Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.718/2001 /kra

Urteil vom 12. November 2002
Kassationshof

Bundesrichter Schubarth, Präsident,
Bundesrichter Schneider, Kolly,
Gerichtsschreiberin Krauskopf.

X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Hans Ulrich Würgler, Obergasse 26, 8402 Winterthur,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 27. September 2001.

Sachverhalt:
A.
X._____ (geb. 1969) war Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Genossenschaft Gärtnerei A._____. Die Gärtnerei stellte aus selbst angebautem und aus zugekauftem Hanf so genannte Duftsäckleinher, die sie an Geschäfte wie die B._____ AG lieferte. X._____s Bruder, Y._____, war Mitglied des Verwaltungsrates der Gärtnerei und mitverantwortlicher Geschäftsführer. Vom 1. Januar 1996 bis August 1997 erzielte die Gärtnerei einen Bruttoumsatz von Fr. 6,5 Mio. 75 % des Bruttoumsatzes wurde mit dem Verkauf von Duftsäcklein und Hanfkissen erzielt. Anlässlich von vier Durchsuchungen beschlagnahmte die Polizei mit Hanf gefüllte Minigrip- und Duftsäcklein, deren THC-Gehalt zwischen 1,5 % und 8,5 % lag.
B.
Das Bezirksgericht Andelfingen sprach die Brüder X._____ und Y._____ am 8. Juli 1999 der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig. Es verurteilte X._____ zu einer Gefängnisstrafe von 24 Monaten, Y._____ zu 27 Monaten Gefängnis und beide zu einer Busse von je Fr. 5'000.–. Es verpflichtete die Gärtnerei sowie den Hanfladen zur Zahlung einer Ersatzforderung an den Staat.
C.
Auf Berufung von X._____ und Y._____, der Gärtnerei, des Hanfladens sowie der Staatsanwaltschaft hin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich am 27. September 2001 die Schuldsprüche in der Hauptsache. Es sprach jedoch die Brüder X._____ und Y._____ von der Anklage des Verstosses gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 BetmG frei. Es setzte die Gefängnisstrafe für jeden der Brüder X._____ und Y._____ auf 18 Monate fest, bewilligte den bedingten Strafvollzug unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren und verurteilte Y._____ zu einer Busse von Fr. 10'000.–, seinen Bruder zu einer Busse von Fr. 5'000.–. Es ordnete schliesslich die Rückweisung an die Vorinstanz an, soweit das Urteil die Einziehung der Vermögenswerte betraf.
D.
Am 23. August 2002 wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich die kantonalen Nichtigkeitsbeschwerden der Brüder X._____ und Y._____ ab.
E.
X._____ und Y._____ führen je eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde. X._____ beantragt die

Aufhebung des Urteils, soweit es ihn betrifft. Er erhebt zusätzlich staatsrechtliche Beschwerde.
Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur damit begründet werden, dass die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze (Art. 269 Abs. 1 BStP). Der Kassationshof ist im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde an den von den kantonalen Behörden festgestellten Sachverhalt gebunden (Art. 277bis Abs. 1 BStP). Daher sind Ausführungen, die der Beschwerdeführer gegen die tatsächlichen Feststellungen des Entscheides vorbringt, unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP).
2.
Der Beschwerdeführer macht geltend, die Bezirksanwaltschaft Winterthur sei für die Verfolgung der angelasteten Tat örtlich nicht zuständig gewesen. Dazu entbehre es jeglicher kantonaler wie bundesrechtlicher Grundlage. Art. 346 ff. StGB sind sowohl im interkantonalen wie im innerkantonalen Verhältnis anwendbar. Es gibt jedoch kein ordentliches eidgenössisches Rechtsmittel gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide, die innerkantonale Kompetenzkonflikte betreffen (BGE 106 IV 93 E. 2 S. 93, 91 IV 51 S. 52 mit Hinweisen). Insofern der Beschwerdeführer die Verletzung kantonaler Bestimmungen rügt, ist die Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig, da sie nur damit begründet werden kann, dass die angefochtene Entscheidung eidgenössisches Recht verletze (Art. 269 Abs. 1 BStP). Auf die Rüge kann nicht eingetreten werden.
3.
Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 BetmG geltend. Aus dem Sachverhalt ergebe sich keine strafbare Tat, die ihm zur Last gelegt werden könne. Sein Tatbeitrag sei nicht abgeklärt worden. Die Vorinstanz habe von seiner Organstellung auf Tatsachen geschlossen, die nicht erwiesen seien. Obwohl die Tatbestände von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1-5 BetmG nur die Form eines Tätigkeitsdelikts nehmen könnten, werde ihm vom Obergericht die Erfüllung dieser Tatbestände durch Unterlassung angelastet. Auch seien die aus dem Obligationenrecht abgeleiteten Folgerungen über die Rolle der Brüder in der Gärtnerei bundesrechtswidrig.
3.1 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 S. 73). 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).
3.2 Die Vorinstanz befasst sich zunächst mit den Aufgaben, die dem Beschwerdeführer und seinem Bruder in ihrer jeweiligen Eigenschaft als Organe und Geschäftsführer laut Obligationenrecht zufielen. Demnach seien die Brüder für die Leitung des genossenschaftlichen Unternehmens verantwortlich gewesen. Das Obergericht hält diesbezüglich verbindlich fest (Art. 277bis Abs. 1 BStP), die Brüder hätten diese Verantwortung auch tatsächlich wahrgenommen. Sie hätten nach den Angaben des Beschwerdeführers für den richtigen Einsatz und die Überwachung der Angestellten gesorgt. Es stehe fest, dass unter der Leitung der Brüder Hanfpflanzen zu Duftsäcklein verarbeitet worden seien. Die Behauptung sei unglaubwürdig, die beiden hätten aufgrund der Grösse des Betriebs (150 Mitarbeiter) keine Kenntnis davon gehabt, dass einige Mitarbeiter deliktisch gehandelt hätten. Wie aus den Buchhaltungsunterlagen und der Fotodokumentation ersichtlich, seien 75-80 % des Gesamtumsatzes mit der Produktion und dem Verkauf von Duftsäcklein erzielt worden. Der Beschwerdeführer und sein Bruder hätten diese Aktivität entscheidend gefördert, indem sie unter anderem die Mitarbeiter dazu veranlasst hätten, die deliktische Tätigkeit vorzunehmen.

In Anbetracht dieser Umstände, insbesondere der Tatsache, dass der Beschwerdeführer selber zugegeben hat,

für den Einsatz und die Überwachung der Angestellten gesorgt zu haben, ist die Annahme der Mittäterschaft nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz ihm keine Begehung durch Unterlassung vorgeworfen. Sie wirft ihm nämlich nicht vor, gegen die Produktion der Duftsäcke nicht eingeschritten zu sein, sondern diese weitgehend organisiert zu haben, also eine aktive Tätigkeit entfaltet zu haben. Ob die Vorinstanz die Bestimmungen des Obligationenrechts zur Genossenschaft richtig ausgelegt hat, kann schliesslich offen bleiben, da die richtige Auslegung dieser Bestimmungen für die Subsumierung des Sachverhalts unter das Betäubungsmittelgesetz ohne Belang ist.
4.
Der Beschwerdeführer beanstandet die Annahme der Vorinstanz, die vier THC- Proben seien repräsentativ für den THC-Gehalt des gesamten vertriebenen Hanfs. Da der THC-Gehalt ungenügend bestimmt sei, sei der objektive Tatbestand von Art. 19 Ziff. 1 BetmG nicht erfüllt.

THC-Proben sind zweifellos das zuverlässigste Beweismittel, um festzustellen, ob Hanfprodukte als Betäubungsmittel zu qualifizieren sind. Insoweit der Beschwerdeführer der Vorinstanz vorwirft, die Ergebnisse dieser Proben auf die gesamte Hanfproduktion auszuweiten, richtet sich seine Rüge gegen die von der Vorinstanz vorgenommene Beweiswürdigung, was im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde nicht zulässig ist (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). Im Übrigen deuten auch andere Elemente darauf hin, dass der vertriebene Hanf als Betäubungsmittel verwendet wurde. Wie die Vorinstanz ausführt, belegen der gleichbleibende Verkaufspreis und der anhaltend gute Absatz der Produktion, dass der ganze Hanf qualitätsmässig gleichwertig war. Der Hanf wurde zu Preisen und in Mengen verkauft, die erheblich über denjenigen ähnlicher Produkte liegen, die keine psychoaktive Wirkung haben. Der Beschwerdeführer machte die Käufer darauf aufmerksam, dass der eingepackte Hanf nicht als Betäubungsmittel verwendet werden durfte, was den Schluss zulässt, dass ein solcher Gebrauch möglich war. Der vertriebene Hanf enthielt ein THC-reiches Pflanzengemisch aus Hanfblättern, Fruchtständen, Hanfblüten und -samen. Schliesslich war sich der Beschwerdeführer bewusst, dass
der Inhalt der Düftsäckleingeraucht werden konnte (E. 5.3). Die Qualifizierung des gesamten vertriebenen Hanfs als Betäubungsmittel verstösst somit nicht gegen Bundesrecht.
5.
Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, weder der subjektive noch der objektive Sachverhalt von Art. 19 Ziff. 1 BetmG seien erfüllt, da nicht erwiesen sei, dass er oder die Genossenschaft den Hanf zur Betäubungsmittelgewinnung in den Verkehr gebracht habe. Auch habe er nicht gewusst, dass seine Abnehmer den Inhalt der Duftsäcklein rauchen würden. Eine Konfrontation mit diesen habe nie stattgefunden. Er habe den THC-Gehalt seines Hanfs anfänglich gar nicht gekannt. Die Vorinstanz leite unzulässigerweise den Eventualvorsatz einzig aus Erfahrungssätzen ab.
5.1 Insoweit der Beschwerdeführer neue Tatsachen vorbringt, kann auf seine Rüge nicht eingetreten werden. Auch ist Tatfrage und kann im Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur Entscheidung gestellt werden, was der Täter wusste, wollte oder in Kauf nahm (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP; BGE 125 IV 242 E. 3c S. 252). Nach der ständigen bundesgerichtlichen 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.
5.2 Gemäss dem Bezirksgerichtsurteil, auf welches das Obergericht verweist, wusste der Beschwerdeführer, dass sich der verkaufte Hanf zum Rauchen eignete, und dass der Inhalt der Duftsäcklein in der Regel geraucht würde. Der Beschwerdeführer wisse zudem als Forstwart und Umweltfachmann, der den Aufbau der Gärtnerei initiiert habe, dass der vertriebene Hanf sich als Betäubungsmittel eigne. Auch die Verpackung deute darauf hin, dass die Duftsäcklein für eine Weiterverwendung gedacht seien, da der Verschluss mit nur einer oder zwei Heftklammern für Duftsäcklein im eigentlichen Sinn denkbar ungeeignet sei. Wären die Duftsäcklein nur wegen ihres Dufts angeboten und verkauft worden, wäre der Preis erheblich übersetzt gewesen und der grosse Umsatz sicher nicht erzielt worden (Bezirksgerichtsurteil S. 20 ff.). Die Proben zeigten, dass der Hanf von einer zum Rauchen güten bis hervorragenden Qualitätšei. Das Obergericht hält fest, dass der Beschwerdeführer sich darüber im Klaren war, dass die von ihm und seinem Bruder vertriebenen Produkte als Betäubungsmittel verwendet werden konnten, was er in Kauf genommen habe (Urteil S. 48). Aufgrund dieser verbindlichen tatsächlichen Feststellungen (Art. 277bis Abs. 1 BStP) hat die Vorinstanz zu

Recht Eventualvorsatz angenommen.
6.
Der Beschwerdeführer bestreitet, gewerbsmässig gehandelt zu haben. Der Umsatz sei der Genossenschaft und nicht ihm zugefallen. Sein Lohn von Fr. 5'000.– müsse als bescheiden eingestuft werden.
6.1 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 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. 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 von Fr. 110'000.– als gross (BGE 117 IV 63 E. 2b S. 65) und einen Gewinn von Fr. 21'500.– als erheblich bezeichnet (BGE 124 IV 286 E. 4b S. 295).
6.2 Die Vorinstanz geht davon aus, dass es keine Rolle spielt, ob der erhebliche Gewinn oder grosse Umsatz direkt im Vermögensstand des Täters oder in demjenigen eines Dritten realisiert wird. Sie hält verbindlich fest, dass der Beschwerdeführer als Geschäftsführer vollzeitlich von der Genossenschaft angestellt war und einen Stundenlohn von Fr. 29.– erzielte. Er habe der Genossenschaft seine ganze Arbeitszeit gewidmet. Der aus dem Verkauf der Duftsäcke stammende Umsatz sei zwar nicht dem Beschwerdeführer angefallen. Derjenige, der aber als Arbeitnehmer in strafbarer Weise für eine juristische Person arbeite, die vor allem illegal Betäubungsmittel verkaufe, handle jedoch selber gewerbsmässig.
6.3 Dass der Beschwerdeführer die deliktische Tätigkeit nach Art eines Berufs ausgeübt hat, ist offensichtlich. Es stellt sich jedoch die Frage, ob ihm ein erheblicher Gewinn oder ein grosser Umsatz zuzurechnen ist. Der grosse Umsatz ist bei der Genossenschaft angefallen. Der Beschwerdeführer selber hat einen Jahreslohn von rund Fr. 60'000.– bezogen (52 Wochen x 40 Stunden x Fr. 29.–). Dieses Gehalt stammt aus dem Bruttoumsatz der Genossenschaft, die direkter Empfänger des aus dem Verkauf von Duftsäcklein und Hanfkissen stammenden Erlöses war. Der grösste Teil (75 %-80 %) des beträchtlichen Umsatzes wurde mit dem Vertrieb von illegalen Betäubungsmitteln erzielt. Der Beschwerdeführer hat entscheidend zur Realisierung des Bruttoumsatzes beigetragen: er war Mitgründer der Genossenschaft und leitete diese mit seinem Bruder. Er ist keinesfalls als kleiner Fischzu bezeichnen. Sein Gehalt floss ihm aus einer von ihm (mit-)geleiteten Gesellschaft zu, deren Tätigkeit überwiegend im illegalen Anbau und Handel von Betäubungsmitteln bestand. Die Annahme der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe gewerbsmässig im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG gehandelt, verletzt somit kein Bundesrecht.
7.
Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, die Annahme des Rechtsirrtums zu Unrecht verneint zu haben. Das Nichteinschreiten der Behörden während fast zwei Jahren - obwohl die Gärtnerei für jeden gut sichtbar war - hätte das Obergericht zur Annahme eines Rechtsirrtums führen sollen.
7.1 Nach Art. 20 StGB kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder von einer Bestrafung Umgang nehmen, wenn der Täter aus zureichenden Gründen angenommen hat, er sei zur Tat berechtigt. Im Verbotsirrtum 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 Verbotsirrtum gilt insbesondere dann 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).
7.2 Die Vorinstanz hält verbindlich fest, dass der Beschwerdeführer sich darüber im Klaren war, dass der vertriebene Hanf als Betäubungsmittel verwendet werden konnte, und dass er dies in Kauf nahm. Wie das Obergericht ebenfalls festhält, gab die strafrechtliche Behandlung von Duftkissen im Tatzeitpunkt zu Diskussionen Anlass. Der Beschwerdeführer musste daher zumindest Zweifel an der Rechtmässigkeit seines Tuns haben. Das Nichteinschreiten der Strafverfolgungsbehörden während der ersten Zeit ist wohl darauf zurückzuführen,

dass der Beweis für den Vertrieb des Hanfs zur Verwendung als Betäubungsmittel - und nicht zum Beispiel für dekorative oder industrielle Zwecke - schwierig zu erbringen ist. Die Haltung der Behörden vermag also kein begründetes Vertrauen zu erwecken, auf das sich der Beschwerdeführer berufen könnte. Im Übrigen hätte eine einfache Nachfrage bei den Behörden jeden Zweifel ausschliessen und den angeblichen Irrtum verhindern können (vgl. dazu auch Urteil 6S.46/2002 vom 24. Mai 2002, E. 4b, SJ 2002 I S. 441). Die Vorinstanz hat somit die Annahme eines Verbotsirrtums zu Recht verneint.

8.

Schliesslich verlangt der Beschwerdeführer die Anwendung des revidierten, angeblich milderen Betäubungsmittelgesetzes. Da die Revision zur Zeit vom Parlament beraten wird und noch nicht verabschiedet worden ist, stellt sich die Frage nach der Anwendung des intertemporalen Rechts nicht.

9.

Der Beschwerdeführer unterliegt und wird daher kostenpflichtig (Art. 278 Abs. 1 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die 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 Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, sowie der Schweizerischen Bundesanwaltschaft schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. November 2002

Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: