Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 509/2018

Urteil vom 2. Juli 2019

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Denys, Präsident,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Oberholzer,
Bundesrichter Rüedi,
Bundesrichterin Jametti,
Gerichtsschreiberin Bianchi.

Verfahrensbeteiligte
Oberjugendanwaltschaft des Kantons Zürich, Zürcherstrasse 15, 8400 Winterthur,
Beschwerdeführerin,

gegen

X._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Katja Ammann,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Verstoss gegen das Betäubungsmittelgesetz i.S.v.
Art. 19a Ziff. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG;
Kosten, Entschädigung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts
des Kantons Zürich, I. Strafkammer,
vom 5. April 2018 (SU170045).

Sachverhalt:

A.
Anlässlich einer polizeilichen Kontrolle am 8. Januar 2017 in Winterthur trug X._____, geboren am 20. Januar 2001, 1,4 Gramm Marihuana auf sich, das für den Eigenkonsum bestimmt war.

B.
Die Jugendanwaltschaft Winterthur sprach X._____ mit Strafbefehl vom 23. Januar 2017 der Übertretung im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG schuldig und sprach einen Verweis aus.
Mit Urteil vom 29. Juni 2017 sprach das Bezirksgericht Winterthur X._____ der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Ziff. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG frei.
Auf Berufung der Oberjugendanwaltschaft des Kantons Zürich bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich den Freispruch am 5. April 2018.

C.

Die Oberjugendanwaltschaft führt Beschwerde in Strafsachen. Sie beantragt, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache sei an dieses zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.

1.1. Fraglich ist, ob der Besitz einer geringfügigen Menge Cannabis (bis zu zehn Gramm) durch Jugendliche strafbar ist.

1.2. Die Vorinstanz erwägt, eine Bestrafung des Beschwerdegegners verstosse gegen das Legalitätsprinzip im Sinne von Art. 1 StGB. Art. 19b Abs. 1 und 2 BetmG sähen ausdrücklich vor, dass der Besitz einer geringfügigen Menge Cannabis "nicht strafbar" sei. Es lägen keine Anhaltspunkte vor, dass der Gesetzgeber beim Erlass von Art. 19b Abs. 2 BetmG im Jahre 2013 mit der Einführung des Ordnungsbussenverfahrens den Wortlaut und Inhalt von Art. 19b Abs. 1 BetmG nicht bedacht habe. Die Einführung des Ordnungsbussenverfahrens habe den Konsum von Cannabis durch Erwachsene betroffen (vgl. Art. 28b Abs. 1 und Art. 28c lit. c BetmG), jedoch keine inhaltlichen Änderungen beim straflosen Besitz von Cannabis zum Eigenkonsum vorgesehen.
Auch unter Berücksichtigung des im BetmG zentralen Jugendschutzes sei für den vorliegenden Fall letztlich entscheidend, dass im Gesetz die Strafbarkeit des Besitzes von Cannabis zum Eigenkonsum für Jugendliche nicht vorgesehen sei.

1.3. Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Gesetzgeber habe nicht gewollt, dass Jugendliche für Vorbereitungshandlungen zum Cannabiskonsum straffrei blieben. Dies ergebe sich aus der Systematik der Strafbestimmungen, der Entstehungsgeschichte des Ordnungsbussenverfahrens und den Konsequenzen der vorinstanzlichen Erwägungen.

1.4.

1.4.1. Wer unbefugt Betäubungsmittel vorsätzlich konsumiert oder wer zum eigenen Konsum eine Widerhandlung im Sinne von Art. 19 BetmG begeht, wird mit Busse bestraft (Art. 19a Ziff. 1 BetmG). Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer Betäubungsmittel unbefugt besitzt, aufbewahrt, erwirbt oder auf andere Weise erlangt (Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG).
Wer nur eine geringfügige Menge eines Betäubungsmittels für den eigenen Konsum vorbereitet oder zur Ermöglichung des gleichzeitigen und gemeinsamen Konsums einer Person von mehr als 18 Jahren unentgeltlich abgibt, ist nach Art. 19b Abs. 1 BetmG nicht strafbar. Gemeint sind damit jene Beschaffungshandlungen, die ausschliesslich dem eigenen Gebrauch dienen, insbesondere der Erwerb und der Besitz mit dem Ziel, das Betäubungsmittel zu konsumieren (vgl. Urteil 6B 630/2016 vom 25. Januar 2017 E. 2.3; PETER ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19-28l BetmG], 3. Aufl. 2016, N. 3 zu Art. 19b BetmG; zum Begriff der "geringfügigen Menge" vgl. BGE 124 IV 184 2.a und 2.b). Für das Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis gelten gemäss Art. 19b Abs. 2 BetmG 10 Gramm als geringfügige Menge.
Gemäss Art. 28b Abs. 1 BetmG können Widerhandlungen nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG, begangen durch den Konsum von Betäubungsmitteln des Wirkungstyps Cannabis, in einem vereinfachten Verfahren mit Ordnungsbussen geahndet werden. Das Ordnungsbussenverfahren ist ausgeschlossen bei Widerhandlungen von Jugendlichen (Art. 28c lit. c BetmG).

1.4.2. Der Grundsatz der Legalität ist in Art. 1 StGB und Art. 7 EMRK verankert. Dieser ist verletzt, wenn jemand wegen einer Handlung, die im Gesetz nicht als strafbar bezeichnet ist, strafrechtlich verfolgt wird, oder wenn eine Handlung, deretwegen jemand strafrechtlich verfolgt wird, zwar in einem Gesetz mit Strafe bedroht ist, dieses Gesetz selber aber nicht als rechtsbeständig angesehen werden kann, oder schliesslich, wenn das Gericht eine Handlung unter eine Strafnorm subsumiert, die darunter auch bei weitestgehender Auslegung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen nicht subsumiert werden kann (BGE 144 I 242 E. 3.1.2; 139 I 72 E. 8.2.1; 138 IV 13 E. 4.1; je mit Hinweisen). Der Begriff der Strafe im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK ist autonom auszulegen. Er knüpft an eine strafrechtliche Verurteilung an. Er erfasst alle Verurteilungen, welche im Sinne

von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gestützt auf eine gegen eine Person erhobene strafrechtliche Anklage erfolgen. Von Bedeutung sind ihre Qualifikation im internen Recht, das Verfahren, in dem sie verhängt und vollstreckt wird, sowie namentlich ihre Eingriffsschwere. Als Teilgehalt des Legalitätsprinzips verlangt das Bestimmtheitsgebot (”nulla poena sine lege certa”) eine hinreichend
genaue Umschreibung der Straftatbestände. Das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann (BGE 144 I 242 E. 3.1.2; 138 IV 13 E. 4.1 S. 20).
Das Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen, d.h., 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 144 I 242 E. 3.1.2; 142 IV 401 E. 3.3 S. 404, 1 E. 2.4.1; je mit Hinweisen).

1.5. Nach der Praxis des Bundesgerichtes fällt der Konsum von geringfügigen Drogenmengen unter Art. 19a Ziff. 2 BetmG, der blosse Besitz von geringfügigen Drogenmengen zu Konsumzwecken hingegen unter Art. 19b BetmG (BGE 124 IV 184 E. 2 - 3; 108 IV 196 E. 1.c; Urteile 1A.109/2003 vom 3. Juni 2003 E. 4.1; 6S.731/1993 vom 15. März 1994 E. 2.c). Das Bundesgericht hat festgehalten, dass der blosse Besitz von geringfügigen Drogenmengen zu Konsumzwecken, ohne dass ein Konsum feststellbar wäre, unter Art. 19b BetmG fällt und straflos ist (BGE 108 IV 196 E. 1.c; Urteile 6B 1273/2016 vom 6. September 2017 E. 1.6; 6P.34/1999 vom 20. April 1999 E. 3.e; vgl. auch GUSTAV HUG-BEELI, KOMMENTAR ZUM BETÄUBUNGSMITTELGESETZ, 2016, N. 65 zu Art. 19b BetmG). Die Frage, ob dies auch für den Besitz durch Jugendliche gilt, wurde vor Bundesgericht bislang nicht aufgeworfen. Die Lehre äussert sich soweit ersichtlich nicht dazu.

1.6. Die Beschwerdeführerin verweist auf die Gesetzessystematik und die Entstehungsgeschichte von Art. 19b Abs. 2 BetmG, eingeführt mit der Revision im Jahre 2012. Massgebender Ausgangspunkt ist indes die in Art. 19b Abs. 1 BetmG seit 1975 vorgesehene Strafbefreiung der Vorbereitungshandlungen zum Eigenkonsum, wenn diese nur geringfügige Mengen eines Betäubungsmittels betreffen. Die Unterscheidung zwischen dem strafbaren Konsum nach Art. 19a Abs. 1 BetmG und den straffreien Vorbereitungshandlungen nach Art. 19b BetmG wurde 1975 mit der Änderung des BetmG eingeführt (AS 1975 1220; BBl 1973 I 1348). Während zuvor der Konsum von Betäubungsmitteln nicht unter Strafe gestellt war, wurde der Konsument über den Umweg unerlaubter Vorbereitungshandlungen gleichwohl bestraft. Mit der Revision von 1975 stellte der Gesetzgeber den Konsum grundsätzlich unter Strafe. In einem gewissen Rahmen sollte der Konsum jedoch weiterhin straffrei bleiben. Um dies zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber in Art. 19b BetmG die Strafbefreiung der Vorbereitungshandlungen betreffend einer geringfügigen Menge zum Eigenkonsum eingeführt (BGE 108 IV 196 E. 1a; Botschaft vom 9. Mai 1973 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes betreffend Betäubungsmittel vom 9. April
1951, BBl 1973 I 1348 ff., 1368; STEPHAN SCHLEGEL, Nr. 4 Bezirksgericht Zürich, Urteil vom 10. September 2015 in: forumpoenale 1/2017, S. 13 ff., S. 17).
Im Zeitpunkt der Gesetzesänderung im Jahre 1975 war der Cannabiskonsum von Jugendlichen ein bekanntes Problem (vgl. HUG-BEELI, a.a.O., N. 65 zu Allgemeiner Teil: §4 Gesetzgebung). Weder dem Gesetzestext noch den Materialien lässt sich indes entnehmen, dass der Gesetzgeber die Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen auf Erwachsene beschränken wollte.

1.7.

1.7.1. Fraglich ist, ob sich mit der Revision des BetmG im Jahre 2012 etwas geändert hat. Die Beschwerdeführerin bringt vor, aufgrund dieser Revision und unter Berücksichtigung des Jugendschutzes sei die Straf-

barkeit des Besitzes (ohne Konsum) von bis zu 10 Gramm Cannabis von Jugendlichen für den Eigenkonsum zu bejahen. Sie hält es für nicht nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber eine straflose geringfügige Menge für die Vorbereitung des Eigenkonsums eines Betäubungsmittels habe festlegen wollen, wenn es darum gegangen sei, den Konsum dieses Betäubungsmittels dem Ordnungsbussenverfahren zu unterstellen. In den Materialien gebe es keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber den blossen Besitz von Cannabisprodukten zum Eigenkonsum von der Strafbarkeit habe ausnehmen wollen.

1.7.2. Mit Art. 19b Abs. 2 BetmG wurde der Begriff der "geringfügigen Menge" in Bezug auf Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis konkretisiert. Wie die Beschwerdeführerin darlegt, wurde diese Bestimmung im Rahmen der Einführung des Ordnungsbussenverfahrens mit der Revision des BetmG im Jahre 2012 erlassen. Mit der Einführung des Ordnungsbussenverfahrens sollte der Polizei ermöglicht werden, einen Fall von Cannabiskonsum eines Erwachsenen in einem vereinfachten Verfahren mit einer Ordnungsbusse von Fr. 100.– ahnden zu können, vorausgesetzt, der Cannabiskonsument trägt nicht mehr als 10 Gramm Cannabis bei sich (Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 2. September 2011 Ziff. 2.2.1, BBl 2011 8195 ff., 8201; MAURER, a.a.O., N. 5 zu Art. 19b BetmG; ausführlich zur Revision vom 28. September 2012 HUG-BEELI, a.a.O., N. 101 - 111 zu Allgemeiner Teil: §4 Gesetzgebung).

1.7.3. Nach Art. 28b Abs. 1 BetmG setzt die Anwendung des Ordnungsbussenverfahrens eine Widerhandlung nach Art. 19a Ziff. 1 BetmG, begangen durch den Konsum von Cannabis, voraus. Vorbereitungshandlungen in Kombination mit dem Konsum des beschafften Betäubungsmittels werden von Art. 19a Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG erfasst (HUG-BEELI, a.a.O., N. 65 zu Art. 19b BetmG; MAURER, a.a.O., N. 2a zu Art. 19a BetmG; ALBRECHT, a.a.O., N. 22 zu Art. 19a BetmG; Urteile 6P.34/1999 vom 20. April 1999 E. 3.e; 6S.374/1998 vom 14. Juli 1998 E. 2).
Entsprechend nehmen die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Materialien stets Bezug auf die Strafbarkeit des Besitzes von Betäubungsmitteln in Kombination mit dem Konsum. So wird beispielsweise im Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates festgehalten, die Polizei solle den Cannabiskonsum von Erwachsenen künftig mit einer Ordnungsbusse ahnden können, vorausgesetzt der Täter trage nicht mehr als 10 Gramm Cannabis bei sich (Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 2. September 2011, BBl 2011 8195 ff., 8196).
Art. 19b BetmG bezieht sich hingegen auf Vorbereitungshandlungen, die im Hinblick auf einen möglichen, aber nicht ausgeführten Eigenkonsum des Betäubungsmittels erfolgen und straflos sind (oben, E. 1.5). Das Ordnungsbussenverfahren kommt insofern in Bezug auf Art. 19b BetmG nicht zur Anwendung (HUG-BEELI, a.a.O., N. 66 zu Art. 19b BetmG; MAURER, a.a.O., N. 7 zu Art. 19b BetmG und N.1 zu Art. 28b BetmG).
Vor diesem Hintergrund mag es, wie in der Lehre aufgezeigt (HUG-BEELI, a.a.O., N. 103 - 105 zu Allgemeiner Teil: §4 Gesetzgebung), durchaus erstaunen, dass der Gesetzgeber die für das Ordnungsbussenverfahren vorgesehene Grenze von 10 Gramm Cannabis in Art. 19b BetmG eingeordnet hat. Nicht daraus ableiten lässt sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin jedoch, dass deswegen mit Art. 19b Abs. 2 BetmG entgegen dem klaren Wortlaut von Art. 19b Abs. 1 BetmG die Strafbarkeit von Jugendlichen betreffend Vorbereitungshandlungen einer geringfügigen Menge Cannabis hätte eingeführt werden sollen.

1.7.4. Dem in Art. 11 BV verankerten Jugendschutz kommt im BetmG eine zentrale Rolle zu. Dem Jugendschutz wird im BetmG indes nicht mit einer härteren Bestrafung Jugendlicher im Vergleich zu Erwachsenen Rechnung getragen. Vielmehr sah der Gesetzgeber die härtere Bestrafung der Abgabe von Betäubungsmitteln an Jugendliche (vgl. Art. 19 Abs. 2 lit. d, Art. 19bis und Art. 19b Abs. 1 BetmG) sowie spezifische Präventions- und Therapiemassnahmen (vgl. Art. 3b, 3c BetmG) vor.
Die Einführung des Ordnungsbussenverfahrens sollte keine Auswirkungen auf den Jugendschutz haben. Dies wird durch die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Voten im Gesetzgebungsprozess bestätigt. So wurde mehrfach betont, dass sich bei Jugendlichen bezüglich der Strafbarkeit von Cannabisdelikten nichts ändern werde (Voten Fehr, AB NR 2012 S. 268 f.; Moret und Cassis, AB NR 2012 S. 286; Schwaller, AB SR 2012 S. 408 und 412; Fehr, AB NR 2012 S. 1375). Entsprechend wurde das Ordnungsbussenverfahren für Widerhandlungen von Jugendlichen ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 28c lit. c BetmG). Der Cannabiskonsum von Jugendlichen wird demnach zur Gewährleistung des Jugendschutzes nicht mit einer Busse von Fr. 100.– im Ordnungsbussenverfahren geahndet, sondern es kommen die nach JStGB vorgesehenen Schutzmassnahmen

und Strafen (Art. 12 ff. JStGB) zur Anwendung. Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates hat festgehalten, dass auf diese Weise der Jugendschutz sowohl über Art. 3c BetmG als auch über Art. 19a BetmG in Anwendung des Jugendstrafgesetzes gewährleistet sei (Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 2. September 2011 Ziff. 3.2.3, BBl 2011 8195 ff., 8209).
Im Übrigen ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin die Meldebefugnis nach Art. 3c Abs. 1 BetmG von der Straflosigkeit nach Art. 19b BetmG nicht tangiert. Die Meldung nach Art. 3c Abs. 1 BetmG knüpft nicht an eine strafrechtliche Verurteilung an.

1.8. Sofern die Beschwerdeführerin kritisiert, es sei nicht nachvollziehbar, dass die Jugendlichen auf der einen Seite gleich privilegiert wie Erwachsene behandelt werden sollen, auf der anderen Seite aber von der raschen Erledigung einer Übertretung durch ein vereinfachtes Verfahren ausgeschlossen werden müssten, ist ihr nicht zu folgen.
Mit dem Ordnungsbussenverfahren wird die Strafe für den Konsum von Cannabis im Gegensatz zum ordentlichen Verfahren durch ein Polizeiorgan ohne Berücksichtigung des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse des Täters verhängt (HUG-BEELI, a.a.O., N. 108 zu Allgemeiner Teil: §4 Gesetzgebung). Dies wird den nach Jugendstrafgesetz vorgesehenen besonderen Schutzmassnahmen und Strafen (Art. 12 ff. JStGB) nicht gerecht. Macht sich ein Jugendlicher des Cannabiskonsums strafbar, ist je nach Umständen und persönlicher Situation eine andere Folge als eine Ordnungsbusse von Fr. 100.–, unter anderem unter Einbezug der Eltern, angezeigt.

1.9. Sofern die Beschwerdeführerin vorbringt, die unterschiedliche Behandlung von bloss besitzenden gegenüber auch konsumierenden Jugendlichen lasse sich aus Sicht der Rechtsgleichheit nicht vertreten, stellt sie die Unterscheidung zwischen straflosen Vorbereitungshandlungen, ohne dass der Konsum vollzogen wurde (Art. 19b BetmG), und den strafbaren Vorbereitungshandlungen in Kombination mit dem Konsum (Art. 19a Ziff. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 lit. d BetmG) in Frage. Der Gesetzgeber hat diese Unterscheidung bewusst getroffen (oben E. 1.6). Die Beschwerdeführerin vermag mit ihren Ausführungen keine Verletzung von Bundesrecht aufzuzeigen.

1.10. Die Beschwerdeführerin wirft ferner die Frage nach der Einziehung des Cannabis auf. Die Frage der Einziehung im Zusammenhang mit Art. 19b BetmG ist umstritten (Urteil 6B 1273/2016 vom 6. September 2017 E. 1.7.2 mit Hinweisen). Der Beschwerdegegner hat die Einziehung nicht angefochten, weswegen diese Frage vorliegend nicht zu klären ist.

2.
Die Beschwerde ist abzuweisen. Es sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Es werden keine Kosten erhoben.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 2. Juli 2019

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Denys

Die Gerichtsschreiberin: Bianchi