



Geschäfts-Nr. SB030387/Z3/tm

I. Strafkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. M. Schaffitz, Vorsitzende, und lic.iur. K. Balmer sowie der Ersatzoberrichter lic.iur. J. Meier und der Obergerichtssekretär Dr. St. Jaissle

Beschluss vom 9. Oktober 2003

in Sachen

S.

Angeklagter und Appellant

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, vertreten durch Staatsanwalt lic.iur.

Walty, 8001 Zürich,

Anklägerin und Appellatin

betreffend **Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und Widerruf**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung, vom 2. April 2003 (DG030085)

Das Gericht zieht in Betracht:

I.

Der materielle Teil des Entscheides (Frage des strafbaren Handels mit Streckmitteln) ist in **ZR 102 (2003) Nr. 68** publiziert. Nachdem die Staatsanwaltschaft keine Anklageergänzung vorgenommen hatte (dazu nachfolgend II.), wurde der Angeklagte mit **Urteil vom 18. Februar 2004 (SB030387)** freigesprochen. Eine dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde mit **Urteil des Kassationshofs des Bundesgerichts vom 27. September 2004** abgewiesen (**Urteil 6S.113/2004**). Materiell wichtig ist, dass das Bundesgericht festhielt, dass das Obergericht nicht erkannt habe, dass die vorsätzliche Lieferung von Streckmitteln nur "strafbar" sei, wenn der Lieferant sich zusätzlich als Mittäter des Drogenhändlers beteilige. Das Obergericht habe vielmehr erkannt, eine Handlung - hier: Übernahme, Lagerung und Abgabe eines Streckmittels - sei nur ein Anstalten-Treffen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG, wenn der Handelnde die Absicht habe, als Täter oder Mittäter eine strafbare Handlung im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 BetmG zu begehen. Nur unter dieser Voraussetzung liege eine Vorbereitungshandlung vor. Das Obergericht habe auch nicht entschieden, bei Fehlen der genannten Voraussetzung falle eine Bestrafung ausser Betracht. Es hat vielmehr erwogen, dass eine Verurteilung wegen Gehilfenschaft möglich sei, diese vorliegend aber mangels Umschreibung einer Haupttat in der Anklage ausser Betracht falle (E. 2.6.1).

Der Entscheid des Obergerichts wurde auch noch mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde angefochten. Dieser Entscheid steht zur Zeit noch aus (Stand 16. März 2005)

II.

Nachfolgend die Voraussetzungen für die Rückweisung an die Anklagebehörde:

1. Damit stellt sich die Frage nach einer Anklageergänzung. Gemäss § 182 Abs. 3 StPO kann und soll das Gericht den Entscheid aussetzen und der Anklagebehörde Gelegenheit geben, die Anklage abzuändern oder zu ergänzen, wenn es zur Auffassung gelangt, dass zwar ein strafbarer Tatbestand vorliegt, die Anklage aber den gesetzlichen Erfordernissen nicht entspricht. Die Vorschrift stellt eine Abweichung vom strengen Anklageprinzip dar, welche es ermöglicht, bei klarerweise gegebener Strafbarkeit Fehler, d.h. materielle Irrtümer der Anklage zu korrigieren und den sonst unvermeidlichen, aber stossenden Freispruch oder aber auch die blossе Bestrafung wegen eines minderen Deliktes zu vermeiden. § 182 Abs. 3 StPO will jedoch nicht den Grundsatz in Frage stellen, dass es der Anklagebehörde zusteht, zu bestimmen, ob und was sie anklagen will, sondern dem Richter unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit einräumen, dem Ankläger Gelegenheit zu geben, eine nach Auffassung des Richters fehlerhafte Anklage zu korrigieren. Da dadurch der Richter indirekt, nämlich über den Rückweisungsbeschluss, auf den Inhalt der Anklage Einfluss nehmen kann und in diesem Sinne die Funktion des Anklägers einnimmt und dadurch das Verfahren die strikte personelle Trennung zwischen richterlicher und anklagender Funktion einbüsst, müssen die Voraussetzungen des § 182 Abs. 3 StPO an einem strengen Massstab gemessen und als Ausnahmebestimmung interpretiert werden. Denn wer veranlasst, jemanden auf bestimmte Weise anzuklagen, wird schwerlich als Richter in dieser Anklage anders denn schuldig sprechen können (ZR 87 [1988] Nr. 57 S. 144). Eine Rückweisung gestützt auf die zitierte Norm ist deshalb nur zulässig, wenn drei Voraussetzungen gegeben sind:
 - 1.1 Zunächst ist erforderlich, dass aufgrund der Akten und/oder der Hauptverhandlung feststeht, dass ein strafbares Verhalten bewiesen ist, welches nicht in einer den Anforderungen von § 162 StPO genügenden Anklage figuriert. Bestehen Zweifel, ob - selbst unter der Annahme einer formgültigen Anklage - eine solche aus materiellrechtlichen oder anderen Gründen zu ei-

