Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.75/2002 /pai

Urteil vom 15. April 2003
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Wiprächtiger, Kolly,
Gerichtsschreiberin Giovannone.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Beat Wachter, Obergasse 34, 8400 Winterthur,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz; Zurechnungsfähigkeit; Strafzumessung,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 16. November 2001.

Sachverhalt:
A.
Am 20. Dezember 2000 fand das Bezirksgericht Winterthur X._____ schuldig
- der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 und 2 lit. a BetmG, sowie
- der Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG i.V.m. Art. 19 Ziff. 1 BetmG.
Das Bezirksgericht bestrafte X._____ mit zwei Jahren Zuchthaus.
B.
Auf Berufung von X._____ präzisierte das Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, am 16. November 2001 den Schuldspruch des Bezirksgerichtes, indem es ihn der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 i.V.m. Ziff. 2 lit. a BetmG sowie der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG i.V.m. Art. 19 Ziff. 1 BetmG schuldig fand.

Das Obergericht bestätigte die Strafe des Bezirksgerichts (zwei Jahre Zuchthaus).
C.
Gegen dieses Urteil reichte X._____ kantonale wie auch eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ein. Mit der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde beantragt er Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung zu neuem Entscheid.
D.
Am 7. Dezember 2002 wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde von X._____ ab (act. 7).
E.
In ihrer Vernehmlassung beantragt die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich dem Bundesgericht sinngemäss Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (act. 12). In seiner Stellungnahme zu dieser Vernehmlassung hält der

Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz wende Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG unrichtig an, indem sie ihn wegen Vermittlung bzw. Abgabe von Kokain schuldig spreche. Nicht angefochten sind die übrigen Punkte des Schuldspruchs, insbesondere jener des Kaufs, der Aufbewahrung und des Besitzes von ca. 600 bis ca. 900 Gramm Kokain (angefochtenes Urteil S. 3/4 und 26 und 33) sowie jener der mehrfachen Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG i.V.m. Art. 19 Ziff. 1 BetmG.
1.1 Gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft, wer vorsätzlich Betäubungsmittel unbefugt anbietet, verteilt, verkauft, vermittelt, verschafft, verordnet, in Verkehr bringt oder abgibt.
1.2 Vorliegend stehen folgende zwei Sachverhalte zur Beurteilung:
1.2.1 Zum einen hat A._____ dem Beschwerdeführer in der Zeit von Sommer 1997 (Juli/August) bis Ende März 1998 drei- oder viermal je Fr. 100.– übergeben mit dem Auftrag, mit diesem Geld für ihn und für sich Kokain zu kaufen. A._____ hat den Beschwerdeführer jeweils nach Zürich chauffiert, wo dieser insgesamt drei- oder viermal je 1 Gramm Kokain gekauft hat. Nach gemeinsamem und gleichzeitigem Konsum der Hälfte des gekauften Kokains in der Wohnung des Beschwerdeführers hat A._____ jeweils die restlichen 0,5 Gramm Kokain, insgesamt 1,5 Gramm bis ca. 2 Gramm Kokain, nach Hause genommen (Sachverhalt gemäss Anklageziffer I.1, angefochtenes Urteil E. III.3b).
1.2.2 Zum andern hat der Beschwerdeführer im gleichen Zeitraum mit eigenem sowie teilweise mit Geld des Bruders von A._____ Kokain gekauft, welches er zum Teil wöchentlich ungefähr zweimal zusammen mit A._____ in seiner Wohnung konsumierte. Nach solchen Besuchen hat A._____ jeweils ca. 0,25 Gramm Kokain mit nach Hause genommen, insgesamt ca. 15 Gramm Kokain. Der in Drogenfragen erfahrene Beschwerdeführer ist zwar teilweise von A._____ nach Zürich chauffiert worden, hat den Stoff aber immer allein eingekauft. Dies hat er nicht nur ein- oder zweimal getan, sondern regelmässig (Sachverhalt gemäss Anklageziffer 1.2, angefochtenes Urteil E. III.3c).
1.2.3 Die Vorinstanz hält zudem fest, von einem gemeinsamen und gleichmässig alimentierten Drogentopf könne keine Rede sein (Urteil, E. III.3a). Mit seiner erneut vorgebrachten diesbezüglichen Behauptung ist der Beschwerdeführer nicht zu hören (Art. 273 Ziff. 1 lit. b BStP).
1.3 Hinsichtlich des Kokains, welches A._____ jeweils nach dem gemeinsamen Konsum nach Hause nahm, geht die Vorinstanz zu Recht von einer Vermittlertätigkeit des Beschwerdeführers aus. Die Vermittlertätigkeit zeichnet sich dadurch aus, dass der Täter den Kontakt zwischen Dealer und Kaufinteressenten herstellt (BGE 118 IV 200 E. 2.). Dabei genügt es auch, wenn der Täter diesen Kontakt teilweise für einen Dritten knüpft (BGE 118 IV 403 E. 2a S. 404). Der Beschwerdeführer war als Vermittler tätig, indem er für A._____ bei einem diesem nicht bekannten Dritten Kokain kaufte. Es kann diesbezüglich auch auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urteil E. III.3b und c).

Der verbindlich festgestellte Sachverhalt enthält entgegen der Darstellung in der Beschwerde (S. 4) keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer jeweils das ganze Kokain zum gemeinsamen Konsum kaufte und dass dem Kokain, welches A._____ nach Hause nahm, nur eine untergeordnete Rolle zukam. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers können der Eigen- und der Drittkonsum durchaus sachgerecht abgegrenzt werden. Der Beschwerdeführer wird demnach nicht dafür bestraft, dass A._____ nicht den ganzen Stoff mit ihm zusammen konsumiert, sondern weil er diesem das neben dem Konsum verbleibende Kokain vermittelt und abgegeben hat.
1.4 Überdies spricht die Vorinstanz den Beschwerdeführer der Abgabe von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG schuldig, und zwar insoweit, als das Kokain, welches A._____ konsumierte bzw. nach Hause nahm, mit dem Geld des Beschwerdeführers oder jenem des Bruders von A._____ gekauft wurde (Urteil E. III.3c). Gegen diesen Schuldspruch erhebt der Beschwerdeführer zu Recht keine Einwendungen.
2.
Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz sodann eine Verletzung von Art. 13 StGB vor, da sie seinen Antrag um Einholung eines aktuellen Gutachtens abweist und gestützt auf ein Gutachten aus dem Jahr 1992 von einer

in mittlerem Grad verminderten Zurechnungsfähigkeit ausgeht.
Im Einzelnen macht der Beschwerdeführer geltend, angesichts seiner Drogensucht seien Zweifel an seiner Zurechnungsfähigkeit gegeben. Zu beachten sei in diesem Zusammenhang, dass die Vorinstanz ihn entgegen seiner Bestreitung auch wegen des Erwerbes von 600 bis 900 Gramm Kokain verurteilt habe. Nachdem in der Untersuchung keine Beweise für irgendwelche Abnehmer dieser Drogenmengen gefunden worden seien, müsste er - wenn er die genannten Mengen tatsächlich erworben haben sollte - einen sehr grossen Eigenkonsum getätigt haben. Das von der Vorinstanz beigezogene Gutachten sei fast zehnjährig. Eine gültige Aussage lasse sich aus einem so alten Gutachten nicht mehr herauslesen. Nicht nur sei seine seitherige persönliche Entwicklung nicht berücksichtigt, auch die weitere Suchtentwicklung sei ausgespart. Zu beachten sei in diesem Zusammenhang die Aussage von A._____, er sei völlig kokainsüchtig. Aus dem früheren Gutachten zeige sich, dass neben der Drogensucht auch ein erhebliches Alkoholproblem bestanden habe. Die Vorinstanz habe auf Grund der eingereichten Arztberichte um seine Leberschäden gewusst. Angesichts des Ausmasses dieser Schädigungen und des lebensgefährlichen Zustandes, in welchem er sich rund vor einem Jahr befunden habe, sei zu schliessen, dass ein die Zurechnungsfähigkeit stark mindernder Zustand auch aus Gründen des Alkoholkonsums schon im Zeitpunkt der hier zur Diskussion stehenden Straftaten vorgelegen habe. Geklärt werden müsste auch, inwieweit die Leberschädigungen sich schon im Zeitpunkt der vorgeworfenen Drogendelikte bemerkbar gemacht und allenfalls sein Verhalten beeinflusst hätten. Wenn die Vorinstanz unter diesen Voraussetzungen auf ein fast zehnjähriges Gutachten abstelle und damit seine Situation im massgeblichen Zeitpunkt ausser Acht lasse, verstosse sie gegen Art. 13 StGB (Beschwerde S. 6).
2.1 Gemäss Art. 13 Abs. 1 StGB ordnet die Behörde eine Untersuchung des Beschuldigten an, wenn sie Zweifel an dessen Zurechnungsfähigkeit hat, oder wenn zum Entscheid über die Anordnung einer sichernden Massnahme Erhebungen über dessen körperlichen oder geistigen Zustand nötig sind. Wenn ernsthafter Anlass zu Zweifeln an der Zurechnungsfähigkeit besteht, muss die Untersuchungsbehörde oder das Gericht den Beschuldigten auf seine Zurechnungsfähigkeit hin untersuchen lassen. Art. 13 StGB verlangt die Anordnung eines Gutachtens nicht nur, wenn sie tatsächlich Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit haben, sondern auch, wenn sie solche nach den Umständen des Falles haben müssten (BGE 119 IV 120 E. 2a; weitere Hinweise bei Felix Bommer, Basler Kommentar, StGB I, 2003, Art. 13 N 7). Art. 13 StGB ist ferner anwendbar für die Beantwortung der Frage, wann ein neues Gutachten einzuholen ist, wenn der Beschuldigte bereits einmal - in einem früheren Strafverfahren - begutachtet wurde und seither längere Zeit verstrichen ist (BGE 116 IV 273 E. 4a mit Hinweis unter anderem auf BGE 88 IV 49 S. 51). Gemäss neuerer Rechtsprechung ist dabei nicht an das formale Kriterium eines bestimmten Alters des in Frage stehenden Gutachtens anzuknüpfen. Der Verzicht
auf die Einholung eines aktuellen Gutachtens zur Frage der Zurechnungsfähigkeit ist zulässig, wenn Gewähr dafür besteht, dass sich Geisteszustand und Persönlichkeitsstruktur des Beschuldigten seit dem letzten Gutachten nicht entscheidwesentlich verändert haben und sich das frühere Gutachten somit (noch) auf die aktuellen Verhältnisse stützt (BGE 128 IV 241 E. 3.4 S. 247; Felix Bommer, a.a.O., Art. 13 N 14 mit Hinweis auf BGE 106 IV 236 [drei Jahre]; 88 IV 49 [acht Jahre]). Dabei muss auch von Bedeutung sein, ob es sich um gleiche oder gleichartige Delikte handelt oder um ganz andere als diejenigen, die Anlass zur ersten Begutachtung gegeben haben (BGE 88 IV 49, S. 52).
2.2 Es ist tatsächlich fraglich, ob auf ein fast zehnjähriges Gutachten abgestellt werden darf. Allerdings erfolgte die psychiatrische Begutachtung im Jahr 1992, aus welcher sich eine in mittlerem Grade verminderte Zurechnungsfähigkeit ergab, ebenfalls im Rahmen eines Strafverfahrens im Betäubungsmittelsektor. Dieses endete am 30. August 1995 mit der Verurteilung des Beschwerdeführers wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz begangen in den Jahren 1988 bis 1992 (Urkunden 15/2). Die Vorinstanz hebt hervor, dass der Gutachter beim Beschwerdeführer schon im Jahr 1992 nicht nur einen Kokainmissbrauch sondern auch eine beginnende Alkoholabhängigkeit und allgemein eine infantile Persönlichkeit diagnostizierte (Urteil E. IV.6). Wie die Staatsanwaltschaft zutreffend ausführt, ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht dargetan, dass sich in der Zwischenzeit die diagnostizierte Persönlichkeitsstörung verändert hätte (Vernehmlassung S. 2 f.). Der Staatsanwaltschaft ist ebenfalls beizupflichten, wenn sie darauf hinweist, dass der Beschwerdeführer gemäss eigenen Aussagen im Tatzeitpunkt nicht mehr täglich Kokain konsumiert hat, sondern wöchentlich bloss noch ein Gramm (Vernehmlassung S. 3 act. 4 S. 2
ff; act. 5 S. 4). Zutreffend ist zwar, dass die Vorinstanz ihn auch wegen des Erwerbs von 600 bis 900 Gramm Kokain schuldig spricht. Aus der Tatsache, dass in der Untersuchung keine Beweise für irgendwelche Abnehmer dieser Drogenmenge gefunden wurden, kann der Beschwerdeführer indessen nicht ableiten, er habe diese

Mengen selber konsumiert. Ferner steht der Aussage des Zeugen A._____, der Beschwerdeführer sei völlig kokainsüchtig (act. 3/5 S. 13) die weitere Aussage desselben Zeugen entgegen, der Beschwerdeführer habe gemäss seinen eigenen Angaben seine Sucht besser im Griff (act. 6 S. 18). Der Staatsanwaltschaft ist zuzustimmen, wenn sie zusammenfassend ausführt, der Kokainkonsum des Beschwerdeführers habe sich im Vergleich zu früher eher reduziert als gesteigert, womit sich dieser zumindest nicht erschwerend auf den Grad der Verminderung der Zurechnungsfähigkeit ausgewirkt haben könne. Dieser Schlussfolgerung hält der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme denn auch nichts entgegen.

Im Übrigen war der Alkoholabusus, von welchem das Gutachten vom 3. November 1992 ausging, schon damals sehr schwer (act. 15/20 S. 7, nämlich über Jahre hinweg 20-30 Gin Tonic pro Tag). Der Beschwerdeführer hat weder behauptet noch dargelegt, dass sich dieser Konsum in der Zwischenzeit verstärkt hätte. Die ärztlichen Berichte vom 15. Juni 2001 bzw. 3. November 2001 lassen lediglich darauf schliessen, dass der Beschwerdeführer gesundheitlich stark angeschlagen ist. Dafür, dass die schweren Leberschäden des Beschwerdeführers, die erst im Jahre 2001 diagnostiziert worden sind (Urk. 36 und 40B), seine Zurechnungsfähigkeit im Zeitpunkt der inkriminierten Handlungen in den Jahren 1997 und 1998 beeinflusst haben, finden sich keine Anhaltspunkte (angefochtenes Urteil E. IV.6).
2.3 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz - ohne Einholung eines neuen Gutachtens - von einer verminderten Zurechnungsfähigkeit in mittlerem Grad ausgehen durfte. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist auch in diesem Punkt abzuweisen.
3.
Schliesslich rügt der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe auf Grund der Arztberichte vom 15. Juni 2001 (act. 36) und vom 3. November 2001 (act. 40B), welche zu einer Verschiebung der Berufungsverhandlung und schliesslich zu einer Dispensation von der Teilnahme an der Berufungsverhandlung geführt hätten, um seinen angeschlagenen Gesundheitszustand gewusst. Diese besondere Strafempfindlichkeit sei strafmindernd zu berücksichtigen. Weil die Vorinstanz dies nicht tue, verletze sie Art. 63 StGB (Beschwerde S. 7).
3.1 Der Begriff des Verschuldens im Sinne von Art. 63 StGB bezieht sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat. Im Rahmen der sog. "Tatkomponente" sind insbesondere folgende Faktoren zu beachten: das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe des Schuldigen. Die "Täterkomponente" umfasst das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren. (BGE 129 IV 6 E. 6.1). Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit gehören - als (strafmindernde) Strafzumessungsfaktoren - ebenfalls zu den Täterkomponenten. Sie fallen jedoch nur in Betracht, wenn Abweichungen vom Grundsatz einer einheitlichen Leidempfindlichkeit geboten sind, wie etwa bei Gehirnverletzten, Schwerkranken, Haftpsychoseleidenden oder Taubstummen (Urteil 6S.703/1995 vom 26. März 1996 E. 2c; Wiprächtiger, Basler Kommentar, StGB I, Art. 63 N 95 und dortige Hinweise).
3.2 Eine schwere Erkrankung, die im Sinne einer Strafempfindlichkeit strafmindernd zu berücksichtigen gewesen wäre, ist vorliegend nicht anzunehmen. Wie die Staatsanwaltschaft zutreffend ausführt, dienten die kurzen, vom Beschwerdeführer eingereichten medizinischen Berichte vom 15. Juni und vom 3. November 2001 in erster Linie dazu, den Beschwerdeführer auf Grund des festgestellten chronischen Leberleidens von der vorinstanzlichen Verhandlung zu dispensieren. Dabei wird ihm insbesondere eine Geistesschwäche und eine dadurch bedingte Beeinträchtigung der Konzentrationsfähigkeit attestiert. Inwiefern der Beschwerdeführer infolge der festgestellten Krankheit besonders strafempfindlich sein sollte, zeigt er nicht auf und ist auch nicht ersichtlich. Der Staatsanwaltschaft ist schliesslich auch insofern zuzustimmen, als sich die Krankheit gemäss dem zweiten medizinischen Bericht bereits stabilisiert hat (Vernehmlassung Ziff. 3 S. 4). Dem hält der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme denn auch nichts entgegen.
3.3 Bei dieser Sachlage verstösst die Vorinstanz nicht gegen Bundesrecht, wenn sie die Erkrankung des Beschwerdeführers nicht strafmindernd berücksichtigt. Der Nichtigkeitsbeschwerde ist somit auch in diesem Punkt kein Erfolg beschieden.
4.
Demzufolge ist die Nichtigkeitsbeschwerde vollumfänglich abzuweisen. Entsprechend diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Kosten vor Bundesgericht zu tragen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
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, II. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 15. April 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: