Urteilskopf

142 IV 401

54. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau (Beschwerde in Strafsachen) 6B_1226/2015 vom 5. August 2016

Regeste (de):
Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG; auf andere Weise einem andern verschaffen.

Nach der Teilrevision des Betäubungsmittelgesetzes vom 20. März 2008 wird die in aArt. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG aufgeführte Variante des Vermittelns nicht mehr ausdrücklich als strafbare Handlung erwähnt. Die Formulierung "auf andere Weise einem andern verschafft" in Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG kann nicht dahin gehend ausgelegt werden, dass nur derjenige verschaffen kann, der die Tatherrschaft über die Betäubungsmittel inne hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass diese Tatbestandsvariante grundsätzlich die Vermittlertätigkeit im Sinne der bisherigen Rechtsprechung beinhaltet (E. 3).

Regeste (fr):
Art. 19 al. 1 let. c LStup; procurer de toute autre manière à un tiers.

Après la révision partielle de la loi sur les stupéfiants du 20 mars 2008, le comportement délictueux consistant à "faire le courtage", prévu par l'ancien art. 19 ch. 1 al. 4 LStup, ne figure plus expressément dans la loi. La formulation "procure de toute autre manière à un tiers", contenue dans l'art. 19 al. 1 let. c LStup, ne saurait être interprétée en ce sens que seul celui qui dispose de la maîtrise effective de stupéfiants peut en procurer. Il faut plutôt partir du principe que cette variante inclut le comportement délictueux de courtage au sens de la jurisprudence prévalant jusqu'à ce jour (consid. 3).

Regesto (it):
Art. 19 cpv. 1 lett. c LStup; procurare in altro modo ad altri.

Dopo la revisione parziale del 20 marzo 2008 della legge sugli stupefacenti, la variante "negozia per terzi" prevista dal vecchio art. 19 n. 1 cpv. 4 LStup non è più menzionata in modo esplicito quale comportamento punibile. La formulazione "procura in altro modo ad altri" di cui all'art. 19 cpv. 1 lett. c LStup non può essere interpretata nel senso che può procurare unicamente chi detiene il controllo effettivo sugli stupefacenti. Occorre piuttosto ritenere che questa variante della fattispecie penale comprende di principio l'attività della negoziazione ai sensi della giurisprudenza resa sino ad oggi (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 402

BGE 142 IV 401 S. 402

A. X. wird vorgeworfen, Y. sei am 4. Dezember 2006 mit ihm in Kontakt getreten, weil jener einen Lieferanten für Heroin gesucht habe. In der Folge hätten sich die beiden in Aarau getroffen, um die Heroinlieferung zu besprechen. Unterdessen hätten sie Z. kontaktiert, der 250 Gramm Heroingemisch habe erwerben können. Daraufhin hätten Z. und X. das Heroingemisch nach Bern transportiert und dort in der A.-Bar an Y. übergeben. Durch die Vermittlung von X. seien am 15., 20., 22. und 26. Dezember 2006 in der A.-Bar in Bern sowie am 30.

Dezember 2006 und 10. Januar 2007 an einer Tankstelle in B. weitere Heroinlieferungen von Z. an Y. zustande gekommen, wobei sich X. bei Schwierigkeiten zwischen den beiden immer wieder eingeschaltet und Z. auch zu Treffen mit Y. begleitet habe.

B. Das Bezirksgericht Muri sprach X. am 2. Juli 2013 von den Vorwürfen des Führens eines Motorfahrzeugs trotz Entzugs des Führerausweises und der Nichtabgabe des Führerausweises trotz behördlicher Aufforderung frei. Es verurteilte ihn wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (aArt. 19 Ziff. 1 Abs. 4 i.V.m. aArt. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG [AS 1975 1225]; Fassung in Kraft bis 30. Juni 2011) zu einer Freiheitsstrafe von 2 ½ Jahren. Zudem erklärte es die gegen ihn vom Bezirksamt Muri bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe von 2 Monaten für vollziehbar. Auf Berufung von X. und Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft erhöhte das Obergericht des Kantons Aargau am 15. Oktober 2015 die Freiheitsstrafe auf 3 ½ Jahre und bestätigte im Übrigen das erstinstanzliche Urteil.

C. X. führt Beschwerde in Strafsachen mit den sinngemässen Anträgen, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und ihn von Schuld und Strafe freizusprechen. Eventualiter sei er für die Herstellung des Kontakts zwischen Y. und Z. mit einer bedingten Freiheitsstrafe von höchstens 6 Monaten zu bestrafen, unter Ansetzung einer Probezeit von 2 Jahren. Es sei ihm eine Genugtuung in der Höhe von Fr. 5'000.- zu bezahlen. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

D. Das Obergericht und die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau verzichten unter Verweis auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid auf eine Stellungnahme. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz verletze Art. 2 Abs. 2 StGB. Sie verkenne, dass das geltende BetmG vorliegend das mildere Recht sei. Das ihm vorgeworfene Vermitteln finde sich darin nicht mehr, weshalb das neue Recht als das mildere Recht zwingend Anwendung finden müsse. Mit der herrschenden Lehre sei davon auszugehen, dass das Vermitteln keine eigenständige Tathandlung mehr sei, sondern nur noch eine Form der Gehilfenschaft darstelle. Er sei daher freizusprechen.

3.2 Die Vorinstanz erwägt zum anwendbaren Recht, die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Handlungen solle dieser im Zeitraum vom 4. Dezember 2006 bis 10. Januar 2007 begangen haben. Fraglich sei, ob der Tatbestand des Vermittelns, der in der geltenden Fassung nicht mehr erwähnt werde, nach wie vor als selbstständige Handlung strafbar oder ob sie allenfalls straffrei oder nur als Gehilfenschaft zu bestrafen sei. Mit der Teilrevision des Betäubungsmittelgesetzes, die per 1. Juli 2011 in Kraft getreten sei, sei Art. 19 BetmG terminologisch überarbeitet und neu strukturiert, inhaltlich jedoch nur marginal geändert worden. Den Materialien könne nicht entnommen werden, dass das Vermitteln aus dem Gesetz gestrichen werden sollte. Aus den Materialien ergebe sich aber eindeutig, dass die Tatbestände inhaltlich eher weiter gefasst als eingegrenzt worden seien. Zwar halte ein Teil der Lehre dafür, dass das Vermitteln nach geltendem Recht nur noch als

Gehilfenschaft strafbar sei, nach dem klaren Willen des Gesetzgebers sollten jedoch die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes im Rahmen der Teilrevision vom 20. März 2008 - abgesehen von den in den Materialien erwähnten geringfügigen Anpassungen - inhaltlich nicht verändert werden. Ferner bestätige auch das Bundesgericht, dass die revidierten Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes nicht milder seien. Die Handlung des Vermittelns könne nach neuem Recht deshalb unter die Tathandlung "auf andere Weise einem anderen Verschaffen" (Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG; SR 812.121) subsumiert werden. Daher erweise sich das geltende Recht in Bezug auf die angeklagten Delikte nicht als das mildere Recht im Sinne von Art. 2 Abs. 2 StGB. Die Vorwürfe seien folglich nach der zur Tatzeit geltenden Fassung des Gesetzes zu beurteilen.

3.3 Art. 2 StGB bestimmt, welches Gesetz zur Anwendung kommt, wenn das zur Tatzeit geltende Gesetz im Zeitpunkt der

Entscheidung formell ausser Geltung steht. Gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB gelangt das neue Recht zur Anwendung, sofern es für den Täter milder ist. Ob das neue im Vergleich zum alten Gesetz milder ist, beurteilt sich aufgrund eines konkreten Vergleichs der Strafe. Der Richter hat zu prüfen, nach welchem der beiden Rechte der Täter besser wegkommt (BGE 134 IV 82 E. 6.2.1 mit Hinweisen). Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen, das heisst, nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Stellung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen (BGE 142 IV 1 E. 2.4.1; BGE 141 III 195 E. 2.4; BGE 140 III 206 E. 3.5.4; je mit Hinweisen).

3.3.1 Das Bundesgericht hat in einem obiter dictum zwar ausgeführt, in Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG werde das Anbieten, Verteilen, Verkaufen, Vermitteln oder Abgeben aus aArt. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG durch die Tathandlung "veräussern" ersetzt (Urteil 6B_360/2011 vom 15. Dezember 2011 E. 2.2; kritischer Kommentar zum Entscheid PETER ALBRECHT, Strafbares Verpacken von Drogen, Digitaler Rechtsprechungskommentar [dRSK]8. Februar 2012 Rz. 5 ff.). Es hat sich bisher aber nicht vertieft damit befasst, wie das Vermitteln nach der Revision des Betäubungsmittelgesetzes vom 20. März 2008 zu ahnden ist. Im Urteil 6B_518/2014 vom 4. Dezember 2014 konnte es diese Frage offenlassen (E. 10.5). Auch in den weiteren von der Vorinstanz angeführten Entscheiden hat das Bundesgericht nicht darüber befunden, ob bezüglich des Vermittelns das neue im Vergleich zum alten Betäubungsmittelgesetz milder ist (BGE 138 IV 100 E. 3.2 zum Anstaltentreffen zur Einfuhr von Betäubungsmitteln, Urteile 6B_13/2012 vom 19. April 2012 E. 1.3.1 zur Qualifikation als mengenmässig schwerer Fall und 6B_643/2012 vom 11. März 2013 E. 2.2 zur

Mittäterschaft zu Erwerb, Transport, Lagerung und Verkauf von Betäubungsmitteln).

3.3.2 Nach aArt. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG macht sich strafbar, wer unbefugt Betäubungsmittel anbietet, verteilt, verkauft, vermittelt, verschafft, verordnet, in Verkehr bringt oder abgibt. Die Vermittlertätigkeit nach altem Recht zeichnete sich dadurch aus, dass der Vermittler den Kontakt zwischen Personen, die Betäubungsmittel veräussern, und solchen, welche diese erlangen wollen, herstellte (BGE 118 IV 403 E. 2a S. 404, BGE 118 IV 200 E. 2.; Urteile 6B_205/2009 vom 6. August 2009 E. 5.2 mit Hinweisen und 6S.75/2002 vom 15. April 2003 E. 1.3), indem er z.B. ein Treffen organisierte oder einen Namen, eine Adresse oder eine Telefonnummer mitteilte. Weiter konnte der Vermittler teilweise für einen der Beteiligten verhandeln (Urteil 6B_908/2008 vom 5. Februar 2009 E. 4.1 mit Hinweis; vgl. FINGERHUTH/TSCHURR, Betäubungsmittelgesetz, 2007, N. 79 zu Art. 19 BetmG; siehe auch GUSTAV HUG-BEELI, Betäubungsmittelgesetz [BetmG], Kommentar [...], 2016, N. 466 und 469 ff. zu Art. 19 BetmG). Nach der Rechtsprechung hat jede der in aArt. 19 Ziff. 1 BetmG aufgeführten Handlungen die Bedeutung eines selbstständigen Straftatbestandes, so dass Täter ist, wer in eigener Person einen dieser gesetzlichen Tatbestände objektiv und subjektiv erfüllt (BGE 133 IV 187 E. 3.2; BGE 119 IV 266 E. 3a; BGE 118 IV 397 E. 2c).

3.3.3 Gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG macht sich strafbar, wer Betäubungsmittel unbefugt veräussert, verordnet, auf andere Weise einem andern verschafft oder in Verkehr bringt. Das Vermitteln wird nicht mehr ausdrücklich als strafbare Handlung erwähnt. Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Handlungen trotzdem zu Recht unter diese Bestimmung, namentlich unter "auf andere Weise einem andern verschafft", subsumiert. Die Materialien legen nahe, dass der Gesetzgeber das Vermitteln von Betäubungsmitteln nicht unerwähnt liess, weil er an dessen Strafbarkeit etwas ändern wollte. Anlässlich der Revision des Betäubungsmittelgesetzes vom 20. März 2008 wurde aArt. 19 Ziff. 1 BetmG in Art. 19 Abs. 1 BetmG terminologisch überarbeitet und besser strukturiert. Inhaltlich sollten - abgesehen von den in den Materialien erwähnten kleineren Anpassungen - keine Änderungen vorgenommen werden (Parlamentarische Initiative, Teilrevision des Betäubungsmittelgesetzes, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 4. Mai 2006, BBl 2006 8573 ff., 8611

Ziff. 3.1.11.1; Botschaft vom 9. März 2001 über die Änderung des Betäubungsmittelgesetzes, BBl 2001 3715 ff., 3772 f. Ziff. 2.2.8.1). Sowohl in der Stellungnahme des Bundesrates (Stellungnahme des Bundesrates vom 29. September 2006 zur Parlamentarischen Initiative, Teilrevision des Betäubungsmittelgesetzes, Bericht vom 4. Mai 2006 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates, BBl 2006 8645 ff., 8651 Ziff. 2.2.8) als auch in den parlamentarischen Verhandlungen waren die terminologischen Anpassungen des Grundtatbestandes (Art. 19 Abs. 1 BetmG) kein Thema (AB 2006 N 1838, 1857 ff., 1869 ff., 2004 ff., insbesondere N 2014 zu Art. 19: der Nationalrat nahm den Antrag der Kommission mit 116 Stimmen diskussionslos an [Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG: Betäubungsmittel unbefugt veräussert, verordnet, auf andere Weise einem andern verschafft oder in Verkehr bringt], wobei der Antrag von Nationalrat Christian Waber 58 Stimmen erhielt [gemäss seinem Antrag sollte Art. 19 Abs. 1 lit. c BetmG lauten: Betäubungsmittel unbefugt anbietet, abgibt, veräussert, vermittelt, verschafft, verordnet oder in Verkehr bringt], AB 2007 S 1147 ff., AB 2008 N 73 ff., AB 2008 S 189, S 207).

3.3.4 In der Lehre wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass das Vermitteln nicht mehr eigenständig strafbar ist, weil es unter keine andere im Gesetz aufgeführte Tathandlung subsumiert werden kann. Das Vermitteln könne demzufolge nur noch als eine Art der Gehilfenschaft strafrechtlich geahndet werden (HUG-BEELI, a.a.O., N. 463 zu Art. 19 BetmG; GERHARD FIOLKA, Die revidierten Strafbestimmungen des BetmG - Vier Säulen und einige Überraschungen, AJP 2011 S. 1275; PETER ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19-28l BetmG], 3. Aufl. 2016, N. 63 zu Art. 19 BetmG; HANS MAURER, in: StGB Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Donatsch/Flachsmann/Hug/Maurer/Riesen-Kupper/Weder

[Hrsg.], 19. Aufl. 2013, N. 23 zu Art. 19 BetmG; wohl gl.M. GERHARD FIOLKA, Das Rechtsgut, Bd. 2, Niggli/ Amstutz/Bors [Hrsg.], 2006, S. 883 f.; wohl a.M. MARCEL KELLER, Der revidierte Art. 19 BetmG in der Fassung vom 20. März 2008, ZStrR 130/2012 S. 153).
Der Begriff "verschaffen" bedeutet nach allgemeinem Sprachgebrauch, (a) beschaffen, besorgen, (b) dafür sorgen, dass jemand etwas zuteil wird, jemand etwas bekommt (was nicht ohne Weiteres erreichbar ist), jemandem zu etwas verhelfen (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 7. Aufl. 2011; GERHARD WAHRIG, Deutsches

Wörterbuch, 1996; Duden, das Bedeutungswörterbuch, 4. Aufl. 2010). Der Wortlaut der mit der Teilrevision neu eingeführten Tatbestandsvariante "auf andere Weise einem andern verschafft", spricht sodann für einen Auffangtatbestand (gl.M. BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Bd. II, 3. Aufl. 2010, N. 35 zu Art. 19 BetmG; HUG-BEELI, a.a.O., N. 497 zu Art. 19 BetmG). Der französische Gesetzestext lautet "en procure de toute autre manière à un tiers". Die italienische Version spricht von "procura in altro modo ad altri". Vor der Teilrevision vom 20. März 2008 hatte das Verschaffen von Betäubungsmitteln, d.h. die Übergabe durch einen Mittelsmann (ALFRED SCHÜTZ, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel vom 3. Oktober 1951 in der Fassung vom 20. März 1975, 1980, S. 117), neben den Tathandlungen der Abgabe und der Vermittlung gemäss aArt. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG bloss eine geringe praktische Bedeutung. Beim Verschaffen nach bisherigem Recht ging es darum, dass sich jemand die Betäubungsmittel nicht selber, sondern anderen Personen verschafft (FINGERHUTH/TSCHURR, a.a.O., N. 80 zu Art. 19 BetmG; PETER ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19-28 BetmG], 2. Aufl. 2007, N. 71 zu Art. 19 BetmG). GUSTAV HUG-BEELI versteht unter Verschaffen nach neuem Recht das Zugänglichmachen oder das Einräumen der Sachherrschaft über Betäubungsmittel etwa durch einen Mittelsmann. Er subsumiert auch die Geldabgabe an eine süchtige Person, damit sich diese Drogen für den Eigenkonsum beschaffen kann, unter diese Tatbestandsvariante (HUG-BEELI, a.a.O., N. 498 und 500 zu Art. 19 BetmG). Ein Teil der Lehre ist der Meinung, dass derjenige, der verschafft, die Tatherrschaft über die Abgabe durch den Boten haben und diesem gegenüber verbindlich anordnen können muss, die Betäubungsmittel zu übergeben, was bei einem Vermittler nicht der Fall ist (MAURER, a.a.O., N. 21 zu Art. 19 BetmG; FIOLKA, a.a.O., S. 1275). BERNARD CORBOZ hingegen ist der Auffassung, die Formulierung "procure de toute autre manière" schliesse das im Gesetz nicht mehr ausdrücklich genannte Vermitteln, d.h. sämtliche Vermittlertätigkeit im Sinne der bisherigen Rechtsprechung (vgl. E. 3.3.2), mit ein (CORBOZ, a.a.O., N. 35 zu Art. 19 BetmG).

3.4 Angesichts des klaren gesetzgeberischen Willens, das Betäubungsmittelgesetz mit der Teilrevision vom 20. März 2008 inhaltlich prinzipiell nicht zu ändern, kann die vom Gesetzgeber gewählte, relativ offene Formulierung "auf andere Weise einem andern verschafft" nicht dahin gehend ausgelegt werden, dass nur derjenige

verschaffen kann, der die Tatherrschaft über die Betäubungsmittel inne hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass diese Tatbestandsvariante grundsätzlich die Vermittlertätigkeit im Sinne der bisherigen Rechtsprechung beinhaltet. Damit erklärt sich auch, weshalb das Vermitteln bei der Finanzierung gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. e BetmG belassen und beim Betäubungsmittelhandel gestrichen wurde (FIOLKA, a.a.O., S. 1275). Ob gewisse bzw. welche vermittelnden Handlungsweisen im Einzelnen nicht mehr darunter fallen, kann hier offenbleiben. Durch die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Tätigkeiten kamen (weitere) Heroinlieferungen von Z. an Y. zustande. Bei Schwierigkeiten zwischen den beiden schaltete sich der Beschwerdeführer immer wieder ein und

begleitete den Lieferanten sogar zu Treffen. Mit diesen Handlungen hat er Y. Heroin verschafft. Folglich verletzt die Vorinstanz kein Bundesrecht, wenn sie zum Schluss gelangt, vorliegend sei das neue Recht nicht das mildere. (...)