

GR_GERICHTE SF 2004 1 vom 15. März 2004

GR Gerichte, 2004-03-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SF_2004_1

FR: GR_GERICHTE SF 2004 1 du 15 mars 2004

IT: GR_GERICHTE SF 2004 1 del 15 marzo 2004

Regeste

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz | Betäubungsmittelgesetz

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 19 Ziffer 1 BetmG macht sich strafbar, wer Betäubungs- mittel unbefugt - unter anderem - anbietet, verkauft oder abgibt (Abs. 4), ebenso wer sie unbefugt besitzt, aufbewahrt, kauft oder sonst wie erlangt (Abs. 5) und wer hierzu Anstalten trifft (Abs. 6). Das Strafmass beträgt, wenn die Tat vorsätzlich be- gangen wird, Gefängnis oder Busse. In schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter einem Jahr, allenfalls verbunden mit einer Busse bis zu einer Million Franken (Art. 19 Ziffer 1 Abs. 9 BetmG). Ein schwerer Fall liegt gemäss Art. 19 Ziffer 2 BetmG insbesondere 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 (lit. a), wenn er als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur Ausübung des unerlaubten Betäubungs- mittelverkehrs zusammengefunden hat (lit. b) und wenn er durch gewerbmässigen Handel einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt (lit. c).

E. 2

a) Die Staatsanwaltschaft Graubünden wirft X. vor, in der Zeit vom 1. Mai 2003 bis zum 5. August 2003 an F. Kokain angeboten (Ziff. 3.1 der Anklageschrift) und an anderen Personen mindestens 182 Gramm Kokain gegen Entgelt oder gra- tis abgegeben zu haben (Ziff. 3.2 - 3.8 der Anklageschrift). aa) Bezüglich der Anklagepunkte gemäss Ziff. 3.1 - 3.4 der Anklageschrift (Angebot von Kokain an F., Abgabe von 1 Gramm Kokain an G. und von 4 Gramm Kokain an D. sowie Verkauf von 2 Gramm Kokain à Fr. 100.-- an H.) war der Ange- klagte schon in der Untersuchung geständig (act. I.5.8). Anlässlich der Hauptver- handlung gestand er auch den ihm vorgeworfenen Verkauf von 147 Gramm Kokain zum Preis von Fr. 100.-- bis Fr. 120.-- pro Gramm an K. (Ziff. 3.7 der Anklageschrift). Dieses Geständnis und die übrigen Geständnisse, die er anlässlich der Hauptver-

E. 6

handlung bestätigte, decken sich mit dem Untersuchungsergebnis, weshalb ohne weiteres auf sie abzustellen ist. bb) Hinsichtlich der eingeklagten Sachverhalte gemäss Ziff. 3.5, 3.6 und 3.8 der Anklageschrift (Verkauf von insgesamt 10 Gramm Kokain à Fr. 100.-- an I. und von insgesamt 10 Gramm Kokain à Fr. 120.-- an J. sowie Abgabe von insge- samt 8 Gramm Kokain an L.), gestand der Angeklagte sowohl in der Untersuchung (act. I.5.8) als auch in der Hauptverhandlung den Verkauf von 9 Gramm Kokain an I. und von maximal 6 Gramm an J.. Bezüglich der Abgabe von Kokain an L. sagte er in der polizeilichen Einvernahme

aus, es seien 2 Gramm, es könne aber auch sein, dass es 4 Gramm gewesen seien (act. I.14.1). In der untersuchungsrichterlichen Vernehmung gab er zu Protokoll, dass 8 Gramm vielleicht etwas übertrieben seien. L. habe das Kokain bei ihm zu Hause von sich aus genommen. Sie habe nichts dafür bezahlen müssen. Anlässlich der Hauptverhandlung erklärte er, ihr 4 Gramm abgegeben zu haben. Bei der Beantwortung der Frage, ob die Darstellung der Anklage oder des Angeklagten der Wirklichkeit entspricht, ist zu beachten, dass es Aufgabe der Anklagebehörde ist, den der Anklage zugrundeliegenden Sachverhalt nachzuweisen. Allein gestützt auf die polizeilichen Einvernahmen der drei Abnehmer lässt sich dem Angeklagten jedoch der Vorwurf der Anklage nicht nachweisen. Denn sie machten keine genauen Angaben über die gekauften bzw. erhaltenen Kokainmengen. I. sagte aus, er habe sich mit dem Angeklagten getroffen und von ihm 5 oder 2 Gramm Kokain verlangt. Er habe sicherlich nicht mehr als 10 Gramm gekauft (act. I.11.1). J. gab zu Protokoll, dass er sich etwa achtmal mit dem Angeklagten getroffen habe. In der Regel habe er 1 Gramm Kokain gekauft, einmal seien es 2 Gramm gewesen. Schätzungsweise habe er insgesamt 10 Gramm gekauft (act. I.12.1). L. erklärte, insgesamt zwischen 4 bis 8 Gramm Kokain erhalten zu haben (act. I.14.3). Aus diesen Aussagen lässt sich nicht schliessen, dass der Angeklagte im vorgeworfenen Umfang Kokain verkaufte bzw. abgab. Es ist folglich auf sein Geständnis abzustellen und von einer Menge von 19 Gramm Kokain (Verkauf von insgesamt 9 Gramm an I. und von insgesamt 6 Gramm an J. sowie Abgabe von insgesamt 4 Gramm an L.) auszugehen. cc) In Anbetracht der Tatsache, dass hinsichtlich der Anklagepunkte gemäss Ziff. 3.5, 3.6 und 3.8 der Anklageschrift die dort angeführte Menge Kokain nicht nachgewiesen ist und daher auf das Geständnis des Angeklagten abgestellt

E. 7

wird, ist von einer verkauften und abgegebenen Gesamtmenge von 173 Gramm Kokain auszugehen. b) Im Weiteren wird dem Angeklagten vorgeworfen Anstalten getroffen zu haben, um zwei Personen Betäubungsmittel zu verkaufen. Aufgrund eines SMS von I. vom 30. Juli 2003 habe der Angeklagte an einer ESSO-Tankstelle in Chur N. und M. getroffen. Diese hätten die Absicht gehabt für eine Party Kokain zu kaufen. Dazu sei es nicht gekommen, weil M. Angst bekommen hätte (Ziff. 3.9 der Anklageschrift). In der Untersuchung (act. I.5.8) vermochte sich der Angeklagte an die Meldung von I. erinnern. Dieser habe ihm gemeldet, dass es sich um einen Arzt und um einen Anwalt handeln würde, die ihn an einer Tankstelle treffen wollten. Er sei aber nicht dorthin gegangen. Später habe vermutlich der Arzt ihn angerufen. Er habe diesen bei der ESSO-Tankstelle eingangs Chur getroffen. Er habe ihm aber gesagt, dass er ihm nichts gebe und dass er auch niemanden kenne, der Kokain verkaufe. Diese Ausführungen hielt der Angeklagte vor der Strafkammer aufrecht. Das Bundesgericht hat in BGE 117 IV 313 festgehalten, dass der Anwendungsbereich von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 6 BetmG auf Fälle beschränkt ist, in denen das Verhalten des Täters nicht ebensogut einem gesetzmässigen Zweck dienen könnte, sondern seinem äusseren Erscheinungsbild nach seine deliktische Bestimmung klar erkennen lässt. In subjektiver Hinsicht muss der Täter Anstalten zu einer der in Art. 19 Ziff. 1 Abs. 1 - 5 BetmG genannten Straftaten vorsätzlich getroffen haben. Er muss z. B. gezielt Verbindungen zum Drogenmilieu suchen und ein bestimmtes Verkaufsangebot entgegennehmen. Seine Absicht muss auf Grund gesicherter Umstände festgestellt werden. Allein aus dem Sicherkundigen darf nicht auf die Absicht geschlossen werden. Nach den übereinstimmenden Aussagen des N. und M. wurde auf Anruf einer von ihnen mit dem Angeklagten abgemacht, sich an der ESSO-Tankstelle eingangs Chur zu treffen. Nicht erwiesen ist, dass sie dem Angeklagten mitteilten, mit dem Treffen den Kauf von

