

Obergericht des Kantons Zürich

I. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SB140185-O/U/eh

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. P. Marti, Präsident, und lic. iur. M. Langmeier, der Ersatzoberrichter lic. iur. Th. Vesely sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Truninger

Urteil vom 9. Oktober 2014

in Sachen

A. _____,

Beschuldigter und Berufungskläger

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat,

vertreten durch Staatsanwalt Dr. iur. J. Boll,

Anklägerin und Berufungsbeklagte sowie Anschlussberufungsklägerin

betreffend

Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz etc.

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom
19. Februar 2014 (GG130205)**

Anklage:

Die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Zürich - Limmat vom 5. August 2013 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 22/5).

Urteil der Vorinstanz:

(Urk. 45 S. 15 ff.)

"Die Einzelrichterin erkennt:

1. Der Beschuldigte ist schuldig
 - des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 BetmG,
 - der Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Auf die Anklage wegen Betäubungsmittelkonsums vor dem 19. Februar 2011 wird nicht eingetreten.
3. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 40.–, wovon bis und mit heute 23 Tage durch Haft geleistet gelten, sowie einer Busse von Fr. 400.–.
4. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Die Busse ist zu bezahlen.
5. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen.
6. Das Entschädigungs- und Genugtuungsbegehren des Beschuldigten wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
7. Die amtliche Verteidigerin, Rechtsanwältin lic.iur. X._____, wird mit Fr. 3'558.55 (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.

8. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
- Fr. 1'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:
- Fr. 1'000.– Gebühr Vorverfahren
- Fr. 5'041.50 Auslagen Untersuchung
- Fr. 3'558.55 amtliche Verteidigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

9. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten auferlegt. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden auf die Gerichtskasse genommen; vorbehalten bleibt eine Nachforderung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO.
10. ... (Mitteilungen)
11. ...(Rechtsmittel)."

Berufungsanträge

a) Der Verteidigung des Beschuldigten:

(Urk. 62 S. 1 f.)

1. Es sei das Urteil der Vorinstanz vom 19. Februar 2014 in den Dispositivziffern 1, 3, 4, 5, 6, 8 und 9 aufzuheben.
2. Der Beschuldigte sei vom Vorwurf des Vergehens und der Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 und Art. 19a Abs. 1 BetmG freizusprechen.
3. Eventualiter sei der Beschuldigte vom Vorwurf des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 BetmG freizusprechen und der Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Abs. 1 BetmG schuldig zu sprechen und mit einer Busse von Fr. 500.– zu bestrafen.
4. Subeventualiter sei er mit einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen à maximal Fr. 15.– und einer Busse von Fr. 200.– zu bestrafen. Die Strafe wäre diesfalls bedingt zu vollziehen, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.

5. Es seien die gesamten Verfahrenskosten, inklusive derjenigen der amtlichen Verteidigung, der Staatskasse zu überbinden.
 6. Es sei dem Beschuldigten Schadenersatz im Umfang von Fr. 55'306.– und eine angemessene Genugtuung von Fr. 7'000.– aus der Staatskasse zu entrichten.
 7. Es sei das DNA-Profil des Beschuldigten zu löschen.
- b) Der Staatsanwaltschaft:
(mündlich; vgl. Prot. II S. 9)
1. Der Beschuldigte sei mit einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu Fr. 40.-- sowie mit einer Busse von Fr. 500.-- zu bestrafen.
 2. Im Übrigen sei das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

Mit Urteil vom 19. Februar 2014 sprach die Vorinstanz den Beschuldigten des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 BetmG sowie der Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig. Auf die Anklage wegen Betäubungsmittelkonsums vor dem 19. Februar 2011 wurde nicht eingetreten. Der Beschuldigte wurde mit einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 40.–, wovon 23 Tagessätze als durch Haft geleistet gelten, sowie mit einer Busse von Fr. 400.– bestraft. Das Entschädigungs- und Genugtuungsbegehren des Beschuldigten wurde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Die Kosten der Untersuchung und des gerichtlichen Verfahrens wurden dem Beschuldigten auferlegt, die Kosten der amtlichen Verteidigung jedoch, unter Vorbehalt der Rückzahlungspflicht, auf die Gerichtskasse genommen (Urk. 45 S. 15).

Gegen dieses Urteil meldete der Beschuldigte am 3. März 2014 Berufung an und liess mit Eingabe vom 29. April 2013 [recte: 2014] fristgerecht die schriftliche Berufungserklärung folgen (Urk. 41 und 46). Die Staatsanwaltschaft erklärte am 26. Mai 2014 innert Frist Anschlussberufung (Urk. 50). Mit Eingabe vom 23. Juni 2014 reichte der Beschuldigte Akten zu seiner finanziellen Situation ins Recht (Urk. 55).

Zur heutigen Berufungsverhandlung erschienen der Beschuldigte und seine amtliche Verteidigerin, Rechtsanwältin lic. iur. X._____, sowie Staatsanwalt Dr. J. Boll als Vertreter der Anklagebehörde. Es wurden die eingangs genannten Anträge gestellt (Prot. II S. 5 f.).

