

ZH_OBERGERICHT SB200074 vom 9. Juli 2020

ZH Obergericht, 2020-07-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB200074

FR: ZH_OBERGERICHT SB200074 du 9 juillet 2020

IT: ZH_OBERGERICHT SB200074 del 9 luglio 2020

Erwägungen

E. 1

Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann auf die Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 36 S. 4).

E. 2

Am 15. November 2019 erging das eingangs wiedergegebene Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung – Einzelgericht (Urk. 33; Urk. 36). Das Urteil wurde mündlich eröffnet und begründet sowie im Dispositiv übergeben (Prot. I S. 26).

E. 3

Zunächst rügt der Verteidiger, die Ausschreibung zur Verhaftung zwecks Vollzugs einer Ersatzfreiheitsstrafe sei mangels hinreichender Aufenthaltsnachforschungen der Zentralen Inkassostelle der Gerichte zu Unrecht erfolgt (vgl. Urk. 24 S. 3 f. m.H.a. Urk. 25/1+2). Die Vorinstanz hält hierzu richtig fest,

- 8 - dass dies die Gültigkeit der Fahndung (und damit die Zulässigkeit der Zwangsmassnahmen) nicht tangiert (Urk. 36 S. 5). Die Polizei durfte und musste sich auf die Ausschreibung verlassen und nach dem Beschuldigten fahnden sowie ihn gegebenenfalls verhaften. Anders wäre es einzig, wenn die Ausschreibung geradezu nichtig wäre, wofür keine Anhaltspunkte bestanden und bestehen. 4.1 Die vom Verteidiger bestrittene Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung hängt zunächst davon ab, ob die Polizei befugt war, zur Durchsetzung des Auftrags zur Verhaftung zwecks Vollzugs einer Ersatzfreiheitsstrafe in die Wohnung des Beschuldigten einzudringen. Der Vollzug von Strafen richtet sich grundsätzlich nach kantonalem Recht (Art. 373 Abs. 1 StGB; Art. 439 Abs. 1 StPO). Die Strafprozessordnung enthält zum Strafvollzug immerhin Bestimmungen in Art. 439 ff. StPO. Nach Art. 439 Abs. 2 StPO erlässt die zuständige Vollzugsbehörde zur Vollstreckung von Strafentscheiden einen Vollzugsbefehl. Zur Durchsetzung des Vollzugsbefehls kann sie die verurteilte Person verhaften oder ausschreiben lassen oder ihre Auslieferung beantragen (Art. 439 Abs. 4 StPO). Das Zürcher Recht sieht dementsprechend vor, dass das Amt für Justizvollzug eine verurteilte Person zur Aufenthaltsnachforschung oder zur Verhaftung ausschreiben kann (§ 49 Justizvollzugsverordnung, JVV) und dass zur Durchsetzung und Erfüllung der Aufträge im Rahmen der Amtshilfe Polizeiorgane beigezogen werden können (§ 14 JVV). Gemäss § 6 Polizeigesetz (PolG) wiederum leistet die Polizei den Justiz- und Verwaltungsbehörden Amts- und Vollzugshilfe und gemäss § 28 PolG führt sie auf Ersuchen der zuständigen Stelle eine Person dieser Stelle vor oder einer anderen Stelle zu. Vorliegend waren die Polizeibeamten beauftragt, den Beschuldigten zwecks Vollzugs einer Ersatzfreiheitsstrafe zu verhaften, und zu diesem Zweck befugt, in die Wohnung des Beschuldigten einzudringen (vgl. AppGer BS, BES.2018.173 vom 11.02.2019, E. 3.2 f.). 4.2 Der Verteidiger des

Beschuldigten stellt dies nicht in Frage, hält aber dafür, das Eindringen in die Wohnräumlichkeiten sei unrechtmässig gewesen, weil dies nicht im Rahmen der bloss vorgeschobenen Personenfahndung geschehen sei,

- 9 - sondern gestützt auf einen vor Ort entstandenen Tatverdacht auf Widerhandlung gegen das BetmG, der sich ergeben habe, bevor die beiden Polizeibeamten in die Wohnräumlichkeiten eingedrungen seien (Urk. 37 S. 3). Die Polizeibeamten hätten nämlich nicht etwa wie angegeben Geräusche wahrgenommen, sondern durch einen Spalt beim Seitenflügel der Zugangstüre erkennen können, dass sich in den Räumlichkeiten eine Hanfanlage befand (Urk. 24 S. 5; Urk. 50 S. 5). Ob die Polizeibeamten tatsächlich Geräusche wahrgenommen bzw. bereits vor dem Betreten der Räumlichkeiten erspürt hatten, dass sich in den Räumlichkeiten eine Hanfanlage befand, kann offen bleiben. Die Polizeibeamten waren vor Ort, um den Beschuldigten zu verhaften. Auf ihr Klopfen und Rufen hin wurde die Türe nicht geöffnet. Daraus mussten sie aber nicht schliessen, dass der Beschuldigte nicht zuhause sei, und zwar unabhängig davon, ob Geräusche wahrgenommen werden konnten oder nicht. Zu Recht verschafften sie sich mit Hilfe des Schlüsseldienstes Zugang zur Wohnung, um die Anwesenheit des Beschuldigten zu überprüfen. Sollten sie gleichzeitig auch noch einen Tatverdacht auf Widerhandlung gegen das BetmG gehegt haben, so würde dies nichts ändern. 4.3.1 Der Verteidiger bringt weiter vor, spätestens nach der Entdeckung der Hanfanlage hätte zumindest ein mündlicher Durchsuchungsbefehl der Staatsanwaltschaft eingeholt werden müssen, zumal ein solcher über den Pikettdienst erhältlich gewesen wäre und die Polizei mit diesem in Kontakt gestanden habe. Gefahr in Verzug habe entgegen dem Polizeirapport nicht vorgelegen. Im Hausdurchsuchungsprotokoll werde die vermeintliche Gefahr in Verzug nicht vermerkt und es sei nicht ersichtlich, wie bei Einholung eines Hausdurchsuchungsbefehls ein Beweisverlust gedroht hätte (Urk. 24 S. 5 f., Urk. 50 S. 5 ff.). Zwischen dem Eindringen in die Wohnung um ca. 9.00 Uhr und der anschliessenden Durchführung der eigentlichen Hausdurchsuchung zwischen 11.35 und 13.11 Uhr seien rund zweieinhalb Stunden vergangen (Urk. 24 S. 6, Urk. 50 S. 6). Sodann beziehe sich einerseits die Regelung gemäss Art. 243 StPO nicht auf einen während einer Personenfahndung gemachten Zufallsfund. Und andererseits decke der sinngemäss zur Anwendung gelangende Art. 209 Abs. 3 StPO keinesfalls die Durchführung einer Hausdurchsuchung im Rahmen einer Personenfahndung ohne vor-

- 10 - gängiges Einholen einer staatsanwaltlichen Durchsuchungsbefehls ab (Urk. 24 S. 6, Urk. 50 S. 4). 4.3.2 Art. 241 - 243 StPO enthalten allgemeine Bestimmungen, die u.a. den speziellen Bestimmungen betreffend Hausdurchsuchung (Art. 244 f. StPO) vorangestellt sind. Gemäss Art. 241 Abs. 1 StPO werden Durchsuchungen und Untersuchungen in einem schriftlichen Befehl angeordnet. In dringenden Fällen können sie mündlich angeordnet werden, sind aber nachträglich schriftlich zu bestätigen. Ist Gefahr in Verzug, kann die Polizei nach Abs. 3 der Bestimmung ohne Befehl Durchsuchungen vornehmen; sie informiert darüber unverzüglich die zuständige Strafbehörde. Gefahr in Verzug bedeutet, dass ohne sofortige Durchsuchung ein Beweisverlust zu befürchten ist (BGE 139 IV 128 E. 1.5; BGer 6B_860/2018 vom 18. Dezember 2028 E. 2.3). Inwiefern vorliegend ein solcher Beweisverlust drohte, so dass die Polizei zu selbstständigem Handeln im Sinne von Art. 241 Abs. 3 StPO ermächtigt war, ist nicht erkennbar. Der blosser Umstand, dass die Polizei vor Ort und der Beschuldigte nicht anwesend war (vgl. Urk. 1 S. 2), vermag keine besondere Dringlichkeit zu begründen. Es entspricht nicht dem Sinn des Gesetzes, in einem

solchen Fall der Polizei zu gestatten, Hausdurchsuchungen selbstständig anzuordnen und durchzuführen (vgl. BGE 139 IV 128 E. 1.5). Auch angesichts des Zeitpunkts der Kontrolle (Sonntagvormittag) ist nicht zu sehen, dass der Pikettdienst der Staatsanwaltschaft für eine mindestens mündliche Anordnung der Hausdurchsuchung nicht erreichbar war. Hätte die Polizei tatsächlich befürchtet, der Beschuldigte könnte die Hanfplantage zerstören oder anderweitig Beweismittel vernichten, so wäre zu erwarten gewesen, dass sie sich sofort und allenfalls gewaltsam Zugang zur Wohnung des Beschuldigten verschafft hätten. Das Vorgehen der Polizei zeigt daher vielmehr, dass auch sie nicht von einer besonderen Dringlichkeit ausgingen, wie es für die Durchführung einer Hausdurchsuchung unter Gefahr in Verzug notwendig wäre. Die Hausdurchsuchung wurde daher prozessordnungswidrig durchgeführt. Es stellt sich die Frage nach den prozessualen Folgen dieses regelwidrigen Vorgehens.

- 11 - 4.3.3 Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise ist in Art. 141 StPO geregelt. Für Beweise, die durch verbotene Beweiserhebungsmethoden erlangt werden, sieht Art. 141 Abs. 1 Satz 1 StPO ein absolutes Beweisverwertungsverbot vor. Dasselbe gilt, wenn das Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet (Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO). Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nach Art. 141 Abs. 2 StPO grundsätzlich nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Beweise, bei deren Erhebung lediglich Ordnungsvorschriften verletzt wurden, sind dagegen gemäss Art. 141 Abs. 3 StPO verwertbar. Ob im Einzelfall eine Gültigkeitsvorschrift vorliegt, bestimmt sich (sofern das Gesetz die Norm nicht selber als Gültigkeitsvorschrift bezeichnet) 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 139 IV 128 E. 1.6). Das Bundesgericht hat im vorgenannten Entscheid das Erfordernis des staatsanwaltschaftlichen Durchsuchungsbefehls als blosser Ordnungsvorschrift im Sinne von Art. 141 Abs. 3 StPO qualifiziert. Im konkreten Fall ging es um die Durchsuchung eines Mobiltelefons. Das Bundesgericht führte aus, die Voraussetzungen für die Durchsuchung seien an sich erfüllt und die Durchsuchung als solche sei auch nicht unverhältnismässig gewesen. Anhaltspunkte dafür, dass sich die Beamten vorsätzlich und rechtsmissbräuchlich über die gesetzliche Zuständigkeitsordnung hinwegsetzten, bestünden nicht. Das gelte umso mehr, als selbständiges polizeiliches Handeln nicht kategorisch ausgeschlossen, sondern bei Dringlichkeit möglich sei (Art. 241 Abs. 3 StPO) und die Zuständigkeiten entsprechend in einer gewissen Hinsicht "fliessend" seien (BGE 139 IV 128 E. 1.7). Vorliegend verhält es sich im Wesentlichen analog. Die Voraussetzungen einer Hausdurchsuchung gemäss Art. 244 Abs. 2 StPO waren klar erfüllt und die Durchsuchung sowie Beschlagnahme der Hanfanlage drängte sich auf. Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich die Beamten vorsätzlich und rechtsmissbräuchlich über die Zuständigkeitsordnung hinwegsetzten. Vielmehr wurde – wie der Beschuldigte selbst vorbringt

- 12 - (Urk. 24 S. 5 und Urk. 50 S. 6 m.H.a. Urk. 1 S. 2;) – die Staatsanwaltschaft durch die Einsatzzentrale über die Hausdurchsuchung (vermeintlich unter "Gefahr in Verzug") orientiert. Nach dem Ausgeführten ist beim Erfordernis des staatsanwaltschaftlichen Durchsuchungsbefehls im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von einer

Ordnungsvorschrift auszugehen. Die durch die Hausdurchsuchung erlangten Be- weise sind verwertbar. 4.4 Daran ändert auch die Rüge nichts, der für die Erstellung des Hausdurchsuchungsprotokolls beigezogene Beamte der Stadtpolizei Zürich habe aufgrund der "institutionellen Nähe zu den Beamten der Kantonspolizei Zürich" die ihm ob- liegende Kontrollfunktion nicht gebührend gewährleisten können (Urk. 24 S. 6 f.; Urk. 50 S. 6 f.). Zum einen kann mit der Vorinstanz festgehalten werden, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, der beigezogene Stadtpolizist sei keine im Sinne von Art. 245 Abs. 2 StPO geeignete Person (vgl. Urk. 36 S. 7). Zum andern handelt es sich bei Art. 245 Abs. 2 StPO um eine klassische Ordnungsvorschrift (vgl. BSK StPO-THORMANN/BRECHBÜHL, Art. 245 N 15).

E. 3.1

Tatkomponente

E. 3.1.1

Betreffend objektive Tatschwere verweist die Vorinstanz einerseits auf die professionelle Anbautätigkeit, die zwei tatsächlichen Ernten und die geplante drit- te Ernte, die gewonnenen 3.7 kg Marihuana sowie die tatsächliche und geplante Veräusserung des Marihuanas. Andererseits hält die Vorinstanz fest, dass es sich beim Wirkstoff Cannabis um ein vergleichsweise ungefährliches Betäubungsmittel handle und der Beschuldigte als alleiniger Betreiber der Hanfindooranlage keine besonderen Sicherungsvorkehren mit weiteren Hierarchiestufen getroffen habe, um einer Strafverfolgung zu entgehen. Das Verschulden sei daher noch als leicht zu qualifizieren und mit einer Einsatzstrafe von 6 Monaten zu belegen (Urk. 36 S. 23). Diesen Ausführungen der Vorinstanz kann gefolgt werden. Es ist insbesondere hervorzuheben, dass der Beschuldigte für die Errichtung der Produktionsstätte ei- nen erheblichen Aufwand betrieben hat. Der zu einem Mietzins von Fr. 2'170.– gemietete Gewerberaum (vgl. Urk. 2/5) wurde mit drei "Grow-Räumen" mit spezieller Beleuchtung (21 Natriumdampflampen) und Belüftung eingerichtet (Urk. 2/1-3). Die Aufzucht führte zu erheblichen Stromkosten (vgl. Urk. 7/3). Als- dann wurde eine ansehnliche Menge an Marihuana produziert bzw. mit dem An- bau angestrebt (geplante dritte Ernte). Zu Recht verweist die Vorinstanz ander- seits auch auf die (im Vergleich zu sog. harten Drogen) vergleichsweise geringe Gefährlichkeit von Cannabis. Die Droge Cannabis ist zwar keineswegs unbedenk- lich. Es wird ihr aber ein eher geringes Sucht- und Gefährdungspotential zuge- schrieben (vgl. BGer 6S.463/2006 vom 3. Januar 2007 E. 5; BGE 117 IV 314, 322 f.). Auch kann dem Beschuldigten vorliegend die Erzielung eines Gewinnes nicht nachgewiesen werden. Schliesslich sind auch keine weiteren denkbaren Straferhöhungsgründe zu sehen, wie etwa eine besonders lange Dauer der Widerhandlungen oder die Weitergabe des Marihuanas an Jugendliche. Unter diesen Umständen erscheinen die Qualifikation des Verschuldens als (gerade noch) leicht und die Einsatzstrafe von 6 Monaten angemessen.

- 21 -

E. 3.1.2

Mit Bezug auf die subjektive Tatschwere wird von der Vorinstanz richtig auf den direkten Vorsatz und die Planung auf der einen und die fehlende (nachgewie- sene) Gewinnabsicht auf der andern Seite hingewiesen. Demzufolge kann dem Beschuldigten auch keine persönliche Bereicherung oder Profitgier unterstellt werden. Es bleibt bei der genannten Einsatzstrafe.

E. 3.2

Täterkomponente

E. 3.2.1

Betreffend Vorleben und persönliche Verhältnisse des Beschuldigten ist bekannt, dass er ledig ist, keine Kinder hat und von Beruf Elektromonteur ist. Er ist temporär beschäftigt und verdient durchschnittlich rund Fr. 4'000.- netto im Monat. Der Beschuldigte hat kein Vermögen, aber Schulden von ca. Fr. 30'000.-. Er ist auf Wohnungssuche und wohnt vorübergehend bei Kollegen, wofür er diesen monatlich Fr. 350.- bis 600.- entrichtet (Prot. I S. 6 f.; Urk. 6 S. 3). Diese Verhältnisse sind bei der Strafzumessung neutral zu werten.

E. 3.2.2

Der Beschuldigte ist zweimal einschlägig vorbestraft und beging die vorliegend zu beurteilenden Delikte während laufender Probezeit (Urk. 39; beigezogene Akten STA Zürich-Sihl, Unt.-Nr. 2009/4127 und 2018/10016202). Dies wirkt sich spürbar strafehöhend aus. Leicht strafmindernd fällt das teilweise Geständnis ins Gewicht, auch wenn die Vorinstanz zu Recht festhält, dass damit keine Reue oder eine wesentliche Erleichterung des Verfahrens verbunden war (Urk. 36 S. 23). Zu Gunsten des Beschuldigten zu berücksichtigen ist mit der Vorinstanz zudem dessen Abhängigkeit von Marihuana (Urk. 36 S. 23). Insgesamt rechtfertigt sich die von der Vorinstanz vorgenommene Erhöhung der Einsatzstrafe auf

E. 3.3

Fazit Bei der vorliegenden Strafhöhe ist eine Freiheitsstrafe auszusprechen. Entsprechend ist der Beschuldigte für das mehrfache Vergehen gegen Art. 19 Abs. 1 lit. a, c und g BetmG mit einer Freiheitsstrafe von 9 Monaten zu bestrafen.

- 22 - 4. Übertretung Für die mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a BetmG ist eine Busse auszusprechen. Bei der Bemessung einer Busse ist nebst dem Verschulden der finanziellen Leistungsfähigkeit Rechnung zu tragen (Art. 106 Abs. 3 StGB). Die von der Vorinstanz ausgesprochene Busse von Fr. 1'500.- für die mehrfache Übertretung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG (Urk. 36 S. 24) ist der Tat, dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen und zu bestätigen. VII. Vollzug und Widerruf Die Vorinstanz hält die bezüglich Vollzug und Widerruf anzuwendenden Grundsätze korrekt fest und wendet sie richtig und angemessen auf den vorliegenden Fall an (Urk. 36 S. 24 ff.). Darauf kann verwiesen werden.

Entsprechend ist der Vollzug der heute auszufällenden Freiheitsstrafe von 9 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von 5 Jahren aufzuschieben und der bedingte Vollzug der Geldstrafe von 180 Tagessätzen gemäss Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 16. Mai 2018 zu widerrufen. Die Busse ist zu vollziehen. VIII. Beschlagnahmungen Betreffend Beschlagnahmungen kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 36 S. 26). IX. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 9-12) zu bestätigen. 2. Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Der Beschuldigte unterliegt vollumfänglich. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind ihm aufzuerlegen.

- 23 - 3. Die Kosten der amtlichen Verteidigung sind gestützt auf Art. 426 Abs. 1 StPO auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Beschuldigte ist zu verpflichten, diese Entschädigung

an den Staat zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (vgl. Art. 135 Abs. 4 StPO). Es wird erkannt: 1. Der Beschuldigte A._____ ist schuldig – des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a, c und g BetmG sowie – der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG. 2. Der Beschuldigte wird bestraft mit 9 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 1 Tag durch Haft erstanden ist, und einer Busse von Fr. 1'500.–. 3. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 5 Jahre festgesetzt. 4. Die Busse ist zu bezahlen. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 15 Tagen. 5. Die mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 16. Mai 2018 bedingt ausgefallte Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.– wird vollzogen. 6. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 26. März 2019 beschlagnahmten und bei der Kantonspolizei, Asservate Triage, lagernden Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen: – 6 Hanfstecklings Proben (A012'413'795) – 6 Hanfpflanzenproben (A012'413'819) – 6 Hanfpflanzen (A012'413'820) – 6 Hanfpflanzen (A012'413'842) – 1 Verschlussbeutel Marihuana (A012'413'864)

- 24 - – 2 Vakuumsäcke mit Marihuana (A012'413'988) – 2 Säcke mit getrocknetem Marihuana (A012'414'049) – Konsumfertiges Marihuana (A012'414'107) – Getrocknete Marihuana Abschnitte (A012'414'129) – div. Marihuana (A012'414'152) – div. Marihuana aus Tongefäss (A012'414'174) 7. Die folgenden mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 26. März 2019 beschlagnahmten und beim Forensischen Institut lagernden Unterlagen und Gegenstände werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen: – Übersichts- und Detailaufnahmen vom Tatort (A012'420'041) – Zigarettenstummel Marke Marlboro (A012'420'154) – Zigarettenstummel Marke Winston (A012'420'164) – Zigarettenstummel Marke Parisienne (A012'420'176) – Jointstummel (A012'420'405, A012'420'438, A012'420'450) – Gummihandschuhe (A012'420'461) – DNA-Spur-Wattetupfer (A012'420'483, A012'420'494, A012'420'507, A012'420'518, A012'420'529) – Handschuhe (A012'420'474, recte: A012'420'574) 8. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 26. März 2019 beschlagnahmten div. Unterlagen insb. Mietvertrag (A012'412'883) werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgegeben oder nach unbenutztem Ablauf einer dreimonatigen Frist von der Lagerbehörde vernichtet.

E. 5

Nach dem Ausgeführten sind die bei der Hausdurchsuchung erlangten Beweise verwertbar. IV. Sachverhalt 1. Der Anklagevorwurf kann der – diesem Urteil angehängten – Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 2. September 2019 (Urk. 16) entnommen werden. 2. Wie die Vorinstanz (Urk. 36 S. 8) richtig festhält, anerkennt der Beschuldigte, von ca. September 2018 bis 10. März 2019 an der B._____ -Strasse ..., ... Zürich, eine Indoor-Hanfanlage zur Aufzucht von Drogenhanf (THC-Gehalt von mindestens 1,0 Prozent) betrieben zu haben und hierbei zuerst ca. 100 Hanfpflanzen (bei der Verwendung von 5 Natriumdampflampen à 600 Watt) und dann mindestens ca. 180 Hanfpflanzen (bei der Verwendung von 10 Natriumdampflampen à 600 Watt) aufgezogen und geerntet sowie in einem dritten Mal 575 Hanfpflanzen

- 13 - aufgezogen zu haben, wobei beim letzten Mal die Ernte wegen der polizeilichen Kontrolle unterblieb. Ebenso anerkennt der Beschuldigte, von den genannten Ernten

zwischen Dezember 2018 und dem 10. März 2019 (mindestens) pro Tag 5 g, total also 500 g Marihuana selbst konsumiert zu haben (Urk. 5 S. 3 ff.; Urk. 6 S. 4 ff.; Prot. I S. 11 ff.; Urk. 24 S. 10; Urk. 50 S. 9 f.). Diese Anerkennungen sind glaubhaft und korrespondieren mit den sachlichen Beweismitteln, insbesondere den Beschlagnahmungen vor Ort. Hingegen bestreitet der Beschuldigte, dass er in der fraglichen Zeit die in der Anklage genannten Mengen an Marihuana von einmal 1.5 kg und einmal 3 kg geerntet und dieses verkauft habe und dass er von der dritten Aufzucht 6.3 kg Ernte erhofft habe und dieses ebenfalls habe verkaufen wollen. Er macht geltend, er habe die wesentlich geringeren Mengen Marihuana, die er geerntet habe, vollständig selbst konsumiert, was pro Tag jedoch mehr als 5 g, nämlich 10 bis 15 g gewesen sei (vgl. Urk. 5 S. 6 f.; Urk. 6 S. 7 ff.; Prot. I S. 11 ff.; Urk. 24 S. 9 ff.; Urk. 50 S. 11 f.). Demzufolge ist der Sachverhalt hinsichtlich der tatsächlich geernteten und der erhofften Menge Marihuana sowie hinsichtlich der tatsächlichen Veräusserung von 4 kg Marihuana und der erhofften weiteren Veräusserung von 6.3 kg Marihuana zum Preis von jeweils Fr. 5'000.– pro Kilogramm zu erstellen. 3. Anklagebehörde und Vorinstanz stützen sich neben den Aussagen des Beschuldigten (Urk. 5; Urk. 6; Prot. I S. 6 ff.; beigezogene Akten Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, Verfahren-Nr. 2018/16202 und 2009/4127) im Wesentlichen auf den Polizeirapport vom 13. März 2019 (Urk. 1), eine Skizze der Indoor-Hanfanlage (Urk. 2/1), Fotodokumentationen (Urk. 2/2–3), Unterlagen des EWZ (Urk. 7/2–4) sowie die anlässlich der Hausdurchsuchung sichergestellten und beschlagnahmten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Urk. 9/6–8). Die Vorinstanz hat die allgemeinen Beweiswürdigungsregeln dargelegt (Urk. 36 S. 9) sowie Inhalt und Beweiswert der Aussagen des Beschuldigten und der bei den Akten liegenden sachlichen Beweismittel wiedergegeben und gewürdigt (Urk. 36 S. 10 ff.). Auf diese Erwägungen kann verwiesen werden. Im Folgenden sind die wesentlichen Punkte hervorzuheben und vereinzelt zu ergänzen, wobei

- 14 - auf den anzunehmenden Ernteertrag (E. 4), den Umfang des Eigenkonsums (E. 5) und die Veräusserung des produzierten Marihuanas einzugehen ist (E. 6). 4.1 Der Polizeirapport führt bezüglich Ertrag der Hanfanlage ein Gutachten des Forensischen Instituts Zürich vom April 2013 an, wonach sich Mindesterträge von 25 g konsumfähigem getrocknetem Marihuana pro Cannabispflanze und Zyklus problemlos rechtfertigen liessen. Ebenso korreliere der Energieeintrag pro Pflanze mit der Anzahl Watt Lichtleistung, die jeder Pflanze während ihrer Lebenszeit zu Teil wird. Unter Berücksichtigung verschiedener Faktoren lasse sich der Ernteertrag unter angemessenen Aufzuchtbedingungen, wie sie in Indoor-Anlagen angenommen werden könnten, auf eine Faustformel von 1 g pro eingebrachtes Watt Lichtleistung für Profis und 0,5 g für Anfänger ableiten (Urk. 1 S. 3 f.). Am letzteren Wert von 0,5 g pro eingebrachtes Watt Lichtleistung orientiert sich die Anklage. Hierbei handelt es sich um eine etablierte Berechnungsart. Ausgehend von der Verwendung von 5 Natriumdampflampen à 600 Watt (erste Ernte), von 10 Natriumdampflampen à 600 Watt (zweite Ernte) und den beschlagnahmten 21 Natriumdampflampen à 600 Watt (geplante Ernte) führt dies zu den angeklagten Mengen von 1.5 kg, 3 kg bzw. 6.3 kg Marihuana. Zum gleichen Ergebnis kommt man angesichts des Anbaus von ca. 100 Pflanzen (erste Ernte), von ca. 180 Pflanzen (zweite Ernte) bzw. von 575 bei der Hausdurchsuchung vorgefundenen Pflanzen (geplante Ernte), wenn man gemäss „klassischer Berechnung“ von einem Ertrag von 10-15 g pro Pflanze ausgeht (vgl. OFK-BetmG- FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Art. 2 BetmG, N 83). 4.2 An der Angemessenheit dieser Annahmen vermögen die Ausführungen des Beschuldigten zum

Ernteertrag nichts zu ändern. Auf deren ausführliche Wieder- gabe im vorinstanzlichen Urteil (Urk. 36 S. 10-12) ist zu verweisen. Im Wesent- lichen will der Beschuldigte nur 3–4 g pro Pflanze konsumfertiges Marihuana pro- duziert haben, bei der ersten Ernte von ca. 100 Hanfpflanzen rund 350 g und bei der zweiten Ernte von ca. 180 Hanfpflanzen rund 800 g. Die Vorinstanz erachtet diese Darstellungen zu Recht als nicht überzeugend (Urk. 36 S. 12 f.). Der Be- schuldigte befasst sich seit 1992 mit dem Anbau von Hanf, zuletzt im Jahr 2018

- 15 - an genau demselben Ort. Er kann durchaus als erfahren im Hanfanbau betrachtet und die bei der Hausdurchsuchung vorgefundenen Aufzuchtbedingungen (ver- schiedene baulich abgetrennte Zuchträume, zwei Klimaanlagen, 21 Natrium- dampflampen à 600 Watt; Urk. 2/1-3) können mit der Vorinstanz als professionell bezeichnet werden (Urk. 36 S. 13). Die Vorinstanz weist auch richtig auf den un- auflösbaren Widerspruch zwischen der vom Beschuldigten angegebenen Ernte- menge von total maximal 1'200 g, der sichergestellte Menge von 1'396 g getrock- netem Marihuana und der Behauptung des Beschuldigten, die ganze Produktion selbst geraucht zu haben, hin (Urk. 36 S. 13). Die Aussage des Beschuldigten, von den sichergestellten 1'396 g sei ein grosser Teil bloss Pflanzenmaterial (Urk. 6 S. 8), ist im Übrigen als Schutzbehauptung zu qualifizieren. Es erscheint nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschuldigte eine so grosse Menge an Ab- fällen aufbewahrt haben sollte. 4.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der in der Anklageschrift festgehal- tene Ernteertrag erstellt werden kann.

E. 5.1

Betreffend Eigenkonsum geht die Staatsanwaltschaft davon aus, dass der Beschuldigte im fraglichen Zeitraum maximal 5 g Marihuana pro Tag und damit total 500 g konsumiert hat. Eine grössere Konsummenge, insbesondere über ei- nen längeren Zeitraum, erscheine unrealistisch (Urk. 17 S. 2). Der Beschuldigte macht demgegenüber geltend, täglich 10-15 g Marihuana zu rauchen (Urk. 5 S. 5; Urk. 6 S. 10 f.; Prot. I S. 17 f.). Seine Ausführungen zum Ei- genkonsum werden im vorinstanzlichen Urteil im Einzelnen wiedergegeben (Urk. 36 S. 14 f.). Darauf kann verwiesen werden. Der Verteidiger stützt sich für die Plausibilisierung des behaupteten Eigen- konsums auf eine Pressemitteilung zu einem Fall vor Amtsgericht München, in dem der Beschuldigte 500 g Marihuana pro Monat bzw. 15 g pro Tag konsumiert habe (Urk. 25/4). Zudem moniert er, man habe es unterlassen, beim Beschuldig- ten eine Haaranalyse durchzuführen, die den von ihm behaupteten Konsum hätte belegen können (Urk. 24 S. 9 ff., Urk. 50 S. 11 f.).

- 16 -

E. 5.2

Die Vorinstanz hat sich mit der Frage des Eigenkonsums ausführlich aus- einandergesetzt (Urk. 36 S. 15 f.). Sie wies darauf hin, dass der von der Vertei- digung zitierte Fall einen 59-Jährigen betraf, der angab, zuletzt durchgängig von 3 Uhr morgens bis 20 Uhr abends konsumiert zu haben und auch nachts zum Konsumieren aufgestanden zu sein, und dass die Sachverständige erklärte, noch nie einen höheren Wert festgestellt zu haben (Urk. 25/4). Der Beschuldigte mache im vorliegenden Fall nicht einmal ansatzweise geltend, in ähnlichem zeitlichem Ausmass zu konsumieren. Er müsste für die 15 g Marihuana (bei einer Menge von 0,5 bis 1 g pro Joint) nämlich 15 bis 30 Joints pro Tag rauchen, habe jedoch angegeben, jeweils tagsüber zu arbeiten, und nichts von nächtlichem Konsum erwähnt. Im Gegenteil habe er erklärt, es gebe Tage, an denen er auch nur 2 g rauche. Sein

Konsum hänge zwar nach seinen Aussagen vom jeweils verfügbaren Marihuana ab, aber er habe selbst zugegeben, nicht unbeschränkt viel davon rauchen zu können. Diesen Erwägungen ist beizupflichten. Die Vorinstanz schliesst auch richtig, dass es vor diesem Hintergrund für die Staatsanwaltschaft keine Veranlassung gab, einen angeblichen Konsum von bis zu 15 g pro Tag mit einer Haaranalyse zu überprüfen (Urk. 36 S. 16).

E. 5.3

Zusammenfassend ist mit Anklagebehörde und Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschuldigte durchschnittlich etwa 5 g Marihuana pro Tag konsumierte. Für den vorliegend massgeblichen Zeitraum von 100 Tagen von der ersten Ernte bis zum 10. März 2019 von 100 Tagen ist damit ein Eigenkonsum von 500 g anzunehmen. 6.1 Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten vor, die nicht selbst konsumierte Menge an nicht näher bekannten Örtlichkeiten in der Schweiz an nicht näher bekannte Abnehmer zu einem unbekanntem Verkaufspreis, mindestens jedoch für Fr. 5'000.– pro Kilogramm, verkauft bzw. einen solchen Verkauf beabsichtigt zu haben. Der Beschuldigte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, sämtliches Marihuana selbst konsumiert oder dies zu tun beabsichtigt zu haben. Er bestreitet, Marihuana verkauft bzw. einen Verkauf beabsichtigt zu haben (Urk. 5 S. 6 f.;

- 17 - Urk. 6 S. 10 f.; Prot. S. 14 ff., S. 18). Auf die Wiedergabe der Ausführungen des Beschuldigten im Urteil der Vorinstanz (Urk. 36 S. 16 ff.) kann verwiesen werden. 6.2 Ausgangspunkt bildet der Umstand, dass der Beschuldigte mit 4.5 kg wesentlich mehr produzierte, als er selbst konsumierte (500 g) bzw. bei der Hausdurchsuchung noch vorhanden war (1'396 g). Die Vorinstanz schliesst daraus zu Recht, dass er das übrige Marihuana anderen nicht näher bekannten Personen verschafft, d.h. diesen abgegeben hat (Urk. 36 S. 18). Der Vorinstanz ist auch zu folgen, wenn sie ausführt und begründet, dass insbesondere aufgrund der Gegebenheiten vor Ort (1'396 g Marihuana, von denen sich 23 g in einem Verschlussbeutel, 48 g in zwei Vakuumsäcken, 468 g in zwei Säcken aus zwei Kartonschachteln sowie das übrige Marihuana in Kisten und Tongefässen und auf dem Küchenbartresen befand; Vakuumiergerät; diverse Vakuumierbeutel; diverse Kartonschachteln; Urk. 2/3, Urk. 4/2; Urk. 9/7) davon auszugehen sei, dass das sichergestellte, getrocknete Marihuana ebenfalls hätte weitergegeben werden sollen (Urk. 36 S. 18). Entsprechendes gilt für die noch zu erntenden 6.3 kg Marihuana (dazu Urk. 36 S. 19). Für eine Weitergabe des Marihuanas spricht zudem der Umstand, dass die erheblichen finanziellen Aufwände des Beschuldigten (vgl. sogleich E. 6.3) alleine zur Produktion der 500 g für den Eigenkonsum wenig Sinn ergeben hätten, da er diese Menge deutlich günstiger auch bei Drittpersonen hätte beschaffen können. Es ist daher mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass das sichergestellte, getrocknete sowie auch das noch zu erntende Marihuana hätte weitergegeben werden sollen. 6.3 Auf der anderen Seite hält die Vorinstanz dafür, es könne nicht erstellt werden, dass der Beschuldigte das Marihuana zum vorgeworfenen Preis oder überhaupt zu einem Preis verkauft habe; eine solche Transaktion lasse sich nicht beweisen (Urk. 36 S. 18). Richtig daran ist, dass anlässlich der Hausdurchsuchung keine Vermögenswerte gefunden wurden, die sich einem solchen Verkauf zuordnen liessen. Allerdings sprechen die erwähnten Gegebenheiten vor Ort sowie der normale Lauf der Dinge bzw. die allgemeine Lebenserfahrung klar dafür, dass der

- 18 - Beschuldigte das Marihuana nicht vollumfänglich verschenkt, sondern verkauft hat, wenn auch Verkaufspreis und Umsatz unbekannt sind. Aufgrund der vom Beschuldigten