ner Verurteilung führen würde, so fehlt eine zentrale Voraussetzung. Vor allem ist es nicht die Pflicht des Gerichtes, nach allenfalls gegebenen Straftaten zu forschen und auch nur auf die Möglichkeit hin, dass ein (anderer) Tatbestand erfüllt sein könnte, eine Rückweisung vorzunehmen. Mithin muss aufgrund der Akten feststehen, dass zum Zeitpunkt der Rückweisung ein strafbarer Sachverhalt bewiesen ist, der nicht oder nur unvollständig in die Anklage aufgenommen wurde. Nebst diesem objektiven Erfordernis muss der Richter subjektiv überzeugt sein, dass die abgeänderte Anklage zum Schuldspruch führen wird (vgl. ZR 87 Nr. 57 S. 143 ff.; ZR 66 Nr. 68; SJZ 1960 S. 141 ff.; Schmid, in: Donatsch/Schmid, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, N 15 zu § 182 StPO).

- 1.2 Als zweite Voraussetzung muss trotz dieser sich aus den Akten ergebenden offensichtlichen Strafbarkeit eine Verurteilung infolge Mangelhaftigkeit der Anklage nicht möglich sein. Die sich aus den Akten ergebende Straftat findet m.a.W. keinen die Voraussetzungen von § 162 StPO erfüllenden Niederschlag in der Anklage. Gefordert ist somit fehlende Kongruenz zwischen Akten und Anklage. Ein Vorgehen gemäss § 182 StPO kommt also allein wegen Mangelhaftigkeit der Anklage, nicht bei Fehlerhaftigkeit oder Ergänzungsbedürftigkeit der Akten unter Einschluss der präsentierten Beweismittel in Frage. Damit ergibt sich auch klar die Abgrenzung zur Rückweisung im Sinne von § 183 Abs. 2 StPO: Diese wird vorgenommen, wenn die Beweismittel ergänzungsbedürftig sind. Eine Beweisergänzung kann vom Gericht nur im Rahmen von § 183 Abs. 2 StPO angeordnet werden. Eine Verbindung einer gerichtlichen Aufforderung zur Anklagekorrektur im Sinne von § 182 Abs. 3 StPO mit einer Rückweisung nach § 183 Abs. 2 StPO bezüglich des gleichen Mangels ist unzulässig (vgl. Schmid, in: Donatsch/Schmid, N 13 und 16 zu § 182 StPO).
- 1.3 Ein Vorgehen gemäss § 182 Abs. 3 StPO ist drittens nur zulässig, wenn sich die Ergänzung der Anklage im Bereich der bereits angeklagten Lebensvorgänge, also des ursprünglichen Prozessthemas und gegen den bereits angeklagten Beschuldigten bewegt, wenn also die Änderung oder Ergänzung

eine Tatsache zum Gegenstand hat, mit der sich der Angeklagte in seinen Grundzügen auch ohne die Änderung bzw. Ergänzung auseinandersetzen musste. Nicht zulässig ist eine Aussetzung des Verfahrens nach § 182 Abs. 3 StPO somit, wenn das Gericht den Eindruck hat, dass aufgrund der Akten weitere Straftaten geprüft oder weitere Personen in das Strafverfahren einbezogen werden sollten (Schmid: in Donatsch/Schmid, N 17 zu § 182 StPO).

- 1.4 Für eine Rückweisung zur Anklageergänzung im Hinblick auf einen Verstoss gegen das Betäubungsmittelgesetz gebietet es an der ersten Voraussetzung, sind doch im heutigen Zeitpunkt keine strafbaren Handlungen des Angeklagten oder - im Hinblick auf eine Gehilfenschaft - Dritter bewiesen, die nicht oder nur unvollständig in die Anklage aufgenommen worden sind. Es finden sich in den Untersuchungsakten keinerlei konkrete Hinweise, was mit den vom Angeklagten gelieferten Streckmitteln geschehen ist, ob überhaupt mit ihnen strafbare Handlungen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 StGB begangen oder versucht worden sind. Zwar drängt sich auf, dass irgendwelche Drittpersonen tatsächlich Drogen gestreckt und diese dann wohl verkauft haben. Hinreichende, zu Lasten des Angeklagten verwertbare Beweismittel für diesen Schluss liegen jedoch nicht vor. Blosser Verdachtsgründe genügen für eine Rückweisung im Sinne von § 182 Abs. 3 StPO nicht. Für den Nachweis strafbarer Handlungen in diesem Bereich wären weitere umfangreiche Untersuchungshandlungen notwendig. Dafür aber bleibt im Rahmen von § 182 Abs. 3 StPO kein Raum, weil eine Rückweisung gestützt auf diese Norm nur bei soweit vollständiger Aktenlage möglich ist.
- 1.5 Unstrittig hat der Angeklagte ca. 200 Kilogramm eines Pulvers übernommen; ebenso unstrittig handelt es sich dabei um ein Gemisch von Paracetamol und Coffein (vgl. Urk. 7/2). Dies hat er Angeklagte anlässlich der Berufungsverhandlung denn auch anerkannt (Prot. II S. 13). Paracetamol (und auch Coffein, was hier aber nicht weiter zu diskutieren ist) ist ein Arzneimittel im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. a des Heilmittelgesetzes ("*Produkte chemischen oder biologischen Ursprungs, die zur medizinischen Einwirkung auf den*

menschlichen oder tierischen Organismus bestimmt sind oder angepriesen werden, insbesondere zur Erkennung, Verhütung oder Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und Behinderungen"), ist es doch der einzige – schmerzhemmende und fiebersenkende – Wirkstoff in über 20 handelsüblichen Schmerz- und Fiebersenkungspräparaten wie Contra-Schmerz P, Panadol, Rivodol, Tylenol etc. und in zahlreichen weiteren Kombinationspräparaten enthalten (Arzneimittel Kompendium der Schweiz; Internetabfrage).

- 1.6 Der Handel mit Arzneimitteln ist durch das Heilmittelgesetz vom 15. Dezember 2000 (HMG, in Kraft seit 1. Januar 2002) und die dazugehörigen Vollziehungsverordnungen reglementiert. Offenkundig hat der Angeklagte entgegen Art. 3 dieses Gesetzes nicht "alle Massnahmen getroffen, die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlich sind, damit durch seinen Handel die Gesundheit von Mensch und Tier nicht gefährdet wird". Er hat gar keine Vorkehrungen getroffen und auch die Abgabe- und Bewilligungsvorschriften von Art. 25 HMG bzw. Art. 29 HMG nicht beachtet. Dabei ist Paracetamol keineswegs ungefährlich. Dem Arzneimittelkompendium der Schweiz können bei den erwähnten Präparaten Gefahrenhinweise der nachstehenden Art entnommen werden: *"Nach oraler Einnahme von 7,5-10 g Paracetamol bei Erwachsenen und von 150-200 mg/kg beim Kind (...) kommt es zu akuten Vergiftungserscheinungen an Zellen der Leber und des Nierentubulus in Form von lebensgefährlichen Zellnekrosen"* (Hinweis zu Contra-Schmerz P). Die kiloweise Abgabe an offenkundig fachunkundige Leute setzte erhebliche Gefahren und missachtete Art. 3 HMG krass.
- 1.7 Die vorsätzliche und fahrlässige Missachtung der erwähnten Normen des Heilmittelgesetzes wird gemäss Art. 86 HMG sanktioniert: Vorsätzliches Handeln mit Gefängnis (bei gewerbsmässigem Vorgehen bis zu fünf Jahren), fahrlässiges Verhalten mit einer Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder Busse bis zu Fr. 100'000.–.
- 1.8 Wie einleitend dargetan wusste der Angeklagte, dass er Streckmittel weitergab. Den Akten und der heutigen Befragung kann aber nicht entnommen werden, ob er auch die Zusammensetzung dieses Streckmittels und damit

dessen Eigenschaft als Arzneimittel kannte. Ein direkter Vorsatz auf gesetzeswidrigen Umgang lässt sich dem Angeklagten demzufolge nicht nachweisen.

Der Angeklagte wusste aber, dass die Drogen und damit das von ihm vertriebene Streckmittel konsumiert, direkt oder mittelbar in den Blutkreislauf eingebracht wird. Wenn er sich unter diesen Umständen nicht um die Zusammensetzung der von ihm vertriebenen Substanz kümmerte, handelte er in jedem Fall fahrlässig. Es stellt sich aber auch die Frage, ob ihm diese Gleichgültigkeit als eventualvorsätzliches Verhalten angelastet werden kann. Es war ihm gleichgültig, womit er handelte, es musste nur als Drogenstreckmittel taugen. Nicht die Einstufung der Substanz als Arzneimittel interessierte ihn, lediglich deren Handels- und (Drogen-)Konsumtauglichkeit.

Diese Frage braucht hier nicht gelöst zu werden. Fest steht, dass der Angeklagte durch den gesetzeswidrigen Umgang mit Arzneimitteln ein Delikt gemäss Art. 86 HMG verübt hat und damit ist das Verfahren gestützt auf § 182 Abs. 3 StPO auszusetzen und der Anklagebehörde Gelegenheit zu geben, die Anklage abzuändern. Dies ist auch mit Rücksicht auf § 399 StPO zulässig, da die Verstösse gegen das Heilmittelgesetz milder bestraft werden, als der ursprünglich eingeklagte qualifizierte Verstoss gegen das Betäubungsmittelgesetz. Dem Grundsatz folgend, dass die Anklagebehörde bestimmen kann, was sie zur Anklage bringen will, wird sie zu entscheiden haben, welche Verschuldensform sie anklagen will.