

Lagern, Besitzen oder Aufbewahren von Amphetamin; Strafzumessung bei qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz – Art. 19 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 lit. a BetmG; Art. 47 StGB.

Besitz im Sinne des BetmG bedeutet ein vom Herrschaftswillen getragenes tatsächliches Herrschaftsverhältnis an einer Sache, womit immer die tatsächliche Sachherrschaft und der Wille, diese auch auszuüben, massgebend sind (E. 3.1.1). Bejaht beim Zurverfügungstellen des eigenen Gefrierschranks zur Lagerung eines Amphetamingemisches (E. 4.1).

Mit einer Menge, welche fast das Fünffache der für einen schweren Fall i.S.v. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG festgelegten Höhe von 36 Gramm Amphetamin erreicht, ist das objektive Tatverschulden trotz des sehr geringen Tatbeitrags nicht mehr als sehr leicht, sondern als leicht einzustufen (E. 5.2). Festsetzung der Freiheitsstrafe auf das Minimum von 12 Monaten unter Berücksichtigung des sehr leichten subjektiven Tatverschuldens, des Mindeststrafrahmens von Art. 19 Abs. 2 BetmG sowie eines fehlenden Strafmilderungsgrundes i.S.v. Art. 19 Abs. 3 BetmG (E. 5.3 und 5.4).

OGE 50/2017/25 vom 5. November 2019

Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

X. hat seinem Bruder Y. für mindestens zwei Tage erlaubt, in seinem Gefrierschrank ein Paket mit 800 Gramm Amphetamingemisch zu lagern. Das Kantonsgericht verurteilte ihn wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 18 Monaten mit Probezeit von zwei Jahren. Das Obergericht hiess die Berufung des Beschuldigten teilweise gut und reduzierte die Freiheitsstrafe auf 12 Monate.

Aus den Erwägungen

3. Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, u.a. wer Betäubungsmittel unbefugt lagert (Art. 19 Abs. 1 lit. b BetmG), besitzt oder aufbewahrt (Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG). Als Qualifikationstatbestand sieht Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG für den Täter, welcher weiss oder annehmen muss, dass die Widerhandlung mittelbar oder unmittelbar die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann, eine Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr vor, welche mit einer Geldstrafe verbunden werden kann.

3.1.1. Art. 19 Abs. 1 BetmG umschreibt nahezu alle Unterstützungshandlungen, welche bei anderen Tatbeständen als Teilnahmehandlungen erfasst werden, als selbständige Straftatbestände, welche der vollen Strafdrohung unterstehen (BGE 119 IV 266 E. 3a S. 268 f.). Unter der Tathandlung des Lagerns wird das Aufbewahren zur späteren Verwendung, insbesondere zu Handelszwecken verstanden. Die Tathandlung des Lagerns wird folglich von jener des Aufbewahrens mitumfasst (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, OF-Kommentar, BetmG, 3. A., Zürich 2016, Art. 19 N. 41, S. 204). Die Tathandlung des Aufbewahrens wiederum ist im Begriff des unbefugten Besitzes enthalten (Peter Albrecht, Stämpflis Handkommentar, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19–28I BetmG], 3. A., Bern 2016, Art. 19 N. 74, S. 72; BGE 119 IV 266 E. 3c S. 270). Damit werden sowohl die Tathandlung des Lagerns wie auch jene des Aufbewahrens zwar nicht zwingend, aber doch meistens von der Tathandlung des Besitzes mitumfasst (vgl. Albrecht, Art. 19 N. 74, S. 72, mit Hinweisen; Fingerhuth/Schlegel/Jucker, Art. 19 N. 41, S. 204, sowie N. 76, S. 215 f., je mit Hinweisen).

Der Begriff des Besitzes im Sinne des BetmG bedeutet ein vom Herrschaftswillen getragenes tatsächliches Herrschaftsverhältnis an einer Sache. Massgebend sind somit immer die tatsächliche Sachherrschaft und der Wille, sie auch auszuüben (Gustav Hug-Beeli, Betäubungsmittelgesetz [BetmG], Kommentar zum Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951, Basel 2016, Art. 19 N. 575, S. 1174 f.). Mit Verweis auf BGE 119 IV 266 wird in der Literatur verschiedentlich festgehalten, dass bei Betäubungsmitteln in der eigenen Herrschaftssphäre (wie beispielsweise Wohnräumlichkeiten), deren Vorhandensein jederzeit festgestellt werden könne, ein entsprechender Herrschaftswille genüge, um die Annahme des Besitzes zu bejahen (vgl. statt vieler Hug-Beeli, Art. 19 N. 578, S. 1176; Albrecht, Art. 19 N. 69, S. 70). Wer – wie im BGE 119 IV 266 zugrunde liegenden Sachverhalt – einem andern für das Verstecken von Betäubungsmitteln seine Wohnräumlichkeiten zur Verfügung stellt, macht sich folglich wegen unbefugten Besitzes von Betäubungsmitteln strafbar, sofern er einen eigenen Herrschaftswillen an den in seinen Wohnräumen versteckten Betäubungsmitteln hat (BGE 119 IV 266 E. 3c S. 270; Fingerhuth/Schlegel/Jucker, Art. 19 N. 68 a.E., S. 213). Fehlt der Herrschaftswille, d.h. der Wille, Betäubungsmittel der tatsächlichen Möglichkeit gemäss zu beherrschen, scheidet trotz vorhandener tatsächlicher Sachherrschaft die Tathandlung des unbefugten Besitzes aus, womit subsidiär die Tathandlungen des Lagerns oder Aufbewahrens als selbständige Delikte oder aber gegebenenfalls die Gehilfenschaft zu einem Betäubungsmittel delikt einer anderen Person zu prüfen wären (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, Art. 19 N. 68, S. 212 f., N. 70, S. 214, sowie N. 159, S. 240). Die Prüfung einer Bestrafung

wegen Gehilfenschaft liegt insbesondere dann nahe, wenn eine nur kurze Zeitdauer der Sachherrschaft, wie sie bei untergeordneten Hilfstätigkeiten charakteristisch ist, den Herrschaftswillen entfallen lässt (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, Art. 19 N. 72, S. 214 f.; Hug-Beeli, Art. 19 N. 591, S. 1180).

3.1.2. Als objektive Elemente des Qualifikationstatbestands i.S.v. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG sind der ermittelte Wirkstoffgehalt, die Menge der Betäubungsmittel sowie die (un)mittelbare Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen zu berücksichtigen. Mit letzterem Kriterium werden primär die gemeingefährlichen Komponenten des illegalen Drogenhandels hervorgehoben, indem die Strafschärfung von Art. 19 Abs. 2 BetmG eine Weitergabe von Betäubungsmitteln an einen unbestimmten und nicht zum Voraus bestimmbareren Kreis potentieller Konsumenten voraussetzt (Albrecht, Art. 19 N. 202, S. 117 f.) Die Rechtsprechung stellt hierfür in der Regel ausschliesslich und nach wie vor auf die zur Diskussion stehende Betäubungsmittelmenge ab (vgl. KG BL 460 16 192 vom 20. Dezember 2016 E. 1.5/e sowie jüngst auch der zur Publikation vorgesehene BGer 6B_504/2019 vom 29. Juli 2019 E. 2.1.2 [BGE 145 IV 312]). Für Amphetamin hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine Menge von 36 g Amphetamin im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann (BGE 113 IV 32 E. 4b S. 35 f., jüngst bestätigt im zur Publikation vorgesehenen BGer 6B_504/2019 vom 29. Juli 2019 E. 2.1.1).

3.1.3. Subjektiv genügt für die Bestrafung gemäss Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG eventualvorsätzliches Handeln: Der Täter muss den Charakter des Stoffes als Betäubungsmittel, die Menge des Betäubungsmittels sowie das Fehlen einer erforderlichen behördlichen Bewilligung in Kauf nehmen (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, Art. 19 N. 115, S. 228 mit Hinweisen). Der Vorsatz muss sich auf sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, Art. 19 N. 116, S. 229). Für eine Strafbarkeit i.S.v. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG muss der Täter Kenntnis über die Art, Menge und Qualität der Betäubungsmittel haben, die geeignet ist, die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr zu bringen (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, Art. 19 N. 119, S. 229; Hug-Beeli, Art. 19 N. 1008, S. 1282).

3.2. Der Beschuldigte bestritt den Anklagesachverhalt im Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren wie auch vor Kantonsgericht. In seiner Berufungsbegründung beschränkt sich der Beschuldigte auf die Bestreitung des Anklagesachverhalts in subjektiver Hinsicht. Er macht im Wesentlichen geltend, sein Bruder habe in seinem Gefrierschrank ein Paket mit Pouletverpackung deponiert, vom Amphetamin habe er nichts gewusst. Entsprechend führt der amtliche Verteidiger in der Berufungsbegründung [...] zur rechtlichen Qualifikation einzig an, dass mangels

festgestellten Vorsatzes zur qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz die Strafbarkeit des Beschuldigten entfalle. Der objektive Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG wird im Berufungsverfahren nicht mehr bestritten.

[...]

4.1. Der Beschuldigte hat für mindestens zwei Tage rund 800 Gramm Amphetamingemisch in seinem Gefrierschrank an seinem Wohnort gehabt. Sowohl der Bruder wie auch der Beschuldigte hatten jederzeit die Möglichkeit, über das Amphetamingemisch zu verfügen. Zweifellos zu bejahen ist damit eine tatsächliche Sachherrschaft. Obwohl vom Beschuldigten im vorinstanzlichen Verfahren noch bestritten, liegt auch ein Herrschaftswille vor: Der Wille, Betäubungsmittel der tatsächlichen Möglichkeit gemäss zu beherrschen, kommt nämlich auch darin zum Ausdruck, dass man die Betäubungsmittel einstweilen einfach aufbewahrt (vgl. Hug-Beeli, Art. 19 N. 575, S. 1174 f.). Letzteres hat der Beschuldigte während mindestens zweier Tage gemacht; der Besitz wurde erst durch den Bruder Y. beendet, indem dieser die Betäubungsmittel an Z. weiterreichte. Auch kann bei einer Aufbewahrungsdauer von zwei Tagen nicht mehr von einer kurzen Zeitdauer gesprochen werden, die den Herrschaftswillen entfallen lassen und die Prüfung einer Bestrafung wegen Gehilfenschaft nahelegen würde. Wie das Kantonsgericht zutreffend festgehalten hat und vom amtlichen Verteidiger im Berufungsverfahren nicht bestritten wurde, hat der Beschuldigte daher den objektiven Tatbestand des unbefugten Besitzes von Betäubungsmitteln i.S.v. Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG erfüllt.

4.2. Bei einem Amphetamingemisch von 800 Gramm mit einem durchschnittlichen Reinheitsgrad von 21.6% ist von insgesamt 172.6 Gramm reinem Amphetamin auszugehen. Mit einer Menge, welche fast das Fünffache der bundesgerichtlich für einen schweren Fall i.S.v. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG festgelegten Höhe von 36 Gramm Amphetamin (BGE 113 IV 32 E. 4b S. 35 f., jüngst bestätigt im zur Publikation vorgesehenen BGer 6B_504/2019 vom 29. Juli 2019 E. 2.1.1) erreicht, sind daher auch die objektiven Elemente des Qualifikationstatbestands i.S.v. Art. 19 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG erfüllt.

4.3. Hinsichtlich der subjektiven Tatbestandsmerkmale gilt es festzuhalten, dass der Beschuldigte sowohl vom Charakter des in seinem Gefrierschrank liegenden Stoffes als Amphetamin, der Menge desselben wie auch vom Fehlen einer erforderlichen behördlichen Bewilligung Kenntnis gehabt hat. Bei einem Paket dieser Grösse und Kenntnis von dessen Inhalt, hat der Beschuldigte zugleich annehmen müssen, dass diese Menge die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr

bringen kann. Damit erfüllt der Beschuldigte den subjektiven Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG.

4.4. Nach dem Gesagten steht fest, dass sich der Beschuldigte der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S.v. Art. 19 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG schuldig gemacht hat.

5.1. Nach Art. 47 StGB misst das Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Abs. 1). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden (Abs. 2). Als Strafraumen sieht Art. 19 Abs. 2 BetmG eine Bestrafung mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr vor, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann.

5.2. Der Beschuldigte hat seinem Bruder Y. seinen Gefrierschrank zur Verfügung gestellt, damit dieser dort 800 Gramm Amphetamingemisch lagern konnte. Es würde sich dabei um eine typische Teilnahmehandlung handeln, würde sie von Art. 19 Abs. 1 BetmG nicht als selbständiger Straftatbestand mit voller Strafdrohung erfasst (vgl. BGE 119 IV 266 E. 3a S. 268 f.). Der Tatsache, dass sich die Tathandlung des Beschuldigten auf das Zurverfügungstellen seines Gefrierschranks beschränkt, ist allerdings im Rahmen des objektiven Tatverschuldens Rechnung zu tragen: Der Beschuldigte hat im Wissen um den Inhalt des Pakets lediglich dessen Lagerung im Gefrierschrank zugelassen. Mehr wird ihm von der Staatsanwaltschaft nicht vorgeworfen.

Bei Drogendelikten ist im Rahmen des objektiven Tatverschuldens allerdings auch die Menge der Betäubungsmittel zu berücksichtigen. Zwar handelt es sich dabei nicht um einen Strafzumessungsfaktor von vorrangiger Bedeutung und auch weiterhin bleibt das Verschulden massgebend, dennoch spielt die Betäubungsmittelmenge eine umso wichtigere Rolle, je deutlicher der Grenzwert im Sinne des Qualifikationstatbestands von Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG überschritten ist (BGer 6B_780/2018 vom 9. Oktober 2018 E. 2.1; BGE 121 IV 202 E. 2d/cc S. 205 f.; BGE 121 IV 193 E. 2b/aa S. 196). Mit einer Menge, welche fast das Fünffache der bundesgerichtlich für einen schweren Fall i.S.v. Art. 19 Abs. 2 lit. a BetmG festgelegten Höhe von 36 Gramm erreicht (vgl. E. 4.2, vorne), muss deshalb trotz des sehr geringen Tatbeitrags die Bewertung des objektiven Tatverschuldens angepasst werden. Dieses ist daher nicht mehr als sehr leicht, sondern als leicht einzustufen.

5.3. Die Beweggründe des Beschuldigten zur Einwilligung in die Einlagerung sind darin zu erblicken, dass es sich um ein Ansinnen des eigenen Bruders gehandelt hat. Dieses Tatmotiv ist verständlich. Weder hat der Beschuldigte selbst einen Profit erzielen noch hat er die Drogen selbst konsumieren wollen. Bei ihm, der das Amphetamingemisch zwar Dritten zeigte, es aber lediglich einstweilen aufbewahrte, ist die kriminelle Energie deshalb nur sehr gering ausgeprägt. Das subjektive Tatverschulden ist daher noch als sehr leicht einzustufen.

5.4. Insgesamt ist das massgebliche Verschulden daher als leicht zu bewerten. Unter Berücksichtigung des Mindeststrafrahmens von Art. 19 Abs. 2 BetmG und der Tatsache, dass kein Strafmilderungsgrund i.S.v. Art. 19 Abs. 3 BetmG vorliegt, ist die hypothetische verschuldensangemessene Strafe beim Minimum von 12 Monaten Freiheitsstrafe anzusetzen.

5.5. Hinsichtlich der Täterkomponenten kann auf die zutreffenden und seither unveränderten Feststellungen der Vorinstanz verwiesen werden. Wie bereits die Vorinstanz gewichtet auch das Berufungsgericht die Täterkomponenten neutral, womit keine Korrektur der zuvor festgesetzten hypothetischen Strafe erforderlich ist.

5.6. Zusammenfassend gilt es folglich festzuhalten, dass das Berufungsgericht in Berücksichtigung sämtlicher Strafzumessungsfaktoren – anders als die Vorinstanz – eine Freiheitsstrafe von 12 Monaten als angemessen erachtet.