geschilderten persönlichen Verhältnisse ist zudem nicht klar, wie er die erheblichen Aufwände für den Betrieb der Hanfanlage mit seinen angegebenen Mitteln hätte finanzieren sollen. So führte der Beschuldigte aus, er verdiene durchschnittlich ca. Fr. 4'000.- netto pro Monat und habe ca. Fr. 30'000.- Schulden. Für die Wohnkosten gebe er Kollegen, bei welchen er wohne, durchschnittlich Fr. 350.- bis Fr. 600.- ab (Prot. I S. 7 f.). Für die Liegenschaft an der B. _____-Strasse ... bezahlte er einen monatlichen Mietzins in Höhe von Fr. 2'170.- (Urk. 2/5). Weiter generierte der Betrieb der Hanfanlage auch einen erheblichen Stromverbrauch, weshalb der Beschuldigte im Zeitraum vom 5. April 2018 bis zum 23. Mai 2019 Elektrizitätskosten in Höhe von Fr. 6'691.35, mithin ca. Fr. 495.-- pro Monat, zu tragen hatte (Urk. 7/2 und Urk. 7/3). Diese finanziellen Aufwände sind mit dem Einkommen des Beschuldigten kaum zu bewältigen. Über Vermögen verfügt er zudem nicht. Es ist daher naheliegend, dass der Beschuldigte über eine weitere Einkommensquelle verfügt hat, welche aufgrund der Gelegenheiten in erster Linie im teilweisen Verkauf des produzierten Marihuanas zu sehen wäre. Freilich braucht diese Frage der Entgeltlichkeit aber nicht weiter vertieft zu werden, fällt doch zum einen auch die unentgeltliche Abgabe von Betäubungsmitteln unter den Veräusserungstatbestand von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG und ist zum andern bei der Strafzumessung vorliegend ohnehin das Verschlechterungsverbot zu berücksichtigen. Hinsichtlich einer unentgeltlichen Weitergabe bringt die Verteidigung zudem vor, ein derart getätigtes oder beabsichtigtes (unentgeltliches) Verschaffen werde dem Beschuldigten in der Anklageschrift gar nicht vorgeworfen, weshalb die Vorinstanz mit dem von ihr als erstellt erachteten Sachverhalt den von der Anklageschrift abgesteckten Rahmen verlassen und somit den in Art. 9 Abs. 1 StPO verankerten Anklagegrundsatz verletzt habe (Urk. 50 S. 10 f.). In der Anklageschrift wird dem Beschuldigten vorgeworfen, das Marihuana zu einem unbekanntem Verkaufspreis an unbekannte Abnehmer verkauft zu haben (Urk. 16 S. 2). Da dem Beschuldigten eine entgeltliche Weitergabe vorgeworfen wird, muss eine unentgeltliche Wei-

- 19 - tergabe ebenfalls als davon abgedeckt betrachtet werden, zumal die Entgeltlichkeit bloss ein zusätzliches Element darstellt, welches von der Vorinstanz als nicht erstellt erachtet wurde. Es ist daher keine Verletzung des Anklageprinzips zu erkennen, wenn die Vorinstanz davon ausging, dass nur – aber immerhin – eine unentgeltliche Weitergabe erstellt sei.

E. 7

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Anklagesachverhalt erstellt ist, mit Ausnahme des dem Beschuldigten vorgeworfenen Verkaufspreises von mindestens Fr. 5'000.- pro Kilogramm sowie des erzielten Umsatzes. V. Rechtliche Würdigung Mit Bezug auf die rechtliche Würdigung kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 36 S. 19 ff.). Der Beschuldigte hat sich des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a, c und g BetmG (Anbau, Veräusserung, Anstalten-Treffen zur Veräusserung) sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gemacht. VI. Strafzumessung 1. Strafrahmen Der ordentliche Strafrahmen der Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 BetmG liegt bei Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Die mehrfache Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG ist mit Busse zu bestrafen. 2. Strafzumessungsregeln Die Vorinstanz hat die notwendigen theoretischen Ausführungen zur Strafzumessung gemacht (Urk. 36 S. 21 f.). Darauf wird verwiesen.

- 20 - 3. Konkrete Strafzumessung hinsichtlich Vergehen gegen BetmG

E. 9

Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 9-12) wird bestätigt.

E. 10

Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'000.-- ; die weiteren Kosten betragen: Fr. 5'000.-- amtliche Verteidigung (inkl. MwSt.)

E. 11

Die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der Kosten der amtlichen Verteidigung, werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten

- 25 - der amtlichen Verteidigung werden einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten bleibt gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO vorbehalten.

E. 12

Schriftliche Mitteilung im Dispositiv an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (versandt) – die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (versandt) sowie in vollständiger Ausfertigung an – die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A und Formular B – die KOST Zürich mit dem Formular "Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials" – in die Untersuchungsakten der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, Nr. F-4/2018/10016202 gemäss Dispositiv-Ziffer 5 – die Kantonspolizei Zürich, Asservaten-Triage (K190310031) gemäss Dispositiv-Ziffern 6 und 8 – das Forensische Institut Zürich (Ref.Nr. K190310-031/G-Nr. 74921087) gemäss Dispositiv-Ziffer 7.

E. 13

Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. 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 Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen.

- 26 - Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes. Obergericht des Kantons Zürich I. Strafkammer Zürich, 9. Juli 2020 Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: lic. iur. R. Naef MLaw L. Zanetti Zur Beachtung: Der/die Verurteilte wird auf die Folgen der Nichtbewährung während der Probezeit aufmerksam gemacht: Wurde der Vollzug einer Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit aufgeschoben, muss sie vorerst nicht bezahlt werden. Bewährt sich der/die Verurteilte bis zum Ablauf der Probezeit, muss er/sie die Geldstrafe definitiv nicht mehr bezahlen (Art. 45 StGB); Analoges gilt für die bedingte Freiheitsstrafe. Eine bedingte Strafe bzw. der bedingte Teil einer Strafe kann im Übrigen vollzogen werden (Art. 46 Abs. 1 bzw. Abs. 4 StGB), - wenn der/die Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen begeht, - wenn der/die Verurteilte sich der Bewährungshilfe entzieht oder die Weisungen missachtet.

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