Urteilskopf

119 IV 180

31. Urteil des Kassationshofes vom 3. September 1993 i.S. K. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG; 12-Gramm-Grenze bei Heroin; Berücksichtigung des Reinheitsgrades.

Bei einem Heroingemisch ist ein schwerer Fall unter dem Gesichtspunkt der Menge erst dann anzunehmen, wenn der im Gemisch enthaltene reine Drogenwirkstoff mindestens 12 Gramm beträgt (E. 2d; Änderung der Rechtsprechung).

Regeste (fr):
Art. 19 ch. 2 let. a LStup; limite des 12 g d'héroïne; prise en considération du degré de pureté de la drogue.

En cas de mélange à base d'héroïne, il ne convient d'admettre le cas grave du point de vue de la quantité de drogue, que si le mélange contient au moins 12 g de drogue pure (consid. 2d; changement de jurisprudence).

Regesto (it):
Art. 19 n. 2 lett. a LS; limite dei 12 grammi di eroina; considerazione del grado di purezza della droga.

Ove l'eroina sia mescolata ad altra sostanza, può essere ammesso il caso grave, sotto il profilo della quantità dello stupefacente, solo se il miscuglio contiene almeno 12 grammi di eroina pura (consid. 2d; cambiamento della giurisprudenza).

Sachverhalt ab Seite 180

A.- Am 21. November 1991 bestrafte das Bezirksgericht St. Gallen K. unter anderem wegen wiederholter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz mit 21 Monaten Gefängnis und mit einer Busse von Fr. 200.–.

B.- Am 7. Mai 1992 erklärte das Kantonsgericht St. Gallen K. in teilweiser Änderung des Urteils des Bezirksgerichts unter anderem schuldig der wiederholten, teilweise qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und bestätigte die vom Bezirksgericht ausgesprochene Strafe.

C.- K. erhebt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Kantonsgerichtes aufzuheben.

D.- Das Kantonsgericht hat auf Gegenbemerkungen, die Staatsanwaltschaft auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beschwerde richtet sich gegen die Annahme einer qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG. a) Das Bezirksgericht legt dar, der Beschwerdeführer habe 4 Gramm eines Heroingemisches in kleinen Mengen verkauft. Weitere 15 Gramm des Heroingemisches habe er gegen 15 Gramm Kokain getauscht. Das Kokain habe er in der Folge selber konsumiert. Das Heroingemisch habe einen Reinheitsgrad von fünfzig Prozent gehabt. Der Beschwerdeführer habe somit 9,5 Gramm reines Heroin abgegeben. Der vom Bundesgericht für die Annahme des schweren Falles gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG festgelegte Grenzwert von 12 Gramm Heroin beziehe sich auf reinen Stoff. Der Qualifikationsgrund von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sei deshalb nicht gegeben. Die Ansicht des Bundesgerichts, wonach es bei der Berechnung der 12-Gramm-Grenze auf den Reinheitsgrad nicht ankomme, sei abzulehnen. Sonst müsste selbst die geringste Menge von Rauschgift in Milchzucker oder Traubenzucker genügen, um den Tatbestand von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG zu erfüllen. Die Vorinstanz geht ebenfalls davon aus, in den vom Beschwerdeführer abgegebenen 19 Gramm des Heroingemisches seien 9,5 Gramm reines Heroin enthalten gewesen. Sie führt aus, mit einem Heroingemisch von 19 Gramm könnten viele Menschen (20 Personen) bei einer durchschnittlichen Konsumeinheit von 45 mg pro Tag ungefähr 21 Tage versorgt werden. Dieser Zeitraum und diese Menge erscheine ausreichend, um bei drogenunerfahrenen Konsumenten das Risiko der Abhängigkeit zu schaffen, nicht zuletzt bei einem Reinheitsgrad von 50 Prozent. Der schwere Fall gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sei deshalb zu bejahen. b) Der Beschwerdeführer bringt vor, angesichts der Mindeststrafdrohung von einem Jahr sei der in Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG enthaltene unbestimmte Rechtsbegriff der Menge von Betäubungsmitteln, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen könne, eng auszulegen. Die Gesundheitsgefahr müsse eine

naheliegende und ernstliche sein. Das Bundesgericht habe seine Rechtsprechung zu Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG bei Cannabis geändert. Eine Überprüfung und Änderung der Rechtsprechung sei auch nötig beim Heroin. Der heute sehr tiefe Grenzwert für die Annahme eines schweren Falles gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG bei Heroin führe zur Anwendung des qualifizierten Tatbestandes auf Süchtige und Kleinkriminelle ebenso wie auf grosse Drogenhändler. Dies widerspreche der Rechtsgleichheit. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung gehe bei der Festlegung der für die Qualifikation massgebenden Minimalmenge von äusserst ungünstigen Kriterien aus (drogenunerfahrene Konsumenten, gefährlichste gebräuchliche Applikationsart). Bei nur schon durchschnittlichen Bedingungen (Umgang mit drogenerfahrenen Abnehmern) würden sich die Grenzwerte deutlich nach oben verschieben. Solche durchschnittliche Bedingungen seien meistens gegeben. Unhaltbar sei die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach es belanglos sei, ob der Stoff gestreckt war. Dies widerspreche dem Tatschuldprinzip. Bei einem Betäubungsmitteldelikt müsse sich das Verschulden auf die Drogen und nicht auf das Streckmittel beziehen. Vorwürfe hinsichtlich der Verwendung des Streckmittels seien gegebenenfalls nach anderen Strafbestimmungen zu erfassen. In Betracht kämen insoweit die Tatbestände der Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB) und des Betrugs (Art. 148 StGB). Sei der Stoff so gestreckt, wie es der Abnehmer erwarte, und seien keine gesundheitsschädigenden Streckmittel verwendet worden, dürfe der Täter nicht für die Verwendung des Streckmittels bestraft werden. Stelle man hier auf den reinen Stoff ab (9,5 Gramm), entfalle der schwere Fall gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG. Der Beschwerdeführer habe im übrigen den grösseren Teil des Heroingemisches zum Zweck des Eigenkonsums gegen Kokain getauscht. Der Tausch sei nicht als Abgabehandlung gemäss Art. 19 Ziff. 1 BetmG, sondern als Vorbereitung des Eigenkonsums im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 BetmG zu betrachten.

2. a) Art. 19 Ziff. 1 BetmG stellt den unbefugten Anbau, Handel und Besitz von Betäubungsmitteln in allen seinen Formen unter Strafe. Gemäss Ziff. 1 Abs. 4 ist unter anderem strafbar, wer unbefugt Betäubungsmittel verkauft oder abgibt. Für vorsätzliche Tatbegehung droht das Gesetz Gefängnis (bis zu drei Jahren) oder Busse (bis zu Fr. 40'000.–) an. Gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG wird lediglich mit Haft (bis zu drei Monaten) oder mit Busse (bis zu Fr. 5'000.–) bestraft, wer zum eigenen Konsum eine Widerhandlung im Sinne von Art. 19 BetmG begeht. Nach der bundesgerichtlichen

Rechtsprechung erfasst der privilegierte Tatbestand von Art. 19a BetmG nur jene Beschaffungshandlungen, die ausschliesslich dem eigenen Drogenkonsum dienen und somit eine Gefährdung Dritter ausschliessen. Nicht privilegiert sind Beschaffungshandlungen, die zum Drogenkonsum Dritter führen oder konkret führen können (BGE 118 IV 202 ff. E. 3). Der Beschwerdeführer hat zwecks Erwerbs von 15 Gramm Kokain für den eigenen Konsum 15 Gramm eines Heroingemischs an Dritte abgegeben. Seine Beschaffungshandlung hat somit nicht ausschliesslich dem Eigenkonsum gedient. Sie hat vielmehr zu einer konkreten Gefährdung Dritter geführt. Die Vorinstanz hat deshalb den Beschwerdeführer auch in bezug auf die Abgabe der 15 Gramm des Heroingemenges zu Recht nach Art. 19 Ziff. 1 BetmG verurteilt. b) Gemäss Art. 19 Ziff. 1 Satz 2 BetmG ist in schweren Fällen die Strafe Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter einem Jahr, womit eine Busse bis zu 1 Million Franken verbunden werden kann. Ein schwerer Fall liegt gemäss Art. 19 Ziff. 2 BetmG unter anderem dann 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 (lit. a). In BGE 108 IV 65 f. E. 2 nahm das Bundesgericht an, eine Vielzahl von Menschen im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sei bei zwanzig Personen gegeben. In BGE 109 IV 143 ff. legte es nach Anhörung von Sachverständigen Grenzwerte für die Annahme des schweren Falles gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG fest. Es ging davon aus, die tägliche intravenöse Applikation von 10 mg Heroin-Hydrochlorid während 60 Tagen könne zur psychischen Abhängigkeit führen. Eine Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen (20 Personen) liege demnach bei einer Rauschgiftmenge von 12 Gramm Heroin vor. In BGE 111 IV 100 ff. vertrat das Bundesgericht die Ansicht, der Qualifikationsgrund der grossen Stoffmenge entfalle nicht, wenn sich die Widerhandlung auf eine Stoffmenge beziehe, welche gewichtsmässig klarerweise über der in BGE 109 IV 143 S. 145 berechneten Limite liege, aber wegen starker Verdünnung einen unter der Limite liegenden Gehalt an reinem Stoff aufweise. Ein schwerer Fall sei sinngemäss auch anzunehmen, wenn die strafbare Handlung sich auf eine gestreckte Stoffmenge beziehe, welche nach ihrem Gewicht erlaube, so viele übliche Dosen zu bilden, dass viele Menschen (mindestens 20) damit über einen Zeitraum versorgt werden könnten, der ausreiche, um bei einem drogenunerfahrenen Konsumenten das

Risiko einer Abhängigkeit zu schaffen. Sei die Gefahr der Suchterzeugung wegen der starken Verdünnung theoretisch geringer, als nach der gesamten (verdünnten) Stoffmenge anzunehmen wäre, so entlaste dies den Täter, der den Reinheitsgrad nicht kenne und sich nicht darum kümmere, nicht. Seine Widerhandlung im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 BetmG beziehe sich auf eine Menge, von der er annehmen müsse, sie könne (wegen der Anzahl möglicher Einzeldosen) die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen. Nachträgliche Feststellungen über einen geringeren Reinheitsgrad stünden dem Vorwurf der in der Stoffmenge begründeten Schwere der Verfehlung nicht entgegen. Das Handeln im Bewusstsein, dass es um eine Quantität gehe, welche die Gesundheit

vieler Menschen in Gefahr bringen könne, rechtfertige die Annahme eines schweren Falles unabhängig von der genauen Feststellung des Reinheitsgrades und von Unterschieden in der eigentlichen Betäubungsmittelwirkung (E. 2c). Aber auch wenn der Täter vom geringeren Reinheitsgrad Kenntnis habe, z.B. weil er selber die Verdünnung des Stoffes vorgenommen habe, vermöge ihn dies nicht zu entlasten. Abzustellen sei letztlich immer darauf, ob die Stoffmenge für eine so grosse Anzahl von üblichen Einzeldosen ausreiche, dass viele Menschen (mindestens 20) während einer längeren Zeit versorgt und damit in die Gefahr einer Abhängigkeit gebracht werden könnten. Dass ein Hersteller oder Händler unter Täuschung der Abnehmer Betäubungsmittelsubstanz mit viel geringerem Reingehalt anbiete, rechtfertige es nicht - trotz der grossen Menge -, vom Qualifikationsgrund des schweren Falles abzusehen. Die Möglichkeit der Versorgung von vielen (mindestens 20) neuen drogenunerfahrenen Konsumenten bestehe auch in diesem Fall. Dass das Gefährdungspotential nach der Berechnung der Fachleute infolge der (meist betrügerischen) übermässigen Streckung des Stoffes geringer sei, lasse das deliktische Vorgehen gesamthaft nicht als weniger schwer erscheinen. Die Injektion von Drogen, welche mit giftigen Stoffen oder mit harmlosen Stoffen aber unsteril gemischt worden seien, könne zu erheblichen gesundheitlichen Schädigungen führen; und Drogen, welche mit harmlosen Stoffen und steril vermischt worden seien, könnten die Konsumenten zu stärkeren Dosierungen verleiten mit der Folge, dass ebenfalls gesundheitliche Schädigungen oder gar der Tod eintreten könnten, wenn der betreffende Konsument zwischenhinein von einem andern Händler bedeutend reineren Stoff erhalte und diesen in der bisher gewohnten starken Dosierung appliziere. Diese Gefährdungen seien bei einer stark verdünnten Substanz nicht geringer

und bezögen sich abstrakt auf so viele Personen, wie mit der Gesamtmenge versorgt werden könnten (E. 2d). Der unbestimmte Rechtsbegriff des schweren Falles, der vom Gesetzgeber in Ziff. 2 von Art. 19 BetmG durch Beispiele erläutert, aber nicht abschliessend umschrieben werde, sei nach der ratio legis so auszulegen, dass eine Betäubungsmittelmenge, welche die in BGE 109 IV 143 S. 145 berechneten Grenzwerte übersteige, auch dann die Annahme eines schweren Falles rechtfertige, wenn der Reinheitsgrad den üblichen Durchschnitt nicht erreiche, durch die grosse Anzahl möglicher Einzeldosen (”Schüsse”) aber trotzdem eine gesundheitliche Gefahr für viele Menschen entstehen könne. Folgerungen aus dem Schuldprinzip und praktische Überlegungen schlössen die Beachtung des - vielfach gar nicht mehr feststellbaren - Reinheitsgrades von Gemengen bei der Beurteilung der Frage des schweren Falles aus (E. 2e). Der zu beurteilende Transport von 99,7 Gramm Heroin sei deshalb als schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG zu qualifizieren, auch wenn das Gemenge dieser Substanz nur 7,7 Gramm reinen Drogenwirkstoff enthalten habe, denn damit hätten 20 Personen während über 100 Tagen mit je einer Konsumeinheit von 40-50 mg versorgt werden können (E. 3). c) BGE 111 IV 100 ff. ist auf Kritik gestossen. Es wird eingewandt, der Entscheid sei mit dem Schuldprinzip nicht zu vereinbaren (SCHULTZ, ZBJV 123/1987, S. 53; vgl. auch ALBRECHT, ZStrR 111/1993, S. 144 f.). Er erlaube zwar eine einfache Anwendung des Gesetzes, stelle jedoch aus praktischen Gründen einen gewissen Bruch dar gegenüber den vorangegangenen Entscheiden (CORBOZ, Sem. jud. 1988, S. 536 f.). d) An BGE 111 IV 100 ff. kann nicht festgehalten werden.

Die Annahme eines schweren Falles gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG ist geknüpft an eine objektive und an eine subjektive Voraussetzung. Die objektive Voraussetzung besteht darin, dass sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Die Heroinmenge, die diese Gefahr bewirken kann, hat der Kassationshof in BGE 109 IV 143 S. 145 festgelegt. Er nahm an, 12 Gramm Heroin-Hydrochlorid reichten dafür aus. Diese Gewichtsangabe bezieht sich auf den reinen Drogenwirkstoff (vgl. BGE 111 IV 101 E. 2). Ist die Grenze von 12 Gramm reinem Heroin nicht erreicht, ist die objektive Voraussetzung der Anwendung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG somit nicht erfüllt. Der Qualifikationsgrund nach Ziff. 2 lit. a scheidet damit aus, und zwar auch dann, wenn der Täter irrtümlicherweise

meint, das gehandelte Heroin enthalte mindestens 12 Gramm reinen Stoff. Die subjektive Vorstellung des Täters kann die fehlende objektive Voraussetzung nicht ersetzen. Es besteht insoweit eine Analogie zum Wahndelikt (CORBOZ, a.a.O., S. 536/7). Weiss der Täter, dass das Heroingemisch weniger als 12 Gramm reinen Stoff enthält - etwa weil er das Gemenge selber hergestellt hat -, fehlt neben der objektiven auch die subjektive Voraussetzung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG. Gefahren, die sich ergeben aus der Beimengung giftiger Substanzen, der unsterilen Mischung des Stoffes oder der übermässigen Streckung der Droge (Risiko der Überdosis bei späterem Gebrauch bedeutend reineren Stoffes), vermögen die Anwendung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG nicht zu begründen. Qualifikationsgrund nach Ziff. 2 lit. a ist die Betäubungsmittelmenge und die sich daraus ergebende Gefahr. Die Betäubungsmittelmenge bleibt sich gleich unabhängig davon, ob, mit welchen Substanzen und in welchem Ausmass der Täter die Droge gestreckt hat. Vermischt er beispielsweise 1 Gramm reines Heroin mit 19 Gramm einer giftigen Substanz zwecks Täuschung des Abnehmers, beträgt die Betäubungsmittelmenge nach wie vor 1 Gramm und ändert sich die davon ausgehende Gefahr nicht. Die Verwendung eines giftigen Streckmittels kann, da die Buchstaben a-c von Art. 19 Ziff. 2 BetmG den schweren Fall nicht abschliessend umschreiben (BGE 114 IV 164 ff.), gegebenenfalls unabhängig von der Betäubungsmittelmenge zur Annahme einer qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz führen (ALBRECHT, a.a.O., S. 145 Fn. 30). In Betracht kommt bei der Beimengung giftiger Substanzen ausserdem eine Bestrafung wegen Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB). Die übermässige Streckung der Droge schliesslich kann zu einem Schuldspruch wegen Betrugs führen (Art. 148 StGB; BGE 117 IV 139 ff.). Die Gleichbehandlung von reinem und unreinem Stoff widerspricht auch der Rechtsgleichheit. Zwischen dem Gefährdungspotential von 20 Gramm reinem Heroin und 1 Gramm Heroin vermischt mit 19 Gramm Mehl etwa besteht ein derartiger Unterschied, dass sich eine Gleichbehandlung nicht rechtfertigen lässt. Bei einem Heroingemisch ist ein schwerer Fall gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG demnach jedenfalls erst dann anzunehmen, wenn der darin enthaltene reine Drogenwirkstoff mindestens 12 Gramm beträgt. e) Nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 277bis Abs. 1 BStP) enthielten die vom Beschwerdeführer verkauften bzw. abgegebenen 19 Gramm eines Heroingemenges

9,5 Gramm reines Heroin. Diese 9,5 Gramm liegen unter dem in BGE 109 IV 143 S. 145 festgelegten Grenzwert von 12 Gramm. Die Vorinstanz hat den Qualifikationsgrund von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG somit zu Unrecht bejaht. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen. Auf die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG braucht damit nicht eingegangen zu werden.