Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6P.65/2004
6S.361/2003 /kra

Urteil vom 3. Juli 2004
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Kolly, Karlen,
Gerichtsschreiberin Arquint Hill.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Hans Ulrich Würgler,

gegen

6S.361/2003
Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich,
Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, Postfach, 8023 Zürich

und

6P.65/2004
Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich,
Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach 4875, 8022 Zürich.

Gegenstand
6S.361/2003
Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Strafzumessung Art. 63, 64, 65 und 66 StGB),

6P.65/2004
Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK (Strafverfahren; faires Verfahren),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 2. Juni 2003 (6S.361/2003) und Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 31. März 2004 (6P.65/2004).

Sachverhalt:
A.
X._____ war Gründungsmitglied und Präsident des Vereins A._____. Der Vereinszweck bestand gemäss Handelsregisterauszug vom 5. Juni 1997 im Wesentlichen in der Förderung des legalen Anbaus, Absatzes und der Verarbeitung von Hanf zur legalen und sinnvollen Nutzung der Hanfpflanze. Unter anderem stellte der Verein aus selbst angebautem sowie zugekauftem Hanf bzw. Hanfkraut zum Verkauf bestimmte "Duftsäcklein" und "Hanfharzmünzen" her. Der THC-Gehalt des Marihuana (Duftsäcklein) lag bei einer ersten Probe zwischen 0,4 % und 6,9 %, derjenige des Haschisch (Hanfharzmünzen) zwischen 1 % und 13,8 %. Eine zweite Probe ergab THC-Werte zwischen 0,3 % und 13,5 % (Marihuana) sowie solche zwischen 2,5 % und 25 % (Haschisch).
B.

Das Bezirksgericht Winterthur sprach X._____ am 26. September 2002 der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig und verurteilte ihn zu einer Gefängnisstrafe von 15 Monaten als Zusatzstrafe zum Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Dezember 1999. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde nicht aufgeschoben.

Auf Berufung von X._____ hin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich am 2. Juni 2003 den erstinstanzlichen Schuldspruch, sprach die Strafe von 15 Monaten Gefängnis jedoch nicht als Zusatzstrafe aus.
C.
Am 31. März 2004 wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde von X._____ ab.
D.
X._____ führt staatsrechtliche Beschwerde gegen den Beschluss des Kassationsgerichts und beantragt, der Beschluss des Kassationsgerichts sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Er erhebt ferner eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventuell sei das vorinstanzliche Strafmass erheblich zu reduzieren.

Das Obergericht äussert sich in seinen Gegenbemerkungen zur Nichtigkeitsbeschwerde, ohne einen ausdrücklichen Antrag zu stellen. Das Kassationsgericht verzichtet auf eine Stellungnahme zur staatsrechtlichen Beschwerde und die Staatsanwaltschaft ersucht um deren Abweisung.
E.
Der Präsident des Kassationshofs erteilte der staatsrechtlichen Beschwerde am 25. Mai 2004 superprovisorisch die aufschiebende Wirkung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
I. Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Beschluss des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 31. März 2004
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde ist grundsätzlich rein kassatorischer Natur (BGE 127 III 279 E. 1b; 126 I 213 E. 1c). Soweit der Beschwerdeführer mehr als die Aufhebung des angefochtenen Entscheids verlangt, ist auf sein Rechtsmittel nicht einzutreten.
2.
Der Beschwerdeführer beanstandet einen Verstoss gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens und der Waffengleichheit gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV. Es sei ihm in der (Haft)-Einvernahme vor dem Bezirksanwalt vom 27. Oktober 1999 (recte 28. Oktober 1999) der Beizug seines Verteidigers verwehrt worden, obwohl er dessen Anwesenheit explizit gewünscht und ein Mandatsverhältnis bereits bestanden habe. Das entsprechende Befragungsprotokoll sei daher als Beweismittel nicht verwertbar.
2.1 Der Grundsatz des fairen Verfahrens, welcher sich aus Art. 29 Abs. 1 BV, Art. 32 Abs. 2 BV, Art. 6 EMRK sowie Art. 14 UNO-Pakt II ergibt, will eine effektive und wirksame Verteidigung im Strafverfahren sicherstellen. Dazu gehört auch der Anspruch des Angeschuldigten, mit seinem Verteidiger bereits im Stadium der Voruntersuchung frei und unbeaufsichtigt verkehren zu können (Arthur Haefliger/Frank Schürmann, Die EMRK und die Schweiz, 2. Auflage, Bern 1999, S. 223). Nach den schweizerischen Strafprozessgesetzen besteht denn auch die Möglichkeit, grundsätzlich jederzeit einen Verteidiger beiziehen zu können. Damit der Angeschuldigte von diesem Recht Gebrauch machen kann, ist er frühzeitig darauf hinzuweisen (BGE 124 I 185 E. 3a; Robert Hauser/Erhard Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Auflage, Basel 2002, § 40 N 5, § 56 N 6 und 19).
2.2 Gemäss § 11 Abs. 1 StPO/ZH ist der Angeschuldigte zu Beginn seiner ersten Einvernahme durch den Untersuchungsbeamten darauf hinzuweisen, dass er jederzeit einen Verteidiger bestellen kann, dass er die Aussage verweigern kann und dass seine Aussagen als Beweismittel verwendet werden können. § 17 Abs. 2 StPO/ZH schreibt vor, dass der Untersuchungsbeamte dem Verteidiger Gelegenheit geben muss, an den Einvernahmen des Angeschuldigten teilzunehmen, wenn dieser es verlangt und der Zweck der Untersuchung dadurch nicht gefährdet wird (Satz 1). Im Kanton zugelassene Rechtsanwälte sind zur Einvernahme stets zuzulassen, sobald der Angeschuldigte vor dem Untersuchungsbeamten erstmals einlässlich ausgesagt hat oder sich seit 14 Tagen

in Haft befindet (Satz 2).
2.3 Wie sich aus den Akten ergibt, wurde der Beschwerdeführer zu Beginn des Untersuchungsverfahrens, d.h. anlässlich seiner ersten bezirksanwaltschaftlichen (Haft)-Einvernahme vom 28. Oktober 1999, über sein Recht, einen Verteidiger bestellen zu können, belehrt. Ebenso wurde er auf sein Aussageverweigerungsrecht sowie auf den Umstand hingewiesen, dass seine Aussagen als Beweismittel verwendet werden könnten (kantonale Akten, 20/1/1). Der Bezirksanwalt ist damit seiner gesetzlichen Aufklärungspflicht gemäss § 11 StPO/ZH umfassend nachgekommen. Der Beschwerdeführer rügt denn auch nicht, über seine Rechte nicht bzw. nur mangelhaft unterrichtet worden zu sein. Er kritisiert vielmehr, dass sein - bereits mandatierter - Anwalt trotz seines ausdrücklichen Gesuchs zur fraglichen Einvernahme nicht zugezogen worden sei.
2.4 Das Befragungsprotokoll vom 28. Oktober 1999 enthält entgegen den Angaben des Beschwerdeführers keinen expliziten Antrag um sofortigen Beizug eines Verteidigers für die laufende Einvernahme. Dem Protokoll ist in dieser Hinsicht lediglich zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer nach durchgeführter Einvernahme auf die Schlussfrage des Bezirksanwalts hin, ob denn jemand über seine Festnahme zu benachrichtigen sei, den Wunsch äusserte, seinen Anwalt informieren zu lassen (kantonale Akten, 20/1/1). Diese Äusserung kann nicht als Antrag auf unverzüglichen Beizug seines Verteidigers verstanden werden. Denn trotz umfassender Belehrung über seine Rechte vor Einvernahme hat sich der Beschwerdeführer weder auf sein Aussageverweigerungsrecht berufen noch sonst wie zu erkennen gegeben, sich nur in Anwesenheit seines Verteidigers äussern zu wollen. Er hat vielmehr vorbehaltlos zur Sache ausgesagt. Dass ihn Druck oder gar Zwang zu diesen Aussagen veranlasst hätten, macht er nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Kommt hinzu, dass weder er noch sein Verteidiger je Kritik an der Art und Weise der durchgeführten ersten Befragung übten. Vor diesem Hintergrund hält das Vorgehen der kantonalen Behörden vor der Bundesverfassung und der EMRK
stand. Denn sowohl die Praxis des Bundesgerichts als auch diejenige der Strassburger Rechtsprechungsorgane verlangen grundsätzlich, dass der Angeschuldigte zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte rechtzeitig und in angemessener Weise aktiv wird (BGE 118 Ia 462 E. 2b/bb; Urteil des EGMR i. S. Imbroscia c. Schweiz vom 24. November 1993, Serie A, Band 275, Ziff. 40 ff.). Wenn eine derartige zumutbare Intervention unterbleibt, kann von Grundrechts wegen kein entsprechendes Tätigwerden der Strafjustizbehörden erwartet werden. Insoweit liegt keine Verletzung des Fairnessgebots oder der Waffengleichheit vor. Ebenso wenig sind unter diesen Umständen die in Art. 6 Ziff. 3 EMRK verbürgten Verteidigungsrechte tangiert. Die Einvernahme vom 28. Oktober 1999 ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist in diesem Punkt nicht stichhaltig.
3.
Der Beschwerdeführer stellt sich auf den Standpunkt, dass die Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung von Anfang an vorgelegen hätten, zumal ihm nicht nur eine mehrmonatige Gefängnisstrafe gedroht habe, sondern er auch aufgrund seiner Krankheit nicht in der Lage gewesen sei, die Tragweite seiner Aussagen zu beurteilen. Vor diesem Hintergrund sei es klar unfair gewesen, ihn am 28. Oktober 1999 ohne Rechtsbeistand einzuvernehmen. Indem das Obergericht auf seine Aussagen aus dieser Einvernahme abstelle, habe es die Maximen der Fairness und der Waffengleichheit verletzt.
3.1 Für die Mehrzahl der Strafprozesse ist das Auftreten eines Verteidigers nicht vorgeschrieben. In gewissen Strafsachen erscheint es aber notwendig, dem Angeschuldigten - zur Herstellung des Gleichgewichts zum Staatsanwalt - einen Verteidiger zur Seite zu stellen (Robert Hauser/Erhard Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Auflage, Basel 2002, § 40 N 11). Dies ist namentlich der Fall, wenn dem Angeschuldigten eine Freiheitsstrafe droht, deren Dauer den bedingten Vollzug ausschliesst, seine Verteidigungsfähigkeit durch Krankheit oder Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft eingeschränkt ist oder die Sache zu komplex ist, um sich ohne Anwalt angemessen verteidigen zu können. Die notwendige Verteidigung liegt damit in erster Linie im wohlverstandenen Interesse des Angeschuldigten, darüber hinaus indessen auch in demjenigen der Rechtspflege an der Gewährleistung eines fairen Strafprozesses im Sinne von Art. 6 EMRK, Art. 29 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 2 BV (BGE 129 I 281 E. 3.1; 128 I 225 E. 2.5.2; 124 I 185 E. 3a; Arthur Haefliger/Frank Schürmann, a.a.O., S. 239). Die Unterlassung oder die verspätete Bestellung eines notwendigen Verteidigers kann zur Ungültigkeit der in Abwesenheit des Anwalts durchgeführten Prozesshandlung führen
(BGE 115 Ia 103 E. 4; 113 Ia 221 E. 3).
3.2 Das Bundesgericht bejaht den Anspruch des Angeschuldigten, den Verteidiger grundsätzlich schon "im Stadium" der ersten polizeilichen Ermittlungen und Befragungen beiziehen zu dürfen (vgl. dazu BGE 126 I 153 E. 2a und 4c). Damit im Einklang steht die Rechtsprechung der Strassburger Organe, wonach der Beizug eines Verteidigers unter Umständen schon im polizeilichen Ermittlungs- bzw. gerichtlichen Untersuchungsverfahren

zu gewähren ist (vgl. Urteil des EGMR i.S. Quaranta c. Schweiz vom 24. Mai 1991, Serie A, Band 205, Ziff. 36; Urteil des EGMR i.S. John Murray c. Royaume-Uni vom 8. Februar 1996, Rec. 1996-I, S. 30, Ziff. 45). Wann genau dem Angeschuldigten ein (notwendiger) Verteidiger beizugeben bzw. ob die Verteidigung bereits an dessen ersten Einvernahme zuzulassen ist, ist kontrovers (vgl. dazu Niklaus Schmid, Anwalt der ersten Stunde, in: Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich 2002, S. 751 ff. mit Hinweisen). Das Bundesgericht stellt für die Frage, ab welchem Zeitpunkt der Anspruch auf ein faires Verfahren ein Beisein des Verteidigers verlangt, auf die konkreten Verhältnisse des Einzelfalles ab (vgl. dazu BGE 126 I 153 E. 4). Die Strassburger Rechtsprechungsorgane stützen
sich in dieser Hinsicht auf eine Gesamtbetrachtung: Sie prüfen, ob dem Angeschuldigten - mit Blick auf das gesamte Strafverfahren - im Ergebnis eine ausreichende Verteidigung zugekommen ist (Urteil des EGMR i. S. Imbroscia c. Schweiz vom 24. November 1993, Serie A, Band 275, Ziff. 36 ff.).
3.3 Im Kanton Zürich ist die notwendige Verteidigung in § 11 Abs. 2 StPO/ZH geregelt. Eine solche ist gemäss Ziff. 1 vorgesehen, wenn der Angeschuldigte wegen körperlicher oder geistiger Beeinträchtigungen nicht in der Lage ist, seine Rechte selber oder durch einen gesetzlichen Vertreter zu wahren. Ferner kommt die notwendige Verteidigung zum Tragen, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr beantragt ist oder in Aussicht steht (Ziff. 3) bzw. wenn die Untersuchung und Abklärung des Sachverhalts ausserordentliche Schwierigkeiten bereitet (Ziff. 5). Der Bezirksanwalt hat den Angeschuldigten in solchen Fällen vor der Vornahme von (weiteren) Untersuchungshandlungen unverzüglich zu einer Erklärung zu veranlassen, ob er selbst einen Verteidiger beiziehen oder einen amtlichen Verteidiger bestellen lassen wolle (§ 13 Abs. 1 StPO/ZH; Jörg Rehberg/ Markus Hohl, Die Revision des Zürcher Strafprozessrechts von 1991, Zürich 1992, S. 17; Elisabeth Müller-Hasler, Die Verteidigungsrechte im zürcherischen Strafprozess, insbesondere deren zeitlicher Geltungsbereich, unter dem Aspekt des fairen Verfahrens, Zürich 1998, S. 58, 100). Die notwendige Verteidigung muss aber nicht notwendigerweise bei der Eröffnung der Untersuchung (§ 22 Abs. 4
und 5 StPO/ZH) und schon bei der ersten Angeschuldigteneinvernahme sichergestellt, jedoch spätestens beim eigentlichen Untersuchungsbeginn gewährleistet sein (Niklaus Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, § 30 N 491).
3.4 Der Beschwerdeführer war anlässlich seiner ersten (Haft)-Einvernahme vor dem Untersuchungsrichter vom 28. Oktober 1999 nicht verteidigt. Am 29. Oktober 1999 wurde er aus der Haft entlassen. Mit Verfügung vom 8. November 1999 wurde ihm gestützt auf § 11 Abs. 2 Ziff. 3 StPO/ZH mit Wirkung ab 29. Oktober 1999 ein notwendiger bzw. amtlicher Verteidiger beigegeben (kantonale Akten, 10/1/13). Dass und weshalb ihm ein solcher auch aus gesundheitlichen Gründen zugestanden haben soll, ist nicht einzusehen und ergibt sich insbesondere nicht aus dem Gutachten der Integrierten Psychiatrie Winterthur (IPW) vom 25. Oktober 2001. Die anschliessenden vier Einvernahmen vor dem Bezirksanwalt erfolgten sodann stets im Beisein seines Verteidigers. Dieser wirkte aktiv am Verfahren mit, nahm umfassend Einsicht in die Akten und machte von der Möglichkeit Gebrauch, (ergänzende) Beweisanträge zu stellen. Vor Gericht hatte er die Gelegenheit, seine rechtlichen Standpunkte darzulegen. Vor diesem Hintergrund kann nicht gesagt werden, dass der Beschwerdeführer - unter dem Gesichtspunkt des fair trial - insgesamt unzureichend verteidigt war. Dass ihm der (notwendige) Verteidiger erst im Zeitpunkt der zweiten untersuchungsrichterlichen Einvernahme
beigegeben wurde, stellt keine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 29 Abs. 1 BV dar.
4.
Die staatsrechtliche Beschwerde ist demnach abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

II. Eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 2. Juni 2003
5.
Die Nichtigkeitsbeschwerde ist kassatorischer Natur (Art. 277ter BStP), weshalb auf den Antrag des Beschwerdeführers, die von der Vorinstanz ausgefällte Strafe sei erheblich zu reduzieren, nicht einzutreten ist.
6.
Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG. Die Vorinstanz habe überhaupt nicht festgehalten, welche strafbaren Tätigkeiten er verwirklicht haben soll. So fänden sich im angefochtenen Entscheid keine Überlegungen zu Tatbeitrag, Mittäterschaft oder Gehilfenschaft. Seine Verurteilung basiere einzig auf seiner Stellung als angeblich verantwortlicher Vereinspräsident. Dabei werde ihm die Erfüllung der vorgeworfenen Tatbestände durch Unterlassung angelastet.

6.1 Wer in eigener Person die Merkmale eines der gesetzlichen Straftatbestände von Art. 19 Ziff. 1 BetmG objektiv und subjektiv erfüllt, ist Täter und untersteht als solcher der vollen Strafdrohung (BGE 106 IV 72 E. 2b). Nach der Rechtsprechung ist Mittäter, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Delikts vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern in der Weise zusammenwirkt, dass er als Hauptbeteiligter dasteht. Dabei kommt es darauf an, dass der Tatbeitrag nach den Umständen des konkreten Falles und dem Tatplan für die Ausführung des Deliktes so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt (BGE 120 IV 17 E. 2d). Bei Betäubungsmitteldelikten ist Mittäterschaft in der Regel anzunehmen, wenn der Betreffende einer der Deliktsbegehung dienenden Organisation angehört, in welcher er bestimmte, ihm zugedachte Aufgaben übernimmt. Ist dies der Fall, muss er sich auch fremde, nicht von ihm selber begangene Handlungen zurechnen lassen. In aller Regel dürfte daher in solchen Fällen der Mittäterschaft gleichzeitig bandenmässiges Handeln gegeben sein, welches dadurch charakterisiert wird, dass eine Tätergemeinschaft zur Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs bewusst zusammenwirkt (BGE 118 IV 397
E. 2b).
6.2 Die Vorinstanz hat sich zunächst mit der Funktion und den Aufgaben befasst, die dem Beschwerdeführer im Rahmen der Vereinstätigkeit zukamen. In diesem Zusammenhang hat sie verbindlich festgestellt, der Beschwerdeführer sei nicht nur Gründungsmitglied, sondern seit Anfang 1997 auch Vereinspräsident gewesen. Er habe den Verein gemäss eigenen Angaben gegen aussen und innen repräsentiert und sei für den Einkauf des Hanfs sowie die Beratung der Lieferanten und Produzenten zuständig gewesen. Ferner habe er die Ideen geliefert und die für den Verkauf bestimmten Cannabisprodukte kreiert. Ausserdem habe er Hanf oder Hanfkraut anbauen bzw. zukaufen und dieses zu so genannten Duftsäcklein und Hanfharzmünzen verarbeiten und verkaufen lassen. Zwar könne dem Beschwerdeführer angesichts der Grösse des Betriebs die eigenhändige Vornahme sämtlicher Verarbeitungsschritte nicht vorgeworfen werden. Durch seine Stellung im Verein habe er die Herstellung und den Verkauf dieser Produkte aber zweifelsohne entscheidend gefördert.

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer keine Begehung durch Unterlassung vorgeworfen. Sie hat ihm insbesondere nicht zur Last gelegt, gegen die illegale Produktion und den Verkauf namentlich von Duftsäcklein und Hanfharzmünzen nicht eingeschritten zu sein. Vielmehr hat sie die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers an aktive Tätigkeiten angeknüpft, welche er im Rahmen des gesamten Geschäftsbetriebs entfaltet hat. Sein Einwand erweist sich unter diesen Umständen als unbegründet. Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass die Vorinstanz vorliegend Mittäterschaft angenommen hat. Denn der Beschwerdeführer ist angesichts der Wesentlichkeit seiner Aufgaben bzw. Funktionen, welche ihm zugefallen sind, als eine treibende Kraft innerhalb der Vereinsorganisation zu bezeichnen. Davon, dass seine Tatbeiträge von untergeordneter Natur sein sollten, kann nicht die Rede sein. Die Rügen des Beschwerdeführers stossen mithin ins Leere.
7.
Der Beschwerdeführer bestreitet, gewerbsmässig gehandelt zu haben. Er habe seine Tätigkeit zunächst lediglich ehrenamtlich ausgeübt. Erst ab 1. Januar 1999 habe er einen monatlichen Nettolohn von Fr. 2'300.– bezogen. Seinen Lebensunterhalt habe er aber immer mit einer Invalidenrente bestritten.
7.1 Ein Täter handelt gewerbsmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach Art eines Berufs ausübt. Der Täter muss sich darauf eingerichtet haben, durch die deliktische Handlung Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung bilden (BGE 123 IV 113 E. 2c). Beim schweren Fall im Sinne von Art 19 Ziff. 2 lit. c BetmG muss zudem durch das gewerbsmässige Handeln ein grosser Umsatz oder ein erheblicher Gewinn erzielt worden sein. Bei der Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG handelt es sich um ein persönliches Merkmal (Peter Albrecht, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Betäubungsmittelstrafrecht, Bern 1995, N 195 zu Art. 19 BetmG). Dieses Merkmal wurde eingeführt, um zu verhindern, dass "kleine Fische", die möglicherweise auch mit unbestimmt vielen Menschen handeln, ohne jedoch einen grossen Gewinn zu erzielen, der qualifizierten Bestrafung der gewerbsmässigen Begehung des Delikts unterliegen (BGE 117 IV 63 E. 2a S. 65 mit Hinweisen).
Die Rechtsprechung hat einen Umsatz ab Fr. 100'000.– als gross (BGE 129 IV 188 E. 3.1.3) und einen Gewinn von Fr. 21'500.– als erheblich bezeichnet (BGE 124 IV 286 E. 4b).
7.2 Es ist offensichtlich, dass der Beschwerdeführer die deliktische Tätigkeit (zumindest ab 1. Januar 1999) nach Art eines Berufs ausgeübt hat. Sein monatliches Nettogehalt von Fr. 2'300.– stammte aus dem Verein-

sumsatz, dessen grösster Teil mit dem Verkauf von Duftsäcklein und Hanfharzmünzen, also mit dem Vertrieb von illegalen Betäubungsmitteln, erzielt wurde. Der in der Zeit vom 1. Januar bis 27. Oktober 1999 erwirtschaftete, effektive Umsatz des Vereins betrug laut Anklageschrift Fr. 5'529'953.55; der Bruttoumsatz für die Zeit vom 21. Februar 1997 bis 18. August 1997 belief sich auf Fr. 588'000.–. Der Beschwerdeführer hat - im Blick auf seine Funktionen bzw. Aufgaben im Verein - ganz entscheidend zur Realisierung dieses grossen Umsatzes beigetragen. Insoweit kann er nicht als "kleiner Fisch" im Sinne der erwähnten Rechtsprechung bezeichnet werden. Sein Gehalt floss ihm direkt aus dem von ihm (zumindest) mitgeleiteten Geschäftsbetrieb zu, dessen überwiegendes Tätigkeitsfeld im illegalen Anbau und Handel von Betäubungsmitteln bestand. Unter diesen Umständen verletzt die Annahme der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe gewerbsmässig im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG gehandelt, kein Bundesrecht.

8.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht das Vorliegen eines Rechtsirrtums verneint. Das Bundesamt für Gesundheitswesen habe auf Anfrage hin die Auskunft erteilt, dass der Anbau von Hanfkraut zu andern Zwecken als der Betäubungsmittelgewinnung weder bewilligungspflichtig noch verboten sei. Der Beschwerdeführer habe sich auf diese Antwort nach Treu und Glauben verlassen dürfen. Dies gelte umso mehr, als die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend THC-Werte erst im Jahre 2000 eingeführt worden sei.

8.1 Hat der Täter aus zureichenden Gründen angenommen, er sei zur Tat berechtigt, kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder von einer Bestrafung Umgang nehmen (Art. 20 StGB). Im Rechtsirrtum gemäss Art. 20 StGB handelt der Täter, der bei der Tat kein Unrechtsbewusstsein hat, weil er meint, sein Verhalten sei erlaubt, während es in Wirklichkeit verboten ist (118 IV 167 E. 4 S. 174). Ein Rechtsirrtum gilt insbesondere als vermeidbar, wenn der Täter selbst an der Rechtmässigkeit seines Verhaltens zweifelt oder hätte zweifeln müssen oder wenn er weiss, dass eine rechtliche Regelung besteht, er sich über deren Inhalt und Reichweite aber nicht genügend informiert (BGE 120 IV 208 E. 5b S. 215 mit Hinweisen).

8.2 Die Vorinstanz hat verbindlich festgestellt, dass der Beschwerdeführer wusste, dass die von ihm vertriebenen Duftsäcklein und Münzen als Betäubungsmittel verwendet werden könnten und würden, und dass er dies zumindest in Kauf nahm. Trotz unsicherer Rechtslage sei er sich ferner über die Strafbarkeit seiner Handlungen bewusst gewesen, nicht zuletzt wegen eines seit 1994 gegen ihn laufenden Strafverfahrens. Er habe die Diskussion um die Strafbarkeit des Verkaufes von Hanf in der fraglichen Zeit genauestens verfolgt und sei sich über die Konsequenzen seines Tuns bewusst gewesen. Dafür spreche insbesondere auch der auf den (Verkaufs)-Packungen angebrachte Warnhinweis "Darf nicht eingenommen oder geraucht werden, BtmG". Zudem sei der Beschwerdeführer (vom Bundesamt für das Gesundheitswesen) ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht worden, dass nur der Anbau von Hanfkraut zur Nichtgewinnung von Betäubungsmitteln straflos sei. Davon habe der Beschwerdeführer am 31. Oktober 1996 Kenntnis genommen. Im Übrigen treffe auch nicht zu, dass die Polizei dem Verkauf von Hanfprodukten tatenlos zugeschaut habe. Vielmehr seien Hausdurchsuchungen in Hanfläden durchgeführt, Untersuchungen eröffnet und Befragungen vorgenommen worden.

Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz das Vorliegen eines Rechtsirrtums zu Recht verneint, kann sich der Beschwerdeführer doch nicht darauf berufen, in Unkenntnis der Widerrechtlichkeit seiner Tätigkeit gehandelt zu haben.

9.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die vorinstanzliche Strafzumessung verletze Bundesrecht.

9.1 Das Bundesgericht hat die massgebenden Elemente der Strafzumessung gemäss Art. 63 StGB und die Anforderungen an ihre Begründung in seiner bisherigen Rechtsprechung eingehend dargelegt. Darauf kann verwiesen werden (BGE 127 IV 101 E. 2; 124 IV 286 E. 4a; 123 IV 150 E. 2a).

9.2 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe den Umstand, dass er nicht geständig gewesen sei, straferhöhend gewertet. Sie habe dabei nicht berücksichtigt, dass seine Fähigkeit zur Einsicht in das Unrecht seines Handelns gemäss Art. 11 StGB herabgesetzt gewesen sei. Das Gutachten der IPW attestiere ihm eine leicht verminderte Zurechnungsfähigkeit. Dieser Umstand hätte ohnehin zu einer Strafmilderung nach freiem Ermessen im Sinne von Art. 66 StGB führen müssen. Die Vorinstanz habe diese Möglichkeit indes ohne Begründung ausser Acht gelassen. Dass seine verminderte Zurechnungsfähigkeit nicht (genügend) berücksichtigt worden sei, zeige sich im Übrigen auch im Vergleich zu seinen Mitangeklagten. Diese seien milder bestraft worden, obwohl deren Schuldfähigkeit nicht eingeschränkt gewesen sei.

Die Vorinstanz hat festgestellt, dass der Beschwerdeführer kein Geständnis abgelegt habe. Sie hat diesen Umstand bei der Strafzumessung indes nicht straferhöhend, sondern neutral gewichtet. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hat sie auch den Strafmilderungsgrund der verminderten Zurechnungsfähigkeit nicht ignoriert, sondern zutreffend - als einen strafzumessungsrelevanten Gesichtspunkt neben andern - strafmindernd gewürdigt. Dabei war sie nicht verpflichtet, den ordentlichen Strafrahmen aufgrund der verminderten Schuldfähigkeit des Beschwerdeführers zu unterschreiten, um eine Strafmilderung im engeren Sinne vorzunehmen (BGE 118 IV 1 E. 2; 116 IV 300 E. 2b/bb mit Hinweisen). Die Strafe des Beschwerdeführers ist - unter dem Aspekt seiner verminderten Zurechnungsfähigkeit - im Vergleich zu denjenigen seiner Mittätern auch nicht zu hoch. Die Vorinstanz hat im Hinblick auf eine rechtsgleiche Behandlung bei der Strafzumessung ausführlich Vergleiche zu den Strafen gezogen, die den Mittätern auferlegt worden sind, und nachvollziehbar begründet, dass und inwiefern sich jene in zumessungsrelevanten Punkten unterscheiden. Dass die Strafe des Beschwerdeführers - namentlich im Blick auf den Strafschärfungsgrund des Rückfalls, seine
gewichtigeren und einschlägigen Vorstrafen sowie seine höhere hierarchische Stellung innerhalb der Drogenorganisation - etwas höher angesetzt worden ist als diejenige seiner geständigen Mittäter, ist bundesrechtlich nicht zu beanstanden.

9.3 Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht keine Zusatzstrafe gemäss Art. 68 Ziff. 2 StGB ausgesprochen.

Die Vorinstanz hat dem angefochtenen Entscheid die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung zur retrospektiven Realkonkurrenz gemäss Art. 68 Abs. 2 StGB zugrunde gelegt (BGE 129 IV 113 E. 1.2 und 1.3; BGE 127 IV 106 E. 2c; Hans Vest/ Andreas Eicker, Retrospektive Realkonkurrenz, in: AJP 2/2004, S. 207 ff.) und in der Folge richtigerweise von der Ausfällung einer Zusatzstrafe abgesehen.

9.4 Die Vorinstanz hat auch die weiteren für die Strafzumessung wesentlichen Gesichtspunkte gewürdigt, ohne dass eine Ermessensverletzung vorliegt. In dieser Hinsicht bleibt der Vollständigkeit halber zu erwähnen, dass sich die Erstinstanz entgegen einem Einwand in der Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur angeblich sehr schwierigen Jugend des Beschwerdeführers geäussert hat. Auf die insgesamt zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz kann daher an dieser Stelle verwiesen werden.

9.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass die vorliegende Strafzumessung vor Bundesrecht standhält. Der bedingte Strafvollzug fällt aus objektiven Gründen gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2 StGB ausser Betracht. Dass die Strafe auf 12 Monate Gefängnis hätte reduziert werden müssen, um dem Beschwerdeführer den Vollzug in Halbgefangenschaft zu ermöglichen, hat die Vorinstanz - in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei einer verhängten Freiheitsstrafe von mehr als 21 Monaten - mit stichhaltigen Gründen verneint.

10.

Schliesslich verlangt der Beschwerdeführer die Anwendung des revidierten, angeblich milderen Betäubungsmittelgesetzes. Er verkennt dabei, dass eine Voranwendung nicht in Kraft gesetzten Rechts nicht in Frage kommt. Insoweit stösst seine Rüge ins Leere. Im Übrigen ist er darauf hinzuweisen, dass der Nationalrat auf die entsprechende Vorlage nicht eingetreten ist.

11.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist demnach abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist.

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

12.

Der Beschwerdeführer beantragt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. Art. 152 OG). Seine Gesuche sind abzuweisen, da die Beschwerden von Anfang an aussichtslos waren. Damit wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (vgl. Art. 156 Abs. 1 OG und Art. 278 Abs. 1 BStP). Seiner angespannten finanziellen Situation ist mit einer reduzierten Gerichtsgebühr Rechnung zu tragen.

Mit dem Entscheid in der Sache ist das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos geworden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
3.
Die Gesuche um unentgeltliche Prozessführung werden abgewiesen.
4.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'600.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
5.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, und dem Kassationsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 3. Juli 2004
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: