Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.227/2002 /kra

Urteil vom 21. März 2003
Kassationshof

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

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Sonja Gabi, Albisriederstrasse 361, Postfach, 8047 Zürich,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer, vom 13. März 2002.

Sachverhalt:
A.
Seit August 1997 ist X._____ Inhaber und Geschäftsführer eines in der Stadt Zürich gelegenen Naturprodukteladens. Von Anfang an wurden in diesem Laden neben anderen Produkten auch so genannte Düftsäckemit THC-haltigem Rauschhanf zum Verkauf angeboten. Im ersten Quartal 1998 wurden gesamthaft Waren im Wert von rund Fr. 15'000.– verkauft. Davon stammten Fr. 10'000.– Erlös aus dem Verkauf von THC-haltigem Rauschhanf. Am 1. April 1998 stellte die Polizei anlässlich einer Kontrolle eine Hanfprobe sicher. Der THC-Wert lag bei 1,5 %. Am 9. Dezember 1998 wurden anlässlich einer neuen Kontrolle Hanfprodukte sichergestellt, deren THC-Gehalt zwischen 5,5 und 6 % lag.
B.
Das Bezirksgericht Zürich verurteilte X._____ am 2. Oktober 2001 wegen mehrfacher Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 6 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren.
C.
Auf Berufung von X._____ und der Staatsanwaltschaft hin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich am 13. März 2002 das erstinstanzliche Urteil.
D.
X._____ erhebt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil sei aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Er stellt zudem das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.
E.
Das Kassationsgericht des Kantons Zürich wies die von X._____ erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde am 13. Februar 2003 ab.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der Beschwerdeführer führt aus, er - wie auch ein grösser werdender Teil der Schweizer Bevölkerung - sei der Auffassung, dass Cannabis völlig zu Unrecht unter das Betäubungsmittelgesetz (BetmG) falle. Obwohl dies rechtlich der Fall sei, könne der Richter contra verba legis entscheiden. Cannabis sei nicht abhängigkeitserzeugend. Es bestehe keine gesundheitspolitische Rechtfertigung, es zu verbieten. Er habe zudem seine Cannabisprodukte niemals zum Betäubungsmittelkonsum verkauft, sondern nur an Leute, die wegen Schlafstörungen, Asthmaproblemen oder Atemwegbeschwerden Cannabis gesucht hätten. Ausserdem habe in jener Zeitperiode, in welche seine Widerhandlungen gegen das BetmG fallen, die bundesgerichtliche Rechtsprechung betreffend automatische Subsumtion solcher Produkte unter Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG bei Überschreitung des THC-Grenzwertes von 0,3 % noch nicht bestanden. Schliesslich habe er sich in einem Rechtsirrtum i.S.v. Art. 20 StGB befunden, zumal die Behörden und die Justiz des Kantons Zürich während rund zweier Jahre nicht einmal gegen den offenen Verkauf von Rauschhanf eingeschritten seien. Er habe daher einen zureichenden Grund gehabt anzunehmen, er tue nichts Unrechtes. Es stelle sich sogar die Frage, ob ein
behördliches Einschreiten nach einer derart langen Zeit des Duldens nicht gegen den verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben verstosse (Art. 9 BV).
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 entschieden. 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 des Umgangs mit Cannabis-Produkten im Gange sind (vgl. BBl 2001 S. 3715-3826; Amtl. Bull. SR 2001, S. 971-998). 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 grundsätzlich nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit hin
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; vgl. aber etwa zu den Schranken des Massgeblichkeitsgebots Yvo Hangartner, Zu Art. 191 BV, in Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich 2002, N. 30 ff.). Eine geforderte öbjektiv-zeitgemässe-teleologische Auslegung contra verba legis (Beschwerde S. 5), die im Strafrecht aus rechtsstaatlichen Gründen ohnehin problematisch wäre (vgl. Peter Popp, Zu Art. 1 StGB, in Marcel A. Niggli/ Hans Wiprächtiger Hrsg., Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, Basler Kommentar, Basel/ Genf/ München 2003, N. 29) kommt daher nicht in Betracht.

Die erwähnte Rechtsprechung datiert zwar aus dem Jahre 2000, aber sie bezieht sich auf die Auslegung und Konkretisierung von Strafnormen, die seit dem 1. August 1975 in Kraft sind. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers stellen sich daher keine Rückwirkungsprobleme, und die Vorinstanz hat zu Recht den objektiven Tatbestand von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG bejaht.
3.
Nach einem Teil der Lehre ist der Handel mit Hanfkraut nur nach Art. 19 Ziff. 1 BetmG strafbar, wenn die bestimmte Absicht zur Gewinnung von Betäubungsmitteln vorliege. Die Straftatbestände von Art. 19 Ziff. 1 BetmG seien erst erfüllt, wenn ein qualifizierter Vorsatz im Sinne des Handlungsziels Gewinnung von Betäubungsmitteln vorliege; nur unter dieser Voraussetzung sei auch der Handel mit Cannabis nach Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG unzulässig (Peter Albrecht, Der Verkauf von sog. Duftkissen eine strafbare Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz?, SJZ 95/1999 S. 497, derselbe, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäbungsmittelstrafrecht, Bern 1995, Art. 19 BetmG, N. 93). Albrecht befürchtet eine Überdehnung des Anwendungsbereichs von Art. 19 Ziff. 1 BetmG vor allem bei den Teilnahmetatbeständen, falls die teilweise sehr weit gefassten Tatbestandsalternativen ohne Einschränkung mit Eventualvorsatz erfüllt werden könnten. Dies gelte insbesondere für die üblichen Geschäfte des täglichen Lebens oder für andere gewöhnliche Alltagshandlungen (Kommentar N. 94 f.).

Diese Bedenken sind ernst zu nehmen. Vorliegend geht es jedoch um Erwerb und Verkauf von Betäubungsmitteln und nicht um irgendwelche üblichen Geschäfte des täglichen Lebens oder sonstige gewöhnliche Alltagshandlungen. Der objektive Tatbestand des Erwerbs und Verkaufs von Betäubungsmitteln ist erfüllt, wenn Hanfprodukte vertrieben werden, deren Gehalt an THC den noch zulässigen Grenzwert überschreitet. In solchen Fällen besteht kein Grund, Eventualvorsatz für die Erfüllung des Tatbestandes nicht genügen zu lassen.

Nach den für das Bundesgericht verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 277bis Abs. 1 BStP) war sich der Beschwerdeführer im Klaren darüber, dass die von ihm vertriebenen Produkte als Betäubungsmittel verwendet werden konnten, sonst hätte er nicht auf seinen Duftsäckchen den Vermerk ärf nicht eingenommen oder geraucht werdenünd einen Hinweis auf das BetmG angebracht. Damit erklärte er indirekt, dass die Duftsäcke mit Rauschhanf gefüllt waren oder gefüllt sein konnten. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, kommt durch das Anbringen des erwähnten Hinweises auch klar zum Ausdruck, dass der Beschwerdeführer sich der Möglichkeit eines Missbrauchs durch seine Käufer bewusst war und einen solchen zumindest in Kauf genommen hat. Die Tatsache, dass rund zwei Drittel des Gesamtumsatzes mit dem Verkauf von Duftkissen erzielt wurde, bietet einen klaren Hinweis darauf, dass die verkauften Produkte oft missbraucht wurden. Der Beschwerdeführer verkaufte Duftsäcke in einer Menge, die eine Verwendung für die geltend gemachten gesundheitsfördernden Zwecke als unglaubwürdig erscheinen lässt. Dies musste dem Beschwerdeführer bewusst sein, doch hat er sich nicht vom Verkauf seiner Produkte abhalten lassen, auch nicht, als
bereits eine erste Strafuntersuchung gegen ihn eröffnet war. Er hat damit die Verwendung der von ihm vertriebenen Produkte als Betäubungsmittel in Kauf genommen und mindestens mit Eventualvorsatz gehandelt (BGE 126 IV 198 E. 2). Ob direkter Vorsatz gegeben wäre, braucht nicht geprüft zu werden (BGE 126 IV 198 E. 2 S. 202). Der Tatbestand von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG ist daher auch subjektiv erfüllt.

4.

Der Beschwerdeführer ist schliesslich der Meinung, dass er sich zur Zeit der Tat in einem Verbotsirrtum befand.

4.1 Gemäss 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. Vermeidbar ist ein Verbotsirrtum regelmässig, wenn der Täter selbst an der Rechtmässigkeit seines Verhaltens zweifelte oder hätte zweifeln müssen (BGE 129 IV 6 E. 4.1). Falls Anlass zu Zweifeln besteht, hat sich der Täter grundsätzlich bei der zuständigen Behörde zuvor näher zu informieren (BGE 129 IV 6 E. 4.1; 121 IV 109 E. 5b S. 126 f.).

4.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe einen zureichenden Grund gehabt anzunehmen, er tue nichts Unrechtes, weil die Behörden und die Justiz des Kantons Zürich während rund zweier Jahre nicht einmal gegen den offenen Verkauf von Rauschhanf eingeschritten seien und selbst nach der polizeilichen Intervention vom 1. April 1998 in anderen Hanfläden auch hochgezüchteter Rauschhanf weiterverkauft wurde. Zudem seien in den Hanfkreisen entsprechende Auskünfte bei Ämtern und Strafverfolgungsbehörden eingeholt worden. Dabei beruft er sich auch auf den verfassungsmässigen Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV).

4.3 Auf Rechtsirrtum im Sinne von Art. 20 StGB kann sich nur berufen, wer zureichende Gründe zur Annahme hat, er tue überhaupt nichts Unrechtes, und nicht schon, wer die Tat bloss für straflos hält (BGE 128 IV 201 E. 2; 104 IV 217 E. 2). Das Bundesgericht hat z.B. zureichende Gründe bejaht bei falscher Rechtsauskunft oder falscher behördlicher Anweisung (BGE 98 IV 279 E. 2a und b), bei früherem gerichtlichem Freispruch wegen eines gleichartigen Verhaltens (BGE 91 IV 165; 99 IV 185 E. 3 a), bei jahrelangem Dulden eines verbotenen Verhaltens (BGE 91 IV 201 E. 4; einschränkend aber 99 IV 185 E. 3 a).

In casu stellt sich die Frage, ob die behauptete passive Haltung der Strafbehörden in ähnlichen Fällen vor und nach der ersten polizeilichen Intervention als zureichender Grund für die Annahme eines Verbotsirrtums gelten kann. Zwar kann gemäss Rechtsprechung und Lehre das konstante Dulden eines verbotenen Verhaltens in gewissen Fällen für die Annahme eines Verbotsirrtums genügen (Urteil 6S.46/2002 vom 24.5.2002, E. 4 b, veröffentlicht in RDAT 2002 II N. 73 S. 268 und in SJ 2002 I S. 444; BGE 91 IV 201 E. 4; José Hurtado Pozo, Droit pénal. Partie générale II, Zürich 2002, N. 572, S. 182; Philippe Graven, L'infraction pénale punissable, 2. Aufl., Bern 1995, N. 144 S. 192). Dabei handelt es sich um eine Konkretisierung des vom Beschwerdeführer erwähnten verfassungsmässigen Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 9 BV). Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz setzt ein Verhalten oder eine Äusserung der Behörde voraus, die gegenüber einer bestimmten

Person eine Vertrauensgrundlage schafft (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 489). Im vorliegenden Fall hat aber der Beschwerdeführer anerkannt, als Mitglied der Hanfszene die Diskussion um die Legalisierung von Hanfprodukten verfolgt zu haben. Wie die Vorinstanz zu
Recht betont, konnte er unter diesen Umständen nicht von der Annahme ausgehen, er tue überhaupt nichts Unrechtes (E. II, 1.2.b, S. 11). Vielmehr hätte er sich bei den zuständigen Behörden direkt informieren müssen und sich nicht mit offiziösen und unpräzisen Informationen aus den Hanfkreisen begnügen dürfen. In diesem Sinne befand er sich in einem vermeidbaren Irrtum (BGE 104 IV 221). Dies gilt allerdings nur bis zum Zeitpunkt der ersten polizeilichen Einvernahme vom 1. April 1998, als er erfahren hatte, dass der Verkauf von solchen Duftkissen strafbar sei. Ab diesem Moment war er durchaus im Bilde über die Rechtslage. Trotzdem hat er nach einer kurzen Unterbrechung Duftkissen mit einem hohen THC-Gehalt weiterhin verkauft. Ab diesem Zeitpunkt kann daher nicht einmal von einem Irrtum gesprochen werden, weil der Beschwerdeführer durch die Informationen der ermittelnden Behörden volles Wissen über die Rechtswidrigkeit seiner Handlung gewonnen hatte.

Aus diesen Gründen sind die Voraussetzungen eines Verbotsirrtums i.S.v. Art. 20 StGB nicht gegeben.
5.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer an sich kostenpflichtig (Art. 278 Abs. 1 BStP). Er hat indessen ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt.

Gemäss Art. 152 Abs. 1 OG gewährt das Bundesgericht einer bedürftigen Partei, deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, auf Antrag Befreiung von der Bezahlung der Gerichtskosten. Nötigenfalls kann ihr gemäss Art. 152 Abs. 2 OG ein Rechtsanwalt beigegeben werden, dessen Honorar im Falle des Unterliegens oder der Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung im Rahmen des in Art. 160 OG vorgesehenen Tarifs vom Bundesgericht festgesetzt und von der Bundesgerichtskasse ausgerichtet wird.

Bedürftig ist ein Gesuchsteller, der die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, wenn er die Mittel angreift, die er zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie benötigt (BGE 125 IV 161 E. 4a und Hinweise).

Die Anträge des Beschwerdeführers waren nicht generell von vornherein aussichtslos. Aus den drei Beilagen zur Beschwerdeschrift ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführer in äusserst engen finanziellen Verhältnissen lebt. Auf eine Kostenauflage kann daher verzichtet werden, und der Vertreterin des Beschwerdeführers ist für das bundesgerichtliche Verfahren aus der Bundesgerichtskasse eine angemessene Entschädigung auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird gutgeheissen.
3.
Es werden keine Kosten erhoben.
4.
Der Vertreterin des Beschwerdeführers, Rechtsanwältin Dr. Sonja Gabi, wird eine Entschädigung von Fr. 3'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.
5.
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, 21. März 2003
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: