

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

6B\_630/2016

Urteil vom 25. Januar 2017

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichter Denys, Präsident,  
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,  
Bundesrichter Oberholzer, Rüedi,  
Bundesrichterin Jametti,  
Gerichtsschreiberin Schär.

Verfahrensbeteiligte  
X.\_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Hans Ludwig Müller,  
Beschwerdeführer,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8090 Zürich,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz; Anklagegrundsatz,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 17. März 2016.

Sachverhalt:

A.

Am 5. November 2014 entwendete X.\_\_\_\_\_ vom Roller einer unbekannt Person 50 Gramm Kokaingemisch (38.5 Gramm reines Kokain), um es teilweise selbst und teilweise zusammen mit Kollegen zu konsumieren. Ebenso war er am gleichen Tag im Besitz von 1.9 Gramm Marihuana bzw. Haschisch, welches er an nicht näher bestimmbar Örtlichkeiten zu nicht näher bestimmbar Zeitpunkten von einer unbekannt Person erworben und selbst zu konsumieren beabsichtigte. Schliesslich kaufte er im Zeitraum von ca. Januar 2014 bis ca. Ende Oktober 2014 an nicht näher bestimmbar Örtlichkeiten zu nicht näher bestimmbar Zeiten insgesamt rund 40 bis 80 Gramm Kokaingemisch zu einem Preis von jeweils ca. Fr. 80.-- für 0.6-0.7 Gramm, um es selbst zu konsumieren.

Die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis sprach X.\_\_\_\_\_ mit Strafbefehl vom 19. Dezember 2014 der mehrfachen, teilweise versuchten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 180 Tagessätzen zu Fr. 30.--, teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 9. Oktober 2014, unter Anrechnung von 2 Tagen Haft, sowie zu einer Busse von Fr. 900.--. Vom Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 9. Oktober 2014 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 30.-- sah sie ab und verlängerte stattdessen die Probezeit um ein Jahr. X.\_\_\_\_\_ erhob Einsprache gegen den Strafbefehl.

B.

Das Bezirksgericht Dietikon sprach X.\_\_\_\_\_ am 16. Juli 2015 der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 210 Tagessätzen zu Fr. 10.--, teilweise als Zusatzstrafe zum Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 9. Oktober 2014, unter Anrechnung von 4 Tagen Haft, sowie mit einer Busse von Fr. 500.--. Auf den Widerruf der von der

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat am 9. Oktober 2014 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe verzichtete es ebenfalls.

C.

Auf Berufung von X. \_\_\_\_\_ hin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich am 17. März 2016 das erstinstanzliche Urteil im Strafpunkt. Es setzte die Geldstrafe auf 180 Tagessätze zu Fr. 10.-- fest. In den übrigen Punkten bestätigte es das erstinstanzliche Urteil.

D.

X. \_\_\_\_\_ führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, auf die Anklage sei nicht einzutreten und ihm sei eine Entschädigung für die erstandene Haft zuzusprechen. Eventualiter sei das Urteil des Obergerichts vom 17. März 2016 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subeventualiter sei er der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 i.V.m Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG schuldig zu sprechen. Von der mehrfachen Wiederhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG sei er hingegen freizusprechen. Er sei mit einer Busse von Fr. 500.-- zu bestrafen, wobei Fr. 400.-- bereits durch 4 Tage Haft erstanden seien. Auf den Widerruf der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat am 9. Oktober 2014 bedingt ausgesprochenen Geldstrafe sei zu verzichten. Ferner ersucht er für das bundesgerichtliche Verfahren sinngemäss um unentgeltliche Prozessführung und um Verbeiständung.

E.

Die Oberstaatsanwaltschaft und das Obergericht des Kantons Zürich verzichten auf eine Vernehmlassung zur Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, er werde im Strafbefehl respektive in der Anklageschrift vom 19. Dezember 2014 eines Vergehens beschuldigt. Dies ergebe sich unter anderem daraus, dass er mit einer Geldstrafe bestraft worden sei. Allerdings gehe aus dem Strafbefehl nicht hervor, mit welchem konkreten Verhalten er ein solches Vergehen begangen haben soll. Die Anklageschrift gebe ferner keinen Aufschluss darüber, wie viel der 38.5 Gramm reinen Kokains er selber respektive zusammen mit seinen Kollegen habe konsumieren wollen. Die Vorinstanz verkenne, dass die Anklageschrift der Informations- und Umgrenzungsfunktion nicht gerecht werde. Es wäre der Klärung dienlich gewesen, wenn im vorinstanzlichen Urteil aufgelistet würde, welche in der Anklageschrift geschilderten Handlungen straflos blieben, welche als Übertretungen und welche als Vergehen zu behandeln seien. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Anklageprinzips sowie des Grundsatzes der Rechtsgleichheit und der Verfahrensfairness.

1.2. Nach dem Anklagegrundsatz bestimmt die Anklageschrift den Gegenstand des Gerichtsverfahrens (Umgrenzungsfunktion; Art. 9 und Art. 325 StPO; Art. 29 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV; Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. a und b EMRK). Das Gericht ist an den in der Anklage wiedergegebenen Sachverhalt gebunden (Immutabilitätsprinzip), nicht aber an dessen rechtliche Würdigung durch die Anklagebehörde (vgl. Art. 350 StPO). Die Anklage hat die der beschuldigten Person zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben, dass die Vorwürfe in objektiver und subjektiver Hinsicht genügend konkretisiert sind. Das Akkusationsprinzip bezweckt zugleich den Schutz der Verteidigungsrechte der beschuldigten Person und dient dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Informationsfunktion; BGE 141 IV 132 E. 3.4.1; 140 IV 188 E. 1.3; 133 IV 235 E. 6.2 f.; 126 I 19 E. 2a; je mit Hinweisen). Die beschuldigte Person muss unter dem Gesichtspunkt der Informationsfunktion aus der Anklage ersehen können, wessen sie angeklagt ist. Das bedingt eine zureichende Umschreibung der Tat. Entscheidend ist, dass der Betroffene genau weiss, welcher konkreter Handlungen er beschuldigt und wie sein Verhalten rechtlich qualifiziert wird, damit er sich in seiner Verteidigung richtig vorbereiten kann. Er darf nicht Gefahr laufen, erst an der Gerichtsverhandlung mit neuen Anschuldigungen konfrontiert zu werden (vgl. Urteil 6B\_492/2015 vom 2. Dezember 2015 E. 2.2, nicht publiziert in: BGE 141 IV 437; BGE 103 Ia 6 E. 1b; Urteile 6B\_1073/2014 vom 7. Mai 2015 E. 1.2; 6B\_344/2011 vom 16. September 2011 E. 3; je mit Hinweisen).

1.3. Die Vorinstanz erwägt, entgegen den Ausführungen der Verteidigung seien sowohl die tatsächlichen als auch die beabsichtigten Handlungen des Beschwerdeführers (Entwenden des

Kokaingemischs, Erwerb von Marihuana respektive Haschisch, Besitz der erwähnten Drogen, beabsichtigter Konsum mit teilweise implizierter Abgabe von Drogen an Kollegen) im Strafbefehl vom 19. Dezember 2014 klar beschrieben (vgl. dazu Sachverhalt Ziff. A). Ebenso seien die gemäss Ansicht der Staatsanwaltschaft erfüllten Straftatbestände unter Angabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen aufgeführt. Für den Beschwerdeführer sei demnach offensichtlich, was ihm vorgeworfen werde. Insofern sei nicht ersichtlich, inwiefern das Anklageprinzip verletzt sein soll.

1.4. Die Rügen des Beschwerdeführers betreffend die Verletzung des Anklageprinzips sind unbegründet. Die Vorinstanz weicht weder vom in der Anklage umschriebenen Sachverhalt noch von der dortigen rechtlichen Qualifikation ab. Aus der Anklage ist eindeutig ersichtlich, dass dem Beschwerdeführer sowohl Übertretungen als auch Vergehen zur Last gelegt werden. Dies ergibt sich nicht nur aus der beantragten Geldstrafe, sondern auch aus der Angabe der aus Sicht der Staatsanwaltschaft erfüllten Strafnormen (Art. 19 Abs. 1 lit. c respektive lit. d BetmG). Die genannten Verstösse sind mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht. Es handelt sich somit um Vergehen (vgl. Art. 10 Abs. 3 StGB). In sachverhaltlicher Hinsicht wird dem Beschwerdeführer vorgeworfen, Kokain für den Eigenkonsum respektive den gemeinsamen Konsum mit Bekannten entwendet zu haben. Weiter wird ihm Besitz von Marihuana sowie Erwerb von Kokain für den Eigengebrauch angelastet. Insgesamt ist die Anklage damit ausreichend umschrieben, so dass der Beschwerdeführer seine Verteidigungsrechte ohne Weiteres ausüben konnte. Allein die Tatsache, dass aus der Anklageschrift nicht ersichtlich ist, welchen Anteil der Gesamtmenge des Kokains der Beschwerdeführer mit

seinen Kollegen gemeinsam konsumieren wollte, lässt die Anklage noch nicht als ungenügend oder mangelhaft erscheinen. Zumindest implizit ergibt sich aus ihr, dass die Staatsanwaltschaft nicht von einer geringfügigen Menge ausging. Ob die angeklagten Handlungen die in der Anklage genannten Straftatbestände erfüllen, ist, wie von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt, eine Frage der Rechtsanwendung und daher nicht unter dem Titel des Anklageprinzips zu prüfen.

Weshalb die Vorinstanz verpflichtet gewesen sein sollte, in ihren Erwägungen zum Anklageprinzip zusätzlich aufzulisten, welche in der Anklageschrift geschilderten Handlungen straflos bleiben, welche als Übertretungen und welche als Vergehen zu behandeln sind, ist nicht ersichtlich. Wäre der Anklagegrundsatz verletzt, könnte der Mangel durch die Vorinstanz, wie im Grunde der Beschwerdeführer selbst ausführt, auch mit der geforderten Auflistung oder anderweitigen Ergänzungen nicht geheilt werden (WOLFGANG WOHLERS, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, N. 23 zu Art. 9 StPO). Zudem ergibt sich aus der rechtlichen Würdigung der Vorinstanz eindeutig, welches Verhalten sie unter welche Straftatbestände subsumiert. Die Vorinstanz führt aus, der Diebstahl des Kokaingemischs ab dem Roller erfülle den Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG. Der privilegierte Tatbestand von Art. 19a Ziff. 1 BetmG komme nur bezüglich des geplanten Eigenkonsums zur Anwendung, nicht jedoch bezüglich der geplanten Abgabe zum gemeinsamen Konsum an Kollegen. Der zweite Anklagepunkt, der Besitz von 1.9 Gramm Marihuana bzw. Haschisch für den Eigenkonsum sei gemäss Art. 19b BetmG straflos, da es

sich um eine geringfügige Menge handle. Demgegenüber erfülle der Beschwerdeführer durch den Erwerb der 40 bis 80 Gramm Kokaingemisch zwischen Januar 2014 und Oktober 2014 für den Eigengebrauch Art. 19a Ziff. 1 BetmG. Die Rüge der Verletzung des Anklagegrundsatzes erweist sich damit als unbegründet. Inwiefern der Grundsatz der Verfahrensfairness verletzt sein soll, begründet der Beschwerdeführer nicht. Darauf ist nicht einzutreten (Art. 42 Abs. 2 BGG). Auch auf die Rüge der Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots kann nicht eingegangen werden. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, inwiefern eine Schlechterstellung vorliegen soll.

2.

2.1. Der Beschwerdeführer bemängelt, die Vorinstanz nehme an, dass er eine Wochenration Kokain oder sogar mehr an konsumierende Kollegen habe abgeben wollen. Sie gehe damit von der gravierendsten Tatvariante aus, ohne dies zu begründen, was gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör, das Willkürverbot, den Anspruch auf eine gerechte Behandlung und den Grundsatz "in dubio pro reo" verstosse. Der angefochtene Entscheid verletze ferner Art. 19b Abs. 1 BetmG. Wenn er beabsichtigt hätte, einen Teil der 38.5 Gramm Kokain gemeinsam mit Kollegen zu konsumieren, hätte es sich bei den einzelnen "Konsumationen" immer um geringfügige Mengen gehandelt, was gemäss der genannten Bestimmung straflos sei.

2.2. Die Vorinstanz erwägt, die Entwendung des Kokaingemischs ab dem Roller sei, soweit aufgrund des beabsichtigten Eigenkonsums nicht der privilegierende Tatbestand von Art. 19a Ziff. 1 BetmG zur Anwendung gelange, grundsätzlich nach Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG strafbar (vgl. bereits E. 1.4).

Entgegen der Ansicht der Verteidigung komme bezüglich des beabsichtigten gemeinsamen Konsums mit Freunden Art. 19b Abs. 1 BetmG nicht zum Tragen. Die Bestimmung greife nur, wenn es sich um geringfügige Mengen handle. Bei der Beurteilung komme dem Sachgericht ein grosser Ermessensspielraum zu. Strafbefreiung komme nur dann in Betracht, wenn jemand vereinzelt geringfügige Mengen zum gemeinsamen Konsum abgebe, nicht aber dann, wenn dies kontinuierlich und über eine längere Zeit erfolge und gesamthaft eine beträchtliche Menge abgegeben worden sei. Bei 38.5 Gramm reinem Kokain könne auf keinen Fall von einer geringfügigen Menge gesprochen werden, auch wenn die einzelnen "Konsumationen" geringfügig gewesen wären.

2.3. Wer nur den eigenen Konsum vorbereitet oder Betäubungsmittel zur Ermöglichung des gleichzeitigen und gemeinsamen Konsums unentgeltlich abgibt, ist nach Art. 19b Abs. 1 BetmG nicht strafbar, wenn es sich um geringfügige Mengen handelt. Für die Vorbereitung einer derartigen Abgabe - also etwa für den Erwerb und Besitz des Betäubungsmittels mit entsprechender Zielsetzung - muss die vom Gesetz vorgesehene Straffreiheit (über dessen Wortlaut hinaus) ebenfalls gelten (PETER ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19-28 BetmG], 3. Aufl. 2016, N. 10 zu Art. 19b BetmG). Bei der Beurteilung, welche Menge noch geringfügig ist, steht der rechtsanwendenden Behörde ein grosser Ermessensspielraum zu (BGE 124 IV 184).

2.4. Auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz kann verwiesen werden. Indem sie davon ausgeht, bei der Beschaffung von 38.5 Gramm reinem Kokain, wovon der Beschwerdeführer einen Teil zusammen mit seinen Kollegen zu konsumieren beabsichtigte, handle es sich nicht um eine geringfügige Menge im Sinne von Art. 19b BetmG, verstösst sie nicht gegen Bundesrecht (vgl. Urteil 6S.516/1999 vom 17. Februar 2000 E. 2b). Folglich ist Art. 19b BetmG nicht verletzt.

Unbegründet ist der Einwand des Beschwerdeführers, bei mehrfacher Tatbegehung sei die Geringfügigkeit der Drogenmenge der einzelnen Tatbegehung massgebend. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist nämlich nicht auf die einzelnen Mengen abzustellen, die der Beschwerdeführer an Dritte jeweils im Einzelfall zwecks gleichzeitigem und gemeinsamem Konsum abgab, sondern auf die abgegebene Gesamtmenge. Wollte man anders entscheiden, so hätte dies die Folge, dass unter Umständen die Abgabe einer sehr grossen Gesamtmenge gemäss Art. 19b BetmG straflos bliebe, etwa wenn eine Person während eines längeren Zeitraums mehrfach einem grösseren Personenkreis Betäubungsmittel zwecks gemeinsamen Konsums unentgeltlich abgibt. Nach dem Gesetzeszweck und dem Willen des Gesetzgebers sollen aber bloss der Erwerb und der Besitz einer geringfügigen Menge Betäubungsmittel straflos bleiben, wenn diese Menge dem gleichzeitigen und gemeinsamen Konsum durch mehrere Personen dient. Der Gesetzgeber hatte etwa das gelegentliche Zirkulierenlassen eines Joints im Auge (Urteile 6S.516/1999 17. Februar 2000 E. 2b; 6S.617/1998 vom 11. November 1998 E. 2b/bb, nicht publiziert in: BGE 124 IV 254; je mit Hinweisen; HANS MAURER, in: Andreas Donatsch [Hrsg.], StGB

Kommentar, 19. Aufl. 2013, N. 3 zu Art. 19b BetmG; anderer Meinung, allerdings ohne Begründung: PETER ALBRECHT, a.a.O., N. 16 zu Art. 19b BetmG; FINGERHUTH/TSCHURR, Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, 3. Aufl. 2016, N. 14 zu Art. 19b BetmG).

Inwiefern die Vorinstanz das rechtliche Gehör und den Grundsatz der Verfahrensfairness verletzt oder gegen das Willkürverbot verstossen haben soll, ist weder dargetan noch ersichtlich. Die diesbezüglichen Ausführungen des Beschwerdeführers werden den Begründungsanforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG nicht gerecht, weshalb darauf nicht eingetreten werden kann. Dies gilt umso mehr für die Behauptung des Beschwerdeführers, sein Vorsatz bezüglich des gemeinsamen Konsums mit Kollegen habe sich lediglich auf eine sehr kleine Menge bezogen, welche als geringfügig einzustufen sei. Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen und ist damit Tatfrage. Als solche prüft sie das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür (Art. 9 BV; Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 141 IV 369 E. 6.3 mit Hinweisen; vgl. zum Willkürbegriff: BGE 141 IV 305 E. 1.2; 138 I 305 E. 4.3; je mit Hinweis). Eine entsprechende Rüge muss klar vorgebracht und substantiiert begründet werden. Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Urteil tritt das Bundesgericht nicht ein (vgl. Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Ausführungen des Beschwerdeführers stellen bloss

Parteibehauptungen dar, was den soeben erwähnten erhöhten Begründungsanforderungen nicht genügt. Auf die Sachverhaltsrügen und die in diesem Zusammenhang geltend gemachte Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" kann daher nicht eingetreten werden.

### 3.

Soweit ersichtlich, begründet der Beschwerdeführer die übrigen Anträge (Haftentschädigung, Reduktion der Bussenhöhe, Verzicht auf den Widerruf) damit, dass er (teilweise) freizusprechen sei. Es bleibt jedoch bei den vorinstanzlichen Schuldsprüchen, weshalb darauf nicht eingetreten werden

kann.

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer grundsätzlich kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist gutzuheissen, da von seiner Bedürftigkeit auszugehen ist und seine Rechtsbegehren nicht von vornherein aussichtslos waren. Es sind keine Kosten zu erheben. Seinem Rechtsvertreter ist eine Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse auszurichten (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird gutgeheissen.

3.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

4.

Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Hans Ludwig Müller, wird aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 3'000.-- ausgerichtet.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 25. Januar 2017

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Die Gerichtsschreiberin: Schär