Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.113/2004 /pai

Urteil vom 27. September 2004
Kassationshof

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

Parteien
Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, 8039 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

X._____,
Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Vitus Gmür.

Gegenstand
Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (Anstalten-Treffen, Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Strafkammer,
vom 18. Februar 2004.

Sachverhalt:

A.
X._____ wurde im Mai 2002 von zwei Personen, denen er angeblich Fr. 20'000.– schuldete, dazu gedrängt, 200 Kilogramm einer zur Streckung von Betäubungsmitteln geeigneten Substanz, bestehend aus einem Gemisch von Paracetamol und Coffein, abgepackt in Portionen zu ca. 1 Kilogramm, zu übernehmen und zu lagern. In der Folge wurde X._____ von den beiden Auftraggebern unter zwei Malen angewiesen, ca. 25 Kilogramm beziehungsweise ca. 50 Kilogramm des Streckmittels, das er in Birmensdorf lagerte, an sie abzuliefern. X._____ übergab ausserdem in der Zeit von Mai bis August 2002 auf Anweisung der beiden Auftraggeber verschiedenen Personen jeweils nach telefonischer Verabredung je ein Kilogramm Streckmittel zum Preis von Fr. 700.– bis Fr. 900.–, insgesamt ca. 7 Kilogramm, wobei der Kaufpreis teilweise ihm, teilweise den Auftraggebern gezahlt wurde.

Im Zeitpunkt seiner Festnahme im August 2002 führte X._____ ein Kilogramm des Streckmittels mit sich und war die restliche Menge von ca. 117 Kilogramm in Birmensdorf gelagert. X._____ wusste, dass die Substanz zur Streckung von Betäubungsmitteln geeignet war, und er nahm zumindest in Kauf, dass die Personen, denen er das Streckmittel weisungsgemäss übergab, oder allenfalls deren Abnehmer, die Substanz mit Betäubungsmitteln vermischen könnten.

B.
B.a Das Bezirksgericht Zürich sprach X._____ am 2. April 2003 der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 i.V.m. Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG schuldig, begangen dadurch, dass er durch die Übernahme, Lagerung und Abgabe des Streckmittels Anstalten zur Verarbeitung von Betäubungsmitteln in grosser Menge getroffen habe, und es verurteilte ihn zu einer (unbedingt

vollziehbaren) Gefängnisstrafe von 18 Monaten, abzüglich 215 Tage erstandener Untersuchungs- und Sicherheitshaft.
B.b Das Obergericht des Kantons Zürich sprach X._____ am 18. Februar 2004 frei. Es sprach ihm Fr. 3'000.– Schadenersatz und Fr. 15'000.– Genugtuung zu.

C.
Die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich ficht das Urteil des Obergerichts mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde beim Kassationsgericht des Kantons Zürich und mit eidgenössischer Nichtigkeitsbeschwerde beim Bundesgericht an. Mit der Letzteren stellt sie den Antrag, das Urteil sei wegen Verletzung von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 i.V.m. Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sowie wegen Verletzung verschiedener internationaler Abkommen aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Obergericht beantragt die Abweisung der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde.

D.
Im Einvernehmen mit dem Kassationsgericht des Kantons Zürich wird die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde aus prozessökonomischen Gründen ausnahmsweise vor Erledigung der kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde behandelt (siehe Art. 275 Abs. 1 BStP).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Der Beschwerdegegner hat auf Anweisung von zwei Auftraggebern ca. 200 Kilogramm eines - keine Betäubungsmittel enthaltenden - Stoffgemischs aus Paracetamol und Coffein, das, wie er wusste, zur Streckung von Betäubungsmitteln geeignet ist, übernommen und gelagert, und er hat auf Anweisung der Auftraggeber insgesamt ca. 82 Kilogramm dieses Stoffgemischs an verschiedene Personen übergeben. Darin erschöpft sich das inkriminierte Verhalten. Die Vorinstanz hält nicht fest, ob überhaupt und gegebenenfalls in welchem Umfang und von wem das Streckmittel, das der Beschwerdegegner weisungsgemäss an verschiedene Personen lieferte, von diesen oder von deren Abnehmern tatsächlich zur Streckung von Betäubungsmitteln verwendet wurde und ob und gegebenenfalls in welchem Umfang allenfalls dergestalt gestreckte Betäubungsmittel in Verkehr gebracht wurden. Die Vorinstanz wirft dem Beschwerdegegner nicht vor, dass er die Substanz mit dem Ziel übernommen und gelagert habe, sie selber zur Streckung von Betäubungsmitteln zu verwenden. Sie legt ihm auch nicht zur Last, dass er die Substanz mit dem Ziel übernommen, gelagert und an Dritte abgegeben habe, sie im gemeinschaftlichen Zusammenwirken mit diesen Dritten zur Streckung von Betäubungsmitteln zu verwenden.
Gegenstand des Verfahrens ist somit die Übernahme, Lagerung und Abgabe einer zur Streckung von Betäubungsmitteln geeigneten Substanz unter Inkaufnahme, dass diese Substanz, von wem auch immer, zur Streckung von Betäubungsmitteln verwendet werden könnte.

Strittig ist, ob der Beschwerdegegner dadurch im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG "Anstalten" hiezu, d.h. konkreter und im Sinne der Anklage, Anstalten zur Verarbeitung von Betäubungsmitteln gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 2 BetmG getroffen habe.

1.2 Nach der Auffassung der Vorinstanz fällt eine Verurteilung des Beschwerdegegners wegen Anstalten-Treffens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG ausser Betracht, da er die inkriminierten Handlungen nicht in der Absicht vorgenommen habe, als Täter oder gemeinsam mit andern Personen als Mittäter strafbare Handlungen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG auszuführen. Die Vorinstanz stützt sich zur Begründung wesentlich auf eine Meinungsäusserung in der Lehre (Thomas Fingerhuth/Christof Tschurr, Kommentar Betäubungsmittelgesetz, 2002, S. 129 f.). Sie verweist zudem auf BGE 112 IV 68 (recte: 112 IV 106), der allerdings mehrere Interpretationen zulasse. Nach der Ansicht der Vorinstanz wäre vorliegend höchstens Gehilfenschaft in Erwägung zu ziehen. Eine Verurteilung des Beschwerdegegners wegen Gehilfenschaft zu einer strafbaren Handlung im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG falle aber jedenfalls deshalb ausser Betracht, weil in der Anklage keine Haupttat umschrieben werde.

1.3 Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, die Strafbarkeit des Streckmittelhändlers könne nicht davon abhängen, ob dieser sich zusätzlich als Mittäter des Drogenhändlers, dem er das Streckmittel liefern wolle, betätige oder nicht. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach sich der Täter, der Streckmittel erworben habe, um sie als solche einem Betäubungsmittelhändler weiterzuverkaufen, nur strafbar mache, wenn er sich in irgendeiner Weise an Handlungen des Betäubungsmittelhändlers beteilige, sei unhaltbar. Die Ansicht der Vorinstanz stehe auch im Widerspruch zu den Erwägungen in BGE 112 IV 106 E. 3 (Nichtigkeitsbeschwerde S. 4). Aus den Gesetzesmaterialien und aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergebe sich klar, dass die Vorbereitungshandlungen der eigentlichen Straftat gleichgestellt seien. Die Schweiz sei zudem auf Grund verschiedener internationaler Abkommen verpflichtet, vorsätzliche Vorbereitungshandlungen zu bestimmten Straftaten im Betäubungsmittelrecht als eigenständige, mit Strafe bedrohte Widerhandlungen zu qualifizieren (Nichtigkeitsbeschwerde S. 5 f.). Vorbereitungshandlungen zum illegalen Betäubungsmittelhandel seien schlechthin gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG strafbar. Daher bleibe kein Raum für
einen Freispruch des Beschwerdegegners, der im Wissen um den Verwendungszweck Handel mit Unmengen von Streckmitteln treibe (Nichtigkeitsbeschwerde S. 6 f.).

2.
2.1 Gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG wird bestraft, "wer hiezu Anstalten trifft" ("... celui qui prend des mesures à ces fins"; "... chiunque 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 (BGE 121 IV 198 E. 2a; anders noch BGE 117 IV 309 E. 1a) und zum andern, darüber hinaus, gewisse qualifizierte Vorbereitungshandlungen dazu als selbständige Straftaten (BGE 121 IV 198 E. 2a; 117 IV 309 E. 1a; 106 IV 74 E. 3; Peter Albrecht, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht, 1995, Art. 19 BetmG N 115 ff.). Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG 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. Die Bestimmung zielt nicht darauf ab, jede untergeordnete Hilfeleistung von Dritten, welche die Begehung eines solchen Delikts fördert, als Haupttat zu erfassen (BGE 115 IV 59 E. 3). Wer eine Tätigkeit ausführt, die direkt dazu bestimmt ist, Betäubungsmittel zu strecken oder
schon verschnittene Betäubungsmittel weiter zu verdünnen, um sie so in den Handel zu bringen, trifft Anstalten im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG zu einer Handlung gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG (BGE 112 IV 106 E. 3a).
2.2
2.2.1 Einen Versuch im Sinne von Art. 21 ff. StGB kann nur begehen, wer nach seinem Plan die Straftat selber als Täter oder zusammen mit andern Personen als Mittäter verüben will. Einen Versuch zur Straftat eines andern gibt es nicht. Ein Verhalten, welches zur Straftat eines andern beiträgt, ist nicht ein Versuch dieser Tat, sondern kann nur als Teilnahme an der Tat insbesondere in der Form der Gehilfenschaft strafrechtlich erfasst werden.
2.2.2 Entsprechendes gilt für Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG, der den Versuch von strafbaren Handlungen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG sowie gewisse qualifizierte Vorbereitungshandlungen dazu als selbständige Straftaten erfasst. Im Sinne dieser Bestimmung Anstalten treffen kann nur, wer nach seinem Plan eine Straftat gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG selber als Täter oder zusammen mit andern Personen als Mittäter verüben will (Bernard Corboz, Les infractions en droit suisse, vol. II, 2002, art. 19 LStup n. 47; vgl. auch BGE 115 IV 59 E. 3). Wer diesen Plan nicht hegt, trifft keine Anstalten zu einer Tat, da er diese weder versucht noch vorbereitet. Er ist allenfalls Gehilfe des andern, zu dessen Tat im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG er durch sein Verhalten beiträgt. Soweit sich aus BGE 112 IV 106 etwas anderes ergeben sollte, kann daran nicht festgehalten werden (siehe auch Thomas Fingerhuth/Christof Tschurr, a.a.O., S. 129 f.; Peter Albrecht, a.a.O., Art. 19 BetmG N 124 S. 72/73).

Die vom Bundesgericht als Anstalten-Treffen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG beurteilten Sachverhalte betreffen denn auch ganz überwiegend Fälle, in denen der Beschuldigte Vorbereitungshandlungen im Hinblick darauf vornahm, selber als Täter oder gemeinsam mit andern Personen als Mittäter eine Handlung im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG auszuführen, etwa Betäubungsmittel zu erwerben, zu verkaufen oder zu transportieren (siehe die Übersichten in BGE 117 IV 309 E. 1b sowie bei Peter Albrecht, a.a.O., Art.

19 BetmG N 124).

Dieses Verständnis der Vorbereitungshandlung liegt übrigens auch Art. 260bis StGB (”Strafbare Vorbereitungshandlungen”) zu Grunde, wonach bestraft wird, ”wer ... Vorkehrungen trifft, deren Art und Umfang zeigen, dass er sich anschickt, eine der folgenden strafbaren Handlungen auszuführen...”.

2.3 Der Beschwerdegegner hat Substanzen, die zur Streckung von Betäubungsmitteln geeignet sind, weisungsgemäss übernommen, gelagert und an Dritte übergeben. Er hat zumindest in Kauf genommen, dass die Erwerber oder deren Abnehmer mit diesen Substanzen Betäubungsmittel strecken und die gestreckten Betäubungsmittel in Verkehr bringen könnten. Durch dieses Verhalten hat er nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz nicht eo ipso im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG Anstalten zu einer Tat gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG getroffen. Eine Verurteilung des Beschwerdegegners als Täter oder Mittäter gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG käme nur in Betracht, wenn er die inkriminierten Handlungen mit dem Plan vorgenommen hätte, sich an einer Straftat im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG als Mittäter zu beteiligen.

Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Gemäss den Ausführungen im angefochtenen Entscheid (S. 10) wird dem Beschwerdegegner in der Anklage nicht vorgeworfen, er habe die Streckmittel etwa in der Absicht erworben und weitergegeben, um sie zusammen mit den Abnehmern als Mittäter Betäubungsmitteln beizumischen und diese zu verkaufen, oder er sei sonst wie an Handlungen seiner Abnehmer beteiligt gewesen. Ob diese Ausführungen der Vorinstanz zum Gegenstand der Anklage richtig sind, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen, da sie nicht eidgenössisches Recht betreffen.

Ist somit in tatsächlicher Hinsicht davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner nicht den Plan hatte, sich an einer Straftat im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG als Mittäter zu beteiligen, und dass sich sein Verhalten darin erschöpfte, die Streckmittel weisungsgemäss zu übernehmen, zu lagern und weiterzugeben, so scheidet eine Verurteilung wegen Anstalten-Treffens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG als Täter oder Mittäter aus.

2.4 In Betracht käme unter der genannten Voraussetzung allenfalls die Annahme von Gehilfenschaft zu einer strafbaren Handlung im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG durch Lieferung der Streckmittel. Eine Verurteilung des Beschwerdegegners wegen Gehilfenschaft setzt nach dem Grundsatz der Akzessorietät jedoch voraus, dass die Haupttat zumindest versucht worden ist (siehe dazu allgemein Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl. 1997, N 23 vor Art. 24 StGB). Eine solche Haupttat ist aber in der Anklage nicht umschrieben. Gemäss den Ausführungen im angefochtenen Entscheid (S. 13) führt die Anklage einzig die Übergabe der Streckmittel durch den Beschwerdegegner an die ”Auftraggeber” beziehungsweise an ”verschiedene Personen” auf. Was mit den Streckmitteln geschehen ist, wann, wo, durch wen, in welchem Umfang, ja ob sie überhaupt mit Betäubungsmitteln vermischt worden und ob, wann, wo, durch wen und in welchem Umfang gestreckte Betäubungsmittel verkauft worden sind, lässt die Anklage offen. Weil die Anklage somit keine Widerhandlungen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG umschreibt, welche im Anschluss an die inkriminierte Beschaffung und Weitergabe von Streckmitteln durch den Beschwerdegegner an Dritte begangen oder versucht worden sind, fällt gemäss den vorliegend nicht zu überprüfenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid (S. 13) nach dem Anklagegrundsatz eine Verurteilung des Beschwerdegegners wegen Gehilfenschaft zu einer solchen Widerhandlung mangels diesbezüglicher Anklage ausser Betracht. Soweit der Beschwerdegegner im Zeitpunkt seiner Festnahme die Streckmittel laut Anklage noch nicht weitergegeben hatte, läge im Übrigen nach einer zutreffenden Bemerkung im angefochtenen Urteil (S. 13) nur ein Versuch der Gehilfenschaft vor. Versuchte Gehilfenschaft ist aber nicht strafbar (siehe dazu Stefan Trechsel, a.a.O., Art. 25 StGB N 7).

2.5 Allerdings kann man sich fragen, ob der Beschwerdegegner sich durch das inkriminierte Verhalten der Gehilfenschaft zum Anstalten-Treffen zur Verarbeitung von Betäubungsmitteln schuldig gemacht hat. Diese Frage wird weder im angefochtenen Urteil noch in der Nichtigkeitsbeschwerde erörtert. Wie es sich damit verhält, ist indessen nicht zu prüfen. Denn eine Verurteilung des Beschwerdegegners wegen Gehilfenschaft zum Anstalten-Treffen zur Verarbeitung von Betäubungsmitteln fällt mit Rücksicht auf das Anklageprinzip in gleicher Weise

ausser Betracht wie aus den vorstehend (E. 2.4) genannten Gründen eine Verurteilung wegen Gehilfenschaft zum Verarbeiten von Betäubungsmitteln. In der Anklage wird nicht dargestellt, zu welchem Zweck die beiden Auftraggeber des Beschwerdegegners beziehungsweise die mehreren Personen, die der Beschwerdegegner weisungsgemäss mit insgesamt 7 kg Streckmitteln belieferte, das Streckmittel verwenden wollten, ob sie damit selber Betäubungsmittel verarbeiten oder aber die Streckmittel als solche weiterveräussern wollten. Da die Anklage keine Haupttat des Anstalten-Treffens zur Verarbeitung von Betäubungsmitteln umschreibt, angeblich begangen durch die beiden Auftraggeber des Beschwerdegegners beziehungsweise
durch die von ihm weisungsgemäss belieferten Personen, scheidet eine Verurteilung des Beschwerdegegners wegen Gehilfenschaft zum Anstalten-Treffen aus prozessrechtlichen Gründen aus.

2.6 Was die Beschwerdeführerin dazu vorbringt, geht zum einen an der Sache vorbei und ist zum andern unbegründet.
2.6.1 Die Vorinstanz hat nicht erkannt, dass die vorsätzliche Lieferung von Streckmitteln nur "strafbar" sei, wenn der Lieferant sich zusätzlich als Mittäter des Drogenhändlers beteilige. Die Vorinstanz hat vielmehr erkannt, eine Handlung - hier: die Übernahme, Lagerung und Abgabe eines Streckmittels - sei nur ein Anstalten-Treffen im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG, wenn der Handelnde die Absicht habe, als Täter oder Mittäter eine strafbare Handlung im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG zu begehen. Nur unter dieser Voraussetzung liege eine Vorbereitungshandlung vor. Die Vorinstanz hat auch nicht entschieden, bei Fehlen der genannten Voraussetzung falle eine Bestrafung ausser Betracht. Sie hat vielmehr erwogen, dass eine Verurteilung wegen Gehilfenschaft möglich sei, diese vorliegend aber mangels Umschreibung einer Haupttat in der Anklage ausser Betracht falle.
2.6.2 Aus den in der Nichtigkeitsbeschwerde zitierten internationalen Abkommen betreffend die Betäubungsmittel, die auch für die Schweiz gelten, ergibt sich bloss, dass Vorbereitungshandlungen zu bestimmten Straftaten ihrerseits als selbständige Widerhandlungen ausgestaltet werden müssen (siehe Art. 2 lit. d des Abkommens vom 26. Juni 1936 zur Unterdrückung des unerlaubten Verkehrs mit Betäubungsmitteln [SR 0.812.121.6]; Art. 36 Ziff. 2 lit. a ii des Einheits-Übereinkommens von 1961 über die Betäubungsmittel [SR 0.812.121.0]; Art. 22 Ziff. 2 lit. a ii des Übereinkommens über psychotrope Stoffe vom 21. Februar 1971 [SR 0.812.121.02]). Aus den Abkommen ergibt sich aber nicht, ob und unter welchen Voraussetzungen derjenige, welcher vorsätzlich nicht seine eigene Straftat, die er nach seinem Plan als Täter oder als Mittäter verüben will, sondern quasi die Straftat eines andern vorbereitet, eine Vorbereitungshandlung im Sinne der Abkommen begeht. Die Auffassung, dass eine Vorbereitungshandlung im Sinne der Abkommen nur begeht und Anstalten im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG nur trifft, wer damit eine Tat vorbereitet, die er nach seinem Plan selber als Täter oder als Mittäter ausführen will, widerspricht weder dem Wortlaut noch
dem Sinn und Zweck von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG sowie der in den Abkommen enthaltenen Regelungen betreffend die Strafbarkeit von Vorbereitungshandlungen.

3.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden keine Kosten erhoben. Dem Beschwerdegegner ist keine Entschädigung auszurichten, da ihm im bundesgerichtlichen Verfahren keine Umtriebe entstanden sind.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Es werden keine Kosten erhoben.

3.
Es wird keine Entschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 27. September 2004
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: