

BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2019.61 vom 4. Februar 2020

BS Appellationsgericht, 2020-02-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2019.61

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2019.61 du 4 février 2020

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2019.61 del 4 febbraio 2020

Erwägungen

E. 1

1.1 Nach Art. 398 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) ist die Berufung gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte zulässig, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird. Der Berufungskläger ist gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Erhebung von Rechtsmitteln legitimiert. Die Staatsanwaltschaft ist gemäss Art. 381 in Verbindung mit Art. 400 Abs. 3 lit. b StPO zur Erhebung von Rechtsmitteln legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Rechtsmittel ist daher einzutreten. Zuständiges Berufungsgericht ist gemäss § 88 Abs. 1 in Verbindung mit § 92 Abs. 1 Ziff. 1 des baselstädtischen Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts.

1.2 Gerügt werden können mit der Berufung Rechtsverletzungen einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit (Art. 398 Abs. 2 StPO). Im Rechtsmittelverfahren gilt die Dispositionsmaxime. Die Berufung kann beschränkt werden. Erfolgt bloss eine Teilanfechtung, erwachsen die nicht angefochtenen Punkte in Teilrechtskraft. Das Urteil wird sowohl vom Berufungskläger wie auch von der Staatsanwaltschaft im Schuldpunkt ■ hinsichtlich der doppelten Qualifikation gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. a und b - wie auch hinsichtlich der Strafzumessung angefochten.

E. 2

lit. a und b des Betäubungsmittelgesetzes schuldig zu sprechen.

E. 3

Was die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft anbelangt, womit sie einen zusätzlichen Schuldspruch wegen Vergehens gegen das Ausländergesetz verlangt, ist auf die Abklärungen der Staatsanwaltschaft bei SIRENE-Schweiz betreffend SIS-Ausschreiben zu verweisen (Akten S. 1631 und Eingabe der Staatsanwaltschaft vom 29. August 2019 mit Beilagen). Daraus ergibt sich, dass die Voraussetzungen für die Eintragung der Verurteilung aus Dänemark ins SIS wohl vorgelegen haben und entsprechend ein Eintrag auch ins System erfolgt ist. Was allerdings nach wie vor nicht nachgewiesen werden kann, ist, dass die Landesverweisungseintragung ins SIS dem Berufungskläger je eröffnet worden wäre (vgl. dazu Urteil S. 3; Auszug aus dem Gerichtsbuch S. 3; vgl. Aktennotiz vom 22. August 2019). Dies hat zur Folge, dass der Berufungskläger aus den Schengen-Ländern wohl weggewiesen werden kann. Allerdings kann er nichtstrafrechtlich wegen Verstosses gegen das Verbot der Einreise belangt werden, solange ihm Solches nicht direkt eröffnet und bekanntgegeben worden ist. Der Freispruch der ersten Instanz ist daher zu bestätigen.

und die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft ist diesbezüglich abzuweisen.

E. 4

Bei der Strafzumessung ist zu beachten, dass der Berufungskläger sowohl der mengenmässig qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz wie auch der Bandenmässigkeit schuldig gesprochen wird. Es ist hier anzumerken, dass das Bundesgericht selbst in Fällen, wo technisch (noch) keine Bandenmässigkeit gegeben wäre, die besonderen Umstände, welche den Fall in die Nähe der Bandenmässigkeit rücken, strafehöhend berücksichtigt (vgl. dazu BGer 6B_294/2001 vom 16. September 2011 E.2.2.1 mit Verweis auf BGE 120 IV 330).

Dem Berufungskläger konnten 5 Einfuhren von insgesamt 5 kg Kokain vornehmlich hoher Qualität nachgewiesen werden. Der Tatzeitraum erstreckte sich über gut zwei Monate. Die Vorinstanz verwies zutreffend auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der Drogenmenge bei der Strafzumessung keine vorrangige Bedeutung zukomme (mit Verweis auf BGE 118 IV 342, E. 2.c). Sie analysierte sodann schwerpunktmässig die Funktion und Stellung des Berufungsklägers innerhalb der Absatzkette.

Die Vorinstanz hat unter dem Titel objektives Tatverschulden als Orientierungshilfe die Kategorien gemäss Eugster/Frischknecht (AJP 2014, S. 327 ff.) zugezogen. Die Verteidigung rügt, dass eine standardisierte Strafzumessung nicht zugänglich sei. Das Bundesgericht hat mehrfach angeführt, dass Strafzumessungsmethoden das Gericht nicht binden, sondern ihm lediglich als unverbindliche Orientierungshilfen dienen (vgl. dazu BGer 6B_118/2019 vom 2. Mai 2019 E.2.4; BGer 6_210/2017 vom 25. September 2017 E.1.4; 6B_1366/2016 E.4.7.2; 6B_622/2015 vom 12. Januar 2016 E.2.4). Die Vorinstanz hat vorliegend nichts Anderes gemacht, als Vergleiche zu den entsprechenden Kategorien der genannten Publikation von Eugster/Frischknecht zu ziehen. Die Merkmale der Stufe 4, wie in Organisation integriertes Mitglied (keine einmaligen Dienste), risikoreichere Tätigkeit (Transportleistungen), meist bloss Kontakt mit einer hierarchisch direkt übergeordneten Person, vorwiegend weisungsgebundenes Handeln, fehlende Selbständigkeit, finanzielle Entschädigung und Risiko des Enttarntwerdens in Missverhältnis ■ sämtliche dieser Merkmale liegen hier vor. Desgleichen passen einzelne Merkmale der Stufe 3 wie Organisationsmitglied, grosse Mengen (im Kilobereich) über weite Strecken und grenzüberschreitend transportiert und das Vorliegen mehrfacher Qualifikationsgründe (mengen- und bandenmässige Qualifizierung). Entgegen der Ansicht der Verteidigung ist das Tatverschulden des Berufungsklägers jedenfalls nicht mit demjenigen eines Bodypackers zu vergleichen: Er hat sich ohne gesundheitliche Risiken und wie oben ausgeführt auf sicheren Reiserouten bewegen können dank der guten Organisation. Es ging um keine Gelegenheitsdelinquenz. Vielmehr genoss der Berufungskläger eine gewisse Vertrauensstellung, wurde er doch innert kurzer Zeit mit dem Transport von hochwertigem kostbarem Stoff betraut. Die Vorinstanz nimmt an, er hätte zwar leicht ausgetauscht werden können. Wie aber ebenfalls bereits ausgeführt wurde, ist dahinter ein Fragezeichen zu setzen. Dass eingeeignetes reiseerfahrenes Bandenmitglied sofort wieder hätte eingesetzt werden können, ist eher unwahrscheinlich. Hingegen trifft es zu, dass der Berufungskläger weisungsabhängig war und die Kurierdienste unter engmaschiger Begleitung der Hintermänner ausführte. Das objektive Tatverschulden wiegt daher mittelschwer.

Beim subjektiven Tatverschulden ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass ein finanzielles Motiv vorlag, welches den Berufungskläger antrieb. So hat er in 2 ½ Monaten seiner Tätigkeit rund ■ 10'000.- verdient, abzüglich maximal CHF 2'500.- Reisekosten. Das ist für einen in Spanien lebenden Familienvater mit unregelmässigem Erwerbseinkommen zweifellos ein beträchtlicher Beitrag an die Lebenshaltungskosten. Dass eine eigentliche finanzielle Notlage bestanden hat, ist nicht klar ersichtlich. Der Berufungskläger lebt seit 1998 in Spanien. Er hat eine gute Ausbildung in Nigeria als Elektroingenieur abgeschlossen. In Spanien arbeitete er in einer chemischen Fabrik auf Stundenlohnbasis. Er hat einzig während zwei Monaten Arbeitslosengeld in Spanien bezogen. Er besitzt ein eigenes Auto. Damit unterscheidet sich seine finanzielle Lage nicht von derjenigen einer Vielzahl anderer in Spanien lebender Personen. Es ist in diesem Zusammenhang auch auf die Pässeinträge 2017 zu verweisen. Hier wird eine intensive Reisetätigkeit in den Monaten Mai, Juli, September und Oktober 2017 belegt (Akten S. 33-37). Die Reisen führten in Länder wie die Türkei (via Griechenland), Äthiopien und Moçambique, Reisen, die finanziert werden mussten und offensichtlich auch finanziert werden konnten. Von einer eigentlichen Notlage ist daher nicht auszugehen. Alles in allem rechtfertigt es sich angesichts des mittelschweren Verschuldens, eine Einsatzstrafe von 4 Jahren Freiheitsstrafe festzulegen.

Bei der Täterkomponente sind noch die Vorstrafen aus Dänemark und Frankreich zu beachten (Zusammenfassung Strafregistereinträge Akten S. 9). Dem Berufungskläger ist zuzugestehen, dass die einschlägige Vorstrafe aus Frankreich einige Jahre zurückliegt. Das Urteil des Tribunal correctionnel de Chambéry vom 4. April 2007 lautete jedoch auf 2 Jahre Gefängnis und ist dem Berufungskläger nach Art. 369 StGB noch immer entgegenzuhalten (Strafregisterauszug aus F, Akten S. 19). Eine besondere Strafempfindlichkeit wegen der familiären Situation hat die Vorinstanz zu Recht verneint. Der Berufungskläger entschloss sich zu den Reisen in Kenntnis seiner Verpflichtungen gegenüber seiner Ehefrau und seinen drei Kindern. Dass die 17-jährige Tochter in der Zwischenzeit von zuhause ausgerissen sein soll und die Ehefrau eine Fehlgeburt erlitten habe, mag belastend sein. Der Beistand für die Ehefrau wäre seinerzeit wünschbar gewesen. Eine Haftentlassung zu jenem Zeitpunkt stand aber ausser Frage. Was die gesundheitliche Situation anbelangt, so beruft sich der Berufungskläger in seiner eigenhändig verfassten Eingabe darauf, dass er nun Probleme an der rechten Schulter habe, welche bei der "brutalen" Festnahme durch die Polizei verursacht worden seien (so dem Ton nach auch seine Ausführungen vor den Schranken, Protokoll der Berufungsverhandlung S. 2). Auch die Verteidigung nimmt nun darauf in ihrer Replik Bezug. Allerdings wirft diese These ein besonders ungünstiges Licht auf den Berufungskläger. Der eingereichte Arztbericht (Akten S. 1691) spricht von chronischer anteriorer Luxationsfraktur. Dies passt zum Umstand, dass der Berufungskläger in der ersten Einvernahme zur Person ausgeführt hat, er habe im Jahr 2015 seinen Unfall gehabt und dabei die rechte Schulter gebrochen. Er könne den Arm nicht mehr ganz bewegen und sei deshalb immer noch eingeschränkt (S. 5 der Einvernahme; Akten S. 5). Dies wiederholt er in der Einvernahme vom 12. Juni 2018 (Akten S. 638). Er habe Schmerzen wegen des Unfalls im März 2015 in Nigeria. Er habe dort die Schulter gebrochen und nehme immer noch Tabletten wegen der Schmerzen. Das habe ihm sein persönlicher Arzt verschrieben (Akten S. 638). Dass nun die seit langem bestehenden Schulterschmerzen und der schlecht verheilte Bruch der Polizei angelastet werden sollen, zeigt, dass der Berufungskläger taktiert und sich durch Angriff zu verteidigen versucht. Er hat es übrigens auch verstanden, die Ärzte der Traumatologie im Spital Zürich insofern irrezuführen, als diese vermerken, es

handle sich um eine in Fehlstellung verheilte Luxationsfraktur nach "Trauma im April 2018". Die hier manifestierte Gesinnung zeigte sich auch in den diversen Einvernahmen. Bis zur Konfrontationseinvernahme mit C_____ taktierte der Berufungskläger trotz erdrückender Beweislage. So gab er zu Protokoll, er fühle sich schlecht, dass Nigerianer sich falsch verhielten, er verstehe das nicht, er danke Gott vollumfänglich dafür, dass er nicht in diese Probleme involviert sei (Akten S. 730). Dies bewusst falschen Schuldzuweisungen an andere werfen kein gutes Licht auf ihn. In seiner Eingabe an das Appellationsgericht gibt er zu bedenken, dass die Vorstrafen nicht berücksichtigt werden dürften, dass er diese bereits verbüsst habe. Hier ist klarzustellen, dass eine Straferhöhung nicht deshalb erfolgt, weil jene Taten noch nicht vollumfänglich abgeurteilt (und die entsprechenden Strafen verbüsst) worden wären, sondern einzig deswegen, weil ihm jene Strafen offenbar keinen Eindruck gemacht haben und er trotz massiver Vorwarnungen (Verbüsung von 20 Monaten in Frankreich, Akten S. 17/18; Verbüsung von rund 2 Monaten in Dänemark, Akten S. 15) erneut und in weit massiverer Weise gegen das Betäubungsmittelgesetz verstossen hat.

Die Vorinstanz hat angesichts der Unbeeindruckbarkeit des Berufungsklägers durch Strafverfahren die Einsatzstrafe um ½ Jahr erhöht. Dies ist so nicht zu beanstanden. Auch die Eingabe ans Appellationsgericht zeugt nicht von Unrechtsbewusstsein, sondern dient letztlich einer Anklage an die Justiz und Polizei. Einzig (aber immerhin) im Schlusswort des Berufungsklägers in der Berufungsverhandlung kam ein Bedauern darüber zum Ausdruck, dass er dem Schweizer Staat Kosten verursacht habe (Protokoll der Berufungsverhandlung S. 4). Ob er das Unrecht seiner Tat abgesehen davon bereute, war nicht ersichtlich. Der Führungsbericht der Justizvollzugsanstalt Thorberg vom 16. Januar 2020 ist unauffällig. Insgesamt erweist sich eine Freiheitsstrafe von 4 ½ Jahren als angemessen. Dieses Strafmass steht auch in einem ausgeglichenen Verhältnis zu anderen Urteilen, gerade zu dem von der Verteidigung in anderem Zusammenhang zitierten Urteil des Appellationsgerichts AGE SB.2017.142 vom 21. September 2018, womit eine nicht vorbestrafte Person für 6 internationale Einfuhren von insgesamt gut 6 Kg Kokain mit 4 ¾ Jahren Freiheitsstrafe bestraft wurde (vom Bundesgericht bestätigt mit BGer 6B_118/2019 vom 2. Mai 2019).

Die Strafe ergeht bei diesem Strafmass zwingend unbedingt (Art. 42 Abs. 1 und 43 Abs. 1 StGB e contrario). Die ausgestandene Haft ist darauf anzurechnen (Art. 51 StGB).

E. 5

Da es beim erstinstanzlichen Schuldspruch bleibt, ist auch eine Landesverweisung auszusprechen. Bei der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz handelt es sich um eine Katalogtat. Ein persönlicher Härtefall ist nicht ersichtlich, hat der Berufungskläger doch weder familiäre noch berufliche Verbindungen zur Schweiz. Er hat in Spanien einen Aufenthaltstitel und seine Familie lebt dort. Auch aus dem Freizügigkeitsabkommen kann er daher kein Verbleiberecht ableiten. In diesem Zusammenhang ist noch anzumerken, dass selbst wenn das Freizügigkeitsabkommen spielte, der Berufungskläger die Voraussetzungen für eine Landesverweisung erfüllt: Eine Landesverweisung ist zulässig, wenn hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung droht. Es braucht eine Einzelfallprüfung (vgl. dazu Zurbrugg/Hruschka, Basler Kommentar StGB I, 4. Auflage 2019, Art. 66a N 71). Es ist primär auf die Rückfallgefahr abzustellen (N 73). Es muss ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt sein bzw. nicht jede Verletzung nationalen Strafrechts berührt bereits ein Grundinteresse der Gesellschaft

(N 75). All diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Betäubungsmitteldelikte mit internationalen Transporten im Kilobereich in bandenmässiger Form verletzen die Grundinteressen der internationalen Gemeinschaft. Im vorliegenden Fall ist auch die Rückfallgefahr gross. Der Berufungskläger hat einschlägige "Berufserfahrung" im Betäubungsmittelhandel. Er ist sprachgewandt und reisegewohnt. Eine Anheuerung für weitere Transporte wäre ohne Weiteres zu erwarten. Die Dauer ist auf 10 Jahre zu bemessen. Angesichts des Alters des Berufungsklägers ist zu erwarten, dass nach Ablauf von 10 Jahren die Gefahr gebannt sein dürfte.

Es stellt sich die weitere Frage einer Eintragung ins Schengener Informationssystem. Auch hier braucht es eine Einzelfallprüfung. Eine schematische Betrachtung und etwa Anknüpfung an eine Strafandrohung von einem Jahr reicht nicht. Die Eintragung muss sich als verhältnismässig erweisen (Zurbrügg/Hruschka, a.a.O., von Art. 66a bis 66d StGB N 95, 96). Verhältnismässig ist die Ausschreibung im SIS immer dann, wenn eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung von der Person ausgeht. "In dieser Hinsicht gilt ein ähnlicher Massstab wie für die Frage, ob eine freizügigkeitsberechtigte Person des Landes verwiesen werden kann." (vgl. a.a.O. N. 96). Angesichts der Natur der zu befürchtenden (weiteren) Delinquenz (siehe oben) ist die Eintragung gerechtfertigt. Der Berufungskläger nimmt teil an einem international oder womöglich sogar interkontinental aufgezogenen Drogenhandel. Je weniger der Berufungskläger sich in europäischen Ländern bewegen kann, umso weniger wird er in Zukunft von Drogenbanden angeheuert werden. Dass er zu legalen Zwecken auf Reisen durch europäische Länder angewiesen wäre, ist nicht ersichtlich. Eine Reisetätigkeit in aussereuropäische Länder wie Türkei, Äthiopien, Moçambique und Nigeria bleibt von dem Eintrag unberührt.

E. 6

Somit ist das erstinstanzliche Urteil zu bestätigen bis auf die leichte Erhöhung der Strafe, die mit dem Berufungsurteil ergeht. Bei der Kostenverteilung ist zu berücksichtigen, dass der Berufungskläger vollumfänglich unterliegt. Die Staatsanwaltschaft unterliegt teilweise, nämlich bezüglich zusätzlichen Schuldspruchs betreffend Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz und betreffend Erhöhung der Landesverweisung, bei der Strafzumessung obsiegt sie teilweise. Der staatsanwaltschaftliche Teil betraf dabei eher einen Randpunkt. Das Unterliegen der Staatsanwaltschaft macht somit höchstens 1/5 aus. Der Berufungskläger trägt somit die Kosten des Verfahrens gemäss Art. 428 Abs. 1 StPO, unter Einschluss einer Urteilsgebühr von CHF 1'000.■. Der amtliche Verteidiger wird gemäss seiner Kostennote entschädigt, wobei praxisgemäss ein Ansatz von CHF 200.- zur Anwendung gelangt. Der Berufungskläger ist verpflichtet, dem Gericht das seinem Verteidiger entrichtete Honorar zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben.

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