

# ZH\_OBERGERICHT SB240231 vom 20. Januar 2025

ZH Obergericht, 2025-01-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_SB240231](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB240231)

FR: ZH\_OBERGERICHT SB240231 du 20 janvier 2025

IT: ZH\_OBERGERICHT SB240231 del 20 gennaio 2025

## Erwägungen

### E. 1

Der Beschuldigte wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 13. Dezember 2023 gemäss dem eingangs zitierten Urteilsdispositiv schuldig

- 6 - gesprochen. Innert gesetzlicher Frist liess der Beschuldigte mit Eingabe vom 18. Dezember 2023 Berufung anmelden (Urk. 52; Art. 399 Abs. 1 StPO). Nachdem das begründete Urteil den Parteien zugestellt worden war, reichte der Beschuldigte wiederum fristgerecht mit Eingabe vom 7. Mai 2024 die Berufungserklärung ein (Urk. 63; Art. 399 Abs. 3 StPO). Die Staatsanwaltschaft verzichtete in der Folge auf eine Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils (Urk. 68; Art. 400 Abs. 3 StPO). Zur heutigen Berufungsverhandlung erschien der Beschuldigte in Begleitung seines amtlichen Verteidigers (Prot. II S. 3).

### E. 1.1

Die Verteidigung macht im Berufungsverfahren geltend, die polizeilichen Einvernahmen vom 29. September 2021 seien in Abwesenheit und ohne Information der amtlichen Verteidigung durchgeführt worden, obschon bereits am 2. Dezember 2020 eine amtliche Verteidigung bestellt worden sei. Diese polizeilichen Einvernahmen seien daher nicht verwertbar. Die Vorinstanz habe in Bezug auf Dossiers 5 und 12 daher zu Unrecht auf diese abgestellt (Urk. 63 S. 3). Die Vorinstanz erwog diesbezüglich, gemäss Art. 159 StPO habe die beschuldigte Person das Recht, dass ihre Verteidigung bei Einvernahmen im polizeilichen Ermittlungsverfahren anwesend sein und Fragen stellen kann. Die Teilnahme der Verteidigung sei aber nicht zwingend, sondern durch die beschuldigte Person aktiv

- 7 - einzufordern. Wenn die beschuldigte Person auf die Teilnahme ihrer Verteidigung verzichte, obwohl sie gemäss Art. 158 StPO auf ihre Rechte aufmerksam gemacht worden sei, sei die Einvernahme verwertbar (Urk. 62 S. 8 mit Verweis auf BSK StPO-RUCKSTUHL, 3. Auflage 2023, N 9 ff. zu Art. 159 StPO). Der Beschuldigte sei anlässlich der polizeilichen Einvernahmen vom 5. Mai 2021 (Urk. D2/2), vom 29. September 2021, 15.41 Uhr (Urk. D6/6) sowie vom 29. September 2021, 18.54 Uhr (Urk. D5/2) auf sein Recht auf Verteidigung gemäss Art. 158 i.V.m. 159 Abs.1 StPO hingewiesen worden. In der Einvernahme vom 5. Mai 2021 habe der Beschuldigte explizit verzichtet (Urk. D2/2 Frage 2), in den beiden weiteren Einvernahmen habe er erklärt, seine Rechte verstanden zu haben, habe daraufhin aber ebenfalls nicht verlangt, dass sein Verteidiger anwesend sein sollte. Sämtliche Einvernahmen seien dem Beschuldigten sodann zur Durchsicht gegeben und von diesem unterzeichnet worden. Der Beschuldigte habe somit rechtsgültig auf die Teilnahme seines Verteidigers an den genannten polizeilichen Einvernahmen verzichtet, weshalb diese gemäss Art. 159 Abs. 1 StPO gültig und vollständig verwertbar seien (Urk. 62 S. 8).

## **E. 1.2**

Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, ist das Recht auf den Anwalt der ersten Stunde ein Recht der beschuldigten Person und keine Pflicht der Behörde, eine Verteidigung sicherzustellen (BSK StPO-RUCKSTUHL, 3. Auflage 2023, N 9 ff. zu Art. 159 StPO; SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, 4. Auflage 2023, N1a zu Art. 159 StPO; Zürcher Kommentar GODENZI, 2. Auflage 2020, N 1 und N 13 zu Art. 159 StPO; Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1193). Ein Anspruch darauf, dass in jedem neuen polizeilichen Ermittlungsverfahren die in einer bereits eröffneten Untersuchung bestellte Verteidigung von Amtes wegen informiert wird, ergibt sich aus der Strafprozessordnung nicht (vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1194). Es würde auch nur wenig Sinn ergeben, wenn ein Beschuldigter, gegen den eine Untersuchung wegen eines schwerwiegenden Delikts geführt wird und der dort notwendig verteidigt werden muss, in jedem später wegen Bagatelldelikten eingeleiteten Verfahren zwingend verteidigt werden bzw. die im anderen Verfahren bestellte Verteidigung stets informiert werden müsste. Dies würde dazu führen, dass aufgrund einer laufenden Untersuchung wegen des - 8 - schweren Delikts in der gesamten Schweiz ohne Verteidigung bzw. ohne ausdrücklichen Verzicht der im anderen Verfahren bestellten Verteidigung keine polizeiliche Einvernahme wegen eines Bagatelldelikts mehr durchgeführt werden dürfte. Das ist nicht sachgerecht und ergibt sich weder aus dem Gesetzestext noch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Ob es dem einvernehmenden Polizeibeamten selbst bekannt war bzw. bekannt sein konnte, dass dem Beschuldigten bereits eine amtliche Verteidigung bestellt worden war, spielt – mit der zutreffenden Ansicht der Verteidigung (vgl. Urk. 79 S. 4) – keine entscheidende Rolle. Die Polizei ist – wie ausgeführt – im polizeilichen Ermittlungsverfahren nicht verpflichtet, nach sämtlichen sonst noch hängigen Strafverfahren zu suchen und abzuklären, ob dort bereits eine Verteidigung bestellt worden war. Sie hat einzig zu beachten, ob der Beschuldigte selbst im Sinne von Art. 159 Abs. 1 StPO eine Verteidigung fordert oder ob – gestützt auf den Gegenstand des polizeilichen Ermittlungsverfahrens – ein Fall notwendiger Verteidigung im Sinne von Art. 130 lit. a-e StPO gegeben ist, in welchen bei delegierten polizeilichen Einvernahmen zwingend eine Verteidigung bestellt werden muss (vgl. Art. 131 Abs. 2 StPO). Der von der Verteidigung referenzierte Entscheid stützt diese Ansicht gerade, zumal er im Ergebnis festhält, dass die Polizei keine Pflicht trifft, in neu hinzukommenden Ermittlungsverfahren Einvernahmen nur in Anwesenheit des – bereits wegen eines laufenden Verfahrens – bestellten notwendigen Verteidigers durchzuführen (vgl. Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich UH160330 vom 1. Februar 2017 E. 2.3.c). Die weiteren Ausführungen der Verteidigung zum Vorliegen eines Falls der notwendigen Verteidigung anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 29. September 2021 (vgl. Urk. 79 S. 4) gehen fehl, da sich aus den Gesetzesmaterialien klar ergibt, dass Art. 131 Abs. 2 StPO kein Recht auf eine notwendige Verteidigung der ersten Stunde – namentlich im selbständigen polizeilichen Ermittlungsverfahren – vorsieht (vgl. Urteil 6B\_990/2017 vom 18. April 2018 E. 2.3.3. mit Verweis auf AB 2007 N 953 f.).

## **E. 1.3**

Der Beschuldigte brachte an der Hauptverhandlung sodann vor, die Polizei habe ihm vor der Einvernahme mehrere Biere gegeben, damit er gesprächig werde.

- 9 - Man habe ihm dabei gar nicht gesagt, dass es sich um eine Einvernahme handle. Vielmehr sei es für ihn einfach ein Gespräch gewesen, wobei der Polizeibeamte an seinem PC gesessen sei und auch nicht immer alles aufgeschrieben habe. Er sei schliesslich auch nicht auf seine Rechte aufmerksam gemacht worden, obwohl das so im Protokoll stehe. Er habe dieses zwar unterzeichnet, aber nicht richtig angeschaut (Prot. I S. 41 f.). Gemäss dem aktenkundigen Einvernahmeprotokollen wurden die notwendigen Vorhalte und Rechtsbelehrungen korrekt gemacht (Urk. D5/2 Frage 1 und Urk. D6/6=D12/2 Frage 1). Wie der Beschuldigte selbst einräumt, hat er alle Einvernahmeprotokolle selbst unterzeichnet und damit deren Richtigkeit bestätigt. Da keine geistige Einschränkung des Beschuldigten bekannt ist, darf davon ausgegangen werden, dass er die Protokolle lesen und verstehen konnte. Ein formelles Protokollberichtigungsbegehren wurde – soweit ersichtlich – nicht gestellt. Es ist daher vom Ablauf auszugehen, wie er in den aktenkundigen Protokollen festgehalten wurde. Auch die Behauptung des Beschuldigten, man habe ihn durch das Angebot von Bier zu Aussagen verleiten wollen, ist nicht evident. Es ist ausserdem kein Hinweis ersichtlich, dass er nicht einvernahmefähig gewesen wäre. Auch diesbezüglich ergibt sich daher kein Grund, weshalb die polizeilichen Einvernahmen nicht verwertbar sein sollten.

#### **E. 1.4**

Mit der Vorinstanz sind die polizeilichen Einvernahmen vom 5. Mai 2021 sowie vom 29. September 2021 demnach als verwertbar anzusehen. Des Weiteren wurde der Beschuldigte anlässlich der Einvernahmen vom 29. September 2021 auf sein Aussageverweigerungsrecht hingewiesen, weshalb sich das Erfragen des Zugangscodes zum Mobiltelefon als unproblematisch erweist (vgl. Urteil 6B\_525/2024 vom 15. Januar 2025 E. 2.5.1., zur Publikation vorgesehen).

#### **E. 2**

Dossier 5

#### **E. 2.1**

Dem Beschuldigten wird in Dossier 5 zusammengefasst vorgeworfen, er habe in der Zeit zwischen dem 25. Februar 2021 bis am 29. September 2021 im Raum F.\_\_\_\_\_ sowie an der E.\_\_\_\_\_ -strasse 1 in F.\_\_\_\_\_ insgesamt 35 Gramm Heroin gemischt (17.6% Reinheitsgrad) an diverse Endkonsumenten sowie G.\_\_\_\_\_ verkauft, sowie im gleichen Zeitraum, vorwiegend an seinem Wohnort an der E.\_\_\_\_\_ -strasse 1 in F.\_\_\_\_\_, eine nicht näher bekannte Menge an Heroin konsumiert.

- 10 -

#### **E. 2.2**

Der Beschuldigte hat die ihm betreffend Dossier 5 gemachten Vorwürfe in der Einvernahme vom 29. September 2021 zugegeben (Urk. D5/2 Frage 10 ff.). Er habe das Heroin jeweils selbst besorgt und G.\_\_\_\_\_ habe es an die Endkonsumenten verkauft (Urk. D5/2 Frage 11). Teilweise habe er es auch selbst portionenweise à 0.2 Gramm zu Fr. 20.– an die Konsumenten verkauft (Urk. D5/2 Frage 15). Das Heroin habe er jeweils von albanischen Kontakten bezogen. Diese seien nach seiner Haftentlassung via Facebook auf ihn zugekommen. Vieles habe er auch als Willkommensgeschenk erhalten (Urk. D5/2 Frage 19). Zudem konsumiere er gelegentlich, konkret ca. 1 Gramm pro Woche, Heroin (Urk. D5/2 Frage 25). Auf Vorhalt der Zusammenfassung des ihm gemachten Vorwurfs gestand

er diesen sodann rundweg ein (Urk. D5/2 Frage 27 unten). Weiter liegen Fotos von Chatverläufen ab dem Mobiltelefon des Beschuldigten bei den Akten (Urk. D5/4). Diesen lässt sich insbesondere entnehmen, dass der Beschuldigte einem Kontakt namens "G'.\_\_\_\_\_", bei welchem es sich anerkanntermassen um G.\_\_\_\_\_ handelt (vgl. Urk. D5/2 Frage 8), unter anderem schrieb "Ha no gnuge gfunde aso cha der sa süs mache 100.-"; "Mach eifach 2 + 5" "Ha au wieder 1 Kg vo dem verdünner hüt obig" (Urk. D5/4 Foto 8). Dieser schrieb an einem anderen Tag die Nachricht "i versta dini verchauptpolitick. Du seisch bruchsch gäld, dafür muesch schafe nöd schlafe" (Urk. D5/4 Foto 8). Weiter schrieb der Beschuldigte dem Kontakt "G'.\_\_\_\_\_" "Gib nöd eifach so für 100 halb" "2 plus 0.5 wöt i mache zerst" (Urk. D5/4 Foto 9). Weiter wurde auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten eine gemäss Meta- daten am 24. September 2021 in F.\_\_\_\_\_ erstellte Fotografie von drei Minigrip- Säckchen mit einem braunen Pulver gefunden (Urk. D5/4 Foto 11). Diese Nachrichten und sowie das Foto auf dem Mobiltelefon des Beschuldigten deuten klar auf eine Handelstätigkeit mit Heroin hin und lassen sich mit seinem Eingeständnis, wo- nach er regelmässig von albanischen Kontakten Heroin bezogen und dieses so- dann an G.\_\_\_\_\_ sowie diverse Endkonsumenten verkauft habe, bestens verein- baren. Demgegenüber erscheinen die Ausflüchte des Beschuldigten in der vorin- stanzlichen Hauptverhandlung keineswegs überzeugend. Er wollte sich einerseits generell nicht mehr erinnern können, über was er mit G.\_\_\_\_\_ geschrieben habe. Zudem handle es sich beim auf dem Foto ersichtlichen brauen Pulver bloss um Gewürze, wobei man mit diesem Foto jemanden habe "verarschen" wollen (Prot. I

- 11 - S. 16 ff.). Sein nach der Festnahme am 29. September 2021 in der polizeilichen Einvernahme abgelegtes Geständnis kommentierte er bloss dahingehend, dass er damals nicht so spezifisch gefragt worden sei und diese Einvernahmen ohnehin ein Thema für sich seien (Prot. I S. 17). Anlässlich der Berufungsverhandlung behauptete der Beschuldigte, die Befragung sei "eine Sache für sich" gewesen und im Chat gehe es nur um eine Qualitätsbeurteilung von Heroin, er habe nicht "gedeut" (Urk. 78 S. 6). Diese Aussagen sind ausweichend und lassen an den detaillierten Eingeständnissen vom 29. September 2021, welche sich auch mit den objektiven Beweismitteln vereinbaren lassen, keine Zweifel aufkommen. Mit der Vorinstanz ist der Sachverhalt betreffend Dossier 5 damit erstellt.

### **E. 2.3**

Die Vorinstanz erwog, der erstellte Sachverhalt gemäss Dossier 5 sei sowohl betreffend den Konsum als auch den Handel als Widerhandlung gegen das Betäu- bungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG zu würdigen (Urk. 62 S. 17). Im Dispositiv erwähnt sie indessen in Ziffer 2, 3. Lemma – neben Dossier 1 – auch Dossier 5 unter dem Schuldspruch der Widerhandlung gegen das BetmG im Sinne von Art. 19 Abs. 1 BetmG. Dies ist auch zutreffend, zumal es sich beim Handel mit 6.16 Gramm reinem Kokain nicht mehr um eine Übertretung nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG handelt. Da die Vorinstanz dies korrekt so im Dispositiv aufgeführt hat und auch im Rahmen der Strafzumessung vom korrekten Schuldspruch wegen eines Vergehens im Sinne von Art. 19 Abs. 1 BetmG ausging (Urk. 62 S. 44), ist anzu- nehmen, dass die Erwähnung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG betreffend den Be- täubungsmittelhandel auf Seite 17 des vorinstanzlichen Urteils ein blosser Schreib- fehler ist. Der Beschuldigte ist demnach in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils betreffend Dossier 5 der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinn von Art. 19 Abs. 1 lit. c, d und g schuldig zu sprechen.