Betäubungsmittel für eine Party zu bezwecken. Dass der Angeklagte (stillschweigend) davon ausging, lässt sich nicht rechtsgenügend nachweisen, auch wenn er sich an den vereinbarten Ort begab. Zu seinen Gunsten spricht auch, dass er das Kaufangebot nicht annahm. Eine klar erkennbare, auf Drogen delikte ausgerichtete Vorbereitungshandlung ist somit nicht hinreichend erstellt. In diesem Anklagepunkt ist das Verfahren einzustellen.

E. 8

c) Schliesslich wirft die Anklagebehörde dem Angeklagten vor, am 5. August 2003 23,5 Gramm Kokain mit einem Reinheitsgrad von 53% besessen zu haben (Ziff. 1 der Anklageschrift). Anlässlich der Untersuchung (act. I.5.8) und der Hauptverhandlung erklärte sich der Angeklagte bezüglich des Besitzes von Kokain geständig. Dieses Geständnis deckt sich mit dem Untersuchungsergebnis, weshalb darauf abgestellt wird. 3. a) Die Staatsanwaltschaft wirft X. vor, die von ihm begangenen Delikte in der qualifizierten Form des Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG ausgeführt zu haben, da sich diese auf eine Kokainmenge beziehen würden, die eine Vielzahl von Menschen in Gefahr bringen können. Die Anklagebehörde leitet zudem aus der Art und der Durchführung der Drogengeschäfte des Angeklagten ab, er habe wissen müssen, dass sich der Besitz, das Angebot, die Abgabe und der Verkauf gesamthaft auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezogen habe, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen konnte. Auch subjektiv habe der Angeklagte somit den Tatbestand von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG erfüllt. b) Der Verteidiger vertritt unter Berufung auf Fingerhut/Tschurr, Betäubungsmittelgesetz, Kommentar, Zürich 2002, S. 147, und BGE 114 IV 166 f. die Auffassung, dass bei Vorliegen mehrerer selbständiger Widerhandlungen in jedem einzelnen Fall zu prüfen sei, ob eine qualifizierte Menge vorliege. Für die Anwendung des Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG genüge nicht, wenn der relevante Grenzwert lediglich infolge einer Addition der einzelnen in den Verkehr gebrachten Mengen überschritten werde. Sein Mandant sei daher bezüglich der Anklagepunkte Ziff. 1, 3.1 - 3.6 und 3.8 nur der einfachen (Art. 19 Ziff. 1 BetmG), nicht aber der qualifizierten Widerhandlung gegen das BetmG schuldig zu sprechen. Ein Schuldspruch wegen mengenmässig qualifizierter Widerhandlung komme einzig für den Tatbestand des Verkaufs von 147 Gramm Kokain an K. (Ziff. 3.7 der Anklageschrift) in Frage, da in den übrigen Anklagepunkten der Grenzwert von 18 Gramm reinen Kokains nicht erreicht sei. Selbst im Anklagepunkt Ziff. 3.7 müsse ein schwerer Fall verneint werden, weil die Qualität der verkauften Betäubungsmittel nicht feststehe und daher zugunsten des Angeklagten von einer schlechten Gassenqualität ausgegangen werden müsse. Es dürfe nicht angenommen werden, die Qualität sei etwa gleich gut wie die bei seinem Mandanten sichergestellten Drogen. c) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Aufzählung der schweren Fälle in Art. 19 Ziff. 2 BetmG nicht abschliessend, sondern nur beispielhaft, wie sich aus dem Begriff „insbesondere“ ergibt. Es ist deshalb nicht zulässig,

E. 9

die Annahme eines schweren Falles bei wiederholter Tatbegehung grundsätzlich auszuschliessen, wenn keine der einzelnen Widerhandlungen sich auf eine Menge bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen gefährden kann. Wenn schon eine einzelne Widerhandlung einen schweren Fall darstellt, sofern die gehandelte Menge von Betäubungsmitteln bei vielen Menschen seelische oder körperliche Schäden verursachen kann, dann müssen a fortiori unter derselben Voraussetzung auch mehrere Widerhandlungen einen schweren Fall bilden können. Nach dem Sinn des Gesetzes sollen

jene Taten als schwere Fälle gewertet werden, die objektiv und subjektiv schwer wiegen. Unter dem objektiven Gesichtspunkt ist unerheblich, ob der Täter die Betäubungsmittel in einer einzigen grossen Portion oder in vielen kleinen Teilmengen, ob er sie gestützt auf einen einzigen Willensentschluss oder auf mehrere Willensentschlüsse in Verkehr bringt. Entscheidend ist allein, dass er gesamthaft eine Menge von Betäubungsmitteln umsetzt, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. In subjektiver Hinsicht, verschuldensmässig, wiegt die wiederholte Tatbegehung nicht leichter als die einzelne; handelt ein Täter wiederholt nur mit kleinen Drogenmengen, kann und muss er von einem gewissen Zeitpunkt an auch wissen oder annehmen, dass seine verschiedenen Handlungen zusammen sich auf eine Menge von Betäubungsmitteln beziehen, die viele Menschen gefährden kann. Ein schwerer Fall liegt somit bei wiederholter Tatbegehung vor, sofern der Täter durch seine wiederholten Handlungen insgesamt eine Betäubungsmittelmenge umsetzt, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Den massgeblichen Grenzwert für die Annahme eines schweren Falles ist bei Kokain auf 18 Gramm reinen Stoffes (BGE 122 IV 363) festgelegt. Demzufolge ist ein schwerer Fall gegeben, wenn sich die Widerhandlungen auf eine Menge von 18 und mehr Gramm Kokain beziehen. Dabei handelt es sich nicht um einen schweren Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG, sondern um einen in der beispielhaften Aufzählung in Art. 19 Ziff. 2 BetmG nicht ausdrücklich geregelten schweren Fall (vgl. BGE 114 IV 164 E. 2b S. 167 f.). d) Der Angeklagte setzte somit insgesamt 173 Gramm Kokain um. Von den davon an K. verkauften 147 Gramm handelte es sich gemäss seinen Aussagen um Drogen sehr guter Qualität (act. I.13.1, S. 5). Es kann daher angenommen werden, dass diese gleicher Qualität waren wie diejenigen, die der Angeklagte bei der Polizeikontrolle am 5. August 2003 bei sich hatte. Von den restlichen 26 Gramm Kokain konnte dessen Reinheitsgrad nicht festgestellt werden. Hinzu kommen die besessenen und sichergestellten 23,5 Gramm Kokain mit einem festgestellten Reinheitsgrad von 53% (act. I.4.3). Es ist folglich von einer Gesamtmenge von mindestens 90 Gramm reinen Kokains auszugehen, die der Angeklagte verkaufte, abgab

E. 10

und besass. Die gemäss bundesgerichtlicher Praxis für die Gefährdung vieler Menschen genügende Menge von 18 Gramm reinen Kokains wurde somit in casu um ein Vielfaches überschritten. e) Auf der subjektiven Seite ist erforderlich, dass der Täter um die objektiven Umstände weiss oder darauf schliessen muss. Schon die Tatsache, dass der Angeklagte als Händler 173 Gramm Kokain umsetzte, belegt zwingend, dass diese Menge den Bedarf von vielen Drogenkonsumenten decken konnte und es kann kein Zweifel bestehen, dass er dies aufgrund seiner Stellung in der Drogen-szene auch wusste. Zudem wurde er im Berufungsverfahren mit Urteil der II. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 17. Mai 1999 wegen Drogendelikten zu 4 Jahren Zuchthaus bestraft. Es hat somit als erstellt zu gelten, dass ihm die Gefährlichkeit der Droge bekannt war und er unbesehen davon eine erhebliche Menge Kokain in Umlauf setzte. f) Der Angeklagte hat folglich die oben abgehandelten Betäubungsmitteldelikte wissentlich und willentlich in qualifizierter Form gemäss Art. 19 Ziff 2 BetmG begangen. 4. a) Bei der Strafzumessung haben die Richter nach der allgemeinen Regel von Art. 63 StGB die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen und hierbei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen zu berücksichtigen. b) Das Verschulden des Angeklagten wiegt schwer. Von Mai 2003 bis anfangs August 2003 handelte er mit einer Menge Kokain, die bedeutend höher war als die für den schweren Fall erforderliche

Mindestmenge. Straferhöhend wirken sich die mit Urteil vom 17. Mai 1999 vom Obergericht des Kantons Zürich für gleichartige Verstösse ausgesprochene Strafe von 4 Jahren Zuchthaus und die Tatsache, dass die Widerhandlungen teilweise während der ihm mit der bedingten Entlassung aus dem Vollzug dieser Vorstrafe gewährten Probezeit verübt wurden. Strafschärfend ist zu berücksichtigen, dass zur Zeit der Delikte erst ungefähr 3 Jahre vergangen waren seit er die Zuchthausstrafe teilweise verbüsst hatte (Art. 67 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Was das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten betrifft, sind seine Invalidität und der Bruch mit seiner langjährigen Lebenspartnerin zu seinen Gunsten. Für den Drogenhandel kann er somit seine schwierige finanzielle Situation geltend machen. Strafmindernd können dem Angeklagten auch sein Geständnis im Gerichtsverfahren und der gute Führungsbericht vom 2. März 2004 von

E. 11

der Kantonalen Strafanstalt Sennhof, Chur, wo er sich im vorzeitigen Strafvollzug befindet, angerechnet werden. Strafmilderungsgründe fehlen. Ausgehend von einer minimalen Strafe von 12 Monaten Zuchthaus oder Gefängnis (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 BetmG), erscheint in Würdigung aller Strafzumessungsgründe eine Strafe von 2 Jahren Gefängnis als angemessen. Die ausgestandene Polizei- und Untersuchungshaft von 65 Tagen ist nach Art. 69 StGB auf diese Freiheitsstrafe anzurechnen. 5. a) Gemäss Art. 38 Ziff. 4 Abs. 1 StGB ordnet die zuständige Behörde die Rückversetzung an, wenn der aus dem Strafvollzug bedingt Entlassene während der Probezeit eine strafbare Handlung begeht, für die er zu einer 3 Monate übersteigenden und unbedingt zu vollziehenden Freiheitsstrafe verurteilt wird. Ist dieser Sachverhalt gegeben, steht der Strafvollzugsbehörde kein Ermessen zu; der Widerruf der bedingten Entlassung und die Rückversetzung in den Strafvollzug sind zwingend (Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich 1997, N 16 zu Art 38). Erfolgt die neue Verurteilung wegen Straftaten, die teils während der Probezeit, teils ausserhalb begangen wurden, hat der urteilende Richter diejenige Strafquote auszuschneiden, welche auf die während der Probezeit verübten Taten entfällt (BGE 104 Ib 22, 101 Ib 154, AGVE 1989 205 f.). b) X. wurde mit Entscheid vom 23. Mai 2000 des Strafvollzugsdienstes, Justizvollzug des Kantons Zürich, auf den 12. Juli 2000 aus dem Vollzug der vierjährigen Zuchthausstrafe bedingt entlassen. Die Probezeit wurde auf 3 Jahre festgesetzt und lief somit bis zum 12. Juli 2003. Die vom ihm begangene ganze Anzahl von Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, wofür er hier zu der unbedingt zu vollziehenden zweijährigen Gefängnisstrafe verurteilt wurde, fiel in der Zeitspanne von April 2003 bis August 2003, somit teils während, teils ausserhalb der Probezeit. Es ist folglich zu ermitteln wann genau die Widerhandlungen verübt wurden. Der Anklageschrift kann entnommen werden, dass der Angeklagte während der Probezeit (im Monat April oder Mai 2003) F. Kokain anbot und ausserhalb der Probezeit (Ende Juli 2003 und am 5. August 2003) 4 Gramm Kokain seinem Vermieter übergab und 23,5 Gramm Kokain bei sich hatte (Ziff. 3.1, 3.3 und 1). Ausserhalb der Probezeit erfolgte auch die Abgabe von 1 Gramm Kokain an G., sagte dieser in der Einvernahme aus, der Angeklagte habe ihm in der Zeitspanne vom 22. Juli bis zum 27. Juli 2003 3 Linien Kokain spendiert (act. I.7.2, S.3). An H. will der Angeklagte das Kokain im Juli 2003 verkauft haben (act. I.9.1) Über den genauen

E. 12

Zeitpunkt wurde er nicht befragt und der Käufer wurde nicht einvernommen. Zugunsten des Angeklagten ist folglich davon auszugehen, dass er die Widerhandlung nach Ablauf der

Probezeit verübte. In der Vernehmung vom 4. September 2003 führte I. aus, er habe bis vor 2 Monaten, also bis Juni 2003, das Kokain beim Angeklagten gekauft (act. I.11.1, S. 4). Rechnet man aber vom 4. September 2 Monate zurück, hätte der Kauf anfangs Juli 2003 und nicht im Juni 2003 stattfinden müssen. Es steht somit nicht mit Klarheit fest, wann er die Droge kaufte. Diese Unklarheit darf nicht dem Angeklagten zum Nachteil gereichen. Daher kann ihm nicht unterstellt werden, den Verkauf vor dem 12. Juli 2003 getätigt zu haben. In der Einvernahme vom 18. August 2003 sprach J. davon, er habe den Angeklagten im April oder Mai 2003 kennengelernt. Er habe aber abgelehnt, von ihm Betäubungsmittel zu kaufen. Ungefähr zwei Wochen später habe der Angeklagte ihn angerufen. Sie hätten sich beim Campingplatz in Chur getroffen und er habe ein Gramm Kokain gekauft. Schätzungsweise am 16. Juli 2003 habe er letztmals mit dem Angeklagten Kontakt gehabt (act. I.12.1). Nach diesen Aussagen steht fest, dass der Angeklagte an J. ein Gramm Kokain während der Probezeit verkaufte. Dass in dieser Zeit auch der Verkauf der übrigen 5 Gramm erfolgte, ist nicht nachgewiesen. Gemäss eigenen Angaben kaufte K. vom Angeklagten Mitte Mai, in der zweiten Maihälfte und im Juni 2003, also während der Probezeit, insgesamt 42 Gramm Kokain. Zudem will er von ihm im Juli 2003 mindestens 60 Gramm und im August 2003 mindestens 45 Gramm Kokain gekauft haben (act. I.13.1, S.4 f.). Von der im Juli 2003 insgesamt gekauften Droge steht nicht fest, welche Menge auf die Zeit vor und nach dem 12. Juli 2003 fiel. Zugunsten des Angeklagten wird angenommen, dass die 60 Gramm Kokain ausserhalb der Probezeit verkauft wurden. L. gab am 27. August 2003 zu Protokoll, sie habe erstmals im Juni 2003 Kokain konsumiert. Der Angeklagte habe ihr 3 Gramm Kokain in Chur und 1 Gramm Kokain in Bern geschenkt. Mitte Juni 2003 habe sie letztmals Kokain konsumiert. Somit ist der Nachweis erbracht, dass der Angeklagte ihr die Droge während der Probezeit abgab. Demnach ist festzuhalten, dass der Angeklagte während der Probezeit Kokain anbot (an F.), insgesamt 43 Gramm Kokain verkaufte (1 Gramm an J., 42 Gramm an K.) und 4 Gramm Kokain schenkte (an L.). Da die angebotene Drogenmenge an F. nicht feststeht und der Reinheitsgrad des an J. und L. abgegebenen Kokains nicht festgestellt werden konnte, ist selbst wenn man dies unberücksichtigt lässt von mindestens 22,25 Gramm reinen Kokains (42 Gramm mit einem Reinheitsgrad von 53%) auszugehen. Damit ist offensichtlich, dass von der ausgesprochenen Strafe mehr als 3 Monate auf die während der Probezeit verübten Widerhandlungen fallen. Aus diesem Grunde wird die Strafvollzugsbehörde des Kantons

E. 13

Zürich die Frage des Widerrufs der bedingten Entlassung und der Rückversetzung des Angeklagten in den Strafvollzug zu prüfen haben. 6. a) Nach Art. 55 Abs. 1 StGB kann der zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilte Ausländer für drei bis fünfzehn Jahre aus der Schweiz ausgewiesen werden. Die Landesverweisung ist Nebenstrafe und Sicherungsmassnahme zugleich (BGE 114 Ib 1 E. 3a mit Hinweis). Obwohl dieser zweite Gesichtspunkt im Vordergrund steht (BGE 117 IV 229), verlangt ihre Eigenschaft als Nebenstrafe, die ihr das Gesetz verleiht, dass sie in Anwendung von Art. 63 StGB festgesetzt wird, d.h. nach dem Verschulden des Täters unter Berücksichtigung der Beweggründe, des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse des Schuldigen. Damit ist der Sicherungszweck nicht ausgeschaltet. Es ist Sache des Richters, im Einzelfall dem Straf- und dem Sicherungszweck der Landesverweisung Rechnung zu tragen (BGE 104 IV 222 E. 1b; 94 IV 102 E. 2). Gegenüber einem Ausländer, der seit langem in der Schweiz lebt, hier verwurzelt ist, kaum mehr Beziehungen zum Ausland hat und durch eine Landesverweisung deshalb hart getroffen würde, darf diese jedoch nur mit Zurückhaltung

ausgesprochen werden. b) Das Verschulden des Verurteilten wiegt, wie bereits ausgeführt, schwer. Hinsichtlich der übrigen Voraussetzung ist zu berücksichtigen, dass er seit 1974 in der Schweiz lebt, bis 1997 hier auch arbeitete und dass sich hier auch seine lang-jährige Lebenspartnerin aufhält. Zu seiner Familie und seinen Geschwistern in Spanien hat er keinen Kontakt. Ein Landesverweis würde ihn in seinen Lebensbedingungen hart treffen, da zu seinem Heimatland kaum noch Bindungen bestehen. Von der Verhängung der Landesverweisung wird demzufolge abgesehen. 7. a) Gemäss Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB verfügt der Richter die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind. Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so wird auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe erkannt (Art. 59 Ziff. 2 Abs. 1 StGB). Der Richter kann von einer Ersatzforderung ganz oder teilweise absehen, wenn diese voraussichtlich uneinbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde (Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 StGB). b) Für den Verkauf von 164 Gramm Kokain (2 Gramm an H., 9 Gramm an I., 6 Gramm an J. und 147 Gramm an K.) erzielte X. einen Bruttoerlös von Fr. 16'760.--. Dieser unrechtmässige Vermögensvorteil ist nicht mehr vorhanden. Auszugehen ist demnach von einer Ersatzforderung in dieser Höhe. Sie wäre aber un-

E. 14

einbringlich. Der Verurteilte bezieht eine IV-Rente von Fr. 1'700.-- und eine Sozialleistung der Wohngemeinde von rund Fr. 1'000.--. Er ist folglich nicht in der Lage die Ersatzforderung zu zahlen. Aus diesem Grunde wird auf deren Erhebung verzichtet. 8. a) Nach Art. 58 Abs. 1 StGB verfügt der Richter ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient haben oder bestimmt waren, oder die durch eine strafbare Handlung hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden. b) Anhand der mit Verfügung der Staatsanwaltschaft vom 14. November 2003 beschlagnahmten Mobiltelefone Nokia 3510 und 3510 J sowie Sony CMD-J70 des Angeklagten wurden rückwirkende Teilnehmeridentifikationen vorgenommen. Aufgrund deren Auswertung geht hervor, dass der Angeklagte in der Zeit von Februar 2003 bis zum 5. August 2003 insgesamt 10 verschiedene Telefonnummern benützte und sehr viele Anrufe auf die Telefonanschlüsse der Kokainabnehmer tätigte (act. II.8.1, II.9). Es ist somit offensichtlich, dass die drei Mobiltelefone zur Begehung der Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz dienten. Demzufolge werden sie zusammen mit dem sichergestellten Kokain gerichtlich eingezogen. Das Kokain ist zu vernichten. 9. a) Art. 158 Abs. 1 StPO bestimmt, dass die Verfahrenskosten dem Verurteilten ganz oder teilweise überbunden werden. Als Regel gilt, dass er die Kosten vollumfänglich trägt. Wird der Angeklagte verurteilt, bedeutet dies, dass er das Verfahren verursacht und folglich dessen Kosten zu übernehmen hat. Von dieser Regel kann nur dann abgewichen werden, wenn z. B. zwischen Kosten und Strafe bzw. Verschulden ein krasses Missverhältnis besteht oder einzelne Positionen der Verfahrenskosten in keinem oder nur in einem losen Zusammenhang mit den beurteilten Straftaten stehen (Padrutt, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden, 2. Auflage, Chur 1996, S. 405), was in casu nicht der Fall ist. Unter diesen Umständen besteht kein Grund, die Verfahrenskosten entsprechend dem Antrag der Verteidigung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. b) Mit Verfügung vom 14. November 2003 beschlagnahmte die Staatsanwaltschaft auch den bei der Verhaftung des Angeklagten sichergestellten Betrag von Fr. 14'370.--. Sowohl in der Untersuchung (act. I.5.8) als auch

in der Hauptver-

E. 15

handlung machte der Angeklagte geltend, dass das Geld zum Teil ihm gehöre und dass er es zum Teil vom einem Mädchen bekommen habe, um es nach Brasilien zu bringen. Seine Behauptung, er habe Bargeld bekommen, um es nach Brasilien zu bringen, ist jedoch unglaubwürdig, hatte er seiner Freundin in Brasilien doch bereits am 7. und 18. Juli 2003 insgesamt Fr. 14'401.20 überwiesen. Es ist daher davon auszugehen, dass der beschlagnahmte Bargeldbetrag vollumfänglich ihm gehört. Da jedoch nicht nachgewiesen ist, dass dieser Betrag aus dem Drogenverkauf stammt, ist dessen Einziehung gemäss Art. 59 Ziff. 1 StGB ausgeschlossen. Entsprechend dem Antrag des Verteidigers wird er deshalb zur (teilweisen) Deckung der Verfahrenskosten eingezogen. - Das Honorar der privaten Verteidigung geht ebenfalls zu Lasten des Verurteilten. Die Kosten der angerechneten Polizei- und Untersuchungshaft sowie des Strafvollzugs trägt der Kanton Graubünden (Art. 158 Abs. 3 und 188 StPO).

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