Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 156/2011

Urteil vom 17. Oktober 2011
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichter Schneider, Wiprächtiger, Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Bundesrichter Denys,
Gerichtsschreiberin Pasquini.

Verfahrensbeteiligte
Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Florhofgasse 2, 8001 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

X._____, vertreten durch Rechtsanwalt Marco Uffer,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Strafzumessung (Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz); Verschlechterungsverbot; Einziehung

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 17. Januar 2011.

Sachverhalt:

A.
Das Bezirksgericht Zürich sprach X._____ mit Urteil vom 16. Juni 2010 der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig. Es verurteilte sie zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, unter Anrechnung von 39 Tagen Untersuchungshaft, teilbedingt vollziehbar bei einer Probezeit von fünf Jahren. Den zu vollziehenden Teil der Strafe legte es auf sechs Monate fest. Ferner zog es das sichergestellte Bargeld und Mobiltelefon zur teilweisen Deckung der Verfahrenskosten sowie die sichergestellten Betäubungsmittel zur Vernichtung ein.

B.
Dagegen erhob X._____ Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Dieses sprach sie am 17. Januar 2011 lediglich der einfachen Widerhandlung gegen das BetmG schuldig und verurteilte sie zu einer unbedingt vollziehbaren Freiheitsstrafe von sechs Monaten, abzüglich 39 Tage erstandener Untersuchungshaft. Es stellte fest, dass der bezirksgerichtliche Beschluss betreffend Einziehung der Betäubungsmittel in Rechtskraft erwachsen ist und beschloss, das sichergestellte Bargeld sowie das Mobiltelefon an X._____ herauszugeben.
Das Obergericht des Kantons Zürich hielt für erwiesen, dass X._____ 26,2 Gramm Kokaingemisch respektive 10,7 Gramm reines Kokain in der Küche der gemeinsam mit anderen Frauen benutzten Wohnung aufbewahrte, um dieses später an Drogenkonsumenten zu verkaufen. Es erachtete hingegen den zusätzlich angeklagten Besitz an sämtlichem in dieser Wohnung sichergestellten Kokain (ca. 211 Gramm), begangen in Mittäterschaft mit den anderen Frauen, als nicht rechtsgenügend erstellt.

C.

Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich führt Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich sei in Bezug auf die ausgefällte Strafe aufzuheben. Es sei entweder eine höhere Strafe unter Gewährung des teilbedingten Strafvollzugs zu verhängen oder die Sache zur Ausfällung einer höheren Strafe an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner sei der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend Herausgabe des sichergestellten Bargelds und des Mobiltelefons - unter Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde - aufzuheben und darüber zu befinden oder zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D.
Die aufschiebende Wirkung wurde am 14. Juni 2011 superprovisorisch erteilt. Das Obergericht des Kantons Zürich verzichtete auf eine Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung. X._____ liess sich hierzu innert Frist nicht vernehmen.

Erwägungen:

1.
Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob und inwiefern auf eine Beschwerde einzutreten ist (Art. 29 Abs. 1 BGG; BGE 135 III 1 E. 1.1 S. 3 mit Hinweisen).

1.1 Gemäss Art. 80 Abs. 1 BGG ist die Beschwerde in Strafsachen zulässig gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen und des Bundesstrafgerichts. Letztinstanzlichkeit bedeutet, dass der kantonale Instanzenzug für die Rügen, die dem Bundesgericht vorgetragen werden, ausgeschöpft sein muss (BGE 134 III 524 E. 1.3 S. 527 mit Hinweis). Sodann verbietet es der Grundsatz von Treu und Glauben, der Vorinstanz bekannte rechtserhebliche Einwände vorzuenthalten und diese erst nach dem Ergehen eines ungünstigen Entscheides im anschliessenden Rechtsmittelverfahren zu erheben. Mithin muss der Instanzenzug nicht nur prozessual durchlaufen, sondern ebenso materiell erschöpft sein, ausser namentlich bei Rügen zu Gesichtspunkten, die sich aufdrängten und deshalb von der kantonalen Instanz hätten berücksichtigt werden müssen, oder zu denen erst die Begründung des angefochtenen Entscheids Anlass gab (BGE 133 III 639 E. 2 S. 640 mit Hinweisen).
Zur Beschwerde ist berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat. Die Staatsanwaltschaft gehört grundsätzlich zum Kreis der beschwerdebefugten Parteien (Art. 81 Abs. 1 lit. a und b Ziff. 3 BGG; BGE 134 IV 36).

1.2 Die vorliegende Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich richtet sich gegen den Strafpunkt des vorinstanzlichen Urteils und gegen den Herausgabebeschluss. Den erstinstanzlichen Schuldspruch, der im Wesentlichen den Anträgen der Staatsanwaltschaft folgte (kantonale Akten act. 15 S. 2 f., vorinstanzliche Akten act. 39 S. 41 ff.), zog die Beschwerdegegnerin mit Berufung an die Vorinstanz weiter. Die Staatsanwaltschaft erhob demgegenüber weder Berufung noch Anschlussberufung (§ 416 der seit dem 1. Januar 2011 aufgehobenen Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919 [aStPO/ZH]). Indessen stellte sie im vorinstanzlichen Berufungsverfahren schriftlich den Antrag, das erstinstanzliche Urteil sei zu bestätigen (kantonale Akten act. 36). Sie war nicht zum Erscheinen an der Berufungsverhandlung verpflichtet (§ 422 Abs. 2 aStPO/ZH). In der Folge änderte die Vorinstanz das erstinstanzliche Urteil sowohl im Schuld- als auch im Strafpunkt zugunsten der Beschwerdegegnerin ab und beschloss neu die Herausgabe des sichergestellten Bargelds und Mobiltelefons. Damit gab erst die Begründung des angefochtenen Entscheids zu den vorliegenden Rügen der Beschwerdeführerin Anlass. Die Letztinstanzlichkeit ist gegeben. Weil die
übrigen Sachurteilsvoraussetzungen auch erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.
Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Strafzumessung der Vorinstanz. Sie rügt eine Verletzung von Art. 47 StGB und des Willkürverbots (Art. 9 BV).

2.1 Die Vorinstanz stuft das Verschulden der Beschwerdegegnerin als erheblich ein. Diese habe 10,7 Gramm einer harten Droge besessen und gelagert, was nicht mehr einer Kleinstmenge entspreche. Als Alleintäterin sei

sie Initiantin, Organisatorin und Ausführende des Delikts gewesen. Die Beschwerdegegnerin sei weder drogensüchtig noch befände sie sich in einer anderweitigen Notlage. Sie habe einzig in Bereicherungsabsicht, also aus einem egoistischen Motiv, gehandelt. In Beachtung der Tatkomponenten erscheine eine hypothetische Strafe von etwa sieben Monaten als angemessen. Bei den Täterkomponenten berücksichtigt die Vorinstanz die persönlichen Verhältnisse neutral, die beiden einschlägigen Vorstrafen aus dem Jahr 2004 massiv straferhöhend. Einsicht oder Reue könne der Beschwerdegegnerin nicht attestiert werden. Sie weise auch keine erhöhte Strafempfindlichkeit auf. Insgesamt erachtet die Vorinstanz eine Strafe von zehn bis elf Monaten Freiheitsstrafe oder 300 bis 330 Tagessätzen Geldstrafe als angemessen (angefochtenes Urteil S. 11 f.).
Weiter erwägt die Vorinstanz, die Verbüssung der beiden Freiheitsstrafen (von drei resp. zwei Monaten) habe die Beschwerdegegnerin nicht davon abgehalten, erneut straffällig zu werden. Eine Geldstrafe als mildere Strafart komme deshalb nicht in Frage. Der Beschwerdegegnerin könne keine günstige Legalprognose gestellt werden. Deshalb sei ihr der bedingte Strafvollzug zu verweigern. Bei der vorliegend auszufällenden Sanktion von unter einem Jahr entfalle die Möglichkeit des teilweisen Strafvollzugs. Entsprechend dem Grundsatz des Verbots der "reformatio in peius" dürfe die Beschwerdegegnerin nicht strenger bestraft werden, als dies die erste Instanz getan habe. Gemäss erstinstanzlichem Urteil hätte sie sechs der 24 Monate Freiheitsstrafe verbüssen müssen. Sie sei daher aus prozessualen Gründen mit einer unbedingten Freiheitsstrafe von sechs Monaten zu bestrafen, obschon sich dies angesichts der konkreten Strafzumessungsgründe offensichtlich als viel zu milde erweise (angefochtenes Urteil S. 13 f.).

2.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz erachte nach Berücksichtigung der Tatkomponenten eine Strafe von sieben Monaten als angemessen, obwohl sie das Verschulden der Beschwerdegegnerin als erheblich qualifiziere. Bei einem erheblichen Verschulden sei die Strafe im mittleren Bereich des Strafrahmens, mindestens aber bei über einem Drittel der möglichen Sanktionsdauer, festzusetzen. Demnach müsse bereits die hypothetische Strafe bei über zwölf Monaten liegen. Hinzukomme, dass die Täterkomponenten gemäss Vorinstanz massiv straferhöhend zu berücksichtigen seien, weshalb die von ihr als angemessen erachtete Freiheitsstrafe von zehn bis elf Monaten deutlich zu tief sei (Beschwerde S. 5 f.).
Ferner macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz sei in willkürlicher Weise davon ausgegangen, sie dürfe die von ihr als angemessen erachtete Strafe wegen des Verbots der "reformatio in peius" nicht aussprechen. Weil der teilbedingte Strafvollzug bei einer Strafe unter einem Jahr nicht möglich sei und der Beschwerdegegnerin keine günstige Legalprognose gestellt werden könne, müsse die gesamte Strafe zwar vollzogen werden. Sie sei aber trotzdem keine objektiv schwerere Strafe als die erstinstanzliche, weil die während der fünfjährigen Probezeit bestehende Gefahr wegfalle, die zusätzlichen rund 14 Monate verbüssen zu müssen (Beschwerde S. 4 f.).

2.3 Gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Die Bewertung des Verschuldens richtet sich nach Abs. 2 derselben Bestimmung nach der Schwere der Verletzung oder der Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.

2.4 Vorliegend reicht der ordentliche Strafrahmen von Geldstrafe bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe (aArt. 19 Ziff. 1 Abs. 9 BetmG bzw. nArt. 19 Abs. 1 BetmG in Kraft seit 1. Juli 2011). Die von der Vorinstanz unter Berücksichtigung der Tatkomponenten als angemessen erachtete hypothetische Strafe von ca. sieben Monaten liegt im untersten Fünftel des massgeblichen Strafrahmens. Dies erscheint zwar als eher mild, besonders weil die Vorinstanz das Tatverschulden der Beschwerdegegnerin in objektiver und subjektiver Hinsicht als erheblich qualifiziert. Der Beschwerdeführerin ist beizupflichten, dass bei 10,7 Gramm reinem Kokain nicht mehr von "keine Kleinstmenge" die Rede sein kann. Diese Menge ist jedoch bloss im mittleren Bereich einer einfachen Widerhandlung gegen das BetmG anzusiedeln, da der Grenzwert für die Qualifikation als mengenmässig schwerer Fall bei reinem Kokain bei 18 Gramm liegt (BGE 120 IV 334 E. 2a S. 338 mit Hinweisen; 109 IV 143 E. 3b). Die Mindeststrafe bei einem schweren Fall beträgt ein Jahr Freiheitsstrafe (aArt. 19 Ziff. 1 Abs. 9 Satz 2 bzw. nArt. 19 Abs. 2 BetmG). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist die Strafe auch bei einem als "erheblich" eingestuften Tatverschulden noch nicht (zwingend) im

mittleren oder oberen Bereich des vorgegebenen Strafrahmens festzusetzen (siehe hierzu HANS WIPRÄCHTIGER, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl. 2007, Art. 47 StGB N. 15 f. mit Hinweisen). Es besteht auch kein Widerspruch zu der von ihr erwähnten Abhandlung (HANS MATHYS, Zur Technik der Strafzumessung, SJZ 100/2004, S. 176), zumal die darin vorgeschlagene Einstufung der Strafe in den je nach objektiver Tatschwere eingeteilten Strafrahmen in leicht, mittel und gravierend vor der Berücksichtigung des subjektiven Tatverschuldens vorgesehen ist. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, wie die Vorinstanz die weiteren verschuldensrelevanten Faktoren würdigt. Sie werden von der Beschwerdeführerin denn auch nicht bemängelt.
Die Vorinstanz zieht in ihrer Strafzumessung die massgeblichen Faktoren in Erwägung. Nach Würdigung der Täterkomponenten, die sie zu Recht massiv straferhöhend gewichtet, erachtet sie eine Freiheitsstrafe von zehn bis elf Monaten als angemessen, was sich im Rahmen des ihr zustehenden weiten Ermessens hält. Das Bundesgericht greift auf Beschwerde hin nur in die Strafzumessung ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 135 IV 130 E. 5.3.1 S. 134 f. mit Hinweisen). Die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet.
2.5
2.5.1 Dem Verschlechterungsverbot kommt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein konventions- oder verfassungsmässiger Rang zu. Bisher handelte es sich um ein Institut des kantonalen Strafprozessrechts (Urteil 6B 411/2007 vom 2. November 2007 E. 1.3 mit Hinweisen; siehe nun Art. 391 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 [StPO; SR 312.0]). Die erste Instanz fällte ihren Entscheid vor Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung am 1. Januar 2011. Die vorliegende Beschwerde ist demgemäss nach bisherigem kantonalem Verfahrensrecht zu beurteilen (Art. 453 Abs. 1 und Art. 454 Abs. 1 StPO e contrario; Urteil 1B 224/2010 bzw. 1B 266/2010 vom 11. Januar 2011 E. 2 mit Hinweisen).
Nach § 399 aStPO/ZH darf das Urteil nicht zu Ungunsten des Angeklagten geändert werden, wenn dieser oder die Staatsanwaltschaft zu seinen Gunsten ein Rechtsmittel eingelegt hat, sofern nicht auch die Gegenpartei das Rechtsmittel ergriffen hat. Das Bundesgericht prüft die Auslegung und Anwendung kantonalen Rechts grundsätzlich nicht frei, sondern nur unter der beschränkten Kognition der Willkür (BGE 135 V 353 E. 4.1 S. 354 f. mit Hinweisen).
2.5.2 Eine "reformatio in peius" liegt vor, wenn die Rechtsmittelinstanz eine schwerere Strafe ausspricht als die Vorinstanz (Urteil 6B 411/2007 vom 2. November 2007 E. 1.4). Ob dies der Fall ist, entscheidet sich nach objektiven Gesichtspunkten (Urteil 6B 422/2007 vom 22. Januar 2008 E. 5.4.2; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, S. 478 N. 4). Stehen die Gewährung des bedingten Strafvollzugs für die neu ausgefällte Freiheitsstrafe und ein Widerrufsverfahren zur Diskussion, so ist auf das Gesamtergebnis, d.h. die Länge der nach den jeweiligen Urteilen zu verbüssenden (neuen oder vollziehbar erklärten) Freiheitsstrafen abzustellen (STEFAN WEHRLE, Das Risiko der reformatio in peius - trotz Verbot, in: Risiko und Recht, Basel 2004, S. 627 mit Hinweisen). Ein Verstoss gegen das Verschlechterungsverbot liegt z.B. vor, wenn eine längere Freiheitsstrafe (selbst wenn dafür der bedingte Vollzug gewährt wird) oder anstelle einer bedingten Strafe eine teilbedingte Strafe (wenn auch gesamthaft von kürzerer Dauer) angeordnet oder neu der bedingte Strafvollzug verweigert wird (NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich 2009, S. 680 f. N. 1492).
Gemäss Auffassung der Beschwerdeführerin sollte eine unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafe von zehn bis elf Monaten gegenüber einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, wovon nur sechs Monate für unbedingt vollziehbar erklärt worden waren, objektiv nicht schwerer wiegen, weil der bedingt vollziehbare Teil der erstinstanzlichen Strafe wegfällt. Folgt man dieser Argumentation, würde eine unbedingte Strafe anstelle einer bedingten objektiv nie schwerer wiegen, sofern die Strafe insgesamt weniger lang dauert. Dem kann nicht zugestimmt werden. Es liegt eine unzulässige Schlechterstellung des Angeklagten vor, wenn anstelle einer teilbedingt eine unbedingt vollziehbare Strafe ausgefällt wird und dabei der vollziehbare Anteil der Strafe gesamthaft länger ist. Dies wäre der Fall gewesen, wenn die Vorinstanz eine länger als sechs Monate dauernde, unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafe ausgesprochen hätte. Die Vorinstanz hat § 399 aStPO/ZH nicht willkürlich ausgelegt oder angewandt und im Rahmen ihrer Strafzumessung auch kein Bundesrecht verletzt.
Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass auch eine Freiheitsstrafe von zwölf Monaten vorliegend durchaus angemessen gewesen wäre. Diesfalls wäre der teilbedingte Vollzug ermöglicht worden, womit die Vorinstanz nicht gestützt auf das Verschlechterungsverbot gezwungen gewesen wäre, eine auch von ihr als offensichtlich

zu milde erachtete Freiheitsstrafe von sechs Monaten auszufällen.

3.
3.1 Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die vorinstanzliche Freigabe des sichergestellten Bargelds und des Mobiltelefons. Indem die Vorinstanz die Herausgabe mit der fehlenden Beschlagnahmeverfügung begründe, verstosse sie gegen das Verbot des überspitzten Formalismus. Es sei zwar zutreffend, dass die Staatsanwaltschaft die Beschlagnahme nicht formell verfügt habe und lediglich eine Sicherstellung erfolgt sei. Durch die Sicherstellung sei ein Vermögenswert dem Inhaber aber faktisch entzogen, was in materieller Hinsicht einer Beschlagnahme gleich komme. Ferner habe die erste Instanz in ihrem Entscheid das sichergestellte Bargeld und das Mobiltelefon eingezogen, was eine Beschlagnahme impliziere (Beschwerde S. 7).

3.2 Die Vorinstanz erwägt, bei der Verhaftung der Beschwerdegegnerin sei zwar Bargeld im Betrag von Fr. 1'980.– sichergestellt worden. Indes könne nicht über dessen Einziehung entschieden werden, weil die Staatsanwaltschaft keine formelle Beschlagnahme im Sinne der §§ 83 und 96 aStPO/ZH verfügt habe. Ferner werde der Beschwerdegegnerin im Anklagesachverhalt, ausser im Ingress der Anklage, kein Verkauf von Betäubungsmitteln zur Last gelegt. Somit handle es sich beim sichergestellten Bargeld auch nicht um Vermögen im Sinne von Art. 70 Abs. 1 StGB. Daher sei das Bargeld der Beschwerdegegnerin herauszugeben. Gleiches gelte für das bei einer Verwertung ohnehin nahezu wertlose, ebenfalls nicht beschlagnahmte, Mobiltelefon (angefochtenes Urteil S. 14 f.).

3.3 In der Begründung der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Beruht der angefochtene Entscheid auf mehreren selbstständigen Begründungen, die je für sich den Ausgang des Rechtsstreits besiegeln, so hat der Beschwerdeführer darzulegen, dass jede von ihnen das Recht im Sinne von Art. 95 BGG verletzt. Andernfalls kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (BGE 133 IV 119 E. 6.3 mit Hinweisen).
Die Vorinstanz begründet die Freigabe der sichergestellten Vermögenswerte und Gegenstände an die Beschwerdegegnerin nicht nur mit der fehlenden Beschlagnahmeverfügung. Sie erwägt ausserdem, dass es sich dabei nicht um Vermögen im Sinne von Art. 70 Abs. 1 StGB handle. Nach dieser Bestimmung verfügt das Gericht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden. Mit der zutreffenden (materiellen) Eventualbegründung der Vorinstanz setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander, weshalb insoweit auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

3.4 Im Übrigen ist die Rüge unbegründet. Gemäss § 83 aStPO/ZH kann die Untersuchungsbehörde vom Vermögen des Angeschuldigten so viel mit Beschlag belegen, als zur Deckung unter anderem der Prozesskosten, einer allfälligen Geldstrafe oder Busse erforderlich ist, wenn es zur Sicherung der künftigen Vollstreckung eines Strafurteils als geboten erscheint. Nach § 96 Abs. 1 aStPO/ZH kann der Untersuchungsbeamte Gegenstände und Vermögenswerte, die als Beweismittel oder zur Einziehung in Frage kommen, in Beschlag nehmen oder auf andere Weise der Verfügung ihres Inhabers entziehen. Diese Anordnungen werden schriftlich erlassen und den betroffenen Personen mitgeteilt (§ 97 Abs. 1 aStPO/ZH), wobei diese Vorschrift für die Beschlagnahme gemäss §§ 83 ff. aStPO/ZH analog gilt (KÜNG/ HAURI/BRUNNER, Handkommentar zur Zürcher Strafprozessordnung, 2005, vor §§ 83 ff. N. 5; NIKLAUS SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl. 2004, N. 749 zur Pflicht der Staatsanwaltschaft, die Beschlagnahme in einer anfechtbaren Verfügung anzuordnen; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, a.a.O., S. 347 N. 29 ff. zur Durchführung der Beschlagnahme). Das weitere Vorgehen betreffend die beschlagnahmten Gegenstände und Vermögenswerte ist in §§ 106 ff. aStPO/ZH geregelt.
Die vorinstanzliche Erwägung, wonach die Staatsanwaltschaft die Beschlagnahme formell hätte verfügen müssen, lässt sich auf den Wortlaut von § 97 Abs. 1 aStPO/ZH stützen und ist nicht unhaltbar. Die Rechtsanwendung der Vorinstanz ist insoweit sachlich begründbar und durch schutzwürdige Interessen gerechtfertigt, zumal es sich bei der Beschlagnahme um eine Zwangsmassnahme handelt. Sie verstösst folglich nicht gegen das Verbot des überspitzten Formalismus (BGE 135 I 6 E. 2.1 S. 9 mit Hinweisen). Der Einwand der Beschwerdeführerin, dass eine Sicherstellung in materieller Hinsicht einer Beschlagnahme gleich kommt, ändert nichts am Fehlen

der kantonal-rechtlich vorgesehenen Schriftlichkeit. Nach der zutreffenden vorinstanzlichen Erwägung kommt vorliegend eine Einziehung aus materiellen Gründen nicht in Frage. Deshalb kann offen bleiben, ob der fehlerhafte Verfahrensvorgang, d.h. die fehlende Beschlagnahmeverfügung, allfällig durch die Einziehung im Rahmen des erstinstanzlichen Strafurteils geheilt wurde, wie die Beschwerdeführerin geltend macht (hierzu BGE 120 IV 297 E. 3e mit Hinweisen).

4.
Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos.
Der Beschwerdeführerin sind keine Kosten aufzuerlegen und ist keine Entschädigung zuzusprechen (Art. 66 Abs. 4 und Art. 68 Abs. 3 BGG). Da die Beschwerdegegnerin auf eine Vernehmlassung verzichtet hat, ist ihr keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Es werden keine Kosten erhoben und keine Entschädigungen ausgerichtet.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 17. Oktober 2011

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Die Gerichtsschreiberin: Pasquini