II. Prozessuales

1. Umfang der Berufung

Der Beschuldigte ficht mit der Berufung den Schuldpunkt sowie die Strafe an. Sodann wird der Entscheid betreffend Entschädigungs- und Genugtuungsbegehren angefochten (Urk. 46). Demgegenüber beantragt die Staatsanwaltschaft mit der Anschlussberufung eine höhere Strafe (Urk. 50).

Unangefochten und damit in Rechtskraft erwachsen sind das Nichteintreten auf die Anklage betreffend Betäubungsmittelkonsum vor dem 19. Februar 2011 (Disp. Ziff. 2) sowie die Entschädigung der amtlichen Verteidigerin (Disp. Ziff. 7). Die Rechtskraft ist vorab mittels Beschluss festzustellen.

2. Anklageprinzip

Der Beschuldigte rügt in prozessualer Hinsicht, das Anklageprinzip sei verletzt. Es sei nicht ersichtlich, welche Menge Marihuana er angebaut und konsumiert haben soll (vgl. Urk. 34 S. 2 und Urk. 62 S. 2).

Die Vorinstanz verwarf diesen Einwand mit zutreffender Begründung, worauf verwiesen werden kann (Urk. 45 S. 4). Ergänzend und präzisierend ist Folgendes festzuhalten:

Der in Art. 9 StPO statuierte Anklagegrundsatz stellt ein konstituierendes Element eines rechtsstaatlichen Strafprozesses dar. Er verlangt einerseits eine personelle Trennung der Ankläger- und Richterrolle, andererseits wird aus ihm gefolgert, dass der Gegenstand des Gerichtsverfahrens von der Anklage bestimmt und fixiert wird, weshalb in der Anklageschrift die Person des Beschuldigten und die ihm zur Last gelegten Delikte in ihrem Sachverhalt so präzise zu umschreiben sind, dass die erhobenen Vorwürfe im objektiven und subjektiven Bereich sowie in zeitlicher Hinsicht hinreichend konkretisiert werden (BGE 120 IV 353 f.). Um die Verteidigungsrechte des Beschuldigten zu schützen, wird Letzteres auch von Art. 32 Abs. 2 BV (Anspruch auf rechtliches Gehör) und von Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK (der Beschuldigte hat in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden) garantiert (vgl. Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., 2013, N 205 ff.; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Auflage, Zürich 1999, N 504 ff., insb. N 505; BGE 120 IV 354).

Konkretisiert wird der Anklagegrundsatz zur Hauptsache durch die Anforderungen, welche an die Anklageschrift gestellt werden. Diese hat somit eine doppelte Funktion: Zum einen dient sie der Bestimmung und Begrenzung des Prozessgegenstandes (Umgrenzungsfunktion), zum andern vermittelt sie dem Beschuldigten die zur Verteidigung notwendigen Informationen (Informationsfunktion). Beides wird erreicht, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat darin hinreichend bestimmt umschrieben wird (zum Ganzen Schmid, Handbuch, a.a.O., N 209; BGE 120 IV 354), was von den Umständen des Einzelfalles abhängt (Kass.Nr. 334/86S, Entscheid vom 9.3.1987, Erw. 2; Kass.Nr. 98/096S, Entscheid vom 10.6.1999, Erw. II/3/3; je mit Hinweis auf BGE 103 Ia 6).

Aus der Umgrenzungsfunktion und Informationsfunktion der Anklage folgt, dass aus ihr der konkrete Tatvorwurf ersichtlich sein muss. Ungenauigkeiten in den Orts-, Zeit- oder Personenangaben sowie hinsichtlich des Deliktsguts bzw. des Deliktsbetrags beeinträchtigen dieses Erfordernis grundsätzlich nicht und führen nicht zur Unbeachtlichkeit der Anklage bzw. zum Freispruch (Schmid, Handbuch, a.a.O., N 1268). Als ungültig muss die Anklage erst dann angesehen werden, wenn sie

wegen einer entsprechenden Formulierung ihre Umgrenzungs- und/oder Informationsfunktion nicht mehr zu erfüllen vermag. Solange der Beschuldigte aus der Anklage also ersehen kann, was ihm konkret vorgeworfen wird, und er sich gestützt auf die Informationen auch effektiv (oder wirksam) verteidigen kann, besteht keine Verletzung des Anklageprinzips (vgl. Kass.Nr. 98/280S, Entscheid vom 5.7.1999, Erw. II/6/4; vgl. bereits BGE 103 Ia 6, ZR 60 Nr. 43; zum Ganzen vgl. Kass.Nr. 2000/330S, Entscheid vom 17. Dezember 2001, Erw. II/3/2/b).

Im vorliegenden Fall sind in der Anklageschrift sämtliche Sachverhaltselemente genannt, um eine genügende Verteidigung sicherzustellen. Diese nahm denn auch in angemessener Form zum Vorwurf Stellung (vgl. Urk. 34 und Urk. 62). Die in der Anklageschrift genannten Mengenangaben basieren auf den Aussagen des Beschuldigten (Urk. 2/3 S. 5), weshalb dieser genau weiss, was ihm vorgeworfen wird. Unter diesen Umständen liegt keine Verletzung des Anklageprinzips vor.

3. Verwertbarkeit des Zufallsfunds

In formeller Hinsicht rügt der Beschuldigte, bei den anlässlich der Hausdurchsuchung vom 14. Mai 2012 entdeckten Marihuana-Pflanzen handle es sich um einen nicht verwertbaren Zufallsfund (vgl. Urk. 34 S. 2 und Urk. 62 S. 2).

Unter Zufallsfunden nach Art. 243 StPO versteht man die bei der Durchführung von Zwangsmassnahmen allgemein und bei Durchsuchungen und Untersuchungen im Besonderen zufällig entdeckten Beweismittel, Spuren, Gegenstände oder Vermögenswerte, die mit der abzuklärenden Straftat in keinem direkten Zusammenhang stehen und den ursprünglichen Verdacht weder erhärten noch widerlegen, aber auf eine weitere Straftat hinweisen (BGE 139 IV 128 E. 2.1 m.w.H.). Zufallsfunde sind verwertbar, wenn (1) die ursprüngliche Massnahme rechtmässig erfolgte und (2) die Beweiserhebung auch hinsichtlich des neuen Tatverdachts verfahrensrechtlich zulässig gewesen wäre (vgl. Gfeller/ Thormann in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, N 30 zu Art. 243 StPO).

Vorliegend erfolgte die Hausdurchsuchung vom 14. Mai 2012 aufgrund der Anzeigen von B._____ und C._____ wegen sexueller Nötigung, wobei vermutet wurde, dass Spuren bzw. Tatwerkzeug (psychotropische Stoffe) in der Wohnung des Beschuldigten gefunden werden könnten (Urk. 10/1). Angesichts dieser Vermutung sowie des Tatvorwurfs war der Hausdurchsuchungsbefehl vom 14. Mai 2012 verhältnismässig und rechtmässig (Art. 197 Abs. 1 und Art. 244 Abs. 2 lit. b StPO). Der Umstand, dass sich der Tatverdacht in der Folge nicht erhärtete und die Untersuchung mit Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 5. August 2013 eingestellt wurde (Urk. 22/4), beeinträchtigt die Rechtmässigkeit der angeordneten Hausdurchsuchung nicht.

Keiner näheren Ausführungen bedarf, dass eine Hausdurchsuchung auch gestützt auf den Verdacht der Herstellung von Betäubungsmitteln verhältnismässig und rechtmässig gewesen wäre (Art. 197 Abs. 1 und Art. 244 Abs. 2 lit. b und c StPO), weshalb auch das Erfordernis der hypothetischen Zulässigkeit der Zwangsmassnahme gestützt auf den neuen Tatverdacht erfüllt ist.

Zusammenfassend sind die anlässlich der Hausdurchsuchung entdeckten Marihuana-Pflanzen sowie die aus dem Fund gewonnenen Erkenntnisse als Beweismittel verwertbar.

III. Schuldpunkt

1. Sachverhalt

Dem Beschuldigten wird kurz zusammengefasst vorgeworfen, er habe im Zeitraum vom Februar 2012 bis 14. Mai 2012 mindestens 180 bis zu 230 Marihuana-Pflanzen mit mittlerem Wirkstoffgehalt mit professionellem Equipment angebaut, wobei zumindest ein Teil der beabsichtigten Ernte zur Weitergabe an andere Personen vorgesehen gewesen sei. Zudem habe er vom 8. Februar 2010 bis zum 7. Februar 2013 in unregelmässigen Abständen phasenweise drei bis fünf Joints und insgesamt bis zu 2 Gramm Marihuana pro Tag durch Rauchen konsumiert (Urk. 22/5).

2. Standpunkt des Beschuldigten

Sowohl in der Untersuchung als auch anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung und der Berufungsverhandlung zeigte sich der Beschuldigte grundsätzlich geständig. Er bestreitet einzig, dass das Marihuana zur Weitergabe an weitere Personen vorgesehen gewesen sei. Zur Motivation, Marihuana selber anzubauen, gab er an, er habe früher zwei bis drei Mal pro Woche einen Dealer treffen müssen, was er nicht mehr gewollt habe, da immer die Gefahr bestanden habe, betrogen zu werden. Ausserdem habe er in den Jahren 2009 und 2010 je eine relativ schwere Lungenentzündung bekommen, welche auf Pestizide vom gekauften Marihuana zurückzuführen gewesen sei, weshalb er das Marihuana nicht mehr auf der Strasse von irgendwelchen Leuten habe kaufen wollen. Zudem sei sein Mitbewohner ausgezogen und er hätte für drei bis vier Monate einen Untermieter suchen müssen, was er nicht gewollt habe. Er habe den Anbau von Marihuana-Pflanzen auch selber mal ausprobieren wollen (Urk. 61 S. 6 f. Urk. 2/3 S. 4 ff., Prot. I S. 10).

