

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB140106-O/U/ad

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. Bussmann, Präsident, Ersatzoberrichterin lic. iur. Affolter und Ersatzoberrichter lic. iur. Muheim sowie die Gerichtschreiberin lic. iur. Aardoom

Urteil vom 24. Oktober 2014

in Sachen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich, vertreten durch Leitenden Staatsanwalt Dr. Weder,
Anklägerin und Berufungsklägerin

gegen

A. _____,

Beschuldigte und Berufungsbeklagte

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 15. Januar 2014 (GG130240)

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich vom 16. September 2013 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 17).

Urteil der Vorinstanz:

1. Die Beschuldigte ist nicht schuldig und wird freigesprochen vom Vorwurf des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 BetmG.
2. Das Paket (BM-Lager-Nr. ...), das ca. vier Liter Dimethyltryptamin und Harmin enthaltende braune Lösung enthält, wird der Beschuldigten nach Rechtskraft des Urteils herausgegeben.
3. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz; die übrigen Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen.
4. Der Beschuldigten wird eine Prozessentschädigung von Fr. 7'269.50 für die erbetene anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.

Berufungsanträge:

a) des Vertreters der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich:

(Urk. 34 S. 2)

1. Die vorliegende Berufung sei in Anwendung von Art. 406 Abs. 1 lit. d und e StPO in einem schriftlichen Verfahren zu behandeln.

Eventualiter sei die Staatsanwaltschaft in analoger Anwendung von Art. 405 Abs. 2 Satz 2 StPO von einer Teilnahme an der Berufungsverhandlung zu dispensieren, und es sei ihr zu gestatten, ihre Anträge schriftlich einzureichen und zu begründen.

2. Die mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 26. Juni 2013 beschlagnahmten ca. 4 Liter DMT- und Harmin enthaltende braune Lösung (sog. Ayahuasca) seien in Anwendung von Art. 24 Abs. 2 BetmG und Art. 69 Abs. 1 StGB einzuziehen und zu vernichten.
3. Die Kosten des Strafverfahrens seien der Beschuldigten aufzuerlegen.
4. Es seien der Beschuldigten weder ein Entschädigungs- noch eine Genugtuungszahlung zuzusprechen.

b) der Verteidigung der Beschuldigten:

(Urk. 43 S. 2)

1. Der Berufungsantrag Ziff. 2 sei gutzuheissen und der beschlagnahmte Ayahuasca-Tee sei einzuziehen und zu vernichten;
 2. der Berufungsantrag Ziff. 3 sei abzuweisen und Ziff. 3 des vorinstanzlichen Urteils sei zu bestätigen;
 3. der Berufungsantrag Ziff. 4 sei abzuweisen und Ziff. 4 des erstinstanzlichen Urteils sei zu bestätigen;
 4. die Kosten des vorliegenden Verfahrens seien der Berufungsklägerin aufzuerlegen, eventualiter seien diese auf die Gerichtskasse zu nehmen;
 5. der Berufungsbeklagten sei für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'229.55 zulasten der Berufungsklägerin, eventuell zulasten der Gerichtskasse, zuzusprechen.
-

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Gegen das eingangs im Dispositiv wiedergegebene Urteil der Vorinstanz vom 15. Januar 2014 (Urk. 34) meldete die Staatsanwaltschaft mit Eingabe vom 22. Januar 2014 rechtzeitig Berufung an (Urk. 30).
2. Die Staatsanwaltschaft nahm das begründete Urteil am 27. Februar 2014 entgegen (Urk. 32/1) und reichte die Berufungserklärung am 18. März 2014 fristgerecht ein (Urk. 35, Datum Poststempel). Dabei beschränkte sie die Berufung auf die Nebenfolgen des Urteils, Dispositivziffer 2 (Beschlagnahme/Einziehung) sowie die Dispositivziffern 3 und 4 (Kosten- und Entschädigungsfolgen).
3. Die hiesige Kammer ordnete mit Beschluss vom 6. Mai 2014 das schriftliche Verfahren an und setzte der Staatsanwaltschaft Frist an, um die Berufungsanträge zu stellen und zu begründen (Urk. 38). Da die Staatsanwaltschaft bereits ihre Berufungserklärung als Berufungsbegründung bezeichnet und auch damit betitelt hatte, wurde diese mit Präsidialverfügung vom 20. Juni 2014 der Beschuldigten zugestellt und dieser Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 40). Diese liess mit Eingabe vom 14. Juli 2014 die Berufungsantwort samt Honorarnote einreichen (Urk. 43 und 44). Die Eingabe wurden der Staatsanwaltschaft zur Kenntnis zugestellt (Urk. 45). Die Vorinstanz verzichtete ausdrücklich auf Vernehmlassung (Urk. 42). Somit erweist sich das Verfahren als spruchreif.
4. Gemäss Art. 402 in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Nachdem die Urteilsdispositivziffer 1 (Schuldspruch) nicht angefochten worden ist, ist mittels Beschluss festzustellen, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

II. Einziehung

1. Die Einziehung richtet sich nach Art. 69 ff. StGB respektive den in Spezialerlassen vorgesehenen Bestimmungen. Art. 24 Abs. 2 BetmG sieht vor, dass die zuständigen Behörden die ihnen bei der Ausführung des Betäubungsmittelgesetzes zugehenden Betäubungsmittel verwahren und für deren Verwertung oder Vernichtung sorgen. Für eine Einziehung zwecks Vernichtung im Sinne von Art. 24 Abs. 2 BetmG ist somit nur von Belang, ob die beschlagnahmte Substanz unter das Betäubungsmittelgesetz fällt (vgl. Art. 2 BetmG).
2. Vor Vorinstanz stellten die Parteien noch unterschiedliche Anträge betreffend Einziehung und Vernichtung des beschlagnahmten Pakets mit 4 Litern Dimethyltryptamin und Harmin enthaltender brauner Lösung, sogenanntem "Ayahuasca" (Urk. 34 S. 2; vgl. Urk. 10.4).
3. Die Vorinstanz und die Verteidigung hatten sich in ihrer Argumentation unter anderem auf einen Entscheid der III. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Februar 2013 (Urk. 4/1/2, UH120340) bezogen, wonach "Ayahuasca" nicht unter das Betäubungsmittelgesetz falle. Indessen änderte die III. Strafkammer mit Beschluss vom 24. Januar 2014 mit überzeugender Begründung ihre Praxis und hielt fest, dass bei der Flüssigkeit "Ayahuasca" von einem N,N-DMT enthaltendem Präparat im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. d BetmVV-EDI auszugehen sei, welches unter das Betäubungsmittelgesetz falle (UH130249 in ZR 113/2014 S. 23). Davon ist auch für den vorliegenden Entscheid auszugehen.
4. Die Staatsanwaltschaft beantragt, die beschlagnahmte Flüssigkeit gemäss Art. 24 Abs. 2 BetmG und Art. 69 StGB sei einzuziehen und zu vernichten (Urk. 35 S. 4). Die Verteidigung schloss sich in ihrer Berufungsantwort aufgrund der geänderten Praxis des Obergerichts des Kantons Zürich der Auffassung der Staatsanwaltschaft an (Urk. 43 S. 2), weshalb beide Parteien übereinstimmend die Einziehung und Vernichtung der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 26. Juni 2013 beschlagnahmten Flüssigkeit beantragen. Weitere Ausführungen erübrigen sich somit.

5. Da es sich bei der beschlagnahmten Flüssigkeit um sogenanntes "Ayahuasca" handelt, welches unter das Betäubungsmittelgesetz fällt, ist das bei der Kantonspolizei Zürich unter der BM-Lager-Nr. ... lagernde Paket mit 4 Litern Dimethyltryptamin und Harmin enthaltender brauner Lösung einzuziehen und durch die Lagerbehörde zu vernichten.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Staatsanwaltschaft beantragt in ihrer Berufungserklärung sodann, dass die Kosten des Strafverfahrens der Beschuldigten aufzuerlegen und dieser weder eine Entschädigungs- noch Genugtuungszahlung auszurichten sei (Urk. 35 S. 2).

2. Gemäss Art. 426 Abs. 2 StPO können der beschuldigten Person auch bei einem Freispruch die Verfahrenskosten ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie die Einleitung des Verfahrens rechtswidrig und schuldhaft bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK dürfen einer beschuldigten Person bei Freispruch oder Einstellung des Verfahrens nur dann Kosten auferlegt werden, wenn diese durch ein unter rechtlichen Gesichtspunkten vorwerfbares Verhalten die Einleitung des Strafverfahrens veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat (sogenanntes prozessuales Verschulden). Bei dieser Kostenpflicht handelt es sich nicht um eine Haftung für ein strafrechtliches Verschulden, sondern um eine zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherte Haftung für ein fehlerhaftes Verhalten, durch das die Einleitung oder Erschwerung eines Strafverfahrens verursacht wurde. Es ist mit Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK vereinbar, einer nicht verurteilten beschuldigten Person die Kosten aufzuerlegen, wenn diese in zivilrechtlich vorwerfbarer Weise – d.h. im Sinne einer analogen Anwendung von Art. 41 OR – gegen eine Verhaltensnorm, die sich aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung ergeben kann, klar verstossen und dadurch das Strafverfahren veranlasst oder dessen Durchführung erschwert hat, wobei sich die Kostenaufgabe in tatsächlicher Hinsicht nur auf unbestrittene oder bereits klar nachgewiesene Umstände stützen darf (Urteil des Bundesgerichts 1B_21/2012 vom 27. März 2012 E. 2.1.; Griesser, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber

[Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 426 N 9; Domeisen, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 426 N 23, 29 und 37; Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 426 N 6).

3. Die Staatsanwaltschaft beantragt die Kostenaufgabe an die Beschuldigte, weil diese von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht habe. Da in vorliegender Sache die belastenden Beweise nach einer Erklärung gerufen hätten, welche die Beschuldigte aber im Vorverfahren nicht gegeben hätte, habe der Schluss gezogen werden dürfen und müssen, dass kein Irrtum über die Rechtswidrigkeit vorgelegen habe und die Beschuldigte schuldig sei. Durch ihr Verhalten habe die Beschuldigte somit einen Aufwand verursacht, welcher für sie vorhersehbar gewesen sei und den sie leicht hätte vermeiden können, hätte sie sich von Beginn weg erklärt (Urk. 35 S. 4 f.).

4. Das Recht eines Beschuldigten, die Aussage zu verweigern, ist eines der elementarsten Rechte der Schweizerischen Strafprozessordnung (vgl. Art. 113 und Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO). Danach kann eine beschuldigte Person sich frei dazu entschliessen, ob sie Aussagen machen möchte oder nicht. Eine Aussagepflicht besteht nicht. Eine Kostenaufgabe wegen Erschwerung der Durchführung des Strafverfahrens, wie dies die Staatsanwaltschaft vorliegend geltend macht, setzt wie oben ausgeführt eine Verletzung klarer prozessualer Pflichten voraus. Dies ist gerade nicht der Fall, wenn eine beschuldigte Person von ihrem Recht auf Aussageverweigerung Gebrauch macht, ansonsten dieses ausgehöhlt würde. So nennt die Staatsanwaltschaft in ihrer Begründung auch keine Norm, welche die Beschuldigte verletzt haben soll. Im Entscheid des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich vom 5. Oktober 2005 (AC050005 S. 10. f.), worauf sie ihre Argumentation stützt, geht es gerade nicht um den Zusammenhang zwischen der Aussageverweigerung und einer darauf basierenden Kostenaufgabe, sondern um die Beweiswürdigung. Dass im Rahmen der Sachverhaltserstellung auch das Schweigen einer beschuldigten Person gewürdigt werden kann und im Falle von Behauptungen, welche ein Beschuldigter aufstellt und nach einer Erklärung rufen,

diesen eine gewisse Beweislast treffen kann, darf nicht einem zivilrechtlich vorwerfbareren Verhalten gleichgestellt werden, welches für eine Kostenaufgabe erforderlich ist. Den Akten ist sodann zu entnehmen, dass die Beschuldigte grundsätzlich die Aussagen verweigerte und somit auch keine Falschaussagen machte, welche allenfalls zu einer Kostenaufgabe führen können (Riklin, a.a.O., Vorbemerkung zu StPO Art. 157-161 N 3).

Eine Kostenaufgabe basierend darauf, dass die Beschuldigte vorliegend von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch machte, ist somit nicht gerechtfertigt (vgl. auch Riklin, StPO Kommentar, Vorbemerkung zu StPO Art. 157-161 N 2). Damit war auch die durch die Vorinstanz festgesetzte Prozessentschädigung an die Beschuldigte für erbetene anwaltliche Verteidigung zuzusprechen. Das vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 3 und 4) ist somit zu bestätigen.

5. Im Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO).

5.1 Die Staatsanwaltschaft obsiegt mit ihrem Antrag, dass die beschlagnahmte Flüssigkeit einzuziehen und zu vernichten ist. Selbst wenn die Beschuldigte in der Berufungsantwort vom 14. Juli 2014 in Bezug auf die Einziehung aufgrund der geänderten Rechtsprechung einen mit der Staatsanwaltschaft übereinstimmenden Antrag stellte, war die Staatsanwaltschaft gezwungen, dies in einem Berufungsverfahren korrigieren zu lassen. Bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Urteils unterliegt die Staatsanwaltschaft. Da die Beurteilung der Einziehung aufgrund der übereinstimmenden Anträge weniger Aufwand verursachte, rechtfertigt es sich, die Kosten zu zwei Dritteln auf die Gerichtskasse zu nehmen und zu einem Drittel der Beschuldigten aufzuerlegen.

5.2 Der Beschuldigten ist sodann für das Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung aus der Gerichtskasse auszurichten. Diese ist anhand der Anwaltsgebührenverordnung festzulegen, welche besagt, dass die Gebühr im Berufungsverfahren grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Regeln bemessen wird (§ 18 Abs. 1 AnwGebV). Für die Führung eines Strafprozesses vor Einzelgericht wird dabei ein Ansatz von Fr. 600.– bis Fr. 8'000.– als Grundge-

büher festgelegt. Zuschlagsrelevante Aufwendungen sind vorliegend nicht ersichtlich (vgl. § 17 Abs. 2 AnwGebV). Die noch zu beurteilenden Punkte des vorliegenden Falles waren nicht von besonderer Komplexität und betrafen keine schwierigen juristischen Fragen. Die Tätigkeit der Verteidigung beschränkte sich auf das Studium des erstinstanzlichen Urteils und der prozessleitenden Entscheidung der Berufungsinstanz sowie das Verfassen der Berufungsantwort. So erscheint die von RA lic. iur. X. _____ eingereichte Honorarnote als eher hoch, und es wurde zudem beim Total des Stundenaufwandes aufgrund eines Rechenfehlers eine Stunde zuviel aufgeführt (Urk. 44). Es rechtfertigt sich die Festsetzung der reduzierten Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren auf eine Pauschale von Fr. 1'400.– (inkl. MwSt.).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 15. Januar 2014 bezüglich Dispositivziffer 1 (Freispruch) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Das mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 26. Juni 2013 beschlagnahmte Paket (BM-Lager-Nr. ...), welches 4 Liter Dimethyltryptamin und Harmin enthaltende braune Lösung enthält, wird eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Ziff. 3 und 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.

4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beschuldigten zu einem Drittel auferlegt und zu zwei Dritteln auf die Gerichtskasse genommen.
5. Der Beschuldigten wird für das Berufungsverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'400.– für anwaltliche Verteidigung aus der Gerichtskasse zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - die Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden der Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich

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

- die Vorinstanz (mit dem Ersuchen um Vornahme der notwendigen Mitteilungen an die zuständigen Behörden, insbesondere die VOSTRA und die Kantonspolizei Zürich gemäss § 54a Abs. 1 PolG)
 - die Kantonspolizei Zürich gemäss Dispositivziffer 1.
7. 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, 24. Oktober 2014

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. Bussmann

lic. iur. Aardoom