Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.380/2004 /bri

Urteil vom 11. Januar 2006
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Karlen.
Gerichtsschreiber Näf.

Parteien
X._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Stephan A. Buchli,

gegen

Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand
Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer,
vom 1. Juli 2004.

Sachverhalt:
A.
Das Obergericht des Kantons Zürich sprach X._____ am 1. Juli 2004 in Bestätigung des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 5. September 2003 in mehreren Anklagepunkten der mengenmässig qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a i.V.m. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 und 6 BetmG), der Gehilfenschaft zu mengenmässig qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a i.V.m. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 BetmG und Art. 25 StGB) sowie der Hehlerei (im Sinne von Art. 160 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) schuldig und bestrafte ihn mit 30 Monaten Gefängnis, unter Anrechnung von 365 Tagen Polizei- und Untersuchungshaft.
B.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zudem ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.
C.
Das Obergericht hat auf eine Stellungnahme zur Beschwerde verzichtet.

Die Oberstaatsanwaltschaft beantragt in einem Punkt Nichteintreten auf die Beschwerde und verzichtet im Übrigen auf Vernehmlassung.
D.
Am 18. Juli 2005 wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich die von X._____ erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ab, soweit es darauf eintrat.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Dem Beschwerdeführer wird in der Anklageschrift unter Ziff. 2.4 vorgeworfen, er habe am 29. September 2000 Fr. 5'000.– durch B._____ zu deren in Amsterdam weilenden Freund A._____ bringen lassen,

womit A._____ Betäubungsmittel für den Beschwerdeführer besorgen und dieses durch einen unbekannten Surinamer nach Zürich bringen lassen sollte. Das Geschäft sei jedoch nicht zustande gekommen. A._____ habe das ihm überreichte Geld anderweitig verwenden wollen und daher dem Beschwerdeführer wahrheitswidrig angegeben, der Transporteur habe sich mit den ihm übergebenen Betäubungsmitteln (200 g Kokain) abgesetzt.
1.2 Der Betrag von Fr. 5'000.– wurde im Auftrag des Beschwerdeführers zu A._____ nach Amsterdam gebracht. Der Einwand des Beschwerdeführers, im Zweifel sei zu seinen Gunsten davon auszugehen, dass die Übergabe des Geldes an A._____ gescheitert sei, ist im vorliegenden Verfahren unzulässig. Die Vorinstanz hält fest, dass das Geld tatsächlich A._____ übergeben wurde. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur und daher für den Kassationshof im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde verbindlich (Art. 277bis BStP). Sie ist im Übrigen gemäss den Erwägungen im Beschluss des Kassationsgerichts (S. 12 f.) nicht willkürlich.

Streitig ist der Verwendungszweck des Geldes. Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz muss und kann letztlich offen bleiben, ob der Beschwerdeführer sich mit diesem Geld "ins eigene Risiko setzte oder ob er A._____ Geld überbringen liess, das diesem aus vorangegangenen Geschäften zugestanden hatte", wie er an der Berufungsverhandlung geltend machte (angefochtenes Urteil S. 8). Es lasse sich nicht nachweisen, dass der Beschwerdeführer den Betrag von Fr. 5'000.– vorgeschossen habe, und es sei daher nicht erstellt, dass die Betäubungsmittel für ihn (allein) besorgt werden sollten (angefochtenes Urteil S. 8/9). Auch wenn er das Geld A._____ tatsächlich geschuldet haben sollte, habe er dadurch, dass er es nach Amsterdam überbringen liess, im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG Anstalten zur Einfuhr von Betäubungsmitteln getroffen, weil er davon ausgegangen sei, A._____ werde dieses Geld zum Einkauf von Drogen einsetzen (angefochtenes Urteil S. 14).

Die Vorinstanz führt weiter aus, "das Wissen um die Planung, seine Identifizierung damit, die auf Grund der gemeinsamen Drogengeschäfte offenkundig vorhandene Erwartung, jedenfalls auch einen Teil der Drogen letztlich zu erhalten", hätten den Beschwerdeführer "zum Mittäter am - aus seiner Sicht - geplanten Drogenimport" gemacht. Der Beschwerdeführer habe daher auch in diesem Punkt "Anstalten zu einem verbotenen Umgang mit Drogen getroffen" (angefochtenes Urteil S. 14).
1.3 Gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG wird bestraft, "wer hiezu Anstalten trifft" ("... celui qui prend des mesures à ces fins"; " ... quiunque fa preparativi a questi scopi"), mithin wer Anstalten zu Handlungen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG trifft. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG erfasst zum einen den Versuch von Handlungen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG und zum andern, darüber hinaus, gewisse qualifizierte Vorbereitungshandlungen dazu als selbständige Straftaten. Die Bestimmung erlaubt die Bestrafung von Vorbereitungshandlungen, welche der Täter zwecks Begehung eines Delikts gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG ausführt, soweit dieses tatbestandsmässig nicht erfüllt ist. Sie zielt nicht darauf ab, jede untergeordnete Hilfeleistung von Dritten, welche die Begehung eines solchen Delikts fördert, als Haupttat zu erfassen (BGE 130 IV 131 E. 2.1, mit Hinweisen).
1.4
1.4.1 Der Beschwerdeführer hätte Anstalten zum Erwerb und zur Einfuhr von Betäubungsmitteln getroffen, wenn er im Sinne der Anklage das Geld A._____ in Amsterdam hätte zukommen lassen, damit dieser mit dem Geld für ihn Betäubungsmittel erwerbe und es in die Schweiz bringen lasse. Dieser Anklagesachverhalt liess sich indessen nicht nachweisen. Die Vorinstanz hält es für möglich, dass der Beschwerdeführer das Geld A._____ zukommen liess, um ihm gegenüber bestehende Schulden zu tilgen.

Die Vorinstanz stellt allerdings fest, der Beschwerdeführer sei davon ausgegangen, A._____ werde das Geld für den Erwerb von Betäubungsmitteln einsetzen. Diese Feststellung ist tatsächlicher Natur und daher für den Kassationshof im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde verbindlich (Art. 277bis BStP).
1.4.2 Nach Auffassung der Vorinstanz hat sich der Beschwerdeführer durch sein Verhalten zum Mittäter an dem - aus seiner Sicht - geplanten Drogenimport gemacht. Mit dieser Erwägung nimmt die Vorinstanz offenbar Bezug auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach Anstalten im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG zu einer Widerhandlung gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG nur trifft, wer eine solche Widerhandlung selber als Täter oder gemeinsam mit andern Personen als Mittäter begehen will (BGE 130 IV 131 E. 2.2 und

2.3).
1.5 Wohl stellte sich der Beschwerdeführer vor, dass A._____ mit dem Geld Betäubungsmittel erwerben würde, und identifizierte er sich mit einem solchen Vorhaben. Dies reicht jedoch zur Begründung von Mittäterschaft nicht aus. Hiefür ist zudem erforderlich, dass A._____ tatsächlich den Plan hatte, mit dem ihm überreichten Geld Betäubungsmittel zu erwerben, und diesbezügliche Anstalten traf. Sollte A._____ das ihm überreichte Geld entsprechend der Darstellung in der Anklageschrift aber "anderweitig" verwendet haben (wollen), hätte er den Tatbestand des Anstalten-Treffens nicht erfüllt und fiele daher auch eine Verurteilung des Beschwerdeführers als Mittäter ausser Betracht.

Der angefochtene Entscheid enthält keine Feststellungen darüber, ob A._____ das ihm überreichte Geld zum Erwerb von Betäubungsmitteln oder aber anderweitig verwendete beziehungsweise verwenden wollte. Daher kann mangels tatsächlicher Feststellungen nicht entschieden werden, ob die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Anstalten-Treffens als Mittäter im Anklagepunkt 2.4 vor Bundesrecht standhält.

Die Sache ist insoweit gemäss Art. 277 BStP zur Ergänzung der tatsächlichen Feststellungen und zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2.
2.1 Dem Beschwerdeführer wird in der Anklageschrift unter Ziff. 4.4 vorgeworfen, er habe sich am 5. Juli 2000 mit einem Unbekannten beim Bahnhof Oerlikon verabredet, wobei der Unbekannte vom Beschwerdeführer - laut Protokoll der Telefonabhörung - vorerst "25" habe übernehmen wollen, um zu schauen, ob "es" gut sei oder nicht, womit gemeint gewesen sei, dass der Unbekannte vom Beschwerdeführer vorerst 25 g Kokain habe übernehmen wollen, um die Qualität zu testen. In der Folge hätten sich der Beschwerdeführer und der Unbekannte an der genannten Örtlichkeit getroffen. Im Nachhinein habe aber nicht mehr festgestellt werden können, um welche genaue Menge Kokain es dabei gegangen oder ob diese Menge vom Beschwerdeführer an den Unbekannten übergeben worden sei.
2.2 Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz lässt sich nicht nachweisen, dass es tatsächlich zum vereinbarten Treffen kam und dass der Beschwerdeführer am fraglichen Tag Betäubungsmittel auf sich trug (angefochtenes Urteil S. 11). Gleichwohl habe der Beschwerdeführer im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG Anstalten getroffen. Sein erwiesenes Verhalten sei über ein theoretisches Abtasten künftiger Absatzmöglichkeiten klar hinausgegangen. Der Beschwerdeführer sei auf das telefonische Angebot des unbekannten, aber konkreten Mannes eingegangen und habe mit ihm ein Treffen beim Bahnhof Oerlikon verabredet. Somit hätte er dem Angebot nur noch zustimmen müssen, damit das Geschäft zustande gekommen wäre (angefochtenes Urteil S. 14).
2.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, bei der erwiesenen Sachlage hätte es nach der allgemeinen Lebenserfahrung für das Zustandekommen eines Drogengeschäfts entgegen der Auffassung der Vorinstanz mehr als einer blossen Zustimmung seinerseits bedurft. Eine Einigung betreffend Drogenart, Drogenmenge und Preis sowie Zeit und Ort der Übergabe sei nicht erstellt. Somit wären für das Zustandekommen des Geschäfts weitere Treffen und Kontakte erforderlich gewesen. Daher sei der Tatbestand des Anstalten-Treffens nicht erfüllt.
2.4 Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG erfasst Vorbereitungshandlungen qualifizierter Art zu den in Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG genannten Taten. Ein Anstalten-Treffen ist nur anzunehmen in Fällen, in denen das Verhalten des Täters nicht ebenso gut einem gesetzmässigen Zweck dienen könnte, sondern dem äusseren Erscheinungsbild nach seine deliktische Bestimmung klar erkennen lässt (BGE 117 IV 309 E. 1d).

Im Telefongespräch vom 5. Juli 2000 vereinbarte der Beschwerdeführer mit dem Unbekannten ein Treffen an einem bestimmten Ort, wobei der Unbekannte "25" (gemeint 25 g Kokain) zu Testzwecken haben wollte. Durch die telefonische Vereinbarung einer Zusammenkunft an einem bestimmten Ort zu diesem Zweck traf der Beschwerdeführer Anstalten zum Verkauf von Betäubungsmitteln. Unerheblich ist, dass das vereinbarte Treffen nicht zustande kam, dass der Beschwerdeführer am fraglichen Tag keine Betäubungsmittel auf sich trug und dass im Falle des Zustandekommens des Treffens weitere Kontakte zwecks Übergabe des Betäubungsmittels zu Testzwecken erforderlich gewesen wären. Der Beschwerdeführer, der unstreitig zuvor schon mehrfach Kokain, das er namentlich von A._____ bezogen hatte, an Unbekannte veräussert hatte (siehe Anklageziffer 1, angefochtenes Urteil S. 6), sah im Zeitpunkt des Telefongesprächs im Unbekannten, mit dem er ein Treffen vereinbarte, einen potentiellen neuen Abnehmer von Kokain.

Die Beschwerde ist daher in diesem Punkt abzuweisen.
3.
3.1 Dem Beschwerdeführer wird in der Anklageschrift unter Ziff. 5 im Wesentlichen vorgeworfen, er habe die Einfuhr von 2,7 kg Kokain durch C._____ aus Ecuador in die Schweiz (Flughafen Zürich-Kloten) am 9. Januar 1999 unterstützt. Er habe sich am Flughafen mit D._____ getroffen, in dessen Auftrag von der Ankunftshalle aus beobachtet, ob C._____ ankomme und am Zoll kontrolliert werde, seine diesbezüglichen Beobachtungen telefonisch dem im Flughafen etwas weiter entfernt weilenden D._____ durchgegeben und diesem schliesslich telefonisch mitgeteilt, dass es schief gegangen sei, dass mithin C._____ kontrolliert und festgenommen worden sei, weshalb die geplante Übernahme des Kokains nicht zustande käme.
3.2 Die Vorinstanz hält fest, der Beschwerdeführer habe gemäss eigener Zugabe gewusst, dass C._____ mit Drogen in die Schweiz einreisen werde. Er sei (von D._____) angefragt worden, ob er helfen könne, zu beobachten, wie C._____ durch die Zollkontrolle kommen werde. Er habe gewusst, dass er damit D._____ beigestanden sei, und selber empfunden, D._____ "geholfen" zu haben. Für diese Tätigkeit habe er denn auch eine Provision erwartet (angefochtenes Urteil S. 12).

Nach Auffassung der Vorinstanz hat sich der Beschwerdeführer durch sein Verhalten der Gehilfenschaft zur Einfuhr von Betäubungsmitteln schuldig gemacht, auch wenn ihm - mangels eines diesbezüglichen Vorhalts in der Anklageschrift - nicht angelastet werden könne, dass er etwas mit der Weiterleitung der Drogen vom Flughafen zum Abnehmer zu tun gehabt hätte. "Allein die Identifizierung mit dem Tatplan, die Anwesenheit am Flughafen, die Beobachtung des Geschehens und dessen Rapportierung an D._____" habe "diesen bei seinem Vorgehen" bestärkt und sei "als psychische Gehilfenschaft bei der Organisation der letzten Phase des Importes zu qualifizieren" (angefochtenes Urteil S. 14/15).
3.3 Der Beschwerdeführer wendet ein, es bestünden keinerlei Hinweise dafür, dass das blosse Beobachten der Kurierin die Drogeneinfuhr auf irgendeine Weise gefördert oder erleichtert habe. Inwiefern seine Anwesenheit die Haupttat (Drogeneinfuhr) gefördert und deren Erfolgschancen erhöht habe, sei nicht ersichtlich und werde denn auch im angefochtenen Urteil nicht dargelegt. Die - misslungene - Drogeneinfuhr hätte sich unabhängig von seiner Anwesenheit am Flughafen genau gleich abgespielt. Seine Verurteilung wegen Gehilfenschaft zur Einfuhr einer qualifizierten Menge von Betäubungsmitteln verstosse daher gegen Bundesrecht.
3.4
3.4.1 Gemäss Art. 25 StGB ist strafbar, wer zu einem Verbrechen oder zu einem Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet. Das Gesetz umschreibt die Voraussetzungen der strafbaren Gehilfenschaft nicht näher. Nach der Rechtsprechung gilt als Hilfeleistung jeder kausale Beitrag, der die Tat fördert, so dass sich diese ohne Mitwirkung des Gehilfen anders abgespielt hätte. Nicht erforderlich ist, dass es ohne die Hilfeleistung nicht zur Tat gekommen wäre. Die Förderung der Tat genügt. Andererseits muss die Hilfeleistung tatsächlich zur Tat beigetragen, also einen kausalen Beitrag dargestellt haben. Der Gehilfe muss die Erfolgschancen der tatbestandserfüllenden Handlung erhöhen (BGE 121 IV 109 E. 3a S. 119; 120 IV 265 E. 2c/aa S. 272; 119 IV 289 E. 2c/aa S. 292; 117 IV 186 E. 3, mit Hinweisen). Strafbare Gehilfenschaft liegt nach den Grundsätzen der limitierten und der tatsächlichen Akzessorietät nur vor, wenn das Verhalten, welches der Gehilfe fördert, tatbestandsmässig und rechtswidrig und zumindest als strafbarer Versuch zu qualifizieren ist (Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl. 1997, N 22 ff. vor Art. 24; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. Aufl. 2005, § 13 N 86 ff.).
Gehilfenschaft ist auch noch zwischen Vollendung und Beendigung der Tat möglich (BGE 122 IV 211 E. 3b/dd; 106 IV 295, 296; Stratenwerth, a.a.O., § 13 N 91).
3.4.2 Die Vorinstanz hat das Verhalten des Beschwerdeführers als psychische Gehilfenschaft bei der Organisation der letzten Phase des Imports gewertet, weil er D._____ bei dessen Vorgehen bestärkt habe (angefochtenes Urteil S. 15). Worin dieses "Vorgehen" von D._____ im Einzelnen bestand und was die Vorinstanz unter der "Organisation der letzten Phase des Importes" versteht, lässt sich dem angefochtenen Urteil allerdings nicht entnehmen. Dennoch erübrigt sich eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz.
3.4.3 Die Einfuhr von Betäubungsmitteln ist vollendet, wenn der Täter in das schweizerische Hoheitsgebiet gelangt ist beziehungsweise am Flughafen den Zoll passiert hat. Die Einfuhr ist in diesem Zeitpunkt aber nicht auch beendet. Nach der Rechtsprechung in Deutschland ist die unerlaubte Einfuhr erst beendet, wenn die Schmuggelware an ihren endgültigen Bestimmungsort gelangt und dort zur Ruhe gekommen, d.h. beispielswei-

se an den Adressaten übergeben worden ist (Harald Hans Körner, Betäubungsmittelgesetz, 5. Aufl. 2001, § 29 N 763, mit Hinweisen). Diese Auffassung wird von einem Teil der schweizerischen Lehre übernommen (siehe Alfred Schütz, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel, Diss. Zürich 1980, S. 113; Thomas Fingerhuth/Christof Tschurr, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, 2002, S. 119). Kann die eingeführte Ware aber nicht an den Bestimmungsort beziehungsweise an den Adressaten zur bestimmungsgemässen Verwendung gelangen, weil sie zuvor, beispielsweise am Zoll, sichergestellt worden ist, so ist die Einfuhr bereits mit der Sicherstellung beendet und kann daher nach diesem Zeitpunkt keine Gehilfenschaft zur Einfuhr mehr begangen werden (Körner, a.a.O., N 763; Urteil des BGH vom 24. Oktober 1989 in NJW 1990 S. 654 f.).

3.4.4 Der Beschwerdeführer hatte von D._____ den Auftrag erhalten, von der Empfangshalle aus die Kurierin zu beobachten und seine Wahrnehmungen telefonisch an D._____ durchzugeben. Dadurch konnte D._____, der sich ebenfalls auf dem Flughafengelände aufhielt, in die Lage gesetzt werden, einerseits den Kontakt mit der Kurierin nach dem Passieren des Zolls in dem ihm günstig erscheinenden Moment aufzunehmen und andererseits im Falle einer Kontrolle und Festnahme der Kurierin am Zoll die ihm geeigneten Massnahmen zu treffen, etwa zu verschwinden. Der Beschwerdeführer konnte denn auch gemäss seinen eigenen Aussagen beobachten, dass die Kurierin am Zoll durchsucht und sowohl ihr Gepäck als auch ihre Jacke weggetragen wurden, was er telefonisch D._____ mitteilte mit der Bemerkung, es scheine schief gegangen zu sein (siehe kant. Akten Ordner 5, act. 15/43 S. 4 sowie Protokoll der Telefonkontrolle vom 9. Januar 1999). Dieses Verhalten des Beschwerdeführers, durch welches D._____ laufend über den Stand der Dinge informiert wurde, ist einem Schmierestehen vergleichbar und als Gehilfenschaft zur Einfuhr zu qualifizieren.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist daher auch in diesem Punkt abzuweisen.

4.

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist somit in Bezug auf die Anklageziffer 2.4 im Verfahren nach Art. 277 BStP gutzuheissen und in Bezug auf die Anklageziffern 4.4 und 5 abzuweisen.

5.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist, soweit nicht gegenstandslos geworden, gutzuheissen, da die finanzielle Bedürftigkeit des Beschwerdeführers ausgewiesen ist und die Nichtigkeitsbeschwerde in Bezug auf die Anklageziffern 4.4 und 5 nicht von vornherein aussichtslos war. Somit werden keine Kosten erhoben und wird dem Vertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Stephan A. Buchli, Zürich, eine Entschädigung von Fr. 3'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird in Bezug auf Anklageziffer 2.4 im Verfahren nach Art. 277 BStP gutgeheissen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 1. Juli 2004 aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird, soweit nicht gegenstandslos geworden, gutgeheissen.

3.

Es werden keine Kosten erhoben.

4.

Dem Vertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Stephan A. Buchli, Zürich, wird eine Entschädigung von Fr. 3'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.

5.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 11. Januar 2006

Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: