

SK-Nr. 2007/299

1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Obergerichtssuppleant Brodbeck (Präsident i.V.),
Obergerichtssuppleant Chételat und Oberrichter Zihlmann sowie Kammerschreiberin
Kipfer

in der Sitzung vom 22. November 2007

in der Strafsache gegen

L.

a.v.d. Fürsprecher B.

wegen Widerhandlungen gegen das BetmG sowie Widerrufs

Regeste

Der Begriff des Anstaltentreffens gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG umfasst einerseits alle versuchten Delikte gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 bis 5, was zur Folge hat, dass die Strafmilderungsgründe gemäss Art. 22 f. StGB hier wegfallen. Andererseits kriminalisiert er zusätzlich Vorbereitungshandlungen qualifizierter Art. Nicht strafbar ist allein der Entschluss oder das bloss theoretische Abtasten einer Tat. Das Anstaltentreffen muss sich in Taten manifestieren, welche ihrem äusseren Erscheinungsbild nach eine deliktische Bestimmung erkennen lassen.

Ob das Anstaltentreffen zum Verkauf von Kokain unter die Qualifikation von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG fällt kommt darauf an, ob im Zusammenhang mit diesem Anstaltentreffen effektiv eine den Grenzwert von 18 Gramm reinem Kokain übersteigende Drogenmenge vorhanden war oder nicht. Das ist eine Beweisfrage.

Redaktionelle Vorbemerkungen

Die Vorinstanz sprach L. wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, mehrfach, teilweise mengenmässig qualifiziert und gewerbsmässig begangen, schuldig. Der Generalprokurator beschränkte die staatsanwaltschaftliche Appellation auf den Schuldspruch wegen Anstaltentreffens zum Verkauf von 1'000 Gramm Kokaingemisch an S. in Spanien, B. und evtl. anderorts und beantragte, L. sei diesbezüglich schuldig zu erklären einer mengenmässig qualifiziert und gewerbsmässigen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz.

Auszug aus den Erwägungen:

II. SACHVERHALT UND BEWEISWÜRDIGUNG

(...)

3. Beweisresultat

Der Angeschuldigte hatte mit S. zuerst allgemein über den Verkauf von Kokain verhandelt und ihm im Rahmen dieser Verhandlungen zwei Mal ein Muster Kokain von sehr guter Qualität verschafft (= separater Urteilsunkt, Ziff. 3.1.).

Später hat der Angeschuldigte mit S. konkret über den Verkauf von 1 kg Kokain zum Preis von Fr. 50'000.00 (Aussage Angeschuldigter) oder Fr. 60'000.00 (Aussage S.) gesprochen und war mindestens subjektiv der Überzeugung, man sei sich handelseinig geworden und habe auch einen Abholungstermin abgemacht. Hierauf hat der Angeschuldigte zuerst mit jener Frau Kontakt aufgenommen, von welcher er anlässlich des Testens wusste, dass sie ihm ca. 400 Gramm Kokain minderer Qualität („Touristenware“) vorlegen und schliesslich auch noch ca. 50 Gramm der besten Qualität zeigen konnte (wovon der Angeschuldigte und E. schliesslich eine kleine Menge für 100 Euro zwecks Test erwarben, p. 1031). Weil er schliesslich einen weiteren Verkäufer fand, der bereit war die gleiche Qualität Kokain zu einem tieferen Preis zu verkaufen, hat der Angeschuldigte das Geschäft schliesslich mit dieser Person abgeschlossen. D.h. er hat mit diesem Verkäufer vereinbart, 1 kg Kokain zu einem ungefähren Zeitpunkt zu einem bestimmten Preis zu übernehmen und sich das Kokain reserviert. Hierauf hat er S. benachrichtigt. Aber dieser hat sich in der Folge nicht an die (umstrittene) Abmachung gehalten, weshalb es nicht zu einer Lieferung kam.

III. RECHTLICHES

(...)

3. Erwägungen der Kammer

Zu prüfen ist einerseits, wann Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG erfüllt ist und andererseits, ob Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG einer mengenmässigen Qualifikation nach Ziff. 2 lit. a zugänglich ist.

3.1 Anstaltentreffen gem. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG

Der Begriff des Anstaltentreffens gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG hat eine doppelte Bedeutung.

Einerseits umfasst er alle versuchten Delikte gemäss Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 bis 5, was zur Folge hat, dass die Strafmilderungsgründe gemäss Art. 22 f. StGB hier wegfallen (vgl. ALBRECHT, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht, Art. 19-28 BetmG, Verlag Stämpfli+Cie AG Bern 1995, N 115).

Andererseits kriminalisiert er zusätzlich Vorbereitungshandlungen qualifizierter Art. Nicht strafbar ist allein der Entschluss oder das bloss theoretische Abtasten einer Tat. Das Anstaltentreffen muss sich in Taten manifestieren, welche ihrem äusseren Erscheinungsbild nach eine deliktische Bestimmung erkennen lassen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn jemand gezielt Verbindung zum Drogenmilieu sucht, um sich eine Bezugsquelle für Betäubungsmittel zu erschliessen und ein bestimmtes Verkaufsangebot entgegennimmt, auch wenn er sich um die Finanzierung des Drogenkaufs und um den Transport noch nicht gekümmert hat und daher die Stufe des Versuchs noch nicht erreicht ist (vgl. BGE 117 IV 313 f.). Aber auch weniger offensichtliche Handlungen sind als strafbares Anstaltentreffen zu qualifizieren, wenn sie als Vorbereitungshandlung zu einem Betäubungsmitteldelikt gemäss Abs. 1 bis 5 von 19 Ziff. 1 BetmG klar erkennbar sind: „Die Aufnahme eines Darlehens, welches ausdrücklich zum Zwecke der Abwicklung eines Rauschgiftgeschäftes erfolgt, ist ein tatbestandsmässiges Anstaltentreffen. Ob sich der Darlehensnehmer auch nachweisbar bereits um konkrete Bezugsmöglichkeiten bemühte, ist für die grundsätzliche Strafbarkeit der auf Drogenhandel ausgerichteten Finanzierungsbemühungen ohne Bedeutung“ (BGE 112 IV 47 f.).

Das Verhalten des Angeeschuldigten bezüglich des Kilogramms Kokain ist ohne weiteres als strafbares Anstaltentreffen zu qualifizieren. Die minimale Grenze der Strafbarkeit ist dadurch, dass er konkrete Bezugsmöglichkeiten suchte, mindestens

zwei Offerten einholte und schliesslich beim günstigeren Verkäufer die Bestellung des Kilogramms Kokaingemisch tätigte, deutlich übertroffen.

3.2 Mengenmässige Qualifikation

Die Vorinstanz und der Verteidiger verneinen gestützt auf FINGERHUTH/TSCHURR, a.a.O., N 173 zu Art. 19 die Möglichkeit einer mengenmässigen Qualifikation bei der Tatbestandsvariante des Anstaltentreffens, weil die Anwendung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG als unabdingbares objektives Tatbestandselement das tatsächliche Vorhandensein einer entsprechenden Menge voraussetze. Diesbezüglich geht die Vorinstanz zwar offenbar davon aus, dass in Spanien solches Kokain konkret vorhanden war, von welchem der Angeschuldigte für S. ein Kilo organisiert habe. Und: „Das Geschäft scheiterte einzig und alleine daran, dass S. nicht in Spanien auftauchte“ (p. 3265). Hingegen erachtete sie die Fragen, wie viel Kokain in die Schweiz eingeführt worden wäre, ob das Kokain überhaupt für die Schweiz bestimmt gewesen wäre und ob die spanischen Behörden etwas unternommen hätten als zentral und nicht beantwortbar und kam daher zum Schluss, dass im vorliegenden Fall gar keine Menge vorliege. Tatsache sei, „dass dieses Kilo eben weder in Spanien, geschweige denn in der Schweiz greifbar geworden sei“, weshalb es an einem objektiven Tatbestandsmerkmal in Bezug auf die mengenmässige Qualifikation fehle. Ob dieses Kilogramm ebenso wie die durch S./L. getesteten fünf Gramm von sehr guter Qualität gewesen wäre, könne daher offen bleiben (p. 3265).

Vorab ist festzuhalten, dass die von der Vorinstanz als zentral bewerteten Fragen völlig irrelevant sind. Gestützt auf das Weltrechtsprinzip gemäss Art. 19 Ziff. 4 BetmG spielt es keine Rolle, ob das fragliche Kokain irgendeinmal in Kontakt zur Schweiz getreten wäre.

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei den Qualifikationen von Art. 19 Ziff. 2 BetmG nicht um strafe erhöhende objektive Tatbestandsmerkmale, sondern um reine Strafzumessungsregeln. Die Qualifikationen kommen nur zur Anwendung, wenn sowohl die subjektiven als auch die objektiven Voraussetzungen erfüllt sind. Das blosse Vorliegen der subjektiven Seite reicht nicht, der Versuch des qualifizierten Falles ist nicht möglich. Aus diesen Gründen hat das Bundesgericht entschieden, dass nur nach dem Grundtatbestand von 19 Ziff. 1 BetmG zu verurteilen ist,

- wer nach seinen Vorstellungen mehr als 18 g reines Kokain zu verkaufen beabsichtigte, wenn aufgrund des ausserordentlichen tiefen Reinheitsgrades dieser Grenzwert nicht erreicht wurde (BGE 122 IV 360 ff.), oder
- wer durch gewerbsmässiges Handeln einen Fr. 100'000.00 übersteigenden Umsatz erzielen wollte, wenn dieser Umsatz auf Grund der kurzen Geschäftsdauer noch nicht erreicht wurde (BGE 129 IV 188).

Aus dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung folgern FINGERHUTH/TSCHURR, dass beim Anstaltentreffen kein mengenmässig qualifizierter Fall denkbar sei. Die Anwendung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG fordere „als unabdingbares objektives Tatbestandsmerkmal das tatsächliche Vorliegen einer entsprechenden Menge“. Folglich sei diese Qualifikation nicht gegeben, wenn „tatsächlich gar keine Mengen vorliegen, auch wenn sich der Vorsatz des Täters auf eine entsprechende Menge bezog“ (FINGERHUTH/TSCHURR, a.a.O., N 173 zu Art. 19 BetmG).

Die Parteien sind sich darin einig, dass das Zitat bei FINGERHUTH/TSCHURR, wonach beim Anstaltentreffen kein mengenmässig qualifizierter Fall vorliegen könne, als „einsame Bemerkung“ in der juristischen Landschaft stehe. Im Unterschied zur Staatsanwaltschaft führt die Verteidigung diesen Umstand darauf zurück, dass sich diese Behauptung ohne weiteres aus dem Wortlaut und dessen teleologischer Auslegung ergebe. Diesem Argument kann die Kammer nicht folgen:

Grammatikalische Auslegung

Das Gesetz kann wie folgt zusammengefasst werden: Wer Anstalten zum unbefugten Verkauf von Betäubungsmitteln trifft, fällt unter die qualifizierte Strafandrohung, wenn er weiss oder annehmen muss, dass sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann.

Vom Gesetzeswortlaut her spricht nichts dagegen, dass sich die mengenmässige Qualifikation auch auf das Anstaltentreffen bezieht. Insbesondere enthält dieser Wortlaut keinerlei Hinweis darauf, dass die inkriminierte Betäubungsmittelmenge greifbar, allenfalls sogar gerichtlich beschlagnahmt worden sein müsste.

Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung spricht klar gegen die vorinstanzliche Lösung. Ziff. 2 von Art. 19 BetmG bezieht sich systematisch auf die ganze Ziffer 1. Hätte der Gesetzgeber das Anstaltentreffen milder bestrafen wollen als die vollendete Tat, hätte er diesen Tatbestand hinter Ziff. 2 platziert, also beispielsweise in der Umgebung des Fahrlässigkeitsdelikts (Art. 19 Ziff. 3 BetmG).

Historische Auslegung

Durch die Schaffung des Tatbestandes des Anstaltentreffens hat der Gesetzgeber sämtliche Versuchsstadien sowie qualifizierte Vorbereitungshandlungen zu „selbständigen Taten mit derselben Strafandrohung wie die übrigen verbotenen Verhaltensweisen aufgewertet“ (ALBRECHT, a.a.O., Art. 19 N 115). Das Gesetz soll also in diesem Bereich strenger sein als im Bereich des Strafgesetzbuches. Nach der Auslegung von FINGERHUTH/TSCHURR hätte der Tatbestand des Anstaltentreffens für bereits ins Versuchstadium getretene Delikte jedoch eine privilegierende Wirkung: Anstatt Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr, verbunden mit der Möglichkeit zur Milderung gestützt auf Art. 22 f. StGB, würde die Mindeststrafe von allem Anfang an nur auf Geldstrafe (früher Busse) lauten. Das würde dem Ziel des Gesetzgebers zuwiderlaufen.

Teleologische Auslegung

Auch mit teleologischer Auslegung – also der Frage nach Sinn und Zweck der Norm aus der aktuellen, geltungszeitlichen Sichtweise – ergibt sich kein anderes Resultat.

Soweit FINGERHUTH/TSCHURR die generelle Unmöglichkeit einer mengenmässigen Qualifikation des Anstaltentreffens postulieren, ist ihre Schlussfolgerung offensichtlich falsch. Unter den Tatbestand des Anstaltentreffens fallen auch Sachverhalte, in welchen Betäubungsmittel tatsächlich vorliegen und sogar beschlagnahmt (und analysiert) werden können. Zum Beispiel wenn der Käufer mit Fr. 50'000.00 auf dem Weg zum Verkäufer ist, um 1 kg Kokain zu erwerben, es jedoch nicht zum Geschäftsabschluss kommt, weil der Verkäufer vorher polizeilich angehalten und das zum Verkauf bestimmte Kokain sichergestellt wurde. Fazit: So weit sich das Anstaltentreffen auf konkret bestimmbare Mengen Betäubungsmittel bezieht, kann auch der Tatbestand des Anstaltentreffens die Qualifikation gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a ohne weiteres erfüllen.

Soweit jedoch keinerlei konkrete Betäubungsmittelmengen vorhanden sind, baut die Argumentation von FINGERHUTH/TSCHURR stringent auf der oben beschriebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf, wonach zur Anwendung einer Qualifikation nicht nur deren subjektive sondern auch die objektiven Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Nach dieser Rechtsprechung ist klar: Wenn die effektive Existenz von 18 Gramm Kokain im direkten Zusammenhang mit einem bestimmten Fall nicht bewiesen werden kann, ist 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 ist.

Am folgenden Beispiel kann gezeigt werden, dass die Abgrenzung nicht immer einfach ist:

Käufer A bestellt ein 1 kg Kokain, bezahlt Fr. 50'000.00 und erhält jedoch ein so schlechtes Gemisch geliefert, dass es nicht einmal 18 Gramm reines Kokain enthält.

Unter dem Aspekt des Kaufs von Kokain ist Käufer A hier gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zweifellos nur gemäss Art. 19 Ziff. 1 BetmG zu verurteilen. Die (Kaufs-)Widerhandlung hat sich nicht auf eine Betäubungsmittelmenge bezogen, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann, womit die objektive Voraussetzung fehlt. Dass sich der Vorsatz von A klar auf eine solche Menge bezog und damit die subjektive Voraussetzung erfüllt wäre, genügt nicht für die Anwendung der Qualifikation (vgl. BGE 122 IV 360, S. 364 oben).

Unter dem Aspekt des Anstaltentreffens zum Kauf von Kokain ist jedoch denkbar, dass die mengenmässige Qualifikation doch zur Anwendung kommt. Wenn bewiesen werden kann, dass der Verkäufer effektiv im Besitz eines Kilogramms handelsüblichen Kokains war, sich aber im letzten Moment entschlossen hat, den Käufer A zu betrügen, ist neben der subjektiven auch die objektive Voraussetzung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG erfüllt: Es existierte effektiv eine den kritischen Wert von 18 Gramm übersteigende Menge Kokain, auf welche sich das Anstaltentreffen bezog. Unter dem Gesichtspunkt des Anstaltentreffens zum Kauf von Kokain kann folglich die Qualifikation erfüllt sein, wenn bei unverändertem Sachverhalt der effektiv abgewinkelte Kauf von Kokain nur den Grundtatbestand erfüllt.

Sowohl die bernische als auch die schweizerische Gerichtspraxis wenden die mengenmässige Qualifikation gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG auch auf die Tatbestandsvariante des Anstaltentreffens an. Entgegen den Ausführungen im schriftlichen Parteivortrag der Verteidigung spricht auch die Praxis des Bundesgerichts überhaupt nicht gegen diese Auslegung. Zwar brauchte das Bundesgericht zu dieser Frage bisher nie explizit Stellung zu nehmen, weil diese Frage offenbar nie aufgeworfen wurde. Immerhin: Im Entscheid vom 11. Januar 2006 (6S.380/2004) wies es eine Nichtigkeitsbeschwerde dagegen ab, dass der Beschwerdeführer aufgrund eines Telefongesprächs (in welchem mit einem Unbekannten ein Treffen an einem bestimmten Ort zwecks Übergabe von 25 Gramm Kokain vereinbart worden war) wegen Anstaltentreffens zum Verkauf von Betäubungsmitteln in Anwendung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a i.V.m. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG verurteilt worden war. In Erwägung 2.4. dieses Urteils äussert sich das Bundesgericht wirklich nur zur Anwendung von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 StGB. Aus der Sachverhaltsschilderung unter Ziff. A. am Anfang der Urteilsbegründung ist jedoch klar ersichtlich, dass das Anstaltentreffen als mengenmässig qualifizierter Fall eingestuft wurde. Auch aus den Entscheiden 6S.113/2004 und 6S.395/2004 geht hervor, dass die Vorinstanz die Verurteilung zum Anstaltentreffen teilweise als mengenmässig qualifiziert beurteilte, ohne dass diese Qualifikation vor Bundesgericht angefochten worden wäre, obschon die Täterschaft in diesem Fall lediglich mit Streckmittel-Substanzen handelte.

Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: Ob das Anstaltentreffen zum Verkauf von Kokain unter die Qualifikation von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG fällt kommt darauf an, ob im Zusammenhang mit diesem Anstaltentreffen effektiv eine den Grenzwert von 18 Gramm reinem Kokain übersteigende Drogenmenge vorhanden war oder nicht. Das ist eine Beweisfrage.

Die Kammer hält dafür, dass dieser Beweis im konkreten Fall erbracht ist. Der Angeschuldigte hat für die Lieferung des Kokains zwei Verkäufer in Erwägung gezogen. Über die erste Person ist aus seinen eigenen Aussagen bekannt, dass sie dem Angeschuldigten und E. insgesamt ca. 400 Gramm Kokain minderer Qualität vorlegte und schliesslich ausserhalb des Hauses 50 Gramm Kokain der besten Qualität holte, welches durch die Beteiligten getestet werden konnte (p. 1031). Schon daraus ist ersichtlich, dass sich die Bemühungen und Abklärungen des Angeschuldigten mindestens auf eine Person richteten, welche effektiv Kokain liefern konnte. Bereits 50 Gramm Kokain der besten Qualität enthalten mit

Bestimmtheit mehr als 18 Gramm reines Kokain. Damit ist erstellt, dass sich das Anstaltentreffen durch den Angeschuldigten mindestens in dieser Phase seiner Abklärungen auf eine konkret vorhandene Menge Kokain bezog, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Dass er schlussendlich den Vertrag mit einem anderen Verkäufer abschloss, über welchen weniger Daten aktenkundig sind, ist nicht relevant. Immerhin hatte der sich in der Verkäuferszene offensichtlich gut auskennende Angeschuldigte auch in Bezug auf diesen Verkäufer gewusst, dass er eine sehr gute Qualität Kokain zu verkaufen hatte und er ging davon aus, dass dieser die bestellte Menge Kokain von ebendieser Qualität für ihn bereitgestellt hatte (vgl. p. 1107).

Im vorliegenden Fall ist damit sowohl die subjektive (der Angeschuldigte wollte mehr als 18 Gramm reines Kokain erwerben und weiterverkaufen) als auch die objektive (mind. eine/r der durch den Angeschuldigten kontaktierte/n Verkäufer/innen war im Besitz einer 18 Gramm übersteigenden Menge reinen Kokains) Voraussetzung der Strafzumessungsregel gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG erfüllt. Das Anstaltentreffen zum Verkauf eines Kilogramms Kokains durch den Angeschuldigten ist folglich als mengenmässig qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu werten. Ginge man vorliegend von einem Anstaltentreffen zum Vermitteln aus, wären die strafrechtlichen Auswirkungen die gleichen.

Im Bezug auf den Vorsatz kann nichts anderes festgestellt werden, als dass der Angeschuldigte mit direktem Vorsatz gehandelt hat.

(...)