

ZH_OBERGERICHT SB180004 vom 23. Oktober 2018

ZH Obergericht, 2018-10-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180004

FR: ZH_OBERGERICHT SB180004 du 23 octobre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT SB180004 del 23 ottobre 2018

Erwägungen

E. 1

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist eine Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, im Bereich des Betäubungsmittelgesetzes. Zum Verfahrensgang bis zum vorinstanzlichen Urteil kann zwecks Vermeidens von unnötigen Wiederholungen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 33 S. 4).

E. 2

Am 2. November 2017 meldete die Beschuldigte Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil an (Urk. 31) und liess nach Zustellung des begründeten Entscheides mit Eingabe vom 11. Januar 2018 fristgerecht Berufung erklären (Urk. 36). 3.1. Mit Präsidialverfügung vom 15. Januar 2018 (Urk. 39) wurde die Berufungserklärung in Anwendung von Art. 400 Abs. 2 und 3 StPO sowie Art. 401 StPO der Staatsanwaltschaft zugestellt, um gegebenenfalls Anschlussberufung zu erheben oder ein Nichteintreten auf die Berufung zu beantragen. Gleichzeitig wurde die Beschuldigte aufgefordert, dem Gericht diverse Unterlagen einzureichen, welche innert einmalig erstreckter Frist beim Gericht eintrafen (Urk. 44-46/1-4). 3.2. Die Staatsanwaltschaft erhob in der Folge Anschlussberufung (Urk. 42), welche der Beschuldigten mit Verfügung vom 12. März 2018 zugestellt wurde (Urk. 47). Weiter wurde mit jener Verfügung beiden Parteien Frist angesetzt, sich zu äussern, ob sie mit der schriftlichen Durchführung des Berufungsverfahrens einverstanden sind. Während sich die Staatsanwaltschaft mit der Durchführung eines schriftlichen Verfahrens einverstanden erklärte (Urk. 49), wurde von der Beschuldigten die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung beantragt (Urk. 51).

E. 2.1

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, ist die Beschuldigte hinsichtlich dem ihr vorgeworfenen äusseren Sachverhalt, soweit es sich um das Bestellen der beiden in Frage stehenden Stoffe handelt, geständig (Urk. 33 S. 5 f.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Dies wiederholte sie auch in ihrer Befragung anlässlich der Berufungsverhandlung (Urk. 75 S. 6).

E. 2.2

Dagegen bestreitet die Beschuldigte die Qualifizierung der von ihr bestellten Substanzen als Betäubungsmittel und die Ergebnisse der beiden Gutachten in Bezug auf die Höhe der Konsumeinheiten der von ihr bestellten Substanzen (Urk. 27 S. 6 f.; Urk. 76 S. 6 ff. und S. 15 ff.) und rügt, dass sich diese nicht auf wissenschaftliche Grundlagen, sondern lediglich auf Internetrecherchen und Schätzungen aufgrund von Dosierungsangaben chemisch nahe verwandter Verbindungen stützen würden, weshalb die in der Anklageschrift übernommenen Angaben willkürlich seien. Zunächst ist festzuhalten, dass den Ausführungen der Verteidigung, wonach unklar bleibe, welche Prüfverfahren vom FOR

zur Bestimmung des Wirkstoffgehal- tes angewendet wurden (Urk. 76 S. 18), nicht gefolgt werden kann. Im Gegenteil führte das FOR in seinem Ergänzungsgutachten vom 12. Juli 2018 konkret aus,

- 9 - mit welchen zwei unterschiedlichen, akkreditieren Untersuchungsmethoden – Fourier Transformierte Infrarot Spektroskopie (FT-IR (PWE-ZA-0507)) und Gas-Chromatographie-Massen-Spektrometrie (GC-MS Quadrupol-Detektor (PWE-ZA- 0607)) – es die Substanzen bestimmt hat (Urk. 71). Beide unabhängigen Mess- methoden hätten gemäss FOR das gleiche Ergebnis ergeben. Offensichtlich handelt es sich dabei um Messungen, bei welchen keine Stichproben benötigt werden. Zutreffend ist das Vorbringen der Verteidigung, wonach die beiden Bestellungen für die Bestimmung der in Frage stehenden Menge der Stoffe nicht zusammen- gezählt werden dürfen (Urk. 76 S. 17), muss doch mangels anderer Hinweise zu- gunsten der Beschuldigten davon ausgegangen werden, dass sie die zweite Be- stellung nicht getätigt hätte, wenn die erste bei ihr angekommen wäre. Der Verteidigung ist auch insofern zuzustimmen, als aufgrund der vorliegenden Gutachten keine konkreten, zuverlässigen Mengenangaben zu den Konsumein- heiten der vorliegend in Frage stehenden Stoffe gemacht werden können. Das Vorgehen des FOR, die Konsumeinheiten bei noch wenig bekannten Stoffen mit- tels Vergleich zu verwandten chemischen Verbindungen sowie durch Recherche auf einschlägigen Internetforen zu eruieren, ist in solchen Fällen jedoch üblich und grundsätzlich nicht zu beanstanden. Das FOR legt in seinem Gutachten die Menge pro Konsumeinheit auf 50-100 mg bei 4-CEC (Urk. 7/5) und auf 10-50 mg bei Pentedron (Urk. 7/4) fest. Es ist ferner darauf hinzuweisen, dass der deutsche Bundesgerichtshof in seinem Entscheid 'BGH1 Str 366/16' vom 13. Oktober 2016 die sicher wirksame Konsummenge bei Pentedronhydrochlorid auf 90 mg (bzw. auf 75 mg bei Pentedronbase) festgesetzt hat. Er folgte dabei gemäss sei- nen Erwägungen der Meinung des Sachverständigen, der diesen Grenzwert mangels nennenswerter Publikationen auf die gemäss dem deutschen Bundesge- richtshof ausreichend belegten und vergleichbaren Wirkung von Amphetamin und Metamphetamin sowie auf die Erfahrungsberichte gewohnter und nicht gewohnter Konsumenten stützte. Auch andere Internetseiten, welche sich mit der Dosierung der in Frage stehenden Stoffe beschäftigen, gehen teilweise von deutlich höheren Konsummengen der beiden in Frage stehenden Stoffe aus als das FOR in seinem

- 10 - Gutachten, wobei die Spannbreite, je nach Gewöhnung der Konsumenten, sehr weit zu sein scheint. Vorliegend kann indessen offen bleiben, wie hoch die wirksame Konsummenge der in Frage stehenden Stoffe tatsächlich ist, wobei auf die nachfolgende recht- liche Würdigung verwiesen werden kann. 3. Konsum Die Beschuldigte räumt ein, am 3. August 2015 eine unbekannte Menge Pented- ron konsumiert zu haben. Anlässlich der Berufungsverhandlung führte sie erst- mals aus, dass wohl zutreffend sei, dass sie dies gegenüber der Staatsan- waltschaft so ausgeführt habe; indessen habe sie nie gesagt, dass sie in jenem Zeitpunkt in Zürich gewesen sei. Dies sei einfach hinzugedichtet worden. Am 3. August 2015 sei sie gar nicht in Zürich, sondern in Kroatien gewesen (Urk. 75 S. 6). Um diesen Umstand zu belegen, reicht die Beschuldigte die Kopie einer SMS-Nachricht vom 31. Juli 2015 ins Recht (Urk. 77/3). Mit Verweis auf die recht- liche Würdigung kann offen bleiben, wo der Konsum stattgefunden hat, belegt doch eine SMS vom 31. Juli 2015 für sich nicht, wo sich die Beschuldigte am 3. August 2015 aufgehalten hat. IV. Rechtliche Würdigung 1. Grundsätzliches Bei den in Frage stehenden Substanzen 4-CEC und Pentedron handelt es sich gemäss den beiden Gutachten des FOR vom 19. April 2017 (Urk.

7/4 und 7/5) um Cathinonderivate, welche in der Betäubungsmittelverzeichnisverordnung EDI zum Tatzeitpunkt im Verzeichnis e, Anhang 6, in die Gruppe Nr. 1 "Cathinone" gefallen sind. Erst seit dem 1. Oktober 2017 werden Pentedron und Cathinon im Verzeichnis d geführt. Cathinone stellen dabei ein Rohmaterial, resp. ein Erzeugnis mit vermuteter betäubungsmittelähnlicher Wirkung dar, welche von Art. 7 BetmG erfasst werden und damit – zumindest zum Tatzeitpunkt – keine Betäubungsmittel im Sinne von Art. 2 BetmG darstellten.

