

ZH_OBERGERICHT SB180324 vom 1. März 2019

ZH Obergericht, 2019-03-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_SB180324

FR: ZH_OBERGERICHT SB180324 du 1 mars 2019

IT: ZH_OBERGERICHT SB180324 del 1 marzo 2019

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung - Einzelgericht, vom 26. März 2018 wurde der Beschuldigte der Übertretung des Lebensmittelgesetzes im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. g aLMG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. 1 aLGV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 der Verordnung des EDI über Speisepilze und Hefe (Fliegenpilz) schuldig gesprochen und mit einer Busse von Fr. 400.– als Zusatzstrafe zum Urteil des Kantonalen Untersuchungsrichteramtes St. Gallen vom 7. April 2017 bestraft. Von den Vorwürfen des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. c und lit. d BetmG sowie der Übertretung des Lebensmittelgesetzes im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. k in Verbindung mit Art. 3 Abs. 3 und Art. 21 Abs. 1 aLMG in Verbindung mit Art. 11 und Art. 12 TabV wurde der Beschuldigte freigesprochen. Ferner wurde über die Einziehung und Herausgabe sichergestellter Gegenstände sowie über die Kosten- und Entschädigungsfolgen entschieden (Urk. 28).

- 7 -

E. 2

Gemäss Art. 402 StPO in Verbindung mit Art. 437 StPO wird die Rechtskraft des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung gehemmt. Nachdem das vorinstanzliche Urteil bezüglich der Dispositivziffern 2 (Freispruch von den Vorwürfen des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie der Übertretung des Lebensmittelgesetzes [Schnupftabak]), 6 (Herausgabe sichergestellter Gegenstände) und 7 (Kostenfestsetzung) sowie die gleichentags ergangene Verfügung (Einstellung des Verfahrens betreffend Vergehen gegen das Heilmittelgesetz) nicht angefochten wurden, ist mittels Beschluss festzustellen, dass das Urteil der Vorinstanz in diesem Umfang sowie die gleichentags ergangene Verfügung vollumfänglich in Rechtskraft erwachsen sind.

E. 2.1

Gemäss Art. 48 Abs. 1 lit. g aLMG macht sich unter anderem strafbar, wer vorsätzlich oder fahrlässig Lebensmittel so abgibt, dass sie den Anforderungen des Gesetzes nicht entsprechen. Art. 8 aLMG sieht sodann vor, dass der Bundesrat die zulässigen Arten von Lebensmitteln festlegt, sie umschreibt und die Sachbezeichnung bestimmt. Entsprechend werden in Art. 4 Abs. 1 lit. 1 aLGV Speisepilze als zulässige Art von Lebensmitteln genannt, wobei in Art. 4 Abs. 2 aLGV weiter vorgesehen wird, dass das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) die einzelnen Arten von Lebensmitteln umschreibt, die Sachbezeichnungen bestimmt und die Anforderungen an die zulässigen Lebensmittel festlegt. Gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung des EDI über Speisepilze und Hefe sind sodann nur die in Anhang 1 der Verordnung aufgeführten Pilze als Speisepilze zulässig, wobei der Fliegenpilz in jener Auflistung fehlt.

E. 2.2

Der Beschuldigte bot an seinem Marktstand Fliegenpilze in Pulverform an, weshalb er den Tatbestand der Übertretung des Lebensmittelgesetzes in objektiver Hinsicht grundsätzlich erfüllt. Da der Beschuldigte das Fliegenpilzpulver jedoch nicht zur oralen Einnahme, was ein Lebensmittel unter anderem ausmachen würde (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 6S.101/2002 vom 10. Mai 2002 E. 2.1), sondern als Räucherware anbot, fehlt es am Vorsatz, den Fliegenpilz als Lebensmittel und mithin im Wissen darum, dass ein Verkauf als solches unzulässig wäre, anzubieten. In Anbetracht dessen, dass der Beschuldigte auch einen Warnhinweis auf der Verpackung des Pulvers anbrachte, wonach dieses nicht zum Verzehr geeignet sei, liegen auch weder Eventualvorsatz noch Fahrlässigkeit vor.

- 13 -

E. 2.3

Das Bundesgericht erwog im Entscheid BGE 127 IV 178 vom 4. Juli 2001 unter anderem, dass die Positivliste betreffend die zulässigen Speisepilze des EDI ihren Sinn einbüßen würde, wenn ein Pilz, der nicht auf jener Liste aufgeführt ist, nicht mehr dem Lebensmittelgesetz unterstehen würde und frei handelbar wäre (E. 3c). Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das Anbieten von Pilzen, die wie der Fliegenpilz in jener Liste nicht zu finden sind, unabhängig von ihrem Verwendungszweck den Strafbestimmungen des Lebensmittelgesetzes zu unterstehen hätte. Eine entsprechende Annahme würde jedoch dem in Art. 1 StGB umschriebenen Legalitätsprinzip entgegenstehen. Gemäss dem daraus fliessenden Bestimmtheitsgebot sollte jemand nur bestraft werden dürfen, wenn das verpönte Verhalten möglichst präzise umschrieben wird (DONATSCH, in: Donatsch/Heimgartner/Isenring/Weder [Hrsg.], Kommentar zum StGB, 20. Aufl. 2018, N 23 zu Art. 1; RIKLIN, Strafrechtliche Aspekte des Lebensmittelrechts, in: Poledna, Arter, Gattiker [Hrsg.] Lebensmittelrecht, Bern 2006, S. 105). Da in Art. 48 Abs. 1 lit. g aLMG lediglich die Abgabe von Lebensmitteln, in einer Weise, dass sie den Anforderungen des Gesetzes nicht entsprechen, unter Strafe gestellt wird, fällt eine darüberhinausgehende Strafbarkeit auch der Abgabe des Fliegenpilzes in einer anderen Verwendungsform als als Lebensmittel ausser Betracht. 3. Dem Fliegenpilz (lat. Amanita muscaria) kommt sodann zwar eine halluzinogene Wirkung zu (GESCHWINDE, Rauschdrogen, Marktformen und Wirkungsweisen, 8. Aufl. 2018, N 829 f.). Weder der Fliegenpilz an sich, noch seine für die toxische und psychotrope Wirkung verantwortlichen Wirkstoffe Muscarin, Ibotensäure oder Muscimol (GESCHWINDE, a.a.O., N 840) sind jedoch von der Betäubungsmittelgesetzgebung erfasst (Art. 2a BetmG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 lit. a BetmVV-EDI). Eine Strafbarkeit im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes kommt daher ebenfalls nicht in Frage. 4. Der Beschuldigte ist somit ferner vom Vorwurf der Übertretung des Lebensmittelgesetzes im Sinne von Art. 48 Abs. 1 lit. g aLMG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 lit. l aLGV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 der Verordnung des EDI über Speisepilze und Hefe (Fliegenpilz) freizusprechen.

- 14 - V. Einziehungen/Beschlagnahmungen 1. Die Vorinstanz ordnete gestützt auf Art. 69 StGB die Einziehung des rötlich-braunen Pulvers in sieben Pulverfläschchen mit weissem Kunststoffdeckel, in je einem Minigrip mit Etikette (10 x Extract, 2 g / 24.-, "Amanita erzeugt einen Perspektivenwechsel" und Fliegenpilzbild, 14 g, Asservat-Nr. A009'571'306) an (Urk. 28 S. 19). Auch gegen diese Anordnung richtet sich die Berufung des Beschuldigten. Er verlangt, dass ihm das Fliegenpilzpulver wieder herauszugeben sei (Urk. 39 S. 2). 2. Das Gericht verfügt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person

die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine strafbare Handlung hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden. Das Gericht kann anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Art. 69 StGB). 3. In Anbetracht dessen, dass hinsichtlich des Anbietens von Fliegenpilzpulver ein Freispruch vom Vorwurf der Übertretung des Lebensmittelgesetzes zu ergehen hat, ist ein Zusammenhang dieser Substanz mit einer Straftat zu verneinen. Da ihr auch kein sicherheitsgefährdender Charakter zukommt, fällt eine Einziehung im Sinne von Art. 69 StGB ausser Betracht. Das Fliegenpilzpulver ist dem Beschuldigten dementsprechend nach Eintritt der Vollstreckbarkeit dieses Entscheids auf erstes Verlangen herauszugeben. Bei Nichtabholung ist das Fliegenpilzpulver nach Ablauf von 3 Monaten nach Eintritt der Vollstreckbarkeit dieses Urteils von der Lagerbehörde zu vernichten. VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Vorverfahrens und des gerichtlichen Verfahrens beider Instanzen auf die Gerichtskasse zu nehmen und dem Beschuldigten ist eine angemessene Entschädigung für seine Aufwendungen im Verfahren auszurichten (Art. 426 Abs. 2; Art. 428 StPO und Art. 429 StPO). 2. Die erbetene Verteidigung macht für ihre Aufwendungen in der Untersuchung und im vorinstanzlichen Verfahren ausgehend von einem Aufwand von rund 26 Stunden und einem Stundenansatz von Fr. 300.– ein Honorar von Fr. 8'700.– sowie für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren ausgehend von einem Aufwand von rund 5,5 Stunden und einem Stundenansatz von Fr. 300.– ein Honorar von Fr. 1'717.80 geltend (Urk. 21/6; Urk. 21/7; Urk. 39 S. 7; Urk. 40). Raum für eine Kürzung besteht nicht. Dem Beschuldigten ist daher für das Vorverfahren und für beide gerichtlichen Instanzen eine Prozessentschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 10'417.80 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse zu entrichten. Es wird beschlossen: 1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung - Einzelgericht, vom 26. März 2018 bezüglich der Dispositivziffern 2 (Freispruch von den Vorwürfen des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie der Übertretung des Lebensmittelgesetzes [Schnupftabak]),

E. 3

Zwar bildet somit ausschliesslich die Beurteilung einer Übertretung Gegenstand des Berufungsverfahrens, entsprechend dem Vorbringen der Verteidigung gelangt die Bestimmung betreffend die eingeschränkte Kognition im Sinne von Art. 398 Abs. 4 StPO aber dennoch nicht zur Anwendung (Urk. 39 S. 3). Nur dann, wenn ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens bilden, kann gemäss Art. 398 Abs. 4 StPO mit der Berufung nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Waren nicht nur Übertretungen, sondern daneben noch mindestens ein Verbrechen oder Vergehen Gegenstand des Hauptverfahrens, gilt diese Sonderregelung nicht; auch dann nicht, wenn – wie vorliegend – in den Anklagepunkten, die ein Verbrechen oder Vergehen betreffen, ein Freispruch erfolgt (EUGSTER, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], BSK-StPO, 2. Aufl. 2014, N 2 zu Art. 398). Somit sind in diesem Verfahren weder hinsichtlich der Beurteilung des Sachverhalts noch bezüglich der Überprüfung des vorinstanzlichen Urteils auf Rechtsverletzungen Einschränkungen der Überprüfungsbefugnis zu beachten.

- 9 - III. Sachverhalt 1. Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift vorgeworfen, er habe am 11. August 2016 an seinem Verkaufsstand am C. _____-Markt in Zürich sieben Fläschchen mit Fliegenpilzpulver (sog. "Amanita muscaria") angeboten. Dies soll er getan haben, obwohl er gewusst habe, dass der Fliegenpilz nicht als zulässiger Speisepilz im Anhang 1 der Speisepilzverordnung gelistet sei, da dieser als gesundheitsgefährdend gelte und dementsprechend ohne Bewilligung im Sinne von Art. 3 LGV nicht verkehrsfähig sei. 2. Dass er die in der Anklageschrift aufgeführten sieben Fläschchen mit Fliegenpilzpulver an seinem Marktstand zum Verkauf angeboten hatte, stellte der Beschuldigte nicht in Abrede. Er machte jedoch geltend, dass er dieses Pulver nicht zum Verzehr, sondern zum Räuchern angeboten habe. Zu diesem Zwecke habe er auf den Fläschchen auch Warnhinweise angebracht, aus welchen hervorgehe, dass das Fliegenpilzpulver nicht zum Verzehr geeignet sei und nur zum Räuchern verwendet werden solle. Auch habe er jeweils noch einen mündlichen Hinweis gegeben (Urk. 2/2 S. 2, 7 f.; Urk. 19A S. 8 f.).

E. 3.1

Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, dass der Beschuldigte beim Anbieten des Fliegenpilzpulvers zum Verkauf trotz seinen Bestreitungen zumindest billigend in Kauf genommen habe, dass die Käufer dieses konsumieren würden. Ausserdem wurde als erstellt erachtet, dass der Beschuldigte dieses Fliegenpilzpulver auch im Wissen um seine mögliche Anwendungsweise und Wirkung in Verkehr gebracht habe (Urk. 28 S. 7, 12 ff.).

E. 3.2

Hinsichtlich dieser Schlussfolgerung machte die Verteidigung geltend, dass die Vorinstanz den Anklagesachverhalt in unzulässiger Weise um die tatsächlichen Vorwürfe, das Fliegenpilzpulver sei vom Beschuldigten zum Verzehr angeboten worden und der Beschuldigte habe zumindest billigend in Kauf genommen, dass die Käufer das Fliegenpilzpulver konsumieren würden, ergänzt habe. Diese Ergänzung stelle eine Verletzung des Anklageprinzips dar. Bereits

- 10 - aus diesem Grund sei der Beschuldigte vom Vorwurf der Übertretung des Lebensmittelgesetzes freizusprechen (Urk. 39 S. 3 f.).

E. 3.3

Dem Beschuldigten wird in der Anklageschrift ausdrücklich vorgeworfen, dass er das Fliegenpilzpulver im Wissen darum angeboten habe, dass der Fliegenpilz nicht als zulässiger Speisepilz gelistet sei. In Anbetracht dessen, dass im Anklagesachverhalt auf die Unzulässigkeit des Anbietens als Speisepilz Bezug genommen wird, liegt auch nahe, dass dem Beschuldigten der Vorwurf gemacht wird, er habe das Fliegenpilzpulver zum Verzehr verkaufen wollen und entsprechend auch in Kauf genommen, dass es durch seine Konsumenten eingenommen würde. Noch vor Vorinstanz ging denn auch die Verteidigung davon aus, dass im Anklagesachverhalt implizit gerade auch der Vorwurf enthalten sei, der Beschuldigte hätte das Fliegenpilzpulver als Nahrungsmittel und damit zum Verzehr angeboten (Urk. 20 S. 10). Da die durch den Verteidiger genannten Vorwürfe somit bereits durch den Anklagesachverhalt implizit mitumschrieben wurden, nahm die Vorinstanz keine unzulässige Ergänzung des Anklagesachverhalts vor. Zu prüfen bleibt jedoch, ob sich der Anklagesachverhalt überhaupt wie umschrieben verwirklicht hat. 4.1 Was den objektiven Sachverhalt betrifft, zeigte sich der Beschuldigte insofern geständig, als er nicht in Abrede stellte, das Fliegenpilzpulver überhaupt an seinem Marktstand angeboten zu haben (Urk. 2/2 S. 2, 7 f.; Urk. 19A S. 8 f.). In objektiver Hinsicht ist der Anklagesachverhalt daher als

erstellt zu erachten. 4.2 Hinsichtlich des subjektiven Sachverhalts räumte der Beschuldigte zwar ein, dass ihm bewusst sei, dass Fliegenpilze beim Verzehr gesundheitsgefährdend seien und man diese nicht zum Verzehr verkaufen dürfe (Urk. 2/2 S. 7). Er machte jedoch geltend, dass das von ihm angebotene Fliegenpilzpulver nicht zum Verzehr angeboten worden sei. Vielmehr habe er dieses als Räucherware verkauft und auch einen entsprechenden Hinweis, dass es nicht zum Verzehr geeignet sei, auf der Verpackung angebracht (Urk. 2/2 S. 2, 7 f.; Urk. 19A S. 8 f.). Zur Verwendung dieses Pulvers als Räucherware erklärte der Beschuldigte, dass dieses von unseren Vorfahren als Räuchermittel verwendet worden sei, indem man es auf das Feuer gelegt habe. Heute lege man dieses auf glühende Shisha Kohle,

- 11 - welche sich auf einem Teller befindet. So gelange die Räucherware dann in die Luft. Es funktioniere wie eine Duftlampe oder ein Räucherstäbchen (Urk. 2/2 S. 2; Urk. 19a S. 8). Weiter erklärte er, dass es sich beim Fliegenpilz um ein Symbol für die Vergänglichkeit handle und das Pulver zum Räuchern dazu verwendet werde, sich für die Ernte zu bedanken (Urk. 2/2 S. 2; Urk. 19a S. 9). Dass das angebotene Fliegenpilzpulver von ihm nicht zum Konsum angedacht worden sei, machte der Beschuldigte konstant geltend. Zwar schliesst die Darreichungsform eines Pilzes in Pulverform nicht aus, dass dieses oral konsumiert wird. Grundsätzlich spricht der Umstand, dass der Beschuldigte die Fliegenpilze als Pulver verkaufte, jedoch eher für seine Behauptung, dass dieses zum Räuchern bestimmt gewesen sei. Weiter behauptete der Beschuldigte stets, dass sich auch auf der Verpackung des Fliegenpilzpulvers ein entsprechender Hinweis befunden habe, dass es nicht zum Verzehr geeignet sei (Urk. 2/2 S. 8; Urk. 19a S. 9). In Anbetracht dessen, dass die Fläschchen, in welchen das Fliegenpilzpulver angeboten wurde, entsprechend dem Vorbringen der Verteidigung in den Akten nicht visuell dokumentiert sind (Urk. 39 S. 4), kann diese Behauptung des Beschuldigten nicht widerlegt werden. Dass der Beschuldigte eine andere Absicht hegte, als das Fliegenpilzpulver als Räucherware zu verkaufen, kann daher nicht als erstellt erachtet werden.

E. 5

Der Anklagesachverhalt erweist sich somit insofern als erstellt, als der Beschuldigte an seinem Marktstand Fliegenpilzpulver anbot und er um das Verbot, Fliegenpilze zum Verzehr zu verkaufen, wusste. Hingegen lässt sich nicht rechtsgenügend erstellen, dass der Beschuldigte die Absicht hatte, das Fliegenpilzpulver als etwas anderes als Räucherware anzubieten. Ob er sich trotz der fehlenden Absicht, einen nicht als zulässigen Speisepilz in Anhang 1 der Speisepilzverordnung gelisteten Pilz als Speisepilz zu verkaufen, durch das Anbieten von Fliegenpilzen strafbar machte, ist nachfolgend zu prüfen. IV. Rechtliche Würdigung 1. Wie die Vorinstanz bereits zu Recht darauf hinwies, fand die Marktkontrolle beim Beschuldigten am 11. August 2016 und mithin noch vor Inkrafttreten des

- 12 - revidierten Bundesgesetzes über die Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 20. Juni 2014 sowie der Verordnungen dazu am 1. Mai 2017 statt. Weiter gelangte die Vorinstanz auch in zutreffender Weise zum Schluss, dass das neue Recht sich für den Beschuldigten nicht als milder erweist, zumal das Anbieten unzulässiger Speisepilze sowohl vom alten als auch vom revidierten Recht als Straftat umschrieben wird, weshalb in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 StGB das zum Tatzeitpunkt geltende Bundesgesetz über die Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 9. Oktober 1992 (aLMG) zur Anwendung gelangt.

E. 6

Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an – die erbetene Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten – die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat und nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an – die Vorinstanz – die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG)

- 17 - – das Forensische Institut Zürich (Referenz-Nr. K160811-05467348521) – die Koordinationsstelle VOSTRA zur Entfernung der Daten gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. d VOSTRA mittels Kopie von Urk. 30.

E. 7

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann bundesrechtliche Beschwerde in Strafsachen erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, vom Empfang 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, 1. März 2019 Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: Oberrichter lic. iur. Spiess MLaw Höchli

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