

BE_ZIVILSTRAF SK 2009 109 vom 24. September 2009

BE Obergericht, 2009-09-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_zivilstraf_SK_2009_109

FR: BE_ZIVILSTRAF SK 2009 109 du 24 septembre 2009

IT: BE_ZIVILSTRAF SK 2009 109 del 24 settembre 2009

Regeste

Verwertbarkeit von Beiweismitteln (Leitentscheid) | Betrug

Erwägungen

E. 2

wonach vor der Genehmigung keine weiteren Ermittlungen getätigt werden dürfen, verletzt worden sei. Sachgericht ist in appellatorio nunmehr die 1. Strafkammer, die feststellt, dass der Mangel der Vorhalte vor erfolgter Genehmigung dadurch geheilt werden kann, dass die Vorhalte nach erfolgter Genehmigung nochmals gemacht werden. Damit werden auch die früheren Aussagen zu den Vorhalten verwertbar, weil allfällige Divergenzen in den Aussagen nicht die Verwertbarkeit tangieren, sondern eine Frage der Beweiswürdigung sind. Festzustellen ist allerdings, dass A in der Hauptverhandlung letztlich ein einziges TK-Protokoll vorgehalten wurde (vgl. pag. 1871). Die weiteren Aussagen des Angeschuldigten zu den TK-Protokollen sind somit nicht verwertbar (vgl. dazu auch BGE 133 IV 331). Ohne weiteres verwertbar sind allerdings die aus der Telefonüberwachung der Aktion «Z» erhobenen Randdaten (Beschluss vom 18. Mai 2005; pag. 83 ff.), die belegen, dass A ab dem 27. September 1999 bis zur Anhaltung am 29. November 1999 intensiven Kontakt mit B, C und D hatte (vgl. Ordner Telefonkontrolle). VII. Beurteilung durch die Kammer 1. Vorbemerkungen Vorweg anzumerken ist, dass A überwiesen wurde wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz durch Beförderung, eventuell Gehilfenschaft zum Verkauf einer unbestimmten, jedoch qualifizierten Menge Heroin- und Kokaingemisch (pag. 1645). Zum Verhältnis dieser beiden Anschuldigungen ist klarzustellen, dass sie in echter Konkurrenz stehen können, nämlich dann, wenn sich neben der eigenständigen Tathandlung des Beförderns weitere Tathandlungen gesellen. Das war zum Beispiel im Urteil der 1. Strafkammer vom 1. Mai 2003 (SK 058/1/03), wo der Angeschuldigte neben dem Schuldspruch wegen Beförderns der Drogendealer als Taxichauffeur auch wegen Gehilfenschaft zum Verkauf von Heroingemisch schuldig erklärt wurde, aus folgenden Gründen der Fall: «Der Angeschuldigte war bei den Drogenübergaben jedoch nicht einfach nur anwesend, was zur Annahme einer Gehilfenschaft bezüglich des Verkaufes nicht ausreichen würde (vgl. Albrecht, aaO.; N. 134 zu Art. 19 BetmG) sondern liess zu, dass in einer nicht genau bekannten Anzahl von Fällen die Übergaben und Bezahlungen im Schutze

E. 3

seines Wagens erfolgte, was die Entdeckungsrisiken der Drogendealer verminderte. Der Angeschuldigte half zudem sprachlich, wenn die Dealer sich nicht verstanden. Dadurch, dass er zur Beschleunigung der Deals Übersetzerdienste leistete und den Dealern durch das zur Verfügung stellen des Taxis einen grösseren Schutz vor Entdeckung gewährte, förderte er den Drogenhandel, wenn auch in einer untergeordneten Stellung. Er ist demnach

wegen Gehilfenschaft zum Verkauf einer unbestimmten Menge Heroingemisch schuldig zu erklären., Demgegenüber stellt das Befördern für sich alleine nicht auch noch eine Gehilfenschaft zum Verkauf dar. Vielmehr bleibt in einer solchen Konstellation gar kein Raum mehr für eine Gehilfenschaft. Zu verweisen ist diesbezüglich auf den Entscheid des Bundesgerichts 6P.9712003 vom 2. September 2003 (E. 9.2): «Der Beschwerdeführer selber stellt zu Recht fest, dass die Regelungsdichte von Art. 19 BetmG die Anwendung von Art. 25 StGB im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts erheblich einschränkt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Täter, wer alle Merkmale einer Tatbestandsvariante objektiv und subjektiv in eigener Person erfüllt. Hilfe ist dagegen nur, wer sich an der Tat eines anderen mit einem untergeordneten Tatbeitrag beteiligt, der selbst vom Gesetz nicht als selbständiges Delikt ausgestaltet ist (BGE 119 IV 269 E. 3c; 106 IV 72 E. 2b.). In Art. 19 BetmG ist das Befördern von Betäubungsmitteln als selbständige Tatbestandsvariante umschrieben. Der Beschwerdeführer hat diese sowohl subjektiv wie auch objektiv verwirklicht und er hatte als Lenker des Fahrzeugs die Tatherrschaft. Er versties somit selbständig gegen das Betäubungsmittelgesetz. » 2. Gehilfenschaft zum Verkauf von Betäubungsmitteln Im vorliegenden Fall gibt es nicht die geringsten Beweise dafür, dass A bei Verkaufshandlungen irgendeinen die Tat fördernden kausalen Beitrag geleistet hat wie beispielsweise das Zur-Verfügung-Stellen des Taxis zu Drogen-/Geldübergaben oder ähnliches. Das blosses Wissen um den Zweck der Taxifahrten ist nicht zugleich auch noch eine Gehilfenschaft zum Verkauf von Betäubungsmitteln. Andernfalls wäre bei einem Befördern von Leuten, die Drogen auf sich tragen, praktisch immer zusätzlich zu einer der vielen möglichen Tathandlungen von Art. 19 BetmG auch noch Gehilfenschaft gegeben, denn die Leute führen die Drogen höchst selten nach einer Taxifahrt der Vernichtung zu, sondern machen damit etwas Verbotenes, zum Beispiel verkaufen oder auch bloss (zwi-

E. 4

schon-)lagern. Es kann ja wohl kaum sein, dass der Chauffeur nebst dem Befördern immer auch noch Gehilfenschaft begangen hat, wenn er weiss, was nach der Fahrt mit den Drogen passiert. Wenn dem so wäre, hätte der Chauffeur im Fall, den das Bundesgericht in BGE 114 IV 162 beurteilt hat, auch noch wegen Gehilfenschaft zu Kauf von Kokain verurteilt werden müssen. Zu folgen ist vorliegend der Lehrmeinung von PETER ALBRECHT, der im Zusammenhang mit den normalen Alltagshandlungen festhält, dass sich beispielsweise grundsätzlich nicht strafbar macht, wer jemandem eine Wohnung zu üblichen Konditionen vermietet im Bewusstsein, dass der Mieter in den betreffenden Räumlichkeiten Drogengeschäfte abwickeln wird; ebenso der Verkäufer eines Autos, der vermutet, der Käufer werde das Fahrzeug für den Transport von Heroin verwenden. Hier liegt die Tatbestandsverwirklichung im ausschliesslichen Verantwortungsbereich des Täters unter Ausschluss des Beteiligten (PETER ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19-28 BetmG], 2. Auflage, Bern 2007, N 173 zu Art. 19 BetmG). Für den Taxichauffeur gilt nichts anderes: Wenn die Beförderung eines Fahrgastes, der — wie der Taxichauffeur weiss — Drogen auf sich trägt, als normale Alltagshandlung qualifiziert wird, dann entfällt eine Gehilfenschaft auch dann, wenn er weiss oder mindestens vermutet, dass der Fahrgast am Zielort Drogengeschäfte abwickeln wird. Wenn — was nachfolgend zu prüfen sein wird — die Taxifahrten nicht mehr als normale Alltagshandlungen qualifiziert werden können, dann liegt ausschliesslich die selbständige Tathandlung des Beförderns vor und nicht auch noch Gehilfenschaft zu Verkauf, weil es hiefür — wie oben dargetan — einen den Verkauf fördernden kausalen

Tatbeitrag braucht wie eben das Zurverfügungstellen des Taxis zu den Drogengeschäften, Übersetzer- dienste oder ähnliches. Eine solche Konstellation ist bei A ausgehend vom Beweisergebnis nicht gegeben, weshalb eine Schuldigerklärung wegen der überwiesenen Gehilfenschaft zum Verkauf von Betäubungsmitteln von vorneherein ausser Betracht fällt.

3. Befördern von Betäubungsmitteln als Täter/Mittäter Zur Diskussion stehen kann somit nur der (selbstständige) Tatbestand des Beförderns von Betäubungsmitteln. Diesbezüglich schliesst sich die Kammer in beweismässiger Hinsicht dem Beweisergebnis der Vorinstanz an:

E. 5

Was vorweg das Wissen von A anbelangt, ist zugestanden, dass er wusste, dass die Männer, die er chauffierte, mit Drogen arbeiteten. Belegt ist das auch aufgrund seiner durch die Telefonüberwachung belegten Bemühungen, die Leute vom «blöden» Sprechen abzuhalten, weil er wusste, dass die Polizei das Telefon abhört und weil er sie zum Schweigen bringen wollte, da er selber keine Probleme wollte (vgl. pag. 973). Diese Aussagen, die A auf Vorhalt des entsprechenden Telefongesprächs vom 28. September 1999 (Ordner Telefonkontrolle pag. 31) machte, wurden ihm in der Hauptverhandlung vom 10./11. November 2008 vorgehalten, und sie sind — wie oben unter Ziff. III. dargelegt — ohne weiteres verwertbar. Zwar hat A in der Hauptverhandlung auf die entsprechenden Vorhalte hin Nicht-mehr-Wissen und Erinnerungslücken geltend gemacht (pag. 1871). Das ist in Anbetracht des Zeitablaufes bis zu einem gewissen Grad verständlich und hindert nicht, auf die diesbezüglich klaren Aussagen in der Voruntersuchung abzustellen. Er hat dort auch zugestanden, dass ihm einmal einer telefoniert und gesagt habe, er solle schnell kommen, weil viele Kunden warten würden (pag. 893). Diese Aussage korreliert mit dem Telefongespräch vom 28. September 1999, wo A auf die Aufforderung von C hin, er solle sich beeilen, da der Kunde warte, C zurechtwies: «Wie tuesch du schnurre am Telefon» (vgl. pag. 851). Klar ist auch, dass A zwar nicht von Anfang an vom Drogenhandel gewusst haben will (pag. 893), dass es aber in Anbetracht der gesamten Umstände (täglich bis zu sechs Fahrten; finanzielle Potenz der Männer) nicht lange gegangen sein kann, bis er es begriffen hat. Nicht erwiesen ist dagegen: ■ dass A noch besseres Wissen gehabt hätte in Bezug auf konkrete Geschäfte und verdealte Mengen; ■ dass er von den Drogenhändlern jemals anderes Geld entgegengenommen hätte als den geschuldeten Taxipreis (bei den Fr. 3'400.90, die er bei der Anhaltung separat in der Jackentasche mitführte, lässt sich seine Version, wonach er das Geld beim Taxifahren verdient und seinem Chef hätte übergehen müssen, schon wegen der fehlenden Verwertbarkeit anders lautender Aussagen nicht widerlegen; bei gewissen auffälligen Geldtransaktionen haben sich die Angaben des Angeschuldigten anhand von Zeugenaussagen sogar positiv bestätigt [vgl. in pag. 1395 ff. die Aussagen von H betreffend Darlehen im Zusammenhang mit dem Visumsantrag für Kanada und in pag. 1405 ff. die Aussagen von F betreffend Darlehen, bestimmt für den kranken Vater von A]);