3. Anbau von Marihuana-Pflanzen

Vorab ist auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 45 S. 5 ff.; Art. 82 Abs. 4 StPO). Die nachfolgenden Ausführungen verstehen sich als Ergänzungen und Präzisierungen:

Wer Betäubungsmittel unbefugt anbaut, herstellt oder auf andere Weise erzeugt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 19 Abs. 1 lit. a BetmG). Wer die Widerhandlung zum eigenen Konsum begeht, wird mit Busse bestraft (vgl. Art. 19a Ziff. 1 BetmG). Wie der Eigenverbrauch der Drogen deren Weitergabe ausschliesst, schliesst aber auch umgekehrt die Weitergabe den Eigenverbrauch aus. Jenem, der - sei es auch nur zur Befriedigung des eigenen Bedarfs - Handel treibt, d.h. Drogen verkauft oder vermittelt und somit Dritten bzw. potentiellen Konsumenten zugänglich macht, kann der privilegierte Tatbestand von Art. 19a BetmG nicht zugute kommen. Das Gleiche muss gelten, wenn durch Widerhandlungen gegen Art. 19 BetmG zum Zwecke des eigenen Konsums eine entsprechende konkrete - und damit eindeutig eine grössere als

die in Art. 19 BetmG gesetzlich vermutete - Gefahr des Zugänglichwerdens von Drogen für Dritte (z.B. durch entsprechendes Lagern) geschaffen wird. Mit anderen Worten erfasst der privilegierte Tatbestand von Art. 19a BetmG nur jene Beschaffungshandlungen, die ausschliesslich dem eigenen Drogenkonsum dienen. Ein Drogenkonsument ist nach Art. 19 BetmG zu bestrafen, sofern und soweit seine Beschaffungshandlungen für den Eigenkonsum tatsächlich auch zum Drogenkonsum Dritter führen oder im Sinne einer konkreten Gefahr dazu führen können (vgl. BGE 118 IV 200 E. 3 d m.w.H.; vgl. auch BGE 119 IV 180 E. 2).

Vorliegend bildet der zu erwartende Ertrag der Plantage ein gewichtiges Indiz für die Frage, ob der Beschuldigte ausschliesslich zum Eigenkonsum produzierte. Die sichergestellten Pflanzen entsprechen indes entgegen der Ansicht des Beschuldigten nicht dem geplanten Ertrag (vgl. Urk. 34 S. 3 f.). Sie wurden durch die Polizei beschlagnahmt, bevor das Marihuana reif für die Ernte war. Die Staatsanwaltschaft beauftragte daher das Forensische Institut Zürich mit einem Gutachten zur Frage, wie hoch der zu erwartende Ertrag der Plantage gewesen wäre (vgl. ND 4).

Das entsprechende Gutachten vom 2. April 2013 kommt gestützt auf die Fotodokumentation der Örtlichkeiten im Wesentlichen zum Schluss, dass sich der Ernteertrag bei den vier auf der Dokumentation sichtbaren Beleuchtungssystemen und 180 Pflanzen auf sechs Quadratmetern abschätzen liesse. Unter der Annahme der tiefsten Wattzahl von 250 Watt sei ein Ertrag von 1000 Gramm Blütenständen pro Erntezyklus zu erwarten. Bei Annahme einer erhöhten Pflanzendichte und eines unerfahrenen Züchters seien immer noch 500 Gramm Blütenstände pro Zyklus als Minimalertrag zu erwarten. Allein diese Menge würde den Jahresbedarf zum täglichen Eigenkonsum bei weitem übersteigen. Würde über Erfahrungswerte oder die Anbaufläche gerechnet, ergäben sich mindestens 1500 Gramm bis 4500 Gramm pro Zyklus (vgl. ND 5 S. 6). Gemäss Gutachten zur Gehaltsbestimmung des Forensischen Instituts Zürich vom 6. Juni 2012 liege der THC-Gehalt der sichergestellten Pflanzen bei 4.9% bis 7.2%, wobei ab 3-8% von Marihuana von mittlerem Wirkstoffgehalt ausgegangen werde (vgl. ND 3). Laut

Gutachten vom 2. April 2013 seien bei einer späteren Ernte sicher höhere THC-Werte zu erwarten gewesen. Dennoch lägen die gemessenen Werte und damit die Qualität für Marihuana gemäss den Richtlinien der Gruppe Forensische Chemie der SGRM vom März 2012 bereits im mittleren Bereich (ND 5 S. 5).

Dieses Gutachten vom 2. April 2013 enthält entgegen der Ansicht des Beschuldigten (Urk. 34 S. 4; Urk. 61 S. 8) keine widersprechende Berechnungen, sondern lediglich alternative Berechnungsmethoden gestützt auf unterschiedliche Annahmen wie Lichtmenge, Anbaufläche oder Erfahrungswerte. Die gutachterlichen Ausführungen sind vorsichtig, nachvollziehbar und es besteht kein Anlass, davon abzuweichen. In diesem Sinne ist von der für den Beschuldigten günstigsten Variante davon auszugehen, nämlich dass er als unerfahrener Züchter 500 Gramm Marihuana pro Zyklus geerntet hätte. Dieses Ernteertrag wird grundsätzlich auch vom Beschuldigten anerkannt (Urk. 61 S. 8 f; Urk. 62 S. 5). Der Beschuldigte macht aber geltend, dass die Marihuana-Pflanzen bereits nach kurzer Zeit von Spinnmilben befallen gewesen seien, weshalb die Ernte nur 210 Gramm betragen habe (Urk. 61 S. 7 und 9, Urk. 62 S. 5). Der geltend gemacht Spinnmilbenbefall ist vorliegend nicht relevant. Nachdem der Beschuldigte nämlich eine professionelle Indoorplantage einrichtete, kann davon ausgegangen werden, dass er mit einem guten Ertrag der Marihuana-Pflanzen rechnete und nicht, dass diese schon nach kurzer Zeit von Spinnmilben befallen sein würden.

Nach Angaben des Beschuldigten hätte ihm eine Ernte von 200 bis 300 Gramm für ein Jahr zum Konsum gereicht (vgl. Urk. 2/3 S. 7). Unter diesen Umständen hätte die zu erwartende Ernte von 500 Gramm mittlerer Qualität den jährlichen Konsum des Beschuldigten deutlich überstiegen. Der vage Einwand des Beschuldigten, man könne das Marihuana "anscheinend" lange tiefgekühlt aufbewahren (Urk. 2/3 S. 6, ebenso vage in Prot. I S. 10), lässt nicht darauf schliessen, dass er dies plante und überzeugt nicht. Die erhebliche Menge, welche, wie dargelegt, den jährlichen Eigenkonsum des Beschuldigten deutlich überstieg und der Umstand, dass diese Drogenmenge vom Beschuldigten auch über eine gewisse Zeit hätte gelagert werden müssen, stellte eine konkrete Gefahr dar, dass auch Dritte davon hätten konsumieren können (vgl. obgenannte Rechtsprechung des

Bundesgerichts). Hinzu kommt, dass die Indoorplantage professionell eingerichtet wurde (vgl. Urk. 11/5 und ND 6), was den behaupteten Anbau zum blossen Eigenkonsum schlicht unglaubhaft erscheinen lässt. Zusammenfassend ist von einem Anbau von Betäubungsmitteln i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. a BetmG auszugehen, welcher nicht zum ausschliesslichen Eigenkonsum i.S.v. Art. 19a Ziff. 1 BetmG erfolgte. Der Beschuldigte ist demnach des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a BetmG schuldig zu sprechen.

Ein Mitglied des Richterremiums hat gemäss § 124 GOG einen Minderheitsantrag bezüglich der Frage, ob der Beschuldigte ausschliesslich zum Eigenkonsum produzierte, gestellt (vgl. Prot. II S. 14). Dieser Minderheitsantrag wurde zu den Akten genommen (Urk. 66).

4. Konsumhandlungen

Weiter ist aufgrund des Geständnisses des Beschuldigten (Urk. 2/3 S. 5; Urk. 61 S. 5) erstellt, dass er im relevanten Zeitraum vom 19. Februar 2011 bis 7. Februar 2013 phasenweise insgesamt bis zu 2 Gramm Marihuana pro Tag durch Rauchen konsumierte, weshalb er der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig zu sprechen ist.

IV. Strafe

1. Strafzumessungsregeln

Bei der Strafzumessung hat die Vorinstanz den Strafraumen korrekt abgesteckt und die gesetzlichen Zumessungsregeln zutreffend dargelegt. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann vorab auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 45 S. 10 und S. 12).

2. Tatkomponente

2.1. Objektive Tatkomponente

Bei der Würdigung des objektiven Verschuldens steht im Vordergrund, dass der Beschuldigte eine professionelle Plantage im Wert von Fr. 2'000.– bis Fr. 2'500.– (Urk. 2/3 S. 5) aufbaute, welche mit den gesetzten 180 Pflanzen eine Ernte von 500 Gramm Marihuana mit mittlerem THC-Gehalt eingebracht hätte. Auch wenn bei Cannabis kein schwerer Fall gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG möglich ist, gilt diese Droge laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung als nicht unbedenklich, kann sie doch insbesondere bei lange dauerndem und übermässigem Gebrauch durchaus zu psychischen und physischen Belastungen führen. Die Gefahren, die vom Konsum für die menschliche Gesundheit ausgehen, sind jedoch vergleichsweise gering und unterschreiten deutlich jene der harten Drogen (vgl. BGE 117 IV 314 E. 2 g) aa)).

Der Beschuldigte war selbständig tätig und konnte über die Plantage alleine bestimmen. Als Produzent stand er am Anfang des Betäubungsmittelhandels, wobei jedoch keine Involvierung in eine Organisation oder in den Handel ersichtlich ist. So ist aber auch zu berücksichtigen, dass aufgrund der grossen Menge die konkrete Gefahr einer Abgabe an Dritte bestand.

Das objektive Verschulden ist als sehr leicht zu bewerten.

2.2. Subjektive Tatkomponente

In subjektiver Hinsicht fällt in Betracht, dass der Beschuldigte mit direktem Vorsatz sowie ohne Not und aus eigenem Antrieb handelte. Als Motiv gab der Beschuldigte an, er habe die Plantage erstellt, damit er nicht mehr auf der Strasse Marihuana kaufen müsse. Es sei "ein Liebhaberding" gewesen (Urk. 2/3 S. 6). Dieses Motiv erscheint glaubhaft, hätte der Beschuldigte doch aufgrund der Lage der Plantage in der Innenstadt von Zürich und den entsprechenden Mietzinsen kaum einen Profit mit dem geernteten Marihuana erzielen können.

Auch in subjektiver Hinsicht wiegt das Verschulden sehr leicht.

2.3. Einsatzstrafe

Die Verteidigung macht geltend, dass gemäss Strafmassempfehlungen bei einer Menge bis maximal einem Kilogramm Marihuana von maximal 30 Tagessätzen auszugehen sei und 210 Gramm seien weniger als ein Fünftel davon (Urk. 62 S. 8). Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass, wie zuvor ausgeführt, eine Ernte von 500 Gramm und nicht 210 Gramm zu erwarten gewesen wäre und die Strafmassempfehlung der Staatsanwaltschaft Zürich für den Kleinhandel (bei rein profitorientiertem Besitz und Handel) vorgesehen ist. Vorliegend ist aber zu berücksichtigen, dass der unerfahrene Beschuldigte das Equipment für eine professionelle Indoorplantage (Wärmelampen etc.) organisierte, diese dann in einem Zimmer seiner Wohnung aufstellte und in der Folge jedes einzelne Pflänzchen hegte und pflegte, weshalb die kriminelle Energie um einiges grösser einzustufen ist, als bei reinem Kleinhandel. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist insgesamt von einem sehr leichten Verschulden auszugehen und die Einsatzstrafe auf 30 Tagessätze festzulegen.

2.4. Täterkomponenten

Hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten ist zu bemerken, dass der Beschuldigte im Alter von 3 ½ Jahren zusammen mit seinen Eltern aus dem Iran nach Deutschland floh und in der Nähe von ... aufwuchs. Nach dem Abitur habe er bei D._____ als Paketkurier und bei E._____ als Werksstudent gearbeitet. Nebenbei habe er an der Universität Philosophie und Mathematik studiert. Nach zwei Semestern, im Oktober 2002, sei er nach ... an die Hochschule gegangen, wo er 2006 den Wirtschaftsabschluss gemacht habe. Danach habe er bei der F._____ als Berater im Corporate Finance gearbeitet. Anschliessend sei er zu G._____ nach Shanghai gegangen. Nach seiner Rückkehr in die Schweiz habe er wieder bei der F._____ gearbeitet. Nach einem Einsatz bei der H._____ -Bank sei er ein Jahr auf Reisen gegangen und habe Ende 2011 begonnen, seine Selbstständigkeit als Unternehmensberater im Finanzbereich als Intermediate vorzubereiten (vgl. Urk. 2/3 S. 3 f.). Aktuell führe er in Zürich ein Unternehmen für Masbkleidung und erziele ein Einkommen von rund Fr. 3'000.– pro Monat (vgl. Prot. I S. 5).

An der heutigen Berufungsverhandlung erklärte der Beschuldigte, dass er nach wie vor bei der Firma I. _____ AG tätig sei. Er sei Geschäftsführer, Verwaltungsrat und Mehrheitsaktionär dieser Firma. Die Firma habe mit ihm drei Angestellte. Er habe dieses Jahr im Schnitt ca. Fr. 1'000.-- pro Monat verdient. Er sei ledig, lebe aber in einer festen Beziehung. Nach wie vor wohne er mit zwei Kollegen in einer 4½ - Zimmer Wohnung und bezahle für sein Zimmer Fr. 1'400.-- pro Monat. Um seine Lebenshaltungskosten finanzieren zu können, habe er diese Jahr ein zusätzliches Darlehen von Fr. 50'000.-- aufnehmen müssen. Insgesamt würden seine privaten Schulden Fr. 100'000.-- betragen. Seine Aufenthaltsbewilligung B sei bis am 8. August 2014 gültig gewesen, deshalb habe er einen Antrag um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestellt und zugleich auch die Niederlassungsbewilligung C beantragt. Er habe aber noch keine Antwort erhalten. Vorstrafen habe er weder in der Schweiz noch im Ausland (Urk. 61 S. 2 ff.).

Mit der Vorinstanz (Urk. 45 S. 11) ergeben sich aus der Lebensgeschichte des Beschuldigten keine strafzumessungsrelevanten Faktoren.

Die Vorstrafenlosigkeit des Beschuldigten wirkt sich bei der Strafzumessung neutral aus (BGE 136 IV 1 E. 2.6).

Hinsichtlich des Geständnisses des Beschuldigten ist zu berücksichtigen, dass er anlässlich der ersten Einvernahme zur Marihuanapflanzung am 15. Mai 2012 die Aussage verweigerte (Urk. 2/2). Mithin war der Beschuldigte nicht von Beginn an kooperativ, sondern gestand erst in der nächsten Einvernahme vom 7. Februar 2013, also im Laufe der fortgeschrittenen Untersuchung und aufgrund des Drucks der Erkenntnisse, seine Beteiligung ein. Zudem machte er konstant ausschliesslich einen Eigenkonsum geltend und war somit im Hauptvorwurf nicht geständig (vgl. Urk. 2/3 S. 4 ff.). Ausserdem zeigte sich der Beschuldigte anlässlich der Berufungsverhandlung auch nicht sehr einsichtig, machte er doch geltend, dass Marihuana in der Schweiz nichts Schlimmes sei und bald legalisiert werde (Urk. 61 S. 10). Demnach kann das Geständnis des Beschuldigten lediglich in geringem Umfang strafmindernd berücksichtigt werden.

2.5. Fazit

Die Einsatzstrafe ist unter Berücksichtigung einer leichten Strafminderung infolge des Teilgeständnisses des Beschuldigten auf 25 Tagessätze zu reduzieren.

2.6. Tagessatzhöhe

Bezüglich Höhe des Tagessatzes machte die Verteidigung geltend, dass beim Beschuldigten, der sich ein monatliches Einkommen von circa Fr. 1'750.-- überweisen könne, von einer einkommensschwachen Person auszugehen sei. Demnach erscheine eine Tagessatzhöhe von Fr. 15.-- als angemessen (Urk. 62 S. 8).

Das Bundesgericht hat die Kriterien für die Bemessung der Geldstrafe unlängst in einem Grundsatzentscheid festgehalten (BGE 134 IV 60). Darauf kann verwiesen werden. Der Beschuldigte erzielt – gemäss seinen eigenen Angaben (Urk. 61 S. 2; Urk. 62 S. 8.) – derzeit ein Einkommen von monatlich rund Fr. 1'000.-- bis Fr. 1'740.--. Die Steuererklärung weist für das Jahr 2012 ein Erwerbseinkommen von ca. Fr. 10'000 aus (Urk. 57/1). Gemäss seinen eigenen Angaben hat der Beschuldigte zur Finanzierung seiner Lebenshaltungskosten ein Darlehen aufgenommen (Urk. 61 S. 3). Bei dieser Sachlage erscheint ein Tagessatz in der Höhe von Fr. 15.– den finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen.

Der Beschuldigte ist daher mit einer Geldstrafe von 25 Tagessätzen zu Fr. 15.– zu bestrafen, unter Anrechnung von 23 Tagen Haft (Art. 51 StGB).

3. Konsumhandlungen

Hinsichtlich der Konsumhandlungen ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte davon ausging, er konsumiere zwischen 200 und 300 Gramm Marihuana pro Jahr (vgl. Urk. 2/3 S. 7). Unter diesen Umständen erweist sich die vorinstanzliche Busse von Fr. 400.– für den massgeblichen Zeitraum vom 19. Februar 2011 bis 7. Februar 2013 als ausserordentlich milde. Die Busse ist, wie von der Staatsanwaltschaft beantragt (Prot. II S. 9), auf Fr. 500.– zu erhöhen, zumal einer weitergehenden Erhöhung das Verschlechterungsverbot entgegen steht (vgl. BSK StPO-Ziegler, a.a.O., N 4 zu Art. 392).

Gemäss Praxis der hiesigen Strafkammer ist für die Umrechnung der Busse in eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Umrechnungsfaktor von Fr. 100.-- pro Tag auszugehen, sofern die ermittelte Höhe des Tagessatzes für die gleichzeitig ausgesprochene Geldstrafe nicht mehr wie Fr. 100.-- beträgt. Beahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, ist mithin eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen auszufallen.

V. Strafvollzug / DNA-Profil

Die Vorinstanz hat für die auszufällende Geldstrafe mit zutreffender Begründung, auf die verwiesen werden kann, den bedingten Vollzug gewährt (Urk. 34 S. 13). Nachdem sich die Staatsanwaltschaft mit der Anschlussberufung nicht gegen den bedingten Vollzug der Geldstrafe wendet (vgl. Urk. 50 und Prot. II S. 9 f.), gebietet auch das Verschlechterungsverbot (Art. 391 Abs. 2 StPO) den Aufschub des Vollzuges und die Ansetzung der Probezeit auf 2 Jahre.

Der Antrag des Beschuldigten, es sei sein DNA-Profil zu löschen (Urk. 46 S. 2 und Urk. 62 S. 9), ist aufgrund des Schuldspruchs abzuweisen. Das DNA-Profil wird fünf Jahre nach Ablauf der Probezeit der Geldstrafe gelöscht werden (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. e DNA-Profil-Gesetz, SR 363).

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Verfahrenskosten

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO).

Der Beschuldigte obsiegt einzig hinsichtlich der beantragten Senkung der Geldstrafe. In den übrigen Punkten unterliegt er, wobei die Busse erhöht wird. Damit ist ausgangsgemäss das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv zu bestätigen (Ziff. 8 und 9; Art. 426 Abs. 1 StPO).

Der Beschuldigte macht geltend, die Gutachtenskosten könnten ihm nicht auferlegt werden, da vorliegend ein Gutachten nicht notwendig gewesen sei (Urk. 61 S. 8; Urk. 62 S. 9). Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Kosten eines Gutachtens zu den Verfahrenskosten gehören (vgl. Art. 422 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c StPO). Eine Auflage an die beschuldigte Person setzt voraus, dass ein Gutachten bei objektiver Betrachtung auch erforderlich war (Griesser in: Donatsch/ Hansjakob /Lieber, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich/ Basel/ Genf 2010, N 12 zu Art. 422). Dabei steht es grundsätzlich im Ermessen von Staatsanwaltschaft oder Gericht, ob eine sachverständige Person beigezogen wird oder nicht. Sachverständige Personen werden insbesondere zur Ermittlung von Sachverhalten, zur Vermittlung allgemeiner Erfahrungssätze ihres Fachgebiets oder zum Ziehen von Schlüssen aus den von den Strafbehörden bereits festgelegten Tatsachen beigezogen (Schmid, a.a.O, N1 zu Art. 182 StPO). Die Staatsanwaltschaft beauftragte das Forensische Institut Zürich mit einem Gutachten zur Frage, wie hoch der zu erwartende Ertrag der Plantage gewesen wäre (vgl. ND 4). Nachdem die Staatsanwaltschaft bzw. das Gericht nicht in der Lage ist, den potentiellen Ernteertrag an Marihuana aus den vorliegenden Daten und Informationen ohne Beizug einer sachverständigen Person zu ermitteln, war das Gutachten vorliegend nötig, weshalb die diesbezüglichen Kosten auch dem Beschuldigten aufzuerlegen sind.

Die Kosten des Berufungsverfahrens sind dem Beschuldigten zu vier Fünftel aufzuerlegen und in Höhe von einem Fünftel auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung in Höhe von Fr. 2'899.30 sind im Umfang von 1/5 definitiv und im Umfang von 4/5 einstweilen – unter Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO – auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 426 Abs. 1 StPO).

2. Haftentschädigung

Der Beschuldigte befand sich vom 14. Mai 2012 bis 5. Juni 2012 in Haft (Urk. 19/1, Urk. 19/11), wobei die Haft ausschliesslich gestützt auf den Vorwurf der sexuellen Nötigung angeordnet wurde (vgl. Urk. 19/10). Bereits im Vorverfahren verlangte der Beschuldigte eine Entschädigung und Genugtuung, welche mit der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft vom 5. August 2013

abgewiesen wurden (Urk. 22/4). Diese Einstellungsverfügung ist in Rechtskraft erwachsen.

Auch anlässlich der Berufungsverhandlung beantragte der Beschuldigte erneut die Zusprechung einer Entschädigung für wirtschaftliche Einbussen zufolge Haft in Höhe von Fr. 55'306.– sowie eine Genugtuung in Höhe von Fr. 7'000.– im Falle eines Freispruchs (Urk. 62 S. 9 f.).

Gemäss Art. 51 StGB rechnet das Gericht die Untersuchungshaft, die der Täter während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden hat, auf die Strafe an, wobei ein Tag Haft einem Tagessatz Geldstrafe oder vier Stunden gemeinnütziger Arbeit entspricht. Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist für die Anrechnung der Haft weder Tat- noch Verfahrensideutlichkeit erforderlich. Die Untersuchungshaft ist sowohl auf unbedingte als auch auf bedingte Geld- oder Freiheitsstrafen anzurechnen. Die Entschädigungsfrage stellt sich grundsätzlich erst, wenn keine umfassende Anrechnung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft an eine andere Sanktion im Sinne von Art. 51 StGB mehr möglich ist. Der Grundsatz der Subsidiarität der wirtschaftlichen Entschädigung ist vom Betroffenen hinzunehmen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_558/2013 vom 13. Dezember 2013, E. 1.5. m.w.H.).

Der Beschuldigte wird mit heutigem Urteil zu einer Geldstrafe und zu einer Busse verurteilt, unter vollumfänglicher Anrechnung der erstandenen Haft an die Geldstrafe. Ein Anspruch auf Haftentschädigung und Genugtuung besteht daher nicht.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 19. Februar 2014 wie folgt in Rechtskraft erwachsen ist:
 1. (...)
 2. Auf die Anklage wegen Betäubungsmittelkonsums vor dem 19. Februar 2011 wird nicht eingetreten.

- 3.- 6. (...)
 7. Die amtliche Verteidigerin, Rechtsanwältin lic. iur. X._____, wird mit Fr. 3'558.55 (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
 8. (...)
 9. (...)
 10. (Mitteilung)
 11. (Rechtsmittel)"
2. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte A.____ ist schuldig
 - des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a BetmG,
 - der Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG.
2. Der Beschuldigte wird bestraft mit einer Geldstrafe von 25 Tagessätzen zu Fr. 15.–, wovon bis und mit heute 23 Tage durch Haft geleistet gelten, sowie mit einer Busse von Fr. 500.–.
3. Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.
4. Die Busse ist zu bezahlen. Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen.
5. Das Entschädigungs- und Genugtuungsbegehren des Beschuldigten wird abgewiesen.

6. Der Antrag des Beschuldigten, es sei sein DNA-Profil zu löschen, wird abgewiesen.
7. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 8 und 9) wird bestätigt.
8. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 2'899.30 amtliche Verteidigung
9. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Beschuldigten zu 4/5 auferlegt und im Umfang von 1/5 auf die Gerichtskasse genommen. Die Kosten der amtlichen Verteidigung werden im Umfang von 1/5 definitiv und im Umfang von 4/5 einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Rückzahlungspflicht des Beschuldigten im Sinne von Art. 135 Abs. 4 StPO im Umfang von 4/5 bleibt vorbehalten.
10. Mündliche Eröffnung und schriftliche Mitteilung im Dispositiv an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten (übergeben)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat (übergeben)sowie in vollständiger Ausfertigung an
 - die amtliche Verteidigung im Doppel für sich und zuhanden des Beschuldigten
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Limmatund nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an
 - die Vorinstanz
 - das Migrationsamt des Kantons Zürich
 - die Koordinationsstelle VOSTRA mit Formular A
 - die KOST Zürich mittels Formular „Löschung des DNA-Profiles und Vernichtung des ED-Materials“ zwecks Löschung des DNA-Profiles

11. 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
I. Strafkammer

Zürich, 9. Oktober 2014

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Marti

lic. iur. A. Truninger