

GR_GERICHTE SF 2004 4 vom 24. März 2004

GR Gerichte, 2004-03-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SF_2004_4

FR: GR_GERICHTE SF 2004 4 du 24 mars 2004

IT: GR_GERICHTE SF 2004 4 del 24 marzo 2004

Regeste

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz | Betäubungsmittelgesetz

Erwägungen

E. 1

a) Der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 und 5 des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel und psychotropen Stoffe (BetmG; SR 812.21) macht sich unter anderem strafbar, wer unbefugt Betäubungsmittel, mithin auch Heroin und Kokain, anbietet, verteilt, verkauft, vermittelt, verschafft, in Verkehr bringt oder abgibt bzw. wer sie unbefugt besitzt, aufbewahrt, kauft oder sonstwie erlangt.

9 Die Bestimmung von Art. 19 Ziff. 1 BetmG erfasst praktisch sämtliche unbefugten Handlungen mit Betäubungsmitteln (Fingerhuth/Tschurr, Betäubungsmittelgesetz, I. 2002, S. 105). Bei vorsätzlicher Tatbegehung beträgt die Strafe Gefängnis oder Busse, in schweren Fällen Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter einem Jahr, womit eine Busse bis zu einer Million Franken verbunden werden kann (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 BetmG). Ein schwerer Fall liegt unter anderem 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 (Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG). Viele Menschen im Sinne dieser Bestimmung sind nach der Rechtsprechung 20 Personen, während eine Gesundheitsgefährdung bei physischer oder psychischer Abhängigkeit zu bejahen ist (BGE 121 IV 334). Massgebend ist somit, wie viele Konsumenten gefährdet werden könnten und nicht, wie viele tatsächlich gefährdet worden sind, ist Art. 19 Ziffer 2 lit. a BetmG doch als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet. Unerheblich ist auch, ob durch die Tathandlung neue Abnehmerkreise erschlossen werden oder ob die Abnehmer bereits süchtig sind (BGE 118 IV 205 f.; BGE 120 IV 338). Das Bundesgericht setzte in BGE 109 IV 143 die Werte zur Berechnung der das Risiko einer psychischen Abhängigkeit erzeugenden Betäubungsmittelmenge unter anderem für Heroin und Kokain fest. Danach wird für das Vorliegen der objektiven Voraussetzung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG von einer Menge von 12 Gramm reinem Heroin oder 18 Gramm reinem Kokain ausgegangen. X. ist überführt und geständig, 31 Gramm Heroin und 4 Gramm Kokain bei seiner Verhaftung am 3. April 2003 auf sich getragen zu haben, wovon 16 Gramm Heroin sowie 2 Gramm Kokain zum Eigenkonsum, der Rest (also 15 Gramm Heroin und 2 Gramm Kokain) zum Verkauf bestimmt waren. Ferner hat er zugegeben, in der Zeit von April 2001 bis zum 3. April 2003 insgesamt ca. 965 Gramm Heroin und 5 Gramm Kokain an verschiedene bestimmte Personen verkauft zu haben. Die Analyse der Drogen, die er bei seiner Verhaftung auf sich trug, auf ihren Reinheitsgehalt ergab für das Heroin einen solchen von 12.4 % und für das Kokain 50.8 %. Da die Qualität der Betäubungsmittel, mit welchen der Angeklagte zu tun hatte, gemäss seinen Aussagen immer in etwa gleich war, ist davon

auszu- gehen, dass der Reinheitsgehalt dieser Drogen ebenfalls immer in etwa derselbe war. Demnach hat X. bei seiner Verhaftung 3.8 Gramm reines Heroin und 2 Gramm reines Kokain auf sich getragen (wovon ca. 1.9 Gramm reines Heroin bzw. 1 Gramm reines Kokain verkauft werden sollten) sowie ca. 120 Gramm reines Heroin und 2.5 Gramm reines Kokain verkauft. Mit diesen Mengen, auch wenn sie nicht auf das Gramm genau ermittelt werden konnten, ist der objektive Tatbestand von Art. 19

10 Ziff. 2 lit. a BetmG, mithin die Voraussetzung für das Vorliegen eines schweren Falles, ohne weiteres erfüllt. b) In subjektiver Hinsicht verlangt das Gesetz, dass der Täter um die objektiven Umstände von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG weiss oder darauf schliessen muss. In Bezug auf die grosse Menge genügt Eventualvorsatz (BGE 112 IV 113). Diesbezüglich hat der Richter im Einzelfall zu prüfen, ob der Täter gewusst hat oder nach den Umständen wissen musste, dass die in Frage stehende Drogenmenge nach der Art des Betäubungsmittels geeignet ist, eine gesundheitliche Gefahr für eine Vielzahl von Menschen zu schaffen (Fingerhuth/Tschurr, a.a.O., S. 148, mit Hinweisen). In vorliegendem Fall wusste X. aufgrund seiner langjährigen Erfahrung mit Betäubungsmitteln, dass es sich bei den von ihm verkauften und in seinem Besitz befindlichen Drogen um Heroin bzw. Kokain, mithin um harte Drogen, sowie um beträchtliche Mengen von einem dieser Stoffe handelte. Damit wusste er oder hätte ohne Zweifel wissen müssen, dass der Verkauf und damit der daraus folgende all- fällige Gebrauch dieser Betäubungsmittel beträchtliche Schädigungen der mensch- lichen Gesundheit zu bewirken vermag und dass vor allem mit dem Verkauf solcher Mengen von Heroin eine Gemeingefahr begründet wurde (vgl. BGE 104 IV 214; Fingerhuth/Tschurr, a.a.O., S. 148). Unbeachtlich ist im Übrigen, ob der Täter das Rauschgift unter mehreren Malen in kleinen Teilmengen oder in einer gesamten Abgabe in Verkehr bringt (BGE 114 IV 167). Somit sind - neben den objektiven - auch die subjektiven Voraussetzungen eines schweren Falles gemäss Art. 19 Ziff.

E. 2

Eine besondere Problematik wirft der spezielle Fall auf, wenn grössere Mengen Heroin an nur eine einzige süchtige Bezugsperson und somit nicht an Dritte verkauft oder vergeben werden. X. hat seiner Freundin, welche zweifellos zur kon- kreten Zeit drogensüchtig war, zum Konsum ca. 620 Gramm Heroin und 20 Gramm Kokain, mithin knapp 77 Gramm reines Heroin und 10 Gramm reines Kokain, gratis abgegeben. Zusätzlich erhielt sie von ihm etwa 112 Milligramm Methadon in Tablet- tenform. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BGE 120 IV 334, erfüllt den qualifizierten Tatbestand von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG nicht, wer mehr als 12 Gramm reines Heroin an eine bereits süchtige nahe Bezugsperson abgibt, um die- ser aus ihrer verfahrenen Situation heraus zu helfen, und dabei die Gewissheit hat, dass das Heroin nicht an Dritte weitergegeben wird. Wesentlich dabei ist, dass zwi- schen X. und seiner drogensüchtigen Freundin eine enge Beziehung bestand, was durchaus der Fall war, und dass er ihr durch die Weitergabe von Heroin und Kokain

11 zum Konsum aus ihrer Situation heraushelfen wollte. X. half seiner Freundin mit der Gratisabgabe, sie vor der bekannten Beschaffungsproblematik zu bewahren sowie ihre Suchtsymptomatik zu unterdrücken, ohne dabei von finanziellen Interessen ge- leitet zu sein. Ins Gewicht fällt sodann, dass er selber schon drogensüchtig war und er öfters mit der Freundin zusammen Drogen konsumierte. Deshalb war er sich auch sicher, dass die Freundin die Drogen nur zum Konsum und nicht zur Weiter- gabe verwendete. Bei einer solchen Konstellation, bei der die Drogen lediglich an eine bereits süchtige Bezugsperson

zum eigenen oder gemeinsamen Konsum abgegeben werden und bei der zudem die Gewissheit besteht, dass diese die Drogen selber konsumiert und nicht an Dritte weitergibt, kann die abstrakte Gefahr, dass Betäubungsmittel in die Hände unbestimmt vieler, unter Umständen auch gesunder Menschen gelangen, vernachlässigt werden. Jedenfalls ist der Umstand, dass die süchtige Person dadurch vor Beschaffungskriminalität und einem Abgleiten in Verwahrlosung bewahrt wird, stärker zu gewichten als die bloss abstrakte Gefahr des weiteren Inverkehrgelangens von Betäubungsmitteln. Wo der Partner eines drogen-süchtigen Paares Stoff für den Konsum des andern besorgt, erfüllt die Weitergabehandlung den schweren Fall nicht, auch wenn die weitergegebene Menge die Grenze von 12 Gramm überschreitet. Dasselbe muss gelten, wenn es anstatt um Heroin um die ebenfalls harte Droge Kokain geht, wobei die Drogenmenge gesamt haft betrachtet werden muss, d.h. wenn Heroin sowie Kokain wie auch Methadon zusammen abgegeben werden, sei es unter mehreren wiederholten Malen oder bei einem Mal, reicht es jedenfalls, wenn die Menge einer der Stoffe den Grenzwert für den schweren Fall erreicht (vgl. Fingerhuth/Tschurr, S. 147). Die Abgabe von insgesamt 77 Gramm reinem Heroin, 10 Gramm reinem Kokain und etwa 112 Milligramm Methadon durch X. an seine Freundin ist demnach nicht als schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG, sondern als bloss "einfache" Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 BetmG zu werten (vgl. BGE 120 IV 334 E. 2a/aa).

E. 3

a) Gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG wird mit Haft oder Busse bestraft, wer unbefugt Betäubungsmittel vorsätzlich konsumiert oder zum eigenen Konsum eine Widerhandlung im Sinne von Art. 19 BetmG begeht. Unter eine solche Widerhandlung, begangen zum eigenen Konsum, fällt unter anderem der Besitz, die Aufbewahrung, der Kauf oder die anderweitige Erlangung von Betäubungsmitteln sowie das Treffen von Anstalten hiezu (Art. 19 Ziff. 1 BetmG). Auf die Quantität des konsumierten Stoffes kommt es nicht an. Selbst der einmalige Gebrauch einer geringfügigen Menge ist strafbar. Ebensowenig ist es von Bedeutung, in welcher Form die Betäubungsmittel konsumiert werden. Der Konsum und die strafbare Vorbereitung

12 dazu müssen "unbefugt" erfolgen. Unbefugt konsumiert bzw. trifft die entsprechenden Vorbereitungen zum Konsum, wer Betäubungsmittel namentlich nicht aufgrund einer medizinisch indizierten Anweisung eines Arztes gebraucht (Fingerhuth/Tschurr, a.a.O., S. 156 f., mit Hinweisen). Der Angeklagte ist geständig, bei seiner Verhaftung am 3. April 2003 31 Gramm Heroin und 4 Gramm Kokain auf sich getragen zu haben, wovon 16 Gramm Heroin und die Hälfte des Kokains zum Eigenkonsum bestimmt waren. Ferner hat er zugegeben, zwischen Ende 1999 und dem 3. April 2003 insgesamt mindestens 700 Gramm Heroin und 163 Gramm Kokain konsumiert zu haben. Ausserdem nahm X. noch während der Untersuchungshaft unter mehreren Malen total 3 Gramm Heroin zu sich, das er im After versteckt in seine Zelle geschmuggelt hatte. Offensichtlich war der Angeklagte dazu nicht befugt. Damit wurde der objektive Tatbestand von Art. 19a Ziff. 1 BetmG mehrfach erfüllt. b) Seit dem 1. Oktober 2002 gilt im Strafrecht ein neues Verjährungsrecht, welches keine Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Verjährung kennt und eine Verjährung im Rechtsmittelverfahren nicht mehr zulässt. Gemäss Art. 337 StGB gilt das neue Verjährungsrecht grundsätzlich nur für Taten, die nach Inkrafttreten des neuen Rechts begangen wurden. Das alte Verjährungsrecht gilt also grundsätzlich für vor diesem Zeitpunkt begangene Straftaten weiter; es sei denn, das neue Recht ist gegenüber dem

älteren Recht das mildere (Schubarth, Anwaltsrevue, 3/2003, S. 83 f.). Nach bisherigem Recht gab es für die Strafverfolgung von Übertretungen eine relative Verjährungsfrist von einem Jahr und eine absolute Verjährungsfrist von zwei Jahren (Art. 109 aStGB, Art. 72 Ziff. 2 Abs. 2 2. Satz aStGB). Nach der neuen Regelung verjährt gemäss Art. 109 StGB die Strafverfolgung bei Übertretungen innert 3 Jahren. Die vorliegend in Frage stehenden Handlungen gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG, welche bis zum 24. März 2002 begangen wurden, sind gemäss der altrechtlichen Regelung verjährt. X. kann deswegen nicht mehr verurteilt werden. c) Das Gesetz hält ausdrücklich fest, dass lediglich der vorsätzliche Gebrauch von Betäubungsmittel strafbar ist, wobei Eventualvorsatz genügt. Der Vorsatz bezieht sich auf die objektiven Tatbestandselemente, insbesondere auf das Wissen, dass der konsumierte Stoff ein Betäubungsmittel im Sinne des Gesetzes ist. Der zweite Teil von Art. 19a Ziff. 1 BetmG - wer zum eigenen Konsum eine Widerhandlung im Sinne von Art. 19 BetmG begeht - enthält im Gegensatz zum

13 ersten Teil - Konsum - keine explizite Erwähnung des Erfordernisses des Vorsatzes. Grundsätzlich ist dieser Übertretungstatbestand deshalb auch bei fahrlässiger Begehung strafbar (Fingerhuth/Tschurr, a.a.O., S. 157). Der Angeklagte konsumierte die Betäubungsmittel zweifellos willentlich und im Wissen, dass es sich bei den konsumierten Stoffen um Betäubungsmittel im Sinne des Gesetzes handelte. Auch bestehen keine Anzeichen dafür, dass die Widerhandlungen gegen Art. 19 Ziff. 1 BetmG zum Eigenkonsum, mithin namentlich der Erwerb oder Besitz, nicht vorsätzlich begangen worden wären. Somit ist auch der subjektive Tatbestand von Art. 19a Ziff. 1 BetmG gegeben, und der Angeklagte hat sich der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gemacht.

E. 4

a) Bei der Strafzumessung hat der Richter gemäss Art. 63 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu ermitteln, wobei er die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen berücksichtigt. Das Verschulden umfasst den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat. Der Bemessung der Schuld ist die Schwere der Tat zu Grunde zu legen. Beim Verschulden wird weiter in Tat- und Täterkomponente unterschieden. Bei der Tatkomponente betrachtet man das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Willensrichtung, mit welcher der Täter handelte und seine Beweggründe. Die Täterkomponente hingegen umfasst Vorleben und persönliche Verhältnisse des Täters sowie das Verhalten nach der Tat oder im Strafverfahren, wie namentlich Reue, Einsicht oder Strafempfindlichkeit (BGE 129 IV 20; BGE 117 IV 113 f., mit Hinweisen). Diese in die Waagschale gelegten Elemente wirken strafmindernd oder straf erhöhend, wobei in der Begründung der Strafzumessung die Überlegungen des Richters nachvollziehbar sein müssen (BGE 121 IV 56). Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Freiheitsstrafen verwirkt, so verurteilt ihn der Richter nach dem Asperationsprinzip zu der Strafe der schwersten Tat und erhöht deren Dauer angemessen. Er kann jedoch das höchste Mass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen und ist dabei an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden (Art. 68 Ziff. 1 StGB). Schwerste Tat ist diejenige, welche unter den mit der höchsten Strafe bedrohten Tatbestand fällt.

14 b) Grundlage für die Strafzumessung ist im vorliegenden Fall der in Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 Satz 2 BetmG vorgesehene Strafrahmen von Gefängnis nicht unter einem Jahr oder Zuchthaus. Das Verschulden des Angeklagten wiegt sehr schwer, hat er doch mit der

Menge von Heroin (und Kokain), die er verkaufte bzw. zum Verkauf auf sich trug, eine erhebliche kriminelle Energie an den Tag gelegt. Insbesondere zeigte er sich bis zu seiner Verhaftung im April 2003 mit seinen anhaltenden deliktischen Handlungen unbeeindruckt von seinen früheren Verurteilungen. Darüber hinaus hat er mit der Menge Drogen, die er in Umlauf brachte, ein bedenkenloses Mass an Gleichgültigkeit, Rücksichtslosigkeit und mangelnde Achtung von Gesundheit und Leben seiner Mitmenschen offenbart und eine Vielzahl von Menschen einer erheblichen körperlichen und geistigen Gefährdung ausgesetzt. Davon ausgehend fällt strafscharfend das Zusammentreffen von mehreren zueinander in echter Konkurrenz stehenden strafbaren Handlungen ins Gewicht (Art. 68 Ziff. 1 StGB). Strafmildernd ist die verminderte Zurechnungsfähigkeit mindestens leichten Grades, welche beim Angeklagten gemäss der Einschätzung des Gutachters aufgrund seiner aktiven Heroinabhängigkeit zur Zeit der Taten vorlag, zu werten (Art. 11 StGB in Verbindung mit Art. 66 StGB). Strafmildernd sind dem Angeklagten seine persönlichen Verhältnisse (insbesondere diejenigen während seiner Jugend), sein Geständnis, seine Kooperation während der Untersuchung, seine Einsicht und Reue sowie seine positive Entwicklung seit seiner Verhaftung und der Umstand, dass er nur aufgrund seiner Drogensucht bzw. zwecks Beschaffung von Drogen zum Konsum delinquierte, zu Gute zu halten. Straferhöhend fallen indes die Vorstrafen und die Delinquenz während einer längeren Zeitspanne ins Gewicht. In Würdigung sämtlicher Strafzumessungsgründe erachtet die Strafkammer die Anordnung einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten Gefängnis als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten als angemessen. Gestützt auf Art. 69 StGB ist die erstandene Untersuchungshaft von 53 Tagen anzurechnen.

E. 5

Gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB kann der Richter den Vollzug einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten aufschieben, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten. Aufgrund der Verurteilung von deutlich über 18 Monaten ist die objektive Voraussetzung für den bedingten Strafvollzug nicht gegeben.

E. 6

StGB und Art. 43 Ziff. 2 Abs. 1 StGB). Der Angeklagte verbrachte bereits 304 Tage in der Massnahme durch ihren vorzeitigen Antritt. Diese werden uneingeschränkt als Massnahmenvollzug anerkannt.

E. 7

Zu erwähnen ist, dass eine Schutzaufsicht, wie sie vom Gutachter empfohlen wird, nur bei bedingtem Strafvollzug, bedingter Entlassung aus einer Freiheitsstrafe oder bedingter probeweiser Entlassung aus einer Massnahme möglich ist (Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2003, N 3 zu Art. 47 StGB ; Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, I. 1997, N 5 zu Art. 47 StGB). Über die Anordnung einer Schutzaufsicht ist deshalb von der zuständigen Behörde erst in einem späteren Zeitpunkt zu befinden, und es erübrigen sich an dieser Stelle weitere Ausführungen hiezu.

E. 8

Der Richter verfügt gemäss Art. 58 Abs. 1 StGB die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat 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. Der Richter kann

anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Art. 58 Abs. 2 StGB). Die mit Beschlagnahmeverfügung vom 6. Januar 2004 beschlagnahmten 31 Gramm

16 Heroin und 4 Gramm Kokain werden somit gestützt auf die erwähnte Bestimmung gerichtlich eingezogen und sind zu vernichten.

E. 9

Der Richter verfügt die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden (Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Entsprechend werden die ebenfalls mit Beschlagnahmeverfügung vom 6. Januar 2004 beschlagnahmten Gegenstände wie eine Wasserpfeife, eine Zigarettenbox mit Freebase-Rückständen sowie diverse Utensilien (Löffel, Schnupfröhrchen etc.) zu Handen des Kantons Graubünden gerichtlich eingezogen.

E. 10

Nach Art. 59 Ziff. 2 Abs. 1 StGB erkennt der Richter auf eine Ersatzforderung für nicht mehr vorhandene, unrechtmässig erlangte Vermögensvorteile. Der Richter kann indes gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung von einer Ersatzforderung ganz oder teilweise absehen, wenn diese voraussichtlich uneinbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde. Der Angeklagte verfügt über kein Vermögen und nur über ein sehr bescheidenes Einkommen. Der Erlös aus dem Verkauf der Betäubungsmittel wurde vom Angeklagten gebraucht, um seinen Eigenkonsum und den Konsum seiner Freundin zu finanzieren. Ausserdem soll der Angeklagte nicht zusätzlich durch eine Ersatzabgabe in seinem Fortkommen belastet werden. Somit wäre eine Ersatzabgabe einerseits uneinbringlich und würde andererseits der Wiedereingliederung des Betroffenen ein Hindernis darstellen. Auf eine solche ist deshalb gestützt auf Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 StGB zu verzichten.

E. 11

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen gemäss Art. 158 Abs. 1 des Gesetzes über die Strafrechtspflege (StPO; BR 350.000) die Kosten der Strafuntersuchung, bestehend aus den Barauslagen von Fr. 6'904.20 und der Untersuchungsgebühr von Fr. 3'250.--, des Gerichtsverfahrens von Fr. 3'000.-- und der amtlichen Verteidigung von Fr. 2'770.45 zu Lasten des Verurteilten. Überdies hat X. die Kosten der Massnahme zu tragen. Demgegenüber gehen die Kosten der Untersuchungshaft sowie eines allfälligen Strafvollzuges zu Lasten des Kantons Graubünden (Art. 158 Abs. 3 StPO in Verbindung mit Art. 188 StPO).

17