E. 6

■ dass A mit dem Taxigeschäft niemals so viel verdienen konnte wie er sagt, zumal von ihm eingestanden ist, dass er mehr verdient hat als im Lohnausweis ausgewiesen ist und deswegen auch rechtskräftig wegen Steuerbetruges schuldig erklärt worden ist; ■ dass A überhöhte Taxipreise verlangt hätte; nach seinen nicht widerlegbaren Angaben verlangte er vielmehr des Öfteren reduzierte Pauschalpreise; dass A privat mit den Männern verkehrt hätte und insbesondere auch den Reisepass von B aufbewahrt hätte (dessen Aussage ist

nicht verwertbar und ein objektives Beweismittel gibt es nicht, weil die erneute Hausdurchsuchung, die man zu diesem Punkt durchführen wollte, abgebrochen wurde [vgl. pag. 41]). Im Ergebnis ist deshalb davon auszugehen, dass A gewusst hat, dass die Männer Geschäfte mit harten Drogen abwickeln und dass sie zur Ausübung dieses Geschäftes seine Dienste als Taxichauffeur in Anspruch nahmen. Was die Häufigkeit der Taxidienste betrifft, räumte der Angeschuldigte in der untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom 13. Mai 2003 ein, dass die beiden Männer täglich bis zu sechs Mal in seinem Taxi fuhren (pag. 893). Als ihm diese Aussage in der untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom

E. 10

Mai 2005 vorgehalten wurde, sagte er, dass das stimme. Er habe sie täglich, ca. fünf oder sechs Mal gefahren (pag. 965). In der gleichen Einvernahme sagte er, dass er damals sechs Tage pro Woche gearbeitet habe, an drei Tagen je elf und an drei weiteren Tagen je fünfzehn Stunden (pag. 965). Die Aussagen von A zur Häufigkeit der Taxifahrten korreliert auch mit der Telefonüberwachung, die nach dem Gesagten verwertbar ist, soweit es um Datum und Zeit der Kontakte mit den Zielpersonen — sog. Randdaten — geht. Erfasst ist die Zeit ab B. September 1999, wobei in der Zeit vom 27. September 1999 bis 29. November 1999 — also in einem Zeitraum von zwei Monaten — mit wenigen Ausnahmen meistens mehrmals täglich telefonische Kontakte stattfanden. Durch die Telefonüberwachung erfasst worden sind insgesamt 280 Kontakte mit den Zielpersonen (pag. 787 und 815), wovon 217 Kontakte mit C betrafen (vgl. Vorhalt in pag. 845). Die polizeiliche Bemerkung zu diesen Kontakten, wonach es inhaltlich meistens um Taxifahrten gegangen sei (pag. 787 und 815), ist verwertbar, weil sich A dazu in der Hauptverhandlung geäußert hat, wobei er aussagte, es sei in 99 % der Gespräche um Taxifahrten gegangen (pag. 1855). 7

Die Menge der beförderten Drogen lässt sich nicht bestimmen, erstens weil nicht feststeht, dass sie jedes Mal, wenn sie die Chauffeurdienste beanspruchten, auch tatsächlich Drogen mitführten, und wenn ja wie viel. Gesichert ist einzig, dass E, der am 29. November 1999 bei seinem Domizil an der Murtenstrasse dem Taxi zustieg, in welchem sich nebst A auch B und C befanden, 95,4 g Heroingemisch auf sich trug. Dass A diese Menge kannte, ist jedoch nicht erwiesen. Dennoch kann davon ausgegangen werden, dass ihm in Anbetracht der Häufigkeit der Taxidienste im fraglichen Zeitraum von rund vier Monaten klar war bzw. dass er zumindest in Kauf genommen hat, dass sich die Geschäftstätigkeit der Drogendealer nicht im «Gassenportionenbereich» bewegen kann, sondern eben in einem Händlerbereich, der — wie er selber explizit feststellte (pag. 893: «die beiden Männer hatten viel Geld») — einen erklecklichen Gewinn abwarf. Anders gesagt war A sehr wohl bewusst, dass er Männer beförderte, die Drogen im qualifizierten Bereich auf sich trugen, bzw. er nahm dies in Kauf. Fraglich ist nun aber, ob das in rechtlicher Hinsicht für einen Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen das BetmG durch Beförderung von Heroin- und Kokaingemisch ausreicht bzw. ob eine Konstellation im Sinne von BGE 114 IV 162 gegeben ist. Nach dieser Entscheidung macht sich derjenige, der eine Autofahrt unternimmt, bei der Mitfahrer für ihn ersichtlich und auch in seinem eigenen Interesse das ausschliessliche Ziel haben, Betäubungsmittel zu erwerben und zu sich nach Hause zu bringen, der Beförderung der eingekauften Drogen schuldig macht. Das Bundesgericht hat jedoch in BGE 126 IV 201 explizit gesagt, dass die im Schrifttum geäußerten Bedenken ernst zu nehmen sind. Dabei hat das Bundesgericht unter anderem auf ALBRECHT (a.a.O.) verwiesen, der eine Überdehnung des Anwendungsbereichs von Art. 19 Ziff. 1 BetmG vor allem bei den

Teilnahmetatbeständen befürchtet, falls die Tatbestandsalternativen ohne Einschränkung mit Eventualvorsatz erfüllt werden können, insbesondere bei üblichen Geschäften des täglichen Lebens oder sonstigen normalen Alltagshandlungen. ALBRECHT forderte in der ersten Auflage seines Kommentars zum BetmG aus diesem Grund, dass im Bereich der «normalen Alltagshandlungen» nur bei direktem Vorsatz ersten Grades ein Schuldspruch in Frage kommen könne (a.a.O., 1. Auflage, N 95 zu Art. 19 BetmG). Diese Forderung von ALBRECHT muss nach Auffassung der Kammer entschieden abgelehnt werden, käme es doch einer rechtsdogmatischen «Verluderung» gleich, wenn der Eventualvorsatz sektoriell ausser Kraft gesetzt würde. Nach Art. 26 BetmG finden die allgemeinen Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuches insoweit Anwendung, als dieses Gesetz nicht selbst Bestimmungen aufstellt. Das heisst nichts anderes, als dass nach dem gesetzgeberischen Willen der 8

Eventualvorsatz, der im neuen StGB explizit umschrieben ist (Art. 12 nStGB), aber auch nach altem Recht (Art. 18 aStGB) genügt, auch im Bereich des BetmG ausnahmslos anwendbar ist und es nicht Sache der Rechtsprechung ist, dieses Institut im Bereich des BetmG abzuschaffen. In seiner 2. Auflage des Kommentars zu den Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes hält ALBRECHT denn auch an seiner Forderung in dieser Form nicht mehr fest, indem er nunmehr für die Tatbestandsmässigkeit der «normalen Alltagshandlungen» einen in der Aussenwelt erkennbaren deliktischen Sinnbezug verlangt (a.a.O., N 47 zu Art. 19). Das Bundesgericht hat sich die Forderung von ALBRECHT auch nie zu Eigen gemacht, sondern es hat im Gegenteil im Urteil 6S.235/2003 vom 1. Oktober 2003 erklärt, dass der Eventualvorsatz grundsätzlich genügt. Allerdings hat das Bundesgericht in dieser Entscheidung unter Verweis auf BGE 126 IV 201 auch gesagt, dass dies jedenfalls dann gelte, wenn die in Frage stehende Handlung nicht eine solche des normalen Alltags, irgendein übliches Geschäft des täglichen Lebens darstelle. Als Beispiel für eine normale Alltagshandlung hat das Bundesgericht sodann explizit den Fall eines Taxichauffeurs erwähnt, der einen Kunden mitnimmt im Wissen, dass er Kokain auf sich trägt (E. 3.1). Die 1. Strafkammer hat in den Entscheidungen SK 058/1/03 vom 1. Mai 2003 und SK 2005/10 vom 9. Juni 2005 das eigene Interesse der Taxichauffeure im Sinne von BGE 114 IV 162 betont und im ersten Fall festgestellt, dass die Transporte auch im eigenen Interesse waren, weil er nebst dem lukrativen Fahrpreis auch höhere Trinkgelder erhielt. Im zweiten Fall handelte es sich ebenfalls nicht um gewöhnliche Fahrten, sondern um solche mit besonders hohem Entgelt, auf eigene Rechnung, ausserhalb der Arbeitszeit und ohne Wissen des Arbeitgebers. Diese Feststellungen der Strafkammer zum spezifischen Interesse der Taxichauffeure können nur den Sinn haben, die Abgrenzung zur gewöhnlichen Taxifahrt, bei welcher die Mitfahrer für ihn erkenntlich Drogen auf sich haben, vorzunehmen. Derartige Umstände wie lukrative Fahrpreise, höhere Trinkgelder, etc., liegen bei A nicht vor. Er hat keinen Risikozuschlag erhalten, sondern einfach das normale Taxigeld bzw. verschiedentlich reduzierte Pauschalpreise kassiert. Nach dem Gesagten ist nicht erwiesen, dass er in irgendeiner Form anderes Geld entgegengenommen hätte als den geschuldeten Taxipreis (siehe Beweisergebnis). Die entscheidende Frage ist deshalb im vorliegenden Fall, ob die Erwägung des Bundesgerichts, wonach es eine nicht strafbare normale Alltagshandlung sei, wenn der Taxichauffeur einen Kunden mit Kokain mitnehme, nicht mehr gilt, wenn eine Sachlage gegeben ist wie im vorliegenden Fall. A chauffierte die Drogendealer über einen längeren Zeitraum hinweg praktisch täglich rund fünf bis sechs Mal (pag. 965). Der Rückgriff auf diese Stammkundschaft garantierte ihm Umsatz

