

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SU170048-O/U/hb

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident und lic. iur. Stiefel, Ober-
richterin Wasser-Keller sowie die Gerichtsschreiberin Leuthard

Urteil vom 15. Januar 2018

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

verteidigt durch X. _____

gegen

Stadtrichteramt Zürich,

Untersuchungsbehörde und Berufungsbeklagte

betreffend **Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung -
Einzelgericht, vom 28. August 2017 (GC170078)**

Strafbefehl:

Der Strafbefehl des Stadtrichteramtes Zürich vom 21. März 2017 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 2).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Einsprecher ist der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Die von der Stadtpolizei Zürich sichergestellten Betäubungsmittel (Asservaten-Nr. A010'192'253 und A010'192'128) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
3. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens werden auf die Gerichtskasse genommen.
Die Kosten des Strafbefehls Nr. 2016-058-848 vom 21. März 2017 und die nachträglichen Untersuchungs- sowie Überweisungskosten werden dem Stadtrichteramt Zürich zur Abschreibung überlassen.
5. Dem Einsprecher wird eine Entschädigung von Fr. 400.– aus der Gerichtskasse zugesprochen.

Berufungsanträge:

- a) des Verteidigers des Beschuldigten:
(Urk. 42 S. 2)

1. Es sei Ziffer 2 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 28. August 2017 aufzuheben.

2. Es seien die von der Stadtpolizei Zürich sichergestellten Betäubungsmittel (Asservaten-Nr. A010'192'253 und A010'192'128) an den Berufungskläger herauszugeben.
 3. Es seien keine Gerichtskosten zu erheben.
 4. Es seien die Verfahrenskosten dem Berufungsbeklagten zur Abschreibung zu belassen.
 5. Es sei dem Berufungskläger eine Umtriebsentschädigung in der Höhe von CHF 250.– zuzusprechen.
- b) des Stadtrichteramtes Zürich:
(Urk. 46 S. 2)
1. Es seien Ziffer 1 und Ziffer 2 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. August 2017 vollumfänglich zu bestätigen.
 2. Unter vollumfänglicher Kostenaufgabe zulasten des Berufungsklägers.

Erwägungen:

I. Prozessuales

1. Am 29. August 2016 wurde der Beschuldigte mit Strafbefehl des Stadtrichteramtes Zürich wegen Besitzes von Cannabis bis zu 10 Gramm, festgestellt am 21. Juni 2016, gestützt auf Art. 19 und 19a Ziff. 1 des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG) mit einer Busse von Fr. 100.– bestraft. Ausserdem wurden ihm die Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 150.– auferlegt. Für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse wurde eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag ausgefällt (Urk. 2). Dagegen erhob der Beschuldigte mit Schreiben vom 7. September 2016 fristgerecht Einsprache (Urk. 3). Nach durchgeführter Untersuchung und

nach Vereinigung mit einem gleichgelagerten Verfahren (vgl. Urk. 11 f.), in welchem dem Beschuldigten vorgeworfen wurde, am 28. August 2016 im Besitz von weniger als 10 Gramm Cannabis gewesen zu sein, erliess das Stadtrichteramt am 21. März 2017 einen neuen Strafbefehl, mit welchem es den Beschuldigten gestützt auf Art. 19 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit 19a Ziff. 1 BetmG wiederum mit einer Busse von Fr. 100.– belegte, ihm die Verfahrenskosten auferlegte und für den Fall der schuldhaften Nichtbezahlung der Busse eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag festsetzte. Darüber hinaus wurden die sichergestellten Betäubungsmittel in Anwendung von Art. 69 Abs. 1 StGB definitiv beschlagnahmt und der zuständigen Polizeistelle zur Vernichtung überlassen (Urk. 17/1). Der Beschuldigte erhob auch gegen diesen Strafbefehl fristgerecht Einsprache (Urk. 18, vgl. Urk. 17/2). In der Folge hielt das Stadtrichteramt am Strafbefehl fest und überwies das Verfahren der Vorinstanz (Urk. 20 und Urk. 22). Auf entsprechendes Gesuch hin dispensierte die Vorinstanz den Beschuldigten von der Teilnahme an der Hauptverhandlung und führte das Verfahren im Einverständnis mit der Verteidigung schriftlich durch (Urk. 28). Nach Durchführung des Schriftverkehrs sprach die Vorinstanz den Beschuldigten mit Urteil vom 28. August 2017 vom Vorwurf der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG frei und bestätigte den Einziehungsentscheid des Stadtrichteramtes (Urk. 37 = Urk. 41). Der Entscheid wurde schriftlich eröffnet und dem Beschuldigten am 15. September 2017 direkt in begründeter Ausfertigung zugestellt (Prot. I S. 8; Urk. 38/2).

2. Gegen das Urteil der Vorinstanz meldete der Beschuldigte am 25. September 2017 fristgerecht Berufung an (Urk. 39) und reichte mit Poststempel vom 3. Oktober 2017 innert Frist die Berufungserklärung ein (Urk. 42). Das Stadtrichteramt verzichtete auf Anschlussberufung und beantragte, es sei auf die Berufung nicht einzutreten, eventualiter sei die Berufung abzuweisen (Urk. 46). Mit Beschluss vom 24. November 2017 wurde auf die Berufung des Beschuldigten eingetreten und das schriftliche Verfahren angeordnet, wobei die Berufungserklärung des Beschuldigten als Berufungsbegründung und die Eingabe des Stadtrichteramtes als Berufungsantwort entgegengenommen, und letztere dem Beschuldig-

ten zugestellt wurde (Urk. 48, vgl. auch Urk. 47). Die Vorinstanz hat auf Vernehmung verzichtet (Urk. 47). Damit erweist sich das Verfahren als spruchreif.

3. Die Berufung hat nur im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Der Beschuldigte wendet sich mit seiner Berufung lediglich gegen Ziffer 2 des Urteilsdispositivs der Vorinstanz, mithin gegen die Einziehung des sichergestellten Cannabis (Urk. 42 S. 2). Hinsichtlich des Schuldpunkts (Ziffer 1, Freispruch) sowie des Kosten- und Entschädigungsdispositivs (Ziffern 3, 4 und 5) blieb das vorinstanzliche Urteil unangefochten. Es ist daher vorab mittels Beschluss festzustellen, dass das Urteil der Vorinstanz insoweit rechtskräftig geworden ist.

II. Einziehung

1. Dem Beschuldigten wurde vorgeworfen, am 21. Juni 2016 an der Ver-zweigung ...-/...-Strasse brutto 5,2 Gramm und am 28. August 2016 an der ...-Strasse ... brutto 5 Gramm Cannabis (bzw. Marihuana) besessen zu haben (Urk. 17/1). Diese Vorwürfe wurden vom Beschuldigten anerkannt (Urk. 26/1). Gestützt auf das Geständnis des Beschuldigten und das übrige Untersuchungsergebnis, insbesondere das Gutachten des Forensischen Instituts, hielt die Vorinstanz fest, es sei erstellt, dass der Beschuldigte am 21. Juni 2016 im Besitze von netto 3,6 Gramm und am 28. August 2016 im Besitze von netto 2,8 Gramm Cannabis gewesen sei, wobei unbestritten sei, dass er nicht beim Konsum von Cannabis angehalten worden sei (Urk. 41 S. 6 f.). In rechtlicher Hinsicht führte die Vorinstanz an, dass aufgrund von Literatur und Materialien davon auszugehen sei, dass der Gesetzgeber in Art. 19b Abs. 1 BetmG nicht nur unmittelbare Vorbe-reitungshandlungen zum Eigenkonsum, sondern generell den Besitz einer gerin-gen Menge von Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum von der Strafbarkeit aus-genommen habe, weshalb sie den Beschuldigten freisprach (a.a.O. S. 10 f.). In Bezug auf die Einziehung des Cannabis erwog die Vorinstanz, es stehe ausser Frage, dass das Cannabis dem Eigenkonsum, hätte dienen sollen, habe sich der Beschuldigte doch selbst auf Art. 19b Abs. 1 BetmG berufen. Der Eigenkonsum

stelle aber auch nach Einführung des Ordnungsbussenverfahrens eine Straftat dar, weshalb das Cannabis, welches zum Eigenkonsum und damit zur Begehung einer Straftat bestimmt gewesen sei, gestützt auf Art. 69 StGB eingezogen werden könne (a.a.O. S. 12 f.).

2. Bilden ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so kann mit der Berufung nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhaltes sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Neue Behauptungen und Beweise können nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO). Bezüglich der von der Vorinstanz vorgenommenen rechtlichen Würdigung ist die Kognition des Berufungsgerichts nicht wie bei der Feststellung des Sachverhaltes eingeschränkt, sondern frei (Hug/Scheidegger in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, N 23 zu Art. 398).

3. Der Beschuldigte rügt die offensichtlich fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts in Bezug auf den von der Vorinstanz angenommenen Verwendungszweck des Cannabis, den Verstoss der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen gegen Art. 113 Abs. 1 StPO, gemäss welcher Bestimmung sich der Beschuldigte nicht selbst belasten muss, und die fehlerhafte Anwendung von Art. 69 Abs. 1 StGB (Sicherheitseinziehung) in Verbindung mit Art. 19b BetmG (Urk. 42 S. 3).

4. Die Rüge der Verteidigung, die Vorinstanz habe den Sachverhalt in Bezug auf den von ihr angenommenen Verwendungszweck des Cannabis in willkürlicher Weise offensichtlich fehlerhaft festgestellt, erweist sich als unbegründet.

Die Verteidigung macht geltend, die Intention des Beschuldigten betreffend die Verwendung des Cannabis sei nicht bekannt. Der Beschuldigte habe entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen von Anfang an bestritten, das bei ihm sichergestellte Cannabis konsumieren zu wollen, respektive sich diesbezüglich auf Art. 113 Abs. 1 StPO berufen (Urk. 42 S. 4, Urk. 30 S. 10 f.).

Zwar trifft zu, dass der Beschuldigte zum Verwendungszweck des bei ihm sichergestellten Cannabis keine Aussagen gemacht hat. Bestritten hat er die Annahme des Stadtrichteramtes, dass der Besitz dem Eigenkonsum hätte dienen sollen, aber nicht, sondern sich nach Erläuterung der Rechtslage durch die Stadtrichterinnen damit einverstanden erklärt, dass das Verfahren zur Prüfung, ob eine nicht strafbare Vorbereitungshandlung zum Konsum gemäss Art. 19b BetmG vorliege, an das Bezirksgericht überwiesen wird (Urk. 7 S. 3). Vor Vorinstanz stellte der Beschuldigte sodann ein Gesuch um Dispensation von der Teilnahme an der Hauptverhandlung. Zur Begründung dieses Gesuchs reichte er ein schriftliches Geständnis ein, in welchem er dem ihm mit Strafbefehl des Stadtrichteramtes Zürich vom 21. März 2017 vorgeworfenen Sachverhalt - mit Ausnahme der (Brutto-)Mengenangaben des bei ihm sichergestellten Cannabis - anerkannte (Urk. 26/1; vgl. auch Urk. 25 S. 3). Im vorgenannten Strafbefehl wurde dem Beschuldigten explizit vorgeworfen, der Besitz des Marihuanas habe aufgrund der gesamten Umstände offensichtlich dem Konsum gedient (Urk. 17/1). Die diesbezügliche Feststellung der Vorinstanz (vgl. Urk. 41 S. 7) ist damit nicht willkürlich.

Auch der Einwand der Verteidigung, die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung verstosse gegen Art. 113 Abs. 1 StPO, zielt ins Leere. Angaben zur Konsumabsicht, welche in Art. 19b Abs. 1 BetmG vorausgesetzt wird, kollidieren entgegen der Argumentation der Verteidigung (Urk. 42 S. 5 und S. 11, Urk. 30 S. 11) nicht mit dem Verbot des Selbstbelastungszwangs, stellt doch die blosser Absicht, Betäubungsmittel zu konsumieren, noch kein strafbares Verhalten im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 28b BetmG dar, und hätte sich der Beschuldigte mit einer derartigen Aussage nicht selber belastet. Wie bereits erwähnt, hat die Vorinstanz auch nicht aufgrund der Aussageverweigerung, sondern aufgrund des Geständnisses des Beschuldigten auf seine Konsumabsicht geschlossen. Darüber hinaus ist nicht unerwähnt zu lassen, dass der Beschuldigte zwar das Recht hat, die Aussage zu verweigern, dies aber nicht bedeutet, dass das Gericht daraus keine Schlüsse ziehen darf. Vielmehr darf das Gericht den Umstand, dass sich der Beschuldigte auf sein Aussage- und Mitwirkungsverweigerungsrecht beruft, dann in die Beweiswürdigung miteinbeziehen, wenn sich der Beschuldigte weigert, zu seiner Entlastung erforderliche Angaben zu machen, obschon eine

Erklärung angesichts der belastenden Beweiselemente vernünftigerweise erwartet werden dürfte (Urteil des Bundesgerichts 6B_453/2011 vom 20. November 2011, E. 1.6.; Pra 90 (2001) Nr. 110 S. 643 unter Hinweis auf den Fall Murry c. Vereinigtes Königreich).

Gemäss Art. 19b Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 BetmG ist nicht strafbar, wer eine geringfügige Menge eines Betäubungsmittels - insbesondere bis zu 10 Gramm Cannabis - für den eigenen Konsum vorbereitet. Wie die Vorinstanz korrekt angeführt hat (Urk. 41 S. 10), gehört zu den Vorbereitungshandlungen im Sinne von Art. 19b BetmG gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts, Literatur und Materialien auch der Besitz (Urteil des Bundesgerichts 6B_1273/2016 vom 6. September 2017 E. 1.5.2. mit weiteren Hinweisen; Fingerhuth/Schlegel/Jucker, OFK-BetmG, 3. Aufl., Zürich 2016, BetmG 19b N 2 f. und BetmG 19a N 20; Albrecht, Stämpfli Handkommentar, Art. 19-28I BetmG, 3. Aufl., Bern 2016, Art. 19b N 3; Hug-Beeli, BetmG-Komm, Basel 2016, Art. 19b N 41; Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates betreffend die Revision des Betäubungsmittelgesetzes [Ordnungsbussenverfahren] vom 2. September 2011, BBI 2011 8207 und 8209; Stellungnahme des Bundesrates vom 26. Oktober 2011, BBI 2011 8223). Soweit der Besitz von Cannabis bis zu 10 Gramm einzig dem Eigenkonsum dient, eine Gefährdung Dritter mithin ausgeschlossen ist, geht Art. 19b BetmG Art. 19a BetmG vor, welcher den Konsum von Betäubungsmitteln und deren Besitz zum Konsum als Übertretung ahndet (vgl. Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., BetmG 19b N 2 ff.; Hug-Beeli, BetmG-Komm, a.a.O., Art. 19b N 42). Abgesehen von Art. 19b BetmG, der den Besitz von geringfügigen Mengen bzw. von bis zu 10 Gramm Cannabis zum Eigenkonsum für straflos erklärt, ist der Besitz von Cannabis - wie auch dessen (unbefugter) Konsum - jedoch strafbar. Daran hat auch die Revision des Betäubungsmittelgesetzes vom 28. September 2012, welche per 1. Oktober 2013 in Kraft getreten ist, nichts geändert (vgl. Art. 19 Abs. 1 lit. d, Art. 19a und Art. 28b BetmG; Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., BetmG 19b N 2 ff.; Hug-Beeli, BetmG-Komm, a.a.O., Art. 19b N 40, N 57 f. und N 65). Der Besitz einer geringen Menge Cannabis, der nicht dem Eigenkonsum dient, stellt nach wie vor ein Vergehen dar (Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG).

Ein "legaler" Verwendungszweck von Betäubungsmitteln (Besitz ohne Konsum; Besitz zum Zwecke der Vermischung des Cannabis, bis es einen THC-Gehalt von weniger als 1 % aufweist), wie ihn die Verteidigung geltend macht (Urk. 42 S. 4, Urk. 30 S. 11), ist vom Gesetz nicht vorgesehen. Vielmehr gilt im Betäubungsmittelgesetz der Grundsatz, dass jeder unbefugte Kontakt mit Betäubungsmitteln unter Strafe steht, soweit das Gesetz keine Ausnahmen vorsieht (vgl. Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., BetmG 19 N 3; Hug-Beeli, BetmG-Komm, a.a.O., Art. 19 N 1 ff. und Art. 19b N 1 f; Albrecht, Stämpflis Handkommentar, Art. 19-28I BetmG, a.a.O., Art. 19 N 3 f. und Art. 19b N 1). Das Gesetz "privilegiert" in Art. 19a Ziff. 1 BetmG und Art. 19b Abs. 1 BetmG denjenigen, der beabsichtigt, Betäubungsmittel zu konsumieren. In subjektiver Hinsicht setzt Art. 19b BetmG, welcher sich mit dem zweiten Satzteil von Art. 19a Ziff. 1 BetmG deckt, den Willen voraus, Betäubungsmittel zu konsumieren (Hug-Beeli, BetmG-Komm, a.a.O., Art. 19b N 41 und Art. 19a N 280 ff.). Auch wenn vor dem Hintergrund der Privilegierung von Drogenkonsumenten nicht recht einzuleuchten vermag, weshalb beispielsweise der Konsum eines Joints bzw. einer erheblich geringeren Menge als 10 Gramm Cannabis strafbar ist, der Besitz von bis zu 10 Gramm Cannabis zum Zwecke des Konsums aber straffrei, bleibt der Wortlaut des Gesetzes und der Wille des Gesetzgebers klar. Der Besitz ohne Konsumabsichten oder zu anderen Zwecken als dem Eigenkonsum ist strafbar und wird von keiner Ausnahmebestimmung des Betäubungsmittelgesetzes erfasst. Entgegen der Argumentation der Verteidigung (Urk. 42 S. 11) kann sich somit nur derjenige auf Art. 19b BetmG berufen, der beabsichtigt, das Cannabis zu konsumieren.

Folgerichtig hätte der Beschuldigte bei Bestreitung seiner Konsumabsicht mit einem Schuldspruch im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG zu rechnen. Der Freispruch der Vorinstanz wurde vom Beschuldigten aber nicht angefochten, weshalb es beim erstellten Sachverhalt, wonach der Beschuldigte das Cannabis zwecks Eigenkonsums besessen hat, sein Bewenden hat. Im Übrigen erscheint es auch rechtsmissbräuchlich, den eingestandenen Sachverhalt, auf welchen sich der vorinstanzliche Freispruch stützt, im Rahmen der auf die Einziehung beschränkten Berufung wieder infrage zu stellen.

5. Gemäss Art. 69 StGB verfügt das Gericht ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden.

In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Verteidigung (Urk. 42 S. 6, Urk. 30 S. 10) setzt die Sicherheitseinziehung nach Art. 69 StGB bei Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat "gedient" haben, als Anlasstat eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Straftat voraus. Jede Art von Straftat kann Anlasstat sein, unabhängig davon, ob es sich um ein Verbrechen, Vergehen oder um eine Übertretung handelt. Es können jedoch auch Gegenstände eingezogen werden, die zur Begehung einer Straftat "bestimmt" waren. Diesfalls ist vorausgesetzt, dass die Straftat zumindest ernsthaft vorbereitet wurde, wobei bereits eine straflose Vorbereitungshandlung genügt, wenn die fraglichen Gegenstände ernstlich als Tatmittel in Aussicht genommen wurden. Für die Beurteilung der Frage, ob die Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden, ist die durch den Täter beabsichtigte Verwendung entscheidend (vgl. BSK StGB-Florian Baumann, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 69 N 5 bis N 10 mit Hinweis auf BGE 114 IV 99).

Wie bereits erläutert, ist der Besitz einer geringfügigen Menge Cannabis zum Zwecke des Eigenkonsums gemäss Art. 19b Abs. 1 BetmG nicht strafbar. Es stellt sich die Frage, welche Rechtsnatur dieser Bestimmung zukommt. Möglich ist, dass Art. 19b Abs. 1 BetmG lediglich eine Strafbefreiung (aufgrund fehlenden Strafbedürfnisses im Sinne eines limitierten Opportunitätsprinzips) normiert, welche Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Täters nicht tangiert (vgl. BSK StGB-Franz Riklin, a.a.O., Vor Art. 52-55 N 10 ff.). Die Bestimmung könnte aber auch als gesetzlicher Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 14 StGB verstanden werden, indem sie eine Handlung erlaubt, welche ansonsten - ohne Konsumabsicht - nach Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG mit Strafe bedroht ist. Schliesslich könnte die Bestimmung aber auch so gelesen werden, dass

sie die Legalität des dort beschriebenen Handelns definiert, womit bereits ein tatbestandsmässiges Handeln entfallen würde.

In der Literatur wird lediglich ausgeführt, die in Art. 19b Abs. 1 BetmG erwähnte Strafflosigkeit bedeute, dass die Polizeibehörden keine Verzeigungen zu erstatten, die Untersuchungsbehörden keine Anklage zu erheben, und die urteilenden Behörden bei einer allfälligen entsprechenden Anklage ein freisprechendes Urteil zu erlassen hätten (Hug-Beeli, BetmG-Komm, a.a.O., Art. 19b N 57 f.). Sei Art. 19b BetmG anwendbar, scheidet eine Bestrafung und damit auch jede Strafverfolgung aus. Ein Verfahren sei mithin bereits schon nicht anhand zu nehmen bzw. einzustellen oder spätestens bei Gericht durch einen Freispruch zu erledigen (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., BetmG 19b N 15). Diese Lehrmeinungen lassen sowohl eine Interpretation im Sinne des Opportunitätsprinzips als auch eine solche im Sinne einer Legalisierung des Besitzes geringfügiger Drogenmengen zum Zwecke des Eigenkonsums zu. Ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund würde dahingegen nicht gegen die Anhandnahme eines Strafverfahrens sprechen.

Den Materialien lässt sich diesbezüglich keine Einordnung von Art. 19b BetmG bzw. Art. 19 Ziff. 5 aBetmG entnehmen (BBI 1973 I 1348, S. 1368 und S. 1377).

Das Bundesgericht hat sich in einer neueren Entscheidung betreffend Kostentragung bei Freispruch (ohne eingehende Begründung) klar für die Legalität des Besitzes geringfügiger Drogenmengen zum Eigenkonsum ausgesprochen. So hat es erwogen, die Vorinstanz verletze Bundesrecht, wenn sie dem Beschuldigten vorwerfe, der Besitz von Marihuana und Haschisch sei im Grundsatz verboten. Der blosse Besitz von geringfügigen Drogenmengen zu Konsumzwecken falle unter Art. 19b BetmG und sei straflos, weshalb entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht gesagt werden könne, der Beschuldigte habe sich rechtswidrig und schuldhaft im Sinne von Art. 426 StPO verhalten, indem er geringfügige Drogenmengen zu Konsumzwecken besessen habe. Art. 19b BetmG nehme derartigen Besitz vom Anwendungsbereich des Art. 19. Abs. 1 lit. d BetmG aus. Es könne offenbleiben, ob überhaupt ein Strafverfahren an die Hand hätte genommen werden

dürfen. Fest stehe, dass von allem Anfang an kein *Straftatbestand* erfüllt gewesen sei. Ob die geringfügigen Mengen Marihuana trotzdem einzuziehen gewesen seien, könne dahingestellt bleiben (Urteil des Bundesgerichts 6B_1273/2016 vom 6. September 2017 E. 1.6.2. und E. 1.7.1 f.).

Aus dem Bundesgerichtsentscheid erhellt, dass der Beschuldigte durch den Besitz des Cannabis zum Zwecke des Konsums keine tatbestandsmässige Straftat begangen hat, weshalb nicht davon ausgegangen werden kann, dass von der Polizei sichergestellte Cannabis habe einer Straftat "gedient". Allerdings war das Cannabis zur Begehung einer Straftat, nämlich für den Konsum, "bestimmt" (vgl. auch Hug-Beeli, *BetmG-Komm*, a.a.O., Art. 19b N 59; Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., *BetmG* 19b N 16). Diese zweite alternative Voraussetzung, nach welcher im Sinne von Art. 69 Abs. 1 StGB Gegenstände eingezogen werden können, wird weder im Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 2. September 2011 noch vom Kommentator Albrecht, welche sich beide gegen eine Einziehung aussprechen, thematisiert (BBI 2011 8210; Albrecht, *Stämpflis Handkommentar*, Art. 19-28I *BetmG*, a.a.O., Art. 19b Fn 1 zu N 1).

Der Beschuldigte hat das Cannabis anlässlich der polizeilichen Kontrollen auf sich getragen und damit eine - wenn auch straflose - Vorbereitungshandlung zum Konsum vorgenommen. Wie bereits abgehandelt wurde, ist erstellt, dass der Beschuldigte beabsichtigte, das Cannabis zu konsumieren. Weshalb es noch weiterer Anhaltspunkte bedürfte, um dem Beschuldigten eine Konsumabsicht nachzuweisen, wie dies die Verteidigung fordert (Urk. 42 S. 11), ist nicht ersichtlich. Vielmehr steht ausser Frage, dass der Beschuldigte das Cannabis ernstlich als Tatmittel zu einer strafbaren Handlung - dem Konsum - in Aussicht genommen hat. Damit ist der für eine Einziehung vorausgesetzte Deliktskonnex, aber auch das Erfordernis der Gefährdung der Sicherheit von Menschen, der Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung gegeben.

Zur Voraussetzung der Gefährdung der Sicherheit von Menschen, der Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung ist ergänzend anzumerken, dass Cannabis, Hanfpflanzen oder Teile davon, welche einen durchschnittlichen Gesamt-THC-

Gehalt von mindestens 1,0 Prozent aufweisen, im Anhang 5 zur Betäubungsmittelverzeichnisverordnung (BetmVV-EDI, SR 812.121.11, Anhang 5, Verzeichnis d) aufgeführt sind. Es handelt sich somit um eine kontrollierte Substanz, die vom Betäubungsmittelgesetz erfasst ist, weshalb davon auszugehen ist, dass von ihr ein Gefährdungspotential ausgeht (vgl. Art. 1 lit. c und lit. d, Art. 2 lit. a und Art. 2a BetmG).

Zum von der Verteidigung angeführten Argument, die Sicherungseinziehung unterstehe der Eigentumsgarantie und damit der Verhältnismässigkeit (Urk. 42 S. 12 f., Urk. 30 S. 12 f.) ist anzumerken, dass Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis in Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG unter den "verbotene Betäubungsmittel" aufgeführt werden (Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG und Titel dazu), was bedeutet, dass sie (ohne Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 8 Abs. 5 BetmG) nicht verschreibungs- und nicht verkehrsfähig und damit auch nicht eigentumsfähig sind (Hug-Beeli, BetmG-Komm, a.a.O., Art. 8 N 4 und N 7). Daran ändert entgegen der Argumentation der Verteidigung (Urk. 42 S. 12, Urk. 30 S. 12) nichts, dass es sich vorliegend um eine geringfügige Drogenmenge handelt, deren Besitz nicht strafbar ist. Einziges Kriterium zur Unterscheidung zwischen legalem und illegalem Hanf bildet der Grenzwert von 1 % Gesamt-THC-Gehalt. Ab diesem Grenzwert handelt es sich um ein verbotenes Betäubungsmittel gemäss Art. 8 BetmG (Hug-Beeli, BetmG-Komm, a.a.O., Art. 8 N 33). Dass auch eine geringfügige Menge Cannabis mit einem THC-Gehalt über 1 % nach dem Willen des Gesetzgebers als illegale Substanz einzuziehen ist, zeigt sich auch im neu für den Cannabiskonsum eingeführten Ordnungsbussenverfahren, welches die Sicherstellung und Einziehung des cannabishaltigen Produktes vorsieht (Art. 28b Abs. 4 und Art. 28e Abs. 4 BetmG). Nur am Rande sei erwähnt, dass der von der Verteidigung angeführte Vergleich mit dem Fahrradfahrer, der nachts ohne Licht fährt (Urk. 42 S. 12 f., Urk. 30 S. 12 f.), nicht zu überzeugen vermag, handelt es sich beim Fahrrad doch nicht um einen per se illegalen Gegenstand.

Aus den obgenannten Gründen sind die von der Stadtpolizei Zürich sichergestellten Betäubungsmittel (Asservaten-Nr. A010'192'253 und A010'192'128) einzuziehen und der Lagerbehörde zur Vernichtung zu überlassen.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Beschuldigte unterliegt mit seinen Anträgen im Berufungsverfahren vollumfänglich, weshalb ihm die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen sind und er demgemäss keinen Anspruch auf eine Prozessentschädigung hat (Art. 428 Abs. 1 StPO und Art. 436 StPO in Verbindung mit Art. 429 StPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 28. August 2017, bezüglich der Dispositivziffern 1 (Freispruch) sowie 3 bis 5 (Kosten- und Entschädigungsdispositiv) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die von der Stadtpolizei Zürich sichergestellten Betäubungsmittel (Asservaten-Nr. A010'192'253 und A010'192'128) werden eingezogen und der Lagerbehörde zur Vernichtung überlassen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 500.–.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
 - den Verteidiger (im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten)
 - das Stadtrichteramt Zürich
 - die Stadtpolizei Zürich als Lagerbehörde gemäss Dispositivziffer 1 (BM Lager Nr. S03347-2016 und S03346-2016)

- die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich
- sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
- die Vorinstanz.

5. 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, 15. Januar 2018

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Leuthard