Urteilskopf

122 IV 360

55. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 29. November 1996 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG; Art. 21 ff. StGB; Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz, mengenmässig schwerer Fall, Versuch.

Die Verurteilung wegen eines mengenmässig schweren Falles ist geknüpft an eine objektive und an eine subjektive Voraussetzung. Die subjektive allein genügt nicht, auch nicht für den Versuch des qualifizierten Falles (E. 2; Bestätigung der Rechtsprechung).

Regeste (fr):
Art. 19 ch. 2 let. a LStup; art. 21 ss CP; infraction à la LStup, cas grave en raison de la quantité de drogue en cause, tentative.

La condamnation pour une infraction grave en raison de la quantité de drogue en cause est subordonnée à une condition objective et une condition subjective. La condition subjective ne suffit pas, même pour admettre une tentative (consid. 2; confirmation de la jurisprudence).

Regesto (it):
Art. 19 n. 2 lett. a LStup; art. 21 segg. CP; infrazione alla legge federale sugli stupefacenti, caso grave in considerazione della quantità di droga in gioco, tentativo.

La condanna per un'infrazione grave in considerazione della quantità di droga in gioco è subordinata a una condizione oggettiva e una condizione soggettiva. La sola condizione soggettiva non è sufficiente neppure per ammettere un tentativo (consid. 2; conferma di giurisprudenza).

Sachverhalt ab Seite 360

BGE 122 IV 360 S. 360

A.- A. war am 30. November 1992 im Besitz von 49,1 Gramm Kokain. Am 19. April 1994 sprach ihn das Obergericht des Kantons Zürich zweitinstanzlich schuldig des untauglich versuchten Verbrechens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG und in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 StGB. Es verurteilte ihn zu 15 Monaten Gefängnis, bedingt bei einer Probezeit von 3 Jahren.

BGE 122 IV 360 S. 361

In Gutheissung einer von A. eingereichten kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde hob das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 3. Oktober 1994 das Urteil des Obergerichts auf und wies die Sache an dieses zurück. Am 7.

Juli 1995 erklärte das Obergericht A. erneut des untauglich versuchten Verbrechens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG und in Verbindung mit Art. 23 Abs. 1 StGB schuldig. Es sprach die gleiche Strafe aus wie in seinem ersten Urteil, setzte aber die Probezeit auf 2 Jahre fest. Eine von A. dagegen erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde wies das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 19. Juni 1996 ab, soweit es darauf eintrat.

B.- A. führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichts vom 7. Juli 1995 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Obergericht und die Staatsanwaltschaft haben auf Gegenbemerkungen verzichtet. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut

Erwägungen

aus folgenden Erwägungen:

1. a) In ihrem ersten Urteil (ZR 1994 Nr. 43) führte die Vorinstanz aus, eine Analyse des sichergestellten Kokains habe ergeben, dass in der Bruttomenge von 49,1 Gramm ein Anteil von 27 Prozent oder 13,3 Gramm reinen Kokains enthalten sei. Die von der Praxis entwickelte Grenze von 18 Gramm reinen Stoffes für die Anwendung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sei damit nicht erreicht. Das Bundesgericht habe erklärt, selbst wenn der Täter gemeint haben sollte, er habe mit reinem Stoff zu tun, würde das seine Strafbarkeit nicht begründen. Die subjektive Vorstellung des Täters könne nach Auffassung des Bundesgerichtes die fehlende objektive Voraussetzung nicht ersetzen; es bestehe insoweit eine Analogie zum Wahndelikt. Die Vorinstanz ist der Ansicht, abweichend vom Bundesgericht sei nicht die Parallele zum Wahndelikt zu ziehen, sondern jene zum untauglichen Versuch. Wenn ein Drogenhändler meine, seinem Käufer eine bestimmte Menge reinen Stoffes zu verkaufen, während er in seinem Sack in Wirklichkeit nur Mehl oder nur stark verschnittenen Stoff habe, handle es sich um einen untauglichen Versuch. Dieses Verhalten sei nicht straffrei, auch wenn es wegen des

fehlenden oder geringeren objektiven Unrechtsgehaltes milder sanktioniert werde. Es sei gerade das Wesen des untauglichen Versuches, dass die subjektive Vorstellung des Täters und die objektive Tatbestandsvoraussetzung auseinanderfielen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes bedeute die Aufhebung von Art. 23 StGB. Sie müsse auf einem Versehen beruhen, und es sei ihr nicht zu folgen. Der Beschwerdeführer habe über seine Vorstellung zum Reinheitsgehalt des Kokains keine Angaben gemacht. Deshalb sei anzunehmen, er sei von einer gassenüblichen Qualität ausgegangen. Der Gehalt von rund einem Viertel reinen Kokains sei tief. Es sei gerichtsnotorisch, dass sich die Bandbreite beim Handel grob zwischen einem und drei Vierteln bewege. Der Beschwerdeführer habe also mindestens eventuell damit gerechnet, dass von den knapp 50 Gramm Stoff mehr als die kritischen 18 Gramm reines Kokain seien. Damit sei der schwere Fall von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG gegeben, wenn auch nur in der Form des untauglichen Versuches nach Art. 23 Abs. 1 StGB. In ihrem zweiten Urteil hält die Vorinstanz an dieser Auffassung fest. Fragen könne man sich nur, ob angesichts der lediglich quantitativen Abweichung der Vorstellung des Täters vom wirklichen Sachverhalt nicht ein untauglicher, sondern sogar ein tauglicher Versuch vorliege. Um letztlich unfruchtbare dogmatische Streitigkeiten zu vermeiden, werde in diesem Punkt von vornherein zugunsten des Beschwerdeführers entschieden (da Art. 23 Abs. 1 StGB eine weitergehende Strafmilderung erlaube als Art. 22 Abs. 1 StGB). b) Der Beschwerdeführer bringt vor, an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei festzuhalten. Es gehe nicht an, mit der von der Vorinstanz gegebenen Begründung die einschneidende Strafrahmenänderung von Art. 19 Ziff. 1 zu Art. 19 Ziff. 2 BetmG vorzunehmen.

2. a) Wer die in Art. 19 Ziff. 1 BetmG umschriebenen Handlungen vorsätzlich begeht, wird mit Gefängnis oder Busse bestraft. In schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter einem Jahr, womit eine Busse bis zu einer Million Franken verbunden werden kann. Ein schwerer Fall liegt nach Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG insbesondere vor, wenn der Täter weiss oder annehmen muss, dass sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Nach der Rechtsprechung ist die Annahme eines schweren Falles gemäss Ziff. 2 lit. a geknüpft an eine objektive und an eine subjektive

Voraussetzung. Die objektive Voraussetzung besteht darin, dass sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Die Kokainmenge, welche diese Gefahr bewirken kann, hat der Kassationshof in BGE 109 IV 143 festgelegt. Er nahm an, 18 Gramm Kokain reichten dafür aus. Diese Gewichtsangabe bezieht sich auf den reinen Drogenwirkstoff. Ist die Grenze von 18 Gramm Kokain nicht erreicht, ist die objektive Voraussetzung der Anwendung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG somit nicht erfüllt. Der Qualifikationsgrund nach Ziff. 2 lit. a scheidet damit aus, und zwar auch dann, wenn der Täter irrtümlicherweise meint, das gehandelte Kokain enthalte mindestens 18 Gramm reinen Stoff. Die subjektive Vorstellung des Täters kann die fehlende objektive Voraussetzung nicht ersetzen. Es besteht insoweit eine Analogie zum Wahndelikt (BGE 119 IV 180 E. 2d, wo Entsprechendes zur 12-Gramm-Grenze bei Heroin gesagt wurde). b) Daran ist festzuhalten.
Gegen die Auffassung der Vorinstanz spricht folgendes:
Zum einen kann man sich fragen, ob es für die allgemeinen Regeln über den Versuch (Art. 21 ff. StGB) im Betäubungsmittelstrafrecht überhaupt noch einen Anwendungsbereich gibt (vgl. BGE 121 IV 198 E. 2a; PETER ALBRECHT, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht, Art. 19 N. 115 und Art. 26 N. 3). Zum andern betreffen diese Regeln die Frage der Strafbarkeit. Sie bestimmen, wann der Versuch strafbar ist, wie er gegebenenfalls zu bestrafen ist und welche Folgen der Rücktritt hat. Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein nach Art. 19 Ziff. 1 BetmG tatbestandsmässiges Verhalten einen schweren Fall im Sinne von Ziff. 2 lit. a darstellt und deshalb mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe zu ahnden ist, geht es demgegenüber nicht um die Strafbarkeit, sondern um Strafzumessung. Ziff. 2 lit. a. ist eine Strafzumessungsregel. Sie nennt Umstände, welche zur Anwendung des höheren Strafrahmens von einem bis zu zwanzig Jahren Freiheitsstrafe führen, nicht Tatbestandsmerkmale (vgl. MARTIN SCHUBARTH, Qualifizierter Tatbestand und Strafzumessung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, BJM 1992, S. 57 ff.). Letztere beschreiben die gesetzlich erfasste Rechtsgutsbeeinträchtigung und bestimmen das strafbare Geschehen als Gegenstand der Strafzumessung. Strafzumessungsregeln dagegen enthalten einen Massstab für die Bewertung dieses Gegenstandes (MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., Heidelberg

1989, S. 37). Im Stadium dieser Bewertung kann die Frage des Versuchs, die sich gegebenenfalls bei der Tatbestandsmässigkeit stellt, nicht mehr aufgeworfen werden. Es ist denn auch widersprüchlich, in Fällen wie hier wegen Versuchs zu bestrafen, obwohl die Tat - Besitz und Aufbewahren von Betäubungsmitteln - vollendet ist. Ziff. 2 lit. a setzt für die Anwendung des höheren Strafrahmens zweierlei voraus: (1) Die Widerhandlung muss sich auf eine Menge von Betäubungsmitteln beziehen, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr

bringen kann; (2) der Täter muss dies wissen oder annehmen. Der Wechsel des Strafrahmens ist somit nach dem klaren Gesetzeswortlaut geknüpft an eine objektive und an eine subjektive Voraussetzung. Die subjektive allein genügt, wie bereits hervorgehoben (E. 2a in fine), nicht.

3. (Kostenfolgen).