

BGer 6B 687/2019 vom 9. September 2019

Bundesgericht, 2019-09-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_687_2019

FR: TF 6B 687/2019 du 9 septembre 2019

IT: TF 6B 687/2019 del 9 settembre 2019

Regeste

Vergehen gegen das Betäubungsmittelgesetz (Art. 19bis BetmG); Widerruf einer Vorstrafe | Straftaten

Erwägungen

E. 1.1

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung von Art. 19bis BetmG. Der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt erfülle den Tatbestand nicht und die von der Vorinstanz gewählte Auslegung dieser Bestimmung verletze Bundesrecht. Es sei unbestritten, dass der Beschwerdeführer Chatkontakt zu einer unter 18 Jahre alten Person gehabt habe. In rechtlicher Hinsicht werde allerdings bestritten, dass derartige Chatkontakte bereits ein Anbieten, Abgeben oder ein auf andere Weise Zugänglichmachen von Betäubungsmitteln im Sinne von Art. 19bis BetmG darstellen würden. Gemäss der überzeugenden Lehrmeinung von PETER ALBRECHT (Strafbestimmungen des BetmG) sei davon auszugehen, dass die Anwendbarkeit von Art. 19bis BetmG voraussetzt, dass der Anbieter sich im Besitze des Stoffes befindet. Dies habe man dem Beschwerdeführer nicht nachweisen können. Die Ansicht der Vorinstanz, wonach es genüge, wenn der Besitz der Droge für den Anbietenden in zeitlicher und räumlicher Hinsicht einfach zu erlangen sei, vermöge nicht zu überzeugen. Der Anbietende könne nicht davon ausgehen, dass sein Lieferant sofort und jederzeit die Betäubungsmittel liefern könne, denn der Lieferant könnte aus diversen Gründen (Krankheit, Verhaftung etc.) ausfallen. Sodann rücke die Vorinstanz das "Angebot" in die Nähe der "Anstiftung" gemäss Art. 19c BetmG und überdehne so die Strafbarkeit von Art. 19bis BetmG. Das Anbieten sei nämlich nur eine spezifizierte Form des auf andere Weise Zugänglichmachens und durch das Angebot habe der Beschwerdeführer dem Privatkläger auf keine Art und Weise das Betäubungsmittel zugänglich gemacht. Als Eventualerwägung macht der Beschwerdeführer geltend, Art. 19bis BetmG sei auch in subjektiver Hinsicht nicht erfüllt, da er konkret nicht gewusst bzw. nicht in Kauf genommen habe, mit einer unter 18-jährigen Person zu chatten. Auch habe er im Chat nur gesagt, der Privatkläger solle nach Birsfelden kommen, ohne aber weitere Hinweise auf seinen Wohnsitz zu geben. Daraus folge, dass der subjektive Wille des Beschwerdeführers nicht darauf abgezielt habe, dem Privatkläger konkret Marihuana anzubieten.

E. 1.2

Die Vorinstanz legt ihrer rechtlichen Würdigung folgenden Sachverhalt zugrunde: Am 25. Januar 2017 habe der Beschwerdeführer über den Facebook-Messenger dem am 27. September 2001 geborenen Privatkläger unter anderem eine Chatnachricht mit dem Inhalt: "Braa komm zu mir mir rauchen ein joint" geschickt. Dieser Mitteilung habe der Beschwerdeführer kurz darauf ein Foto folgen lassen, welche ein Minigrip mit Cannabis

und einen konsumfertigen Joint zeige. Der Beschwerdeführer habe den Privatkläger ausdrücklich zu sich eingeladen und dem Foto eine Nachricht mit dem Text "Komm Birsfelden" angefügt. Aus dem längeren Chat mit dem Privatkläger sei ersichtlich, dass der Beschwerdeführer mit dem Angebot zum Cannabiskonsum (nebst dem Angebot einer Geldzahlung) bezweckt habe, den Privatkläger sozial an sich zu binden, da er für Jugendliche im Bereich der Schutzaltersgrenze eine offensichtliche Sexualpräferenz habe. Unmittelbar nach der Aufforderung, nach Birsfelden zu kommen, habe der Beschwerdeführer den Privatkläger über WhatsApp angerufen. Aus dem gesamten Chatverlauf zwischen dem Beschwerdeführer und dem Privatkläger ergebe sich zweifelsfrei, dass er sich über die Identität des Privatklägers im Klaren gewesen sei und es sich bei der Behauptung, er habe geglaubt er chatte mit dem über 18-jährigen B. _____, um eine Schutzbehauptung handle. Aus dem Chat ergebe sich auch, dass sich der Beschwerdeführer und der Privatkläger zumindest am 24. Januar 2017 am Barfüsserplatz getroffen hätten; der Beschwerdeführer habe immerhin eingeräumt, dass er den Privatkläger einmal während einiger Minuten in der Dunkelheit am WC beim Barbüßerplatz in Begleitung von B. _____ gesehen habe. Im Berufungsverfahren unbestritten geblieben sei das Wissen des Beschwerdeführers darum, dass der Privatkläger zur Tatzeit jünger als 18 Jahre gewesen ist. Der Beschwerdeführer sei ein langjähriger und regelmässiger (teilweiser täglicher) Konsument von Cannabis und kenne somit die entsprechenden Bezugsquellen. Selbst wenn es sich beim konsumfertigen Joint auf dem Foto, welches der Beschwerdeführer dem Privatkläger geschickt hat, nur um ein Bild aus dem Internet gehandelt hätte, wäre der Beschwerdeführer problemlos in der Lage gewesen, das dem Privatkläger angebotene Betäubungsmittel zu beschaffen. Ausgehend von diesem Sachverhalt erachtet die Vorinstanz Art. 19bis BetmG als erfüllt.

E. 1.3

Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer einer Person unter 18 Jahren ohne medizinische Indikation Betäubungsmittel anbietet, abgibt oder auf andere Weise zugänglich macht (Art. 19bis BetmG). Diese am 1. Juli 2011 in Kraft getretene Strafnorm, bei welcher es sich um eine lex specialis zu Art. 136 StGB handelt, bezweckt eine Verstärkung der Repression gegen die Anbieter von Drogen an Jugendliche. Gegenüber Art. 136 StGB wurde das Schutzalter auf 18 Jahre angehoben und es kommt nicht auf die Menge des abgegebenen Betäubungsmittels an.

E. 1.3.1

Die Tathandlungen Anbieten, Abgeben oder auf andere Weise Zugänglichmachen, sind gleich wie bei Art. 19 Abs. 2 lit. d BetmG zu verstehen. Bei der Tatbestandsvariante des Anbietens handelt es sich um eine Offerte zur Übertragung der Verfügungsgewalt über das Betäubungsmittel an eine andere Person. Die Tat ist vollendet, sobald die Erklärung des Anbietenden beim Adressaten eintrifft (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Kommentar, 3. Aufl. 2016, N. 3 zu Art. 19bis BetmG und N. 224 zu Art. 19 BetmG). Gemäss überwiegender Lehrmeinung ist nicht erforderlich, dass sich der Anbietende bereits im Besitze des Betäubungsmittels befindet (GUSTAV HUG-BEELI, Betäubungsmittelgesetz Kommentar, Basel 2016, N. 416 zu Art. 19 BetmG ; FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., N. 3 zu Art. 19bis BetmG und N. 224 zu Art. 19 BetmG ; HANS MAUER, in: StGB/JStGB Kommentar, Donatsch/Heimgartner/Isenring / Maurer/Riesen-Kupper/ Weder [Hrsg.], 20. Aufl. 2018, N. 49 zu Art. 19 BetmG). Gemäss GUSTAV HUG-BEELI (a.a.O.) ist das besitzlose Anbieten

jedenfalls dann strafbar, wenn der Anbieter das angebotene Betäubungsmittel unmittelbar beschaffen kann. Einzig PETER ALBRECHT vertritt die Ansicht, der Besitz der Droge zum Zeitpunkt der Offertstellung sei Voraussetzung der Strafbarkeit, ansonsten der Begriff des Angebots im Vergleich zu den anderen Tathandlungen übermässig ausgedehnt würde (PETER ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19-281 BetmG], 3. Aufl. 2016, N. 6 zu Art. 19bis BetmG). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Mit der Aufnahme des Tatbestandsmerkmals des Anbietens, welche als Tathandlung in Art. 19 Abs. 1 BetmG nicht mehr aufgeführt ist, wollte der Gesetzgeber eine weitergehende Gesetzesnorm zum Schutze der Jugendlichen schaffen. Wollte man die Erfüllung des Tatbestandselements des Anbietens an den Nachweis knüpfen, dass der Anbieter zum Zeitpunkt seines Angebots tatsächlich im Besitze der Droge war, würde dies die Anwendbarkeit der Norm nahezu aushebeln. In Fällen, in denen der Anbieter die offerierte Droge nicht besitzt (oder ihm deren Besitz nicht nachgewiesen werden kann), es ihm aber möglich ist, diese zu beschaffen, muss auch das besitzlose Anbieten strafbar sein. Die Vorinstanz schloss sich der differenzierten Ansicht von GUSTAV HUG-BEELI (a.a.O.) zu Recht an und bejahte das Vorliegen des objektiven Tatbestandsmerkmals des Anbietens, weil es dem Beschwerdeführer, welcher unbestrittenermassen während Jahren nahezu täglich Cannabis konsumierte, ohne Weiteres möglich gewesen wäre, dieses unmittelbar zu beschaffen. Mit dieser Gesetzesinterpretation verletzt die Vorinstanz kein Bundesrecht.

E. 1.3.2

In subjektiver Hinsicht erfordert der Tatbestand des Art. 19bis BetmG Eventualvorsatz, wobei dieser auch das Wissen umfassen muss, dass das Angebot an eine unter 18 Jahre alte Person erfolgt (FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., N. 6 zu Art. 19bis BetmG ; PETER ALBRECHT, a.a.O., N. 9 zu Art. 19bis BetmG). Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft innere Tatsachen und ist Tatfrage (BGE 141 IV 369 E. 6.3 S. 375 mit Hinweisen). Als solche prüft sie das Bundesgericht nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür, wobei das strenge Rügeprinzip gilt (Art. 106 Abs. 2 BGG). Demnach ist anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids klar und detailliert darzulegen, inwiefern die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung willkürlich sein soll (141 IV 369 E. 6.3 S. 375; Urteil 5A_809/2017 vom 17. Oktober 2017 E. 2). Dazu genügt es nicht, einen von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zu behaupten oder die eigene Beweiswürdigung zu erläutern (BGE 142 III 364 E. 2.4). Der Beschwerdeführer rügt keine der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen als willkürlich. Er beschränkt sich auf die appellatorische Behauptung, er habe nicht konkret gewusst und auch nicht in Kauf genommen, mit einer unter 18-jährigen Person gechattet zu haben. Mit der eingehenden Begründung der Vorinstanz, er habe gewusst, dass er mit dem unter 18-jährigen Privatkläger chattet, er habe diesen auch persönlich getroffen und habe mit ihm unmittelbar nach dem besagten Chat auch per WhatsApp telefoniert und ihn zu sich nach Hause eingeladen, setzt er sich mit keinem Wort auseinander. Insbesondere macht er nicht geltend, die Vorinstanz hätte in willkürlicher Beweiswürdigung festgehalten, im Berufungsverfahren sei sein Wissen darum, dass der Privatkläger zur Tatzeit jünger als 18 Jahre gewesen war, unbestritten geblieben. Ebenso wenig legt er dar, dass bzw. weshalb die vorinstanzliche Feststellung unzutreffend sein sollte, er habe gewusst, dass er mit dem damals 15-jährigen Privatkläger und nicht mit dem über 18-jährigen B._____ chattet. Die diesbezüglichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz sind denn auch nachvollziehbar und überzeugend. Ihre Schlussfolgerung, der Beschwerdeführer habe den

Privatkläger im Wissen darum, dass dieser damals erst 15 Jahre alt war, angeschrieben und ihm angeboten, bei ihm zu Hause Cannabis zu konsumieren, ist nicht zu beanstanden. Soweit auf die Rüge des Beschwerdeführers überhaupt eingetreten werden kann, ist sie abzuweisen. Die Vorinstanz gelangt zu Recht zum Schluss, dass der Beschwerdeführer den objektiven und subjektiven Tatbestand des Art. 19bis BetmG erfüllt.

E. 2.1

Das Bundesgericht greift in die Strafzumessung nur ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen, beziehungsweise in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 136 IV 55 E. 5.6 S. 61; Urteile 6B_1248/2017 vom 21. Februar 2019 E. 7.4; 6B_1032/2017 vom 1. Juni 2018 E. 6.3; je mit Hinweisen).

E. 2.2

Der Beschwerdeführer beantragt eine bedingt vollziehbare Geldstrafe von 5 Tagessätzen à Fr. 10.--, wobei er diesen Antrag nur für den Fall eines Freispruchs vom Vorwurf des Vergehens gegen Art. 19bis BetmG zu stellen scheint. Dass im Falle eines Schuldspruchs wegen Art. 19bis BetmG die von der Vorinstanz ausgefallte Sanktion zu hoch wäre, macht er nicht geltend. Die Vorinstanz hat die Strafzumessung ausgewogen und nachvollziehbar begründet. Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was die Bemessung der Strafe in Frage stellen könnte. Es ist auch nicht ersichtlich, dass und inwieweit die Vorinstanz bei der Ausfällung einer unbedingten Freiheitsstrafe von 75 Tagen und einer Busse von Fr. 200.-- Recht im Sinne von Art. 95 BGG verletzt bzw. ihr Ermessen überschritten oder missbraucht haben sollte.

E. 3.1.1

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen den Widerruf der mit Strafbefehl vom 18. Januar 2016 wegen sexueller Handlungen mit Kindern bedingt ausgesprochenen Geldstrafe von 60 Tagessätzen à Fr. 30.--. Er legt als Novum das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 15. Mai 2019 ins Recht und weist darauf hin, dass in diesem (noch nicht in Rechtskraft erwachsenen) Urteil die besagte Vorstrafe zum zweiten Mal widerrufen werde. Dies sei unzulässig, da eine Vorstrafe nur einmal widerrufen werden dürfe. Daher könne im Beschwerdeverfahren über den Widerruf nicht befunden werden und es sei bereits aus diesem Grund auf den "Widerruf der Vorstrafe vom 18. Januar 2016 nicht einzutreten resp. hiervon abzusehen".

E. 3.1.2

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG). Hierbei handelt es sich um unechte Noven. Echte Noven, das heisst Tatsachen, die sich zugetragen haben, nachdem vor der Vorinstanz keine neuen Tatsachen mehr vorgetragen werden durften, können nicht durch den angefochtenen Entscheid veranlasst worden sein und sind vor Bundesgericht unbeachtlich (BGE 139 III 120 E. 3.1.2 S. 123; 133 IV 342 E. 2.1 S. 343; Urteil 6B_182/2014 vom 27. Januar 2015 E. 1; je mit Hinweis; ULRICH SEILER, in: Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2. Aufl. 2015, N. 20 zu Art. 99 BGG). Das vom Beschwerdeführer eingereichte Urteil datiert vom 15. Mai 2019, somit nach dem vorliegend angefochtenen Entscheid vom 10. April 2019. Es stellt daher ein unzulässiges Novum dar. Zum Zeitpunkt des angefochtenen Urteils lag noch kein "zweiter Widerruf der Vorstrafe"

vor. Dass die Vorinstanz in ihrem Entscheid über den Widerruf befunden hat, ist nicht zu beanstanden.

E. 3.2.1

Nach Auffassung des Beschwerdeführers ist von einem Widerruf auch deshalb abzusehen, weil die Vorinstanz keine Prüfung der Prognose hätte vornehmen dürfen, da die Voraussetzungen einer solchen Prüfung nicht gegeben seien. Zur Begründung seiner Ansicht führt der Beschwerdeführer aus: "Der Verzicht auf den Widerruf einer Vorstrafe sollte nur bei neuen Sanktionen, welche 6 Monate übersteigen, von einer günstigen Prognose abhängig gemacht werden. Bei neu auszusprechenden Sanktionen unter 6 Monaten - jedenfalls unter 3 Monaten, wie im Sinne der altrechtlichen Regelung - ist vom Widerruf grundsätzlich abzusehen."

E. 3.2.2

Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe (Art. 46 Abs. 1 StGB). Anlass für die Überprüfung des gewährten bedingten Strafvollzugs ist ein neues Verbrechen oder Vergehen während der Probezeit, und zwar unabhängig von der Schwere des neuen Delikts und der Dauer der Strafe für die neue Tat (STEFAN HEIMGARTNER, in: StGB/JStGB Kommentar, Donatsch/Heimgartner/Isenring/Maurer/ Riesen-Kupper/Weder [Hrsg.], 20. Aufl. 2018, N. 3 f. zu Art. 46 StGB). Die neu begangene Straftat muss nur insofern eine Mindestschwere aufweisen, als sie mit einer Freiheits- oder Geldstrafe bedroht sein muss (BGE 134 IV 140 E. 4.2 S. 142). Die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens während der Probezeit führt nicht zwingend zum Widerruf des bedingten Strafaufschubs. Von einem Widerruf kann abgesehen werden, wenn nicht zu erwarten ist, der Täter werde weitere Straftaten begehen. Der Widerruf ist somit nur dann anzuordnen, wenn von einer negativen Einschätzung der Bewährungsaussichten auszugehen ist, d.h. aufgrund der neuen Straffälligkeit eine eigentliche Schlechtprognose zu stellen ist (BGE 134 IV 140 E. 4.3 S. 143).

E. 3.2.3

Der Beschwerdeführer begründet die geltend gemachte Unzulässigkeit eines Widerrufs einzig mit der von ihm vertretenen Auffassung, eine Prognoseprüfung dürfe erst erfolgen, wenn die neue Strafe 6 Monate, eventuell 3 Monate, übersteige. Diese Ansicht steht im diametralen Widerspruch zum Gesetzeswortlaut und zur einhelligen Lehre und Rechtsprechung. Ansonsten setzt sich der Beschwerdeführer mit der sorgfältig und überzeugend begründeten Schlussfolgerung der Vorinstanz, weshalb die Vorstrafe zu widerrufen sei, nicht auseinander. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz bei der Anordnung des Widerrufs das ihr zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht bzw. Art. 95 BGG verletzt haben sollte.

E. 4.1

Der Beschwerdeführer ersucht um aufschiebende Wirkung der Beschwerde, da er zu einer unbedingtd vollziehbaren Freiheitsstrafe von 75 Tagen verurteilt wurde.

E. 4.2

Das Gesuch erweist sich als gegenstandslos, da der Beschwerde, die sich gegen einen Entscheid richtet, in welchem eine unbedingte Freiheitsstrafe ausgesprochen wurde, von

Amtes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 103 Abs. 2 lit. b BGG).

E. 5

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Kosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen (Art. 64 Abs. 1 BGG). Den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers ist bei der Kostenfestsetzung Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

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