

SO_GERICHTE STAPA.2010.14 vom 3. März 2011

SO Obergericht, 2011-03-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_STAPA.2010.14

FR: SO_GERICHTE STAPA.2010.14 du 3 mars 2011

IT: SO_GERICHTE STAPA.2010.14 del 3 marzo 2011

Regeste

Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 und Ziff. 2 lit. a BetmG. Das Anstaltentreffen ist einer mengenmässigen Qualifikation zugänglich.

Erwägungen

E. 2

Zu prüfen ist, ob das Anstaltentreffen gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 Betäubungsmittelgesetz (BetmG, SR 812.121) einer mengenmässigen Qualifikation nach Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG zugänglich ist.

E. 2.1

Ein schwerer Fall gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG liegt vor, wenn der Täter weiss oder annehmen muss, dass sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Das Bundesgericht hat für verschiedene Betäubungsmittel Grenzmengen festgesetzt, bei welchen von einer Gesundheitsgefährdung für viele Menschen auszugehen ist; bei Kokain sind es 18 Gramm reinen Drogenwirkstoffs (BGE 109 IV 143; BGE 119 IV 180). In subjektiver Hinsicht wird Vorsatz verlangt. Vorausgesetzt ist in erster Linie die Kenntnis des Täters über Art und Menge der erworbenen und weitergegebenen Betäubungsmittel: Nicht notwendig ist die exakte Kenntnis der für Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG massgebenden Grenzmenge. Das Bewusstsein des Täters, dass die Drogenmenge quantitativ erheblich ist, reicht aus. Ebenso wenig muss der Täter die genauen medizinischen Wirkungen des Stoffs kennen. Vielmehr genügt die Kenntnis, dass der Gebrauch des betreffenden Betäubungsmittels beträchtliche Schädigungen der menschlichen Gesundheit zu bewirken vermag. Eventualvorsatz reicht aus, wie die Formulierung «weiss oder annehmen muss» zeigt. Das Bundesgericht sieht darin eine gegen naheliegende Ausreden gerichtete Beweisregel für den Richter. Er solle auch dann den Vorsatz des Täters annehmen dürfen, wenn er Umstände feststellt, die diesem die Überzeugung von der Gemeingefährlichkeit seines Tuns aufdrängen mussten (vgl. Peter Albrecht: Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht, Bern 2007, S. 108 f.; BGE 104 IV 214).

E. 2.2

Zur Frage der Qualifikation eines schweren Falls nach Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG, begangen durch Anstaltentreffen zum Drogendelikt hat sich das Bundesgericht noch nicht geäußert, hingegen schon mehrfach zur Konstellation einer versuchten Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 BetmG: So hat es in BGE 122 IV 360 Folgendes ausgeführt (Sachverhalt: Der Reinheitsgrad der gehandelten Menge Drogen war tiefer als vom Täter eingeschätzt, der Grenzwert von 18 Gramm Kokain war damit entgegen seiner Überzeugung objektiv nicht erreicht):

«Nach der Rechtsprechung ist die Annahme eines schweren Falls gemäss Ziff. 2 lit. a BetmG geknüpft an eine objektive und eine subjektive Voraussetzung. Die objektive Voraussetzung besteht darin, dass sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln beziehe, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen könnte. Die Kokainmenge, welche diese Gefahr bewirken könne, hat der Kassationshof in BGE 109 IV 143 festgelegt. Er nahm an, 18 Gramm Kokain reichten dafür aus. Diese Gewichtsangabe bezieht sich auf den reinen Wirkstoff. Ist die Grenze von 18 Gramm Kokain nicht erreicht, ist die objektive Voraussetzung der Anwendung von Ziff. 2 lit. a BetmG somit nicht erfüllt. Der Qualifikationsgrund nach Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG scheidet damit aus, und zwar auch dann, wenn der Täter irrtümlicherweise meint, das gehandelte Kokain enthalte mindestens 18 Gramm reinen Stoff. Die subjektive Vorstellung des Täters kann die fehlende objektive Voraussetzung nicht ersetzen. Es besteht insoweit eine Analogie zum Wahndelikt (BGE 119 IV 180, wo Entsprechendes zur 12 Gramm-Grenze bei Heroin gesagt wurde).

Gegen die Auffassung der Vorinstanz (in dieser Konstellation einen untauglichen Versuch anzunehmen) spricht Folgendes: Zum einen kann man sich fragen, ob es für die allgemeinen Regeln über den Versuch im Betäubungsmittelstrafrecht überhaupt noch einen Anwendungsbereich gibt (vgl. BGE 121 IV 198; Peter Albrecht, a.a.O., N 115 zu Art. 19 BetmG und N 3 zu Art. 26 BetmG). Zum andern betreffen diese Regeln die Strafbarkeit. Sie bestimmen, wann der Versuch strafbar ist, wie er gegebenenfalls zu bestrafen ist und welche Folgen der Rücktritt hat. Bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein nach Art. 19 Ziff. 1 BetmG tatbestandsmässiges Verhalten einen schweren Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG darstellt und deshalb mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe zu ahnden ist, geht es demgegenüber nicht um die Strafbarkeit, sondern um die Strafzumessung. Ziff. 2 lit. a BetmG ist eine Strafzumessungsregel. Sie nennt Umstände, welche zur Anwendung des höheren Strafrahmens von einem bis zu zwanzig Jahren Freiheitsstrafe führen, nicht Tatbestandsmerkmale. Letztere beschreiben die gesetzlich erfasste Rechtsgutsbeeinträchtigung und bestimmen das strafbare Geschehen als Gegenstand der Strafzumessung. Strafzumessungsregeln dagegen enthalten einen Massstab für die Bewertung dieses Gegenstands. Im Stadium dieser Bewertung kann die Frage des Versuchs, die sich gegebenenfalls bei der Tatbestandsmässigkeit stellt, nicht mehr aufgeworfen werden. Es ist denn auch widersprüchlich, in Fällen wie hier wegen Versuchs zu bestrafen, obwohl die Tat ■ Besitz und Aufbewahren von Betäubungsmitteln ■ vollendet ist. Ziff. 2 lit. a BetmG setzt für die Anwendung des höheren Strafrahmens zweierlei voraus: 1.) Die Widerhandlung muss sich auf eine Menge von Betäubungsmitteln beziehen, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann; 2.) der Täter muss dies wissen oder annehmen. Der Wechsel des Strafrahmens ist somit nach dem klaren Gesetzeswortlaut geknüpft an eine objektive und an eine subjektive Voraussetzung. Die subjektive alleine genügt, wie bereits hervorgehoben, nicht.»

In BGE 124 IV 97 nahm das Bundesgericht Bezug auf den zitierten Entscheid und legte dar, aus dieser Rechtsprechung zu Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG dürfe nicht hergeleitet werden, bei qualifizierten Tatbeständen sei ein strafbarer Versuch grundsätzlich ausgeschlossen. Vielmehr müsse diese Frage von Fall zu Fall besonders geprüft werden. So könne auf eine versuchte qualifizierte Brandstiftung im Sinne von Art. 221 Abs. 2 Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0) erkannt werden, da diese über den Grundtatbestand hinaus ein weiteres Rechtsgut, nämlich Leib und Leben schütze. Dieser Bestimmung komme mithin eine

selbständige Bedeutung zu. Entscheidend sei somit, ob bei der Qualifikation ein weiteres Rechtsgut hinzutrete und ihr damit eine selbständige Bedeutung zukomme. Art. 19 Ziff. 1 BetmG erfasse die abstrakte Gefährdung der öffentlichen Gesundheit, der qualifizierte Tatbestand von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG ebenso. Beim qualifizierten Tatbestand sei aufgrund der grossen Drogenmenge lediglich die Gefährdung stärker. Die Art der Widerhandlung sei die gleiche wie beim Grundtatbestand. Der qualifizierte Tatbestand unterscheide sich mit anderen Worten lediglich in Bezug auf die Intensität der Rechtsgutbeeinträchtigung vom Grundtatbestand. Insoweit habe er keine selbständige Bedeutung. Anders verhalte es sich bei Art. 221 Abs. 2 StGB: Hier komme gegenüber dem Grundtatbestand ein weiteres Rechtsgut dazu. Die strafbare Tätigkeit nach Abs. 2 unterscheide sich qualitativ vom Grundtatbestand.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts scheidet die Annahme einer versuchten Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG also aus. Fingerhuth/Tschurr folgern aus BGE 122 IV 363, dass zur Anwendung des verschärften Strafrahmens in objektiver Hinsicht die gesetzliche Voraussetzung erfüllt sein müsse. Sei sie das nicht, falle die Anwendung des verschärften Strafrahmens schon aus objektiven Gründen ausser Betracht. Die Frage des Versuchs könne sich deshalb nicht mehr stellen und zwar auch nicht auf dem Umweg über eine Annahme des Anstaltentreffens i.S.v. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG (Thomas Fingerhuth/Christof Tschurr: Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007, N 181 zu Art. 19 BetmG).

Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung ist in der Lehre auf Kritik gestossen:

Peter Albrecht führt zu BGE 122 IV 263 aus, diese Praxis des Bundesgerichts sei vorwiegend auf Ablehnung gestossen. Der Vergleich mit dem Wahndelikt sei sachlich verfehlt; denn der Irrtum über die Menge bzw. die Wirkstoffkonzentration der in den Verkehr gebrachten Drogen beziehe sich auf die tatsächlichen Voraussetzungen des gesetzlichen Qualifikationsgrunds, was auf die Strukturen eines (untauglichen) Versuchs hinweise. Trotzdem verbiete sich hier eine Strafmilderung nach Art. 23 Abs. 1 StGB, weil sie angesichts des Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG auf eine ungerechtfertigte Bevorzugung des (untauglichen) Versuchs gegenüber den strafbaren Vorbereitungshandlungen hinauslaufe (Peter Albrecht: in: Martin Schubarth [Hrsg.]: Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes, Bern 2007, N 195 und N 236 f. zu Art. 19 BetmG). Mit dem Anstaltentreffen würden sowohl der Versuch wie auch gewisse qualifizierte Vorbereitungshandlungen erfasst und zu selbständigen Taten mit derselben Strafdrohung wie die übrigen Verhaltensweisen aufgewertet. Diese Ausweitung der Kriminalisierung gehe auf das internationale Übereinkommen von 1936 zurück und sei anlässlich der Revision von 1951 ins Gesetz aufgenommen worden. Der Gesetzgeber habe einen möglichst umfassenden und frühzeitigen Schutz der Volksgesundheit sowie eine Erleichterung der internationalen Rechtshilfe bezweckt. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG nehme Bezug auf die vorangehenden Absätze 1 bis 5, als Beispiele seien der versuchte Kauf, Verkauf und Transport von Kokain zu nennen. Soweit die Bestimmung des Anstaltentreffens zur Anwendung gelange, kämen die allgemeinen Regeln über den Versuch und die damit verbundene Strafmilderung nicht zum Zuge, weil sonst die Vorbereitungshandlungen mit einem höheren Strafrahmen als der Versuch bedroht wären (Albrecht, a.a.O., N 143 ff. zu Art. 19 BetmG; BGE 121 IV 200). Die Strafbarkeit von Versuch und Vorbereitung werde durch Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG abschliessend geregelt, infolgedessen sei der blosse Versuch zum Anstaltentreffen straflos (Albrecht,

a.a.O., N 147 zu Art. 19 BetmG; Peter Albrecht, in: AJP 1997, S. 752 ff.).

Guido Jenny äussert sich in der ZBJV, 1999, S. 225 ff., zu BGE 124 IV 97 ebenso kritisch und schliesst mit dem Fazit: Das Bundesgericht habe mit dieser Entscheidung versucht, aus der Zwickmühle einen Ausweg zu finden, in die es sich durch die verfehlte Einstufung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG als Strafzumessungsregel hineinmanövriert habe. Doch zeige gerade diese offensichtliche Untauglichkeit der Bemühungen, diese Entscheidung durch nachgeschobene Argumente «retten» zu wollen, wie unhaltbar sie sei. Jeder der zusätzlich ins Spiel gebrachten Gesichtspunkte sei keine Nachbesserung, sondern führe noch mehr in die Irre. Die letzte Kostprobe liefere die im Kontext allein der Brandstiftung angeführte Überlegung, dass ein Versuch der qualifizierten Tat immer dort möglich sein müsse, wo der Gesetzgeber, statt die Qualifikation dem Grundtatbestand anzufügen, für sie «ebenso gut eine eigenständige Strafbestimmung» hätte «schaffen können». Dies sei aber allein eine Frage der Gesetzestchnik, die stets so oder anders entschieden werden könne, für die qualifizierte Brandstiftung ebenso wie für den schweren Fall der Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz oder der Führerflucht. Kritisch ebenso Stratenwerth (Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Bern 2005, § 12 N 35 Fn 49).

