

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.26 vom 16. Mai 2017**

BS Appellationsgericht, 2017-05-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2017.26](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2017.26)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.26 du 16 mai 2017

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2017.26 del 16 maggio 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Nach Art. 398 Abs. 1 StPO ist die Berufung gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte zulässig, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird. Das ist vorliegend der Fall. Die Staatsanwaltschaft ist gemäss Art. 381 Abs. 1 StPO zur Erhebung von Rechtsmitteln legitimiert. Sie hat die Berufungsanmeldung und die Berufungserklärung innert der gesetzlichen Fristen gemäss Art. 399 Abs. 1 und 3 StPO eingereicht. Zuständiges Berufungsgericht ist eine Kammer des Appellationsgerichts (§ 88 Abs. 1 in Verbindung mit § 91 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

### **E. 2**

Im Rechtsmittelverfahren gilt die Dispositionsmaxime. Die Berufung kann beschränkt werden. Wer nur Teile des Urteils anfechtet, hat in der Berufungserklärung gemäss Art. 399 Abs. 4 StPO verbindlich anzugeben, auf welche Teile sich die Berufung beschränkt (vgl. Art. 399 Abs. 3 lit. a und Abs. 4 sowie Art. 401 Abs. 1 StPO). Erfolgt eine Teilanfechtung, erwachsen die nicht angefochtenen Punkte in Teilrechtskraft. Vorliegend sind die Schuldsprüche wegen mehrfacher Übertretung nach Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes, Führens eines Motorfahrzeugs trotz Verweigerung, Entzug oder Aberkennung des Ausweises, rechtswidrigen Aufenthalts und rechtswidriger Einreise (AS Ziff. 1.5.3), die Freisprüche von den Vorwürfen der Verletzung der Verkehrsregeln und der geringfügigen Widerhandlung gegen das Ausländergesetz (AS Ziff. 1.5.2), die Verfügung über die beschlagnahmten und sichergestellten Gegenstände und die Abweisung der durch den Beschuldigten geltend gemachten unbezifferten Parteientschädigung nicht mehr angefochten und damit rechtskräftig geworden. Ferner ist auch der Schuldspruch wegen Verbrechens nach Art. 19 Abs. 2 lit. a des Betäubungsmittelgesetzes (grosse Gesundheitsgefährdung) unbestritten. Angefochten sind jedoch diesbezüglich die umgesetzte Gesamtmenge (nachfolgend Ziff. 3) sowie die Frage, ob auch das Qualifikationsmerkmal der Bandenmässigkeit erfüllt ist (nachfolgend Ziff. 4). Entgegen dem im Anschluss an die Verhandlung des Appellationsgerichts versandten Urteilsdispositivs kann deshalb nicht gesagt werden, dass der Schuldspruch wegen Verbrechens nach Art. 19 Abs. 2 lit. a des Betäubungsmittelgesetzes (grosse Gesundheitsgefährdung) in Rechtskraft erwachsen ist.

### **E. 3**

3.1 Beim Verkauf von Betäubungsmitteln durch den Beschuldigten an den Drogenkonsumenten B\_\_\_\_\_ geht die Staatsanwaltschaft von mindestens fünf mal fünf Gramm Heroin aus. Sie stützt sich dabei auf den Umstand, dass am hiesigen unbefugten Heroinhandel mitwirkende albanische Gruppierungen pro Bezug erfahrungsgemäss keine Mengen unter fünf Gramm Heroin veräussern würden. Zudem habe B\_\_\_\_\_ seinen eigenen

Konsum durch den Weiterverkauf eines Teils des bezogenen Heroins finanziert, was bei einem Standardbezug von jeweils nur 2,5 Gramm Heroin nicht möglich gewesen wäre. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass nicht belegt ist, dass B\_\_\_\_ nur beim Beschuldigten Heroin bezogen hat, vermögen die allgemeinen Erfahrungen der Staatsanwaltschaft hinsichtlich des Verkaufs von Heroin durch albanische Gruppierungen nicht den konkreten Nachweis zu erbringen, dass auch der im vorliegenden Fall Beschuldigte so gehandelt hat. Es ist deshalb der Vorinstanz zu folgen, die zu Gunsten des Beschuldigten den Verkauf von fünf Mal 2,5 Gramm Heroin angenommen hat (Urteil S. 32 ff.).

3.2 Was den Verkauf von Laktose und Kokain an C\_\_\_\_ betrifft, so vermögen auch diesbezüglich die Erwägungen der Vorinstanz zu überzeugen. Auf diese kann verwiesen werden (Urteil S. 36 ff.). Hinsichtlich der Aussagen von C\_\_\_\_, die er in seiner Befragung vom 1. März 2016 gemacht hat, ist zu präzisieren, dass diese entgegen der Meinung des Beschuldigten durchaus verwertbar sind. Auch die Vorinstanz ist davon ausgegangen, hat sie jedoch als nicht verwendbar bezeichnet, weil C\_\_\_\_ seine früheren Angaben anlässlich der Konfrontationseinvernahme mit dem Beschuldigten weitestgehend relativiert habe. C\_\_\_\_ hat den Beschuldigten indessen nie mit der angeklagten Menge belastet. Er hat lediglich zur Rollenverteilung Stellung genommen und den Beschuldigten als Chef (und D\_\_\_\_ als dessen Läufer) bezeichnet. Darauf, ob er diese Anschuldigung anlässlich der Konfrontation mit dem Beschuldigten aufrechterhalten hat, wird bei der Frage, ob Bandenmässigkeit vorliegt, zurückzukommen sein.

3.3 Schliesslich kann auch bezüglich der im Fahrzeug des E\_\_\_\_ aufgefundenen 19,1 Gramm Heroin mit der Vorinstanz festgestellt werden, dass als einziger Hinweis auf eine Täterschaft des Beschuldigten die - mangels Konfrontation nicht verwertbaren - Aussagen von E\_\_\_\_ vorliegen (Urteil S. 41 ff.). Anders als bei der beobachteten Übergabe einer Denner Tragtasche mit 988 Gramm eines Paracetamol-Coffein-Gemischs hat eine Involvierung des Beschuldigten nicht beobachtet werden können. Auch sind auf der Drogen-Packung keine Fingerabdrücke oder DNA-Spuren des Beschuldigten gefunden worden. Dass sich die Drogen zur gleichen Zeit im gleichen Auto befunden haben wie die dem Beschuldigten zuzuordnenden Streckmittel, mag ein Indiz sein, genügt aber nicht, um den Beschuldigten damit zu belasten.

3.4 Zusammenfassend kann deshalb bezüglich der umgesetzten Drogenmenge festgehalten werden, dass es der Staatsanwaltschaft nicht gelingt, den von ihr behaupteten höheren Umsatz rechtsgenügend nachzuweisen. Mit der Vorinstanz ist deshalb davon auszugehen, dass lediglich, aber immerhin, die Grenze zur qualifizierten Menge zweifelsfrei überschritten ist; es ist von 52,7 g Kokain, 12,5 g Heroin und 988 g Streckmittel auszugehen. Überdies hat der Beschuldigte bei seinem Treffen mit C\_\_\_\_ vom 28. Dezember 2015 eine nicht zu eruiierende Menge Betäubungsmittel veräussert (vgl. Urteil, S. 39).

#### **E. 4**

4.1 Die Staatsanwaltschaft beantragt, hinsichtlich des Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz sei auch das Qualifikationsmerkmal der Bandenmässigkeit zu bejahen. Dieser Frage kommt eher untergeordnete Bedeutung zu, nachdem bereits der Qualifikationsgrund des mengenmässig schweren Falles gegeben ist und vom Beschuldigten auch nicht mehr bestritten wird. Insofern kommt der für einen schweren Fall

vorgesehene verschärfte Strafrahmen bereits zur Anwendung. Die Erfüllung eines weiteren Qualifikationsgrundes kann sich gemäss langjähriger Rechtsprechung des Bundesgerichts nur innerhalb des verschärften Strafrahmens gemäss Art. 47 StGB strafehöhend auswirken (BGE 122 IV 265 E. 2c; 120 IV 330 E. 1c/aa). Straferhöhend berücksichtigen darf das Gericht die für die Annahme bandenmässigen Handelns angeführten Umstände aber auch, wenn diese die Voraussetzungen für die Bandenmässigkeit nach Art. 19 Ziff. 2 lit. b BetmG nicht erfüllen (BGE 120 IV 330 E. 1c/bb), was die Vorinstanz denn auch getan hat (vgl. angefochtenes Urteil, S. 50). Darauf ist später zurückzukommen.

4.2 Bandenmässigkeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. b BetmG liegt vor, wenn sich zwei oder mehrere Täter mit dem ausdrücklichen oder konkludent geäusserten Willen zusammenfinden, inskünftig zur Verübung mehrerer selbständiger, im Einzelnen möglicherweise noch unbestimmter Straftaten zusammenzuwirken. Dabei wird das Vorhandensein gewisser Mindestansätze einer Organisation, etwa einer Rollen- oder Arbeitsteilung, verlangt. Die Intensität des Zusammenwirkens muss ein solches Ausmass erreichen, dass von einem bis zu einem gewissen Grade fest verbundenen und stabilen Team gesprochen werden kann, auch wenn dieses allenfalls nur kurzlebig war. Auch bei nur zwei (bekannten) Tätern kann von einem fest verbundenen Team gesprochen werden, das über die Mittäterschaft hinausgeht (BGE 135 IV 158 E. 2 S. 159, E. 3.2 S. 160, 132 IV 132 E. 5.2 S. 137). Für die Annahme der Bandenmässigkeit genügt selbst bloss eine einzige verübte Straftat, solange sich der Wille der Mitglieder nur auf die gemeinsame Begehung einer Mehrzahl weiterer Delikte richtet (BGer 6B\_294/2011 vom 16. September 2011). Das Gesetz qualifiziert die bandenmässige Tatbegehung, weil der Zusammenschluss zur fortgesetzten Delinquenz die Täter psychisch und physisch stärkt, sie besonders gefährlich macht (BGE 78 IV 227 E. 2 S. 233 f.). Durch den Zusammenschluss binden sich die Mitglieder an die verbrecherischen Ziele und erschweren sich gegenseitig die Umkehr. Dass sich jeder Einzelne an allen Unternehmungen der Bande beteilige, ist nicht erforderlich (Trechsel/Cramer, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage 2013, Art. 139 N 16 f.).

4.3 Auch die Vorinstanz ist von zahlreichen Hinweisen ausgegangen, die das in der Anklageschrift vom Beschuldigten skizzierte Bild hinsichtlich seiner Zugehörigkeit zu einer Bande bestätigen würden. Zu Unrecht hat sie jedoch die Bandenmässigkeit letztlich verneint und hinsichtlich des Kontakts zwischen dem Beschuldigten und F\_\_\_\_\_ festgehalten, bei dem durch die Telefonkontrollen belegten intensiven Kontakt fehle ein eindeutiger Zusammenhang zum Drogenmilieu. Es sei lediglich eine gemeinsame Fahrt von Basel in die Ostschweiz und zurück erstellt. Mit dieser Würdigung hat die Vorinstanz ihren eigenen, andernorts gemachten Feststellungen widersprochen, wonach F\_\_\_\_\_ in die Übergabe der Denner Tragtasche (siehe oben, Ziff. 3.3) einbezogen gewesen sei (Urteil S. 42) und der Beschuldigte bei der Übergabe des Streckmittels an E\_\_\_\_\_ im Vorfeld die Verhandlungen mit dem unbekannt gebliebenen [...] geführt und zwischen diesem und F\_\_\_\_\_ vermittelt habe (Urteil S. 50). Ferner kann der Vorinstanz auch nicht gefolgt werden, wenn sie aus dem Umstand, dass beim Beschuldigten in einem Fall eine grössere Menge an Kokain beschlagnahmt wurde, schliesst, dass er selbst auch Lieferungen ausgeführt und diese nicht stets an D\_\_\_\_\_ oder unbekannt gebliebene andere Läufer delegiert habe. Denn abgesehen davon, dass eine einmalige Übergabe von Drogen an Endkunden den Beschuldigten noch nicht zu einem Läufer machen würde, ist es auch nicht erwiesen, dass die Autofahrt vom 2. Oktober 2015, anlässlich derer er sich im Besitz von immerhin 31,7

Gramm Kokain befand (aufgeteilt in 2 x 0,9 Gramm und 1 x 29,9 Gramm), der Auslieferung dieser Drogen an Endkunden diene. Die intensiven Kontakte des Beschuldigten mit im Drogenhandel beteiligten Personen und seine Stellung innerhalb dieser Struktur sind durch die Beobachtungen der Ermittlungsbehörde anlässlich der Überwachungen ■Face■ und ■Twins■ sowie der Auswertung der Telefonkontrollen erstellt. D\_\_\_\_\_ setzte der Beschuldigte vorwiegend als Läufer ein. Dies ergibt sich einerseits aus den Telefonkontrollen. Aber auch C\_\_\_\_\_ hat seine Aussagen zur Hierarchie zwischen dem Beschuldigten und D\_\_\_\_\_ anlässlich der Konfrontation nicht vollständig zurückgenommen. Nachdem er zuerst erklärt hat, es habe sich dabei um eine Vermutung gehandelt, hat er auch erklärt, ■er könne ja Recht haben■. Des Weiteren hat er klar bestätigt, dass es D\_\_\_\_\_ war, der ihm die Drogen gebracht hat. Von einem gemeinsamen Konsum mit dem Beschuldigten wollte er hingegen nichts wissen (Akten S. 1374 ff.). Die Aufgabe des Beschuldigten bestand darin, die Bestellungen und den Drogenerlös entgegenzunehmen. Der Beschuldigte ist erst am 7. Februar 2014 in die Schweiz eingereist und nach Einreichung eines Asylgesuchs dem Kanton Graubünden zugewiesen worden ist. Bis Ende August 2015 hat er sich nachweislich dort aufgehalten (Arbeit bei [...]), bevor er untergetaucht ist. Bereits zuvor ist er allerdings mindestens einmal nach Basel gekommen, wo er am 22. Juli 2015 als Lenker eines Personenwagens mit einem GR-Kontrollschild beobachtet worden ist. Nach seinem Untertauchen hat er seinen Aufenthalt ganz nach Basel verlegt. Hier nächtigte er sogleich in einer Wohnung an der Feldbergstrasse [...] (vgl. z.B. Akten S. 1324), welche auch von D\_\_\_\_\_ benutzt wurde (anlässlich seiner Verhaftung trug dieser den Schlüssel zur Wohnung auf sich, Akten S. 100). Und bereits am 2. Oktober 2015 wurde der Beschuldigte durch die Polizei angehalten, als er sich im Besitz von 31,7 Gramm Kokain befand. Es ist beinahe nicht denkbar, dass der Beschuldigte sich in einem ihm fremden Umfeld derart gut hätte zurechtfinden können, ohne nicht in die Struktur der Bande eingeschlossen zu sein. Für die Schweizerischen Behörden war er zu dieser Zeit nicht mehr erreichbar, hatte er doch seinen N-Ausweis nicht mehr verlängern lassen und galt als untergetaucht. Damit hat der Beschuldigte seinen Willen manifestiert, sich so lange wie möglich (illegal) in der Schweiz aufzuhalten. Er erhielt keinerlei Unterstützung der Asylbehörden mehr und hatte auch kein regelmässiges Einkommen durch Arbeit. Bei dieser Situation muss es als nachgewiesen erachtet werden, dass der Beschuldigte die Absicht hatte, auf unbestimmte Zeit seiner Tätigkeit innerhalb der Gruppierung nachzugehen (vgl. zum Erfordernis der längerfristigen Bindung der Bandenmitglieder BGer 6B\_1145/2016 vom 7. April 2017). Bandenmässigkeit ist deshalb zu bejahen und die Berufung der Staatsanwaltschaft diesbezüglich gutzuheissen.

## **E. 5**

Die Staatsanwaltschaft wendet sich auch gegen den erfolgten Freispruch des Beschuldigten vom Vorwurf der qualifizierten Geldwäscherei. Den Grundtatbestand von Art. 305bis StGB erfüllt jede Tathandlung, die geeignet ist, die Einziehung der Verbrechensbeute zu vereiteln (BGE 119 IV 242 E. 1a und b). Eine Vereitelungseignung muss konkretisiert und im Einzelfall nachgewiesen werden (122 IV 211 E. 2 S. 215). Im vorliegenden Fall hat die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift zwar geschildert, wann der Beschuldigte Drogenerlös entgegengenommen hat. Die diesbezüglichen Bestreitungen des Beschuldigten, wonach es um Lotterie-Einsätze und Autoverkäufe gegangen sei, sind mit der Vorinstanz als unglaubwürdig zu bezeichnen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Beschuldigte mit dem Inkasso von Drogengeldern beauftragt gewesen und diesem Auftrag auch nachgekommen ist. Nicht erstellt (und in der Anklageschrift auch nicht konkret

aufgezählt) sind hingegen allfällige Verschleierungshandlungen in Bezug auf eine Vereitelung einer Einziehung dieses Geldes. In ihrer Berufung führt die Staatsanwaltschaft aus, dass es sich bei jeder nur denkbaren Handlungs- bzw. Verhaltensweise des Beschuldigten zwingend um eine gemäss Art. 305bis StGB strafbare Vereitelungshandlung gehandelt haben müsse. Wie jedoch bereits die Vorinstanz festgehalten hat, ist an der Feldbergstrasse [...] nie eine Hausdurchsuchung gemacht worden. Es lässt sich deshalb nicht mit genügender Sicherheit sagen, dass der Beschuldigte das eingekommene Geld nicht dort aufbewahrt hat, ohne es versteckt zu haben. Im Zweifel ist er deshalb vom Vorwurf der qualifizierten Geldwäscherei freizusprechen.

## **E. 6**

Schliesslich stellt sich die Frage, ob sich der Beschuldigte der mehrfachen rechtswidrigen Einreise in die Schweiz und der mehrfachen rechtswidrigen Einreise in das Ausland schuldig gemacht hat. Die Vorinstanz hat den diesbezüglichen Sachverhalt zutreffend festgestellt. Danach hat der Beschuldigte im Juni 2015 einen Ausflug nach Österreich und im Dezember 2015 einen solchen nach Deutschland unternommen und ist nach Auslaufen der Gültigkeit seines Ausweises für Asylsuchende per 31. Dezember 2015 im Januar oder Februar nach Frankreich und zurück gereist. Umstritten ist die rechtliche Würdigung dieses Sachverhalts. Betreffend der vor dem 1. Januar 2016 stattgefundenen Aus- und Einreise hat die Vorinstanz dem Beschuldigten einen unvermeidbaren Verbotsirrtum zu Gute gehalten. Dies rügt die Staatsanwaltschaft zu Recht. Auf dem Ausweis für Asylsuchende N ist deutlich der Vermerk angebracht, dass der Ausweis weder zum Grenzübertritt noch zur Rückkehr in die Schweiz berechtigt (Akten S. 354). An anderer Stelle ihres Urteils ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass der Beschuldigte am 16. Juli 2015 genügend Deutschkenntnisse besass, um das Dokument betreffend die vorläufige Aberkennung des Führerausweises zu verstehen. Sie hat sich dabei auch auf die Konsultationen des Beschuldigten vom 4. und 8. Mai 2015 bei Dr. [...] bezogen, wo es diesem gelungen sei, seine Leiden dem Arzt mitzuteilen. Weshalb er im Juni 2015 den Vermerk auf dem Asylausweis N nicht verstanden haben soll, ist bei dieser Situation nicht ersichtlich. Ohnehin ist davon auszugehen, dass ihn die Behörde bei der Abnahme seiner Identitätspapiere und der Übergabe des Ausweises für Asylsuchende mit Hilfe eines Dolmetschers genau über seine Rechte und Pflichten während der Dauer seines Asylverfahrens aufgeklärt hat. Wie auch das spätere Untertauchen des Beschuldigten indiziert, waren ihm diese Pflichten wohl schlicht und einfach egal. Was die dem Beschuldigten vorgeworfene, im Januar oder Februar 2016 begangene rechtswidrige Einreise nach Frankreich betrifft, so wird dieses Verhalten von Art. 115 Abs. 2 des Ausländergesetzes erfasst. Die Vorinstanz ist der Meinung, korrekterweise hätte der Beschuldigte ab dem 1. Januar 2016 die Schweiz wegen Ablaufs seines Ausweises verlassen müssen, was nicht möglich gewesen wäre, ohne gleichzeitig in ein anderes Land einzureisen. Es sei ihm deshalb unmöglich gewesen, sich gesetzeskonform zu verhalten. Dies trifft schon deshalb nicht zu, weil der Beschuldigte legal hätte in seine Heimat zurückkehren können. Er hätte lediglich seinen bei der Behörde deponierten Pass abholen und einen Flug buchen müssen. Jedenfalls kann er seine Ausreise nach Frankreich nicht mit seinem eigenen Versäumnis (unterlassener Antrag auf Ausweisverlängerung) rechtfertigen. Auch in diesem Punkt hat deshalb ein Schuldspruch zu erfolgen.

## **E. 7**

7.1 Die Vorinstanz hat den Beschuldigten zu 28 Monaten Freiheitsstrafe, davon 22 Monate mit bedingtem Strafvollzug unter Auferlegung einer Probezeit von 2 Jahren, sowie zu einer Busse von CHF 300.■ (bei schuldhafter Nichtbezahlung 3 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) verurteilt. Mit ihrer Berufung beantragt die Staatsanwaltschaft die Verurteilung des Beschuldigten zu einer Freiheitsstrafe von 5½ Jahren, einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu CHF 30.■ sowie zu einer Busse von CHF 300.■ (ersatzweise 3 Tage Freiheitsstrafe). Gemäss Art. 47 StGB misst der Richter die Strafe innerhalb des anzuwendenden Strafrahmens nach dem Verschulden des Täters zu und berücksichtigt dabei sein Vorleben, seine persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf sein Leben (Abs. 1). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie nach seinen Möglichkeiten, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden, bemessen (Abs. 2). An eine "richtige" Strafzumessung werden drei allgemeine Anforderungen gestellt: Sie muss zu einer verhältnismässigen Strafe führen (Billigkeit), ein Höchstmass an Gleichheit gewährleisten (Rechtssicherheit) und transparent, überzeugend begründet und dadurch überprüfbar sein (Legitimation durch Verfahren). Das Gericht hat im Urteil darzutun, welche verschuldensmindernden und welche verschuldenserhöhenden Gründe im konkreten Fall gegeben sind, um so zu einer Gesamteinschätzung des Tatverschuldens zu gelangen. Es liegt im Ermessen des Gerichts, in welchem Umfange die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt werden (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff; vgl. Wiprächtiger/Kellerin: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 47 N 10). Gemäss Art. 50 StGB hat das Gericht im Urteil die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten und muss in der Urteilsbegründung auf alle wesentlichen Strafzumessungskriterien eingehen.

7.2 Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen (Asperationsprinzip, Art. 49 Abs. 1 StGB). Für die Bildung einer Gesamtstrafe hat der Richter in einem ersten Schritt, unter Einbezug aller strafehöhenden und strafmindernden Umstände, gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen. Bei der Bestimmung des Strafrahmens für die schwerste Straftat ist von der abstrakten Strafandrohung auszugehen (BGE 136 IV 55 E. 5.8 S. 63 mit Hinweisen). In einem zweiten Schritt hat er diese Einsatzstrafe unter Einbezug der anderen Straftaten zu einer Gesamtstrafe zu erhöhen, wobei er ebenfalls den jeweiligen Umständen Rechnung zu tragen hat (BGE 127 IV 101 E. 2b S. 104; Urteile 6B\_460/2010 vom 4. Februar 2011 E. 3.3.4, nicht publ. in: BGE 137 IV 57; 6B\_157/2014 vom 26. Januar 2015 E. 2.2; je mit Hinweisen). Die Bildung einer Gesamtstrafe ist jedoch nur bei gleichartigen Strafen möglich. Ungleichartige Strafen sind kumulativ zu verhängen, da das Asperationsprinzip nur greift, wenn mehrere gleichartige Strafen ausgesprochen werden (BGE 138 IV 120 E. 5.2 S. 122 mit Hinweis). Das Gericht kann ferner laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf eine Gesamtfreiheitsstrafe nur erkennen, wenn es im konkreten Fall für jeden einzelnen Normverstoss eine Freiheitsstrafe ausfallen würde; dass die anzuwendenden Strafbestimmungen abstrakt gleichartige Strafen vorsehen, genüge nicht (BGE 138 IV 120 E. 5.2 S. 122 f. mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall handelt es sich beim Beschuldigten um einen untergetauchten Asylbewerber, der noch während hängigem Asylverfahren in den Drogenhandel eingestiegen ist. Er erscheint somit als Kriminaltourist, der zum Zwecke des Betäubungsmittelhandels in die Schweiz eingereist ist. Insofern weisen die ausländerrechtlichen Delikte einen inneren Zusammenhang mit der

Betäubungsmitteldelinquenz auf. Der Beschuldigte wird nach Verbüssen der Freiheitsstrafe die Schweiz verlassen müssen. Eine Geldstrafe könnte deshalb auch nicht vollzogen werden und würde nicht genügend Warnwirkung entfalten. Es ist deshalb insgesamt eine Freiheitsstrafe auszusprechen, zumal die Bildung einer Gesamtstrafe vom Beschuldigten nicht gerügt worden ist.

7.3 Auszugehen ist vom Strafrahmen für qualifiziertes Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz, welcher von 1 bis 20 Jahre Freiheitsstrafe reicht; mit der Freiheitsstrafe kann eine Geldstrafe verbunden werden (Art. 19 Abs. 2 BetmG). Innerhalb dieses Strafrahmens wirkt sich das Vorliegen mehrerer der in Art. 19 Abs. 2 BetmG genannten Qualifikationsgründe strafehöhend aus (BGE 120 IV 330 E. 1 S. 331 ff.). Mit Blick auf das Zumessungskriterium des objektiven Tatverschuldens postulieren Eugster/Frischknecht in Fällen organisierten Betäubungsmittelhandels die Bildung von Kategorien als Orientierungshilfe bei der Strafzumessung (vgl. Eugster/Frischknecht, Strafzumessung im Betäubungsmittelhandel, in: AJP 2014 S. 327 ff.). Eine Analyse der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zeigt, dass der Funktion resp. der Stellung des Beschuldigten innerhalb der auf den Handel mit Betäubungsmitteln (Heroin/Kokain) angelegten Organisation im Rahmen der Strafzumessung primäre Bedeutung zukommt. Zu berücksichtigen sind hier namentlich die hierarchische Stellung, die Aufgaben, die Entscheidungsbefugnis, die Exposition und der finanzielle Profit des Beschuldigten, welcher mit seiner Stellung in der Organisation korrespondiert. Diesen Elementen kommt tendenziell grössere Bedeutung zu als dem Kriterium der umgesetzten Menge. Ausgehend von den genannten Kriterien und gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung haben Eugster/Frischknecht im Bereich der qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz fünf Typologien resp. Hierarchiestufen mit unterschiedlichen Einsatzstrafen für das objektive Tatverschulden herausgebildet (vgl. hierzu Eugster/Frischknecht, a.a.O. S. 330 ff.). Diese Typisierung dient den Strafverfolgungsbehörden als Anhaltspunkt, der eine rechtsgleiche Beurteilung des Verschuldens von Drogendelinquenten fördert. Entgegen der Meinung des Verteidigers des Beschuldigten ist die durch Eugster/Frischknecht vorgenommene Einteilung bei der Strafzumessung deshalb durchaus zu berücksichtigen. In Anwendung von deren Kriterien ist der Beschuldigte nicht mehr der untersten Hierarchiestufe 5 mit einer Einsatzstrafe bis drei Jahre zuzuordnen. Denn in diese Kategorie fallen (süchtige) Täter in der Endverbraucherszene, vor allem Gassendealer. Sie haben keine Unterstellten, keine selbstständigen Entscheidungsbefugnisse, müssen ihre Verkaufserlöse sofort weitergeben und erzielen nur einen geringen (meist pauschalen) Verdienst. Entgegen der Behauptung des Beschuldigten, an der er auch in der Verhandlung des Berufungsgerichts festgehalten hat, kann bei ihm nicht davon ausgegangen werden, dass er selbst süchtig gewesen ist. Dagegen sprechen die Auswertung einer Urinprobe und eines Drogenschnelltests (Akten S. 607 und 520), die beide negativ auf jegliche Betäubungsmittel ausgefallen sind, sowie das Ergebnis der Haaranalyse (Akten S. 345 ff.), welches nur einen geringen Konsum von bzw. Umgang mit Cocain nachweist. Wie bereits hinsichtlich der Bandenmässigkeit festgestellt wurde, hat der Beschuldigte sich nicht oder kaum in der Verteilung betätigt, sondern hatte hierfür Läufer zugezogen. Insgesamt ist er der Stufe 4 mit einer Einsatzstrafe von drei bis fünf Jahren zuzuordnen. Die Betäubungsmittelmenge, die ihm konkret zugeordnet werden kann (52,7 g Kokain, 12,5 g Heroin und 988 g Streckmittel), ist im Vergleich mit anderen Tätern seiner Kategorie eher gering. Allerdings deutet rund 1 kg Streckmittel darauf hin, dass grosse Mengen Betäubungsmittel im Spiel waren. Angesichts

der Drogenmenge muss man mit Blick auf Vergleichsfälle jedoch im untersten Bereich der Einsatzstrafe für die Hierarchiestufe 4 bleiben. Bezüglich des subjektiven Verschuldens ist festzuhalten, dass der Beschuldigte einzig aus finanziellen Gründen gehandelt hat, ohne dass er in einer eigentlichen Notlage gewesen wäre. Statt weiterhin einer legalen Arbeit nachzugehen (er besass vor seinem Untertauchen die entsprechende Bewilligung), hat er den Einstieg in den Drogenhandel vorgezogen. Insgesamt ist die Einsatzstrafe auf 3¼ Jahre festzulegen. Diese ist angesichts der mehrfachen Begehung der ausländerrechtlichen Delikte und des Führens eines Motorfahrzeugs trotz Entzug des Ausweises in Anwendung des Asperationsprinzips um zwei weitere Monate zu erhöhen. Bei den Täterkomponenten sind keine Umstände ersichtlich, die zu einer Minderung der Strafe führen könnten. Negativ ins Gewicht fallen der Missbrauch des Gastrechts, das die Schweiz dem Beschuldigten für die Dauer seines Asylverfahrens gewährt hat, sowie der Eindruck, den der Beschuldigte in der Verhandlung des Berufungsgerichts hinterlassen hat. Er wollte glauben machen, dass er unschuldig sei. So hat er weiterhin behauptet, er sei davon ausgegangen, dass es sich beim Streckmittel um Baumaterial gehandelt habe. Er habe keinen Drogenhandel betrieben, sondern habe lediglich selber Drogen konsumiert. Entgegen der Behauptung des Verteidigers hat der Beschuldigte damit nicht einlässlich dargelegt, dass er das Vorgefallene bereue, sondern im Gegenteil einen unbelehrbaren Eindruck hinterlassen. Zwar darf ein Beschuldigter die ihm vorgeworfenen Taten bis zu seiner rechtskräftigen Verurteilung bestreiten, ohne Konsequenzen befürchten zu müssen. Allerdings mutet es seltsam an, wenn er dies tut, nachdem er die Berufung gegen einen erstinstanzlich ergangenen Schuldspruch wegen Verbrechens nach Art. 19 Abs. 2 lit. a und b des Betäubungsmittelgesetzes (grosse Gesundheitsgefährdung) zurückgezogen und damit seine diesbezügliche Verurteilung akzeptiert hat. Die Strafe ist gestützt auf die Täterkomponenten um einen weiteren Monat zu erhöhen. Insgesamt ergibt sich somit eine Freiheitsstrafe von 3½ Jahren. Die Anrechnung der bis anhin ausgestandenen Haft ist nicht strittig und ohne Weiteres zu bestätigen, ebenso wie die Aussprechung einer Busse von CHF 300.■ für die mehrfache Übertretung nach Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes.

## **E. 8**

% Mehrwertsteuer. Damit ist dem Beschuldigten aus der Gerichtskasse eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 4■257.80 auszurichten. Diese ist mit der Busse und den zweitinstanzlichen Verfahrenskosten zu verrechnen.

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