### **E. 3**

Dossier 12

### **E. 3.1**

Dem Beschuldigten wird in Dossier 12 zusammengefasst vorgeworfen, er habe am 18. August 2021 ca. um 15:52 Uhr das zuvor gestohlene Motorrad Piaggio ET4 (vgl. Dossier 6) auf der H.\_\_\_\_-strasse in F.\_\_\_\_ stadtauswärts gelenkt und dabei die maximal erlaubte Geschwindigkeit von 60 km/h um netto 3 km/h überschritten. Für die Fahrt habe der Beschuldigte das zuvor entwendete Kontrollschild

- 12 - ZH 2 (vgl. Dossier 11) am Motorrad montiert, obschon er gewusst habe, dass dieses Kontrollschild nicht auf das Motorrad zugelassen sei. Die genannte Fahrt habe der Beschuldigte unternommen, ohne über den dafür nötigen Führerausweis zu verfügen.

### **E. 3.2**

Die Untersuchung stützt sich im Wesentlichen auf ein Radarfoto, welches das Motorrad inkl. des fraglichen Kontrollschilts zeigt (Urk. D11/4). Der Beschuldigte bestreitet indessen, der Lenker des Motorrades gewesen zu sein (Urk. D1/19/3 Frage 52 ff.; Prot. I S. 26). Mit der Vorinstanz ist die auf dem Radarfoto ersichtliche Person eindeutig als der Beschuldigte zu identifizieren (vgl. Urk. D11/4 und D1/7/1). Er selbst räumte anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 29. September 2021 auf Vorhalt des fraglichen Radarfotos ein: "Ja, das bin ich. Es ist mein T-Shirt und alles" (Urk. D12/2 Frage 96). Seine später vorgebrachte Bestreitung, es handle sich beim auf dem Radarfoto ersichtlichen Lenker des Motorrades nicht um ihn, überzeugt demgegenüber nicht. Sein Vorbringen, es wachse ihm kein Schnauz (Prot. I S. 26), ist angesichts des Fotos des Verhaftsrapports vom 2. Dezember 2022 eindeutig widerlegt (Urk. D1/7/1). Mit der Vorinstanz (Urk. 62 S. 33) ist der Sachverhalt damit erstellt.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz würdigt den erstellten Sachverhalt als einfache Verletzung der Verkehrsregeln im Sinne von Art. 90 Abs. 2 SVG durch Geschwindigkeitsüberschreitung gemäss Art. 32 Abs. 2 SVG, als missbräuchliche Verwendung von Ausweisen oder Kontrollschildern i.S.v. Art. 97 Abs. 1 lit. a SVG sowie als Fahren ohne Berechtigung im Sinne von Art. 95 Abs. 1 lit. a SVG (Urk. 62 S. 33 f.). Dies erweist sich als zutreffend und wird seitens des Beschuldigten im Berufungsverfahren zu Recht auch nicht beanstandet, weshalb der vorinstanzliche Schuldspruch unter Verweis auf die Erwägungen der Vorinstanz (Art. 82 Abs. 4 StPO) zu bestätigen ist.

### **E. 4**

Zusammengefasst sind die Schuldsprüche betreffend Dossiers 5 und 12 zu bestätigen. Die in den gleichen Lemmas des vorinstanzlichen Dispositivs aufgeführten Schuldsprüche hinsichtlich anderer Dossiers gelten zwar als mitangefochten, sind indessen ebenfalls zu bestätigen, da sie im Berufungsverfahren nicht mehr beanstandet wurden.

- 13 - III. Strafzumessung

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