

# ZH\_OBERGERICHT UP170005 vom 12. April 2017

ZH Obergericht, 2017-04-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_UP170005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_UP170005)

FR: ZH\_OBERGERICHT UP170005 du 12 avril 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT UP170005 del 12 aprile 2017

## Erwägungen

### E. 2

Gegen diese Verfügung liess der Beschwerdeführer Beschwerde erheben (Urk. 2). Darin wird die Aufhebung der Verfügung vom 2. Februar 2017 und die Bestellung von Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ zum amtlichen Verteidiger des Beschwerdeführers beantragt (Urk. 2 S. 2). Das Büro für amtliche Mandate beantragt Abweisung der Beschwerde (Urk. 9). Der Beschwerdeführer liess in der Replik erneut die vollumfängliche Gutheissung der Beschwerde beantragen (Urk. 17). Auf eine Duplik wurde verzichtet (Urk. 22). 3.1 In der angefochtenen Verfügung wird ausgeführt, dem Beschwerdeführer werde vorgeworfen, an seinem Wohnort ca. 800 Gramm Haschisch an unbekannte Personen abgegeben und dafür als Entgelt Marihuana erhalten zu haben. Zudem soll er ca. 500 Gramm Marihuana und ca. 750 Gramm Haschisch für je Fr. 15.-- pro Gramm an unbekannte Personen verkauft haben. Ferner soll er ca. 2 Kilogramm Haschisch zum Weiterverkauf sowie ca. 253 Gramm Marihuana und ca. 3967 Gramm Haschisch zum Eigenkonsum in seiner Wohnung aufbewahrt haben. Angesichts dieser Vorwürfe liege ein die amtliche Verteidigung ausschliessender Bagatellfall nicht vor. Es handle sich aber um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht einfachen Fall. Bei den Vorwürfen gehe es um einen für "Durchschnittsmenschen" und auch für den Beschwerdeführer - einen 66-jährigen Schweizer - leicht überschaubaren Sachverhalt. Auch in rechtlicher Hinsicht stellen sich keine besonderen Schwierigkeiten, zumal sich der Beschwerdeführer anlässlich der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vollumfänglich geständig gezeigt habe. Zudem dürfte er ohne Weiteres in der Lage sein, eine allfällige Einsprache gegen den am 1. Februar 2017 erlassenen Strafbefehl ohne anwaltliche Hilfe zu verfassen (Urk. 5). 3.2 In der Beschwerde wird zusammengefasst vorgebracht (Urk. 2 S. 2 ff.), am 30. Januar 2017 seien im Rahmen einer polizeilichen Hausdurchsuchung beim Beschwerdeführer fast 6 Kilogramm Haschisch, mehr als 250 Gramm Marihuana, 180 Gramm einer unbekannt Substanz, eine Feinwaage, eine elektronische Waage, diverses Verpackungsmaterial und Fr. 3'830.-- sichergestellt worden. Der Beschwerdeführer sei in der Folge in Polizeiverhaft versetzt worden. Im Polizeirapport vom 30. Januar 2017 sei festgehalten worden, aufgrund der beträchtlich

- 4 - grossen Sicherstellungen bestehe der dringende Verdacht, dass der Beschwerdeführer dem gewerbsmässigen Handel mit Haschisch nachgehe; mithin habe der Verdacht eines Verbrechens bestanden. Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_, welcher damals anwaltlichen Pikettdienst versehen habe, sei vom Polizisten B. \_\_\_\_\_ zur polizeilichen Einvernahme des Beschwerdeführers am 31. Januar 2017 aufgeboten worden. Aufgrund der vorgefundenen grossen Drogenmenge sei allseits davon ausgegangen worden, dass es sich um einen Fall notwendiger Verteidigung handle. Es habe sich erst nach Abschluss der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vom 1. Februar 2017 gezeigt, dass der

Beschwerdeführer das sichergestellte Ha- schisch grösstenteils zum Eigenkonsum verwenden wollte, weshalb kein profitori- entierter Besitz und Handel und somit kein Verbrechen vorliege. Der Beschwerde- führer sei daher aus der Haft entlassen und es sei ihm der Erlass eines Straf- be- fehls in Aussicht gestellt worden. Im in der Folge erlassenen Strafbefehl sei fest- gehalten worden, dass die Kosten der amtlichen Verteidigung auf die Staatskasse genommen werden. Es sei somit nach den Sicherstellungen von einem schweren Fall im Sinne von Art. 19 Abs. 2 BetmG, mithin von einem Verbrechen, und damit von einem Fall notwendiger Verteidigung gemäss Art. 130 lit. b StPO auszugehen gewesen. Davon seien sowohl der Polizist B. \_\_\_\_\_ wie auch die fallführende Staatsanwältin ausgegangen. In der angefochtenen Verfügung sei eine unzuläs- sige "ex post Beurteilung" vorgenommen worden, indem darauf abgestellt worden sei, was dem Beschwerdeführer nach Abschluss der staatsanwaltschaftlichen Einvernahme vorgeworfen worden sei. Überdies wären entgegen der angefochtenen Verfügung auch die Voraussetzungen von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO erfüllt, da es sich nicht um einen in tatsächli- cher und rechtlicher Hinsicht leichten Fall handle. Dies zeige sich nicht zuletzt auch darin, dass die fallführende Staatsanwältin offensichtlich von einem Fall amt- licher Verteidigung ausgegangen sei. Ferner wird in der Beschwerde dafür gehalten, gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 133 Abs. 1 StPO sei die amtliche Verteidigung von der im jeweiligen Verfah- rensstadium zuständigen Verfahrensleitung zu bestellen. Verfahrensleitung sei die Staatsanwaltschaft und nicht die Oberstaatsanwaltschaft. Eine Delegation sei

- 5 - nicht zulässig. Die Oberstaatsanwaltschaft sei für die Beurteilung des Gesuchs nicht zuständig gewesen. Es liege eine klare Gesetzesverletzung vor. 3.3 In der Stellungnahme zur Beschwerde (Urk. 9) wird dem letztgenannten Be- schwerdevorbringen unter Hinweis auf § 155 Abs. 1 lit. a GOG widersprochen. Zudem wird festgehalten, unabhängig von der rechtlichen Würdigung des Sach- verhalts durch die Polizei gemäss Rapport vom 30. Januar 2017 stehe es der fall- führenden Staatsanwaltschaft zu, eine andere rechtliche Beurteilung vorzuneh- men. Es sei angesichts des sich bei der Verhaftung des Beschwerdeführers erge- benden Tatverdachts nicht zwingend von einem gewerbs- bzw. bandenmässigen Drogenhandel des Beschwerdeführers auszugehen gewesen. Gemäss Stellung- nahme der fallführenden Staatsanwältin vom 23. Februar 2017 sei der Verteidiger auf Ersuchen des Beschwerdeführers via Anwaltspikett kontaktiert worden, mithin handle es sich um eine erbetene Verteidigung. Es könne nicht davon ausgegan- gen werden, dass bereits die Polizei die Bestellung des Anwalts im Sinne einer notwendigen Verteidigung vorgenommen habe. Der Antrag um Einsetzung von Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ als amtlicher Verteidiger sei erst nach durchgeführter staatsanwaltschaftlicher Einvernahme erfolgt. Die Staatsanwältin habe diesen An- trag dem Büro für amtliche Mandate übermittelt, selbst jedoch keinen Antrag auf Bestellung einer amtlichen Verteidigung gestellt. Unglücklicherweise habe es die Staatsanwältin bei der Ausfertigung des Strafbefehls unterlassen, den stets ab- gemischten Blocksatz betreffend Entschädigung eines potentiellen amtlichen Ver- teidigers zu löschen, so dass im Strafbefehl fälschlicherweise der Eindruck er- weckt worden sei, dass tatsächlich ein amtlicher Verteidiger eingesetzt worden sei. Es könne auch kein Fall amtlicher Verteidigung im Sinne von Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO angenommen werden. Wie in der angefochtenen Verfügung festgehalten, sei nicht von einem tatsächlich und rechtlich schwierigen Fall auszugehen. 3.3 Diesen Ausführungen wird in der Replik unter Wiederholung und Ergänzung der Beschwerdevorbringen widersprochen (Urk. 17).

- 6 - 4.1 Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, so achtet die Verfahrensleitung darauf, dass unverzüglich eine Verteidigung bestellt wird (Art. 131 Abs. 1 StPO). Die Verteidigung ist insbesondere notwendig, wenn der beschuldigten Person eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr droht (Art. 130 lit. b StPO). Ob dies der Fall ist, beurteilt sich anhand der äusseren Umstände des Tatvorwurfs. Entscheidend ist, ob der Grund notwendiger Verteidigung bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkannt werden können, wobei an die Erkennbarkeit keine hohen Anforderungen zu stellen sind (Urteile des Bundesgerichts 6B\_883/2013 vom 17. Februar 2014 Erw. 2.3 und 6B\_1069/2015 vom 2. August 2016 Erw. 1.2, je m.H.). Die notwendige Verteidigung hat grundsätzlich vor der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft zu erfolgen, wenn sich aus den Polizeiberichten ein hinreichender Tatverdacht auf ein schweres Delikt ergibt, da die Staatsanwaltschaft in diesen Fällen gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO vor einer eigenen Einvernahme eine Untersuchung eröffnen muss (Beschluss der Kammer UP130067 vom 30. Januar 2014 Erw. II/3.2.1 m.H.). 4.2 Der Handel mit Betäubungsmitteln stellt einen qualifizierten Verstoss im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG dar, wenn der Täter durch gewerbmässigen Handel einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt. Erheblich ist ein Gewinn von über 10'000 Franken. Der schwere Fall setzt darüber hinaus voraus, dass die von der Rechtsprechung entwickelten Bedingungen der Gewerbmässigkeit erfüllt sind. Danach handelt der Täter gewerbmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufes ausübt. Wesentlich ist ausserdem, dass der Täter sich darauf einrichtet, durch sein deliktisches Handeln relativ regelmässige Einnahmen zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten seiner Lebensgestaltung darstellen. Zudem muss er die Tat bereits mehrfach begangen haben (Urteil des Bundesgerichts 6B\_976/2015 vom 27. September 2016 Erw. 10.3.2 m.H.).

- 7 - Die Strafandrohung gewerbmässigen Betäubungsmittelhandels im Sinne Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG lautet auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr, allenfalls verbunden mit einer Geldstrafe (Art. 19 Abs. 2 Ingress BetmG). 4.3 Am Nachmittag des 30. Januar 2017 wurde an der Bushaltestelle ... in Zürich ein Jugendlicher durch eine Polizeipatrouille kontrolliert, der 42 Gramm Marihuana auf sich trug. Der Jugendliche gab an, das Marihuana am Morgen von einem älteren Mann in dessen nahe des ... befindlichen Wohnung gekauft zu haben. Gemäss Polizeirapport vom 30. Januar 2017 wurde die Örtlichkeit (bzw. die Wohnung) eruiert und als diejenige des Beschwerdeführers erkannt (Urk. 12/1 S. 2). Im Rahmen der dort sofort durchgeführten Hausdurchsuchung wurde Haschisch und Marihuana von insgesamt mehr als sechs Kilogramm (teilweise in verschweissten Plastiksäcken bzw. Minigrip), Bargeld in der Höhe von fast Fr. 4'000.- und diverse Betäubungsmittelutensilien (Feinwaage, elektronische Waage, diverses ungebrauchtes Verpackungsmaterial [Minigrip und Plastiksäcke]), wie sie typischerweise von Drogenverkäufern benutzt werden, sichergestellt (Urk. 12/6.1-3). Zudem wurden mehrere Plastikbeutel bzw. Minigrip mit unbekanntem Inhalt aufgefunden. Gemäss Beschwerdeführer handelt es sich bei einer Substanz um "Ayahuasca" (Urk. 12/3 S. 4). "Ayahuasca" ist ein psychedelisch wirkender Pflanzensud, der unter anderem Visionen und eine subjektive Erweiterung des Bewusstseins bewirkt (vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Ayahuasca>). Die Polizei traf in der Wohnung nebst dem Beschwerdeführer zwei Männer an, und während der Hausdurchsuchung klopften drei

Personen an die Wohnungstüre an; gemäss Polizeirapport handelte es sich bei diesen fünf Personen augenscheinlich um Drogenabnehmer (Urk. 12/1 S. 4). Die Polizei rapportierte unter anderem wegen gewerbsmässigen Handels mit Haschisch. In den Polizeirapporten vom 30. Januar 2017 und vom 31. Januar 2017 wird ausdrücklich festgehalten, dass der dringende Verdacht bestehe, der Beschwerdeführer gehe dem gewerbsmässigen Handel mit Haschisch nach (Urk. 12/1 und Urk. 12/2, je S. 1 und S. 2). Anlässlich der polizeilichen Befragung vom 31. Januar 2017 wurde dem Beschwerdeführer am Anfang der Einvernahme zur Sache vorgehalten, dass er dringend verdächtigt werde, seit unbestimmter

- 8 - Zeit dem Handel mit Haschisch und Marihuana nachzugehen (Urk. 12/3 S. 2). Der Beschwerdeführer räumte ein, mindestens 750 Gramm Haschisch und zudem erhebliche Mengen an Marihuana zum Preis von je Fr. 15.-- pro Gramm verkauft zu haben (Urk. 12/3 S. 12). In der am nächsten Tag erfolgten staatsanwaltschaftlichen Befragung wurde ihm am Anfang der Einvernahme vorgehalten, er stehe in dringendem Verdacht, mit Haschisch und Marihuana zu handeln (Urk. 12/4 S. 2). Der Beschwerdeführer anerkannte den Vorwurf, ca. 500 Gramm Marihuana und 750 Gramm Haschisch je zum Preis von Fr. 15.-- pro Gramm verkauft zu haben (Urk. 12/4 S. 7). Mithin räumte er ein, einen Gewinn von mehr als Fr. 10'000.-- erwirtschaftet zu haben, und es bestanden konkrete Verdachtsmomente, er übe den Handel in der Art eines Berufes aus und erziele dadurch relativ regelmässige Einnahmen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten seiner Lebensgestaltung darstellten. Mit anderen Worten ging zumindest die Polizei aufgrund der ersten Ermittlungen, insbesondere der erfolgten Sicherstellungen, von gewerbsmässigem Drogenhandel aus, was auch in der Stellungnahme zur Beschwerde eingeräumt wird. Diese Einschätzung war zutreffend. Angesichts der genannten Umstände bestand der dringende Verdacht, der Beschwerdeführer handle gewerbsmässig mit Haschisch bzw. Marihuana. Davon war zumindest auch noch zu Beginn der staatsanwaltschaftlichen Befragung auszugehen. Aus diesen Gründen war bereits nach den ersten polizeilichen Ermittlungen von einem Fall notwendiger Verteidigung im Sinne von Art. 130 lit. b StPO auszugehen. Der Beschwerdeführer musste daher zwingend anwaltlich verteidigt sein. 4.4 Das Argument in der Stellungnahme zur Beschwerde, da auf Ersuchen des Beschwerdeführers via Anwaltspikett ein Verteidiger kontaktiert worden sei, handle es sich um eine erbetene Verteidigung, überzeugt nicht. Der sich in Polizeiverhaft befindende Beschwerdeführer wurde anlässlich der polizeilichen Befragung einleitend darauf hingewiesen, dass er auf eigenes Kostenrisiko eine Verteidigung bestellen oder eine amtliche Verteidigung beantragen könne (Urk. 12/3 S. 1). Daraus, dass er darum ersuchte, via Anwaltspikett einen Verteidiger zu kontaktieren, kann nicht auf erbetene Verteidigung geschlossen werden. Davon ging offenbar auch der befragende Polizist aus, erkundigte er sich doch beim Beschwerdefüh-

- 9 - rer, ob dieser mit der Verteidigung durch den aufgebotenen Anwalt einverstanden sei (Urk. 12/3 S. 1). Bereits am nächsten Tag wurde das Gesuch um amtliche Verteidigung durch Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ gestellt (Urk. 12/4 S. 8). Es war aufgrund der Akten davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer nicht über die nötigen Mittel zur Bezahlung des Anwalts verfügt, da er ein geringes monatliches Nettoeinkommen von Fr. 2'400.-- erzielt und sich Vermögen und Schulden die Waage halten (Urk. 12/3 S. 13 und Urk. 12/4 S. 7 f.). Auch diese Aspekte sprechen gegen eine erbetene Verteidigung. Abgesehen davon ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der aufgebotene Anwalt der ersten Stunde als amtlicher Verteidiger beizugeben, wenn nicht bereits zu Beginn feststeht, dass es sich

klarerweise bloss um einen leichten und einfachen Straffall handelt, was aus der ex-ante-Perspektive zu beurteilen ist (Urteil des Bundesgerichts 1B\_66/2015 vom 12. August 2015 Erw. 2.3). Diese Feststellung machte das Bundesgericht zwar im Kontext mit der amtlichen Verteidigung gemäss Art. 132 Abs. 1 lit. b StPO, doch muss sie mutatis mutandis umso mehr in Fällen notwendiger Verteidigung gelten. Wird die amtliche Verteidigung gewährt, erfolgt die Beigabe des Rechtsvertreters rückwirkend auf den Mandatsantritt hin und erfasst somit auch die Leistungen als Anwalt der ersten Stunde (Urteil des Bundesgerichts 1B\_66/2015 vom 12. August 2015 Erw. 2.6). 4.5 Abschliessend ist festzuhalten, dass in Gutheissung der Beschwerde die angefochtene Verfügung aufzuheben und Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ per 31. Januar 2017 als amtlicher Verteidiger des Beschwerdeführers zu bestellen ist. Damit besteht kein Anlass auf die weiteren Beschwerdevorbringen einzugehen. Der Verteidiger ist für das Untersuchungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft zu entschädigen. 4.6 Da der Beschwerdeführer obsiegt, sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens, einschliesslich die Kosten der amtlichen Verteidigung für diesen Verfahrensabschnitt, definitiv auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 428 Abs. 1 StPO). Die Entschädigung des amtlichen Verteidigers für seine Aufwendungen im Beschwerdeverfahren wird nach Eingang der entsprechenden Honorarnote durch die Kammer mit separatem Beschluss festzusetzen sein.

- 10 - Es wird beschlossen:

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