E. 2.3

Der Amtsgerichtspräsident von Bucheggberg-Wasseramt stützte sich in seinem Urteil vom 13. November 2009 gegen X. auf die dargelegte bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Versuch der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Er schloss bei der mehrmals geplanten, aber nicht realisierten Einfuhr von 5 kg Heroin auf Vergehen, nahm also entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft keine qualifizierten Widerhandlungen im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG an.

Demgegenüber entschied das Amtsgericht von Bucheggberg-Wasseramt am 1. April 2010 im vorliegenden Fall gegenteilig. Es berief sich dabei auf ein Urteil der ersten Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 22. November 2007 (SK-Nr. 2007/299). Diese hatte damals ■ unter Hinweis auf die angeführte bundesgerichtliche Rechtsprechung zur versuchten qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG ■ erkannt, ob das Anstaltentreffen zum Verkauf von Kokain unter die Qualifikation von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG falle, hänge davon ab, ob in Zusammenhang mit diesem Anstaltentreffen effektiv eine den Grenzwert von 18 Gramm reinem Kokain übersteigende Drogenmenge vorhanden gewesen sei oder nicht. Das sei eine Beweisfrage. Wenn hingegen die effektive Existenz von 18 Gramm reinem Kokain in direkten Zusammenhang mit einem bestimmten Fall nicht bewiesen werden könne, sei lediglich nach Art. 19 Ziff. 1 BetmG zu bestrafen, weil die objektive Voraussetzung der Strafzumessungsregel gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG nicht erfüllt sei. Sachverhaltsmässig war das Gericht davon ausgegangen, der Angeschuldigte habe mit einer Verkäuferin Kontakt aufgenommen, von welcher er aufgrund eines vorgängigen Testens wusste, dass sie ihm 400 Gramm Kokain minderer Qualität vorlegen und schliesslich auch noch ca. 50 Gramm der besten Qualität zeigen konnte (wovon der Angeschuldigte eine kleine Menge zwecks Tests erwarb). Weil er schliesslich einen weiteren Verkäufer fand, der bereit war, die gleiche Qualität zu einem tieferen Preis zu verkaufen, hat der Angeschuldigte das Geschäft mit dieser Person abgeschlossen. Da bewiesen sei, dass effektiv eine den kritischen Wert von 18 Gramm übersteigende Menge Kokain, auf welche sich das Anstaltentreffen bezogen habe, existiert habe, könne folglich unter dem Gesichtspunkt des Anstaltentreffens zum Kauf von Kokain die Qualifikation erfüllt sein. In Anwendung dieser Rechtsprechung ging die Vorinstanz im

vorliegenden Fall davon aus, es sei rechtsgenügend nachgewiesen, dass bei den Vorhalten 1 bis 6 eine den Grenzwert von 18 Gramm Kokain übersteigende Menge im direkten Zusammenhang mit den inkriminierten Handlungen vorhanden gewesen sei.

III.

1.1. Dem Beschuldigten wird Anstaltentreffen zur Einfuhr von Kokaingemisch, mengenmässig qualifiziert, begangen zwischen dem 31. August 2005 und dem 7. September 2005 in Puerto Plata/DOM vorgehalten, indem er in mittäterschaftlichem Zusammenwirken mit dem Hintermann A. und dem Mittelsmann B. Anstalten zur Einfuhr von mehreren Kilogramm Kokain (konkret 4 bis 10 kg) von der Dominikanischen Republik in die Schweiz getroffen habe, wobei sein Tatbeitrag im Wesentlichen darin bestanden habe, zwecks Übernahme der fraglichen Betäubungsmittel nach Puerto Plata/DOM zu reisen und diese in der Folge auf dem Rückflug in die Schweiz einzuführen, was aber (mutmasslich infolge Lieferschwierigkeiten vor Ort) fehlgeschlagen sei.

1.2. Nach dem Beweisergebnis ist davon auszugehen, dass der Beschuldigte jedenfalls mehrere Kilogramm Kokain hätte in die Schweiz transportieren sollen und sich dessen auch klar bewusst war.

1.3. Der Beschuldigte wurde von einer professionell handelnden, dominikanischen Drogenhandelsgruppe als Kurier angeworben, die den Willen hatte und in der Lage war, grosse Mengen von Kokain für den illegalen Transport von der Dominikanischen Republik in die Schweiz bereitzustellen. Der Beschuldigte anerkennt, dass er sich mit der Reise in die Dominikanische Republik zwecks Einfuhr von Kokain auf der Rückreise in die Schweiz des Anstaltentreffens im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG schuldig gemacht hat. Nachgewiesen ist, dass es sich bei der zu schmuggelnden Menge um mehrere Kilogramm Kokaingemisch handeln sollte, welche die relevante Grenze von 18 Gramm reinem Kokain um ein Vielfaches überstiegen hätte. Damit hat sich der Beschuldigte einer Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG schuldig gemacht und er wusste, dass sich diese Widerhandlung auf eine Menge Kokain bezog, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Damit ist der qualifizierte Tatbestand von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG erfüllt. Dass es dann nicht zu einem Transport bzw. nicht einmal zu einer Übergabe der Drogen gekommen ist, kann an diesem Ergebnis nichts ändern, liegt doch eben die Besonderheit des Betäubungsmittelstrafrechts darin, dass bereits qualifizierte Vorbereitungshandlungen oder Versuchshandlungen zur Begehung eines Delikts nach Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 bis 5 BetmG als eigenständiger Straftatbestand mit der gleichen Strafdrohung wie die übrigen verbotenen Verhaltensweisen aufgewertet sind. Es gibt auch keinerlei Hinweise, dass der Gesetzgeber eine qualifizierte Begehung der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG ausschliessen wollte, allein der Wortlaut der gesetzlichen Regelung stünde dem entgegen. Dazu kann auch auf die zutreffenden Erwägungen des Berner Obergerichts (E. 3.2, S. 5 und 6) des oben genannten Urteils vom 22. November 2007 verwiesen werden. Unter diesen Umständen gibt es aber keinen Grund für das vom Obergericht des Kantons Bern postulierte zusätzliche Erfordernis, für die Verurteilung wegen qualifizierter Widerhandlung sei nachzuweisen, dass in Zusammenhang mit dem Anstaltentreffen effektiv eine den Grenzwert von 18 Gramm reinem Kokain übersteigende Drogenmenge vorhanden gewesen sei. Dieser strikte Nachweis wäre im Übrigen bei den vorliegend angeklagten Vorhalten nicht zu erbringen: Es kam in allen Fällen nicht zu einer Übergabe von Kokain an die Kuriere, teilweise reisten sie gar nicht in die Dominikanische Republik (gemäss Anklage kam es «mutmasslich

wegen Lieferschwierigkeiten vor Ort» nicht zu Kokainübergaben). Es kann denn auch die Beurteilung von Strafbarkeit und Schuld des Beschuldigten nicht davon abhängen, ob es nicht zur Übergabe des Kokains kam, weil

die Produktion aus klimatischen oder anderen Gründen nicht auf den erwarteten Zeitpunkt hin möglich war;

die Produktion auf der Dominikanischen Republik schliesslich an einen anderen Händlerring ging;

der Lieferant auf der Dominikanischen Republik sich für einen Transport in ein anderes Land entschied;

die Drogen dem Händlerring noch vor der Übergabe gestohlen wurden (wie der Beschuldigte vor Obergericht bezüglich der Reise vom Januar 2006 angab);

der Lieferant vor Ort unmittelbar vor, während oder kurz nach der Übergabe der Drogen an den Beschuldigten von der Polizei angehalten und die Drogen sichergestellt wurden;

der Lieferant sich vor Ort unmittelbar vor der Übergabe entschied, dass er die bereit gestellten Drogen (welche nur für einen Kurier reichten) nun dem Kurier C. und nicht dem Beschuldigten übergab (C. hat anlässlich der hier interessierenden Reise unbestrittenermassen einen Drogentransport in die Schweiz vorgenommen).

In den letzten beiden Fallkonstellationen wäre wohl der vom Berner Obergericht geforderte konkrete Beweis erbracht, dies ist aber, wie dargestellt, für die strafrechtliche Beurteilung des Beschuldigten, der alle von ihm geforderten Vorkehren zur Einfuhr des Kokains getroffen und keinen Einfluss auf die ausgebliebene Drogenübergabe hatte, nicht von Bedeutung. Der Beschuldigte ist daher wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu verurteilen.

Obergericht Strafkammer, Urteil vom 3. März 2011 (STAPA.2010.14).

In einem Parallelverfahren vom Bundesgericht bestätigt (Urteil 6B_509/2011 vom 13. Februar 2012, publiziert in BGE 138 IV 100).

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