Urteilkopf

147 IV 176

17. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. A.A. gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau (Beschwerde in Strafsachen) 6B_1302/2020 vom 3. Februar 2021

Regeste (de):

Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG; qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz durch gewerbsmässigen Handel.

Bei bandenmässiger Tatbegehung nach Art. 19 Abs. 2 lit. b BetmG ist der von der Bande erzielte grosse Umsatz oder erhebliche Gewinn im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG vollumfänglich jedem einzelnen Mitglied zuzurechnen, weshalb der Beschwerdeführer vorliegend auch das Qualifikationsmerkmal des gewerbsmässigen Handels erfüllt (E. 2.4.2).

Regeste (fr):

Art. 19 al. 2 let. c LStup; infraction qualifiée à la loi sur les stupéfiants en raison d'un trafic par métier.

Dans le cas d'une commission en bande selon l'art. 19 al. 2 let. b LStup, le chiffre d'affaires ou le gain important réalisé au sens de l'art. 19 al. 2 let. c LStup doit être imputé dans son intégralité à chacun des membres de la bande, de sorte qu'en l'espèce, les agissements du recourant répondent également à la qualification de trafic par métier (consid. 2.4.2).

Regesto (it):

Art. 19 cpv. 2 lett. c LStup; infrazione aggravata alla legge sugli stupefacenti, traffico per mestiere.

Se il reato è commesso in banda giusta l'art. 19 cpv. 2 lett. b LStup, la grossa cifra d'affari o il guadagno considerevole ai sensi dell'art. 19 cpv. 2 lett. c LStup realizzati dalla banda devono essere interamente imputati a ogni singolo membro, motivo per cui nella fattispecie il ricorrente adempie anche l'aggravante del mestiere (consid. 2.4.2).

Sachverhalt ab Seite 176

BGE 147 IV 176 S. 176

A. Das Bezirksgericht Kulm verurteilte A.A. am 28. November 2018 wegen qualifizierter Widerhandlung gemäss Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 lit. a (grosse Gesundheitsgefährdung) und lit. b (Bandenmässigkeit) des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG; SR 812.121) zu einer Freiheitsstrafe von 6 Jahren, unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft. Einen Teil der beschlagnahmten Gegenstände zog es zur Vernichtung ein, den anderen Teil gab es A.A. heraus, zog jedoch das sichergestellte

BGE 147 IV 176 S. 177

Bargeld in der Höhe von Fr. 9'382.05 zur Deckung der Verfahrenskosten ein. Vom Vorwurf der gewerbsmässigen Widerhandlung nach Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG sprach es A.A. frei. Gegen dieses Urteil erhoben A.A. Berufung und die Staatsanwaltschaft Anschlussberufung.

B. Mit Urteil vom 12. Oktober 2020 sprach das Obergericht des Kantons Aargau A.A. bezüglich der Kokainlieferung vom 16. Dezember 2016 und bezüglich des Anstaltentreffens zur Einfuhr einer unbestimmten Menge Kokain vom Vorwurf der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz frei. Es sprach ihn jedoch bezüglich der Kokainlieferung vom 18. Oktober 2016 der qualifizierten Widerhandlung nach Art. 19 Abs. 2 lit. a, lit. b und zusätzlich lit. c

(Gewerbsmässigkeit) BetmG schuldig und bestrafte ihn mit 7 1/2 Jahren Freiheitsstrafe, unter Anrechnung der Untersuchungshaft. Es ordnete die Herausgabe aller beschlagnahmten Gegenstände an, bestätigte aber die Einziehung der Barschaft zur Kostendeckung. Das Obergericht hält in Bezug auf die vorliegend noch relevanten Anklagepunkte zusammengefasst für erwiesen, dass sich A.A. mit B.A., C. und D. zu einer Bande zusammenschloss, um im grossen Stil im Wesentlichen von der U. Bar in V. aus Kokain an eine unbestimmte Anzahl von Abnehmern zu veräussern. Es ging weiter davon aus, dass A.A. am 18. Oktober 2016 zusammen mit den Bandenmitgliedern B.A. und C. sowie E. eine Lieferung von vier Kilogramm Kokain in Empfang nahm, welche die Bandenmitglieder in der Folge an Abnehmer veräusserten, und dass A.A. am 17. Januar 2017 Anstalten zur Lieferung von weiteren vier Kilogramm Kokain traf.

C. A.A. führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und er sei von der gewerbsmässigen qualifizierten Widerhandlung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG freizusprechen. Er sei stattdessen der qualifizierten Widerhandlung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a und b BetmG schuldig zu sprechen und zu einer bedingten Freiheitsstrafe von maximal 24 Monaten mit einer Probezeit von 2 Jahren zu bestrafen. Die sichergestellten Barmittel seien ihm herauszugeben. Eventualiter sei das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an das Obergericht zurückzuweisen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

BGE 147 IV 176 S. 178

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer rügt eine bundesrechtswidrige Anwendung von Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG.
 2.1 In rechtlicher Hinsicht bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht das Vorliegen des Qualifikationsmerkmals der Gewerbsmässigkeit gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG bejaht. Dabei handle es sich um ein persönliches Merkmal im Sinne von Art. 27 StGB. Er selbst sei im Zeitraum der ihm vorgeworfenen Delikte stets arbeitstätig gewesen und habe über ein legales Einkommen verfügt, was gegen ein berufsmässiges Handeln spreche. Die erste Instanz habe dies zutreffend erkannt. Die Bande habe aus fünf Personen bestanden, womit auf eine einzelne Person bei gleicher Beteiligung und dem von der Vorinstanz zugrunde gelegten Gesamtumsatz gerade einmal Fr. 52'500.- auf ihn entfielen. Auch seine von der Vorinstanz behauptete massgebliche Stellung innerhalb der Bande führe bei dieser Ausgangslage nicht zwingend dazu, dass der auf ihn entfallende Umsatz die Schwelle von Fr. 100'000.- überschritten habe.

2.2

2.2.1 Der Handel mit Betäubungsmitteln stellt einen qualifizierten Verstoss im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG dar, wenn der Täter durch gewerbsmässigen Handel einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt. Der Wortlaut dieser Norm stimmt mit dem Tatbestand der gewerbsmässigen Geldwäscherei im Sinne von Art. 305bis Ziff. 2 lit. c StGB überein. Für eine unterschiedliche Anwendung dieser Bestimmungen besteht kein Anlass (BGE 129 IV 253 E. 2.2 mit Hinweisen). Gross im Sinn dieser Bestimmung ist ein Umsatz von über 100'000 Franken, erheblich ein Gewinn von über 10'000 Franken (BGE 129 IV 188E. 3.1.3, BGE 129 IV 253 E. 2.2; Urteile 6B_1263/2018 vom 28. Januar 2019 E. 2.1.2; 6B_976/2015 vom 27. September 2016 E. 10.3.2; 6B_1192/2014 vom 24. April 2015 E. 3.2; 1B_293/2013 vom 31. Januar 2014 E. 2.1.2; je mit Hinweisen). Der schwere Fall setzt darüber hinaus voraus, dass die von der Rechtsprechung entwickelten Bedingungen der Gewerbsmässigkeit erfüllt sind (BGE 129 IV 188 E. 3.1.2.). Der Täter handelt gewerbsmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach
 BGE 147 IV 176 S. 179

der Art eines Berufes ausübt. Diese abstrakte Umschreibung hat Richtlinienfunktion. Die Einnahmequelle braucht nicht den hauptsächlichen oder regelmässigen Erwerb zu bilden. Eine nebenberufliche deliktische Tätigkeit kann als Voraussetzung für Gewerbsmässigkeit genügen, weil auch in diesem Fall die erforderliche soziale Gefährlichkeit gegeben sein kann. Wesentlich ist ausserdem, dass der Täter sich darauf einrichtet, durch sein deliktisches Handeln relativ regelmässige Einnahmen zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten seiner Lebensgestaltung darstellen. Zudem muss er die Tat bereits mehrfach begangen haben und es muss aus den gesamten Umständen geschlossen werden, er sei zu einer Vielzahl unter den

entsprechenden Tatbestand fallender Handlungen bereit gewesen (BGE 129 IV 188 E. 3.1.2, BGE 129 IV 253 E. 2.2; 119 IV 129 E. 3a; Urteile 6B_1214/2019 vom 1. Mai 2020 E. 3.3; 6B_976/2015 vom 27. September 2016 E. 10.3.2; 6B_1192/2014 vom 24. April 2015 E. 3.2; je mit Hinweisen; GUSTAV HUG-BEELI, Betäubungsmittelgesetz [BetmG], Kommentar [...], 2016, N. 1102 zu Art. 19 BetmG).

2.2.2 Bei der Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG handelt es sich um ein persönliches Merkmal im Sinne von Art. 27 StGB. Somit kommt die Annahme der Gewerbsmässigkeit bei Tatbeteiligung (Mittätern, Anstiftern und Gehilfen) nur dann in Betracht, wenn der Täter das qualifizierende Tatbestandsmerkmal selbst erfüllt (vgl. bereits BGE 70 IV 125 sowie Urteile 6B_976/2015 vom 27. September 2016 E. 10.3.2; 6B_207/2013 vom 10. September 2013 E. 1.3.2; je mit Hinweisen; PETER ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes[Art. 19-28l BetmG], 3. Aufl. 2016, N. 260 zu Art. 19 BetmG; HUG-BEELI, a.a.O., N. 1111 zu Art. 19 BetmG; FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, BetmG Kommentar, 3. Aufl. 2016, N. 221 zu Art. 19 BetmG).

2.3 Die Vorinstanz hält unter Verweis auf ihre (unangefochten gebliebenen) Ausführungen zur bandenmässigen Tatbegehung fest, der Beschwerdeführer habe nicht nur punktuell in der Bande mitgewirkt, sondern habe vielmehr die Drogenlieferungen besorgt. Es liege unter den vorliegenden Umständen ausserhalb einer vernünftigen Betrachtungsweise, dass der Beschwerdeführer in keiner Art und Weise vom Betäubungsmittelhandel profitiert haben soll, zumal an seinem Wohnort Fr. 9'000.- und Euro 360.- sichergestellt worden seien. Sie bejaht die gewerbsmässige Tatbegehung des Beschwerdeführers aufgrund dessen - neben B.A. - ebenfalls massgeblicher BGE 147 IV 176 S. 180

Stellung innerhalb der Bande, sodass er angesichts des erzielten Umsatzes von Fr. 262'500.- die Schwelle von Fr. 100'000.- deutlich erreiche.

2.4

2.4.1 Das angefochtene Urteil verletzt auch in diesem Punkt kein Bundesrecht. Der Beschwerdeführer war Teil einer Bande, die sich gemäss bindender vorinstanzlicher Feststellung zum Zwecke des Verkaufs von Kokain an eine noch unbestimmte Anzahl von Abnehmern zusammengeschlossen hatte. Mithin war der Beschwerdeführer zu einer Vielzahl von Betäubungsmittelverkäufen entschlossen. Aufgrund dieser Bereitschaft, der erwiesenen Delikte über mehrere Kilogramm Kokain innerhalb weniger Monate und damit eines verhältnismässig kurzen Zeitraums, der Funktion des Beschwerdeführers als Organisator der Lieferungen, die eine Vielzahl von Telefonkontakten, aber auch Tätigkeiten vor Ort (Kontrolle und Überwachung der empfangenen Lieferung, eigene Verkäufe) mit sich brachten und des generierten Umsatzes durfte die Vorinstanz annehmen, der Beschwerdeführer habe sich darauf eingerichtet, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung bilden sollten. Dass der Beschwerdeführer auch über ein legales Erwerbseinkommen verfügte, schliesst entgegen der Verteidigung die Qualifikation der Gewerbsmässigkeit nicht aus, zumal die Relation der deliktischen Einnahmen zum ordentlichen Erwerbseinkommen nach der Rechtsprechung irrelevant ist. Die im gewerbsmässigen Handel liegende erhöhte soziale Gefährlichkeit ist auch gegeben, wenn die deliktische Tätigkeit nicht die einzige oder die hauptsächliche Einnahmequelle des Täters bildet, sondern schon dann, wenn damit lediglich ein Nebenerwerb erzielt wird (BGE 123 IV 113 E. 3c; Urteile 6B_1214/2019 vom 1. Mai 2020 E. 3.4; 6B_611/2015 vom 17. Dezember 2015 E. 3.4).

2.4.2 Der Einwand des Beschwerdeführers, auf ihn entfalle nur ein Fünftel des erzielten Umsatzes, was weniger als den relevanten Schwellenwert von Fr. 100'000.- ergebe, geht fehl. Der grosse Umsatz respektive der erhebliche Gewinn muss nicht zwingend direkt beim Täter anfallen (HUG-BEELI, a.a.O., N. 1129 zu Art. 19 BetmG; FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, a.a.O., N. 218 zu Art. 19 BetmG). Daran ändert auch nichts, dass das Qualifikationsmerkmal in der Person des Beschwerdeführers gegeben sein muss. Soweit ersichtlich äussert sich die Lehre zu dieser Frage nicht und hatte sich damit BGE 147 IV 176 S. 181

auch das Bundesgericht noch nicht zu befassen. Nach der Rechtsprechung ist Bandenmässigkeit anzunehmen, wenn zwei oder mehr Täter sich mit dem ausdrücklich oder konkludent geäusserten Willen zusammenfinden, inskünftig zur Verübung mehrerer selbständiger im Einzelnen noch unbestimmter Straftaten zusammenzuwirken. Das Qualifikationsmerkmal der Bande setzt gewisse Mindestansätze einer Organisation, etwa Rollen- oder Arbeitsteilung, und eine Intensität des Zusammenwirkens in einem Masse voraus, dass von einem stabilen Team gesprochen werden kann, auch wenn dieses nur kurzlebig ist. In subjektiver Hinsicht muss sich der Täter des

Zusammenschlusses und der Zielrichtung der Bande bewusst sein. Sein Vorsatz muss die die Bandenmässigkeit begründenden Tatumstände umfassen. Bandenmässige Tatbegehung ist nur anzunehmen, wenn der Wille der Täter auf die gemeinsame Verübung einer Mehrzahl von Delikten gerichtet ist (BGE 135 IV 158 E. 2 und 3.4; 124 IV 86 E. 2b; Urteile 6B_960/2019 vom 4. Februar 2020 E. 5.1; 6B_115/2019 vom 15. Mai 2019 E. 2.2). Diese Begriffsbeschreibung verdeutlicht, dass es sich bei der bandenmässigen Tatbegehung gar um eine gegenüber der Mittäterschaft intensiviertere Form gemeinsamen deliktischen Vorgehens handelt, die durch ein gemeinsames, übergeordnetes Bandeninteresse sowie einen gefestigten Bandenwillen gekennzeichnet ist (ALBRECHT, a.a.O., N. 247 zu Art. 19 BetmG; HUG-BEELI, a.a.O., N. 1082 zu Art. 19 BetmG). Es besteht mithin kein Anlass, das Bandenmitglied in Bezug auf den erzielten Umsatz als Auswirkung der bandenmässigen Tatbegehung anders zu behandeln als jeden Mittäter, welchem zufolge der Mittäterschaft die gesamte Handlung zugerechnet wird (vgl. BGE 143 IV 361 E. 4.10; BGE 135 IV 152 E. 2.3.1; Urteil 6B_371/2020 vom 10. September 2020 E. 2.3.3 mit Hinweisen). Da die bandenmässige Tatbegehung im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. b BetmG erstellt ist, ist dem Beschwerdeführer der von der Bande erzielte und den Grenzwert von Fr. 100'000.- bei weitem übersteigende Umsatz vollumfänglich zuzurechnen, womit das Qualifikationsmerkmal der Gewerbsmässigkeit in seiner Person erfüllt ist. Die Beschwerde erweist sich damit auch in diesem Punkt als unbegründet und der Schuldspruch wegen gewerbsmässigem Betäubungsmittelhandel verletzt kein Bundesrecht.