

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB120498-O/U/gs

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, die Ersatzoberrichterinnen
lic.iur. Bertschi und lic.iur. Brühwiler sowie der Gerichtsschreiber
lic.iur. Hafner

Urteil vom 26. März 2013

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Anklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes
Zürich (10. Abteilung) vom 23. August 2012 (GB120060)**

Anklage:

Der Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, Büro G-2, vom 1. Juni 2012 (Urk. 15) ist diesem Urteil beigeheftet.

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG,
 - der Widerhandlung gegen das Waffengesetz im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG in Verbindung mit Art. 4 WG und
 - der Übertretung des Waffengesetzes im Sinne von Art. 34 Abs. 1 lit. e WG in Verbindung mit Art. 26 Abs. 1 WG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 30.– sowie mit einer Busse von Fr. 500.–.
3. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Der beim Beschuldigten sichergestellte Bargelddbetrag von Fr. 1'040.– wird zur teilweisen Kostendeckung herangezogen.
6. Die beim Beschuldigten sichergestellten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien (Lager-Nr. ...) werden eingezogen und sind durch die Stadtpolizei Zürich zu vernichten.
7. Das beim Beschuldigten sichergestellte Sturmgewehr (Asservat Nr. ...) wird dem Beschuldigten herausgegeben, ist jedoch direkt durch die Stadtpolizei Zürich im Zeughaus zu deponieren.

8. Die Pistole Desert Eagle (Asservat Nr. ...) sowie die Pistole Ruger (Asservat Nr. ...) werden zur Verwertung eingezogen. Der Erlös wird zur Kostendeckung herangezogen. Ein allfälliger Überschuss wird dem Beschuldigten ausgehändigt.
9. Die beim Beschuldigten sichergestellten Waffen und Waffenzubehöre (2 Schachteln Munition Samson [Asservat Nr. ...], 15 Schachteln 9mm Ruger [Asservat Nr. ...], 1 Militärmunition [Asservat Nr. ...], 1 Elektroschockwaffe Power Max [Asservat Nr. ...], 1 Butterflymesser [Asservat Nr. ...], 1 Stichdolch [Asservat Nr. ...], 3 Wurfmesser [Asservat Nr. ...], 1 Dolch [Asservat Nr. ...]) werden der Stadtpolizei Zürich, Waffenbelange, zur gutscheinenden Verwendung überlassen.
10. Die beim Beschuldigten sichergestellte Dose mit unbekannter Substanz (Asservat Nr. ...) wird eingezogen und ist durch die Stadtpolizei Zürich zu vernichten.
11. Die Entscheidgebühr wird angesetzt auf:
 - Fr. 1'500.- ; die weiteren Kosten betragen:
 - Fr. Kosten Kantonspolizei
 - Fr. 1'100.- Gebühr Anklagebehörde
 - Fr. Kanzleikosten
 - Fr. Auslagen Untersuchung
12. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.

Berufungsanträge:

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 41 S. 1)

1. Es sei in Gutheissung der Berufung das Urteil der Vorinstanz vom 23. August 2012 aufzuheben und der Beschuldigte von Schuld und Strafe freizusprechen.
2. Die beschlagnahmten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien seien definitiv zu beschlagnahmen und zu vernichten.
3. Die beim Beschuldigten sichergestellten Waffen und Waffenzubehöre (1 Elektroschockwaffe Power Max, 1 Butterflymesser, 1 Stichdolch, 3 Wurfmesser) seien zu beschlagnahmen.
4. Die restlichen Waffen und Waffenzubehöre (Pistole Desert Eagle, Pistole Ruger 2 Schachteln Munition Samson, 15 Schachteln Munition 9 mm Ruger) sowie der sichergestellte Bargeldbetrag von CHF 1'040.00 seien dem Beschuldigten auszuhändigen.
5. Die Kosten des Strafverfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen.
6. Es sei dem Beschuldigten eine angemessene Parteientschädigung aus der Staatskasse auszurichten.

b) Der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl:

(schriftlich, Urk. 35)

Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils.

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 1. Juni 2012 wurde der Beschuldigte der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie der Widerhandlung und der Übertretung des Waffengesetzes schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.--, entsprechend Fr. 3'600.--, sowie mit einer Busse in Höhe von Fr. 900.-- bestraft. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre angesetzt, während die Busse zu bezahlen war und im Falle von schuldhaftem Nichtbezahlen eine Ersatzfreiheitsstrafe von 9 Tagen angesetzt wurde (Urk. 15). Dagegen liess der Beschuldigte rechtzeitig Einsprache erheben. In der Folge überwies die Staatsanwaltschaft die Akten ans zuständige Einzelgericht, wobei der Strafbefehl als Anklageschrift zu gelten hatte (Art. 356 Abs. 1 StPO).

2. Mit Urteil vom 23. August 2012 bestätigte das Einzelgericht des Bezirkes Zürich den Schuldpunkt betreffend Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie der Widerhandlung und Übertretung des Waffengesetzes bezüglich der Elektroschockwaffe Power Max, des Butterflymessers, des Stichdolchs sowie der drei Wurfmesser und bestrafte den Beschuldigten mit einer Geldstrafe von 150 Tagessätzen zu Fr. 30.-- sowie mit einer Busse von Fr. 500.--. Der Vollzug der Geldstrafe wurde aufgeschoben und die Probezeit auf zwei Jahre festgesetzt, während die Busse zu bezahlen war und bei schuldhafter Nichtbezahlung eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen angesetzt wurde.

3. Gegen dieses Urteil liess der Beschuldigte am 28. August 2012 fristgerecht Berufung anmelden (Urk. 26). Mit Eingabe vom 31. Oktober 2012 reichte die Verteidigung ihre Berufungserklärung ein und beschränkte die Berufung auf den Schuldpunkt als solchen (Urk. 31). Mit Präsidialverfügung des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. November 2012 wurde der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl eine Kopie der Berufungserklärung zugestellt und Frist zu einer allfälligen Anschlussberufung oder zu einem Nichteintretensantrag gestellt. Gleichzeitig wurde der Beschuldigte aufgefordert, dem Gericht das Datenerfassungsblatt samt Unter-

lagen einzureichen (Urk. 33). Mit Eingabe vom 7. Dezember 2012 verzichtete die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl auf eine Anschlussberufung und beantragte die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils (Urk. 35). Am 3. Januar 2013 liess die Verteidigung dem Gericht die eingeforderten Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen der Beschuldigten zukommen (Urk. 37-38).

4. Am 28. Dezember 2012 wurde zur heutigen Berufungsverhandlung vorgelesen, anlässlich welcher die Parteien die eingangs erwähnten Anträge stellen liessen.

II. Berufung

A. Umfang / Rechtskraft

Gemäss Art. 402 StPO hat die Berufung lediglich im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung. Die Verteidigung beschränkte ihre Berufung auf den Schuldspruch. Damit ist auch die Sanktion und die Kostenaufgabe (nicht aber die Kostenaufstellung) mitangefochten. Da die Verwendung des beschlagnahmten Geldbetrages gemäss Dispositiv Ziffer 5 des erstinstanzlichen Entscheides und die Verwertung der Pistolen Desert Eagle und Ruger gemäss Dispositivziffer 8 in engstem Zusammenhang mit der Kostenaufgabe stehen, ist vorliegend auch hierüber neu zu entscheiden. Demzufolge ist festzustellen, dass das Urteil des Einzelgerichts des Bezirks Zürich vom 23. August 2012 betreffend Dispositivziffer 6, 7, 9 teilweise (Einziehung verbotene Waffen und 1 Militärmunition), 10 und 11 in Rechtskraft erwachsen ist.

B. Beanstandungen

1. Die Verteidigung beantragte einen vollumfänglichen Freispruch, mit der sinngemässen Begründung, die von der Staatsanwaltschaft herangezogenen Beweismittel seien nicht verwertbar. Dazu führte die Verteidigung Folgendes aus (Urk. 31):

2. Im Rahmen der im Verfahren gegen B._____ durchgeführten Hausdurchsuchung sei auch das Zimmer des Beschuldigten durchsucht worden, wo die Betäubungsmittel und Waffen gefunden und sichergestellt worden seien. Dabei handle es sich um einen Zufallsfund. Gegen den Beschuldigten habe kein Anfangsverdacht bestanden.

3. Bei B._____ handle es sich um den Untermieter des Beschuldigten. In der Wohnung seien die zur alleinigen Benutzung dienenden Zimmer des Untermieters B._____ und des Untervermieters A._____ entsprechend angeschrieben gewesen. In das private Zimmer des Beschuldigten habe B._____ grundsätzlich keinen Zutritt gehabt. Gemäss dem Hausdurchsuchungsbefehl gegen B._____ seien alle der beschuldigten Person zugänglichen Räumlichkeiten in der Liegenschaft ... [Adresse] in Zürich zu durchsuchen gewesen. Das seien in der Wohnung des Beschuldigten das (private) Zimmer von B._____ und die gemeinsam genutzten Räume (Wohnzimmer, Küche, Badezimmer) gewesen, nicht aber das klar als Privatbereich bezeichnete Zimmer des Beschuldigten. In diesem Sinne stehe das Hausrecht betreffend das mit dem Namen des Beschuldigten angeschriebene Zimmer einzig und alleine dem Beschuldigten zu. Die Hausdurchsuchung hätte daher mit seiner Einwilligung durchgeführt werden müssen. Diese sei nicht eingeholt worden. Demnach hätte das private Zimmer des Beschuldigten lediglich gestützt auf einen auf den Beschuldigten lautenden Hausdurchsuchungsbefehl durchsucht werden dürfen. Ein solcher liege nicht vor. Die Durchsuchung seines Zimmers sei durch den Hausdurchsuchungsbefehl gegen B._____ nicht gedeckt gewesen.

4. Sinn und Zweck des Durchsuchungsbefehls gegen B._____ sei gewesen, Deliktsgegenstände zu suchen, welche mit dem ihm vorgeworfenen Delikt zu tun hätten. Dieses Durchsuchungsziel habe die Polizei erreichen können, indem sie in der Wohnung die allgemeinen Räume und das Zimmer von B._____ durchsucht habe. Indem die Polizei in das private Zimmer des Beschuldigten eingedrungen sei, habe sie bewusst nach Beweismitteln gesucht, die mit dem Tatverdacht gegen B._____ in keinem Zusammenhang stünden. Eine Beweisausforschung liege

nach der Lehre auch dann vor, wenn weiter durchsucht werde, obwohl das Durchsuchungsziel erreicht sei, was vorliegend zutreffe.

5. Die Durchsuchung des Zimmers des Beschuldigten sei damit unrechtmässig erfolgt. Die Durchsuchung sei ohne vorbestehenden Tatverdacht vorgenommen worden und stelle eine reine - unzulässige - Beweisausforschung dar.

6. Gestützt auf die in Art. 141 Abs. 2 StPO geregelte Fernwirkung von Beweisverboten sei auch das Geständnis des Beschuldigten nicht als Beweis verwertbar, weil dieses lediglich gestützt auf die sichergestellten Betäubungsmittel und Waffen habe erhältlich gemacht werden können.

7. Indem die Staatsanwaltschaft Beweismittel heranziehe, die unrechtmässig erlangt worden seien, verletze sie u.a. das Gebot des fairen Verfahrens sowie das Legalitätsprinzip. Da sämtliche den Beschuldigten belastenden Beweise prozessual nicht verwertet werden dürften, müsse dies dazu führen, dass der Beschuldigte von Schuld und Strafe freizusprechen sei.

8. Zu überprüfen ist somit die Rechtmässigkeit der Beweismittelverwertung.

III. Verwertbarkeit der Beweismittel

1. Ausgangslage

1.1. Die Vorinstanz führte die Umstände, wie es zur Hausdurchsuchung in der Wohnung des Beschuldigten an der ... [Adresse] in Zürich kam, zutreffend aus und stellte auch zu Recht fest, dass vor der Hausdurchsuchung ein Tatverdacht gegen den Beschuldigten A._____ nicht bestand (Urk. 30 S. 7, I.2.4.). Es kann vorab darauf verwiesen werden. Festzuhalten ist, dass die Hausdurchsuchung als Zwangsmassnahme im Verfahren gegen B._____, dem Untermieter des Beschuldigten, angeordnet worden war, nachdem bei ihm anlässlich einer Personenkontrolle Betäubungsmittel sichergestellt werden konnten.

1.2. Durch die Akten belegt ist, dass anlässlich der gegenüber dem Tatverdächtigen B._____ angeordneten Hausdurchsuchung auch das Zimmer des Beschuldigten durchsucht wurde und dort die Beweismittel (Marihuana, Waffen) sichergestellt wurden (Urk. 11/3).

1.3. Unbestritten und erstellt ist, dass der Beschuldigte A._____ Mieter der durchsuchten Wohnung war und es sich bei B._____ lediglich um dessen Untermieter handelte. Bei der fraglichen Wohnung handelte es sich um eine 3-Zimmerwohnung (Urk. 32/1). Dabei ist davon auszugehen, dass die Räumlichkeiten so aufgeteilt waren, dass B._____ und der Beschuldigte je ein eigenes Zimmer bewohnten und sie sich die übrigen Räumlichkeiten (Wohnzimmer, Küche, Bad) teilten, wie dies einerseits vom Beschuldigten vorgebracht wurde und andererseits aufgrund der Beschriftung der Zimmer (Urk. 32/3-5) geschlossen werden muss. Im Übrigen geht diese Aufteilung der Räumlichkeiten auch aus dem Hausdurchsuchungsprotokoll der Stadtpolizei Zürich hervor, indem die Polizeibeamten korrekterweise festhielten, welche Gegenstände sie aus dem "Schlafzimmer B._____" (Urk. 11/2) und welche aus dem "Schlafzimmer A._____" (Urk. 11/3) sicherstellten.

2. Gesetzliche Voraussetzungen

2.1. Bei einer Hausdurchsuchung handelt es sich um eine Zwangsmassnahme im Sinne der Strafprozessordnung. Zwangsmassnahmen können nur ergriffen werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind; ein hinreichender Tatverdacht vorliegt; die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können und die Bedeutung der Straftat die Zwangsmassnahme rechtfertigt (Art. 197 Abs. 1 StPO). Nachdem anlässlich der Personenkontrolle bei B._____ Betäubungsmittel sichergestellt werden konnten, waren die Voraussetzungen für eine Hausdurchsuchung im Hinblick auf Straftaten von B._____ gegeben.

2.2. Gemäss Art. 241 Abs. 2 lit. a StPO hat der Durchsuchungsbefehl u.a. die zu durchsuchenden Räumlichkeiten zu bezeichnen. Gemäss schriftlichem Hausdurchsuchungsbefehl waren die Wohnung des (in jenem Verfahren) Beschuldigten B._____ an der ... [Adresse] in Zürich und alle in dieser Liegenschaft der be-

schuldigten Person (B._____) zugänglichen Räumlichkeiten (inklusive Keller, Estrich etc.) zu durchsuchen (Urk. 11/1 S. 2). Da sich diese Zwangsmassnahme einzig gegen B._____ richtete, konnte sich der Durchsuchungsbefehl auch nur auf Räumlichkeiten beziehen, die von ihm bewohnt und genutzt wurden.

3. Rechtmässigkeit der Hausdurchsuchung

3.1. Der gegen B._____ vorerst mündlich und hernach auch schriftlich ausgestellte Hausdurchsuchungsbefehl erfolgte unbestrittenermassen rechtmässig (Art. 197 Abs. 1 StPO, Art. 241 Abs. 1 und 2 StPO). Demzufolge sind auch die bei der Durchsuchung des Zimmers von B._____ und der gemeinsam genutzten Räumlichkeiten sichergestellten Beweismittel ohne Weiteres verwertbar.

3.2. Vorliegend zu berücksichtigen ist, dass B._____, gegen den der Durchsuchungsbefehl ausgestellt worden war, nicht Mieter der Wohnung war, sondern bloss Untermieter. Als solcher stand ihm ein Schlafzimmer zur alleinigen Benutzung zu sowie die Mitbenutzung des Wohnzimmers, der Küche und des Bades. Das (Schlaf-)Zimmer des Beschuldigten stellte demgegenüber dessen Privatbereich dar, zu dem B._____ nur mit Einwilligung des Beschuldigten Zutritt hatte. Die im vorliegenden Verfahren massgeblichen Beweismittel (Marihuana und Waffen) wurden aus dem Zimmer des Beschuldigten A._____ sichergestellt. Wie oben erwähnt, war auch den die Durchsuchung ausführenden Polizeibeamten bewusst, dass es sich dabei nicht um ein von B._____ genutztes Zimmer handelte, wie sie dies auf dem Hausdurchsuchungsprotokoll zum Ausdruck brachten (Urk. 11/3). Das bedeutet, das Zimmer des Beschuldigten wurde einer Zwangsmassnahme unterzogen, obschon es für eine Durchsuchung an einer gesetzlichen Grundlage fehlte, da gegen A._____ kein Tatverdacht vorlag und offensichtlich war, dass es sich beim fraglichen Zimmer um seinen Privatbereich handelte, der vom Durchsuchungsbefehl gegen B._____ nicht mitumfasst sein konnte (Art. 197 Abs. 1 StPO). Eine Einwilligung des Beschuldigten konnte nicht vorliegen, da er im Ausland weilte und von der Durchsuchung gar keine Kenntnis hatte. Demzufolge erfolgte die Durchsuchung des Zimmers von A._____ ohne gesetzliche Grundlage, mithin unrechtmässig.

4. Zufallsfund / Beweisausforschung

4.1. Die Vorinstanz ging davon aus, bei den im Zimmer des Beschuldigten A._____ gefundenen Drogen und Waffen handle es sich um Zufallsfunde im Sinne von Art. 243 StPO (Urk. 30 S. 8). Zufällig entdeckte Gegenstände, die mit der abzuklärenden Straftat nicht in Zusammenhang stehen, aber auf eine andere Straftat hinweisen, werden sichergestellt (Art. 243 Abs. 1 StPO). Gemäss Art. 243 Abs. 2 StPO sind solchermassen sichergestellte Beweismittel nicht zum Vorneherein unverwertbar. Als zufällig entdeckt gelten Gegenstände dann, wenn sie anlässlich einer *lege artis* systematisch durchgeführten Zwangsmassnahme zwangsläufig entdeckt werden (BSK StPO, Gfeller/Thormann, Art. 243 N 13). Das bedeutet, ein Zufallsfund liegt nur dann vor, wenn die Durchsuchung auf einer gesetzlichen Grundlage korrekt durchgeführt wird. Wie oben bereits dargelegt, erfolgte die Durchsuchung des Zimmers des Beschuldigten A._____ jedoch ohne hinreichenden Tatverdacht und somit ohne gesetzliche Grundlage. Bei den aus dem Zimmer von A._____ sichergestellten Beweismitteln handelt es sich deshalb nicht um einen Zufallsfund im Sinne von Art. 243 Abs. 1 StPO (vgl. Riklin, StPO Kommentar, Art. 243 N 1; BSK StPO, Gfeller/Thormann, Art. 243 N 49).

4.2. Nicht als Zufallsfunde gelten die Ergebnisse sogenannter Beweisausforschungen, auch Fishing-Expeditions genannt. Während beim Zufallsfund die Entdeckung dieses Beweismittels nicht intendiert war, bezwecken Fishing-Expeditions gewissermassen Zufallsfunde. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die Durchführung der Zwangsmassnahme nicht durch einen präexistenten hinreichenden Tatverdacht legitimiert ist und erst mit den Ergebnissen der Durchsuchung begründet werden soll (BSK StPO, Gfeller/Thormann, Art. 243 N 15).

4.3. Wie oben bereits festgehalten, bestand kein hinreichender Tatverdacht gegen den Beschuldigten A._____, als dessen Zimmer durchsucht wurde. Wenn dieses Zimmer dennoch einer Durchsuchung unterzogen wurde, kann dies nur aufgrund einer diffusen Ahnung - es soll in der Wohnung sehr stark nach Marihuana gerochen haben (Urk. 3 S. 3 Frage 21) - oder "auf gut Glück" geschehen sein, um möglicherweise Beweismittel gegen A._____ zu finden. Den ausführenden Beamten war offensichtlich bewusst, dass allfällige Beweismittel, die im Zim-

mer von A._____ gefunden würden, auf eine Straftat von diesem und nicht auf eine Straftat von B._____ hinweisen würden und somit mit dem Ziel der angeordneten Hausdurchsuchung nichts zu tun hatten. Denn B._____ wurde mit den im Zimmer von A._____ gefundenen Drogen und Waffen nie ernsthaft in Zusammenhang gebracht. Demzufolge handelte es sich bei der Durchsuchung des Zimmers von A._____ um eine (unerlaubte) Beweisausforschung, bei deren Ergebnis sich grundsätzlich die Frage der Verwertbarkeit stellt.

5. Verwertbarkeit

5.1. Art. 141 StPO regelt die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise. Danach dürfen Beweise, die Strafbehörden unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO). Die Regelung des Art. 141 Abs. 2 StPO knüpft an die Rechtsprechung vor Inkrafttreten der StPO an, "nach der nicht jedes vorschriftswidrig beschaffte Beweismittel ... zu einem Verbot der Verwertung führen [dürfe], weil sonst eine Überspitzung der Formvorschriften auf Kosten der Verbrechensaufklärung vorläge" (BSK StPO, Sabine Gless, Art. 141 N 70). Geregelt ist auch die Fernwirkung dieses Verwertungsverbots. So ist auch ein weiterer Beweis, der durch einen Beweis, der nicht verwertet werden darf, erhoben wird, nicht verwertbar, wenn er ohne die vorhergehende Beweiserhebung nicht möglich gewesen wäre (Art. 141 Abs. 4 StPO). Demgegenüber sind Beweise, bei deren Erhebung Ordnungsvorschriften verletzt worden sind, verwertbar (Art. 141 Abs. 3 StPO).

5.2. Bei der Verwertbarkeit von unrechtmässig erhobenen Beweisen ist somit zunächst zu unterscheiden, ob eine Gültigkeitsvorschrift oder eine Ordnungsvorschrift verletzt wurde, was je nachdem zu einem relativen Verwertungsverbot oder zur Verwertbarkeit führt. Diese Abgrenzung geht auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts zurück. Als Gültigkeitsvorschriften gelten im Wesentlichen jene Regeln, die ausschliesslich oder vorrangig den Schutz des Beschuldigten anstreben. Ordnungsvorschriften sollen demgegenüber in erster Linie der äusseren Ordnung des Verfahrens dienen (BSK StPO, Sabine Gless, Art. 141 N 67 und dortige Verweise).

5.3. Dass Zwangsmassnahmen nur bei Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts ergriffen werden können (Art. 197 StPO), dient zweifellos dem Schutz des Beschuldigten. Gemäss Art. 8 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. Mit einer Hausdurchsuchung wird in dieses Recht des Schutzes der Privatsphäre eingegriffen. Durch die unrechtmässige Durchsuchung des Zimmers des Beschuldigten wurde somit die Privatsphäre seiner Wohnung (seines Zimmers) missachtet und damit eine Gültigkeitsvorschrift verletzt, so dass Art. 141 Abs. 2 StPO zur Anwendung kommt.

5.4. Noch vor Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung (die sich hier - wie erwähnt - auf die bundesgerichtliche Praxis stützt) beurteilte das Bundesgericht die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verwertbarkeit eines Beweismittels, das unter Verletzung von Art. 8 EMRK erhoben wurde, zur Hauptsache im Hinblick auf das allgemeine Fairnessgebot von Art. 29 Abs. 1 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK (BGE 131 I 272 E. 3.2.3.5). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel verfassungsrechtlich nicht in jedem Fall ausgeschlossen, sondern lediglich dem Grundsatz nach (BGE 131 I 272 E. 4.1). Der Umstand allein, dass der rechtswidrig beschaffte Beweis nicht an sich verboten ist, genügt aber nicht, um dessen Verwertbarkeit zuzulassen. Vielmehr ist folgende Interessenabwägung anzustellen: Je schwerer die zu beurteilende Straftat ist, um so eher überwiegt das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung das private Interesse des Beschuldigten daran, dass der fragliche Beweis unverwertet bleibt. Demgegenüber ist das Beweismittel namentlich dann nicht verwertbar, wenn bei seiner Beschaffung ein Rechtsgut verletzt wurde, das im konkreten Fall den Vorrang vor dem Interesse an der Durchsetzung des Strafrechts verdient (BGE 131 I 272 E. 4.1.2). Diese Rechtsprechung wurde vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte geschützt (a.a.O. E. 4.2). Das Bundesgericht hielt in seiner Entscheid 131 I 272 an seiner Rechtsprechung fest, wonach das öffentliche Interesse an der Verwertbarkeit um so eher überwiegt, je schwerer die Straftat ist. Entsprechend dürfte aufgrund der Rechtswidrigkeit der Beweisbeschaffung die Verwertbarkeit zur Verfolgung einer

geringfügigen Straftat zu verneinen sein (BGE 131 I 272 E. 4.6 E. 4.5 und dortige Verweise).

6. Schlussfolgerung

6.1. Vorliegend ist abzuwägen, ob das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des Strafrechts den Vorrang hat vor dem Schutz des Beschuldigten in seiner Privatsphäre. Der Besitz von 560 Gramm Marihuana und verbotener Waffen kann nicht als schwere Straftat bezeichnet werden, was sich auch in der von der Staatsanwaltschaft beantragten Strafe (180 Tagessätze Geldstrafe und Busse) bzw. der von der Vorinstanz ausgesprochenen Strafe (150 Tagessätze Geldstrafe und Busse) widerspiegelt. Eine Abwägung ergibt klar, dass das private Interesse des Beschuldigten an der Achtung seiner Privatsphäre gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Verwertbarkeit der unrechtmässig erlangten Beweismittel überwiegt. Damit unterliegen diese einem Verwertungsverbot (Art. 141 Abs. 2 StPO). Dies gilt auch für das vom Beschuldigten in der Folge abgelegte Geständnis, da dieses nur deshalb zustande kam, weil der Beschuldigte mit den in seinem Zimmer gefundenen Gegenständen konfrontiert wurde (Urk. 4 S. 1 f.).

6.2. Ohne verwertbare Beweismittel kann dem Beschuldigten der Besitz bzw. das Lagern von Marihuana und der verbotenen Waffen nicht nachgewiesen werden, weshalb er vollumfänglich freizusprechen ist.

IV. Sicherstellungen

7. Gesetzliche Grundlage

Gemäss Art. 267 Abs. 3 StPO ist bezüglich Beschlagnahme eines Gegenstandes oder Vermögenswertes im Endentscheid über die Rückgabe an die berechtigte Person, die Verwendung zur Kostendeckung oder über die Einziehung zu befinden, wenn die Beschlagnahme nicht vorher aufgehoben worden ist. Vorliegend wurden die beim Beschuldigten gefundenen Gegenstände und der Bargeldbetrag

lediglich sichergestellt und nicht formell beschlagnahmt. Das ändert aber nichts daran, dass nach Art. 267 Abs. 3 StPO vorzugehen ist.

8. Einziehung

Mit ihrem Entscheid zog die Vorinstanz die beim Beschuldigten sichergestellten Betäubungsmittel und -utensilien sowie die verbotenen Waffen zu Recht ein (Dispositiv Ziff. 6 und Ziff. 9, teilweise). Da eine Einziehung gefährlicher Gegenstände nach Art. 69 StGB unabhängig von der Strafbarkeit einer Person zu verfügen ist und die Verteidigung diese Einziehung auch nicht anfocht, ist heute nicht mehr darüber zu entscheiden (vgl. vorgängig II.A.). Gleich verhält es sich mit der beim Beschuldigten sichergestellten und mit Urteil der Vorinstanz eingezogenen Dose mit unbekannter Substanz (Dispositiv Ziff. 10). **Angefochten wurde aber die Einziehung der sichergestellten zwei Schachteln Munition Samson und 15 Schachteln Munition 9 mm Ruger. Diese sind weder verboten noch liegen Anhaltspunkte vor, dass sie illegal erworben oder für ein Delikt verwendet wurden, so dass keine Grundlage für eine Einziehung besteht. Sie sind daher dem Beschuldigten herauszugeben.**

9. Verwendung sichergestellter Gegenstände, Bargeld

9.1. Die Vorinstanz verfügte in ihrem Urteil, Dispositiv Ziff. 7, die Herausgabe des beim Beschuldigten sichergestellten Sturmgewehrs bzw. die Deponierung desselben im Zeughaus. Die Herausgabe des Sturmgewehrs steht in keinem Zusammenhang mit dem Schuldpunkt und wurde von der Verteidigung nicht angefochten, weshalb auch hierüber nicht mehr zu entscheiden ist (vgl. vorgängig II.A.).

9.2. In Bezug auf die Pistolen Desert Eagle (Asservat Nr. ...) und Ruger (Asservat Nr. ...) liegt - wovon auch die Vorinstanz ausging - kein Grund zur Einziehung vor. Die beiden Pistolen sind deshalb nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils dem Beschuldigten herauszugeben.

9.3. Bei der Durchsuchung des Zimmers des Beschuldigten wurden u.a. auch Fr. 1'040.-- sichergestellt (Urk. 7/2, Urk. 11/3). Die Vorinstanz ging dabei zu Recht

davon aus, dass es sich dabei nicht um Deliktserlös handelte. Nachdem - wie nachfolgend dargelegt - die Kosten des Verfahrens auf die Staatskasse zu nehmen sind, ist dem Beschuldigten der sichergestellte Geldbetrag nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils herauszugeben. Dies wurde aus Versehen nicht ins ausgehängte Urteilsdispositiv übernommen, was hiermit zu korrigieren ist.

V. Kosten- und Entschädigungsfolge

1. Nachdem der Beschuldigte heute freizusprechen ist, ist auch über die erstinstanzliche Kostenaufgabe neu zu entscheiden. Wird die beschuldigte Person freigesprochen, so können ihr die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat (Art. 426 Abs. 2 StPO). Ein solches Verhalten des Beschuldigten ist vorliegend nicht gegeben, weshalb die Kosten des Vorverfahrens und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen sind.
2. Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Entsprechend sind auch die Kosten des Berufungsverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen.
3. Die beschuldigte Person, die ganz oder teilweise freigesprochen wird, hat Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen (Art. 436 StPO in Verbindung mit Art. 429 Abs. 1 StPO). Dem Beschuldigten ist folglich für seine anwaltliche Verteidigung im gesamten Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.-- aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirkes Zürich (10. Abteilung) vom 23. August 2012 (GB120060) bezüglich Disposi-

tivziffer 6 (Einziehung), Dispositivziffer 7 (Herausgabe Sturmgewehr), Dispositivziffer 9 teilweise (Einziehung verbotene Waffen und 1 Militärmunition [Asservat Nr. ...]), Dispositivziffer 10 (Einziehung Dose mit unbekannter Substanz) sowie Dispositivziffer 11 (Kostenaufstellung) in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist eines Deliktes nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die Pistole Desert Eagle (Asservat Nr. ...), die Pistole Ruger (Asservat Nr. ...) sowie zwei Schachteln Munition Samson und 15 Schachteln Munition 9 mm Ruger werden dem Beschuldigten herausgegeben.
3. Der beim Beschuldigten sichergestellte Bargeldbetrag von Fr. 1'040.-- wird an den Beschuldigten herausgegeben.
4. Die Kosten der Untersuchung und des erstinstanzlichen Gerichtsverfahrens werden auf die Staatskasse genommen.
5. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
6. Dem Beschuldigten wird eine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.-- für seine anwaltliche Verteidigung für das gesamte Verfahren aus der Gerichtskasse zugesprochen.
7. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihlsowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl

- die Bundesanwaltschaft
- das Bundesamt für Polizei, Zentralstelle Waffen

und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- die Stadtpolizei Zürich,
- die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich,
- die Koordinationsstelle VOSTRA mit Kopie von Urk. 14/1.

8. Rechtsmittel:

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.

Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen

richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Strafkammer

Zürich, 26. März 2013

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic.iur. Hafner