Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.715/2001 /kra

Urteil vom 3. Oktober 2002
Kassationshof

Bundesrichter Schubarth, Präsident,
Bundesrichter Schneider und Wiprächtiger,
Gerichtsschreiberin Krauskopf.

X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwältin Barbara Hug, Gartenhofstrasse 15, Postfach 9819, 8036 Zürich,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 18. September 2001.

Sachverhalt:
A.
X._____ (geb. 1957) ist Inhaber und Geschäftsführer zweier in der Stadt Zürich gelegener Läden. Diese Läden bieten Hanfblüten und Hanfkraut in so genannten Hanfduftsäcken zum Verkauf an und liefern diese "Duftsäcke" sowie offenes Marihuana an Private oder Unternehmen. Im Jahre 1998 verkaufte der Laden A._____ insgesamt 32,5 Kilogramm Naturhanf für einen Gesamtbetrag von Fr. 83'893.- und im Jahre 1999 die Menge von 105,5 Kilogramm für Fr. 272'670.-. Anlässlich sechs von der Polizei im Laden A._____ durchgeführter Kontrollen wurden rund 100 Kilogramm Hanf mit einem THC-Gehalt zwischen 2 % und 13 % sichergestellt. X._____ konsumierte ungefähr seit anfangs Juli 1999 bis zum 12. Juli 2000 täglich Haschisch.
B.
Das Bezirksgericht Zürich verurteilte ihn am 12. März 2001 in unentschuldigter Abwesenheit wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 14 Monaten und verpflichtete ihn, dem Staat eine Ersatzforderung von Fr. 30'000.- zu leisten.
C.
Auf Berufung von X._____ und der Staatsanwaltschaft hin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich am 18. September 2001 das erstinstanzliche Urteil. Dem Verfahren wegen der vor dem 18. September 1999 begangenen Übertretungen des Betäubungsmittelgesetzes gab das Obergericht aufgrund der eingetretenen Verjährung keine Folge.
D.
Das Kassationsgericht des Kantons Zürich wies am 25. Juli 2002 die von X._____ erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ab.
E.
X._____ erhebt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil sei aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an das Obergericht zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Der Beschwerdeführer führt aus, ihm sei die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezüglich des Verkaufs von Cannabis bekannt, doch sei es an der Zeit, diese zu ändern. Obwohl Cannabis unter das Betäubungsmittelgesetz falle, könne der Richter contra verba legis entscheiden. Cannabis sei nicht abhängigkeitserzeugend. Es bestehe keine gesundheitspolitische Rechtfertigung, es zu verbieten. Die strenge Regelung von Art. 19a BetmG verstosse zudem gegen Art. 8 BV. Er rügt weiter die Annahme der Mittäterschaft. Er könne dafür, dass er nicht einschritt, als Angestellte seines Betriebs "Duftsäcklein" verkauften, nicht belangt werden. Mangels Mittäterschaft müsse bei der Prüfung der Gewerbsmässigkeit auf die von ihm verkauften 10-20 Kilogramm Hanf abgestellt werden. Schliesslich sei zu Unrecht Eventualvorsatz angenommen worden. Sein einziges Ziel sei gewesen, "dass die Verteufelung der Hanfpflanze in der Öffentlichkeit und in der Rechtsprechung aufhört" (Beschwerde S. 5).
2.
Der Kassationshof des Bundesgerichts hat in den Entscheiden BGE 126 IV 60 und BGE 126 IV 198 die Kontroverse um den Verkauf von Hanfduftsäcken beendet. Auf diese Rechtsprechung kann verwiesen werden. Danach gelten Industriehanf mit einem THC-Gehalt von über 0.3 % und Hanf in Lebensmitteln mit einem THC-Gehalt von über 0,005 % als Betäubungsmittel und dürfen nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG nicht in Verkehr gebracht werden. Der THC-Gehalt der vom Beschwerdeführer vertriebenen Produkte lag deutlich über den erwähnten Grenzwerten. Der Verkauf dieser Produkte fällt somit unter die Strafnorm des Betäubungsmittelgesetzes. Es trifft zwar zu, dass in den letzten Jahren die Unterstellung von Hanfkraut unter das Betäubungsmittelgesetz zu politischen Diskussionen Anlass gab und dass auf politischer Ebene Bestrebungen für eine Liberalisierung oder gar Legalisierung des Umgangs mit Cannabis-Produkten im Gange sind. Wie der Kassationshof des Bundesgerichts jedoch gerade in Bezug auf diese Thematik wiederholt betont hat, ist der Richter an das geltende Gesetz gebunden. Er hat von der Bundesversammlung verabschiedete Gesetze anzuwenden und kann diese nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüfen (Art. 191 BV; BGE 126 IV 198 E. 1 S. 200; 124 IV
44 E. 2b S. 46; 120 IV 256 E. 2c S. 259; 106 IV 227 E. 3b S. 230), umso weniger als völlig offen ist, wie weit der Gesetzgeber mit der Entkriminalisierung des Umgangs mit Cannabisprodukten gehen wird.
3.
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 S. 23). 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
397E. 2b S. 399).
3.1 Die Vorinstanz geht davon aus, dass der Beschwerdeführer als Inhaber und Geschäftsführer des Ladens A._____ wesentlich bei der Bereitstellung des Sortiments und beim Wareneinkauf mitgewirkt habe und somit als Mittäter zu qualifizieren sei, selbst wenn er die 138 kg Hanf nicht persönlich verkauft habe.
3.2 Es geht aus den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz hervor (Art. 277bis Abs. 1 BStP), dass der Beschwerdeführer den Sachverhalt der Anklage anerkannt hat (Urteil, S. 10). Danach wusste er oder nahm er zumindest in Kauf, dass in seinem Laden "Duftsäcklein" oder offenes Marihuana verkauft und an Käufer geliefert wurden. Da zur Annahme der Mittäterschaft Eventualvorsatz genügt (BGE 115 IV 161 S. 161), ist der Beschwerdeführer für den Verkauf von "Duftsäcklein" und Hanf durch seine Angestellten als Mittäter zur Verübung der von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG erfassten Tat zu verurteilen. Der Beschwerdeführer selber erwarb diesen Hanf zuvor bei in der Schweiz domizilierten Lieferanten (Urteil S. 3f.). Insoweit er den in seinem Laden vertriebenen Hanf gekauft, gelagert und zum Teil selbst veräussert hat, ist der Beschwerdeführer Täter im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3, 4 und 5 BetmG. Da die Strafdrohung für den Täter dieselbe ist wie für

den Mittäter (BGE 120 IV 17 E. 2d S. 23), bleibt vorliegend die im Vergleich zur Vorinstanz unterschiedliche Qualifizierung jedoch ohne praktische Konsequenz.
4.
Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt ein Täter 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 (BGE 123 IV 113 E. 2c S. 116). 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. Die Rechtsprechung hat einen Umsatz von Fr. 110'000.- als gross bezeichnet (BGE 117 IV 63 E. 2a und b S. 65).

Die Vorinstanz hat verbindlich festgehalten, dass der Beschwerdeführer einen guten Teil seiner Arbeitszeit und grosse Mittel für seine geschäftliche Tätigkeit aufwendete. Diese war zu einem erheblichen Anteil sein Erwerb. Der Beschwerdeführer erzielte 1998 einen Umsatz von Fr. 83'800.- und im Jahr darauf von Fr. 272'000.-. Die errichtete Struktur und Organisation der Läden des Beschwerdeführers waren darauf eingerichtet, mit dem Hanfgeschäft Einkünfte zu erzielen, um zu einem namhaften Teil seinen Lebensunterhalt zu bestreiten (Urteil S. 13). Im Lichte der dargelegten Rechtsprechung nahm die Vorinstanz zu Recht Gewerbsmässigkeit an. Die Rüge ist daher unbegründet.
5.
Auch die Rüge der unbegründeten Annahme, dass Eventualvorsatz nicht genüge, geht fehl. Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt Eventualvorsatz in Hinsicht auf die Möglichkeit, dass die vertriebenen Produkte als Betäubungsmittel verwendet werden (BGE 126 IV 198 E. 2 S. 201f.;125 IV 242 E. 3c S. 251). Der Bundesgerichtsentscheid 126 IV 198, auf den verwiesen wird, hat sich ausdrücklich mit der Kritik an dieser Rechtsprechung auseinandergesetzt. Es besteht kein Grund, von dieser Praxis abzuweichen.

Gemäss den verbindlichen Feststellungen des Obergerichts (Art. 277bis Abs. 1 BStP) war sich der Beschwerdeführer darüber im Klaren, dass die von ihm vertriebenen Produkte "mehrheitlich geraucht" würden. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, ist dem Beschwerdeführer somit "zumindest" Eventualvorsatz vorzuwerfen (Urteil S. 11). Im Übrigen ist nicht ersichtlich, inwiefern die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Beweggründe - nämlich darauf hinzuwirken, dass die Hanfpflanze nicht mehr vom BetmG erfasst werde - etwas daran ändern würde, dass er es in Kauf nahm, dass die von ihm vertriebenen Produkte als Betäubungsmittel verwendet würden.
6.
Da der Beschwerdeführer unterliegt, wird er kostenpflichtig (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Kosten von Fr. 2'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, sowie der Schweizerischen Bundesanwaltschaft schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 3. Oktober 2002
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: