Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.235/2003 /kra

Urteil vom 1. Oktober 2003
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger,
Ersatzrichterin Pont Veuthey,
Gerichtsschreiberin Giovannone.

Parteien
Y._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Roland Miotti, Bahnhofplatz 11, Postfach 46, 5201 Brugg AG,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau, Frey-Herosé-Strasse 12, Wielandhaus, 5001 Aarau.

Gegenstand
Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Ziff. 1 BetmG),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, 2. Strafkammer,
vom 14. April 2003.

Sachverhalt:
A.
Das Bezirksgericht Baden verurteilte Y._____ am 18. Dezember 2001 wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19 Ziff. 1 BetmG) zu einer bedingten Gefängnisstrafe von zweieinhalb Monaten sowie zu Fr. 600.– Busse. Es warf ihm vor, als Mitarbeiter des Hanfladens A._____ in Baden vom 1. bis 28. September 2000 eine nicht genau bestimmbare Menge Marihuana (in Form von so genannten Trockenblumen mit einem THC-Wert von 15 - 22 %) verkauft zu haben. Er sei schon vom 1. Mai 1996 bis 30. September 1999 im Hanfladen tätig gewesen. Mit dem Verkauf von Marihuana sei vom 1. Juli bis zum 28. September 2000 in dieser Filiale der B._____AG ein Umsatz von mindestens Fr. 867'896.– erwirtschaftet worden. Zusätzlich zu seinem Stundenlohn sei Y._____ für die Jahre 1999/2000 eine Gewinnbeteiligung von Fr. 8'000.– ausbezahlt worden.

Auf Berufung von Y._____ bestätigte das Obergericht des Kantons Aargau, 2. Strafkammer, dieses Urteil am 14. April 2003.
B.
Y._____ ficht das obergerichtliche Urteil beim Bundesgericht an. Mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde beantragt er, das obergerichtliche Urteil aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet (act. 5).
Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesstrafrecht geltend gemacht werden (Art. 269 Abs. 1 BStP). In der Begründung ist darzulegen, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Entscheid verletzt sind (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Bei der Beurteilung der Beschwerde ist der Kassationshof an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Behörden gebunden (Art.

277bis Abs. 1 zweiter Satz BStP). Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Entscheides richten, sowie das Vorbringen neuer Tatsachen sind unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP).
2.
Der Beschwerdeführer macht geltend, der objektive Tatbestand des Verkaufens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 BetmG sei nicht erfüllt. Er habe keinen Kaufvertrag abgeschlossen, mit welchem er sich zur Vertragserfüllung verpflichtet hätte. Er habe lediglich seine Arbeitgeberin, die B._____AG, verpflichtet. Auch die Offerte sei seiner Arbeitgeberin und nicht ihm zuzuschreiben. Indem die Vorinstanz für den Fall, dass die Tatbestandsvariante des Verkaufs nicht gegeben sei, auf jene des Anbietens zurückgreife, verletze sie Art. 1 StGB (nulla poena sine lege). Überdies würden ihm und dem Geschäftsführer seiner Arbeitgeberin dieselben Tathandlungen vorgeworfen. Dies sei nur im Rahmen von Teilnahmehandlungen möglich. Die Frage, ob er Mittäter oder nur Gehilfe gewesen sei, könne ohne Umschreibung des strafrechtlich relevanten Tuns des anderen Tatbeteiligten nicht entschieden werden. Da sich das Obergericht nicht mit der Teilnahmeproblematik auseinander setze, verletze es Art. 24 und 25 StGB (Beschwerde S. 4 - 7).
2.1 Gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG macht sich strafbar, wer unbefugt Betäubungsmittel anbietet, verkauft, vermittelt, verschafft, verordnet, in Verkehr bringt oder abgibt. Verkaufen heisst die vertragliche Verpflichtung zur Übergabe von Betäubungsmitteln gegen Bezahlung des Kaufpreises eingehen. Ob die Veräusserung auf eigene Rechnung oder für andere erfolgt, spielt keine Rolle, so dass der Verkauf von Betäubungsmitteln in Kommission oder stellvertretend für einen Dritten ebenfalls tatbestandsmässig ist (Albrecht, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht, 1995, Art. 19 N. 52; Schütz, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel, Diss. Zürich 1980, S. 117). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung setzt die Vollendung der Tat ne-ben dem Vertragsschluss die Übergabe der Drogen an den Käufer voraus (BGE 106 IV 295 S. 296; Corboz, Les infractions en droit suisse, Bd. II, 2002, Art. 19 BetmG N. 31, S. 769; a. A. Albrecht, a.a.O., der stattdessen für erforderlich hält, dass der Verkäufer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Besitze der Drogen ist).
2.2 Der Beschwerdeführer hat als Verkäufer dem Kunden jeweils die Hanfblüten mit einem THC-Gehalt von 15 - 20 % abgegeben und den Kaufpreis dafür entgegengenommen. Er hat so den Kaufvertrag abgeschlossen und diesen auch ausgeführt.
2.3 Damit hat der Beschwerdeführer die Merkmale des Verkaufens von Betäubungsmitteln objektiv erfüllt. Dass er dies auf eigene Rechnung und mit Wirkung für sich selbst getan hätte, ist nicht Tatbestandserfordernis.
2.4 Unter diesen Umständen erübrigen sich Ausführungen zum Einwand, die Vorinstanz hätte gewissermassen in einer Eventualbegründung bundesrechtswidrig die Tatbestandsvariante des Anbietens als erfüllt erachtet und damit Art. 1 StGB verletzt.
2.5
2.5.1 Gehilfe im Sinne von Art. 25 StGB ist, wer zu einem Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet. Nach der Rechtsprechung gilt als Hilfeleistung jeder kausale Beitrag, der die Tat fördert (BGE 120 IV 265 E. 2c/aa). Mittäter ist demgegenüber, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgeblicher Weise mit anderen Tätern zusammen wirkt, so dass er als Hauptbeteiligter da steht (BGE 125 IV 134 E. 3a). Wie der Gehilfe so erfüllt auch der Mittäter regelmässig nicht alle Merkmale des Tatbestandes in seiner Person. Den Definitionen von Gehilfenschaft und Mittäterschaft ist in diesem Sinne gemeinsam, dass sie die Voraussetzungen bein-halten, unter welchem einem Tatbeteiligten fremde Tatbeiträge anzulasten sind.
2.5.2 Art. 19 Ziff. 1 BetmG ahndet zahlreiche Handlungen, die bei anderen Tatbeständen lediglich als Teilnahmehandlungen erfasst werden, als selbständige Straftatbestände. Wer die Merkmale einer solchen Tathandlung in eigener Person objektiv und subjektiv erfüllt, ist Täter und untersteht als solcher der vollen Strafdrohung (BGE 119 IV 266 E. 3a; 118 IV 397 E. 2c). Ob er die Tat aus eigener Initiative oder auf Weisung eines andern begangen hat, ändert nichts daran, dass er die gesetzlich umschriebene Handlung allein ausgeführt und verwirklicht hat und somit als Täter verantwortlich ist (BGE 106 IV 72 E. 2b S. 73). Dies bringt einerseits eine starke Einschränkung des Anwendungsbereiches von Art. 25 StGB (Gehilfenschaft) mit sich und führt andererseits dazu, dass an die Annahme von Mittäterschaft hohe Anforderungen gestellt werden (BGE 118 IV 397 E. 2c).
2.5.3 Dem Beschwerdeführer werden keine fremden Tatbeiträge angelastet. Er hat die Merkmale der unter Strafe gestellten Tathandlung alle selber erfüllt und ist deshalb als Täter verantwortlich. Damit entfallen die Anwendung von Art. 25 StGB und auch die Notwendigkeit der Prüfung einer Mittäterschaft. Durch den Umstand, dass seine Tathandlungen allenfalls nicht nur ihm selbst, sondern auch einem Mitangeschuldigten angelastet

werden, entsteht ihm kein Nachteil. Auf seinen diesbezüglichen Einwand ist demnach nicht einzutreten.
2.5.4 Nach dem Gesagten verletzt das angefochtene Urteil Art. 25 StGB nicht, weshalb die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen ist. Inwiefern Art. 24 StGB (Anstiftung) verletzt sein soll, ist weder dargetan noch ersichtlich. Auf dieses Vorbringen ist nicht einzutreten (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP; BGE 129 IV 6 E. 5.1).
3.
Der Beschwerdeführer macht sodann geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht den subjektiven Tatbestand bejaht und dadurch Art. 19 Ziff. 1 BetmG verletzt. Im Hinblick auf die Verwendung der verkauften Hanfblüten als Betäubungsmittel habe ihm die Vorinstanz zu Recht nur Eventualvorsatz vorgeworfen. Seine Handlungen als Verkäufer im Hanfladen könnten aber lediglich als Tatbeitrag an die Tathandlungen des Geschäftsführers qualifiziert werden. Wenn er als Angestellter einer Aktiengesellschaft, welche verschiedene Filialen betrieb, in einer Filiale die Produkte der Firma verkaufte, so stelle dies eine durchaus normale Alltagshandlung dar. Dass er dabei in Kauf genommen habe, dass die Kunden die Hanfprodukte als Betäubungsmittel konsumierten, genüge bei einer Teilnahmehandlung an einem so alltäglichen Geschäft nicht zur Erfüllung des Tatbestandes. Seine Handlungen wären lediglich strafbar gewesen, wenn die Verwendung der Hanfprodukte als Betäubungsmittel das Ziel seiner Tätigkeit gewesen wäre (Beschwerde S. 7 f.).
3.1 Grundsätzlich ist der subjektive Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 StGB auch erfüllt, wenn der Täter Eventualvorsatz hat. Es genügt namentlich, wenn er den Charakter des Stoffes als Betäubungsmittel, die Menge des Betäubungsmittels sowie das Fehlen einer erforderlichen behördlichen Bewilligung in Kauf nimmt (BGE 115 IV 256 E. 6g; 111 IV 28 E. 4a; Albrecht, a.a.O., Art. 19 N. 85; Philippe Weissenberger, Zum subjektiven Tatbestand beim Handel mit Hanf in Marihuanaqualität, in: recht 2000 S. 231 ff., S. 235). Handelt es sich um ein Hanfprodukt, kommt zum Tatbestand das Erfordernis hinzu, dass die inkriminierte Handlung die Gewinnung von Betäubungsmitteln bezwecken muss. Auch diesbezüglich genügt grundsätzlich der Eventualvorsatz, jedenfalls wenn der Gehalt des Hanfproduktes an THC den gesetzlichen Grenzwert überschreitet und die in Frage stehende Handlung nicht eine solche des normalen Alltags, irgend ein übliches Geschäft des täglichen Lebens darstellt (BGE 126 IV 198 E. 2 S. 201). Mit der letztgenannten Voraussetzung will das Bundesgericht mit Blick auf die Bedenken der Lehre verhindern, dass die in Art. 19 Ziff. 1 BetmG enthaltenen Teilnahmetatbestände überdehnt werden. Normale Alltagshandlungen im Sinne der Rechtsprechung liegen
beispielsweise vor, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer den Lohn auszahlt im Wissen, dass er ihn für Haschischgeschäfte verwendet, oder wenn der Taxichauffeur einen Kunden mitnimmt im Wissen, dass er Kokain auf sich trägt (Albrecht, a.a.O., Art. 19 N. 94, mit weiteren Beispielen).
3.2 Der Verkauf von Hanfblüten, deren THC-Gehalt den gemäss Sortenkatalog-Verordnung zulässigen Wert klar überschreitet, stellt entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kein übliches Geschäft des Alltags im Sinne der Rechtsprechung dar. Beim hier zu beurteilenden Geschäft bildet das Hanfprodukt die Hauptleistung. Zudem bestimmt sein Verwendungszweck (der Konsum als Betäubungsmittel) direkt den Preis, das heisst die Höhe der dafür geschuldeten Gegenleistung. Die Alltagsgeschäfte im Sinne der Rechtsprechung umfassen demgegenüber Leistungen, die im gegenseitigen Austausch und gänzlich unabhängig von einer allfälligen Implikation von Betäubungsmitteln geschuldet sind.
3.3 Mit der Annahme, der eventualvorsätzlich handelnde Beschwerdeführer habe den subjektiven Tatbestand erfüllt, verletzt die Vorinstanz nach dem Gesagten kein Bundesrecht. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach auch in diesem Punkt abzuweisen.
4.
Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe in entschuldbarem Verbotsirrtum gehandelt. Seine mangelnde Kenntnis der Rechtslage könne ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden, da diese im Zeitpunkt seiner Anstellung im Hanfladen völlig unklar gewesen sei. Der klärende Bundesgerichtsentscheid 126 IV 198 sei erst später, nämlich im Januar 2001 publiziert worden (Beschwerde S. 9 f.). Er habe zudem auch keinen Anlass gehabt, sich von der Rechtmässigkeit seines Tuns zu überzeugen, weil die Polizei den Verkauf der Hanfprodukte im betreffenden Hanfladen offensichtlich geduldet habe. Angesichts dieser Umstände verstosse es gegen Bundesrecht, wenn ihm das Obergericht die Anwendung von Art. 20 StGB verweigere.
4.1 Gemäss Art. 20 StGB kann der Richter von der Bestrafung Umgang nehmen oder die Strafe nach freiem Ermessen mildern, wenn der Täter aus zureichenden Gründen angenommen hat, er sei zur Tat berechtigt.
4.1.1 Die Bestimmung setzt zunächst voraus, dass der Täter glaubte, er tue überhaupt nichts Unrechtes; es genügt nicht, dass er die Tat bloss für straflos hält (BGE 128 IV 201 E. 2 S. 210).
4.1.2 Überdies muss der Täter zur Annahme, er tue nichts Unrechtes, zureichende Gründe gehabt haben. Falls

Anlass zu Zweifeln an der Rechtmässigkeit des Verhaltens besteht oder der Täter weiss, dass es eine rechtliche Regelung gibt, hat er sich bei der zuständigen Behörde näher zu informieren. Art. 20 StGB ist nur anwendbar, wenn ein gewissenhafter Mensch nach Einholung der gebotenen Information zum Schluss käme, sein Verhalten sei zulässig (Urteil 6S.829/1998 vom 02. März 1999 E. 1b). Blosses Nichteinschreiten von Behörden trotz Kenntnis des Sachverhalts vermag einen Verbotsirrtum nicht zu entschuldigen. Demgegenüber können eine ständige unangefochtene Praxis oder die ständige Duldung eines an sich vorschriftswidrigen Verhaltens durch die zuständige Behörde unter Umständen einen Verbotsirrtum rechtfertigen (Guido Jenny, Basler Kommentar StGB I, 2003, Art. 20 N. 17 ff; Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Auflage 1997, Art. 20 N. 6 ff.; BGE 129 IV 6 E. 4.1; 120 IV 208 E. 5b, je mit Hinweisen). Soweit der geltend gemachte Verbotsirrtum vermeidbar und damit nicht zu entschuldigen ist, kann die Frage offen bleiben, ob der Täter sein Verhalten überhaupt für rechtmässig hielt (BGE 129 IV 6 E. 4.1).
4.2 Ob dem Beschwerdeführer der THC-Gehalt der von ihm verkauften Hanfblüten bekannt war oder nicht, ist im Hinblick auf die Anwendung von Art. 20 StGB nicht von Bedeutung. Diese Bestimmung regelt die Folgen des fehlenden Unrechtsbewusstseins, nicht jene der fehlenden Kenntnis des Sachverhalts. Im Übrigen ist ohnehin von den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz auszugehen, wonach der Beschwerdeführer ernsthaft mit einem THC-Gehalt von mehr als 0.3 % rechnen musste und einen solchen erhöhten Gehalt auch in Kauf nahm (Urteil des Obergerichts E. 2a/cc mit Verweis auf Urteil des Bezirksgerichts S. 7 ff.; Art. 277bis Abs. 1 zweiter Satz BStP). Der Einwand (Beschwerde S. 10) ist demnach nicht zu hören (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP).
4.3 Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, vom 1. bis zum 28. September 2000 im Hanfladen Hanfprodukte verkauft zu haben. Damals war wie heute aufgrund der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts davon auszugehen, dass die verschiedenen Handelsformen von Hanfkraut (Cannabis) wie Marihuana, Haschisch und Haschischöl Betäubungsmittel gemäss Art. 1 Abs. 1 BetmG darstellen (BGE 120 IV 256 E. 2a mit Hinweisen). Dass der Bundesrat den Anbau von Hanfsorten mit einem maximalen Gehalt an THC von 0,3 % im Hinblick auf die Verwendung als Industriehanf für zulässig erklärt hatte, gab keinen Anlass zur Annahme, der Verkauf von Hanfprodukten zur Verwendung als Betäubungsmittel sei nunmehr ebenfalls erlaubt. Durch die Festlegung der Grenzwerte kam vielmehr zum Ausdruck, dass an der Strafbarkeit des Umgangs mit Hanfprodukten, die zur Verwendung als Betäubungsmittel bestimmt waren, festgehalten wurde. Der Beschwerdeführer kann sich auch nicht auf die damals vorhandenen politischen Bestrebungen zur Liberalisierung oder gar Legalisierung des Umgangs mit Cannabis-Produkten berufen, hat doch das Bundesgericht gerade diesbezüglich immer wieder betont, dass das geltende Gesetz anzuwenden ist (Art. 191 BV; BGE 124 IV 44 E. 2b S. 46; 120 IV 256 E. 2c
S. 259). Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers war die Rechtslage im damaligen Zeitpunkt somit nicht unklar.
4.4 Zum Argument der Duldung durch die zuständigen Behörden führt die Vorinstanz aus, die Polizei habe bei der Kontrolle des Hanfladens im Jahr 1998 zu hohe THC-Gehalte festgestellt, auf eine Schliessung des Ladens jedoch verzichtet, um dem Geschäftsführer die Gelegenheit zu geben, das Angebot des Hanfladens den gesetzlichen Bestimmungen anzupassen. Die Polizei sei unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips erst eingeschritten, als der dringende Verdacht illegaler Tätigkeit bestanden habe (Urteil E. 2b/dd).

Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, er habe von der behördlichen Kontrolle des Hanfladens im Jahr 1998 zwar Kenntnis gehabt, nicht aber von den Details der Kommunikation zwischen seiner Arbeitgeberin und den Behörden (Beschwerde S. 11), ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Es handelt sich dabei um ein tatsächliches Vorbringen, welches im angefochtenen Urteil keine Grundlage findet (Art. 277bis Abs. 1 zweiter Satz BStP).

Der Beweis, dass Hanfprodukte zur Verwendung als Betäubungsmittel vertrieben werden, lässt sich in der Tat im Einzelfall nur schwer erbringen. Das zeigt gerade auch das vorliegende Verfahren, in dem der Beschwerdeführer wie auch die Mitangeschuldigten von Anfang an beharrlich und unisono behaupteten, die getrockneten Hanfblüten nur zu Dekorations- oder zu Heilungszwecken verkauft zu haben. In dieser Schwierigkeit der Beweisführung liegt der Grund für das anfängliche Nichteinschreiten der Polizei. Unter den gegebenen Umständen vermag somit die Haltung der Behörden - auch wenn ihnen das Verkaufssortiment bekannt war - kein begründetes Vertrauen zu erwecken, auf das sich der Beschwerdeführer berufen könnte (vgl. dazu Urteile 6S.718/2001 vom 12. November 2002 E. 7.2 und 6S.46/2002 vom 24. Mai 2002, E. 4b, SJ 2002 I S. 441).

4.5 Nach dem Gesagten fehlt es dem Beschwerdeführer an zureichenden Gründen für ein mangelndes Unrechtsbewusstsein. Der Verzicht auf die Anwendung von Art. 20 StGB erweist sich somit als bundesrechtskonform.
5.
Demnach ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bei diesem Ausgang hat der Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens zu tragen (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau und dem Obergericht des Kantons Aargau, 2. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 1. Oktober 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: