

AR_GERICHTE KG K1S-12-2 vom 17. Januar 2013

AR Gerichte, 2013-01-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ar_gerichte_KG K1S-12-2

FR: AR_GERICHTE KG K1S-12-2 du 17 janvier 2013

IT: AR_GERICHTE KG K1S-12-2 del 17 gennaio 2013

Regeste

Kantonsgericht von Appenzell Ausserrhoden 1. Abteilung Urteil vom 17. Januar 2013
Mitwirkende Kantonsgerichtspräsident Pius Gebert, Vorsitz Kantonsrichterinnen Annegreth Wiesendanger, Ursula Hanselmann Kantonsrichter Niklaus Salzmann, Ro

Erwägungen

E. 1

Prozessuales

E. 1.1

Anwendbares Recht Die dem Beschuldigten vorgeworfenen Drogendelikte soll dieser im Sommer 2009 bis 6. Januar 2010 begangen haben. Das revidierte BetmG ist am 1. Oktober 2012 in Kraft getreten. Es enthält keine Übergangsbestimmungen. Es gilt demnach die lex-mitior-Regel gemäss Art. 26 BetmG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 StGB. Danach ist das neue Recht anzuwenden, wenn es für den Beschuldigten milder ist. Es gilt nachfolgend somit zu prüfen, welches Recht das mildere ist. Jenes ist in der Folge anzuwenden. Gemäss Art. 19 Ziff. 1 aBetmG, welches im Zeitpunkt der Tatbegehung galt, wird der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wenn er Betäubungsmittel unter anderem unbefugt anbietet, verteilt, verkauft, verschafft, in Verkehr bringt oder abgibt oder auch wenn er Betäubungsmittel unbefugt besitzt, aufbewahrt, kauft oder sonst wie erlangt. Gemäss dem geltenden Art. 19 Abs. 1 lit. c revBetmG wird ebenfalls mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer Betäubungsmittel unbefugt veräussert, verordnet, auf andere Weise einem anderen verschafft oder in Verkehr bringt oder wer gemäss lit. d Betäubungsmittel unbefugt besitzt, aufbewahrt, erwirbt oder auf andere Weise erlangt. Der Strafrahmen ist somit derselbe. Auch bei den sogenannten schweren Fällen ist der Strafrahmen von Art. 19 Ziff. 2 aBetmG und Art. 19 Abs.

E. 1.2

Seite 10 ist Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG ohne weiteres anzuwenden. Trotz Kritik hat das Bundesgericht an den Grenzwerten festgehalten, weshalb auch das Kantonsgericht Appenzell Ausserrhoden sich darauf abstützt. Bei einem Täter, der mit verschiedenen Betäubungsmittelarten handelt, sind nicht die Mengen der einzelnen umgesetzten Betäubungsmittelarten, sondern ist die Gesamtmenge aller gehandelten Drogen massgebend⁹. Gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. c aBetmG ist ebenfalls eine Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr auszufällen, wenn der Täter durch gewerbsmässigen Handel einen grossen Umsatz (ab CHF 100'000.-¹⁰) oder einen erheblichen Gewinn (ab CHF 10'000.-¹¹) erzielt. Wesentlich für die Gewerbsmässigkeit ist, dass sich der Täter darauf eingerichtet hat, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen¹². Keinen Gewinn im Sinne

des Gesetzes erzielt, wer als Abhängiger durch den Drogenhandel lediglich Heroin für den eigenen Bedarf oder Geld zur finanziellen Deckung dieses Bedarfs erlangt¹³.

E. 1.3

Beweisanträge Der Verteidiger beantragte die Einvernahme von K.K., P.D., T.S., Z.T. und D.S. als Zeugen sowie die Einholung eines Gutachtens zur Brandursache (art. 95). Diese Beweisanträge wiederholte er an Schranken und beantragte zudem die Einholung eines Gutachtens zur Abklärung der Schuldfähigkeit des Beschuldigten gemäss Art. 20 StGB. Beantragte Beweise sind nur in dem Umfang abzunehmen, als sie für die Abklärung des Sachverhaltes nötig sind. Auf Beweise ist zu verzichten, wenn sie materiellrechtlich unerheblich oder auch wegen Offenkundigkeit überflüssig sind¹. Wenn der Richter in Würdigung aller Umstände zur Überzeugung gelangt, dass die angerufenen Beweise zu keinem anderen Ergebnis als dem bereits ermittelten führen, verzichtet er auf deren Erhebung². Diese antizipierte Beweiswürdigung ist zulässig, wenn sie mit Vorsicht und Zurückhaltung gehandhabt wird. Auf die Beweisanträge wird in den materiellen Erwägungen eingegangen soweit erforderlich.

E. 2

Betäubungsmitteldelikte

E. 2.1

Gesetzliche Regelung Gemäss Art. 19 Ziff. 1 aBetmG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer unter anderem unbefugt Betäubungsmittel herstellt, auszieht, umwandelt oder verarbeitet, wer sie unbefugt lagert, versendet, befördert, einführt, ausführt oder durchführt, wer sie unbefugt anbietet, verteilt, verkauft, vermittelt, verschafft, verordnet, in Verkehr bringt oder abgibt, wer sie unbefugt besitzt, aufbewahrt, kauft oder sonst wie erlangt oder wer hiezu Anstalten trifft. Nach Art. 19 Ziff. 2 aBetmG wird der Täter mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann, bestraft, wenn er: a. weiss oder anneh-

1 HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel 2005, § 55 N 9. 2 HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, a.a.O., § 55 N 8. Seite 9 muss, dass die Widerhandlung sich auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann; b. als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs zusammengefounden hat; oder c. durch gewerbsmässigen Handel einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt. Betäubungsmittel im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes sind abhängigkeits erzeugende Stoffe und Präparate der Wirkungstypen Morphin, Kokain oder Cannabis (Art. 1 Abs. 1 aBetmG). Gemäss Art. 1 Abs. 4 aBetmG erstellt das Schweizerische Heilmittelinstitut das Verzeichnis der Stoffe und Präparate. In der früher geltenden Verordnung des schweizerischen Heilmittelinstituts über die Betäubungsmittel und psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelverordnung Swissmedic) sind alle hier zu beurteilenden Stoffe (Kokain, Heroin und Methadon) als Betäubungsmittel aufgeführt. Neu führt das Eidgenössische Departement des Innern ein Verzeichnis der Betäubungsmittel (Art. 2a revBetmG). Auch in der BetmVV-EDI sind sowohl Heroin, Kokain und Methadon gelistet. Gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG liegt ein schwerer Fall 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. Eine Gesundheitsgefahr liegt vor, wenn der Gebrauch eines Betäubungsmittels

seelische oder körperliche Schäden verursachen kann³. Es handelt sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt („in Gefahr bringen kann“). Der Richter muss prüfen, ob die in den Verkehr gebrachte Betäubungsmittelmenge tatsächlich geeignet ist, die menschliche Gesundheit vieler Menschen zu gefährden⁴. Die Gefahr für die Gesundheit vieler Menschen muss eine naheliegende und ernstliche Gefahr sein⁵. Das Bundesgericht hat Grenzwerte entwickelt, bei deren Vorliegen von einer Gefährdung vieler Menschen ausgegangen wird. Für Heroin wurde der Grenzwert auf 12 Gramm gesetzt⁶. Für Kokain liegt der Grenzwert bei 18 Gramm⁷. Bei den Grenzwerten ist stets vom reinen Stoff auszugehen oder mit anderen Worten, es ist bei den Grenzwerten der reine Drogenwirkstoff massgebend⁸. Bei den erwähnten Mengen

E. 2.2

Tatvorwurf Die Staatsanwaltschaft wirft dem Beschuldigten vor, von Sommer 2009 bis 6. Januar 2010, mit Betäubungsmitteln gehandelt zu haben. Der Beschuldigte soll insgesamt mindestens 381 bis 423 Gramm Heroin, 57 Gramm Kokain und 130-150 Stück Methadontabletten an mindestens 15 Abnehmer verkauft und übergeben haben. Dabei soll er einen Mindestverkaufserlös von CHF 708'250.- bis CHF 792'745.- erzielt haben (act. 84). In der Anklageschrift wird dem Beschuldigten auch vorgeworfen, er habe mehrfach Art. 19a Ziff. 1 aBetmG verletzt, indem er vorsätzlich und unbefugt unterschiedliche Substanzen von Betäubungsmitteln konsumiert habe (act. 84, S. 7). An Schranken räumte der Staatsanwalt ein, dass diese Delikte am 6. Januar 2013 verjährt sind und somit ausser Betracht fallen (act. 125).

E. 2.3

Standpunkt des Beschuldigten Der Beschuldigte bestritt anlässlich der ersten Einvernahme diese Vorwürfe (act. 4.2). Er gestand dann jedoch, an M. einen Deal von 10 Gramm Heroin vermittelt zu haben (act. 4.2, S. 4). Schliesslich gestand er, er habe Heroin verkauft (act. 9.1). Bezüglich der Menge meinte er 400 Gramm „könnte stimmen“ (act. 9.1). Anlässlich der Hauptverhandlung gestand der Beschuldigte den Verkauf von Heroin, konnte sich aber an die genaue Menge nicht mehr erinnern (act. 124). Bezüglich des Kokains sagte der Beschuldigte in den ersten Einvernahmen aus, er sei jeden zweiten Tag nach Winterthur gegangen, um dort fünf Gramm für jeweils CHF 200.- zu kaufen, dies habe er etwa 50 bis 100mal gemacht (act. 4.5, S. 8). Verkauft habe er Kokain jedoch nicht (act. 124). Er gestand jedoch den gemeinsamen Konsum von Kokain mit A. (act. 4.6). Er sagte: „Ich habe fünf Gramm Kokain gekauft und mit ihm zusammen konsumiert. Er musste mir dafür nichts geben (geldmässig). Im Gegenzug chauffierte er mich und meine Frau umher und wir mussten nichts dafür bezahlen“ (act. 4.6, S. 2). Betreffend den Vorwurf, er habe Methadontabletten verkauft und übergeben, sagte der Beschuldigte, dass das Methadon ausschliesslich seiner verstorbenen Freundin L. gehört habe (act. 2.2, S.4; bestritten auch in act. 4.10; 4.11 und 4.13). Auch in der Schlusseinvernahme und an Schranken bestritt der Beschuldigte den Methadonverkauf (act. 68, S. 6; act. 124). Der Beschuldigte sagte ferner aus: „Ich brauchte die Drogen für den Eigenkonsum und vor allem für meine Freundin. Ich machte keinen finanziellen Gewinn durch die Drogengeschäfte“ (act. 68, S. 10). Dies entspricht seiner früheren Aussage, wonach er mit dem Handel von Heroin keinen Gewinn erzielt, sondern damit nur den Eigenkonsum gedeckt habe (act. 9.1). Anlässlich der Befragung an der Hauptverhandlung führte er aus, er habe keinen Gewinn gemacht; im Gegenteil habe er Schulden machen müssen (act. 124). Als seine Freundin schwer an Krebs erkrankt sei, habe er Heroin gekauft, damit sie die Schmerzen besser ertragen können

(act. 124).

E. 2.4

Würdigung Seite 12

E. 2.4.1

Bezüglich des vorgeworfenen Methadontabletten-Verkaufs liegen die Aussagen von C.Z, P.I. und Urech vor, welche den Verkauf von Methadon bestätigten (act. 3.1, S. 3; act. 3.15, S. 3; act. 3.19). Darüber hinaus wurden bei der Hausdurchsuchung 70 Methadon-tabletten à 5mg sichergestellt (act. 2.7; act. 2.1, S. 12). Der Beschuldigte selbst bestritt konsequent und vehement den Verkauf von Methadon. Er sagte mehrfach aus, dass seine verstorbene Freundin vom Arzt Methadon erhalten habe und diese Tabletten ausschliesslich ihr gehört hätten. Auch an Schranken führte der Beschuldigte aus, die Methadontabletten hätten seiner verstorbenen Freundin gehört (act. 124). Wenn die Beweislage nicht eindeutig ist, also Zweifel bestehen, ob die vorliegenden Beweise für die Feststellung einzelner rechtserheblicher Tatsachen oder für einen Schuldspruch insgesamt ausreichen oder nicht, kommt der Grundsatz „in dubio pro reo“ zur Anwendung 14. Ein Schuldspruch darf demnach nur dann erfolgen, wenn die Schuld des Betroffenen mit hinreichender Sicherheit erwiesen ist, d.h. Beweise dafür vorliegen, dass der Beschuldigte mit seinem Verhalten objektiv und subjektiv den ihm zur Last gelegten Straftatbestand verwirklicht hat. Es genügt, wenn vernünftige Zweifel an der Schuld der beschuldigten Person ausgeschlossen werden können. Bloss abstrakte oder theoretische Zweifel dürfen dabei nicht massgebend sein, weil solche immer möglich sind. Bestehen Zweifel, welche von mehreren möglichen Sachverhaltsvarianten in Betracht kommt, muss von der für den Beschuldigten günstigeren Sachlage ausgegangen werden¹⁵. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ besagt als Beweiswürdigungsregel, dass der Strafrichter sich nicht von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklären darf, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat¹⁶. Es ist gestützt auf diese Beweiswürdigungsregel vom Sachverhalt auszugehen, den der Beschuldigte behauptet, es sei denn, es bestehen Beweise, die die Behauptungen widerlegen; im Zweifelsfall sind die Beweisresultate zugunsten des Beschuldigten auszulegen¹⁷. In Anwendung dieses Grundsatzes ist zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen, dass das beschlagnahmte Methadon von der verstorbenen Freundin stammt. Dies deshalb, weil die Aussage des Beschuldigten, das Methadon habe seine verstorbene Freundin vom Arzt erhalten (act. 1, S. 8), glaubwürdig ist. Dem Hausdurchsuchungsprotokoll ist bei der Auflistung der sichergestellten Gegenstände folgendes zu ent-

E. 2.4.2

Den Verkauf von Kokain bestritt der Beschuldigte in der Schlusseinvernahme (act. 68, S. 7). Auch in einer früheren Befragung hat er den Verkauf von Kokain an P.I. vehement bestritten (act. 4.13). An Schranken sagte er zum Vorhalt, dass er 57 Gramm Kokain verkauft habe: „Nein. Ich habe nichts verkauft“ (act. 124). Er gestand aber den gemeinsamen Konsum mit A. (act. 68, S. 7). Dies deckt sich mit seiner bereits früher gemachten Aussage (act. 4.6., S. 2). Ferner sagte der Beschuldigte aus, er habe A. 5 Gramm Kokain gegeben (act. 4.6, S. 2). Er sagte aber auch, er sei jeden zweiten Tag nach Winterthur gegangen und habe 5 Gramm Kokain für jeweils CHF 200.- gekauft, etwa 50 bis 100 mal (act. 4.5., S. 8): „Ich brauchte die Drogen für den Eigenkonsum“ (act. 68, S. 10). Der Beschuldigte sagte ferner aus, er habe insgesamt 20 Gramm Kokain für den Eigengebrauch gekauft (act.

68, S. 9). Die Aussagen des Beschuldigten sind nicht völlig konsistent, wenn er einerseits aussagt, er sei etwa 50 bis 100 mal nach Winterthur gegangen, um jeweils 5 Gramm Kokain zu kaufen (act. 4.5), was einer Gesamtmenge von 250 bis 500 Gramm entsprechen würde, und wenn er andererseits aussagt, er hätte insgesamt 20 Gramm Kokain für seinen Eigenkonsum gekauft (act. 68). Dann fragt sich, was mit der erheblichen Differenzmenge geschehen ist. An Schranken erläuterte der Beschuldigte, dass seine Freundin den grössten Teil dieses Kokains konsumiert habe, weil sie wegen ihrer schweren Krankheit unerträgliche Schmerzen gehabt habe (act. 124). Dass seine Freundin erheblich Kokain konsumiert hat, erscheint als glaubwürdig. Allerdings wäre auch die Weitergabe des Kokains an seine Freundin strafbar gewesen. Diese Weitergabe ist aber nicht angeklagt worden, da + L. nicht als Kokainabnehmerin in der Anklageschrift figuriert. Wenn angenommen wird, dass sie einen erheblichen Anteil dieser 250 bis 500 Gramm Kokain konsumiert hatte, ist eine Verurteilung für den überwiegenden Teil dieser Kokainmenge mangels Anklage nicht möglich. Gemäss Anklageschrift wird dem Beschuldigten einerseits vorgeworfen, er habe 52 Gramm Kokain an P.I. verkauft und 5 Gramm an A. abgegeben (act. 68, S. 5). Den Verkauf an P.I. bestritt der Beschuldigte vehement (act. 4.13); die Abgabe von Kokain an A. anerkannte er (act. 4.6), weshalb diese Abgabe von 5 Gramm als erwiesen zu betrachten ist. In der Schlusseinvernahme anerkannte der Beschuldigte zwar den gemeinsamen Konsum von Kokain mit A., sagte jedoch aus, es seien nicht 5 Gramm, sondern höchstens 0,5 Gramm gewesen. Da die Schlusseinvernahme zeitlich deutlich später stattfand (8. März 2012) als die erste Einvernahme (14. Januar 2010), ist davon auszugehen, dass die Mengenangabe des Beschuldigten in der ersten Einvernahme zuverlässiger ist. Nach über zwei Jahren mag er sich wohl kaum noch an die genaue Menge erinnern, zumal er selber beschrieben hat, welchen drastischen Gedächtnisschwund die konsumierten Drogen bei ihm bewirkt hätten. Die Mengenangabe in der Schlusseinvernahme wird daher als Schutzbehauptung qualifiziert. Da der Beschuldigte den Verkauf an P.I. konsequent bestritten hat und der Vorwurf nicht rechtsgenügend erwiesen ist, wird er in Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ vom Verkauf von 52 Gramm Kokain an P.I. freigesprochen. Ein Schuldspruch kann bezüglich Kokain somit lediglich für die Abgabe von 5 Gramm an A. erfolgen. Dafür erhielt er auch eine Gegenleistung in Form von Fahrdiensten.

E. 2.4.3

Werden die verkauften Mengen Heroin zusammengezählt, ergibt sich eine Gesamtmenge an verkauftem Heroin von insgesamt 381,3 Gramm gemäss Anklageschrift. In der Schlusseinvernahme anerkannte der Beschuldigte dann jedoch nur noch eine Gesamtmenge von 94 Gramm (act. 68). Allerdings sagte er in der Einvernahme vom 29. Januar 2010, es könne stimmen, dass er etwa insgesamt 400 Gramm Heroin verkauft habe (act. 9.1.). Es liegen somit widersprüchliche Aussagen des Beschuldigten in Bezug auf die Mengen vor. So hatte er beispielsweise in der Einvernahme vom 16. Januar 2010 (act. 4.8, S. 5) zugegeben, dass er insgesamt 210 Gramm Heroin an R.Y. und V.N. verkauft habe. In der Schlusseinvernahme vom 8. März 2012 hingegen sagte er, es seien max. 15 Gramm gewesen (act. 68). Massgebend ist die Überzeugung des Gerichts, denn nach Art. 10 Abs. 2 StPO würdigt das Gericht die Beweise (und somit auch die Aussagen) frei nach seiner aus dem gesamten Verfahren gewonnenen Überzeugung. Überzeugt zeigen darf sich das Gericht nur, wenn es jeden vernünftigen Zweifel ausschliessen kann¹⁸. Die Aussagen des Beschuldigten in der Schlusseinvernahme fanden im Jahr 2012 statt und somit nach über

E. 2.4.4

Insgesamt hat der Beschuldigte somit mit 1,7 Gramm reinem Kokain und 28,3 Gramm reinem Heroin gehandelt und ist deswegen zu bestrafen. Ein schwerer Fall nach Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor, wenn der Täter mindestens 12 Gramm reines Heroin verkauft hat. Diesen Grenzwert hat der Beschuldigte deutlich überschritten, da er 28,3 Gramm reines Heroin verkauft hat. Beim Kokain ist der nachgewiesene Grenzwert für einen schweren Fall hingegen nicht erreicht worden. Ein schwerer Fall nach Art. 19 Ziff. 2 lit. c aBetmG liegt zudem vor, wenn der Täter durch gewerbsmässigen Handel einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt. Es muss dem Beschuldigten somit ein „grosser Umsatz“ oder „erheblicher Gewinn“ nachgewiesen werden. Dieser Beweis ist nicht erbracht. Der Beschuldigte war selbst süchtig und hat die Einnahmen hauptsächlich für die Deckung des Eigenkonsums und des Konsums seiner Freundin benötigt. Es liegt deshalb kein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. c aBetmG vor.

E. 2.4.5

Eine Bestrafung gemäss Art. 19 Ziff. 1 aBetmG verlangt Vorsatz. Der Vorsatz muss sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale umfassen, wie Tatobjekt und Tathandlung. Eventualvorsatz genügt. Es genügt somit, wenn der Täter den Charakter des Stoffes als Be-

E. 2.4.6

Nach Art. 19a Ziff. 1 aBetmG wird mit Busse bestraft, wer unbefugt Betäubungsmittel vorsätzlich konsumiert oder wer zum eigenen Konsum eine Widerhandlung im Sinne von Art. 19 begeht. Wie anlässlich der Hauptverhandlung einstimmig festgestellt, ist diesbezüglich die Verjährung eingetreten (Art. 109 StGB).

E. 2.5

Konkurrenz Der gleichzeitige Verkauf von verschiedenen Betäubungsmitteln (hier Heroin und Kokain) stellt nur eine einzige Widerhandlung dar und begründet keine Konkurrenz; es liegt eine Tateinheit vor²³. Begeht der Täter mehrere strafbare Handlungen i.S.v. Art. 19 Ziff. 1 a- BetmG, indem er Betäubungsmittel erwirbt und daraufhin weitergibt, wird er nur für die Weiterbehandlung bestraft. 3. Verstoss gegen das Sprengstoffgesetz

E. 3

BGE 125 IV 90, 93; BGE 117 IV 314, 318. 4 ALBRECHT, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19-28 BetmG), Schubarth [Hrsg], 2. Auflage, Bern 2007, Art. 19 N 198 m.w.H. 5 ALBRECHT, a.a.O., Art. 19 N 200, m.w.H. 6 BGE 109 IV 143, 144, bestätigt in BGE 119 IV 180, 183 und BGE 120 IV 334, 338; Urteil des Bundesgerichts 6P.149/2006 vom 12. Oktober 2006; Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2010.23 vom 16. März 2012, E. II, 1.2.

E. 3.1

Gesetzliche Regelung 4. Fahrlässige Brandverursachung 23 FINGERHUTH/TSCHURR, Kommentar zum BetmG, Art. 19 N 127; ALBRECHT, a.a.O., Art. 19 N 184. Seite 18 4.1 Gesetzliche Regelung Wer fahrlässig zum Schaden eines andern oder unter Herbeiführung einer Gemeingefahr eine Feuersbrunst verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 222 Abs. 1 StGB). Als objektive Tatbestandselemente setzt Art. 222 StGB eine Feuersbrunst und die Herbeiführung einer Gemeingefahr oder einen Schaden zum Nachteil eines anderen voraus. Zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der

Feuersbrunst genügt nicht jedes unbedeutende Feuer, der Brand muss sich in solcher Stärke entfachen, dass er vom Urheber nicht mehr bezwungen werden kann²⁴. Es braucht eine gewisse Erheblichkeit. Die Herbeiführung einer Gemeingefahr oder der Schaden zum Nachteil eines anderen (alternativ) setzt entweder eine konkrete Gefährdung einer Vielzahl von rechtlich geschützten Gütern in einem nicht im Voraus bestimmten und abgegrenzten Umfang voraus (= Gemeingefahr). Oder es muss einem anderen ein Schaden entstehen, d.h. es muss ein fremdes persönliches oder absolut geschütztes Rechtsgut, namentlich Eigentum, geschädigt werden. Das Tatbestandserfordernis der Schädigung eines anderen soll in den Fällen, in welchen die Feuersbrunst keine Gemeingefahr mit sich brachte, den Bereich des Strafbaren in vernünftiger Weise einschränken²⁵. Der Schaden trifft einen anderen, wenn der Täter nicht Alleineigentümer und die Sache nicht herrenlos ist. Zum subjektiven Tatbestand der Fahrlässigkeit gemäss Art. 12 Abs. 3 StGB gehört, dass eine Person entweder aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht hat, dass der Taterfolg eintreten könnte (unbewusste Fahrlässigkeit), oder dies zwar erkannt, darauf aber keine Rücksicht genommen hat (bewusste Fahrlässigkeit) ²⁶. Das Verhalten einer Person ist sorgfaltswidrig, wenn sie zum Zeitpunkt der Tat aufgrund der Umstände sowie ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten die damit bewirkte Gefährdung der Rechtsgüter hätte erkennen können und müssen, und wenn sie zugleich die Grenzen des erlaubten Risikos überschritt. Pflichtwidrig oder sorgfaltswidrig ist die Unvorsichtigkeit somit dann, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und

E. 7

BGE 120 IV 334, 338; Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2010.23 vom 16. März 2012, E. II, 1.2. 8 BGE 119 IV 180, 185; bestätigt im Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2010.23 vom 16. März 2012, E. II,

E. 9

BGE 112 IV 109, 112 f.; BGE 120 IV 334, 338. 10 BGE 129 IV 188. 11 BGE 129 IV 253. 12 ALBRECHT, a.a.O., Art. 19 N 249. 13 ALBRECHT, a.a.O., Art. 19 N 253. Seite 11

E. 9.1

Allgemeines Das Gericht entscheidet über die anhängig gemachten Zivilklagen, wenn es die beschuldigte Person schuldig spricht oder wenn es sie freispricht und der Sachverhalt spruchreif ist (Art. 126 Abs. 1 StPO). Die Zivilklage wird unter anderem auf den Zivilweg verwiesen, wenn die Privatklägerschaft ihre Klage nicht hinreichend begründet oder beziffert hat oder die beschuldigte Person freigesprochen wird, der Sachverhalt aber nicht spruchreif ist (Art. 126 Abs. 2 lit. b und d StPO). Wird eine Klage auf den Zivilrechtsweg verwiesen, heisst das, dass sie nicht materiell beurteilt worden ist und somit vor dem zuständigen Zivilgericht neu eingereicht werden kann⁵⁶. Auch nicht hinreichend begründete oder bezifferte Zivilforderungen sind auf den Zivilweg zu verweisen⁵⁷. In der Praxis werden Zivilansprüche nur geschützt, wenn sie der Beschuldigte anerkennt oder wenn sie eindeutig ausgewiesen sind.

E. 9.2

Parteivorbringen Die gegen den Beschuldigten als mutmasslichen Brandverursacher erhobenen Zivilforderungen stehen im Zusammenhang mit den Schäden, welche als Folge des Grossbrandes ⁵⁶ LIEBER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Zürich 2010, Art. 126 N 10 f. ⁵⁷ CHIRSTEN, Zum Anwesenheitsrecht der Privatklägerschaft im schweizerischen Strafprozessrecht, in: ZStrR

2011, S. 463 ff., 475; LIEBER, a.a.O., Art. 123 N 6. Seite 36 vom 29. September 2009 an und in der Liegenschaft Gossauerstrasse 12 in Herisau so- wie an zwei benachbarten Liegenschaften entstanden sind.

E. 9.3

Beurteilung Der strafrechtliche Nachweis, dass der Beschuldigte den Brand fahrlässig verursacht hat, konnte nicht erbracht werden, weshalb er von diesem Tatvorwurf freigesprochen wurde. Die Zivilforderungen sind auf den Zivilweg zu verweisen, da der Beschuldigte nicht als Brandverursacher feststeht und somit kein spruchreifer Sachverhalt vorliegt.

10. Kosten / Entschädigung

10.1 Verfahrenskosten

Die Verfahrenskosten setzen sich gemäss Art. 422 Abs. 1 StPO aus den Gebühren zur Deckung des Aufwandes und den Auslagen zusammen. Zu den Auslagen gehören unter anderem die Kosten der amtlichen Verteidigung und für Gutachten (Art. 422 Abs. 2 lit. a und c StPO). Die Gerichtsgebühr liegt gemäss Art. 29 Gebührenordnung bei CHF 200.- bis CHF 5'000.-, wobei diese Gebühren in besonders aufwendigen Fällen oder wenn Zivil- ansprüche zu beurteilen sind, vervierfacht werden können. Die Gerichtsgebühr wird auf- wandsgemäss auf CHF 4'800.- festgelegt. Dazu kommen die Untersuchungskosten von CHF 13'190.-, die Kosten des Arztberichtes von CHF 120.- und die Kosten für die amtliche Verteidigung in Höhe von CHF 4'419.35 (vgl. dazu Ziff. 10.2). Die beschuldigte Person trägt die Verfahrenskosten, wenn sie verurteilt wird. Davon aus- genommen sind die Kosten für die amtliche Verteidigung unter Vorbehalt von Art. 135 Abs. 4 StPO (Art. 426 Abs. 1 StPO). Wird die beschuldigte Person bei einer Mehrzahl strafbarer Handlungen teilweise schuldig gesprochen und teilweise freigesprochen (Teil- freispruch) bzw. wird das Verfahren nur bezüglich einzelner strafbarer Handlungen einge- stellt, so sind die Verfahrenskosten anteilmässig der beschuldigten Person, dem Staat und gegebenenfalls der Privatklägerschaft aufzuerlegen. Der Beschuldigte wurde Seite 37 Gemäss Art. 427 Abs. 1 StPO können den Privatklägern unter anderem diejenigen Ver- fahrenskosten auferlegt werden, die durch ihre Anträge zum Zivilpunkt verursacht worden sind, wenn die beschuldigte Person freigesprochen wird, die Zivilklage abgewiesen oder auf den Zivilweg verwiesen wird. Die Privatkläger werden jedoch nur für jene von ihnen beantragten Verfahrenshandlungen kostenpflichtig, die alleine oder überwiegend mit ihrer Zivilklage in Zusammenhang stehen. Kosten für Verfahrenshandlungen, die von Amtes wegen oder überwiegend im Hinblick auf den Schuldpunkt erfolgt sind, sollen demgegen- über nicht der Privatklägerschaft auferlegt werden⁵⁸. Da in keinem Sachverhalt spezifische Verfahrenshandlungen nur bezüglich des Zivilpunktes vorgenommen wurden, sind den Privatklägern keine Kosten aufzuerlegen.

10.2 Entschädigung Verteidigung (Art. 246 StPO)

10.3 Entschädigung Privatkläger

⁵⁸ DOMEISEN, Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basel 2011, Art. 427 N 4. Seite 38 Demnach entscheidet das Kantonsgericht: 1. Der Beschuldigte P.G. wird freigesprochen vom Vorwurf - der fahrlässigen Verursachung einer Feuersbrunst i.S.v. Art. 222 StGB - der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19a Abs. 1 - des unbefugten Verkehrs mit pyrotechnischen Gegenständen gemäss Art. 37 Abs. 1 SprstG 2. Der Beschuldigte P.G. ist schuldig - der mehrfachen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 i.V.m. Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBtmG. 3. Er wird verurteilt zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten (Art. 47 StGB), unter Anrech- nung der Untersuchungshaft von 24 Tagen (Art. 51 StGB). 4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird bedingt aufgeschoben unter Ansetzung einer Probe- zeit von drei Jahren (Art. 42 Abs. 1 StGB). 5. Folgende gemäss Rapport der Kantonspolizei Appenzell

Ausserrhoden vom 2. März 2010 sichergestellten Gegenstände und Betäubungsmittel werden eingezogen und vernichtet (Art. 69 StGB): 2,3g Marihuana 1,5g Haschisch 3,8g Heroin 70 Methadontabletten à 5mg 0,3g Hanfsamen 1 Ampulle Ephedrin (1ml=50mg) 1 Bong (Marke Eigenbau) Seite 39 1 Flasche Ammoniak 10% 1 Pfeife Div. Leere Minigrip-Säckchen 1 Digitalwaage „Salter“ 1 Marihuana-Reibe Div. Papierli 1 Sackmesser 1 Plastikröhrchen, Aluminium-Folie mit BM-Rückständen div. Notizzettel 1 Metallgegenstand (Pfefferspray) 5 Mobiltelefone 52 Kracher Die sichergestellte Coop-Supercard wird dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft auf erstes Verlangen herausgegeben. 6. 7. Sämtliche Zivilforderungen werden auf den Zivilweg verwiesen. 8. Die Verfahrenskosten, bestehend aus: 9. 10. 11. Wer die Berufung angemeldet hat, hat innert 20 Tagen seit der Zustellung des begründeten Urteils dem Obergericht Appenzell Ausserrhoden, 9043 Trogen, eine schriftliche Berufungserklärung einzureichen. Darin ist anzugeben, ob das Urteil vollumfänglich oder nur in Teilen angefochten wird, welche Abänderungen des Urteils verlangt werden und welche Seite 40 Beweisanträge gestellt werden. Wer nur Teile des Urteils anfechtet, hat in der Berufungserklärung verbindlich anzugeben, auf welche Teile sich die Berufung beschränkt. Zulässige Berufungsgründe sind Rechtsverletzungen, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit. Die Privatklägerschaft kann das Urteil lediglich in den Schranken ihrer rechtlich geschützten Interessen anfechten (Straf- und Zivilkläger im Zivilpunkt und bezüglich der sie betreffenden Kosten- und Entschädigungsfolgen, Strafklässer zusätzlich auch im Schuldpunkt). Fax-Schreiben und E-Mails sind nicht rechtsgültig und haben keine fristwahrende Wirkung. 12. Zustellung an: - Staatsanwaltschaft, mit Gerichtsurkunde - Verteidiger des Beschuldigten, mit Gerichtsurkunde - Privatklägerin 1, mit Gerichtsurkunde (auszugsweise) - Privatklägerin 2, mit Gerichtsurkunde (auszugsweise) - Privatkläger 3, mit Gerichtsurkunde (auszugsweise) - Rechtsvertreter der Privatklägerin 4, mit Gerichtsurkunde (auszugsweise) - Rechtsvertreterin der Privatklägerin 5, mit Gerichtsurkunde (auszugsweise) - Privatkläger 6, mit Gerichtsurkunde (auszugsweise) - Bundesanwaltschaft, Bern, mit Gerichtsurkunde Der Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. iur. Pius Gebert Dr. iur. Evelyne Gmünder

E. 14

TOPHINKE, Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basel 2011, Art. 10 N 78. 15 WOHLERS, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Zürich 2010, Art. 10 N 11. 16 Urteil des Bundesgerichts 6B_966/2010 vom 4. April 2011, E. 1.2. 17 GRONER, Beweisrecht, Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern 2011, S. 166. Seite 13 nehmen: „Methadontabletten ■ L.“ (act. 2.7.). Das lässt darauf schliessen, dass die Polizeibeamten selber davon ausgingen, dass die Methadontabletten der verstorbenen Freundin gehörten, da sich diese in einem Methadonprogramm befand. Der Beschuldigte hat den Verkauf von Heroin zugegeben, den Verkauf von Methadon jedoch stets und konsequent bestritten, weshalb das Gericht von der Glaubwürdigkeit dieser Aussage des Beschuldigten ausgeht. Er ist deshalb vom Vorwurf des Verkaufs von Methadon freizusprechen.

E. 18

HOFER, Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basel 2011, Art. 10 N 61. Seite 15 zwei Jahren nach den Vorfällen, welche zu beurteilen sind. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der

Beschuldigte sich nicht mehr genau an die einzelnen Mengen erinnern kann und die tieferen Mengenangaben (gegenüber den ersteren Aussagen) lediglich Schutzbehauptungen darstellen. Es ist somit vom in den ersten Einvernahmen anerkannten Sachverhalt auszugehen. Somit wird davon ausgegangen, dass der Beschuldigte an C.Z kein Heroin verkauft hat, da er dies in der ersten Einvernahme bestritten hat (act. 4.10, S. 1). Jedoch anerkannte der Beschuldigte, den Verkauf von 1 Gramm Heroin an G.O. (act. 4.6), von 7,2 Gramm an H.K. (act. 4.2, S. 9), von 7 bis 10 Gramm an D.J. (act. 4.9, S. 3), von 2 bis 3 Gramm an U.J. (act. 4.9, S. 2), von 10 Gramm an Klarer (act. 4.10, S. 7), von 210 Gramm an Knöpfli und Stieger (act. 4.2, S. 10 und act. 4.8, S. 5), von 52 Gramm an P.I. (act. 4.13), von 4,8 Gramm an P.G. (act. 4.4, S. 4), von 10 bis 20 Gramm an Pfändler (act. 4.10, S. 9), von 1,2 Gramm an Urech (act. 4.10, S. 5) sowie von 10 Gramm an K.O./M. (act. 68). Insgesamt anerkannte er somit den Verkauf von 315,2 bis 329,2 Gramm Heroin. In Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ wird vom tieferen dieser beiden Werte, d.h. von 315,2 Gramm verkauftem Heroin ausgegangen. Wie bereits ausgeführt, ist der Reinheitsgehalt der Drogen zu ermitteln, da die Mengenangaben des Bundesgerichts bezüglich der Annahme eines sogenannten schweren Falles sich auf den reinen Stoff beziehen. Diesbezüglich liegen diverse Aussagen vor. Gemäss C.Z handelte es sich um „schlechte Ware“ (act. 3.1, S. 5). Nach U.J. war die Ware „unterschiedlich“ (act. 3.7, S. 8). K.O. bezeichnete die Drogenqualität als „scheisse“ (act. 3.9, S. 6). Gemäss der Aussage von P.I. waren die Drogen jedoch „mittelmässig“ (act. 3.15, S. 2). Urech bezeichnete die Qualität als „schlecht“ (act. 3.19, S. 7). Der Beschuldigte selbst sagte, es sei „eher schlechte Qualität“ gewesen (act. 9.1., S. 2). In der Schlusseinvernahme sagte er sogar, die Qualität sei „sehr schlecht“ gewesen (act. 68, S. 10). Gemäss den labortechnischen Abklärungen hatte das beschlagnahmte Heroin einen Reinheitsgehalt von 9 bis 10 % (act. 46). Es rechtfertigt sich, auf diesen Gehalt abzustellen, da dies der einzige objektive und belegte Wert darstellt. Dies entspricht vergleichsweise einem tiefen Wert, wenn auf statistisches Material zurückgegriffen wird¹⁹. Bei einem Reinheitsgehalt von 9 % entspricht die Menge von 315,2 Gramm Heroin einer reinen Menge von 28,3 Gramm. ¹⁹ Vgl. Artikel „Heroin“ in www.wikipedia.com. Seite 16 Da kein Kokain beschlagnahmt wurde, liegen bezüglich des Reinheitsgehaltes des Kokains keine Werte vor. Neben den Angaben der am Deal beteiligten Personen einerseits sind die jeweiligen Verhältnisse auf dem örtlichen Drogenmarkt andererseits, und auch die Umstände des konkreten Geschäfts (z.B. Kleinhandel oder Grosshandel) mit zu berücksichtigen²⁰. Auf dem Schwarzmarkt ist der Reinheitsgehalt bei Mengen, die kleiner als ein Gramm sind, um die 35%²¹. Dies entspricht der Statistik der Gruppe Forensische Chemie der Schweizerischen Gesellschaft für Rechtsmedizin (SGRM), wonach im Jahr 2009 das untersuchte Kokain durchschnittlich einen Reinheitsgehalt von 37% aufwies²². Fünf Gramm gehandeltes Kokain würden demnach 1,7 Gramm reinem Kokain entsprechen.

E. 20

ALBRECHT, a.a.O., Art. 19 N 220. ²¹ Vgl. Artikel „Kokain“ in www.wikipedia.com. ²² Vgl. Statistik des Jahres 2009 unter www.sgrm.ch. Seite 17 täubungsmittel, die Menge des Betäubungsmittels sowie das Fehlen einer erforderlichen behördlichen Bewilligung in Kauf nimmt. Beim Eventualvorsatz sieht der Täter den strafbaren Erfolg als möglich voraus, handelt aber gleichwohl, weil er ihn in Kauf nimmt für den Fall, dass er eintreten sollte (Art. 12 Abs. 2 StGB). Der Beschuldigte handelte vorsätzlich, d.h. mit Wissen und Willen hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale, denn er wusste, dass Kokain und Heroin Betäubungsmittel im Sinne des BetmG sind und dass der Handel nur mittels Bewilligung

zulässig ist. Dennoch verkaufte er das Heroin weiter und gab Kokain ab. Somit hat der Beschuldigte die objektiven und subjektiven Tatbestandselemente von Art. 19 BetmG erfüllt, weshalb er wegen mehrfachen Widerhandlungen gegen Art. 19 Ziff. 1 sowie Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG zu verurteilen ist.

E. 24

Urteil des Bundesgerichts 6P.91/2003 vom 19. Januar 2004; BGE 117 IV 285; Kantonsgericht Graubünden, 22.6.2010, SK2 10 23; BGE 85 IV 224, Regeste. 25 BGE 107 IV 182, 183. 26 RBOG 1989, S. 114, 115. Seite 19 nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet wäre (Art. 12 Abs. 3 StGB). Ein Schuldspruch wegen fahrlässiger Herbeiführung einer Feuersbrunst setzt also voraus, dass der Täter den Brand durch Verletzung einer Sorgfaltspflicht verursacht hat. Als natürliche Kausalität wird eine Ursache bezeichnet, die nicht weggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel (conditio sine qua non). Eine conditio sine qua non im Sinne des Strafrechts ist jeder Vorgang oder jede Handlung, der oder die kausal zu einem Sachverhalt ist, so dass der Sachverhalt nicht zustande gekommen wäre, wenn der Vorgang oder die Handlung weggedacht würde. Ein natürlicher Kausalzusammenhang ist deshalb zu bejahen, wenn das fragliche Verhalten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiel. Die adäquate Kausalität will sicherstellen, dass die Handlung nur dann als zurechenbare Ursache eines Erfolgs gelten soll, wenn sie erfahrungsgemäss, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet war, den betreffenden Erfolg herbeizuführen. Dies steht somit in einem engen Zusammenhang mit der Vorhersehbarkeit. Der Brand wird dem Täter angerechnet, wenn er diesen bei Anwendung pflichtgemässer Vorsicht mit hoher Wahrscheinlichkeit hätte vermeiden können. Die zum Brand (Erfolg) führenden Geschehensabläufe müssen für den Täter mindestens in ihren wesentlichen Zügen voraussehbar gewesen sein. Es stellt sich somit die Frage, ob der Täter eine Gefährdung der Rechtsgüter (Grossbrand) hätte voraussehen bzw. erkennen können. Zur Beantwortung dieser Frage gilt der Massstab der Adäquanz²⁷. Danach muss das Verhalten geeignet sein, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen²⁸. Dies ist im Zeitpunkt des Handelns zu beurteilen²⁹. Die Adäquanz ist zu verneinen, wenn aussergewöhnliche Umstände, wie das Mitverschulden eines Geschädigten bzw. eines Dritten oder Material- oder Konstruktionsfehler, als Mitursache hinzutreten, mit denen schlechthin nicht gerechnet werden musste und die derart schwer wiegen, dass sie als wahrscheinlichste und unmittelbarste Ursache des Erfolgs erscheinen und so alle anderen mitverursachenden Faktoren – namentlich das Verhalten des Täters – in den Hintergrund drängen³⁰.

E. 27

Urteil des Bundesgerichts 6B_948/2010 vom 12. Mai 2011, E. 3.1.3. 28 Urteil des Bundesgerichts 6B_948/2010 vom 12. Mai 2011, E. 3.1.3. 29 Urteil des Bundesgerichts 6B_948/2010 vom 12. Mai 2011, E. 3.1.3. 30 Urteil des Bundesgerichts 6B_948/2010 vom 12. Mai 2011, E. 3.1.3. Seite 20 Neben der Voraussehbarkeit bildet die Vermeidbarkeit eine weitere Voraussetzung, um ein pflichtwidriges Verhalten zu bejahen. Dabei wird der hypothetische Kausalverlauf untersucht und geprüft, ob der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten ausgeblieben wäre³¹. Für die Zurechnung des Erfolgs genügt, wenn das Verhalten mindestens mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit die Ursache des Erfolgs bildete³². Hier muss geprüft werden, ob Vorsichtsmassnahmen getroffen wurden oder

hätten getroffen werden müssen³³. 4.2 Tatvorwurf Dem Beschuldigten wird gemäss Anklageschrift vorgeworfen, er habe beim Deponieren der Matratzen in seinem Kellerabteil nicht auf einen genügenden Abstand zwischen den brennbaren Matratzen und der an der Decke angebrachten, ungeschützten Deckenlampe geschaut, sondern die Matratzen so platziert, dass deren oberer Rand sich in unmittelbarer Nähe zur Glühlampe befunden habe. Der Beschuldigte, so die Staatsanwaltschaft, habe es unterlassen, Vorkehrungen zu treffen, welche einen Kontakt zwischen Glühlampe und Matratze sicher verunmöglicht hätten. Brandursache war gemäss Anklageschrift, dass die Matratzen infolge der Wärmeeinwirkung der im Kellerabteil des Beschuldigten während längerer Zeit eingeschalteten Glühlampe entzündet worden seien. Gemäss Anklageschrift wird davon ausgegangen, dass in der Deckenlampe eine 100 Watt Glühlampe eingesetzt gewesen sei, obwohl an der Lampenfassung der Sicherheitshinweis „max. 60 Watt“ aufgedruckt gewesen sei. Dieser Umstand wird dem Beschuldigten nicht direkt angelastet, da sich nicht mehr eruieren lassen, wer die überdimensionierte Glühlampe eingesetzt habe. Es wird ihm hingegen zum Vorwurf gemacht, dass er keine eigene absolute Kontrolle über die Bedienung der Lampe gehabt habe, da diese für die Beleuchtung des gesamten Kellerbereichs mit insgesamt vier Kellerabteilen gedient habe, und deren Funktion über einen zentralen, für alle Bewohner zugänglichen manuellen Schalter geregelt gewesen sei. Der Beschuldigte habe daher damit rechnen müssen, dass die Lampe beim Verlassen des Raumes nicht immer konsequent ausgeschaltet, sondern unter Umständen über eine längere Zeit brennen gelassen werde. 4.3 Standpunkt des Beschuldigten

E. 31

Urteil des Bundesgerichts 6B_948/2010 vom 12. Mai 2011, E. 3.1.4. 32 Urteil des Bundesgerichts 6B_948/2010 vom 12. Mai 2011, E. 3.1.4. 33 Vgl. Kantonsgericht Graubünden, 22.6.2010, SK2 10 23, E. 6a. Seite 21 Der Beschuldigte sagte unter anderem aus: „Ich betrachte mich als nicht schuldig. Falls die schlecht montierte Lampe heruntergefallen sein sollte, so wäre sie nicht auf die Matratze gefallen, denn ich habe die Matratze nicht direkt unter der Lampe deponiert. Die Lampe wäre voll auf die Trennwand zwischen den beiden Kellerabteilen gefallen. Die Trennwand war aus Holz. Die Matratze lag schräg gegen mein Regal“ (act. 9.1., S. 3). Anlässlich der Befragung an der Hauptverhandlung führte der Beschuldigte aus: „Kann nicht stimmen, denn ich habe die Matratzen richtig gelagert. Ich kann mir nicht vorstellen, dass die Lampe an meiner Matratze angekommen ist“ (act. 124). Der Beschuldigte sagte in einer der ersten Einvernahmen dazu aus: „Ich achtete dann darauf, dass die obere Matratze die Lampe nicht berührte“ (act. 8.20, S. 6). Ferner sagte er, die Lampe sei etwa 10 cm von der Matratze entfernt gewesen (act. 8.20, S. 6). Anders formulierte er es auf die Frage, was er dazu sage, dass der Brand wegen der Hitzeausstrahlung der Lampe auf die Matratze ausgebrochen sei: „Das kann nicht sein. Die Matratze war in einem halben³⁴ Abstand von der Lampe“ [...]. „Ich habe die Matratze so gelagert, dass nichts passieren kann“ (act. 9.1, S. 2). Auf die Frage, ob er darauf geachtet habe, dass die Matratze nicht zu nahe an die Glühbirne zu liegen kam, sagte er: „Ja, darauf habe ich extra geschaut. Ich lagerte die Matratze schräg, so dass sie nicht nahe zur Lampe kam“ (act. 25). „Ich glaube eher, dass die Lampe heruntergefallen und so den Brand ausgelöst hat. Die Fassung war nämlich nicht richtig befestigt“ (act. 25). 4.4 Würdigung 4.4.1 Anklagegrundsatz Massgebend für die Beurteilung des Tatvorwurfs ist die Sachverhaltsumschreibung in der Anklageschrift (Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO). Die dort vorgenommene Fixierung des Anklagevorwurfs setzt das grundrechtlich vorgegebene Anklageprinzip um. Durch die detaillierte Angabe des

Anklagevorwurfs werden die durch das Anklageprinzip angestrebte Um- grenzungs- und Informationsfunktion erfüllt, da der Beschuldigte genau wissen muss, was ihm im Einzelnen vorgeworfen wird. Bei einem Erfolgsdelikt sind die Art und Folgen der

E. 34

Gemeint war offenbar ein halber Meter. Seite 22 Tatausführung insoweit zu umschreiben, als diese zur Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes notwendig sind³⁵. Gemäss Anklageschrift waren ein räumliches und zeitliches Element für den Brandausbruch im Sinne der natürlichen Kausalität verantwortlich: Zum einen der ungenügende Abstand zwischen den ins Kellerabteil gepressten Matratzen und der ungeschützten 100 Watt Glühbirne der Deckenbeleuchtung, zum anderen die Hitzeentwicklung, welche von der während längerer Zeit eingeschalteten Deckenbeleuchtung ausgegangen ist. Der Abstand, der zwischen den Matratzen und der Deckenbeleuchtung im Zeitpunkt des Brandausbruches bestand, wird in der Anklageschrift nicht beschrieben, insbesondere wird nicht ausgeführt, dass die Matratzen die Deckenlampe berührt hätten. Es wird lediglich allgemein beschrieben, dass sich diese Lampe „im unmittelbaren Bereich der Matratzen befunden haben“ müsse. Gemäss dieser Umschreibung des Tatvorwurfs in der Anklageschrift wird dem Beschuldigten nicht vorgeworfen, er habe die Matratzen so platziert, dass sie die Glühbirne berührt haben, sondern es wird ihm zugestanden, dass er auf einen gewissen Sicherheitsabstand geachtet hat. Der Tatvorwurf lautet daher, dass der Beschuldigte trotz Einhaltens eines Sicherheitsabstandes keine weiteren Vorkehrungen getroffen habe, die sicher verhindert hätten, dass die Matratzen Kontakt zur Glühbirne haben konnten. In der Anklageschrift wird aber nicht ausgeführt, welche Bedeutung es für die Auslösung des Brandes hatte, dass die Matratzen direkten Kontakt zur brennenden Glühbirne hatten. Dabei handelt es sich um keine Selbstverständlichkeit. Die Anklageschrift nimmt hier offenkundig stillschweigend Bezug auf die kriminaltechnischen Abklärungen. Gemäss den vom kantonalen kriminaltechnischen Dienst vorgenommenen Brandversuchen an einer gleichartigen Matratze (act. 14, S. 9; act. 15, S. 27) braucht es für einen Brandausbruch einen direkten Kontakt zwischen der Matratze und der 100 Watt Glühbirne. „Bereits ein kleiner Abstand von wenigen Zentimetern zwischen Matratze und 100 Watt Glühlampe genügt, um eine Entflammung der Matratze zu verhindern“ (act. 15, S. 27). Bei einer 60 Watt Birne genügte selbst der Kontakt zwischen Glühbirne und Matratze nicht, um diese zum Entzünden zu bringen (act. 15, S. 27).

E. 35

HEIMGARTNER/NIGGLI, Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basel 2011, Art. 325 N 18ff. Seite 23 Wenn im Zeitpunkt, als der Beschuldigte die Matratzen im Kellerraum lagerte, unbestritten ein gewisser Sicherheitsabstand vorhanden war, musste dieser sich aus irgendwelchen Gründen, für welche der Beschuldigte die Verantwortung trug, auf „Null“ verkleinern, um einen Brand auszulösen. In der Anklageschrift wird nicht beschrieben, welches diese Gründe waren und warum der Beschuldigte dafür die Verantwortung trug. Eine Beschreibung des tatbestandsmässigen Verhaltens und wie dieses zum Erfolgseintritt führte, fehlt. Es wird lediglich ausgeführt, dass die Matratzen förmlich in das Kellerabteil gepresst worden seien, ohne aber Ausführungen darüber zu machen, ob sich - und wenn ja welche - Folgen daraus ergaben. Um aber den Vorwurf der Sorgfaltspflichtverletzung zu begründen, müsste klar sein, welches tatbestandsmässige Verhalten dem Beschuldigten überhaupt vorgeworfen wird, da es sich dabei um ein zentrales Element des Kausalablaufes

handelt, für das der Beschuldigte verantwortlich sein soll. Das Hineinpressen der Matratzen in das Kellerabteil beschreibt den damit verbundenen Kausalverlauf, der zum Brand geführt haben soll, nicht. Es liegt damit eine Verletzung des Anklagegrundsatzes vor. Diese kann nach der Rechtsprechung und Lehre nur noch geheilt werden, wenn der Beschuldigte wenigstens in der Strafuntersuchung über den gegen ihn erhobenen Vorwurf informiert und ihm Gelegenheit eingeräumt worden wäre, dazu Stellung zu nehmen³⁶. Es ist daher zu prüfen, ob dem Beschuldigten in der Strafuntersuchung Gelegenheit eingeräumt worden war, sich dazu zu äussern, warum er es zu verantworten hat, dass der Sicherheitsabstand zwischen Glühbirne und Matratzen sich auf „Null“ verringert hat. Dem Bericht des Kriminaltechnischen Dienstes ist zu entnehmen, dass ein Glasstück einer 100 Watt-Glühlampe auf dem Boden gefunden werden konnte. Die Glasbruchkante spreche nicht für eine thermische, sondern eine mechanische Absprengung: „Aufgrund dieser Feststellung ist davon auszugehen, dass diese in der Deckenlampe eingesetzte Glühlampe zu einem frühen Brandzeitpunkt infolge mechanischer Einwirkung abgedrückt worden war“ (act. 14, S. 6). Es sei deshalb davon auszugehen, dass sich die ins Kellerabteil gepresste und somit unter Spannung stehende Matratze kurz nach Brandausbruch bewegt und so die Glühlampe abgedrückt habe (act. 14, S. 6, Hervorhebung durch Gericht; act. 15 S. 25, Bildlegende unten links). An anderer Stelle des Berichtes wird dann aber auch die andere Möglichkeit diskutiert, dass es im Laufe der Zeit aufgrund mechanischer Spannkraften zur direkten Berührung zwischen Matratze und Deckenlampe gekommen sei (act. 14 S. 7). Über die Ursache des Brandausbruches im Kellerraum enthält der

E. 36

HEIMGARTNER/NIGGLI, a.a.O., Art. 325 N 37. Seite 24 kriminaltechnische Bericht aber keine Aussage. Die Sachverhaltsdarstellung, dass sich die Matratze schon vor dem Brandausbruch bewegt und so den Brand ausgelöst habe, gab die Staatsanwaltschaft erstmals an Schranken (act. 127, S. 12). In der Strafuntersuchung wurde der Beschuldigte mit diesem elementaren Tatvorwurf nie konfrontiert (polizeiliche Befragung vom 30. September 2009, act. 7.3; polizeiliche Befragung vom 7. Oktober 2009, act. 8.20; Befragung durch die Staatsanwaltschaft vom 29. Januar 2010, act. 9.1; Befragung durch die Staatsanwaltschaft vom 25. Januar 2011, act. 25 S. 2; Schlusseinvernahme vom 8. März 2012, act. 68). In der Strafuntersuchung war der Tatvorwurf, der Beschuldigte habe es zu verantworten, dass die Matratzen sich vor dem Brandausbruch bewegt und mit der Glühlampe in Kontakt gekommen seien und so den Brand ausgelöst hätten, nur eine von mehreren von der Kriminalpolizei geäusserten Hypothesen. Sie wurde von den Strafuntersuchungsbehörden nie als zentraler Tatvorwurf behandelt und der Beschuldigte wurde damit nie konfrontiert. In der Anklageschrift fehlen jegliche Ausführungen dazu. Der Anklagegrundsatz ist daher in unheilbarer Weise verletzt worden. Die erstmaligen Ausführungen des Staatsanwaltes dazu an der Hauptverhandlung sind verspätet. Da es sich dabei um ein zentrales Element des Kausalablaufes handelt, der zum Brand geführt haben soll, ist eine Verurteilung des Beschuldigten wegen Verursachung einer fahrlässigen Feuersbrunst schon aus formellen Gründen nicht möglich. Seite 25 4.4.2 Ergänzende Würdigung Da eine Verurteilung des Beschuldigten aus formellen Gründen wegen Verletzung des Anklagegrundsatzes nicht möglich ist, erfolgen die folgenden materiellen Ausführungen lediglich zur Ergänzung. Ausgangspunkt bildet wiederum die Anklageschrift, gemäss der implizit zugestanden wird, dass die Matratze bei der Lagerung einen Sicherheitsabstand zur Glühlampe eingehalten und explizit ausgeführt wird, dass nicht der Beschuldigte die 100 W Glühlampe eingeschraubt hat. Auf eine vertiefte

Erörterung der Frage, ob die Matratze die Glühlampe von Anfang an berührte, kann daher verzichtet werden. Der Beschuldigte hat dies von Anfang an immer konsequent verneint. Den Sicherheitsabstand bezifferte er einmal mit „10cm“, dann wieder mit einem „halben (Meter) Abstand“ (act. 8.20 und act. 9.1). Anlässlich der Befragung an der Hauptverhandlung zeichnete er die Matratzen in zwei Skizzen ein. Diesen beiden Skizzen ist ein deutlicher Abstand zwischen Lampe und Matratze zu entnehmen (Beilagen zu act. 124). Der Beweis, dass die Matratzen von Anfang an die Glühlampe berührt haben, liess sich nicht erbringen, was wohl auch die Staatsanwaltschaft erkennen musste und daher in der Anklageschrift auf diesen Vorwurf verzichtet hat. Wird von den Aussagen des Beschuldigten ausgegangen, wonach er darauf geachtet habe, dass die Matratzen nicht zu Nahe an die Glühlampe kamen, bleibt die Variante zu prüfen, ob sich die Matratze oder die Lampe so bewegt haben könnte, dass ein direkter Kontakt zwischen Matratze und Glühbirne später stattgefunden und den Brand ausgelöst hat. Gemäss Bericht des kriminaltechnischen Dienstes war ein direkter Kontakt zwischen Matratze und der 100 Watt Glühbirne notwendig, um einen Brand auszulösen (act. 15). Es wird dort weiter festgehalten, dass bereits ein kleiner Abstand von wenigen Zentimetern genüge, um eine Entflammung der Matratzen zu verhindern (act. 15, S. 27). Die Staatsanwaltschaft vertrat an Schranken die Ansicht, dass die Matratze unter Spannung gestanden habe, weil der Beschuldigte diese in das bereits volle Kellerabteil gepresst habe. Der Beschuldigte selbst sagte aus, er glaube eher, dass die Lampe heruntergefallen sei, da die Fassung nicht richtig befestigt gewesen sei (act. 25). Die Lampenfassung sei nicht fest am Deckenbalken angeschraubt gewesen. Dies sei ihm beim Hineinschieben der

E. 37

Ergänzung durch das Gericht. Seite 26 Matratzen in das Kellerabteil aufgefallen, da er die Lampe berührt und diese sich bewegt habe (act. 8.20, S. 6). Er habe bemerkt, dass die Lampe geflackert habe und die Fassung nicht richtig montiert gewesen sei (act. 9.1, S. 2). An Schranken führte die Staatsanwaltschaft dann jedoch trotzdem aus, der Beschuldigte habe in der Schlusseinvernahme vom 25. Januar 2011 (act. 25) selber zugegeben, die Birne ausgewechselt zu haben. Allerdings hat der Beschuldigte in einer früheren Befragung gesagt, dass er die Lampe nicht montiert habe (act. 9.1) und auch an Schranken bestritten, die 100 Watt Glühbirne selber montiert zu haben. Für das Gericht ist nicht erstellt, wer die 100 Watt Glühbirne tatsächlich eingeschraubt hat. Die Frage kann offenbleiben, da das Gericht an die Sachverhaltsdarstellung in der Anklageschrift gebunden ist. Abgesehen davon wäre es fraglich, ob sich daraus eine Sorgfaltpflichtverletzung herleiten lässt, da der Beschuldigte in jedem Fall darauf geachtet hat, dass die Matratze einen Sicherheitsabstand einhielt und deren Entzünden ohne direkten Kontakt nicht möglich war. Wie der Kontakt zwischen Matratze und Glühbirne nun tatsächlich zustande gekommen war, d.h. ob sich die Matratze bewegt hat und zur Lampe „gerutscht“ ist, oder ob die Lampe heruntergefallen ist, ist unklar. Auch anhand der an Schranken aufgesetzten Skizze durch den Beschuldigten lässt sich nicht schliessen, wie sich die Matratze genau bewegt haben könnte (act. Beilage zu act. 124). Es ist auch unbewiesen, wie gross der Abstand zwischen Matratze und Glühlampe war. Die Aussagen des Beschuldigten schwanken zwischen 10 cm und einem halben Meter. Dies ist eine nicht unerhebliche Grösse und macht die These, dass die Matratze verrutscht sei, um so unwahrscheinlicher, je grösser dieser Abstand war. Zudem ist von der Staatsanwaltschaft nicht nachvollziehbar beschrieben worden, ob diese Matratzen überhaupt unter Spannung standen und - wenn ja - wie diese sich gelöst haben soll. Die Variante, dass sich die Matratze schon vor dem Brand bewegt haben könnte und

brandverursachend war, basiert auf einer reinen Hypothese der Staatsanwaltschaft, die zudem keine eindeutige Stütze im kriminaltechnischen Bericht findet. Darin wird die Möglichkeit geäußert, dass sich die unter Spannung stehenden Matratzen nach dem Brandausbruch bewegt haben und so die Glühlampe abgedrückt haben könnten. Die Kriminalpolizei wollte damit erklären, warum Glasscherben der Glühlampe im Kellerabteil des Beschuldigten gefunden worden sind, geht aber von einem vorbestandenem Brand aus, über dessen Ursache sich der kriminaltechnische Bericht allerdings ausschweigt. An anderer Stelle des Berichtes wird aber auch die von der Staatsanwaltschaft erwogene Hypothese, dass sich die Matratzen schon vor dem Brand bewegt haben könnte, ebenfalls diskutiert. Dabei handelt es sich aber um eine völlig andere Kausalkette. Beide Kausalketten sind aber lediglich Hypothesen der Kriminalpolizei. Eine Vermutung oder theoretische Möglichkeit ist kein rechtsgenügender Beweis. Denn im Strafprozess sind an den Beweis, dass der Beschuldigte den ihm zur Last gelegten Sachverhalt erfüllt hat, hohe Anforderungen zu stellen³⁸. Es ist nicht erfindlich, wie der Kontakt zwischen Lampe und Matratzen konkret zustande gekommen ist und ob dieser überhaupt die Brandursache war. Die vorhandenen Indizien würden daher für eine Verurteilung nicht ausreichen. Es lässt sich auch keine "abstrakte" Sorgfaltspflichtverletzung des Beschuldigten herleiten, die sich einzig darauf stützt, dass der Brand im Kellerraum des Beschuldigten ausgebrochen ist und ein Verschulden einer Drittperson sowie eine technische Ursache für den Brand nicht nachgewiesen sind, ergo der Beschuldigte "irgendwie" für den Brand verantwortlich sein muss. Selbst wenn eine Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen wäre, würde das Gericht an der Vorausssehbarkeit des Grossbrandes zweifeln, den dieser Kellerbrand schliesslich verursacht hat. Bei einem fahrlässigen Erfolgsdelikt beurteilt sich die Sorgfaltspflichtverletzung nach der Vorausssehbarkeit und Vermeidbarkeit des tatbestandsmässigen Erfolges. Die Feuerwehr konnte den Brand im Kellerabteil vorerst erfolgreich bekämpfen (act. 14, S. 3). Allerdings breitete sich der Brand in der Folge über einen versteckten Hohlraum bis zum Dachstock hinauf aus und griff von dort aus auf zwei benachbarte Liegenschaften über (act. 14, S. 3). Dies blieb zuerst unentdeckt (act. 14, S. 3). Der Bericht des kriminaltechnischen Dienstes hält fest: „Anfänglich unbemerkt blieb jedoch die Brandausbreitung in dem obgenannten, von aussen absolut nicht einsehbaren Hohlraum zwischen den Gebäuden Gossauerstrasse 12 und Gossauerstrasse 10, über welchen sich das Feuer vom Keller bis zum Dachstock ‚hochgefressen‘ hatte“ (act. 14, S. 3). Dem Fotodossier des kriminaltechnischen Dienstes ist zu entnehmen, dass das Feuer sich unbemerkt in einem allseitig verkleideten Wandhohlraum zwischen den Gebäuden, welcher weder von aussen, noch vom Inneren der Gebäude einsehbar war, vom Keller bis zum Dachstock ausgebreitet hatte (act. 15, S. 15). Da dies selbst durch die Feuerwehr nicht vorhersehbar war, wäre sehr fraglich, ob die Vorausssehbarkeit des Grossbrandes dem Beschuldigten angelastet werden könnte und sich eine allfällige Sorgfaltspflichtverletzung nicht auf die Verursachung eines einfachen Kellerbrandes beschränken müsste. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich die Einholung eines Gutachtens zur Abklärung der Brandursache, wie dies von der Verteidigung an der Hauptverhandlung beantragt worden³⁸ GRONER, a.a.O., S. 177. Seite 28 ist. Eine Rekonstruktion des Brandgeschehens kann heute mit einem Gutachten nicht mehr mit Sicherheit festgestellt werden, zumal nur noch ein Aktengutachten möglich wäre, da primäre Beweismittel nicht mehr zur Verfügung stehen. Dem Bericht des kriminaltechnischen Dienstes ist u.a. zu entnehmen, dass die Deckenlampe und deren Zuleitung stark brandgeschädigt waren, so dass bezüglich des ursprünglichen Zustandes der Lampeninstallation keine konkreten Aussagen mehr

gemacht werden könnten (act. 14, S. 4). Inwiefern die vom Beschuldigten vorgebrachte Sachverhaltsvariante, dass die Lampe heruntergefallen sein könnte, möglich oder wahrscheinlich war, ist damit nicht nachträglich rekonstruierbar. Auch ob und wie sich die Matratzen konkret bewegt haben könnten, ist nachträglich nicht mehr auszumachen. Auch die beantragten Zeugeneinvernahmen von K.K., P.D., T.S., Z.T. und D.S. könnten den konkreten Brandverlauf nicht klären und würden zu keinen neuen Erkenntnissen führen, weshalb darauf verzichtet werden kann. 4.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der genaue Ablauf des Brandes unklar ist. Zudem hat der Beschuldigte beim Hineinlegen der Matratzen bewusst auf einen Abstand zwischen den Matratzen und der Glühlampe geachtet. Weil durch eine vorschriftsgemässe 60 Watt Glühbirne selbst bei einem direkten Kontakt kein Brandausbruch möglich war, und der Beschuldigte davon ausgehen durfte, dass eine vorschriftsgemässe 60 Watt Glühbirne installiert war, hat er mittels Beachtung eines Abstandes die notwendigen Vorsichtsmassnahmen beachtet. Selbst bei einer vorschriftswidrigen 100 Watt Glühbirne war ein Brandausbruch durch einen Abstand zu verhindern. Auf einen solchen Abstand hat der Beschuldigte ausdrücklich geachtet. Es ist zwar nachgewiesen, dass der Brand im Kellerabteil des Beschuldigten ausgebrochen ist. Ob ein sorgfaltswidriges Verhalten des Beschuldigten dafür die Ursache ist, ist nicht erwiesen. Eine Sorgfaltspflichtverletzung käme nur in Betracht, wenn bewiesen wäre, dass sich die Matratzen vor dem Brandausbruch bewegt und in Kontakt zur Glühlampe geraten ist. Dieser Kausalverlauf bildet eine mögliche Erklärung für den Brandausbruch, ist aber nicht bewiesen. Der Beschuldigte wäre daher vom Vorwurf der fahrlässigen Verursachung einer Feuersbrunst auch bei einer materiellen Beurteilung freizusprechen. Seite 29 5.

5.1 Rechtliche Grundsätze Das Gericht bemisst die Strafe nach dem Verschulden des Täters und berücksichtigt dabei das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters (Art. 47 StGB). 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 Verletzung zu vermeiden (Art. 47 Abs. 2 StGB). Bei der Festsetzung der Strafe kommt dem Verschulden entscheidende Bedeutung zu. Entsprechend hat das Gericht dieses Verschulden zu würdigen und zu bewerten. Ausgehend von der objektiven Tatschwere hat das Gericht das Tatverschulden zu bewerten und dabei auch die verminderte Schuldfähigkeit zu berücksichtigen. Es muss dartun, in welchem Umfang sich diese verschuldensmindernd auswirkt. Die tat- und täterangemessene Strafe für eine einzelne Tat ist grundsätzlich innerhalb des ordentlichen Strafrahmens festzusetzen. Dieser ist nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall als zu hart bzw. zu mild erscheint. Die verminderte Schuldfähigkeit alleine führt grundsätzlich nicht dazu, den ordentlichen Strafrahmen zu unterschreiten³⁹.

5.2 Tatbezogene Kriterien

5.2.1 Objektive Tatschwere In einem ersten Schritt ist die objektive Tatschwere der qualifizierten Widerhandlung des Beschuldigten gegen Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG zu bestimmen, d.h. es muss abgeklärt werden, wie stark das strafrechtlich geschützte Rechtsgut beeinträchtigt worden ist. Unter diesem Titel sind insbesondere das Ausmass des Erfolgs, die Art und Weise des Vorgehens und die kriminelle Energie zu prüfen. Auf die qualifizierte Widerhandlung gegen das

E. 39

BGE 136 IV 55, Regeste. Seite 30 Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a aBetmG steht eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr. Zum Ausmass des vom

Täter gewollten Erfolgs ist auszuführen, dass er 5.2.2 Subjektive Tatschwere In einem nächsten Schritt ist danach zu fragen, was der Täter mit seiner Tat subjektiv ge- wolt bzw. in Kauf genommen hat⁴⁰. Der Beschuldigte War der Täter zur Zeit der Tat nicht fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder ge- mäss dieser Einsicht zu handeln, so ist er nicht strafbar (Art. 19 Abs. 1 StGB). War der Täter zur Zeit der Tat nur teilweise fähig, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, so mildert das Gericht die Strafe (Art. 19 Abs. 2 StGB). Ent- scheidend dabei ist die Fähigkeit zum Zeitpunkt der Tat⁴¹. Beim erwachsenen Menschen gilt Schuldfähigkeit als die Regel⁴². Die Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit bei Drogenabhängigen ist die Ausnahme⁴³. Die Praxis folgt der Tendenz, auch eine Verminderung der Schuldfähigkeit nur in krassen Fällen anzuer- kennen⁴⁴. Das Bundesgericht fordert eine qualifizierte Erheblichkeit des Mangels an Schuldfähigkeit und nimmt als Ausgangspunkt den „normalen“ Menschen⁴⁵. Dem Tatrigh- ter wird dabei ein weites Ermessen eingeräumt. Gemäss Bericht des behandelnden Arztes Die Verteidigung beantragte anlässlich der Hauptverhandlung die Einholung eines Gut- achtens gemäss Art. 20 StGB zur Abklärung der Schuldfähigkeit. Bei Drogensüchtigen ist ein Gutachten dann anzuordnen, sofern nicht überzeugende Gründe gegen die Begutach-

E. 40

MATHYS, Zur Technik der Strafzumessung, in: SJZ 100 (2004) Nr. 8, S. 173 ff., S. 175. 41 TRECHSEL/PIETH, a.a.O., Art. 19 N 5. 42 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 4. Auflage, Bern 2011, S. 287, N 8. 43 ALBRECHT, a.a.O, N 133. 44 STRATENWERTH, a.a.O., S. 296, N 27. 45 BGE 116 IV 273, 276. Seite 31 tung vorliegen. Je abnormer die Persönlichkeit des Süchtigen auch ausserhalb der Sucht ist, desto eher rechtfertigt sich ein Gutachten⁴⁶. 5.3 Täterbezogene Kriterien Die durch die Tatkomponenten ermittelte Strafe ist in einem abschliessenden Schritt auf- grund der Täterkomponenten gegebenenfalls anzupassen⁴⁷. Die verschuldensangemes- sene Strafe kann durch Umstände, die mit der Tat grundsätzlich nichts zu tun haben, er- höht oder herabgesetzt werden. Die dafür massgeblichen Täterkomponenten sind teilwei- se gesetzlich normiert (beispielsweise in Art. 48, Art. 47 Abs. 1 oder Art. 49 StGB). Zu berücksichtigen ist nach Art. 47 Abs. 1 StGB das Vorleben des Beschuldigten. Dieses umfasst die gesamte Lebensgeschichte des Täters, seine Herkunft, die Verhältnisse in der elterlichen Familie, Erziehung, Ausbildung sowie die Haltung gegenüber den Geset- zen (Vorstrafen). Weiter sind nach Art. 47 Abs. 1 StGB auch die aktuellen persönlichen Verhältnisse zu beachten. Diese betreffen sämtliche Lebensumstände des Täters im Zeit- punkt der Strafzumessung, wie beispielsweise Familienstand und Beruf, Gesundheit, so- ziale Herkunft, Lebenserfahrung, Bildungsstand, Lebensverhältnisse, Alkohol- oder Dro- genabhängigkeit und Behinderung⁴⁸. Auch die Berücksichtigung der Strafempfindlichkeit, also der Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters, ist ausdrücklich vorgeschrieben in Art. 47 Abs. 1 StGB. Weiter ist auch das Nachtatverhalten in die Strafzumessung einzu- beziehen. Dazu gehören die Geständnisbereitschaft, die Einsicht in das begangene Un- recht und Reue⁴⁹. Schliesslich ist auch das Verhalten des Beschuldigten im Strafverfah- ren, etwa weitere Delinquenz während des Strafverfahrens, zu berücksichtigen. Der Beschuldigte ist Der Beschuldigte ist im Schweizerischen Strafregister Der Beschuldigte hat sich im Strafverfahren - soweit überhaupt möglich 46 WEISS, Zur Anwendbarkeit der Strafbestimmungen des revidierten Betäubungsmittelgesetzes, in: ZStrR 1978, 199 ff., 206. 47 BGE 136 IV 55, E. 5.7. 48 W IPRÄCHTIGER, Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basel 2011, Art.

47 N 113. 49 MATHYS, a.a.O., S. 182. Seite 32 Weitere strafe erhöhende oder strafmindernde Faktoren sind nicht ersichtlich. 5.4 Gesamtbewertung: tat- und täterangemessene Strafe Die dargelegten täterbezogenen Komponenten wiegen sich weitgehend auf, da leicht strafe erhöhende leicht strafmindernden Faktoren gegenüberstehen. Es besteht daher kein Anlass, die verschuldensangemessene Strafe, welche auf eine Freiheitsstrafe von acht Monaten bzw. eine Geldstrafe von 240 Tagessätzen festgelegt worden ist, aufgrund von täterbezogenen Komponenten zu korrigieren. Daran anzurechnen sind die 24 Tage Untersuchungshaft. 6. Straftat und bedingter Strafvollzug 6.1 Gestützt auf Art. 48a Abs. 2 StGB ist das Gericht nicht an die nach Art. 19 Ziff. 2 lit. a a- BetmG vorgesehene Straftat (Freiheitsstrafe) gebunden, da die Sanktion nach Art. 19 StGB gemildert worden ist. Denkbar ist daher grundsätzlich auch eine Geldstrafe nach Art. 34 StGB, wegen der Höhe der Sanktion aber keine gemeinnützige Arbeit nach Art. 37 StGB. Das Gesetz hat keine Rangfolge bestimmt, wenn mehrere Straftaten in Frage kommen. Aufgrund der Reihenfolge der Aufzählung im Gesetz ist davon auszugehen, dass die Geldstrafe Vorrang vor der Freiheitsstrafe hat und die Hauptsanktion ist. Wichtigste Kriterien bei der Wahl der Sanktionsart sind deren Zweckmässigkeit, ihre Auswirkungen auf das soziale Umfeld sowie ihre präventive Effizienz⁵⁰. Eine Geldstrafe erscheint im vorliegenden Fall nicht als zweckmässig, da der Beschuldigte 6.2 Nach Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Die günstige Prognose wird vermutet; das Fehlen einer ungünstigen Prognose genügt somit⁵¹. Zu berücksichtigen sind die Tatumstände, das Vorleben, der Leumund und alle 50 BGE 134 IV 85; BGE 134 IV 101. 51 BGE 134 IV 97, 117. Seite 33 weiteren Tatsachen, die Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Auch die Staatsanwaltschaft anerkannte an Schranken, dass nicht ohne weiteres von einer ungünstigen Prognose ausgegangen werden könne, da der Beschuldigte seit der letzten Verzeigung im Jahr 2010 nicht mehr straffällig geworden sei (act. 127). Auch habe er Therapien aufgenommen und scheine sich ernsthaft um eine Verbesserung der persönlichen Verhältnisse zu bemühen (act. 127). Das Gericht sieht deshalb keine ungünstige Prognose, zumal der Beschuldigte seine Drogensucht therapiert hat, Unterstützung vom Sozialamt und seiner Familie erhält und ein IV-Verfahren läuft. 6.3 Schiebt das Gericht den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB). Die Dauer der Probezeit bestimmt sich vor allem nach der Persönlichkeit und dem Charakter des Verurteilten sowie der Gefahr seiner Rückfälligkeit⁵². Je grösser diese Gefahr, desto länger muss die Probezeit sein, damit der Verurteilte von weiteren Delikten abgehalten wird⁵³. Ihre Dauer muss mit anderen Worten so festgelegt werden, dass sie die grösste Wahrscheinlichkeit zur Verhinderung eines Rückfalls bietet⁵⁴. Die Behörden verfügen in diesem Zusammenhang über einen weiten Ermessensspielraum. Die Probezeit wird im vorliegenden Fall in Anbetracht der konkreten Umstände ermessensweise auf drei Jahre festgelegt. 7. Widerruf 8. Einziehung 8.1 Rechtliche Grundlagen 52 BGE 95 IV 121. 53 Urteil des Bundesgerichts 6B_140/2011 vom 17. Mai 2011, E. 7.1. 54 Urteil des Bundesgerichts 6B_140/2011 vom 17. Mai 2011, E. 7.1. Seite 34 Das Gericht verfügt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände

die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (Art. 69 StGB). Nach Art. 69 Abs. 2 StGB kann das Gericht anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden. Das Betäubungsmittelgesetz enthält keine Bestimmungen zur Einziehung, weshalb gemäss Art. 26 BetmG die zitierte Bestimmung des Strafgesetzbuches anzuwenden ist. Der Richter muss eine Prognose darüber anstellen, ob es hinreichend wahrscheinlich ist, dass der Gegenstand in der Hand des Täters in der Zukunft die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet⁵⁵. Es muss der Grundsatz der Verhältnismässigkeit berücksichtigt werden.

8.2 Parteivorbringen An Schranken führte die Staatsanwaltschaft aus, dass der Pfefferspray ein gefährliches, waffenähnliches Instrument sei. Der Beschuldigte benötige diesen nicht, weshalb er eingezogen und vernichtet werden könne. Die Mobiltelefone seien, so der Staatsanwalt, für Drogendelikte wichtige Instrumente, welche bei solchen Delikten üblicherweise eingezogen und vernichtet würden. Demgegenüber führte der Verteidiger aus, dass die Mobiltelefone nach ihrer Auswertung dem Beschuldigten zurückzugeben seien. Er beantragte an Schranken, dass nebst den Mobiltelefonen auch die Coop Supercard und der Pfefferspray freizugeben seien.

8.3 Würdigung Von den sichergestellten Gegenständen (vgl. Ziff. 5 Dispositiv) kann dem Beschuldigten einzig die Coop-Supercard zurückgegeben werden, da diese offensichtlich keinen Bezug zu den Drogendelikten aufweist. Bezüglich Pfefferspray und Mobiltelefone erscheint die Argumentation der Staatsanwaltschaft als überzeugend. Es wird daher deren Vernichtung angeordnet. Die Betäubungsmittelkäufer wurden, wie sich aus den Befragungsprotokollen ergibt, jeweils per Mobiltelefon kontaktiert und informiert. Die Mobiltelefone haben nach 55 BGE 116 IV 117, 119 f. Seite 35 weislich der Ausübung des Drogenhandels gedient und sind daher Tatwerkzeuge. Sie werden deshalb eingezogen und vernichtet, denn die Gefahr der deliktischen Verwendung der Mobiltelefone ist gegeben. Die allgemeine Erhältlichkeit eines Gegenstandes schliesst die Einziehung und Vernichtung nicht aus. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass der Beschuldigte sich mit der Vernichtung des Pfeffersprays nach Abschluss des Verfahrens einverstanden erklärt hatte (act. 2.9), weshalb dieser ebenfalls einzuziehen ist. Abgesehen davon wurde dieser naheliegenderweise ebenfalls deliktisch verwendet, da der Beschuldigte diesen wohl zu seinem Schutz im Zusammenhang mit seinen Kontakten zu Drogenhändlern und -abnehmern mitgeführt hatte.

9. Zivilforderungen

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.