

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2021.66 vom 20. September 2021**

BS Appellationsgericht, 2021-09-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2021.66](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2021.66)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2021.66 du 20 septembre 2021

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2021.66 del 20 settembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gemäss Art. 398 Abs. 1 der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) ist die Berufung gegen Urteile erstinstanzlicher Gerichte zulässig, mit denen das Verfahren ganz oder teilweise abgeschlossen wird, was vorliegend der Fall ist. Zuständiges Berufungsgericht ist nach § 88 Abs. 1 und 92 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts. Der Berufungskläger ist vom angefochtenen Urteil berührt und hat ein rechtlich geschütztes Interesse an dessen Aufhebung bzw. Abänderung, sodass er gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Erklärung der Berufung legitimiert ist. Auf das form- und fristgerecht eingereichte Rechtsmittel ist daher einzutreten.

### **E. 1.2**

1.2.1 Mit dem Rechtsmittel der Berufung können gemäss Art. 398 Abs. 3 StPO Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung, die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts sowie Unangemessenheit gerügt werden. Im Rechtsmittelverfahren gilt die Dispositionsmaxime. Die Berufung kann daher auf die Anfechtung von Teilen des Urteils beschränkt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. a und Abs. 4 StPO). Es gilt insoweit im Rechtsmittelverfahren die Dispositionsmaxime. Bei einer nur teilweisen Anfechtung des Urteils ist in der Berufungserklärung nach Art. 399 Abs.

### **E. 1.3**

1.3.1 Nach Art. 406 Abs. 2 StPO kann die Verfahrensleitung mit dem Einverständnis der Parteien das schriftliche Verfahren anordnen, wenn die Anwesenheit der beschuldigten Person nicht erforderlich ist (lit. a) und das Urteil eines Einzelgerichts Gegenstand der Berufung ist (lit. b). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verlangt Art. 406 Abs. 2 StPO keine ausdrückliche Zustimmung der Parteien zum schriftlichen Verfahren. Das Einverständnis kann auch stillschweigend erfolgen, etwa im Nachgang zu einer Verfügung der Berufungsinstanz, wonach das Ausbleiben einer Mitteilung als Zustimmung zum schriftlichen Verfahren interpretiert werde (BGer 6B\_589/2020 vom 20. Juli 2021 E. 1.3.2; BGE 147 IV 127 E. 3.1; 143 IV 483 E. 2). Dies ist vorliegend der Fall, hat doch die Staatsanwaltschaft auf die Verfügung des instruierenden Präsidenten vom 15. September 2021 nicht reagiert und sich dadurch vorbehaltlos auf das schriftliche Verfahren eingelassen.

1.3.2 Bei Art. 406 Abs. 2 lit. a und b StPO handelt es sich gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts insofern um kumulative Voraussetzungen, als auf die Durchführung eines mündlichen Verfahrens nie verzichtet werden kann, wenn die Anwesenheit der

beschuldigten Person erforderlich ist, auch wenn erstinstanzlich ein Einzelgericht über die Angelegenheit befunden hat (BGer 6B\_589/2020 vom 20. Juli 2021 E. 1.3.3 mit Hinweis auf BGE 147 IV 127 E. 2.2.2 und 3). Vorliegend handelt es sich jedoch um den umgekehrten Fall. Zwar wurde die Angelegenheit erstinstanzlich durch ein Dreiergericht beurteilt, jedoch erscheint ■ namentlich nach Rückzug der Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft und mit Blick auf den reduzierten Berufungsumfang ■ die Anwesenheit des Berufungsklägers entbehrlich. In diesem Zusammenhang ist insbesondere eine EMRK-konforme Auslegung von Art. 406 Abs. 2 StPO zu beachten. Ob gestützt auf Art. 406 Abs. 2 StPO ein schriftliches Berufungsverfahren angeordnet werden darf, beurteilt sich demnach auch im Lichte der Rechtsprechung zum in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Anspruch auf eine öffentliche Verhandlung. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) zu Art.

#### **E. 4**

StPO verbindlich anzugeben, ob sich die Berufung auf den Schuldspruch, gegebenenfalls nur betreffend einzelne Handlungen (lit. a), die Bemessung der Strafe (lit. b), die Anordnung von Massnahmen (lit. c), den Zivilanspruch oder einzelne Zivilansprüche (lit. d), die Nebenfolgen (lit. e) oder die Kosten-, Entschädigungs- und Genugtuungsfolgen (lit. f) richtet. Diese Aufzählung ist abschliessend. Der Gegenstand der Berufung wird damit insofern definitiv festgelegt, als nach Ablauf der Rechtsmittelfrist der Umfang der Anfechtung nur noch eingeschränkt, nicht aber ausgedehnt werden kann (Eugster, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Auflage 2014, Art. 399 N 6). Die nicht angefochtenen Urteilpunkte werden ■ unter dem Vorbehalt von Art. 404 Abs. 2 StPO ■ rechtskräftig (BGer 6B\_492/2018 vom 13. November 2018 E. 2.3).

1.2.2 Der Umfang der ursprünglichen Berufungserklärung wurde mit der Berufungsbegründung nachträglich eingeschränkt. Die Berufung richtet sich somit lediglich noch gegen die Strafzumessung. Konkret angefochten ist nicht die Höhe der ausgesprochenen Strafe und auch nicht die Anordnung des teilbedingten Strafvollzugs, sondern einzig die Höhe des unbedingt zu vollziehenden Strafteils. Betreffend s■.tliche übrige Punkte ist das angefochtene Urteil in Rechtskraft erwachsen und vorliegend nicht mehr zu überprüfen.

#### **E. 6**

Ziff. 1 EMRK muss selbst ein Berufungsgericht mit freier Kognition hinsichtlich Tat- und Rechtsfragen nicht in allen Fällen eine Verhandlung durchführen, da auch andere Gesichtspunkte, wie die Beurteilung der Sache innert angemessener Frist mitberücksichtigt werden dürfen. Von einer Berufungsverhandlung kann etwa abgesehen werden, soweit die erste Instanz tatsächlich öffentlich verhandelt hat, wenn allein die Zulassung eines Rechtsmittels, nur Rechtsfragen oder aber Tatfragen zur Diskussion stehen, die sich leicht nach den Akten beurteilen lassen, ferner, wenn eine reformatio in peius ausgeschlossen oder die Sache von geringer Tragweite ist und sich etwa keine Fragen zur Person und deren Charakter stellen (BGer 6B\_589/2020 vom 20. Juli 2021 E. 1.3.3). Vorliegend beschränkt sich die Berufung auf die Frage nach der Höhe des unbedingt zu vollziehenden Strafteils. Bei der Beurteilung dieser Frage steht der ärztlich attestierte dramatisch verschlechterte Gesundheitszustand des betagten Berufungsklägers im Vordergrund. Angesichts der hohen Wahrscheinlichkeit des baldigen Ablebens des Berufungsklägers besteht nicht nur hohe

zeitliche Dringlichkeit, sondern ist auch zur Beurteilung der Legalprognose und der spezialpräventiven Wirkung der Strafe die persönliche Anwesenheit des Berufungsklägers klarerweise nicht notwendig. Ohnehin wäre ihm aufgrund seines fortgeschrittenen Alters und seines äusserst prekären Gesundheitszustandes aller Voraussicht nach die Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung nicht möglich, was eine Dispensation zur Folge hätte.

1.3.3 Die vorliegende Berufung kann folglich im schriftlichen Verfahren auf dem Zirkulationsweg beurteilt werden. Die (definitive) Anordnung des schriftlichen Verfahrens durch das Gesamtgericht muss praxisgemäss nicht in einer separaten Entscheidung erfolgen, vielmehr genügt ein entsprechender Hinweis im Sachurteil (vgl. AGE SB.2019.35 vom 13. Juli 2020, SB.2015.13 vom 21. Februar 2020 E. 1.4, SB.2018.136 vom 5. April 2019 E. 1.2).

2.

2.1 Der Berufungskläger beantragt, die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe sei teilbedingt auszusprechen, wobei der unbedingt zu vollziehende Teil maximal zwölf Monate betragen solle (Akten S. 556). Als Begründung führt er an, sein Gesundheitszustand habe sich während der Dauer des Verfahrens massiv verschlechtert und verschlechtere sich weiterhin. Er habe seit seiner Inhaftierung etliche Male hospitalisiert werden müssen, zudem seien neue Leiden mit erheblichem Krankheitswert hinzugekommen. Es sei davon auszugehen, dass er jederzeit versterben könnte. Vor dem Hintergrund des sich rapide verschlechternden Gesundheitszustandes sei eine baldmöglichste Haftentlassung human und menschenwürdig. Auch im Rahmen von Art. 47 StGB sei dem hohen Alter und dem schlechten Gesundheitszustand des Berufungsklägers Rechnung zu tragen; entsprechend erscheine die Reduktion des unbedingten Strafteils auf höchstens ein Jahr schuldangemessen. Schliesslich sei aufgrund des verschlechterten Gesundheitszustands von einer positiven Legalprognose im Sinne von Art. 43 StGB auszugehen (Akten S. 557-559).

2.2 Die Staatsanwaltschaft stellt sich auf den Standpunkt, aufgrund des unbestrittenermassen schlechten Gesundheitszustands des im Alter fortgeschrittenen Berufungsklägers habe das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung im Sinne einer schärferen Beurteilung stark abgenommen, weshalb die Anschlussberufung zurückgezogen werde (Akten S. 547).

2.3 Aus dem vom Gericht eingeholten Arztbericht des Amtsarztes [...] vom 12. Juli 2021 geht hervor, dass beim Berufungskläger eine ganze Reihe von relevanten Diagnosen gestellt worden sei, darunter ein schwer einstellbarer Bluthochdruck aufgrund von Verengung der rechtsseitigen Nierenarterie (wobei eine Operation zwecks Entfernung der rechten Niere geplant sei), eine chronische Einschränkung der Nierenfunktion, ein Verdacht auf eine gutartige Vergrösserung der Hirnanhangsdrüse, eine koronare Herzkrankheit, eine Anpassungsstörung mit depressiver Reaktion, eine Anämie, ein komplizierter Harnwegsinfekt, in dessen Verlauf der Berufungskläger aufgrund eines Schwächezustands im Mai 2021 habe hospitalisiert werden müssen, sowie eine unklare Lungenparenchymveränderung des linken Oberlappens. Bei dem 74jährigen Berufungskläger hätten bereits vor Haftantritt diverse Gesundheitsrisiken und unbehandelte bzw. schlecht behandelte chronische Erkrankungen vorgelegen, welche eine (zeit)intensive und aufwendige medizinische Betreuung erforderten. Hinzugekommen sei die psychische Belastung mit damit einhergehender Anpassungsstörung unter den Haftbedingungen; der Berufungskläger habe deshalb wiederholt im Spital vorgestellt und teilweise auch hospitalisiert werden müssen. Sein Leidensdruck unter den Haftbedingungen sei sehr

ausgeprägt. Es sei bei dem betagten Berufungskläger von einer zunehmenden Verschlechterung des Allgemein- und Gesundheitszustandes auszugehen. Angesichts seines fortgeschrittenen Alters sei nach ärztlicher Einschätzung jederzeit mit seinem Ableben zu rechnen (Akten S. 542-544).

3.

3.1 Die Vorinstanz hat erwogen, unter Berücksichtigung der Tatkomponenten des Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz vom 23. September 2020 als schwerstes Delikt und des Hierarchiestufenmodells nach Eugster/Frischknecht sei mit Blick auf den Umstand, dass der Berufungskläger grundsätzlich als reiner Transporteur agiert habe, der jedoch angesichts der erheblichen Mengen und der hohen Qualität des transportierten Kokains eine gewisse Vertrauensstellung genossen haben dürfte, von einer Einsatzstrafe von 2 Jahren und 9 Monaten auszugehen. Aufgrund der weiteren Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz rechtfertige sich die Erhöhung der Einsatzstrafe um vier Monate, woraus eine hypothetische Gesamtstrafe von 3 Jahren und einem Monat resultiere. Hinsichtlich der Täterkomponente schlage sich die einschlägige Vorstrafe in einer Straferhöhung von vier Monaten nieder, hingegen führten die Kooperationsbereitschaft sowie die durch das hohe Alter und den labilen Gesundheitszustand erhöhte Strafempfindlichkeit des Berufungsklägers zu einer Strafreduktion von fünf Monaten. In Würdigung der gesamten Umstände erachtete das Strafgericht eine Freiheitsstrafe von gesamthaft 3 Jahren dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Berufungsklägers angemessen (Akten S. 472-474). Die Vorinstanz hat sämtliche relevanten Umstände sorgfältig gewürdigt und dabei zutreffend die Tatumstände sowie die Hierarchiestellung des Berufungsklägers als Hauptkriterien herangezogen. Das daraus resultierende Strafmass ist nicht zu beanstanden und wurde vom Berufungskläger auch nicht angefochten.

3.2

3.2.1 Nach Art. 43 Abs. 1 StGB kann das Gericht den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen. Als Bemessungsregel für die Festsetzung des aufzuschiebenden und des zu vollziehenden Strafteils ist das Ausmass des Verschuldens zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist. Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil ausfallen. Der unbedingte Strafteil darf das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (BGE 144 IV 277 E. 3.1.1, mit Hinweis auf BGer 6B\_1005/2017 vom 9. Mai 2018 E. 4).

3.2.2 Das Strafgericht hat dem Berufungskläger ■ trotz Bedenken wegen der kurz nach der Entlassung aus einer längeren Freiheitsstrafe erneuten einschlägigen Delinquenz ■ mit Blick auf das nicht übermässig schwere Verschulden und die abschreckende Wirkung des längeren Freiheitsentzugs den teilbedingten Strafvollzug gewährt. Unter Berücksichtigung der aufgrund der Vorstrafe nicht uneingeschränkt günstigen Legalprognose legte die Vorinstanz aber den unbedingt zu vollziehenden Strafteil auf das gesetzliche Maximum und damit auf 1,5 Jahre sowie die Probezeit für den bedingt vollziehbaren Teil der Strafe auf

vier Jahre fest (Urteil E. III p. 15 f.).

3.2.3 Die Vorinstanz ist zutreffend von einer getrübbten Prognose ausgegangen, da der Berufungskläger kurz nach seiner Entlassung aus einer längeren Freiheitsstrafe erneut einschlägig delinquent habe. Andererseits wiege sein Verschulden nicht übermässig schwer, zudem sei anzunehmen, dass ihn der erneute längere Strafvollzug von weiteren Straftaten abzuhalten vermöge (Akten S. 474 f.). Während in Bezug auf die Schwere des Verschuldens den vorinstanzlichen Erwägungen nichts beizufügen bleibt, ist die Legalprognose infolge des sich nach dem erstinstanzlichen Urteil veränderten Gesundheitszustandes des Berufungsklägers neu zu beurteilen. Der Berufungskläger ist schwer krank. Gemäss dem Bericht des Amtsarztes ist aufgrund der Multimorbidität sowie des fortgeschrittenen Alters des Berufungsklägers jederzeit mit seinem Ableben zu rechnen. Vor diesem Hintergrund kann die Gefahr eines erneuten Rückfalls in die Delinquenz faktisch ausgeschlossen werden, weshalb spezialpräventive Gesichtspunkte vollkommen in den Hintergrund treten. Die damit nun krankheits- und altersbedingt weggefallene Rückfallgefahr führt zu einer positiven Legalprognose. Die Reduktion des vollziehbaren Strafteils auf die beantragten zwölf Monate erscheint vor diesem Hintergrund gerechtfertigt. Die ausgestandene Untersuchungshaft und der vorzeitige Strafvollzug sind praxisgemäss gemäss Art. 51 StGB darauf anzurechnen. Entsprechend ist der seit dem 23. September 2020 inhaftierte Berufungskläger per 22. September 2021 zuhänden des Migrationsamts aus dem vorzeitigen Strafvollzug zu entlassen.

4.

4.1 Dem im Berufungsverfahren vollständig obsiegenden Berufungskläger werden keine Kosten auferlegt, ausserdem entfällt die zukünftige Rückforderung der Kosten seiner amtlichen Verteidigung gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO. Dem amtlichen Verteidiger, [...], ist für seine Bemühungen ein angemessenes Honorar aus der Gerichtskasse auszurichten, wobei vollumfänglich auf seine Honorarnote vom 17. September 2021 abgestellt werden kann. Für die Einzelheiten wird auf das Urteilsdispositiv verwiesen.

4.2 Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass sich an der Kostentragungspflicht des Berufungsklägers in Bezug auf das erstinstanzliche Verfahren nichts ändert, da im vorliegenden Berufungsverfahren lediglich das Strafmass abgeändert worden ist.

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