Urteilskopf

120 IV 334

56. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 23. Dezember 1994 i.S. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft gegen W. (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG; qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz; Abgabe von mehr als 12 Gramm Heroin an eine süchtige Bezugsperson.

Wer mehr als 12 Gramm Heroin an eine bereits süchtige nahe Bezugsperson zum eigenen oder gemeinsamen Konsum abgibt, um dieser aus ihrer verfahrenen Situation herauszuhelfen, und dabei die Gewissheit hat, dass das Heroin nicht an Dritte weitergegeben wird, erfüllt den qualifizierten Tatbestand nicht (E. 2b/aa; Änderung der Rechtsprechung).

Regeste (fr):
Art. 19 ch. 2 let. a LStup; infraction qualifiée à la LStup; cession de plus de 12 g d'héroïne à une connaissance dépendante de la drogue.

Celui qui cède plus de 12 g d'héroïne à une personne dépendante de la drogue de son proche entourage, pour la propre consommation de celle-ci ou pour une consommation commune, en vue de l'aider à sortir de ses graves difficultés et qui a, ce faisant, la certitude que l'héroïne ne tombera pas en main de tiers, ne réalise pas l'infraction qualifiée (consid. 2b/aa; changement de jurisprudence).

Regesto (it):
Art. 19 n. 2 lett. a LS; infrazione aggravata alla LS; cessione di più di 12 g di eroina a una conoscente tossicodipendente.

Chi cede più di 12 g di eroina a una persona tossicodipendente a lui vicina per il suo consumo personale o comune, allo scopo di aiutarla a sormontare una situazione molto difficile, ed ha la certezza che l'eroina non andrà in mano di terzi, non adempie l'infrazione aggravata (consid. 2b/aa; cambiamento della giurisprudenza).

Sachverhalt ab Seite 334

BGE 120 IV 334 S. 334

Das Strafgericht des Kantons Basel-Landschaft erklärte W. mit Urteil vom 6. Dezember 1993 der mehrfachen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz sowie der strafbaren Vorbereitungshandlungen zu Raub schuldig und verurteilte ihn zu sechs Monaten Gefängnis (unbedingt), als Teilzusatzstrafe zum Strafbefehl der Überweisungsbehörde Basel-Landschaft vom 15. Oktober 1991, unter Anrechnung der ausgestandenen Untersuchungshaft von sechs Tagen. Das Obergericht des Kantons Basel-Landschaft bestätigte

BGE 120 IV 334 S. 335

auf Appellation der Staatsanwaltschaft hin mit Urteil vom 10. Mai 1994 den erstinstanzlichen Entscheid. Gegen dieses Urteil führt die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde, mit der sie beantragt, es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Verurteilung von W. wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und wegen versuchten qualifizierten Raubes an die Vorinstanz zurückzuweisen. W. liess sich innert Frist nicht vernehmen.
Das Bundesgericht heisst die Beschwerde teilweise gut

Erwägungen

aus folgenden Erwägungen:

1. Die Vorinstanz ging hinsichtlich der Betäubungsmitteldelikte davon aus, der Beschwerdegegner habe rund 100 Gramm Heroin von verschiedenen Personen bezogen. Von dieser Gesamtmenge habe er mindestens die Hälfte unentgeltlich an seine damalige Freundin M. abgegeben; weitere ca. 20 Gramm Heroin habe er an S. verkauft bzw. verschenkt und den Rest selber konsumiert. Insgesamt habe er somit rund 70 Gramm Heroin weitergegeben. Ferner habe er rund 30 Gramm Kokain gekauft, wovon er den grössten Teil gegen Heroin eingetauscht und eine geringe Menge selber konsumiert habe. Gestützt auf die Feststellungen des Strafgerichts nahm die Vorinstanz an, es habe sich beim Heroin - mit Ausnahme von 30 Gramm, die der Beschwerdegegner von R. erhalten habe und die von besserer Qualität gewesen seien - um Gassenware gehandelt. Sie liess jedoch offen, ob man - wie das Strafgericht - annehmen könne, das vom Beschwerdegegner weitergegebene Heroin habe lediglich 8 Gramm reines Heroin-Hydrochlorid enthalten und somit einen Reinheitsgrad von nur 11% aufgewiesen, da der Beschwerdegegner neben dem Heroin auch noch Kokain umgesetzt habe. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei es in einem solchen Fall nicht notwendig, dass die Grenzwerte für den qualifizierten Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG (SR 812.121) in bezug auf beide Betäubungsmittel erreicht würden; massgebend sei vielmehr die Gesamtmenge der umgesetzten Drogen, die bei der vom Strafgericht angenommenen Heroinmenge von 8 Gramm auch bei einem Reinheitsgrad des Kokains von bloss 20% umgerechnet 12 Gramm Heroin ergebe. Obwohl angesichts der Menge der weitergegebenen Betäubungsmittel rein rechnerisch ein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG

vorliege, sei aufgrund der besonderen Umstände eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu verneinen. Die bisherige restriktive Praxis mit ihren absoluten Untergrenzen führe zu höchst unbefriedigenden Ergebnissen, die die Realitäten in der Drogenszene verkenne. Dies gelte namentlich für die Gleichsetzung des Begriffs "viele Menschen" mit mindestens 20 Personen. Auf der Gasse tätige Kleinhändler erreichten schon nach kurzer Zeit und ohne grössere Anstrengungen die für den qualifizierten Tatbestand notwendige Betäubungsmittelmenge. Um Ungereimtheiten und Strafmassverzerrungen zu vermeiden, seien an die Erfüllung des qualifizierten Tatbestandes höhere Anforderungen zu stellen, als dies bisher geschehen sei. Insbesondere wenn sich die umgesetzte Drogenmenge im Bereich der bundesgerichtlichen Limiten bewege, sei eine differenzierende, nicht bloss auf die Menge abstellende Betrachtungsweise unerlässlich. Der Beschwerdegegner habe den Stoff im zu beurteilenden Fall an seine damalige Freundin und an S. weitergegeben. Andere Abnehmer für das Heroin seien nicht bekannt. In bezug auf das Kokain stehe sodann nur ein Abnehmer, nämlich R. fest, bei dem er den Stoff gegen Heroin eingetauscht habe. Stelle man das durch die Drogenabgabe bei lediglich drei Abnehmern konkret erzeugte Gefährdungspotential dem durch die Bundesgerichtspraxis erforderlichen

abstrakten Gefährdungspotential bei mindestens zwanzig Personen gegenüber, falle das durch den Beschwerdegegner geschaffene Unrecht relativ gering aus. Dies müsse umso mehr gelten, als das Bundesgericht bei der Festlegung der Mindestmenge von einem Gefährdungspotential ausging, wie es bei den Abnehmern im konkreten Fall gerade nicht vorgelegen habe, denn diese seien keine drogenunerfahrenen Konsumenten gewesen. Der Beschwerdegegner habe dies gewusst, ja sei bei seiner damaligen Freundin sogar bestrebt gewesen, ihr aus ihrer verfahrenen Situation herauszuhelfen und sie mittels allmählicher Verminderung der Dosierung von ihrer Sucht zu befreien. Diese konkreten Umstände erlaubten nicht, von einem schweren Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 BetmG zu sprechen. Der Beschwerdegegner habe daher bloss den Grundtatbestand von Ziff. 1 der genannten Bestimmung erfüllt. Die Beschwerdeführerin bringt vor, der qualifizierte Tatbestand des Art. 19 Ziff. 2 BetmG sei bereits mit der Abgabe von 70 Gramm Heroin erfüllt. Wohl habe es sich beim abgegebenen Heroin zumindest zum Teil um Gassenware gehandelt, die 30 Gramm Heroin, die der Beschwerdegegner im Tausch gegen Kokain von R. erhalten und später an Dritte weitergegeben habe, seien aber

von besserer Qualität gewesen. Angesichts dieser Umstände sei nicht von einem Reinheitsgehalt von bloss 11% sondern von einem solchen von mindestens 20% auszugehen. Der Beschwerdegegner habe somit mindestens 14 Gramm reines Heroin weitergegeben, so dass ein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 BetmG vorliege. Der qualifizierte Tatbestand sei auch deshalb erfüllt, weil der Beschwerdegegner neben dem Heroin auch Kokain gehandelt habe. Auch wenn lediglich drei Abnehmer bekannt seien, ändere dies nichts daran, dass eine abstrakte Gefährdung von mehr als 20 Personen vorgelegen habe. Dass die Abnehmer keine drogenunerfahrenen Konsumenten gewesen seien und der Beschwerdegegner versucht habe, seine Freundin von der Sucht zu befreien, sei nicht von Belang.

2. a) Art. 19 BetmG stellt den unbefugten Umgang mit Betäubungsmitteln unter Strafe, weil deren Genuss für die Gesundheit der Menschen als schädlich betrachtet wird. Der Gesetzgeber will dieser Gefahr für die menschliche Gesundheit unter anderem begegnen, indem er in den Abs. 1 bis 6 von Ziff. 1 der zitierten Bestimmung die Handlungen mit Strafe bedroht, die letztlich dazu führen oder führen können, dass Betäubungsmittel in Verkehr gebracht und damit für den potentiellen Konsumenten zugänglich werden (BGE 117 IV 58 E. 2 mit Hinweis). Deshalb macht sich nach Art. 19 Ziff. 1 BetmG strafbar, wer Betäubungsmittel unter anderem unbefugt anbietet, verteilt, verkauft, vermittelt, verschafft, verordnet, in Verkehr bringt oder abgibt (Abs. 3). Nach Satz 2 derselben Bestimmung 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 unter anderem 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 (Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG). Ebenfalls schwere Fälle stellen das bandenmässige (lit. b) und das gewerbsmässige Handeln mit grossem Umsatz oder erheblichem Gewinn dar (lit. c). In BGE 108 IV 63 E. 2 erkannte das Bundesgericht unter Verweisung auf seine frühere Rechtsprechung, eine Vielzahl von Menschen im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sei bei zwanzig Personen gegeben (BGE 105 IV 73 E. 3d a.E., BGE 106 IV 227 E. 3c: 20-40 Personen; vgl. auch BGE 103 IV 280 E. 1: 35 Personen). Es stützte sich hiefür auf den Zweckgedanken des BetmG, der es verbiete, bei der Anwendung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG besondere

Rücksicht walten zu lassen und den unbestimmten Rechtsbegriff der Vielzahl von Menschen so zu fassen,

dass die unterste Grenze hoch angesetzt werde, da im Kampf gegen den unbefugten Rauschgifthandel Strenge am Platz sei (BGE 108 IV 63 E. 2a). Ferner hielt es fest, ein schwerer Fall liege nach dem Gesetz schon dann vor, wenn sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln beziehe, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen könne. In objektiver Hinsicht setze die Bestimmung nur voraus, dass die Widerhandlung mit einer Menge eines bestimmten Betäubungsmittels begangen werde, die geeignet sei, eine gesundheitliche Gefahr für viele herbeizuführen. Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sei ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Es komme daher nicht darauf an, wieviele Personen durch die abgegebenen Drogen tatsächlich gefährdet worden seien, sondern allein darauf, wieviele hätten gefährdet werden können. Desgleichen spiele keine Rolle, ob durch die Tathandlung neue Abnehmerkreise von (noch) nicht süchtigen Personen erschlossen würden oder ob die vermittelten Abnehmer bereits Süchtige seien. Der Nachweis, dass die Gefahr tatsächlich eingetreten oder vom Täter gewollt gewesen sei, sei nicht erforderlich (BGE 111 IV 31 E. 2 mit Hinweisen, BGE 117 IV 58 E. 2, BGE 118 IV 200 E. 3 f.). In BGE 109 IV 143 ff. legte das Bundesgericht nach Anhörung von Sachverständigen unter Beachtung der in konstanter Rechtsprechung entwickelten Kriterien (drogenunerfahrene Konsumenten, gefährlichste gebräuchliche Applikationsart) 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 bzw. von 10 mg Kokain während 90 Tagen könne zur psychischen Abhängigkeit führen. Eine Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen (20 Personen) liege demnach bei einer Rauschgiftmenge von 12 Gramm Heroin bzw. 18 Gramm Kokain vor (vgl. auch BGE 103 IV 280 E. 1, BGE 105 IV 73 E. 3d; ebenso BGE 106 IV 241 E. 2a). In BGE 112 IV 109 E. 2a führte das Bundesgericht weiter aus, bei einem Täter, der mit verschiedenen Betäubungsmittelarten handle, seien nicht die Mengen der einzelnen umgesetzten Betäubungsmittelarten massgebend, sondern die Gesamtmenge aller Drogen. Könne durch die vom Täter verkaufte Menge von (verschiedenartigen) Drogen die Gesundheit von 20 Menschen gefährdet werden, liege ein schwerer Fall vor, auch wenn in bezug auf die einzelnen Betäubungsmittelarten die Grenzwerte nicht erreicht seien. Der Täter, der beispielsweise 6 Gramm Heroin (50% von 12 Gramm) und

9 Gramm Kokain (50% von 18 Gramm) verkaufe, sei wegen schwerer Widerhandlung im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG zu verurteilen, weil mit dieser Menge von Drogen die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr gebracht werden könne (112 IV 109 E. 2b). Bei der Beurteilung des Konsums von Cannabis erkannte das Bundesgericht, die Gesundheitsgefahr gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sei eng zu fassen und nicht schon zu bejahen, wenn der Gebrauch einer Droge geeignet sei, psychisch abhängig zu machen. Eine Gesundheitsgefahr liege erst vor, wenn der Gebrauch der Droge über die Gefahr psychischer Abhängigkeit an sich hinaus auch seelische oder körperliche Schäden verursachen könne. Die Gefahr für die Gesundheit vieler Menschen müsse daher eine naheliegende und ernstliche sein (BGE 117 IV 314 E. 2d/cc). In BGE 119 IV 180 E. 2d entschied es sodann in Änderung seiner früheren Rechtsprechung (BGE 111 IV 100), dass sich die Gewichtsangaben beim qualifizierten Fall auf den reinen Drogenwirkstoff bezögen. Ein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sei demgemäss bei einem Heroingemisch erst dann anzunehmen, wenn der darin enthaltene reine Drogenwirkstoff mindestens 12 Gramm Heroin-Hydrochlorid betrage. b) Die Vorinstanz ging davon aus, dass rein rechnerisch ein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG vorliege, da die vom Beschwerdegegner weitergegebene Drogenmenge auch bei Annahme eines Reinheitsgrades von bloss 11% für das Heroin und eines solchen von lediglich 20% für das Kokain die Grenzmenge von 12 Gramm reinen Heroin-Hydrochlorids erreicht habe. Dennoch verneinte sie den schweren Fall und beurteilte den Sachverhalt aufgrund der besonderen Umstände bloss als einfache Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz. Dies ist - soweit es sich um die Weitergabe von Betäubungsmitteln an M. handelt - im Ergebnis nicht zu beanstanden. aa) Das Bundesgericht entschied in einem Fall, in dem die Täter eine grössere Menge Kokain transportierten, um den Stoff in einen Abwasserschacht zu werfen und so zu vernichten, dass die durch das Befördern im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 3 BetmG geschaffene geringfügige abstrakte Gefahr des Inverkehrbringens von Betäubungsmitteln unter den besonderen Umständen des Falles ein erlaubtes Risiko darstelle und es somit an einem strafwürdigen

Unrecht mangle (BGE 117 IV 58 E. 2). Der Nutzen einer Tätigkeit, die sonst gar nicht oder nur mit unverhältnismässig hohen materiellen oder anderen Aufwendungen möglich

BGE 120 IV 334 S. 340

wäre, könne das Eingehen eines gewissen Risikos rechtfertigen (BGE a.a.O., E. 2b mit Hinweis auf STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, § 10 N. 3 ff., 9). Bei der Abwägung von Nutzen und Risiko überwiege der mit dem praktisch sicheren Unschädlichmachen der Drogen erzielte Nutzen das in der entfernten Gefahr des Inverkehrbringens bestehende Risiko. Diese Grundsätze sind analog auf den zu beurteilenden Fall zu übertragen. Wohl erweist sich das Handeln des Beschwerdegegners hier im Gegensatz zum Fall um die Beseitigung von Drogen als unrechtmässig, hingegen bestehen hinreichende Gründe, die Weitergabe von Betäubungsmitteln nicht als schweren Fall zu beurteilen. Dies jedenfalls insoweit, als der Beschwerdegegner nach den Feststellungen der Vorinstanz Drogen an seine Freundin M. geliefert hat, im Bestreben, ihr aus ihrer verfahrenen Situation herauszuhelfen, und in der Hoffnung, sie mittels allmählicher Reduzierung der Dosierung von ihrer Sucht zu befreien. Nach dem angefochtenen Urteil gab er dieser rund 50 Gramm (gestrecktes) Heroin ab, das sie selber konsumierte und wofür sie nichts bezahlen musste. Wesentlich ist, dass zwischen dem Beschwerdegegner und seiner drogensüchtigen Freundin eine enge Beziehung bestand und dass er ihr durch die Weitergabe von Heroin zum Konsum aus ihrer Situation heraushelfen wollte. Ausserdem war er von keinerlei finanziellen Interessen geleitet, vielmehr erlitt er selbst durch seine Geschäfte einen Verlust. Ins Gewicht fällt sodann, dass er selber begann, Drogen zu konsumieren und schliesslich ebenfalls abhängig wurde. Bei einer solchen Konstellation, bei der die Drogen lediglich an eine bereits süchtige Bezugsperson zum eigenen oder gemeinsamen Konsum abgegeben werden und bei der zudem die Gewissheit besteht, dass diese die Drogen selber konsumiert und nicht an Dritte weitergibt, kann die abstrakte Gefahr, dass Betäubungsmittel in die Hände unbestimmt vieler, unter Umständen auch gesunder Menschen gelangen, vernachlässigt werden. Jedenfalls ist der Umstand, dass die süchtige Person dadurch vor Beschaffungskriminalität, Prostitution und einem Abgleiten in Verwahrlosung bewahrt wird, stärker zu gewichten als die bloss abstrakte Gefahr des weiteren Inverkehrgelangens von Betäubungsmitteln. Die Weitergabe an den drogensüchtigen Partner unterscheidet sich wesentlich von der Tätigkeit des gefährlichen Drogenhändlers, der - sei es aus ausschliesslich finanziellen Motiven oder auch, um mit dem Erlös seine eigene Sucht zu befriedigen, - gegen Entgelt an mehrere oder gar unbestimmt viele Konsumenten Drogen

BGE 120 IV 334 S. 341

verkauft. Diesen wollte der Gesetzgeber mit der Bestimmung von Art. 19 Ziff. 2 BetmG treffen. Wo der Partner eines (drogensüchtigen) Paares Stoff für den Konsum des andern besorgt, erfüllt die Weitergabehandlung den schweren Fall hingegen nicht, auch wenn die weitergegebene Menge die Grenze von 12 Gramm überschreitet. Die Vorinstanz hat daher die Abgabe von Heroin an M. zu Recht nicht als schweren Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG, sondern als bloss einfache Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz gewertet. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.
bb) Neben den 50 Gramm Heroin an M. verkaufte bzw. verschenkte der Beschwerdegegner weitere 20 Gramm in mehreren Portionen an S. Ausserdem kaufte er rund 30 Gramm Kokain und gab sie ebenfalls in kleinen Portionen an R. weiter, wobei er den grössten Teil gegen Heroin tauschte, das er wiederum für den Eigenkonsum und den Konsum seiner Freundin verwendete. Da die Vorinstanz den tatsächlichen Reinheitsgrad der Drogen letztlich offenliess, steht nicht fest, ob die für den schweren Fall allein in Frage kommenden 20 Gramm Heroin

und 30 Gramm Kokain den Grenzwert gemäss der Rechtsprechung erreichen. Nimmt man mit der Beschwerdeführerin für das Heroin einen Reinheitsgrad von mindestens 20% an, ergibt sich für die 20 Gramm an S. eine Menge von 4 Gramm reinem Heroin-Hydrochlorid. Für die Annahme des qualifizierten Falles müssten die an R. weitergegebenen 30 Gramm Kokain diesfalls 12 Gramm reines Kokain enthalten, was 8 Gramm Heroin entspricht, also einen Reinheitsgrad von mindestens 40% aufgewiesen haben. Wie es sich damit verhält, kann dem angefochtenen Urteil nicht entnommen werden, so dass in diesem Punkt die Gesetzesanwendung nicht überprüft werden kann und die Sache im Sinne von Art. 277 BStP an die kantonale Instanz zurückgewiesen werden muss.