des Beschuldigten vom 11. Juni 2019 in recht- licher Hinsicht eine Hausdurchsuchung im Sinne von Art. 244 StPO darstellte.

- 8 - Gemäss Art. 241 Abs. 1 StPO ist hierfür ein schriftlicher Hausdurchsuchungs- befehl der Staatsanwaltschaft notwendig. In dringenden Fällen kann die Haus- durchsuchung auch mündlich angeordnet und nachträglich schriftlich bestätigt werden. Im vorliegenden Fall lag indessen weder ein mündlicher noch ein schrift- licher Hausdurchsuchungsbefehl vor. Auch nachträglich wurde kein solcher aus- gestellt. Die Polizei ist damit prozessordnungswidrig vorgegangen.

### **E. 3**

Die Staatsanwaltschaft meldete innert Frist mit Eingabe vom 11. September 2019 Berufung an (Urk. 53). Der Beschuldigte liess ebenfalls innert Frist mit Eingabe vom 16. September 2019 (Urk. 54) Berufung anmelden. Das begründete Urteil (Urk. 58 = Urk. 61) wurde den Parteien daraufhin am 31. Januar 2020 zu- gestellt (Urk. 59 und 60). Mit Eingabe vom 14. Februar 2020 reichte die Staats- anwaltschaft die Berufungserklärung ein (Urk. 63).

Nachdem seitens der Vertei- digung bzw. des Beschuldigten innert Frist keine Berufungserklärung einging, wurde mit Beschluss der hiesigen Kammer vom 5. März 2020 auf die Berufung des Beschuldigten nicht eingetreten (Urk. 65). Dem Beschuldigten wurde mit Ver- fügung vom 5. März 2020 Frist angesetzt, um zu erklären, ob Anschlussberufung erhoben wird, oder um begründet ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantra- gen (Urk. 67). Mit Eingabe vom 1. April 2020 erklärte der Verteidiger, dass der Beschuldigte auf eine Anschlussberufung verzichte und die Bestätigung des

- 6 - vorinstanzlichen Urteils beantrage (Urk. 69). Nachdem sich sowohl der Be- schuldigte als auch die Staatsanwaltschaft mit der Durchführung des schriftlichen Berufungsverfahrens einverstanden erklärt haben (Urk. 72), wurde dieses mit Verfügung vom 7. April 2020 angeordnet und der Staatsanwaltschaft Frist angesetzt, um die schriftliche Berufungsbegründung einzureichen (Urk. 73). Die Berufungsbegründung der Staatsanwaltschaft vom 22. April 2020 (Urk. 75) ging innert Frist ein, woraufhin dem Beschuldigten mit Verfügung vom 27. April 2020 Frist angesetzt wurde, um die schriftliche Berufungsantwort einzureichen (Urk. 76). Gleichzeitig wurde der Vorinstanz Gelegenheit gegeben, eine Vernehm- lassung einzureichen, worauf sie mit Schreiben vom 4. Mai 2020 verzichtete (Urk. 78). Die Berufungsantwort des Beschuldigten vom 15. Juni 2020 ging innert erstreckter Frist ein (Urk. 83). Nachdem die Berufungsantwort der Staatsanwalt- schaft zur freigestellten Vernehmlassung zugestellt wurde (Urk. 85), reichte diese mit Eingabe vom 23. Juni 2020 (Urk. 87) eine Replik ein. Mit Verfügung vom 30. Juni 2020 wurde die Replik dem amtlichen Verteidiger zugestellt und Frist zur freigestellten Stellungnahme angesetzt (Urk. 88). Der amtliche Verteidiger reichte innert zweimal erstreckter Frist eine Duplik ein, welche der Staatsanwaltschaft wiederum zur Kenntnis zugestellt wurde (Urk. 94). In der Folge ging keine Stellungnahme mehr ein, womit das Verfahren spruchreif ist. II. Umfang der Berufung Die Staatsanwaltschaft beschränkt die Berufung nicht (Urk. 75). Das vorinstanz- liche Urteil ist damit umfassend zu überprüfen. III. Prozessuales 1. Die Vorinstanz geht davon aus, die Hausdurchsuchung vom 11. Juni 2019 sei rechtswidrig durchgeführt worden und kommt in der Folge zum Schluss, die anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten Beweismittel seien nicht ver- wertbar. Aufgrund der Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten seien auch die in der Folge durchgeführten Einvernahmen unverwertbar (Urk. 61 S. 7 ff.). Es

- 7 - wird im Folgenden auf die einzelnen Aspekte der Verwertbarkeit der anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten Beweismittel einzugehen sein. 2. Zunächst gilt es zu untersuchen, wie die Kontrolle in der Wohnung bzw. im Zimmer des Beschuldigten

rechtlich zu qualifizieren ist.

### **E. 3.1**

Die Verteidigung macht hinsichtlich der Hausdurchsuchung zudem geltend, ein hinreichender Tatverdacht habe nicht vorgelegen. Aufgrund des Umstandes, dass kein Hausdurchsuchungsbefehl eingeholt worden sei und die Polizeibeamten in der Folge bei der Staatsanwaltschaft die Aussage verweigerten (Urk. 3/1 und 3/2) könne nicht überprüft werden, ob ein hinreichender Tatverdacht vorgelegen habe. Zu Gunsten des Beschuldigten sei daher davon auszugehen, dass eben kein hinreichender Tatverdacht vorgelegen habe und die Hausdurchsuchung auch bereits aus diesem Grund unzulässig gewesen wäre. Es handle sich daher um eine verbotene Beweisausforschung, eine sogenannte "fishing expedition" (Urk. 83 S. 4, Urk. 94 S. 1).

### **E. 3.2**

Auch die Vorinstanz geht davon aus, dass sich ein hinreichender Tatverdacht nicht erstellen lasse und zu Gunsten des Beschuldigten daher davon auszugehen sei, dass ein solcher nicht vorgelegen habe (Urk. 61 S. 17).

### **E. 3.3**

Die Staatsanwaltschaft stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, aufgrund des – auch vom Beschuldigten so bezeichneten – gezielten Vorgehens der Polizei, welche einzig seine Wohnung kontrolliert habe, nachdem sie aufgrund eines Hinweises dort Betäubungsmittel vermutet habe, sei davon auszugehen, dass ein hinreichender Tatverdacht vorgelegen habe (Urk. 75 S. 5).

### **E. 3.4**

Von einer verpönten Beweisausforschung ("fishing expedition") spricht man, wenn einer Zwangsmassnahme kein genügender Tatverdacht zugrunde lag, sondern planlos Beweisaufnahmen getätigt werden. Die Ergebnisse einer "fishing expedition" sind nicht verwertbar (BGE 137 I 218, E. 2.3.2).

- 9 -

### **E. 3.5**

Tatsächlich sind den Akten keine Anhaltspunkte zu entnehmen, welche den Standpunkt der Polizei, man habe gestützt auf "polizeiliche Erkenntnisse", wonach im Zimmer des Beschuldigten ein Betäubungsmittelhändler logiere, eine "Personenkontrolle" durchgeführt (so Urk. 4/9), überprüfen liessen. Die beiden beteiligten Polizeibeamten verwiesen in der Einvernahme bei der Staatsanwaltschaft lediglich auf den durch den Chef der Rechtsabteilung der Kantonspolizei Zürich verfassten Bericht vom 21. Juni 2019 (Urk. 4/9) bzw. verweigerten im Übrigen die Aussage (Urk. 3/1 und 3/2). Sie kamen damit ihrer Pflicht, ihre Erkenntnisquellen gegenüber der Staatsanwaltschaft und den Gerichten zumindest rudimentär offen zu legen, nicht nach. Mangels nachvollziehbarer Angaben wäre es auch der Staatsanwaltschaft in diesem Stadium nicht möglich gewesen, weitere Zwangsmassnahmen wie eine Hausdurchsuchung anzuordnen, ist doch auch hierfür zumindest ein hinreichender Tatverdacht notwendig (Art. 197 Abs. 1 lit. b StPO). Auch wenn sich aus dem Vorgehen der Polizisten erkennen lässt, dass sie wohl gestützt auf einen konkreten Hinweis gehandelt haben mussten und nicht aufs Geratewohl nach belastenden Beweismitteln gesucht haben, kann nicht zu Lasten des Beschuldigten darüber spekuliert

werden, ob ihre Erkenntnisse zulässig erlangt wurden und ausreichend gewesen wären, um gestützt auf sie einen Hausdurchsuchungsbefehl einzuholen. Auch in dieser Hinsicht ist das Vorgehen der Polizei als prozessordnungswidrig zu beurteilen.

#### **E. 4**

Zusammenfassend wurde die Hausdurchsuchung somit mangels Einholung eines Hausdurchsuchungsbefehls und aufgrund der fehlenden Angaben zu den angeblichen "polizeilichen Erkenntnissen" prozessordnungswidrig durchgeführt. Es stellt sich daher die Frage nach den Folgen dieses Vorgehens.

##### **E. 4.1**

Die Vorinstanz befasst sich zunächst mit der Frage, ob ein absolutes Beweisverwertungsverbot im Sinne von Art. 140 StPO vorliege. Es sei den Ausführungen des Beschuldigten nicht zu entnehmen, dass die Polizei Gewalt oder Zwangsmassnahmen angewandt oder Drohungen, Versprechungen, Täuschungen ausgesprochen oder Mittel angewandt habe, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit des Beschuldigten beeinträchtigt hätten. Der Umstand, dass sie sich über seinen Willen hinweggesetzt und dessen Wohnung betreten

- 10 - hätten, stelle keine in Art. 140 StPO genannte verbotene Beweiserhebungsmethode dar (Urk. 61 S. 12 f.).

##### **E. 4.2**

Die Verteidigung macht demgegenüber geltend, der Beschuldigte sei von den Polizeibeamten darüber getäuscht worden, dass sie das Recht hätten, seine Wohnung zu durchsuchen. Wenn ein Polizist die Tür aufstosse und sage, er müsse die Wohnung durchsuchen, dürfe die kontrollierte Person auch davon ausgehen, dass der Polizist dies dürfe. Wenn dies aber tatsächlich nicht zutrefte, so werde die kontrollierte Person getäuscht. Diese Täuschung sei daher eine verbotene Beweiserhebungsmethode im Sinne von Art. 140 StPO. Weiter sei die prozessordnungswidrige Hausdurchsuchung auch als Zwang im Sinne von Art. 140 Abs. 1 StPO zu sehen, weshalb auch aus diesem Grund ein absolutes Beweisverwertungsverbot bestehe (Urk. 83 S. 5, Urk. 94 S. 2).

##### **E. 4.3**

Der Beschuldigte hat die sichergestellten Beweise nicht von sich aus herausgegeben. Eine Täuschung gemäss Art. 140 Abs. 1 StPO bezieht sich indessen auf Konstellationen, in denen dem Beschuldigten eine falsche Tatsache vorgespiegelt wird, um ihn – insbesondere im Rahmen einer Einvernahme – zur Preisgabe einer Information zu bewegen (vgl. hierzu auch die Fallbeispiele bei WOHLERS, in Donatsch/Summers/Lieber/Wohlens, 3. Auflage, Zürich 2020, N 10 zu Art. 140 StPO). Im vorliegenden Fall sind die Polizisten selbständig in die Wohnung des Beschuldigten gegangen, was – wie bereits ausgeführt – nur mit einem Hausdurchsuchungsbefehl zulässig gewesen wäre. Der Beschuldigte lieferte von sich aus indessen keinen Beweis, den er bloss aufgrund einer Täuschung durch die Behörden preisgegeben hat. Eine Täuschung im Sinne von Art. 140 Abs. 1 StPO liegt nicht vor. Weiter ist mit der Vorinstanz auch davon auszugehen, dass kein Zwang im Sinne von Art. 140 Abs. 1 StPO angewandt wurde. Das Verbot der Beweiserhebungsmethoden gemäss Art. 140 Abs. 1 StPO zielt wie erwähnt auf Machenschaften, welche den Beschuldigten dazu bewegen sollen, gewisse Beweise von sich aus preiszugeben. Angesprochen werden damit eigentliche Zermürbungstaktiken bei Einvernahmen (vgl. hierzu auch die

Fallbeispiele, bei WOHLERS, in Donatsch/ Summers/Lieber/Wohlens, 3. Auflage, Zürich 2020, N 3 zu Art. 140 StPO wie ein

- 11 - übermässig langes Verhör, das Verbot, die Toilette aufzusuchen, der Entzug von Essen und Trinken etc.). Im vorliegenden Fall wurde kein solcher Zwang angewandt, um den Beschuldigten zu einer Aussage zu bewegen. Das eigenmächtige Betreten der Wohnung fällt dabei nicht unter Art. 140 StPO. Wie die Vorinstanz im Übrigen zutreffend erwägt (Urk. 61 S. 12), ist es neben dem Aufstossen der Wohnungstür zu keiner Anwendung von Zwang gekommen. Ob bei einer Weigerung des Beschuldigten allenfalls Zwang angewandt worden wäre, ist nicht entscheidend. Es liegt daher auch aus diesem Grund kein Fall einer verbotenen Beweiserhebungsmethode gemäss Art. 140 StPO vor.