und Verdienst. Nach Ansicht der Kammer handelte er dabei aber nach wie vor in Verrichtung «normaler Alltagshandlungen», denn diese Situation belegt lediglich, dass er gute und regelmässige Kundschaft hatte. Wie erwähnt fehlt der Nachweis, dass er für diese Fahrten ein besonderes Entgelt entgegengenommen hätte. Fraglich ist weiter, ob diese fünf bis sechs Fahrten pro Tag derart ins Gewicht fallen, als dass darin ein überdurchschnittlicher Profit erblickt werden könnte. Es steht jedoch nicht fest, dass sich ohne diese treue Kundschaft das Einkommen von A für diese Zeitspanne tatsächlich massgeblich reduziert hätte. An Stelle dieser Kundschaft wären wohl einfach andere Kunden bedient worden. Es wäre reine Spekulation, hier einen Vergleich anstrengen zu wollen und zu behaupten, es wären nachweislich weniger Taxigelder geflossen. Der Nachweis, für A sei nicht nur erkennbar gewesen, dass Betäubungsmittel in seinem Taxi befördert worden seien, sondern auch, dass diese Transporte in seinem Interesse gewesen seien (lukrativen Fahrpreis, besonders hohes Entgelt, höhere Trinkgelder, etc.) ist vorliegend somit nicht erbracht worden. Vom Tatbestand des Beförderns von Betäubungsmitteln als Täter/Mittäter ist er deshalb freizusprechen. Es sei jedoch erwähnt, dass allein der Umstand, dass A die Fahrten jeweils im Einverständnis mit seinem Arbeitgeber durchführte, ihn nicht entlastet hätte, denn dieses Einverständnis vermag selbstverständlich keinen Rechtsirrtum zu begründen. Ein solcher liegt nicht schon dann vor, wenn der Täter sein Verhalten nicht für strafbar hält, sondern nur wenn er meint, kein Unrecht zu tun. Das war bei A sicherlich nicht der Fall. Auch das Taxireglement der Stadt Bern kann ihn dabei nicht entlasten, weil er ja die Fahrten — entgegen dem Vorbringen von Fürsprecher X — aus einem «offensichtlich beim Fahrgast liegenden Grund» sehr wohl hätte ausschlagen können (vgl. Art. 18 in pag. 1881). Anmerkung: Gegen dieses Urteil wurde Beschwerde an das Bundesgericht erhoben.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.