- 11 - Widerhandlungen gegen Art. 7 BetmG fallen nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 19 BetmG, sondern werden durch Art. 20 sanktioniert (HUG-BEELI, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, Basel 2016, N 22 zu Art. 7 BetmG). Da von dieser Strafnorm nur Hersteller und Händler betroffen sind, machen sich Konsumentierende dieser Stoffe nicht strafbar und zwar mangels Betäubungsmittel-eigenschaften auch nicht gemäss Art. 19a BetmG. Erwerbshandlungen sowie der Konsum bleiben straflos (ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19-28/BetmG), 3. Auflage, Bern 2016, N 8 zu Art. 20 BetmG; FINGERHUT/SCHLEGEL/JUCKER, Kommentar BetmG, Zürich 2016, 3. Auflage, N 6 zu Art. 20 BetmG; HUG-BEELI, a.a.O., N 20 f. zu Art. 7 sowie N 44 zu Art. 20 BetmG). Der Verteidiger bringt im Berufungsverfahren neu vor, dass die Subsumierung von Pentedron und 4-CEC unter ‚Cathinone‘ – wie dies das FOR in seinem Gutachten gemacht habe – unzulässig sei (Urk. 76 S. 22 f.). Dies, weil sich die Stoffe Pentedron und 4-CEC in ihrer chemischen Struktur wesentlich von Cathinonen unterscheiden würden und eine entsprechende Zuordnung für den ‚Normalbürger‘ nicht verstanden werden könne. Weiter sei die Gruppe Nr. 1 („Cathinone“) im Verzeichnis e, Anhang 6 BetmVV-EDI eine ganze Gruppe von chemischen Strukturen. Die BetmVV des EDI gehe daher weit über die gemäss Art. 2a BetmG eingeräumte Verwaltungskompetenz hinaus, womit eine unzulässige Kompetenzüberschreitung vorliege. Selbst wenn die fraglichen Substanzen unter die Stoffklassegruppe der Cathinone gehören sollten, könne daher auf das Verzeichnis e in Bezug auf Gruppe Nr. 1 nicht abgestellt werden. Der Argumentation der Verteidigung kann nicht gefolgt werden. Es ist zutreffend, dass unter Nr. 1 des Verzeichnisses e eine Gruppe von Stoffen in die BetmVV aufgenommen wurde. Da indessen genügend klar definiert wird, welche Art von Stoffen beziehungsweise Substanzen unter diese Gruppe fällt, kann darin keine Verletzung des Legalitätsprinzips gesehen werden. Weiter unterstellt nicht nur das FOR die beiden in Frage stehenden Substanzen der Gruppe der Cathinonderivate, sondern ist diese Einordnung auch über eine Suche im Internet einfach und auch für den ‚Normalbürger‘ problemlos nachzuvollziehen. Es besteht für das

- 12 - Gericht daher insgesamt keine Veranlassung an der vom FOR vorgenommenen Einordnung von Pentedron und 4-CEC in die Gruppe der Cathinonderivate zu zweifeln. 2. Konsum von Pentedron Die Vorinstanz würdigt den von der Beschuldigten eingestandenen, einmaligen Konsum von Pentedron ca. am 3. August 2015 als Verstoss gegen Art. 19a Ziff.1 BetmG. Da Pentedron im Zeitpunkt des Konsums unter die Kategorie der Stoffe gemäss Art. 7 BetmG und nicht unter die Betäubungsmittel gemäss Art. 2 BetmG fiel, bleibt dessen Konsum im Jahr 2015 unter Würdigung von Art. 20 BetmG straflos. Es kann damit (wie bereits erwähnt) offen bleiben, wo und allenfalls wann genau der Konsum stattgefunden hat. 3. Einfuhr von Stoffen und Präparaten gemäss Art. 7 BetmG Wie in den grundsätzlichen Erwägungen unter Ziffer 1 bereits ausgeführt wurde, sind Erwerbshandlungen zum Konsum von Stoffen gemäss Art. 7 BetmG im Rahmen von Art.

20 BetmG nicht strafbar. Entscheidend für die Frage der Straflosigkeit der Einfuhr solcher Stoffe ist damit, ob diese lediglich für den eigenen Konsum erfolgte. Mit Blick auf das Prinzip in dubio pro reo und unter Verweis auf die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 19a BetmG liegt es an der Strafverfolgungsbehörde, der Beschuldigten rechtsgenügend nachzuweisen, dass die in Frage stehenden Stoffe nicht nur für den Eigenkonsum, sondern auch für eine Weitergabe beschafft wurden (HUG-BEELI, a.a.O., N 276 zu Art. 19a BetmG) oder zumindest eine konkrete Gefahr bestand, dass die Beschaffungshandlungen auch zum Drogenkonsum von Dritten führen oder im Sinne einer konkreten Gefahr führen könnten (Urteil der I. Strafkammer Obergericht Zürich vom 9. Oktober 2014, SB140185, 9 f.; BGE 118 IV 200 E. 3d; BGE 119 IV 108 E. 2). Ausser Frage steht, dass es sich bei den von der Beschuldigten bestellten Stoffe bei jedem für sich um eine ungewöhnlich grosse Menge an einzelnen Konsumeinheiten handelt. Dies trifft selbst dann zu, wenn man nicht von den vom FOR bezeichneten einzelnen Konsummengen ausgeht (500-1'000 für 4-CEC und

- 13 - 1'000-5'000 für Pentadron), sondern von denjenigen, welche die Verteidigung selbst geltend macht (ca. 200 bei 4-CEC und ca. 250 bei Pentadron) (Urk. 76 S. 17). Die Menge der Stoffe für sich genügt indessen, wie die Kommentatoren und Entscheide betreffend Art. 19a BetmG festhalten, nicht für einen rechtsgenügenden Beweis des Handels, der Weitergabe oder auch nur einer konkreten Gefährdung von Dritten. Die Beschuldigte führte anlässlich der Berufungsverhandlung aus, dass sie alleine in ihrer Wohnung lebe und auch ihr Freund keinen eigenen Schlüssel zu dieser besitzt (act. 75 S. 2). Ihre einzige Tochter lebt langfristig in Kanada (Urk. 76 S. 13). Die Beschuldigte hat die Stoffe gemäss ihren Ausführungen bestellt, um 'es' auszuprobieren und nicht um diese weiterzugeben oder zu verkaufen (Urk. 75 S. 7 und 11). Sinngemäss macht sie geltend, dass es gar keinen Sinn machen würde, 'es' zu verkaufen, wenn jeder 'es' auch zum gleichen Preis einfach im Internet bestellen könne (act. 75 S. 11). Wie der Verteidiger sodann zutreffend ausführt, wurden bei der Beschuldigten weder unerlaubte Substanzen, Betäubungsmittelutensilien, welche beim Drogenhandel verwendet werden, noch irgendwelche anderen Hinweise gefunden, welche auf eine Weitergabe oder gar einen Verkauf an Dritte hindeuten würden (Urk. 76 S. 13). Sodann stellt der Preis der Stoffe bei den guten finanziellen Verhältnissen der Beschuldigten sicherlich keine einschneidende Ausgabe dar, welche sie durch Handel oder sonstige Weitergabe wieder hätte wettmachen müssen. Es sind angesichts dieser Umstände keine Anhaltspunkte ersichtlich und kann daher nicht widerlegt werden, dass die Beschuldigte die Stoffe zu etwas anderem als für den eigenen Konsum bestellte. 4. Fazit Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschuldigte mit ihrem Vorgehen keine strafbaren Handlungen begangen hat und daher von den Vorwürfen des mehrfachen Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie des Betäubungsmittelkonsums freizusprechen ist.

- 14 - V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 4

Mit Eingabe vom 31. Mai 2018 (Urk. 55) stellte der Verteidiger ein Erläuterungs-/Auskunftsgesuch betreffend die vom Forensischen Institut Zürich (nachfolgend: FOR) erstellten Berichte und Kurzgutachten. Die Staatsanwaltschaft ver-

- 6 - zichtete auf eine diesbezügliche Vernehmlassung, wozu ihr mit Präsidialverfügung vom 22. Juni 2018 Gelegenheit gegeben worden war (Urk. 58 und 62). Am 27. Juni 2018

(Urk. 64) erfolgte ein Schreiben des Präsidenten der hiesigen Kammer an das FOR, mit welchem um Beantwortung der Fragen des Verteidigers ersucht wurde. Auf die Weiterleitung der Spezifizierungen dieser Ergänzungsfragen seitens der Verteidigung vom 27. Juni 2018 (Urk. 65) wurde verzichtet (Urk. 68). Das Ergänzungsgutachten des FOR bzw. die Beantwortung der Ergänzungsfragen der Verteidigung erfolgte am 12. Juli 2018 (Urk. 71).

E. 5

Mit Zuschrift vom 28. August 2018 erklärte die Staatsanwaltschaft den Rückzug ihrer Anschlussberufung vom 2. Februar 2018 (Urk. 73), wovon vorab mittels Beschlusses Vormerk zu nehmen ist.

E. 6

An der Berufungsverhandlung vom 30. August 2018, zu welcher die Beschuldigte in Begleitung von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ erschienen war, waren keine Vorfragen zu entscheiden (Prot. II S. 7). Nach Abschluss der Parteiverhandlung verzichtete die Beschuldigte auf eine mündliche Urteilseröffnung und -erläuterung (Prot. II S. 9) und die Beratung des Urteils wurde auf den 23. Oktober 2018 terminiert. Mit Präsidialverfügung vom 18. September 2018 wurde dem Verteidiger der Beschuldigten Frist angesetzt, um die Entschädigungsforderung der Beschuldigten für den Fall eines Freispruches zu beziffern (Urk. 80). Zudem wurde mit Beschluss vom 17. September 2018 festgestellt, in welchem Umfang das angefochtene Urteil in Rechtskraft erwachsen ist (Urk. 82; siehe sogleich Ziffer II.1).

E. 7

Das vorliegende Urteil erging am 23. Oktober 2018 (Prot. II S. 13 f.) und wurde den Parteien hernach in vollständiger Ausfertigung zugestellt.

- 7 - II. Prozessuales 1. Umfang der Berufung Gemäss Art. 402 in Verbindung mit Art. 437 StPO hat die Berufung im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung und die Rechtskraft des angefochtenen Urteils wird dementsprechend gehemmt. Die Beschuldigte verlangt mit ihrer Berufung einen vollumfänglichen Freispruch (Urk. 36; Urk. 76). Die Urteilsdispositiv-Ziffern 5 (Einziehung sichergestellter Gegenstände), 6 (Aushändigung sichergestellter Gegenstände) und 7 (Kostenfestsetzung) wurden seitens der Beschuldigten jedoch nicht angefochten (Prot. II S. 8). Somit wurde – auf Antrag der Beschuldigten (Urk. 78) – bereits mittels Beschlusses vom 17. September 2018 festgestellt, dass das vorinstanzliche Urteil in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist (Urk. 82). 2. Formelles An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass sich die urteilende Instanz nicht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Die Berufungsinstanz kann sich somit auf die für ihren Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. 3. Beweisanträge Beweisanträge wurden im Berufungsverfahren keine gestellt (Prot. II S. 8). III. Schuldpunkt 1. Anklagesachverhalt Der Beschuldigten wird in der Anklageschrift vom 28. August 2017 vorgeworfen, via Internet in B. _____ zunächst wenige Tage vor dem 19. Dezember 2016 rund 50 Gramm 4-Chlorethcathinon (nachfolgend: 4-CEC), entsprechend ca. 500 bis ca. 1'000 Konsumeinheiten, und danach wenige Tage vor dem 2. März 2017

- 8 - ca. 50 Gramm Pentedron, entsprechend ca. 1'000 bis ca. 5'000 Konsumeinheiten, an ihre damalige Wohnadresse bestellt und mit ihrer Kreditkarte bezahlt zu haben (Urk. 14 S. 2). Die beiden Pakete wurden von der Post abgefangen und die Lieferung an die Beschuldigte verhindert. Gemäss der Anklageschrift habe die Beschuldigte diese Bestellungen getätigt, um die unerlaubten Substanzen zu besitzen und für eine unbestimmte Dauer bei sich zu Hause zu lagern, obwohl sie diese nicht selbst konsumierte und auch nicht hätte konsumieren können, da sie beabsichtigt habe, am 14. August 2017 nach Kanada auszuwandern. Weiter wird der Beschuldigten vorgeworfen, ca. am 3. August 2015 an einem unbestimmten Ort in der Region Zürich willentlich eine unbekannte Menge Pentedron konsumiert zu haben. 2. Betäubungsmittelleinfuhr

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