#### **E. 4.4**

Schliesslich bezeichnet das Gesetz eine ohne entsprechenden Befehl durchgeführte Hausdurchsuchung nicht als unverwertbar. Es wurde demnach keine absolute Gültigkeitsvorschrift verletzt und es liegt somit auch kein absolutes Beweisverwertungsverbot vor. 5.1.1 In den Fällen, in denen keine absolute Gültigkeitsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 1 StPO verletzt worden ist, 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 oder sind die Beweise in strafbarer Weise erhoben worden, unterliegen die gewonnen Erkenntnisse grundsätzlich einem Verwertungsverbot. Anders als bei den absoluten Gültigkeitsvorschriften ist gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO aber trotz Verletzung einer einfachen Gültigkeitsvorschrift bzw. einer strafbaren Beweiserhebung die Verwertung ausnahmsweise möglich, wenn dies "zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich" ist. Ob im Einzelfall eine einfache Gültigkeitsvorschrift oder eine Ordnungsvorschrift vorliegt, bestimmt sich gemäss Bundesgericht primär nach dem Schutzzweck der Norm: Hat die Verfahrensvorschrift für die Wahrung der zu schützenden Interessen der betreffenden Person eine derart erhebliche Bedeutung, dass sie ihr Ziel nur erreichen kann, wenn bei Nichtbeachtung die Verfahrenshandlung ungültig ist, liegt eine Gültigkeitsvorschrift vor (BGE 144 IV 302, E. 3.4.3; BGE 139 IV 128 E. 1.6;

- 12 - BGE 139 IV 128 E. 1.6; Urteile 6B\_998/2017 vom 20. April 2018 E. 2.2.1; 6B\_56/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 3.2). 5.1.2 Die Vorinstanz führt aus, das Verhalten der Polizeibeamten stelle einen Hausfriedensbruch im Sinne von Art. 186 StGB dar, weshalb die Beweise im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO "in strafbarer Weise" erhoben worden seien (Urk. 61 S. 14). Zutreffend ist, dass die Polizisten nicht berechtigt waren, ohne Hausdurchsuchungsbefehl das Zimmer bzw. die Wohnung des Beschuldigten zu betreten, zumal dies gegen seinen Willen erfolgte (vgl. Urk. 2/2 Frage 25 und 28). Mit der Hausdurchsuchung ohne entsprechenden Durchsuchungsbefehl hat die Polizei die Vorschrift von Art. 241 Abs. 1 StPO missachtet. Der Durchsuchungsbefehl hat eine Begrenzungs- und Überprüfungsfunktion. Man spricht auch vom Gebot der Verdachtssteuerung. Es soll den Betroffenen ermöglicht werden, die Durchführung der Massnahmen zu überprüfen und gegebenenfalls rechtzeitig Einwände zu erheben. Die Notwendigkeit inhaltlicher Mindestangaben erlaubt es, den Umfang der Zwangsmassnahme zu definieren. Sie bezweckt, eine Beweisausforschung zu verhindern, wo ohne hinreichenden Tatverdacht nach Beweisen für strafbares Verhalten gesucht wird (BSK StPO-GFELLER, 2. Auflage, Basel 2014, N 8 zu Art. 241 StPO; BGer Urteil 1B\_726/2012

vom 26. Februar 2013, E. 5.2). Durch eine Hausdurchsuchung wird stark in die Privatsphäre des Betroffenen eingegriffen, zumal die Wohnung als absolut privater Bereich grundsätzlich von niemandem gegen den Willen des Berechtigten betreten werden darf. Durch die Notwendigkeit eines Hausdurchsuchungsbefehls wird sichergestellt, dass die Untersuchungsbehörde die Voraussetzungen der Hausdurchsuchung vorab prüft und die Polizei nicht in Eigenregie Wohnungen durchsuchen und damit die Privatsphäre der Betroffenen – ohne externe Kontrolle – stark beeinträchtigen kann. Die Vorschrift von Art. 241 Abs. 1 StPO schützt somit in erster Linie den Beschuldigten und stellt demnach eine Gültigkeitsvorschrift dar (vgl. auch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB120498 vom 26. März 2013, E. III.5.3). Vorliegend kommt – wie erwähnt – hinzu, dass gestützt auf die von der Polizei der Staatsanwaltschaft und in der Folge dem Gericht zur Verfügung gestellten Informationen gar kein Hausdurchsuchungsbefehl hätte erhältlich gemacht werden können, zumal sie keinen für eine Hausdurchsuchung hin-

- 13 - reichenden Tatverdacht hätten begründen können. Das Vorgehen der Polizei war insgesamt nicht zulässig und verletzte Gültigkeitsvorschriften der Strafprozessordnung.

5.2.1 Unter Verletzung einer Gültigkeitsvorschrift erhobene Beweise dürfen gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO dann verwertet werden, wenn sie "zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich" sind.

5.2.2 Die Vorinstanz geht davon aus, dass vorliegend aufgrund der sichergestellten Menge von 21.85 Gramm Kokain Reinsubstanz von einem schweren Fall gemäss 19 Abs. 2 lit. a BetmG auszugehen sei und damit zwar eine "schwere Straftat" im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO vorliege, man aber dennoch eine weitere Interessenabwägung vornehmen müsse. Bei dieser Interessenabwägung kommt sie zum Schluss, dass das Interesse des Beschuldigten an der Privatsphäre das Strafverfolgungsinteresse überwiege (Urk. 61 S. 16 ff.).

5.2.3 Die Staatsanwaltschaft macht zusammengefasst geltend, es sei angesichts der Menge an sichergestelltem Reinsubstanz-Kokain von einem schweren Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG und damit von einer schweren Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO auszugehen. Weiter führt sie aus, mit der Regelung gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO sei die Interessenabwägung bereits durch die Schwelle der "schweren Straftat" ins Gesetz aufgenommen worden. Eine darüberhinausgehende Abwägung werde von der Rechtsprechung nicht vorgenommen. So sei insbesondere auch in den von der Vorinstanz zitierten Entscheidungen des Obergerichts des Kantons Zürich keine Interessenabwägung vorgenommen worden (Urk. 75 S. 6 ff.).

5.2.4 Die Verteidigung schliesst sich der Ansicht der Vorinstanz an, wonach eine zusätzliche Interessenabwägung vorzunehmen sei und diese im vorliegenden Fall gegen eine Verwertbarkeit der anlässlich der Hausdurchsuchung erhobenen Beweismittel spreche (Urk. 83 S. 9). Zudem sei vorliegend auch gar nicht von einer schweren Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO auszugehen, da die beim Beschuldigten sichergestellten 21.85 Gramm Reinsubstanz-Kokain bloss leicht über dem Grenzwert von 18 Gramm lägen. Weiter sei noch ein Toleranz-

- 14 - abzug von 3.5 % vorzunehmen. Zentral sei aber, dass der Beschuldigte nicht die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr gebracht oder dies beabsichtigt habe. So sei bloss nachgewiesen, dass er zwei Personen habe mitkonsumieren lassen. Aus den Aussagen gehe weiter bloss hervor, dass er an wenige Personen etwas Kokain abgegeben habe. Etwas anderes sei nicht nachgewiesen und nicht erstellt. Im Übrigen bestünden keinerlei Anhaltspunkte oder objektive Hinweise, dass er den Verkauf oder die Rückgabe des Kokains konkret beabsichtigt, dazu Anstalten getroffen oder mit dem Kokain gehandelt etc.

hätte (Urk. 83 S. 6 ff.). 5.2.5 Zunächst gilt es die Frage zu klären, ob vorliegend von einer "schweren Straftat" im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO auszugehen ist. Wann eine "schwere Straftat" vorliegt, ergibt sich nicht aus dem Gesetz und wurde auch vom Bundesgericht bislang nicht abschliessend entschieden (BGer Urteil 6B\_287/2016 vom 13. Februar 2017, E. 2.4.4; Urteil 6B\_1468/2019 vom 1. September 2020, E. 1.4.2). Es wird teilweise davon ausgegangen, dass mit "schweren Straftaten" in erster Linie Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB gemeint sind (BGE 146 I 11, E. 4.2, m.w.H.). Ein anderer Lösungsansatz geht dahin, die Delikte aus dem Katalog von Art. 269 Abs. 2 StPO als schwere Straftaten zu qualifizieren (SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich 2018, N 8 zu Art. 141 StPO; vgl. auch BGer Urteil 6B\_287/2016 vom 13. Februar 2017, E. 2.4.4). Angesichts dessen, dass es dabei letztlich darum geht, die in Art. 2 Abs. 2 StPO geforderte Einhaltung der gesetzlichen Formen für obsolet zu erklären, soll gemäss einem Teil der Lehre der Anwendungsbereich bzw. der Begriff der "schweren Straftat" auf Delikte der Schwerekriminalität beschränkt werden, also auf Straftatbestände, bei denen als Strafe ausschliesslich Freiheitsstrafe vorgesehen ist (vgl. BSK StPO-GLESS, 2. Auflage, Basel 2014, N 72 zu Art. 141 StPO; WOHLERS, in: Donatsch/Summers/Lieber/Wohlens, 3. Auflage, Zürich 2020, N 29 zu Art. 141 StPO, m.w.H.). Andere Autoren sprechen sich hingegen dafür aus, dass weder generell auf gewisse Tatbestände noch die abstrakte Strafdrohung oder Deliktskataloge abgestellt werden könne, sondern vielmehr die konkreten Umstände des Einzelfalles relevant seien (BÉNÉDICT, in: Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge, Commentaire Romand, 2. Auflage, Basel 2019, N 25 zu Art. 141 StPO).

- 15 - Das Bundesgericht hat sich in einem kürzlich ergangenen und zur Publikation in der BGE Sammlung vorgesehen Entscheid letzterer Ansicht angeschlossen und erwogen, es komme bei der Beurteilung, ob eine "schwere Straftat" im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO vorliege, nicht bloss auf die abstrakte Strafdrohung eines Deliktes an. Entsprechend seien auch nicht etwa alle Verbrechen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 StGB schwere Straftaten im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO. Zwar könne ein Abstellen auf abstrakt angedrohte Strafen oder abschliessende Deliktskataloge die Prüfung der Verwertbarkeit von Beweismitteln erleichtern. Eine solche vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte und starre Entscheidungsfindung führe dazu, dass im Einzelfall leichte Verbrechen anders behandelt würden als schwerwiegende Vergehen, obwohl die konkrete Strafe für Letztere um ein Vielfaches höher ausfallen könne. Dies stünde im Widerspruch mit dem vom Gesetzgeber gewollten Grundsatz der Individualisierung und dem weiten Ermessensspielraum des Sachgerichts bei der Strafzumessung, anlässlich welcher die Schwere der Tat zu bewerten sei. Das Sachgericht müsse den konkreten Umständen Rechnung tragen können. Entscheidend sei deshalb nicht das abstrakt angedrohte Strafmass, sondern die Schwere der konkreten Tat. Dabei könne auf Kriterien wie das geschützte Rechtsgut, das Ausmass dessen Gefährdung resp. Verletzung, die Vorgehensweise und kriminelle Energie des Täters oder das Tatmotiv abgestellt werden (BGer Urteil 6B\_1468/2019 vom 1. September 2020, E. 1.4.2, m.w.H.). Ob vorliegend ein schwerer Fall einer Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG vorliegt, kann – wie noch zu zeigen sein wird – offen gelassen werden. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, mindestens 77 Gramm Kokaingemisch mit einem Reinheitsgrad von mindestens 33 % (mithin mindestens 25.41 Gramm Kokain-Reinsubstanz) erworben und es in der Folge – nachdem er einen Teil selbst konsumiert bzw. anderen Personen zur Verfügung gestellt habe – zuhause aufbewahrt zu haben. An seinem Wohnort sei sodann eine Menge von mindestens 21.85 Gramm

Kokain-Reinsubstanz sicher- gestellt worden. Ein schwerer Fall gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG liegt vor, wenn die Widerhandlung gegen das BetmG mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Massgebend ist in erster

- 16 - Linie die Menge des gehandelten reinen Drogenwirkstoffs sowie dessen Gefährlichkeit. Nach konstanter Praxis des Bundesgerichts liegt ein schwerer Fall ins- besondere bei einem die Menge von mindestens 18 Gramm Kokain-Hydrochlorid umfassenden Handel vor (BGE 109 IV 143; vgl. auch OFK BetmG-FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, 3. Auflage, Zürich 2016, N 181 zu Art. 19 BetmG). Der Grenzwert wurde vorliegend bloss um wenige Gramm überschritten, wobei allenfalls auch noch ein Abzug für das für den Eigenkonsum vorgesehene Kokain vor- genommen werden müsste, weshalb von vornherein fraglich ist, ob sich der angeklagte Sachverhalt unter Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG subsumieren liesse. Bei der Beurteilung der Schwere der Tat kann zudem die Vorstrafenlosigkeit des Beschuldigten (Urk. 62) berücksichtigt werden. Schliesslich ist beim Beschuldig- ten keine ausserordentlich grosse kriminelle Energie zu erkennen, zumal er mit der sichergestellten Menge Kokain weder einen grossen Gewinn hätte erzielen noch extrem viele Personen damit in Gefahr bringen können. Sein Motiv ist in erster Linie im Eigenkonsum sowie dessen Finanzierung zu sehen. Angesichts dieser Umstände erscheint der vorliegende Fall – ohne ihn zu bagatellisieren – noch nicht besonders gravierend, so dass er nicht als ein Fall von Schwerkrimina- lität erscheint. Der dem Beschuldigten vorgeworfene Sachverhalt erreicht unter den konkreten Umständen des vorliegenden Falles jedenfalls nicht die geforderte Schwere von Art. 141 Abs. 2 StPO, bei welchem von einer "schweren Straftat" im Sinne des Gesetzes auszugehen wäre. Die prozessordnungswidrig erhobenen Beweise sind demnach nicht verwertbar. Ob es sich hierbei um einen Anwendungsfall von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG handelt – welcher in schweren Fällen ohne Weiteres eine "schwere Straftat" im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO darstellt – kann offen bleiben. Über die Feststellung, ob eine "schwere Straftat" im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO vorliegt, hinaus, ist indessen keine weitere Interessenabwägung vorzu- nehmen. Mit dem Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung wurde die unter altem Recht noch vorzunehmende Interessenabwägung durch die Voraussetzung einer "schweren Straftat" ins Gesetz aufgenommen (BGE 146 I 11, E. 4.2; BSK-GLESS, 2. Auflage, Basel 2014, N 69 zu Art. 141 StPO; HÄRING, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss schweizerischer Straf-

- 17 - prozessordnung - alter Zopf oder substanzielle Neuerungen, in: ZStrR 127 (2009), S. 243; WOHLERS, in: Donatsch/Summers/Lieber/Wohlens, StPO Kommentar, Zürich 2020, 3. Auflage, N 27 zu Art. 141 StPO). Darauf hat die Staatsanwalt- schaft zutreffend hingewiesen (Urk. 75 S. 6 ff.).

#### **E. 6**

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz. Die weitere Kosten betragen: Fr. 5'271.75 amtliche Verteidigung

#### **E. 7**

Die Kosten des Berufungsverfahrens, inkl. diejenigen der amtlichen Ver- teidigung, werden auf die Staatskasse genommen.

#### **E. 8**

Dem Beschuldigten wird für die unrechtmässig erstandene Haft von 59 Tagen eine Genugtuung in Höhe von Fr. 5'900.– zugesprochen.

#### **E. 9**

Schriftliche Eröffnung und Mitteilung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 62 – die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" – die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG) – die Kasse der Staatsanwaltschaft Zürich - Sihl gemäss Dispositiv- ziffer 2 – die Kantonspolizei Zürich, Asservatentriage, gemäss Dispositivziffer 3 und 4 – die Kasse des Bezirksgerichts Affoltern.

#### **E. 10**

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Straf- sachen erhoben werden.

- 21 - Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung der vollständigen, begründeten Ausfertigung an gerechnet, bei der Strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundes- gerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichts- gesetzes. Obergericht des Kantons Zürich Zürich, 2. Oktober 2020 Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. Ch. Prinz MLaw L. Zanetti

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