

Obergericht des Kantons Zürich

II. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: SU190039-O/U/gs-hb

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Spiess, Präsident, und lic. iur. Stiefel, die Oberrichterin lic. iur. Haus Stebler sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Schwarzenbach-Oswald

Urteil vom 15. Mai 2020

in Sachen

Statthalteramt Bezirk Zürich,

Untersuchungsbehörde und Berufungsklägerin

gegen

A._____,

Beschuldigter und Berufungsbeklagter

betreffend **Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 10. Juli 2019 (GC190018)

Strafbefehl:

Der Strafbefehl des Statthalteramts Bezirk Zürich vom 23. Mai 2018 ist diesem Urteil beigeheftet (Urk. 3).

Urteil der Vorinstanz:

1. Der Einsprecher ist schuldig der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Abs. 1 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 BetmG (Vorfall vom 29. Januar 2018).
2. Der Einsprecher ist des vorsätzlichen Besitzes von 0.7 Gramm Kokain netto (Vorfall vom 21. Januar 2018) nicht schuldig und wird freigesprochen.
3. Der Einsprecher wird bestraft mit einer Busse von Fr. 400.–.
4. Bezahlt der Einsprecher die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen.
5. Die Entscheidunggebühr fällt ausser Ansatz. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Kosten des Statthalteramtes des Bezirkes Zürich im Betrag von Fr. 1'500.– (Fr. 550.– Kosten gemäss Strafbefehl Nr. ST.2018.3127 vom 23. Mai 2018 sowie Fr. 950.– nachträgliche Gebühren) werden dem Einsprecher zu einem Drittel auferlegt und zu zwei Drittel dem Statthalteramt des Bezirkes Zürich zur Abschreibung überlassen. Die dem Einsprecher auferlegten Kosten sowie die Busse von Fr. 400.– werden durch das Statthalteramt des Bezirkes Zürich eingefordert.
7. Dem Einsprecher wird keine Entschädigung zugesprochen.

Berufungsanträge:

a) Des Statthalteramts Bezirk Zürich:

(Urk. 37)

1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Juli 2019 sei bezüglich die angefochtenen Dispositivziffern 2 bis 6 aufzuheben.
2. Der Beschuldigte sei mit einer Busse von Fr. 800.00 zu bestrafen.
3. Bei schuldhafter Nichtbezahlung der Busse sei eine Ersatzfreiheitsstrafe von 8 Tagen festzusetzen.
4. Die Kosten des Statthalteramts des Bezirks Zürich in der Höhe von Fr. 1'500.00 (Fr. 550.00 Kosten gemäss Strafbefehl ST.2018.3127 vom 23. Mai 2018 sowie Fr. 950.00 nachträgliche Gebühren) seien dem Beschuldigten aufzuerlegen.
5. Die Verfahrenskosten seien dem Beschuldigten aufzuerlegen.
6. Eventualiter sei die Sache zur Wiederholung bzw. Durchführung der Beweiserhebung und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
7. Subeventualiter sei die Busse von Fr. 400.00 aufzuheben, stattdessen auf Fr. 600.00 zu bemessen und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen festzusetzen.

b) Des Beschuldigten:

(Urk. 41)

Die Berufung des Statthalteramts Bezirk Zürich sei abzuweisen.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Strafbefehl des Statthalteramtes Bezirk Zürich vom 23. Mai 2018 wurde der Beschuldigte gestützt auf Art. 19a Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 BetmG der mehrfachen Zuwiderhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gesprochen und mit einer Busse von Fr. 800.– bestraft (Urk. 3). Der Beschuldigte erhob mit Schreiben vom 3. April 2018 Einsprache gegen den Strafbefehl (Urk. 4/1-2). Mit Eingabe vom 5. April 2019 überwies das Statthalteramt die Akten ans Bezirksgericht Zürich mit dem Antrag, den Strafbefehl zu bestätigen (Urk. 17).

2. Im Rahmen der gerichtlichen Beurteilung wurde der Beschuldigte mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 10. Juli 2019 für den Vorfall vom 29. Januar 2018 der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Abs. 1 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 BetmG schuldig gesprochen und mit einer Busse von Fr. 400.– bestraft. Vom Vorwurf des vorsätzlichen Besitzes von 0.7 Gramm Kokain netto (Vorfall vom 21. Januar 2018) wurde er freigesprochen. Das Urteil wurde am 10. Juli 2019 mündlich eröffnet und dem Beschuldigten im Dispositiv übergeben (Prot. I S. 9, Urk. 20) sowie dem Statthalteramt am 11. Juli 2019 im Dispositiv zugestellt (Urk. 20, Urk. 21).

3. Das Statthalteramt erhob mit Eingabe vom 15. Juli 2019 rechtzeitig Berufung (Urk. 22).

4. Mit Nachtragsverfügung vom 8. Oktober 2019 zum Urteil vom 10. Juli 2019 verfügte die Vorinstanz die Einziehung und Vernichtung der von der Stadtpolizei Zürich sichergestellten Betäubungsmittel (Urk. 29). Das schriftlich begründete Urteil und die Nachtragsverfügung wurden dem Statthalteramt am 11. Oktober 2019 zugestellt (Urk. 27/1).

