

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.133 vom 10. April 2019**

BS Appellationsgericht, 2019-04-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2017.133](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2017.133)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.133 du 10 avril 2019

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.133 del 10 aprile 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Nach Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte zulässig, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird, was vorliegend der Fall ist. Zuständiges Berufungsgericht ist nach § 88 Abs. 1 und 92 Abs. 1 Ziff. 1 des basel-städtischen Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts. Der Berufungskläger ist vom angefochtenen Urteil berührt und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, sodass er gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Erhebung der Berufung legitimiert ist. Sowohl die Berufungsanmeldung als auch die Berufungserklärung sind innert der gesetzlichen Fristen gemäss Art. 399 Abs. 1 und 3 StPO eingereicht worden. Auf das frist- und formgerecht eingereichte Rechtsmittel ist daher einzutreten.

### **E. 1.2**

1.2.1 Gemäss Art. 398 Abs. 3 StPO können mit der Berufung Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit gerügt werden. Im Rechtsmittelverfahren gilt die Dispositionsmaxime. Die Berufung kann beschränkt werden. Wer nur Teile des Urteils anfechtet, hat in der Berufungserklärung gemäss Art. 399 Abs. 4 verbindlich anzugeben, auf welche Teile sich die Berufung beschränkt (vgl. Art. 399 Abs. 3 lit. a und Abs. 4 sowie Art. 401 Abs. 1 StPO).

1.2.2 Vorliegend haben die Staatsanwaltschaft und der Privatkläger kein Rechtsmittel ergriffen. Der Berufungskläger ficht das Urteil der Vorinstanz teilweise an. Es sind folgende Punkte mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen: Die Freisprüche von den Vorwürfen der mehrfachen versuchten sexuellen Handlungen mit einem Kind und der mehrfachen Pornografie, die Schuldsprüche wegen Widerhandlung gegen das AIG und wegen Übertretung nach Art. 19a BetmG, die Verfügungen über das Beschlagnahmegerät sowie die Entschädigung der amtlichen Verteidigung für das erstinstanzliche Verfahren.

Angefochten sind demgegenüber der Schuldspruch wegen Vergehens gegen Art. 19bis BetmG, die Strafzumessung für sämtliche Delikte und der Widerruf des bedingten Vollzugs der von der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt am 18. Januar 2016 ausgesprochenen Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu CHF 30.■. Weiter hat der Auszug aus dem Strafregister vom 6. März 2019 ergeben, dass seit Begehung der hier zu beurteilenden Taten drei Verurteilungen gegen den Berufungskläger ergangen sind, sodass zu prüfen ist, ob die vorliegend zu verhängende Strafe als Zusatzstrafe zu den in der Zwischenzeit ergangenen Verurteilungen zu ergehen hat.

1.2.3 Der Berufungskläger hat das Absehen vom Widerruf des bedingten Vollzuges der Vorstrafe erstmals mit der Berufungsbegründung vom 16. April 2018 beantragt. Gemäss Art. 399 Abs. 4 StPO ist indes schon in der Berufungserklärung ■verbindlich anzugeben■, auf welche Teile sich die Berufung beschränkt. Der Gegenstand der Berufung wird damit insofern definitiv festgelegt, als nach Ablauf der Rechtsmittelfrist der Umfang der Anfechtung nur noch eingeschränkt, nicht aber ausgedehnt werden kann. Soweit die Einschränkung der Berufung auf einzelne Punkte eindeutig ist und der Grundsatz der Untrennbarkeit oder inneren Einheit nicht verletzt ist, muss die Einschränkung durch das Berufungsgericht, unter dem Vorbehalt von Art. 404 Abs. 2 StPO, akzeptiert werden (BGer 6B\_492/2018 vom 13. November 2018 E. 2.3, vgl. zuletzt: BGer 6B\_1299/2018 vom 28. Januar 2019 E. 2.3). Im vorliegenden Fall wäre an sich denkbar, dass der Berufungskläger den Vollzug der Vorstrafe akzeptiere, obschon er sich gegen einen der Schuldsprüche wendet und eine tiefere Strafe beantragt. Die Vollziehbarerklärung durch die Vorinstanz stellt insoweit einen abtrennbaren Teilaspekt der Strafzumessung dar, der keinen direkten inhaltlichen Zusammenhang zu den in diesem Verfahren erstmals beurteilten Taten aufweist. Trotz alledem kann der Antrag, auf Nichtvollziehbarerklärung der Vorstrafe zugelassen werden, weil dem Berufungskläger im Nachhinein die Formulierung seiner Rechtsbegehren in der Berufungserklärung vom 23. November 2017 zupass kommt. Er hat positiv formuliert, dass er mit einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 5 Tagessätzen zu CHF 10.■ zu belegen sei, eventualiter ergänzt um eine Übertretungsbusse in Höhe von CHF 100.■. Zu seinen Gunsten ist sein Rechtsbegehren dahingehend auszulegen, dass er das aus dem Vollzug der Vorstrafe resultierende Strafmass von zusätzlichen 60 Tagessätzen Geldstrafe, abzüglich eines Tages Untersuchungshaft, implizit mitangefochten hat. Das führt dazu, dass die Vollziehbarerklärung dieser Strafe als zum Berufungsumfang zugehörig betrachtet wird.

2. Der Berufungskläger wendet sich gegen die Verurteilung wegen Vergehens gegen Art. 19bis BetmG.

2.1 Laut der Anklageschrift vom 7. April 2017 (Akten S. 254) wird dem Berufungskläger vorgeworfen, er habe den Privatkläger, geboren am [...] 2001, bei mindestens einer Gelegenheit zum gemeinsamen Konsum von Betäubungsmitteln aufgefordert. Am 25. Januar 2017 habe er ihm über den Facebook Messenger eine Chatnachricht mit dem Inhalt geschickt: ■Braa komm zu mir mir rauchen ein joint■. Dieser Mitteilung habe er kurze Zeit später ein Foto folgen lassen, welches ein Minigrip mit Cannabis und einen konsumfertigen Joint zeige. Die Vorinstanz hat auf diesen Sachverhalt abgestellt, die darüber hinaus angeklagte ■ aber nicht näher umschriebene ■ angebliche mehrfache Tatbegehung indes verneint (angefochtenes Urteil S. 37).

Der Berufungskläger hat im Berufungsverfahren keine Einwendungen gegen die Sachverhaltsfeststellung mehr vorgebracht. Er erachtet zwar einen anderen Sachverhalt als rechtserheblich, als ihm von der Vorinstanz zur Last gelegt wird. Soweit er jedoch vorbringt, er sei fälschlicherweise davon ausgegangen, anstatt mit dem Privatkläger mit seinem volljährigen Bekannten C\_\_\_\_\_ gechattet zu haben, kritisiert er nicht, was die Vorinstanz als tatsächlich Vorgefallen ermittelt hat. Er macht sinngemäss einen Sachverhaltsirrtum geltend, der die Wissensseite des Vorsatzes beschlägt und unter dem Titel des subjektiven Tatbestandes zu prüfen sein wird (vgl. nachfolgend E. 2.3). Damit erweist sich die vorinstanzliche Sachverhaltsermittlung als zutreffend.

2.2 Hingegen erhebt der Berufungskläger mehrere Rügen rechtlicher Natur.

2.2.1 In Bezug auf den objektiven Tatbestand von Art. 19bis BetmG macht er erstens geltend, die Einladung zum gemeinsamen Cannabiskonsum habe nicht die hinreichende Konkretetheit erlangt, um diesen zu erfüllen. Der Privatkläger habe nicht gewusst, wo sich der Berufungskläger aufgehalten habe bzw. wo er sich hätte hinwenden sollen, wenn er das Angebot hätte annehmen wollen. Der Vorschlag, gemeinsam zu kiffen, sei weder auf eine Zeit noch einen Ort bezogen gewesen und damit nicht klar genug umrissen und konkretisiert gewesen, dass tatsächlich die Möglichkeit bestanden habe, dass sich der jugendliche Privatkläger die Betäubungsmittel hätte zugänglich machen können. Zweitens bringt der Berufungskläger vor, er habe sich zum Zeitpunkt des Chats mit dem Privatkläger gar nicht im Besitz von Betäubungsmitteln befunden. Das versendete Foto mit einem Minigrip Cannabis und einem Joint habe er aus dem Internet heruntergeladen. Daraus leitet er ab, es sei keine Gefährdung für den Jugendschutz eingetreten. Es überzeuge nicht, dass das besitzlose Anbieten von Betäubungsmitteln strafbar sein solle. Übertragen auf den legalen Markt, so liess er anlässlich der Berufungsverhandlung ausführen, begehe man einen Betrug, wenn man eine Ware anbiete, die man nicht habe, hingegen mache man kein tatsächliches Angebot zur Besitzübertragung. Auf den konkreten Fall bezogen seien die Tatsachen, dass ein Foto ins Internet gestellt und eine entsprechende Mitteilung gemacht worden sei, kein klarer Hinweis darauf, dass es zu einer Besitzübertragung am Stoff hätte kommen sollen.

2.2.2 Gemäss Art. 19bis BetmG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer einer Person unter 18 Jahren ohne medizinische Indikation Betäubungsmittel anbietet, abgibt oder auf andere Weise zugänglich macht.

Die Bestimmung betont den Jugendschutz und ist als *lex specialis* zu Art. 136 StGB zu verstehen. Bei der Tatbestandsvariante des Anbietens handelt es sich um eine Offerte zur Übertragung der Verfügungsgewalt über Betäubungsmittel an eine Person unter 18 Jahren in der Weise, dass das Zustandekommen des Vertrags betreffend die Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt am Betäubungsmittel nur noch von der Zustimmung dieses anderen abhängt. Die Tat ist vollendet, sobald die empfangsbedürftige Erklärung beim Adressaten eintrifft. Beendigung tritt mit der Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt am Betäubungsmittel an den Adressaten oder eine andere Person ein (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, BetmG Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 19 N 224; Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 19bis N 3; Albrecht, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19 bis 28i BetmG], 3. Auflage, Bern 2016, Art. 19bis N 3).

Während eine Mehrzahl von Autoren davon ausgeht, es handle auch derjenige Anbietende tatbestandsmässig, der sich noch nicht im Besitz des Stoffes befindet (Hug-Beeli, Betäubungsmittelgesetz (BetmG) Kommentar, Basel 2016, Art. 19 N 416; Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 19 N 224; Maurer, OFK StGB/JStGB, 20. Auflage, Zürich 2018, Art. 19 BetmG N 49), vertritt Albrecht die gegenteilige Meinung. Er begründet dies damit, dass eine solche Gesetzesinterpretation den Begriff des Angebotes im Vergleich zu den übrigen Tathandlungen übermässig ausdehne, weil der **Stoffbezug** der verbotenen Verhaltensweise allzu stark gelockert sei (Albrecht, a.a.O., Art. 19bis N 6). Das kann in dieser Absolutheit nicht für alle Fälle gelten. Ein genügender Stoffbezug ist zumindest auch dann zu bejahen, wenn der Besitz an den Betäubungsmitteln für den Anbietenden in zeitlicher und räumlicher Hinsicht einfach zu erlangen und somit für ihn praktisch greifbar ist. Es verdient insoweit jedenfalls die Meinung von Hug-Beeli den Vorzug, nach der das besitzlose Anbieten von Betäubungsmitteln strafbar ist, sofern der

Anbieter seinerseits bereits einen konkreten Drogenlieferanten habe, bei dem er die angebotene Ware unmittelbar beschaffen könne. Erst wenn die Stoffbezugsquelle vorerst noch gesucht werden müsse, entfalle eine Strafbarkeit nach Art. 19bis BetmG. Stattdessen greife ein Anstaltentreffen zur Verschaffung von Betäubungsmitteln Platz, wenn der Täter diesbezügliche Anstrengungen unternommen habe (Hug-Beeli, a.a.O., Art. 19 N 416). Das Bundesgericht hatte die Frage in jüngerer Zeit soweit ersichtlich nicht zu beurteilen.

2.2.3 Der Sachverhalt ist insoweit zugestanden, dass der Berufungskläger seinem Chatpartner eine Nachricht hat zukommen lassen mit dem Inhalt ■[ ]komm zu mir mir rauche ein joint■ und dazu eine Abbildung, welche Cannabisprodukte, teilweise konsumfertig, zeigte. Dabei handelte es sich um eine, zwar hinsichtlich des gemeinsamen Konsums bedingte, aber annahmeherebereite Offerte. Nach ihrem Wortlaut war sie hinreichend konkret, dass die Übertragung der Verfügungsgewalt nur noch von der Zustimmung des Privatklägers zum ausbedungenen gemeinsamen Konsum abhing. Zudem untermalte der Berufungskläger sein Angebot suggestiv mit einer Abbildung von einem prallvollen Minigrip und einem gedrehten Joint. Dass darüber hinaus nicht sämtliche Nebenpunkte wie Zeit und Ort des angebotenen Konsums im Angebot enthalten waren, tat dessen Verbindlichkeit aus der Sicht des Berufungsklägers keinen Abbruch. Dass die Offerte in Bezug auf den Ort nicht hinreichend konkret gewesen sein soll, trifft im Übrigen auch nicht zu. Der Berufungskläger lud den Privatkläger ausdrücklich zu sich ein und dem Foto liess er eine Nachricht mit dem Text folgen: ■Komm [...]■ (Akten S. 113). Dass er ihm die genaue Adresse noch hätte mitteilen müssen, macht das Angebot in Bezug auf den Ort nicht unbestimmt. Es fehlte lediglich an der konkretisierenden Mitteilung, welche bei einer Annahme des Angebots reine Formsache gewesen wäre, zumal er den Privatkläger unmittelbar nach der Aufforderung nach [...] zu kommen, über WhatsApp anrief (Akten S. 113). Angesichts dessen besteht objektiv auch kein Zweifel daran, dass der Berufungskläger bei seinem Vorschlag, mit dem Privatkläger zu kiffen, eine gewisse zeitliche Flexibilität miteinkalkulierte, bzw. dass sein Chatpartner einfach vorbeikommen sollte, wenn er denn Zeit habe. Das Fehlen einer Zeitangabe stellt nach dem Gesagten jedenfalls keine Hürde zur Annahme des Angebots dar.

2.2.4 Was die Frage betrifft, ob der Berufungskläger überhaupt im Besitz des angebotenen Cannabis war oder es hätte sein müssen, um sich strafbar zu machen, liegt eine immunochemische Untersuchung vom 24. März 2017 vor, welche positiv auf Cannabinoide ausfiel. Daraus lässt sich ableiten, dass der Berufungskläger vor dem Tatzeitpunkt Cannabis konsumiert hatte (Akten S. 241). Anlässlich der Einvernahme vom 30. März 2017 gestand er Konsumhandlungen zu (Akten S. 244) und focht den diesbezüglich von der Vorinstanz ausgefallenen Schuldspruch nicht an (Akten S. 468). Aus den von der Instruktionsrichterin edierten Akten des Parallelverfahrens (gegenwärtig am Appellationsgericht hängig unter der Verfahrens-Nr.: [...]) geht weiter hervor, dass der Berufungskläger gemäss Anklageschrift vom 15. September 2016 vorgeworfen wurde, er habe zwischen Anfang September 2013 (vorherige Taten verjährt) bis zum 20. April 2016 täglich ein bis zehn Gramm Cannabis konsumiert, welches er sich bei unbekanntem Dealern ■auf der Gasse■ beschafft habe (Akten S. 510). Diesen Vorwurf gestand der Berufungskläger ebenfalls zu und liess das ergangene Urteil des Strafgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 22. Dezember 2016 in diesem Punkt in Teilrechtskraft erwachsen (Akten S. 540).

Der langjährige, teilweise intensive Cannabiskonsum durch den Berufungskläger zum einen und die positiv ausgefallene Untersuchung zum anderen, sind nicht denkbar, ohne dass der

Berufungskläger über bestehende Kontakte niederschwellige Möglichkeiten zum Erwerb von Cannabisprodukten hatte und davon auch Gebrauch machte. Damit ist ein konkreter ■Stoffbezug■ gegeben, selbst wenn beim Absenden seiner Nachricht effektiv gerade kein unmittelbarer Besitz am betreffenden Produkt bestanden haben sollte. In rechtlicher Hinsicht ist es deswegen auch unerheblich, ob der Berufungskläger die am 25. Januar 2017 verschickte Aufnahme von einem Minigrip und einem Joint selbst produziert oder aus dem Internet heruntergeladen hat.

2.2.5 Die Verteidigung berief sich in ihrem Plädoyer auf eine Analogie zum legalen Markt, wo das besitzlose bzw. vorgeschobene Anbieten einer Ware im Internet, beispielsweise eines Mobiltelefons, allenfalls einen Betrug darstellen könne, nicht jedoch ein konkretes Angebot zu dessen Übereignung (Protokoll der Berufungsverhandlung S. 9). Soweit dieser Analogieschluss denn zutrifft, ist unklar, in welche Richtung die Einwendung zielt.

Zunächst setzt die Möglichkeit, durch ein Verkaufsversprechen einen Betrug zu begehen, gerade voraus, dass ein gültiges Angebot zur Übertragung des Eigentums vorliegt und dass dieses mit der Annahme durch den Erwerber zum Vertrag geworden ist (Verpflichtungsgeschäft). Wäre ein besitzloses oder vorgeschobenes Angebot nichtig, so entfielen die Verpflichtung des Verkäufers zur Erfüllung und damit auch eine Täuschung über den vermeintlichen Erfüllungswillen. Gleiches gilt für die Verpflichtung des Käufers zur Bezahlung. Der Berufungskläger scheint somit implizit selbst vorauszusetzen, dass beim Internetbetrug ein gültiges Angebot zu Stande kommt. Die täuschungsrelevante Tatsache beschlägt denn auch weder den Besitz noch das Eigentum des Veräußerers an der Sache zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern seinen Willen, dem Erwerber zum Erfüllungszeitpunkt das Eigentum (oder ein anderes versprochenes Recht) zu übertragen, was in der Regel auch die Übertragung des Besitzes voraussetzt (Art. 714 Abs. 1 ZGB). Dies schließt jedoch nicht aus, dass der Veräußerer sich das Eigentum oder den Besitz der Sache zwischen dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts und dem Erfüllungszeitpunkt verschafft und den Vertrag erfüllt. Ein besitzloses oder vorgeschobenes Kauf- (bzw. hier Schenkungs-) ■angebot über ein Mobiltelefon ist demnach im legalen Markt gültig. Inwiefern das angeführte Rechtsgeschäft, soweit es sich mit dem zu beurteilenden Sachverhalt überhaupt vergleichen lässt, den Berufungskläger entlasten soll, erschliesst sich dem Appellationsgericht nicht.

2.2.6 Damit erweisen sich die auf den objektiven Tatbestand von Art. 19bis BetmG gerichteten Rügen als unbegründet. Die weiteren objektiven Tatbestandsvoraussetzungen in Bezug auf die Variante des Anbietens waren im Berufungsverfahren nicht mehr umstritten; insbesondere das jugendliche Alter des Privatklägers und die Tatsache, dass das Angebot zum Konsum von Cannabis ohne medizinische Indikation erfolgt ist (vgl. Art. 11 und 13 BetmG).

Im Ergebnis hat der Berufungskläger den objektiven Tatbestand von Art. 19bis BetmG erfüllt.

2.3 Unter dem Titel des subjektiven Tatbestandes macht der Berufungskläger zweierlei geltend:

2.3.1 In Bezug auf die Wissensseite des Vorsatzes beruft er sich auf einen Sachverhaltsirrtum. Er macht geltend, er habe den Chatpartner für seinen ehemaligen Arbeitskollegen C\_\_\_\_\_ gehalten, der zu jenem Zeitpunkt volljährig gewesen sei. Mit dem Privatkläger habe er unwissentlich kommuniziert. Er habe diesen gar nicht gekannt und

bloss einmal während einigen Minuten in der Dunkelheit am WC beim Barfüsserplatz in Begleitung von C\_\_\_\_\_ gesehen. Erst später habe er erfahren, dass C\_\_\_\_\_ gelegentlich das Handy des Privatklägers benutzt habe, wodurch sich ihm erschlossen habe, weshalb er diesen für seinen Freund gehalten habe (Protokoll der Berufungsverhandlung S. 4 f.). Zudem habe der Privatkläger in der Voruntersuchung gar nicht ausgesagt. Seine späteren Depositionen stünden nicht mehr im zeitlichen Konnex zum Erlebten. Man wisse nicht, was für Kontakte oder Gespräche nach der Tat noch stattgefunden hätten, beispielsweise mit seinem Vater (Protokoll der Berufungsverhandlung S. 7). Soweit der Privatkläger angegeben habe, er habe die Aufforderung, gemeinsam einen Joint zu rauchen, als an ihn gerichtet verstanden, so handle es sich lediglich um dessen subjektives Empfinden, was nicht massgeblich sei (Akten S. 492).

2.3.2 Handelt der Täter in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt, so beurteilt das Gericht die Tat zu Gunsten des Täters nach dem Sachverhalt, den sich der Täter vorgestellt hat (Art. 13 Abs. 1 StGB). Einem Sachverhaltsirrtum unterliegt, wer von einem Merkmal eines Straftatbestands keine oder eine falsche Vorstellung hat. In diesem Fall fehlt dem Irrenden der Vorsatz zur Erfüllung der fraglichen Strafnorm (BGE 129 IV 238 E. 3.1; vgl. zuletzt: BGer 6B\_630/2018 vom 8. März 2019 E. 1.6.2, 6B\_782/2018 vom 1. Februar 2019 E. 2).

2.3.3 Es ist zu prüfen, ob der Berufungskläger darüber irrte, dass er mit einer Person unter 18 Jahren chattete, als er diese zum Konsum von Cannabis einlud.

Zur Ausgangslage ist vorab zu bemerken, dass der Berufungskläger mit dem Privatkläger über Facebook chattete, wo beide befreundet waren und der Privatkläger mit seinem Klarnamen auftrat. Schon dies hätte die Aufmerksamkeit des Berufungsklägers auf die Möglichkeit lenken müssen, effektiv eben doch mit dem Privatkläger zu schreiben. Denn selbst wenn C\_\_\_\_\_ gelegentlich das Handy des Privatklägers nutzte, scheint eher unüblich, dass die beiden unabhängig voneinander mit dem gleichen Facebook-Profil kommuniziert haben sollen. Eine solche Annahme fände in den Akten jedenfalls keine Stütze und wird auch nicht behauptet.

Sodann ergibt sich aus dem weiteren Chatverlauf mit hinreichender Klarheit, dass es sich bei der Aussage des Berufungsklägers, er habe geglaubt, mit C\_\_\_\_\_ zu chatten, um eine Schutzbehauptung handelt. Den Screenshots der Chats lässt sich entnehmen, dass der erste aktenkundige Kontakt am 24. Januar 2017 stattgefunden hat. Effektiv hatte man sich am Barfüsserplatz getroffen. Der Berufungskläger schrieb ■ auszugweise wiedergegeben (Akten S. 158):

■ Ich bin zrh min barfi.■;

■ Wo seid ihr■;

■ Und euch■;

■ Was macht ihr■;

■ Was läuft bei euch■;

■ Was mached ihr und so■;

■ Ich bi in wc barfi■;

■ Kommed zu zwei [...] ich hab ein keller gefunden■;

■Aber wenn jemand gefrscht saged uhr jennt mich nicht■;

■Ich koch und bringe euch zum essen ist gud■

Diese Zitate lassen es offenkundig erscheinen, dass der Berufungskläger nicht nur C\_\_\_\_\_ sondern auch den Privatkläger als Adressat seiner Nachrichten mitansprach. Dies ergibt sich zwanglos aus der verwendeten Anrede in Pluralform. In einer Nachricht führte er auch wörtlich aus, die Buben sollten ■zu zwei[t]■ zu ihm nach [...] kommen.

Tags darauf, am 25. Januar 2017, ging die strittige Nachricht (■[ ]komm zu mir mir rauche ein joint■) beim Privatkläger ein. Unmittelbar danach erhielt er folgende Nachrichten vom Berufungskläger ■ auszugweise wiedergegeben:

■Ey wo said ihr und so■;

■wo ist [...]■;

■Wo ist [...]■;

■Dein Kolleg■; ■Er kennt mich gud zit zweihalb joor■;

■Ist er bei dir■; ■?■.

Der Chatverlauf zeigt direkt anschliessend das Foto mit dem Minigrip und dem gedrehten Joint (Akten S. 159). Diese Nachrichten fügen sich widerspruchsfrei in den Kontext der Kommunikation vom Vortag ein und lassen insofern keinen Zweifel daran offen, dass der Berufungskläger mit ■[...]■ seinen Bekannten C\_\_\_\_\_ meinte. Dabei ist ausschlaggebend, dass der Berufungskläger das Angebot, einen Joint zu rauchen abschickte, bevor er sich auch noch nach C\_\_\_\_\_ erkundigte. Implizit war ihm somit klar, dass er mit dem Privatkläger schrieb.

Mit dem Chatverlauf liegt ein objektives Element vor, welches einen Irrtum über den Chatpartner bereits mit hoher Wahrscheinlichkeit ausschliesst. Das Appellationsgericht geht gestützt darauf davon aus, dass sich das Angebot, Cannabis zu konsumieren, primär an den Privatkläger richtete und nur im Eventualfall, dass C\_\_\_\_\_ wie am Vortag mitlese, auch diesen miteinschloss.

Anlässlich der Berufungsverhandlung wurde der Berufungskläger mit weiteren Passagen konfrontiert, aus welchen sich ergeben könnte, dass er sich über die Identität des Privatklägers im Klaren war. So habe er sich mit ihm darüber unterhalten, dass dieser Geld und eine Unterkunft brauchte, was einzig auf den Privatkläger, nicht jedoch auf C\_\_\_\_\_ zutraf. Hierauf ging der Berufungskläger inhaltlich nicht ein, sondern berief sich darauf, er habe dem Chatpartner nur zum Spass finanzielle Hilfe in Aussicht gestellt. Dies spricht jedenfalls nicht dagegen, dass er wusste, es mit dem Privatkläger zu tun zu haben. Auf Vorhalt dessen gab er ausweichend an, das Chatten an sich sei ja nicht strafbar (Protokoll der Berufungsverhandlung S. 5). Dem Berufungskläger wurde sodann vorgehalten, er habe den Privatkläger gefragt, ob dieser Schulferien habe, obschon er gewusst habe, dass C\_\_\_\_\_ bereits in der Lehre war. Die Frage könne darum nur an den Privatkläger gerichtet gewesen sein. Der Berufungskläger liess sich auf diesen Vorhalt ebenfalls nicht ein. Seine Verteidigung machte geltend, es könne ihm angesichts seiner zwar passablen aber nicht einwandfreien Deutschkenntnisse nicht zum Vorhalt gemacht werden, dass er generell Ferien meine, selbst wenn er von Schulferien im engeren Sinne spreche (Protokoll der Berufungsverhandlung S. 6, 7). Das erscheint allerdings abwegig, vermochte doch der Berufungskläger durchaus zwischen Schule und Arbeit bzw. Lehre zu unterscheiden. Hinzu

kommt, dass der Berufungskläger sich anlässlich der zweitinstanzlichen Hauptverhandlung in Bezug auf den Privatkläger zunehmend in Widersprüche verstrickte. So gab er beispielsweise zu Protokoll: ■ [ ] ich kenne den ja gar nicht, dem ich das geschrieben habe, dieser ■ wie heisst er? ■ B \_\_\_\_\_.■ oder ■Ich hatte keinen Kontakt zu B \_\_\_\_\_. Ich wusste nicht mal wie der aussieht.■ (Protokoll der Berufungsverhandlung S. 4). Dem stehen die Screenshots der Chats entgegen, die zeigen, wie der Berufungs- den Privatkläger anschrieb: ■Ey; Was läuft; [ ]; Kunsch chill; Mir zwei; B \_\_\_\_; B \_\_\_\_; B \_\_\_\_; B \_\_\_\_; B \_\_\_\_; Ey B \_\_\_\_; B \_\_\_\_, Ey, B \_\_\_\_; B \_\_\_\_; B \_\_\_\_ braa■ (Akten S. 164). Im Resultat vermögen die subjektiven Einwendungen des Berufungsklägers die aus dem Chatverlauf gewonnene Erkenntnis, dass er wissentlich den Privatkläger angeschrieben hat, nicht zu entkräften.

In Bezug auf die Aussagen des Privatklägers ruft der Berufungskläger zwar zutreffend in Erinnerung, dass dieser an der Einvernahme vom 16. Februar 2017 keine Angaben zur Sache gemacht hat und damit aus dem Vorverfahren keine Belastungen vorliegen (Akten S. 133). Erst anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung vom 22. Mai 2017 habe er sinngemäss ausgesagt, er gehe davon aus, dass der Berufungskläger sein Angebot, mit ihm einen Joint zu rauchen, im wörtlichen Sinne gemeint habe (Akten S. 384 ff.). Effektiv hatte der Privatkläger zwischen der Tat und der Aussage genügend Zeit, den Kontakt zum Berufungskläger mit Drittpersonen zu reflektieren. Er hat diesen aber nicht über Gebühr belastet und eine generelle Unglaubhaftigkeit seiner Aussagen wird vom Berufungskläger auch nicht geltend gemacht. Zu betonen ist auch, dass das Verständnis des Geschädigten in die Bewertung des subjektiven Tatbestands von Art. 19bisBertmG nur am Rande miteinfliesst. Die privatklägerische Aussage fügt sich angesichts der bereits erhobenen Indizien aber als beschreibendes Element in das bereits konturierte Bild ein.

In zusammenfassender Würdigung gelangt das Appellationsgericht zum Schluss, dass der Berufungskläger bewusst den Privatkläger angesprochen hat. Er hat seine Mitteilungen teilweise ausschliesslich an diesen adressiert, teilweise aber auch zu erkennen gegeben, dass seine Nachrichten C \_\_\_\_ als Adressaten mit einschliessen. In Bezug auf die subjektive Komponente von Art. 19bisBetmG macht dies freilich keinen Unterschied, solange der Privatkläger von der Erklärung erfasst ist. Dass der Berufungskläger sich ausschliesslich an C \_\_\_\_ gewendet haben könnte, ist demgegenüber an keiner Stelle ersichtlich.

Nach dem Gesagten entbehrt die Einwendung, der Berufungskläger habe sich über die Identität seines Chatpartners im Irrtum befunden, der Grundlage. Die Berufung erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

2.3.4In Bezug auf die Willensseite des Vorsatzes bringt der Berufungskläger vor, die an seinen Chatpartner gerichtete Einladung, zu ihm zu kommen und einen Joint zu rauchen, sei nicht ernsthaftig gewesen. Der Austausch im Internet sei nicht immer ehrlich. Die ■digitale Generation■ benutze die sozialen Medien anders, als die ihr vorangegangenen. Was die erstere unter den Stichworten von ■Prank■ und ■Fake■ als unterhaltsam empfinde, liesse sich teilweise nicht nachvollziehen bzw. sei aus anderer Warte betrachtet nicht lustig (Protokoll der Berufungsverhandlung S. 5 f., 8).

Soweit der Berufungskläger vorbringt, er habe dem Privatkläger ein Treffen bloss angeboten, um diesen ins Leere laufen zu lassen, wird ihm nicht gefolgt. Ein Blick auf die Unterhaltung macht deutlich, dass zwischen den Schreibenden ein hohes Aufmerksamkeitsgefälle herrscht. Der Berufungskläger schrieb den Privatkläger relativ aufdringlich, teilweise im Sekundentakt an und schickte ihm Dutzende Nachrichten und

Emoticons, ohne dazwischen eine Antwort zu erhalten. Auch bei der fraglichen Passage (■[ ]komm zu mir mir rauche ein joint■) verlief die Konversation einseitig. Der Privatkläger zeigte auf das Angebot und das Foto keine Reaktion. Erst später meldete er sich völlig losgelöst von früheren Zusammenhängen zu Wort und schrieb schlicht: ■Ich brauche Geld■ (Akten S. 160). Dieses bot ihm der Berufungskläger dann auch umgehend an, wodurch sich überhaupt erst eine zweiseitige Konversation entspannt. Der Privatkläger bezog sich in seinen ersten Nachrichten einzig auf das Thema Geld und lenkte die Unterhaltung relativ konkret darauf, ein Treffen für die Übergabe zu vereinbaren, bevor er sich zwischenzeitlich wieder aus der Unterhaltung zurückzog (vgl. exemplarisch: Akten S. 161■164 und im Kontrast hierzu Akten S. 176■177).

Inwiefern der Berufungskläger in Bezug auf das Angebot, Cannabis zu konsumieren, einen humoristischen Subtext bzw. den spezifischen Humor der ■digitalen Generation■ aus dem Chat herausliest, hat er nicht näher ausgeführt. Ein solcher ist selbst bei Betrachtung der gesamten Unterhaltung auch nicht erkennbar. Damit fehlt es an objektiven Elementen, die seine Interpretation stützen. Der Chat ist vielmehr dahingehend zu interpretieren, dass der Berufungskläger das Angebot von Cannabis und Geld als Mittel zum Zweck nutzte, um sich die Aufmerksamkeit des Privatklägers zu sichern und ein persönliches Treffen mit ihm zu arrangieren. Damit erweist sich auch die in Bezug auf die Willensseite des subjektiven Tatbestands erhobene Rüge als unbegründet.

2.3.5 Im Berufungsverfahren unbestritten geblieben ist schliesslich das Wissen des Berufungsklägers darum, dass der Privatkläger zur Tatzeit jünger als 18 Jahre war. Es kann hierfür auf die Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (angefochtenes Urteil S. 38 i.V.m. S. 32).

2.3.6 Zusammenfassend gelangt das Appellationsgericht zum Schluss, dass der Berufungskläger wissentlich den Privatkläger anschrieb und ihm anbot, bei sich zuhause Cannabis zu konsumieren, wobei er dieses Angebot im wörtlichen Sinne meinte. Dadurch hat er mit direktem Vorsatz gehandelt. Die Berufung erweist sich in Bezug auf den subjektiven Tatbestand als unbegründet.

Damit hat der Berufungskläger den objektiven und den subjektiven Tatbestand von Art. 19bis BetmG erfüllt. Schuldausschluss- und Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht geltend gemacht. Damit ist die Berufung im Schuldpunkt abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen.

### **E. 3**

Der Berufungskläger wendet sich gegen die Strafzumessung der von der Vorinstanz ausgefallten und rechtskräftigen Schuldsprüche wegen Widerhandlung gegen Art. 119 Abs. 1 AIG und wegen Übertretung nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG. Zudem ist die Strafe für den Schuldspruch wegen Widerhandlung gegen Art. 19bis BetmG zu bemessen.

3.1 In Bezug auf die Bestimmung der Strafart hat die Vorinstanz hinsichtlich der zu ahndenden Vergehen die massgeblichen Kriterien zutreffend wiedergegeben. Sie ist gestützt darauf je gesondert zum Schluss gekommen, für die Widerhandlungen gegen Art. 19bis BetmG und Art. 119 AIG jeweils eine kurze unbedingte Freiheitsstrafe i.S.v. Art. 41 aStGB auszufällen (angefochtenes Urteil S. 40 f.). An den anwendbaren rechtlichen Grundlagen hat sich auch mit Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches am 1. Januar 2018 nichts geändert (Art. 2 Abs. 2 StGB; sog. lex mitior).

Der Berufungskläger beantragt für die zugestandene Widerhandlung gegen Art. 119 AIG eine bedingte Geldstrafe von 5 Tagessätzen zu CHF 10.■. Vom Vorwurf der Widerhandlung gegen das BetmG verlangt er einen Freispruch ohne Eventualantrag. Indem er für die AIG-Widerhandlung eine Geldstrafe beantragt, wendet er sich implizit auch gegen die vorinstanzliche Wahl der Strafart. Er hat indes weder in der Berufungsbegründung vom 16. April 2018, wo er sich ausdrücklich nur auf die ■gewählte Höhe der Strafe■ bezieht (Akten S. 493) noch anlässlich der Berufungsverhandlung (Protokoll der Berufungsverhandlung S. 9 f.) zu diesem Punkt vernehmen lassen. Was er in Bezug auf die Strafart am vorinstanzlichen Urteil beanstandet, hat er nicht erklärt. Die diesbezüglichen vorinstanzlichen Ausführungen erweisen sich denn auch in der Subsumption als zutreffend. Auf die entsprechende Erwägung wird verwiesen (Art. 82 Abs. 4 StPO). Anzumerken bleibt einzig, dass der Berufungskläger im Parallelverfahren (ebenfalls unter der Geltung von Art. 41 aStGB) selbst eine unbedingte Freiheitsstrafe von drei Monaten beantragt (Akten S. 540).

Damit ist für beide zu beurteilenden Vergehen eine Freiheitsstrafe auszusprechen während für die Übertretung nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG unbestrittenermassen eine Busse auszufallen ist.

### **E. 3.2**

3.2.1 Aus dem Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister vom 6. März 2019 geht hervor, dass der Berufungskläger drei rechtskräftige Verurteilungen aufweist, ergangen am 20. September 2017, am 7. Dezember 2017 und am 23. Januar 2018, für welche jeweils eine Freiheitsstrafe ausgefällt worden ist. Es stellt sich die Frage, ob die vorliegend zu verhängende Freiheitsstrafe zu Gunsten des Berufungsklägers als Zusatzstrafe zu diesen Urteilen zu ergehen hat (Art. 404 Abs. 2 StPO).

3.2.2 Hat das Gericht eine Tat zu beurteilen, die der Täter begangen hat, bevor er wegen einer anderen Tat verurteilt worden ist, so bestimmt es die Zusatzstrafe in der Weise, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 49 Abs. 2 StGB). Dies scheint auf den ersten Blick der Fall zu sein, ergingen die drei neueren Urteile doch zwischen dem Datum der hier beurteilten Taten und diesem Urteil. Das Bundesgericht hat indes in Bezug auf den massgeblichen Zeitpunkt festgehalten, dass die Anwendung von Art. 49 Abs. 2 StGB nicht unbesehen auf das Berufungsverfahren übertragen werden kann. In BGE 138 IV 113 E. 3.4.3 rekapitulierte es, dass derjenige in den Genuss der in der Regel vorteilhafteren Zusatzstrafe kommen soll, bei dem der erstinstanzliche Richter die mehreren Straftaten gleichzeitig hätte aburteilen können, nicht aber derjenige, der erneut delinquent, nachdem er wegen anderer Delikte erstinstanzlich verurteilt und mithin eindringlich gewarnt worden sei. Komme es im Rahmen der Neubeurteilung in der gleichen Sache aufs Neue zu einer Verurteilung, sei für die Anwendbarkeit des Asperationsprinzips nach wie vor das Datum des Ersturteils entscheidend. Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass auf das Datum des strafgerichtlichen Erkenntnis, also auf den 22. Mai 2017 abzustellen ist. Der Berufungskläger beging die Delikte, für die er zwischenzeitlich rechtskräftig verurteilt wurde am 3. Juni 2017, am 19. Juni 2017 und am 19. September 2017. Er fällt damit in die Kategorie jener Täter, die zum einem Zeitpunkt delinquent haben, als sie durch eine Verurteilung bereits eindringlich gewarnt waren. Das Gesagte wird dadurch veranschaulicht, dass die Vorinstanz vor der Begehung der drei neueren Delikte offensichtlich keine Asperation vornehmen konnte. Wird gemäss der bundesgerichtlichen

Rechtsprechung auf diesen Termin abgestellt, so geht der Berufungskläger auch keiner für ihn vorteilhaften Asperation verlustig, wenn diese im Berufungsverfahren nicht nachgeholt wird. Somit hat der Berufungskläger in diesem Verfahren keinen Anspruch auf die Ausfällung einer Zusatzstrafe.

### **E. 3.3**

3.3.1 Gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Gemäss Art. 47 Abs. 2 StGB wird das Verschulden nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.

3.3.2 Ausgangspunkt der Asperation bildet das Delikt mit der höchsten Strafandrohung. Sind mehrere Delikte mit identischem Strafrahmen zu beurteilen, ist von derjenigen Straftat auszugehen, die im konkreten Fall die höchste Strafe nach sich zieht. Sowohl die Widerhandlung gegen Art. 119 Abs. 1 AIG als auch jene gegen Art. 19bis BetmG ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bedroht. Aufgrund des grösseren Verschuldens ist die Einsatzstrafe ausgehend von der Widerhandlung gegen das BetmG zu bilden.

3.3.3 Hinsichtlich der objektiven Tatschwere ist zu berücksichtigen, dass der Berufungskläger die Tatbestandsvariante des Anbietens von Betäubungsmitteln an eine Person unter 18 Jahren erfüllt hat, was im Vergleich zu den Tatbegehungsmöglichkeiten der Abgabe oder des auf andere Weise zugänglich Machens bereits erkennen lässt, dass der Jugendliche nicht in Kontakt in Betäubungsmitteln gekommen ist. Zudem handelt es sich bei Cannabis angesichts dessen, dass Art. 19bis BetmG sämtliche Stoffe erfasst, um eine sog. weiche Droge. Schliesslich hat der Berufungskläger dem Privatkläger lediglich bei einer Gelegenheit Cannabis angeboten. Die Rechtsgutsverletzung wiegt damit sehr leicht.

Hinsichtlich der subjektiven Tatschwere fällt in Bezug auf die Verwerflichkeit des Beweggrundes primär ins Gewicht, dass es dem Berufungskläger darum ging, über das Angebot von Cannabis den sozialen Kontakt zum Privatkläger aufrecht zu erhalten, obwohl dieser einen freundschaftlichen Kontakt zum deutlich älteren Berufungskläger offensichtlich nicht wünschte. Das Angebot, gemeinsam zu kiffen, diente mithin als Mittel zu Zweck. Dass er den Betäubungsmittelkonsum kalkuliert als Lockmittel einsetzte, wirkt sich verschuldenserhöhend aus. Was den Cannabiskonsum als solchen betrifft, ist festzustellen, dass der Tatplan, den Privatkläger zu sich nach Hause einzuladen, keine besondere kriminelle Energie erfordert und von einer gewissen Spontaneität zeugt. Dies wirkt sich leicht verschuldensmindernd aus. Weitere Elemente, welche die subjektive Vorwerfbarkeit der Tat beeinflussen, sind nicht ersichtlich und wurden auch nicht geltend gemacht. Das subjektive Tatverschulden wiegt nach dem Gesagten nicht schwer.

Gemessen am Strafrahmen, der von einem Tagessatz Geldstrafe bis hin zu drei Jahren Freiheitsstrafe reicht, ist das Tatverschulden insgesamt als eher leicht zu bewerten. Es rechtfertigt sich die Festsetzung einer Einsatzstrafe von 50 Tagen Freiheitsstrafe.

3.3.4 Der Berufungskläger macht hinsichtlich der Verurteilung wegen der Widerhandlung gegen Art. 119 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 AIG geltend, er sei grundsätzlich der Ansicht, dass die Missachtung einer Ausgrenzung zu stark bestraft werde. Er lebe in [...] / BL. Basel sei der

nächste Bezugspunkt. Sinngemäss sei die Ausgrenzung für das gesamte Gebiet des Kantons Basel-Stadt sehr einschneidend. Weiter stelle die Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung im Normalfall eine Widerhandlung gegen eine verwaltungsrechtliche Verfügung dar, welche ansonsten gemäss Art. 292 StGB nur mit Busse bestraft würde. Das Verschulden sei darum als nicht besonders schwerwiegend zu bezeichnen (Akten S. 493 f., Protokoll der Berufungsverhandlung S. 9).

Was der Berufungskläger in Bezug auf die offenbar rechtskräftige und in ihrer Gültigkeit unbestrittene Ausgrenzungsverfügung vorbringt, geht am Gegenstand des Strafverfahrens vorbei. Rügen, welche sich auf die Verhältnismässigkeit der Ausgrenzung beziehen, können nicht strafzumessungsweise dazu führen, dass das Verschulden im Falle der Missachtung auf einen derart niedrigen, bzw. symbolischen, Wert reduziert wird, dass die Ausgrenzung praktisch unbeachtlich würde. Der Gesetzgeber hat Art. 119 AIG sodann bewusst als Vergehen ausgestaltet. Inwiefern ein Vergleich der Norm mit Art. 292 StGB zu einer Relativierung dessen führen soll, erschliesst sich dem Appellationsgericht nicht.

In objektiver Hinsicht ist festzuhalten, dass sich der Berufungskläger gemäss Anklagesachverhalt einmal, am 23. Februar 2017, verbotenerweise in Basel aufhielt, wo er um 18:55 Uhr angehalten wurde. Das Verschulden wiegt diesbezüglich leicht.

In subjektiver Hinsicht hat der Berufungskläger ausgesagt, er habe gewusst, nicht nach Basel kommen zu dürfen (Akten S. 382). Gemäss den Erklärungen gegenüber der Vorinstanz habe er nach Basel kommen müssen, um wichtige und dringende Angelegenheiten zu erledigen. Die Vorinstanz stellte auf diese Einwendung nicht ab, was der Berufungskläger im Rechtsmittelverfahren nicht mehr thematisierte (vorinstanzliches Urteil S. 39). Damit sind keine verschuldensmindernden Momente aktenkundig. Das subjektive Tatverschulden wiegt dennoch eher leicht.

Gemessen am Strafraumen, der von einem Tagessatz Geldstrafe bis hin zu drei Jahren Freiheitsstrafe reicht, ist das Tatverschulden insgesamt als leicht zu bewerten. Es rechtfertigt sich die Festsetzung einer hypothetischen Strafe von 30 Tagen Freiheitsstrafe.

3.3.5 Bei der Bemessung der Gesamtstrafe müssen die einzelnen Straftaten in einem selbständigen Schritt gewürdigt werden. Nach der Praxis des Bundesgerichts sind namentlich das Verhältnis der einzelnen Taten untereinander, ihr Zusammenhang, ihre grössere oder geringere Selbständigkeit sowie die Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und Begehungsweisen zu berücksichtigen. Der Gesamtschuldbeitrag des einzelnen Delikts ist dabei geringer zu veranschlagen, wenn die Delikte zeitlich, sachlich und situativ in einem engen Zusammenhang stehen (vgl. zuletzt BGer 6B\_1248/2017 vom 21. Februar 2019 E. 7.4 mit Hinweisen).

Vorliegend stehen die Widerhandlung gegen das BetmG vom 25. Januar 2017 und jene gegen das AIG vom 27. Februar 2017 unabhängig nebeneinander. Es besteht weder zeitlich, sachlich noch situativ ein erkennbarer Zusammenhang. Auch die verletzten Rechtsgüter sind unterschiedlich. Damit rechtfertigt es sich, die Einsatzstrafe für die Widerhandlung gegen Art. 19bis BetmG von 50 Tagessätzen Freiheitsstrafe um 25 Tagessätze Freiheitsstrafe für die Widerhandlung gegen Art. 119 Abs. 1 AIG zu erhöhen.

3.3.6 Unter dem Titel der Täterkomponenten ist zu berücksichtigen, dass der Berufungskläger 1986 in [...] geboren wurde. Noch als Kind verliess er die Schule und zog in den [...], wo er fortan eine Erwerbstätigkeit ausübte. Im Jahre 2007 stellte er in der

Schweiz ein Asylgesuch und erhielt eine vorläufige Aufnahme. Insoweit wirkt sich das Vorleben neutral aus. Betreffend die Widerhandlung gegen das BetmG ist bekannt, dass der Berufungskläger im Parallelverfahren das erstinstanzliche Urteil des Strafgerichts Basel-Stadt vom 22. Dezember 2016 in Bezug auf den identischen Vorwurf teilweise hat in Rechtskraft erwachsen lassen, womit er in diesem Punkt rückfällig geworden ist. In diesem Strafverfahren hat er keine Reue gezeigt, jede Schuld von sich gewiesen und die ihm vorgeworfenen Handlungen bagatellisiert. Dies verhält sich strafneutral (zur diesbezüglichen Kritik an BGE 113 IV 56 E. 4c vgl. Mathys, Leitfaden Strafzumessung, Basel 2016, Rz. 233).

In Würdigung sämtlicher Umstände fallen die Täterkomponenten gerade noch neutral zur Strafzumessung aus.

Damit ist in Würdigung sämtlicher relevanter Strafzumessungsfaktoren eine Freiheitsstrafe von 75 Tagen Dauer auszufällen. Sie übersteigt den im Vorverfahren ausgestandenen Freiheitsentzug von 62 Tagen, der an die Strafe anzurechnen ist (Art. 51 StGB). Das anlässlich der Berufungsverfahren gestellte Begehren um Zusprechung einer Haftentschädigung ist somit abzuweisen.

### **E. 3.4**

3.4.1 Gemäss Art. 42 Abs. 1 aStGB, in der hier anwendbaren, bis zum 1. Januar 2018 geltenden Fassung, schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Zentrale materielle Voraussetzung für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges ist die Aussicht auf künftiges Wohlverhalten. Die Prüfung der Bewährungsaussichten des Täters ist anhand einer Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Für die Einschätzung des Rückfallrisikos ist ein Gesamtbild der Täterpersönlichkeit unerlässlich. Relevante Faktoren sind etwa strafrechtliche Vorbelastung, Sozialisationsbiographie und Arbeitsverhalten, das Bestehen sozialer Bindungen, Hinweise auf Suchtgefährdungen usw. Dabei sind die persönlichen Verhältnisse bis zum Zeitpunkt des Entscheides miteinzubeziehen (BGE 144 IV 277 E. 3.2, 134 IV 140 E. 4.2 ff.; Schneider/Garré, Basler Kommentar StGB, 4. Auflage, Basel 2019, Art. 42 N 46).

3.4.2 Wie unter dem Titel der Täterkomponenten festgehalten, liegt betreffend die BetmG-Widerhandlung ein eigentlicher Rückfall in Bezug auf das strafgerichtliche Urteil vom 22. Dezember 2016 vor. Hinsichtlich seiner Bewährungsaussichten in die Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Berufungsklägers miteinzubeziehen ist das bereits erwähnte Verhalten, Jugendlichen Cannabis anzubieten, um sie auf der so geschaffenen Vertrauensbasis zu persönlichen Kontakten zu verleiten. Die Beurteilung diesbezüglicher Vorwürfe steht im Parallelverfahren indes noch aus. Ebenfalls in einem konkreten Zusammenhang hierzu steht hingegen die rechtskräftige Verurteilung der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 18. Januar 2016 wegen sexueller Handlungen mit Kindern sowie sexueller Belästigung. In Bezug auf die Missachtung der Ausgrenzung gab der Berufungskläger anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zu Protokoll, er habe sich dieser ungeachtet jeden Abend in Basel aufgehalten (Akten S. 382).

Dementsprechend sind unterdessen drei weitere Verurteilungen wegen Missachtung der Ausgrenzung ergangen, nämlich am 20. September 2017, am 7. Dezember 2017 und am 23. Januar 2018. Gemäss dem Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister vom 6. März 2019 sind zudem weitere Strafuntersuchungen in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft hängig, dies wegen mehrfacher sexueller Handlungen mit Kindern, mehrfacher sexueller Belästigung, Pornografie und einfacher Körperverletzung (vgl. auch Akten S. 485).

Zusammenfassend ist dem Berufungskläger in Bezug auf seine Bewährungsaussichten eine Schlechtprognose zu stellen. Der Vollzug der auszusprechenden Freiheitsstrafe von 75 Tagen erfolgt somit unbedingt.

### **E. 3.5**

3.5.1 Der Berufungskläger ficht die für den Konsum von Cannabis ausgefallte Busse von CHF 200.█ an. Er beantragt, es sei von der Busse abzusehen, eventualiter sei sie auf CHF 100.█ festzusetzen. Er stützt sich auf Art. 19b BetmG, wonach bei Geringfügigkeit von einer Bestrafung wegen Konsums von Betäubungsmitteln Umgang genommen werden könnte (Akten S. 494).

3.5.2 Nach der geltenden Rechtslage ist der unbefugte Konsum von Betäubungsmitteln strafbar (Art. 19a Ziff. 1 BetmG). In leichten Fällen kann das Verfahren eingestellt oder von einer Strafe abgesehen werden. Es kann eine Verwarnung ausgesprochen werden (Art. 19a Ziff. 2 BetmG). Nicht strafbar macht sich demgegenüber bloss, wer eine nur geringfügige Menge eines Betäubungsmittels für den eigenen Konsum vorbereitet oder zur Ermöglichung des gleichzeitigen und gemeinsamen Konsums einer Person von mehr als 18 Jahren unentgeltlich abgibt (Art. 19b Abs. 1 BetmG). Einzig der Besitz von bis zu zehn Gramm Cannabis zu Konsumzwecken ist somit vom Anwendungsbereich von Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG ausgenommen. Auch gemäss der Praxis des Bundesgerichts fällt der Konsum von Betäubungsmitteln gegebenenfalls unter Art. 19a Ziff. 2 BetmG, während einzig der Besitz von geringfügigen Drogenmengen zu Konsumzwecken unter Art. 19b BetmG subsumiert werden kann (BGer 6B\_1273/2016 vom 6. September 2017 E. 1.5.2 mit Hinweisen).

Der Berufungskläger hat den Konsum von Cannabis zugestanden und den diesbezüglichen Schuldspruch der Vorinstanz in Rechtskraft erwachsen lassen. Für die beantragte Anwendung von Art. 19b BetmG bleibt somit kein Raum. Ob ein leichter Fall gemäss Art. 19a Ziff. 2 vorliegt, entscheidet sich nach der Gesamtheit der objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalles (Hug-Beeli, a.a.O., Art. 19a N 508 mit Hinweisen). Diesbezüglich rechtfertigt sich ein Verweis auf die Prüfung des bedingten Strafvollzuges (E. 3.4) und des Widerrufs des bedingten Vollzuges der Vorstrafe (vgl. nachfolgend E. 4.2.3). Daraus geht hervor, dass der Berufungskläger seinen Cannabiskonsum und die Möglichkeit, sich Cannabis zu beschaffen, als Einfallstor für Bekanntschaften zu Jugendlichen nutzt, welche er offenbar mit Blick auf seine Sexualpräferenz zu knüpfen versucht. Damit liegt kein leichter Fall im Sinne von Art. 19a Ziff. 2 BetmG vor.

3.5.3 Gemäss Anklagesachverhalt soll der Berufungskläger von Januar 2017 bis zum 22. März 2017 Marihuana konsumiert haben (Akten S. 282). Die Vorinstanz stellte in objektiver Hinsicht darauf ab, der Berufungskläger habe zumindest zwei Züge von einem Joint geraucht. Das objektive und subjektive Tatverschulden erweist sich als leicht. Der Berufungskläger hat zu seinem Eventualantrag nicht näher ausgeführt, weshalb die Busse

im Falle eines Schuldspruches zu reduzieren sei. Hierfür sind auch keine Gründe ersichtlich. Damit ist für den Konsum von Betäubungsmitteln eine Busse in Höhe von CHF 200.■ auszufällen und die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.

#### **E. 4**

Der Berufungskläger wendet sich gegen den Widerruf des bedingten Vollzuges der am 18. Januar 2016 von der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt wegen sexueller Handlungen mit Kindern und sexueller Belästigung ausgesprochenen Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu CHF 30.■, unter Anrechnung eines Tages Untersuchungshaft.

4.1 Er hält dafür, er sei im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanz nicht mehrfach einschlägig vorbestraft, nachdem er in diesem Verfahren von den Vorwürfen der sexuellen Handlungen mit Kindern und der Pornografie freigesprochen worden sei. Die übrigen Delikte stünden in einem völlig anderen Zusammenhang (Akten S. 494).

#### **E. 4.2**

4.2.1 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 oder den bedingten Teil der Strafe (Art. 46 Abs. 1 Satz 1 StGB).

Die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens während der Probezeit bildet einen möglichen Widerrufsgrund. Die neu begangene Straftat muss dabei eine gewisse Mindestschwere aufweisen, nämlich mit Freiheits- oder Geldstrafe bedroht sein (vgl. Art. 10 StGB). Allerdings führt ein während der Probezeit begangenes Verbrechen oder Vergehen nicht zwingend zum Widerruf des bedingten Strafaufschubs. Dieser soll nur erfolgen, wenn "deshalb", also wegen der Begehung des neuen Delikts, zu erwarten ist, dass der Täter weitere Straftaten verüben wird. Das heisst, dass die Prognose seines künftigen Legalverhaltens in solchem Fall erneut gestellt werden muss. Vom Widerruf soll abgesehen werden können, wenn nicht zu erwarten ist, dass der Täter weitere Straftaten begehen wird. Verlangt wird also das Fehlen einer ungünstigen Prognose bzw. eine eigentliche Schlechtprognose (vgl. zu den theoretischen Grundlagen der Prognosestellung E. 3.4.1).

4.2.2 Die unter E. 2 beurteilte Widerhandlung gegen Art. 19bis BetmG und der rechtskräftige gewordene Schuldspruch der Vorinstanz wegen Widerhandlung gegen Art. 119 Abs. 1 AIG fallen gemäss dem Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister vom 6. März 2019 in die zweijährige Probezeit der Verurteilungen vom 18. Januar 2016 durch die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt wegen sexueller Handlungen mit Kindern und sexueller Belästigung. Es handelt sich um Vergehen. Damit ist der Widerruf des bedingten Vollzuges der Vorstrafe zu prüfen.

4.2.3 Gemessen an den bundesgerichtlichen Vorgaben geht die berufungsklägerische Rüge, wonach die hier zu beurteilenden Delikte in keinem Zusammenhang zur früheren Verurteilung stehen, an der Sache vorbei. Im Sinne einer Gesamtwürdigung gehört zum Bild, dass der Berufungskläger in einem Parallelverfahren erstinstanzlich der Pornografie nach Art. 197 Abs. 1 und Abs. 5 Satz 2 StGB, der sexuellen Belästigung nach Art. 198 StGB sowie der Übertretung nach Art. 19bis BetmG, allesamt mehrfach begangen, schuldig erklärt worden ist. Von weiteren Vorwürfen wegen sexueller Handlungen mit Kindern wurde er hingegen freigesprochen (Akten S. 538). Der Berufungskläger hat die Freisprüche und einen Teil der Vorwürfe betreffend Vergehen gegen Art. 19bis BetmG in Rechtskraft erwachsen lassen (Akten S. 540). Die übrigen Schuldsprüche focht er an (gegenwärtig am

Appellationsgericht hängig unter der Verfahrens-Nr. [...]). Die Vielzahl und die Parallelität der Vorwürfe deuten zumindest indiziell auf eine problematische Häufung von sexuellen Kontakten mit Jugendlichen hin. In diesem Verfahren betrachtete es die Vorinstanz zudem als erstellt, dass die Aufforderung einen Joint zu rauchen, einen von ■zahlreiche[n] objektiven Indikatoren■ dafür darstellte, dass der Berufungskläger der Privatkläger an seinen Wohnort nach [...] locken und dort an und mit ihm sexuelle Handlungen vollziehen wollte. Sie bejahte den Tatentschluss, verneinte die Strafbarkeit jedoch mit der Begründung, das Versuchsstadium sei noch nicht erreicht worden (angefochtenes Urteil S. 33■35). Im Parallelverfahren lässt sich dem strafgerichtlichen Erkenntnis entnehmen, dass der Freispruch vom Vorwurf der sexuellen Handlungen mit Kindern erging, weil er nicht habe wissen können, dass sich der Geschädigte noch im Schutzalter befand (Akten S. 520■526). Dass sich der Berufungskläger trotz der rechtskräftigen Verurteilung vom 18. Januar 2016 zumindest bis ins Jahr 2017 Jugendlichen anzunähern versuchte, trübt seine Legalprognose beträchtlich.

Aus dem Strafregister geht hervor, dass weitere Strafuntersuchungen gegen den Berufungskläger laufen. So hat die Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft ebenfalls ein Verfahren wegen des Verdachts der sexuellen Handlungen mit Kindern, der sexuellen Belästigung und der Pornografie eröffnet (vgl. auch Akten S. 485), sowie eines wegen Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung. Die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt führt gegen den Berufungskläger eine Strafuntersuchung wegen einfacher Körperverletzung. Diese Verfahren deuten ■ obschon gegenwärtig rechtshängig ■ indiziell darauf hin, dass der Berufungskläger stark gefährdet ist, sich zukünftig weiterer Verbrechen oder Vergehen schuldig zu machen.

Aus den Akten erhellt sodann, dass der Berufungskläger langjähriger Cannabiskonsument ist und solches weiterhin gelegentlich konsumiert (vgl. E. 2.2.4). Es ist erkennbar, dass der Cannabiskonsum dem Berufungskläger zum Zweck des Aufbaus sozialer Bindungen zu Jugendlichen im Bereich der Schutzaltersgrenze dient, für die er eine offensichtliche Sexualpräferenz hat. Dies wirkt sich negativ auf seine Legalprognose aus. Weiter ist aus dem Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister vom 6. März 2019 ersichtlich, dass der Berufungskläger zwischen Juli 2017 und Januar 2018 drei Mal der Missachtung einer Ein- oder Ausgrenzung schuldig erklärt worden ist, was ebenfalls darauf hindeutet, dass er sich trotz laufender Strafverfahren nicht am normgerechten Verhalten orientiert. Der Berufungskläger ist gemäss seinen Angaben an der Berufungsverhandlung auf der Suche nach einer Lehrstelle. Dass er sich nicht in einem gefestigten beruflichen bzw. sozialen Umfeld bewegt, lässt die Prognose ebenfalls nicht in einem besseren Licht erscheinen.

Im Resultat ist dem Berufungskläger in Bezug auf seine Bewährungsaussichten eine Schlechtprognose zu stellen. Der bedingte Vollzug der am 18. Januar 2016 ausgesprochenen Strafe hat den Berufungskläger nicht dazu bewegt, sein Verhalten anzupassen, was ausschlaggebend dafür ist, die Strafe zu vollziehen. Daran ändert nichts, dass die Sanktion für die hier zu beurteilenden Delikte ebenfalls unbedingt auszufallen ist.

Somit ist der bedingte Vollzug der am 18. Januar 2016 von der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt wegen sexueller Handlungen mit Kindern und sexueller Belästigung ausgesprochenen Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu CHF 30.■, unter Anrechnung eines Tages Untersuchungshaft, zu widerrufen und die Strafe ist für vollziehbar zu erklären.

4.2.4 Es ist zu prüfen, ob aus der im vorliegenden Verfahren erstmals ausgefallenen Freiheits- und der vollziehbar erklärten Geldstrafe eine Gesamt(freiheits)strafe zu bilden ist.

Gemäss dem zur Tatzeit geltenden Recht kann das Gericht die Art der widerrufenen Strafe ändern, um mit der neuen Strafe in sinngemässer Anwendung von Art. 49 StGB eine Gesamtstrafe zu bilden. Sind die Voraussetzungen von Art. 41 aStGB erfüllt, kann es auch auf eine unbedingte Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten erkennen (Art. 46 Abs. 1 aStGB). Nach neuerem Recht ist die Bildung einer Gesamtstrafe hingegen a priori ausgeschlossen, wenn die widerrufenen und die neue Strafe nicht gleicher Art sind (Art. 46 Abs. 1 StGB; in Kraft seit dem 1. Januar 2018 [AS 2016 1249]).

Das Bundesgericht gelangte hinsichtlich der früheren Fassung der Norm nach einer Auseinandersetzung mit ihrer Entstehungsgeschichte zur Auffassung, dass Art. 46 Abs. 1 Satz 2 aStGB im Gesetzgebungsverfahren hätte ersatzlos gestrichen werden sollen. Es bezeichnete die vom Gesetzgeber gewählte Konzeption als wenig sachgerecht und beschränkte die Gesamtstrafenbildung auf Fälle, in welchen die bedingte Vorstrafe und die neue Strafe nicht gleichartig waren und das Gericht die Art der Vorstrafe änderte (BGE 134 IV 241 E. 4). Später wurde zudem erkannt, dass es der ratio legis der Bestimmung widerspreche, eine (rechtskräftige) Vorstrafe zulasten des Verurteilten zu ändern. Das Verfahren nach Art. 46 Abs. 1 Satz 2 aStGB sei somit nicht anwendbar, um eine Vorstrafe in eine schwerere Sanktion umzuwandeln (BGE 137 IV 249 E. 3.4.3; vgl. zur Strafartänderung im Rahmen der Zusatzstrafenbildung BGE 142 IV 265 E. 2.4.2, 138 IV 120 E. 5.2; 137 IV 57 E. 4.3.1). Die Bildung einer Gesamtstrafe war damit nur noch möglich, wenn eine früher bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe in eine Geldstrafe umgewandelt und anschliessend eine Gesamtgeldstrafe gebildet wurde (vgl. BGer 6B\_932/2018 vom 24. Januar 2019 E. 2.1, zur Publikation vorgesehen).

Damit steht Art. 46 Abs. 1 aStGB im vorliegenden Fall nicht als gesetzliche Grundlage für eine Gesamtstrafenbildung zur Verfügung. Nachdem de lege lata die Bildung einer Gesamtstrafe ausdrücklich von der Ausfällung gleichartiger Sanktionen für das einzelne Delikt abhängig gemacht worden ist, was hier offensichtlich nicht gegeben ist, fällt eine Gesamtstrafe endgültig aus der Betrachtung. Da beide Rechte, sowohl das frühere, als auch das am 1. Januar 2018 in Kraft getretene, vorsehen, dass die vollziehbar erklärte Geldstrafe kumulativ zur neu ausgefallenen Freiheitsstrafe hinzutritt, erweist sich auch keines der Rechte als das mildere. Die Frage nach einer allfälligen lex mitior (Art. 2 Abs. 2 StGB) stellt sich unter diesen Umständen nicht.

## **E. 5**

5.1 Gemäss Art. 428 Abs. 1 StPO tragen die Parteien die Kosten des Rechtsmittelverfahrens nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens. Vorliegend ist der Berufungskläger mit seinen Anträgen vollständig unterlegen. Bei diesem Ausgang trägt er die Kosten des Berufungsverfahrens. Dem Berufungskläger sind somit die mit CHF 800.■ zu beziffernden Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens, mit Einschluss der Urteilsgebühr, aufzuerlegen (vgl. § 21 des basel-städtischen Reglements über die Gerichtsgebühren [SG 154.910]).

Fällt die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO). Mit dem vorliegenden Urteil wird das vorinstanzliche Urteil bestätigt. Damit verbleibt für eine Abänderung des vorinstanzlichen Kostenentscheids kein Raum und dem Berufungskläger sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens von CHF 2■550.80 sowie eine Urteilsgebühr von

CHF 1'000.00 aufzuerlegen.

5.2 Mit Verfügung der Instruktionsrichterin vom 2. Januar 2018 wurde dem Berufungskläger die amtliche Verteidigung, unter Beiordnung von Advokat [...], für das zweitinstanzliche Verfahren bewilligt (Akten S. 480). Sie ist vom Staat zu bevorschussen (BGE 139 IV 113 E. 5). Der mit Honorarnote vom 9. April 2019 geltend gemachte Zeitaufwand des Verteidigers von zehn Stunden (unter Einrechnung der Berufungsverhandlung und der Nachbesprechung) erscheint angemessen. Dieser wird praxisgemäss zum Ansatz von CHF 200.00 entschädigt, ausmachend CHF 2'000.00. Hinzu kommt ein Auslagenersatz von CHF 64.00. Hierzu addiert wird die Mehrwertsteuer gemäss den für die Jahre 2017 und 2018 unterschiedlichen Steuersätzen, ausmachend CHF 159.65. Insgesamt sind Advokat [...] somit CHF 2'223.65 aus der Gerichtskasse zuzusprechen.

Gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO hat der Berufungskläger dem Appellationsgericht die der Verteidigung bezahlte Entschädigung zurückzubezahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben.

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