5. Das Statthalteramt reichte mit Schreiben vom 31. Oktober 2019 fristgerecht die Berufungserklärung ein, mit welchem es die Dispositivziffern 2 bis 6 des

vorinstanzlichen Urteils anfocht (Urk. 30/1). Anschlussberufung wurde nicht erhoben (Urk. 32, Urk. 33).

6. Mit Beschluss vom 6. Januar 2020 wurde das schriftliche Verfahren angeordnet und dem Statthalteramt Frist zur Einreichung der Berufungsbegründung angesetzt (Urk. 35). Am 21. Januar 2020, hier eingegangen am 22. Januar 2020, stellte es in Präzisierung der Berufungserklärung die Berufungsanträge und verwies für die Begründung auf die Berufungserklärung (Urk. 37). Die Berufungsbegründung wurde mit Präsidialverfügung vom 24. Januar 2020 dem Beschuldigten zugestellt und diesem Frist zur Einreichung der Berufungsantwort angesetzt. Der Vorinstanz wurde Gelegenheit zur freigestellten Vernehmlassung eingeräumt (Urk. 38). Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung (Urk. 40). Der Beschuldigte reichte mit Eingabe vom 13. Februar 2020 eine Berufungsantwort ein (Urk. 41), welche dem Statthalteramt mit Präsidialverfügung vom 18. Februar 2020 zugestellt wurde (Urk. 43).

II. Prozessuales

1. Die Berufung hat im Umfang der Anfechtung aufschiebende Wirkung (Art. 402 StPO). Die nicht von der Berufung erfassten Punkte erwachsen in Rechtskraft (Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Aufl. Zürich/St.Gallen 2018, Art. 402 N 1; Art. 437 StPO).

Das Statthalteramt focht das vorinstanzliche Urteil hinsichtlich der Dispositivziffern 2 bis 6 an. Die Nachtragsverfügung vom 8. Oktober 2019 blieb ebenfalls unangefochten. Es ist deshalb vorab davon Vormerk zu nehmen, dass das Urteil der Vorinstanz vom 10. Juli 2019 bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch betreffend den Vorfall vom 29. Januar 2018) und 7 (Entschädigungsfolgen) sowie die Nachtragsverfügung vom 8. Oktober 2019 in Rechtskraft erwachsen sind.

2. Bildeten ausschliesslich Übertretungen Gegenstand des erstinstanzlichen Hauptverfahrens, so kann mit der Berufung nur geltend gemacht werden, das Urteil sei rechtsfehlerhaft oder die Feststellung des Sachverhalts sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung. Neue Behauptungen

und Beweise können nicht vorgebracht werden (Art. 398 Abs. 4 StPO). Mit der Berufung bei Übertretungen können Fehler bei der Anwendung des anwendbaren materiellen oder formellen Rechts geltend gemacht werden, insbesondere des StGB und der StPO. Gerügt werden können sodann Überschreitungen und Missbrauch des Ermessens sowie Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, nicht aber blosser Unangemessenheit (Schmid/Jositsch, Handbuch StPO, 3. Aufl. Zürich/St.Gallen 2017, N 1538). Soweit die Beweiswürdigung bzw. die Feststellung des (rechtmässig erhobenen) Sachverhalts gerügt wird, beschränkt sich die Überprüfung auf offensichtliche Unrichtigkeit, also auf Willkür (Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hans-jakob/Lieber, StPO Komm., 2. Aufl. Zürich 2014, Art. 398 N 23). Gerügt werden können damit nur klare Fehler bei der Sachverhaltsermittlung, wobei zunächst an Versehen und Irrtümer, ferner an Diskrepanzen zwischen der sich aus den Akten sowie der Hauptverhandlung ergebenden Beweislage und den Feststellungen im Urteil zu denken ist. In Betracht fallen sodann Fälle, in denen die gerügte Sachverhaltsfeststellung auf einer Verletzung von Bundesrecht, vorab der StPO selbst beruht. Zu denken ist weiter an Fälle, in denen die an sich zur Verfügung stehenden Beweismittel offensichtlich ungenügend ausgeschöpft wurden, also der Sachverhalt unvollständig festgestellt und damit der Grundsatz der Wahrheitsforschung von Amtes wegen missachtet wurde (Schmid/Jositsch, a.a.O., N 1538).

III. Sachverhalt

1. Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, nebst der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes am 29. Januar 2018, für welche er bereits rechtskräftig schuldig gesprochen wurde, am 21. Januar 2018 um 01:00 Uhr an der B._____-Strasse ... in ... Zürich vorsätzlich 0.7 g netto Kokain besessen und sich deshalb der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Abs. 1 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Abs. 1 BetmG schuldig gemacht zu haben (Urk. 3).

2. Die Vorinstanz sprach den Beschuldigten von diesem Vorwurf frei, da sie in Anwendung des Grundsatzes *in dubio pro reo* vom für den Beschuldigten

günstigeren Sachverhalt ausging, wonach anlässlich der Polizeikontrolle vom 21. Januar 2018 bei der Identitätsabklärung Fehler unterlaufen seien (Urk. 28 S. 13 f. und S. 16). Das Statthalteramt beantragt mit seiner Berufung aber diesbezüglich einen Schuldspruch (vgl. Urk. 30/1 S. 5 und Urk. 37 S. 1).

2.1. Zur Begründung seiner Berufungsanträge führte das Statthalteramt aus, entgegen den Erwägungen der Vorinstanz beständen ausser den vagen Vermutungen des Beschuldigten, wonach der am 21. Januar 2018 von der Polizei kontrollierte Mann dieser gegenüber seine Identität angenommen habe, indem jener der Polizei vermutlich ein ungültiges Ausweisdokument des Beschuldigten vorgewiesen habe, keinerlei Anhaltspunkte für Zweifel an der polizeilichen Identitätsfeststellung. Zwar habe die Zeugin C. _____ ausgesagt, dass man nie ganz ausschliessen könne, dass sich gegenüber der Polizei jemand als eine andere Person ausgegeben habe. Dies beschreibe jedoch lediglich die Tatsache, dass immer eine verschwindend kleine und damit theoretische Restwahrscheinlichkeit für eine falsche Identitätsfeststellung verbleibe. Aus den Akten würden sich keinerlei konkrete Hinweise für eine erschwerte oder zweifelhafte Identitätsfeststellung durch die Polizei ergeben. Der Zeuge D. _____ habe als rapportierender Polizist ausgesagt, versichern zu können, dass wenn er eine Personenkontrolle durchführe, diese zu 100 % korrekt sei, zumal er sich der üblen Folgen einer Verwechslung sehr wohl bewusst sei. Das Statthalteramt macht weiter geltend, dass laut Auffassung der Vorinstanz Hinweise notwendig wären, wie die Identitätsabklärung der beschuldigten Person erfolgt sei. Es erhelle nicht, welchen Mehrwert sich das Gericht von solchen Angaben verspreche. Vielmehr wäre es gänzlich unpraktikabel, von der Polizei in Zukunft zusätzliche Angaben betreffend Art und Weise der Identitätsfeststellung zu verlangen, zumal sich Fehler auch mit solchen Zusatzangaben niemals zu 100 % ausschliessen liessen (Urk. 30/1 S. 1 f.). Obwohl sich der Beschuldigte der drohenden Strafe bewusst gewesen sei, habe selbst er keine konkreten Anzeichen für eine falsche Identitätsfeststellung nennen können. Vielmehr noch habe er explizit ausgesagt, dass er keinen konkreten Verdacht habe, ihm lediglich in der Vergangenheit auch schon Ausweisdokumente abhandengekommen seien und er zwar jemanden kenne, der ihm ähnlich sehe, er diese Person jedoch nicht aufgrund eines vagen Verdachts beschuldigen

möchte. Der Beschuldigte habe denn noch nicht einmal eingrenzen können, mit welchem Ausweisdokument sich die unbekannte Person ausgewiesen haben soll, noch habe er z.B. durch das Abhandenkommen von Ausweisen in jüngster Vergangenheit eine zeitliche Nähe zur geltend gemachten Verwendung eines Ausweises herzustellen vermocht. Zuletzt habe der Beschuldigte keine Person bezeichnen können, die aufgrund ihres Aussehens oder durch Kenntnisse erweiterter Identitätsangaben des Beschuldigten im Rahmen einer polizeilichen Personenkontrolle eine falsche Identitätsfeststellung hätte herbeiführen können. Anlässlich der gerichtlichen Hauptverhandlung habe der Beschuldigte weiterhin lediglich theoretische Möglichkeiten für eine Verwechslung aufgezählt, ohne aber konkrete Anhaltspunkte für das tatsächliche Vorliegen eines Fehlers zu bezeichnen. Er bestreite zwar, am 21. Januar 2018 von der Polizei kontrolliert worden zu sein, dennoch lasse sich gestützt auf die vorliegenden Akten mit Ausnahme einer vagen Vermutung des Beschuldigten nicht der geringste konkrete Anhaltspunkt auf eine fehlerhafte Identitätsfeststellung der Polizei finden. Damit würden lediglich theoretische Zweifel am polizeilich festgestellten Sachverhalt vorliegen, welche realistisch gesehen niemals vollständig ausgeschlossen werden könnten und daher bloss als entfernte Möglichkeiten erschienen. Solche Zweifel würden zur Begründung eines Freispruchs nicht genügen, weshalb das vorinstanzliche Urteil die Beweiswürdigungsregel von Art. 10 Abs. 3 StPO verletze (Urk. 30/1 S. 2 f.).

Das Statthalteramt führte weiter aus, die Strafbehörden hätten zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand der Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel einzusetzen, die rechtlich zulässig seien (Art. 139 Abs. 1 StPO). Es wäre ohne grossen technischen Aufwand möglich, einen DNA-Abgleich ab den durch die Stadtpolizei Zürich am 21. Januar 2018 sichergestellten Betäubungsmitteln mit dem persönlichen DNA-Material des Beschuldigten vorzunehmen, um auf diese Weise seine Aussagen zu überprüfen. Das Statthalteramt habe keine unüberwindlichen Zweifel an der polizeilichen Identitätsfeststellung erkannt und am Strafbefehl festgehalten. Für den Fall einer abweichenden Beweiswürdigung durch das Gericht habe sich das Statthalteramt dem Beweisantrag des Beschuldigten zum DNA-Abgleich angeschlossen. Gleichzeitig habe es darauf hingewiesen, dass gemäss Art. 198 Abs. 1 lit. a StPO (vgl. zur Anordnung der Blutprobe:

BGer 6B_942/2016 vom 07. September 2017 E. 5.2) eine DNA-Analyse von der Verfahrensleitung angeordnet werden müsste, es jedoch aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zweifelhaft sei, ob ein DNA-Abgleich auch bei einer Einwilligung der beschuldigten Person zulässig sei. Die Vorinstanz sei zur Ansicht gekommen, dass berechtigte Zweifel am Sachverhalt vorliegen würden. Entgegen den Erwägungen der Vorinstanz seien jedoch nicht alle Beweismittel gewürdigt worden. Im Fall von Zweifeln wäre das Gericht verpflichtet gewesen, alle Beweismittel zu würdigen und entweder selber einen DNA-Abgleich vorzunehmen oder das Statthalteramt anzuweisen, dies zu tun. Stattdessen habe die Vorinstanz in antizipierter Beweiswürdigung entschieden, auf den DNA-Abgleich zu verzichten und alleine gestützt auf die vorliegenden Aussagen zu entscheiden. Die antizipierte Beweiswürdigung besage, dass über Tatsachen, die unerheblich, offenkundig, der Strafbehörde bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen seien, kein Beweis geführt werde (Art. 139 Abs. 2 StPO). Im vorliegenden Fall sei keine der aufgezählten Varianten erfüllt. In den Augen des Gerichts würden eben gerade Zweifel vorliegen, ob die sichergestellten Beweismittel dem Beschuldigten zugeordnet werden könnten. Dennoch sei nicht geprüft worden, ob sich DNA des Beschuldigten an den sichergestellten Betäubungsmitteln nachweisen lasse. Wenn Beweise abgelehnt würden, müsse dies begründet werden (BGer 6B_900/2017 vom 14. Februar 2018 E. 1.4.3). Das Bezirksgericht habe seine antizipierte Beweiswürdigung nicht weiter begründet, sondern lediglich erwogen, dass die Identität des Besitzers der sichergestellten Betäubungsmitteln mit überwiegender Wahrscheinlichkeit durch einen DNA-Abgleich festgestellt werden könnte. Trotz dieser Einschätzung und dem expliziten Beweisantrag des Beschuldigten wie auch des Statthalteramtes habe es auf die Auswertung der Spuren verzichtet und dadurch Bundesrecht (Art. 139 Abs. 2 StPO) verletzt (Urk. 30/1 S. 3 f.).

Sodann macht das Statthalteramt geltend, in der abschliessenden Schlussfolgerung des Bezirksgerichtes Zürich sei einzig die Aussage des Beschuldigten gewürdigt worden. Die Polizisten hätten im Zeitpunkt der Zeugeneinvernahme keine ergänzenden Angaben zum Polizeirapport machen können, was vor dem Hintergrund der zeitlichen Distanz sowie der Bearbeitung solcher Fälle als Mas-

sengeschäft nicht erstaune. In der Folge habe das Gericht die polizeiliche Sachverhaltsdarstellung auf die Stufe einer einfachen Tatsachenbehauptung herabgesetzt und dem Polizeirapport damit im Vergleich mit der Aussage des Beschuldigten jeglichen Beweiswert aberkannt. Dadurch sei denjenigen polizeilichen Feststellungen, die nicht durch eine Zeugenaussage ergänzt oder untermauert worden seien, implizit jede Glaubhaftigkeit abgesprochen worden. Die Vorinstanz habe es dabei ausser Acht gelassen, dass bereits der Polizeirapport als zulässiges Beweismittel gelte (BGer 6B_1057/2013 vom 19. Mai 2014 E. 2.3). Das Bundesgericht habe die Prämisse bestätigt, wonach zwar nicht davon ausgegangen werden dürfe, dass belastende Aussagen von Polizeibeamten stets glaubwürdiger seien als solche einer beschuldigten Person; indessen dürfe die Glaubwürdigkeit, vereidigter, unter Zeugenpflicht stehender und auf die Folgen falscher Zeugenaussagen hingewiesener Polizeibeamter nicht leichthin in Frage gestellt werden (BGer 1P.498/2006 vom 23. November 2006 E. 4). Im Hinblick auf die polizeiliche Identitätsfeststellung habe die vorliegende Beweiswürdigung zur Folge, dass alleine der unbestimmte Verdacht einer beschuldigten Person, wonach die Identitätsfeststellung fehlerhaft gewesen sein könnte, automatisch als begründeter Zweifel anzusehen wäre und damit ein Freispruch mitsichbringen würde. Diese Praxis würde eine ernstzunehmende Gefahr für die Rechtssicherheit darstellen, da sobald jemandem einmal ein Ausweis abhandengekommen sei, niemals mehr auf die Identität dieser Person abgestellt werden dürfte (Urk. 30/1 S. 4).

2.2. Der Beschuldigte führte in seiner Berufungsantwort zusammengefasst aus, er halte sich nach wie vor an seine Aussage, dass er am 29. Januar 2018 das erste und einzige Mal mit Kokain erwischt worden sei, und bestreite den Vorfall vom 21. Januar 2018. Sein Erinnerungsvermögen sei klar, und ihm sei nur der Fall vom 29. Januar 2018 bewusst. Am 21. Januar 2018 sei er weder an der B.____-Strasse in Zürich gewesen noch sei er im Besitz von Betäubungsmitteln von der Polizei kontrolliert worden. Er verweise auf das vorinstanzliche Urteil. Der Vorfall vom 21. Januar 2018 sei nicht rechtsgenügend nachgewiesen, weshalb er diesbezüglich getreu dem Grundsatz *in dubio pro reo* freizusprechen sei. Seine Aussagen zum Sachverhalt seien von Anfang an klar und nie widersprüchlich gewesen. Gegen einen DNA-Abgleich, wie vom Statthalteramt beantragt, habe er

nichts einzuwenden, da er sich seiner Unschuld vollständig bewusst sei. Er hielt fest, dass die Gesamtbusse sofort bezahlt worden sei, er lediglich nicht damit einverstanden sei, für etwas belangt zu werden, das er nicht begangen habe, selbst wenn das im Vergleich zum Vorfall vom 29. Januar 2018 weniger bedeutsam sei (Urk. 41 S. 2 f.).

3. Gemäss Art. 10 Abs. 2 StPO würdigt das Gericht die Beweise frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung. Bestehen unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat, so geht das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage aus (Art. 10 Abs. 3 StPO). Der Grundsatz *in dubio pro reo* greift im Urteilszeitpunkt und weist das Gericht an, bei Vorliegen unüberwindbarer Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat, seinem Urteil die für die beschuldigte Person günstigere Sachlage zugrunde zu legen. Er kommt zur Anwendung, wenn die Beweislage nicht eindeutig ist, also Zweifel bestehen, ob die vorliegenden Beweise für die Feststellung einzelner rechtserheblicher Tatsachen oder für einen Schuldspruch insgesamt ausreichen oder nicht. Als Beweislastregel bedeutet der Grundsatz *in dubio pro reo*, dass die Anklagebehörde bzw. das Gericht die Schuld der angeklagten Person zu beweisen hat und nicht diese ihre Unschuld nachweisen muss. Sodann bedeutet der Grundsatz *in dubio pro reo* als Beweiswürdigungsregel, dass sich das Strafgericht nicht von der Existenz eines für die beschuldigte Person ungünstigen Sachverhalts überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Der Grundsatz ist verletzt, wenn das Gericht an der Schuld hätte zweifeln müssen. Dabei sind bloss abstrakte und theoretische Zweifel nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Die Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung muss gestützt auf alle vorhandenen und verwertbaren Beweise begründbar und für einen verständigen Menschen objektiv nachvollziehbar sein. Eine Verurteilung darf nur ergehen, wenn das Strafgericht über jeden vernünftigen Zweifel hinaus überzeugt ist, dass sämtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen in tatsächlicher Hinsicht vorlie-

gen. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit reicht hierfür nicht (BSK StPO-Tophinke, Art. 10 StPO N 76, 78, 80, 82 und 83).

3.1 Nachdem der Beschuldigte den Vorfall vom 21. Januar 2018 stets bestritten hatte (Urk. 4, Urk. 5, Prot. I S. 4 ff.), zog die Vorinstanz zur Erstellung des dem Beschuldigten vorgeworfenen Sachverhalts als Beweismittel den Polizeirapport vom 7. Februar 2018 sowie die dazugehörige BM-Sicherstellungsliste (Urk. 1), die Aussagen der Zeugen D._____, E._____ und C._____ (Urk. 6-8) sowie die Aussagen des Beschuldigten (Urk. 5, Prot. I S. 4 ff.) heran und würdigte diese. Entgegen der Auffassung des Statthalteramts hat die Vorinstanz den Polizeirapport durchaus als Beweismittel gewürdigt, führte aber zu Recht aus, dass dieser nur wenige Details zum genauen Ablauf der Polizeikontrolle vom 21. Januar 2018 enthalte und keine Hinweise aufweise, wie die Identitätsabklärung der kontrollierten Person erfolgt sei. Zudem würden sich der Polizeirapport und die BM-Sicherstellungsliste dahingehend widersprechen, dass gemäss Polizeirapport das Kokain in der linken Hosentasche und gemäss BM-Sicherstellungsliste in der rechten Hosentasche der kontrollierten Person sichergestellt worden sei (Urk. 28 S. 11). Zu berücksichtigen ist sodann, dass die durch einen Polizeirapport beschuldigte Person das Recht hat, die Belastungszeugen zu befragen (Urteil des Bundesgerichtes 6B_1057/2013 vom 19. Mai 2014 E. 2.3), was vorliegend geschehen ist (vgl. Urk. 6-8). Ausserdem muss sich die Beweiswürdigung und Sachverhaltsfeststellung auf alle vorhandenen und verwertbaren Beweise stützen und darauf gestützt begründbar sein. Daher ist es richtig, dass die Vorinstanz nicht allein den Polizeirapport, sondern auch die Zeugenaussagen der Polizisten, welche gemäss Polizeirapport beim Vorfall vom 21. Januar 2018 anwesend waren, als Beweismittel berücksichtigt hat. Diese hat die Vorinstanz in ihrem Urteil zusammengefasst. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann auf diese zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 28 S. 6 ff.). Alle drei Polizisten gaben in den Zeugeneinvernahmen an, sich nicht mehr an Einzelheiten bzw. gar nicht mehr an die Polizeikontrolle vom 21. Januar 2018 zu erinnern (Urk. 6 S. 3, Urk. 7 S. 3, Urk. 8 S. 3). Ebenso wenig konnten sie sich daran erinnern, ob der Beschuldigte einen Ausweis dabei hatte (Urk. 6 S. 4, Urk. 7 S. 4). Der Zeuge D._____ antwortete auf die

Frage, ob er den (an der Einvernahme anwesenden) Beschuldigten vom Sehen her kenne, dass er diesen der B.____-Strassenumgebung zuordnen könne, aber nicht wisse, ob er bei diesem schon einmal etwas gefunden habe (Urk. 6 S. 5). E.____ führte als Zeuge aus, normalerweise würden sie die Leute in ihrem Gebiet kennen. Der Mann draussen vor dem Büro sei ihm zumindest nicht bekannt vorgekommen, und er sei vorwiegend im B.____-Strassenquartier tätig (Urk. 7 S. 4). Auch die Zeugin C.____ führte aus, sie habe sich als Vorbereitung zur Einvernahme das Foto des Beschuldigten angesehen, und er sei ihr nicht speziell bekannt vorgekommen (Urk. 8 S. 4). Zusammenfassend konnten die Polizisten nur auf den Polizeirapport verweisen, aber aus der Erinnerung keine Aussagen zum Vorfall vom 21. Januar 2018 machen. Ebenso wenig konnten sie sich konkret an den Beschuldigten erinnern, als sie diesen bzw. ein Bild von ihm sahen. Dass die Vorinstanz zum Schluss kam, dass aufgrund der Aussagen der Zeugen nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich die Polizeikontrolle anders als im Polizeirapport zugetragen habe (Urk. 28 S. 12), ist nachvollziehbar. Insbesondere kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine andere Person als der Beschuldigte angehalten und kontrolliert worden war am 21. Januar 2018.

3.2 Was die Aussagen des Beschuldigten betrifft, so wurden auch diese von der Vorinstanz korrekt zusammengefasst, und es kann darauf verwiesen werden (Art. 82 Abs. 4 StPO; Urk. 28 S. 8 f.). Er bestritt konstant, am 21. Januar 2018 von der Polizei kontrolliert worden zu sein und gab an, dass er am 29. Januar 2018 das erste Mal mit Kokain erwischt worden sei. Sodann geht er davon aus, dass sich jemand anders mit einem seiner ungültigen Ausweise für ihn ausgegeben habe (Urk. 4, Urk. 5, Prot. I S. 4 ff.). Die Vorinstanz erachtete die Aussagen des Beschuldigten nicht als unglaubhaft (Urk. 28 S. 13), was angesichts der Konstanz und der fehlenden Widersprüche in dessen Aussagen nachvollziehbar ist. Ebenso spricht die Tatsache, dass er den (schwerwiegenderen) Vorfall vom 29. Januar 2018 vollumfänglich eingestand, dafür, dass er bezüglich des Vorfalls vom 21. Januar 2018 die Wahrheit sagte, würde es ihm doch kaum etwas bringen, einen Vorfall zu bestreiten, wenn er für den anderen ohnehin verurteilt wird. Entgegen der Auffassung des Statthalteramts kann es sodann nicht dem Beschuldigten zur Last gelegt werden, dass er keine konkreten Anzeichen für eine

falsche Identitätsfeststellung nennen konnte, da die Anklagebehörde bzw. das Gericht die Schuld des Beschuldigten zu beweisen hat und nicht dieser seine Unschuld.

3.3 Die Vorinstanz kam aufgrund der gesamten Umstände, unter Beachtung aller Beweismittel zum Schluss, dass unüberwindliche Zweifel daran bestehen, dass sich die Polizeikontrolle vom 21. Januar 2018 gemäss Polizeirapport vom 7. Februar 2018 zugetragen hat. Nach dem Gesagten handelt es sich dabei nicht um bloss abstrakte und theoretische Zweifel. Gestützt auf den Grundsatz *in dubio pro reo* (Art. 10 Abs. 3 StPO) ging sie vom für den Beschuldigten günstigeren Sachverhalt aus, wonach anlässlich der Polizeikontrolle bei der Identitätsabklärung Fehler unterlaufen sind und kam zum Schluss, dass der Beschuldigte freizusprechen sei (vgl. Urk. 28 S. 13 f.). Die Vorinstanz berücksichtigte zu Recht, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Verurteilung nicht reicht. Aufgrund obiger Erwägungen erweist sich die Beweiswürdigung bzw. Feststellung des Sachverhalts durch die Vorinstanz keineswegs als offensichtlich unrichtig bzw. willkürlich. Eine Verletzung von Art. 10 Abs. 3 StPO liegt nicht vor.

4. Die Strafbehörden setzen zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand der Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein, die rechtlich zulässig sind (Art. 139 Abs. 1 StPO). Gemäss Art. 139 Abs. 2 StPO wird über Tatsachen, die unerheblich, offenkundig, der Strafbehörde bekannt oder bereits rechtsgenügend erwiesen sind, nicht Beweis geführt.

4.1. Mit der Überweisung des Strafbefehls und der Akten an das Bezirksgericht Zürich hielt das Statthalteramt in seiner Eingabe vom 5. April 2019 fest, dass der Beschuldigte beantragt habe, die am 21. Januar 2018 durch die Stadtpolizei Zürich sichergestellten Betäubungsmittel auf Spuren zu untersuchen und diese auszuwerten inkl. DNA-Auswertung. Es führte dazu aus, dass gemäss Art. 255 ff. StPO und Art. 3 Abs. 1 bzw. Art. 7 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz DNA-Analysen jedoch nur für Verbrechen und Vergehen vorgesehen seien. Da es sich vorliegend um eine Übertretung handle, würden aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung berechnete Zweifel bestehen, dass die Anordnung dieser Zwangsmassnahme auch bei einer Einwilligung des Beschuldigten zulässig wäre. Das

Statthalteramt schloss sich dem Beweisantrag des Beschuldigten aber an (Urk. 17). Die Vorinstanz führte in diesem Zusammenhang aus, dass der Beschuldigte mehrmals mündlich und schriftlich darauf bestanden habe, das am 21. Januar 2018 sichergestellte Kokain auf DNA-Spuren zu untersuchen und mit seinem DNA-Profil abzugleichen. Da durch den vom Beschuldigten geforderten DNA-Abgleich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Identität des Besitzers des sichergestellten Kokains festgestellt werden könnte, würde der Beschuldigte sich bei einem – mit seinem DNA-Profil – positiven Abgleich selber belasten (Urk. 28 S. 13).

4.2. Gemäss Art. 255 Abs. 1 StPO kann zur Aufklärung eines Verbrechens oder Vergehens von der beschuldigten Person eine Probe genommen und ein DNA-Profil erstellt werden. Auch aus Art. 3 Abs. 1 DNA-Profil-Gesetz ergibt sich, dass zur Aufklärung eines Verbrechens oder Vergehens verdächtigen Personen eine Probe zum Zweck der DNA-Analyse genommen werden kann. Aus dem Wortlaut der Bestimmung(en) ergibt sich, dass eine Anlasstat (d.h. eine Tat, welche Anlass zur Probenahme gibt) vorliegen muss, bevor eine Probenahme oder die Erstellung eines DNA-Profiles in Frage kommt. Dabei darf es sich nicht bloss um eine Übertretung im Sinne von Art. 103 StGB, sondern muss sich um ein Verbrechen oder Vergehen handeln (BSK StPO-Fricker/Maeder, Art. 255 StPO N 6). Auch im Bericht "DNA-Analysen in Strafverfahren" der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 14. Februar 2019 wird betont, dass die DNA-Analyse grundsätzlich zur Aufklärung jedes Verbrechens oder Vergehens eingesetzt werden kann, nicht aber bei blossen Übertretungen. Die Übertretung als Anlasstat sei für die Profilerstellung grundsätzlich nicht zulässig (BBI 2019 7139).

4.3. Da nur Übertretungen Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind, war die Anordnung einer DNA-Analyse von vornherein nicht zulässig. Es kann der Vorinstanz deshalb nicht vorgeworfen werden, dass sie wesentliche Beweismittel nicht berücksichtigt bzw. nicht erhoben habe. Die Beweiswürdigung der Vorinstanz erweist sich auch in dieser Hinsicht nicht als willkürlich. Eine Verletzung von Art. 139 StPO ist nicht gegeben.

5. Zusammenfassend ist das vorinstanzliche Urteil weder rechtsfehlerhaft noch ist die Feststellung des Sachverhalts offensichtlich unrichtig oder beruht auf einer Rechtsverletzung. Der Freispruch des Beschuldigten bezüglich des Vorfalls vom 21. Januar 2018 ist demnach zu bestätigen.

IV. Strafzumessung

1. Gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG ist der Beschuldigte für die Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes vom 29. Januar 2018, für welche er rechtskräftig schuldig gesprochen wurde, mit einer Busse zu bestrafen. Das Gericht bemisst die Busse nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist (Art. 106 Abs. 3 StGB).

2. Das Statthalteramt beantragt für den Fall eines Schuldspruchs betreffend beide Vorfälle die Bestrafung mit einer Busse von Fr. 800.– und eventualiter (für den Fall eines Freispruchs vom Vorfall vom 21. Januar 2018) die Auferlegung einer Busse von Fr. 600.– (Urk. 37). Die Vorinstanz ging bezüglich des Vorfalls vom 29. Januar 2018 von einem leichten Verschulden aus und setzt die Busse auf Fr. 400.– fest (Urk. 28 S. 15 f.).

3. Das Statthalteramt macht bezüglich der vorinstanzlichen Strafzumessung für den Vorwurf vom 29. Januar 2018 geltend, die Vorinstanz habe erwogen, dass die Busse nicht höher anzusetzen sei, als wenn die Ordnungsbusse akzeptiert worden wäre. Dabei habe das Gericht verkannt, dass es im vorliegenden Fall um den Besitz von Kokain gehe, was nicht mit einer Ordnungsbusse geahndet werden könne. Im Zusammenhang mit dem Betäubungsmittelgesetz könne einzig der Konsum von Cannabis im Ordnungsbussenverfahren bestraft werden (Art. 28b BetmG). Das Gericht habe anschliessend erwogen, dass der Beschuldigte den schwerwiegenderen Vorfall vom 29. Januar 2018 anerkenne und deswegen zu bestrafen sei. Ohne weitere Begründung erscheine es jedoch nicht bloss unangemessen, sondern klar widersprüchlich, die ursprüngliche Busse um 50 % auf Fr. 400.– zu reduzieren, wenn zwei Fälle nicht als gleichwertig gelten und einzig der gravierendere von den beiden Vorwürfen bestraft werde (Urk. 30/1 S. 5).

4. Zutreffend ist, dass das Ordnungsbussenverfahren gemäss dem am 1. Januar 2020 aufgehobenen Art. 28b Abs. 1 BetmG nur für Widerhandlungen nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG, begangen durch den Konsum von Betäubungsmitteln des Wirkungstyps Cannabis, angewendet werden kann. Das selbe ergibt sich aus Anhang 2 der Ordnungsbussenverordnung, welche seit dem 1. Januar 2020 in Kraft ist, wonach für unbefugten vorsätzlichen Konsum von Betäubungsmitteln des Wirkungstyps Cannabis (Art. 19a Ziff. 1 BetmG) eine Ordnungsbusse von Fr. 100.– vorgesehen ist. Auch wenn die Vorinstanz das Ordnungsbussenverfahren erwähnte, so hat sie doch selber eine Strafzumessung vorgenommen. Dabei war sie auch nicht an die Busse, welche gemäss Strafbefehl ausgefällt worden wäre, gebunden. Die Vorinstanz ging von einem leichten Tatverschulden aus, was bei dieser geringen Betäubungsmittelmenge durchaus nachvollziehbar ist. Sodann ist bezüglich der finanziellen Verhältnisse zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte seit Anfang Oktober 2019 arbeitslos ist und für den Unterhalt eines Kindes aufkommen muss (Urk. 34, Urk. 41 S. 3).

Angesichts dieser finanziellen Verhältnisse sowie unter Berücksichtigung des Verschuldens des Beschuldigten erweist sich die von der Vorinstanz ausgesprochene Busse von Fr. 400.– als angemessen. Der Beschuldigte ist folglich für den Vorfall vom 29. Januar 2018 mit einer Busse von Fr. 400.– zu bestrafen.

5. Gemäss Art. 106 Abs. 2 StGB spricht das Gericht im Urteil für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten aus. In ständiger Praxis erscheint ein Umwandlungssatz von 1 Tag Ersatzfreiheitsstrafe pro Fr. 100.– Busse als angemessen. Im vorliegenden Fall ist deshalb die Ersatzfreiheitsstrafe auf vier Tage festzulegen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Ausgangsgemäss ist das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 5 und 6) zu bestätigen.

2. In Berufungsverfahren tragen die Parteien die Kosten nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Das Statthalteramt unterliegt mit seinen Anträgen vollumfänglich. Bei diesem Ausgang des Verfahrens fällt die Gerichtsgebühr deshalb ausser Ansatz. Mangels erkennbarer Umtriebe, insbesondere mangels erkennbarer wirtschaftlichen Einbussen, die aus der notwendigen Beteiligung am Berufungsverfahren entstanden wären (vgl. Art. 429 Abs. 1 lit. b StPO), sind keine Entschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung - Einzelgericht, vom 10. Juli 2019, bezüglich der Dispositivziffern 1 (Schuldspruch betreffend den Vorfall vom 29. Januar 2018) und 7 (Entschädigungsfolgen) sowie die Nachtragsverfügung vom 8. Oktober 2019 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Der Beschuldigte ist des vorsätzlichen Besitzes von 0.7 Gramm netto Kokain (Vorfall vom 21. Januar 2018) nicht schuldig und wird freigesprochen.
2. Der Beschuldigte wird mit einer Busse von Fr. 400.– bestraft.

Bezahlt der Beschuldigte die Busse schuldhaft nicht, so tritt an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen.

3. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Ziff. 5 und 6) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr fällt ausser Ansatz.
5. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung in vollständiger Ausfertigung an
– den Beschuldigten

- das Statthalteramt Bezirk Zürich
- die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Erledigung allfälliger Rechtsmittel an

- die Vorinstanz
- die Kantonspolizei Zürich, KDM-ZD, mit separatem Schreiben (§ 54a Abs. 1 PolG).

7. 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. Mai 2020

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Spiess

lic. iur. Schwarzenbach-Oswald