

GR_GERICHTE SF 2004 45 vom 25. Januar 2005

GR Gerichte, 2005-01-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SF_2004_45

FR: GR_GERICHTE SF 2004 45 du 25 janvier 2005

IT: GR_GERICHTE SF 2004 45 del 25 gennaio 2005

Regeste

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc. | Betäubungsmittelgesetz

Erwägungen

E. 7

kungstypen Morphin, Kokain und Cannabis. Gemäss Art. 19 Ziff. 1 BetmG macht sich unter anderem strafbar, wer Betäubungsmittel unbefugt anbietet, verteilt, verkauft, vermittelt, verschafft, verordnet, in Verkehr bringt oder abgibt (Abs. 4). Das Strafmass beträgt, wenn die Tat vorsätzlich begangen wurde, 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 Ziff. 1 Abs. 9 BetmG). X. wird in Anklagepunkt 1.1 vorgeworfen, zwischen November 2001 und August 2002 mindestens 97 Gramm Kokain zum Preis von Fr. 150.-- pro Gramm an J. verkauft zu haben. Da dieser Sachverhalt vom Angeklagten im Ermittlungsverfahren kategorisch bestritten wurde, gilt es vorerst zu prüfen, ob ihm der objektive Tatbestand – aufgrund der von der Anklage vorgelegten Akten und Unterlagen sowie ihrer Ausführungen anlässlich der Hauptverhandlung – rechtsgenügend nachgewiesen werden kann. b) Bei der Würdigung der Beweismittel entscheidet der Richter nach Art. 125 Abs. 2 StPO frei. Dabei muss die Bildung seiner Überzeugung objektivierbar und nachvollziehbar sein. Die Beweislast für die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat liegt grundsätzlich beim Staat, wobei hohe Anforderungen an den Beweis zu stellen sind; verlangt wird mehr als eine blosse Wahrscheinlichkeit, nicht jedoch ein absoluter Beweis der Täterschaft. Nach der aus Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK fliessenden Beweiswürdigungsregel „in dubio pro reo“, darf sich der Richter jedenfalls nicht von der Existenz eines für den Beschuldigten ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklären, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel bestehen, ob sich der Sachverhalt so verwirklicht hat. Blosse theoretische Zweifel sind indes nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich vielmehr um erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel handeln, das heisst um solche, die sich nach der objektiven Sachlage aufdrängen (BGE 124 IV 86 E. 2a S. 87). Aufgabe des Richters ist es somit, ohne Bindung an Beweisregeln die an sich möglichen Zweifel zu überwinden und sich mit Überzeugung für einen bestimmten Sachverhalt zu entscheiden (zum Ganzen: Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2004, N 286 ff.; Padrutt, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden, Chur 1996, S. 306 f.). Zu den verschiedenen Beweismitteln bleibt anzufügen, dass der Grundsatz der freien Beweiswürdigung eine Rangordnung verbietet. Insbesondere sind die

E. 8

Aussagen von Zeugen, Auskunftspersonen und sogar Angeschuldigten vollgültige Beweismittel mit derselben Beweiseignung. In erster Linie interessiert nicht die persönliche Glaubwürdigkeit eines Zeugen, sondern vielmehr die sachliche Glaubhaftigkeit seiner konkreten Aussage. Wenn Aussage gegen Aussage steht, ist anhand sämtlicher sich aus den Akten ergebenden Umstände zu untersuchen, ob die Darstellung der Anklage oder jene des Angeklagten den Richter zu überzeugen vermag. Bei der Würdigung der Beweise ist demnach weniger die Form, sondern vielmehr der Gesamteindruck, das heisst die Art und Weise der Bekundung sowie die Überzeugungskraft entscheidend (S. Vogel, Die Auskunftsperson im Zürcher Strafprozessrecht, Diss., Zürich 1999, S. 2). c) X. alias Y. wird von J. des Kokainverkaufes belastet. In diesem Zusammenhang wurde J. am 23. September 2002 durch die Kantonspolizei Graubünden (act. 4.1/2) und am 30. September 2002 durch den Untersuchungsrichter (act. 4.1/3) befragt. Er äusserte sich dahingehend, dass er von Anfangs November 2001 bis Ende August 2002 insgesamt 97 - 245 Gramm Kokain, jeweils in tropfenförmig verschweissten Plastiksäckchen von Y. gekauft habe. Für das Gramm habe er jeweils Fr. 150.-- bezahlt. Die Verkäufe hätten ausnahmslos in den Toilettenanlagen der U. in B. stattgefunden. J. gab zudem an, dass ihm Y. auch unter dem Aliasnamen „V.“ bekannt sei. Des Weiteren konnte J. ihn beim Fotoauswahlkonfront eindeutig identifizieren. Er erkannte ihn sofort und ohne Zögern unter dem Namen „V.“. Die Qualität des gekauften Kokains bezeichnete J. als sehr gut, da es sehr wenig Streckmittel enthalten habe. Der Angeklagte hingegen sagte anlässlich einer polizeilichen Einvernahme am 13. August 2003 (act. 4.1/7) auf Vorhalt einer Personenfoto aus, J. nur vom Sehen her zu kennen. Er habe aber nie Kontakt zu ihm gehabt. X. gab jedoch zu, früher oft in der U. in B. verkehrt zu haben. Ausserdem sagte er aus, dass ihn früher diverse Leute mit dem Namen „V.“ angesprochen hätten. Er wisse jedoch nicht, wieso J. diesen Übernamen kenne. Auch anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. Januar 2005 bestätigte X. seine Aussagen. Er könne sich nicht vorstellen, weshalb ihn J. belaste. Soweit die Verteidigung geltend macht, dass J. anlässlich der Konfrontation einvernahme vom 26. Januar 2004 (act. 4.1/18) hinsichtlich Zeitpunkt und Menge des vom Angeklagten gekauften Kokains erst durch Hinweise des Untersuchungsrichters auf frühere Aussagen wieder erinnern konnte, ist darauf hinzuweisen, dass J. sowohl anlässlich der polizeilichen als auch der untersuchungsrichterlichen Einvernahme, welche beide bereits im September 2002, also rund 16 Monate vor der Konfrontation einvernahme, stattfanden, zahlreiche Angaben machen konnte. Es trifft zwar

E. 9

zu, dass er die Menge des vom Angeklagten bezogenen Kokains nicht sehr genau angeben konnte (97 - 245 Gramm). Dies erklärt sich jedoch aus dem Umstand, dass J. von mehreren Drogenhändlern und für mehrere Personen über eine längere Zeitspanne Kokain bezogen hatte. Dennoch konnte er zweifelsfrei bestätigen, mindestens 97 Gramm Kokain vom Angeklagten bezogen zu haben. So sagte er anlässlich der untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom 30. September 2002 (act. 4.1/3) auch aus, nur dann bei anderen Drogenhändlern Kokain beschafft zu haben, wenn der Angeklagte nicht aufzufinden war. J. gab an, dass die Übergaben des Kokains häufig in der U. stattfanden, einem Ort, wo sich der Angeklagte gemäss eigenen Aussagen häufig aufgehalten hatte. Da zwischen dem Angeklagten und J. kein näherer Kontakt bestand, ist auch nicht ersichtlich, weshalb J. den Angeklagten wider besseres Wissens belasten sollte. Hinzu kommt, dass J. der Polizei - wie aus den Akten hervorgeht - auch weitere Personen nannte, von welchen er Betäubungsmittel gekauft hatte. Ein persönlicher Konflikt zwischen ihm und dem Angeklagten ist

somit auszuschliessen. Ausserdem gilt es zu berücksichtigen, dass J. sowohl den Übernamen wie auch die Staatsangehörigkeit des Angeklagten wusste und ihn auf einer Foto identifizieren konnte. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die glaubhaften und im Kerngehalt widerspruchsfreien Aussagen von J. objektiv keine Zweifel an dessen regelmässigen Eindeckung mit Kokain durch X. alias Y. offen lassen. Die Behauptung des Angeklagten, J. nicht näher zu kennen, hat demnach reinen Schutzcharakter. Im Ergebnis ist mit der erforderlichen Sicherheit ausgewiesen, dass X. in Anklagepunkt 1.1 den objektiven Tatbestand der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz erfüllt hat, indem er mindestens 97 Gramm Kokain an J. verkaufte. 2.a) In Anklagepunkt 1.2 wird X. alias Y. vorgeworfen, von Juli bis August 2002 unter drei Malen insgesamt ca. 4.5 Gramm Kokain an K. abgegeben zu haben. Die Übergabe fand gemäss Anklageschrift jeweils in seinem Zimmer im Durchgangszentrum an der W. in B. statt. K. „bezahlte“ mit sexuellen Dienstleistungen. Am 26. November 2002 wurde K. von der Kantonspolizei Graubünden kontaktiert und sie äusserte sich schriftlich über ihren Drogenkonsum (act. 4.1/5). Die Verteidigung beanstandet diesbezüglich, dass keine untersuchungsrichterliche Einvernahme von K. und keine Konfrontation zwischen ihr und dem Angeklagten stattgefunden haben. Sie hätte auf jeden Fall als Zeugin unter strafrechtlich sanktionierter Wahrheitspflicht aussagen müssen. Ausserdem seien keine Gründe ersichtlich, welche es rechtfertigen würden, von einer Einvernahme von K. als Zeugin

E. 10

abzusehen. Die Verfahrensrechte des Angeklagten seien durch die Umgehung des Zeugenbeweises massiv beschnitten worden. Auch unter Berücksichtigung von Art. 87 Abs. 2 StPO sei ganz klar, dass K. nicht als Auskunftsperson hätte behandelt werden dürfen, da sie klar zu Ungunsten des Berufungsklägers ausgesagt habe. Es werde daher eine Verletzung von Art. 6 EMRK gerügt. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK räumt dem Angeschuldigten das Recht ein, Fragen an die Belastungszeugen zu stellen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen wie die der Belastungszeugen zu wirken (BGE 125 I 127 E. 6 S. 131 ff.). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt es grundsätzlich, wenn der Angeschuldigte im Verlaufe des Strafverfahrens wenigstens einmal Gelegenheit erhält, den ihn belastenden Personen Ergänzungsfragen zu stellen (BGE 118 Ia 462 E. 5a S. 468 ff.; BGE 116 Ia 289 E. 3a S. 291). Nach der Praxis der Rechtsprechungsorgane der Europäischen Menschenrechtskonvention ist das Abstellen auf belastende polizeilich protokollierte Aussagen aus der Voruntersuchung zwar zulässig, der Angeschuldigte muss jedoch die Möglichkeit haben, die Aussagen spätestens an der öffentlichen und kontradiktorschen Gerichtsverhandlung zu bestreiten und die Belastungszeugen ergänzend zu befragen. Es stellt sich nun die Frage, ob der Angeklagte sein Recht auf Befragung von Belastungszeugen im kantonalen Verfahren überhaupt in Anspruch genommen hat. Nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts untersteht das Recht, Belastungs- und Entlastungszeugen zu befragen, dem (kantonalen) Verfahrensrecht. Entsprechende Gesuche um Zeugenbefragungen sind daher den Behörden formgerecht einzureichen. Der Beschuldigte kann den Behörden grundsätzlich keinen Vorwurf machen, gewisse Zeugen nicht vorgeladen zu haben, wenn er es unternimmt, rechtzeitig und formgerecht die entsprechenden Beweisanträge zu stellen (BGE 121 I 306 E. 1b S. 308; 120 Ia 48 E. 2a/aa S. 50; 118 Ia 457 E. 2b S. 458). Aus den Akten geht hervor, dass X. wiederholt die Möglichkeit gegeben wurde, Anträge auf Ergänzung der Untersuchung zu stellen. Er hat

allerdings davon keinen Gebrauch gemacht. Aus diesem Grunde kann er gemäss der obgenannten Praxis des Bundesgerichts keine Verletzung seiner Verteidigungsrechte geltend machen (vgl. zum Ganzen: Die Praxis 6/2001, Nr. 93). b) K. gab anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 26. November 2002 (act. 4.1/5) an, drei Mal je 1.5 Gramm Kokain von Y. erhalten zu haben. Sie sei dabei von ihm in sein Zimmer an die W. gelockt worden. Als Gegenleistung habe er sexuelle Dienstleistungen gefordert. Auch K. war der Angeklagte unter dem Alias- namen „V.“ bekannt. Sie konnte ihn anhand eines Fotoblattes zweifelsfrei identifi-

E. 11

zieren. Auch dieser Sachverhalt wird vom Angeklagten bestritten. Er kenne zwar K. und habe sie auch schon im Durchgangszentrum gesehen, jedoch keinen Kontakt zu ihr gehabt. Er wisse nicht, weshalb sie ihn belaste. Die Verteidigung macht geltend, dass sich die Mengenangabe zu Beginn der polizeilichen Ermittlungen nicht mit den weiteren Angaben im Verlaufe der Befragung decke. K. habe in einem späteren Zeitpunkt ausgesagt, dass ihr der Angeklagte anlässlich des ersten Besuchs zu Beginn etwas Kokain gegeben habe. Nach den angeblichen sexuellen Kontakten habe er ihr nochmals ein Säckchen mit 0.5 Gramm Kokain gegeben. Daher könne entgegen der Ansicht der Anklage nicht von 1.5 Gramm Kokain ausgegangen werden. Auch die weiteren Angaben von K., insbesondere im Zusammenhang mit dem mittlerweile eingestellten Verfahren betreffend Vergewaltigung, seien widersprüchlich. Aus einem über sie erstellten Gutachten gehe zudem hervor, dass ihre geistige Gesundheit aufgrund des Betäubungsmittelkonsums beeinträchtigt sei. Wie bereits ausgeführt wurde, steht nicht die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugen, sondern vielmehr die sachliche Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen im Vordergrund. Obwohl bei K. nachweislich eine Beeinträchtigung ihrer geistigen Gesundheit vorliegt, dürfen ihre Aussagen nicht generell als unglaubhaft bezeichnet werden. Ihre Aussagen sind vielmehr im konkreten Zusammenhang mit dem fraglichen Vorfall anzuschauen und zu analysieren. So gab sie am 26. November 2002 (act. 4.1/5) an, von Juli 2002 bis August 2002 insgesamt drei Mal Kokain von je 1.5 Gramm von einem Algerier namens „V.“ bezogen zu haben. Sie konnte den Angeklagten zudem auf einem Fotoblatt identifizieren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese Einvernahme nur rund drei Monate nach dem Drogenkauf stattfand. Bei einer Einvernahme, die im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Vergewaltigung stand (act. 6/12), sagte sie aus, dass sie insgesamt etwa 2 Gramm Kokain vom Angeklagten bezogen habe, sie dies jedoch nicht mehr genau wisse. Diese Einvernahme fand jedoch erst im Januar 2004, somit rund 1 ½ Jahre nach den Vorfällen statt. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass auch K. den Übernamen und die Staatsangehörigkeit von X. alias Y. kannte und genaue Angaben dazu machen konnte, in welchem Durchgangszentrum und in welchem Zimmer er zur damaligen Zeit wohnte. Ihre Aussagen sind daher im Zusammenhang mit dem konkreten Vorfall durchaus glaubhaft. Daher hat auch hinsichtlich des Anklagepunktes 1.2 mit der erforderlichen Sicherheit als ausgewiesen zu gelten, dass X. in den objektiven Tatbestand der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz erfüllt hat, indem er ca. 4.5 Gramm Kokain an K. verkaufte.

E. 12

3. Sind die objektiven Tatbestandsmerkmale des Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4 BetmG erfüllt, so ist entsprechend der Anklageschrift zu prüfen, ob ein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 BetmG vorliegt. Ein solcher ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei Kokain gegeben, wenn sich die Menge des reinen Drogenstoffs auf mindestens 18 Gramm

beläuft (vgl. BGE 120 IV 334 E. 2a S. 337 mit Hinweisen). Dieser Grenzwert ist vorliegend erheblich überschritten: a) J. hat in seinen Einvernahmen übereinstimmend ausgesagt, insgesamt mindestens 97 Gramm Kokain vom Angeklagten bezogen zu haben. Dabei habe er auch zweimal Kokain für sich selbst gekauft. Die Qualität sei sehr gut gewesen, weil das Kokain mit sehr wenig Streckmittel versetzt gewesen sei. K. gab an, insgesamt 4.5 Gramm Kokain von X. bezogen zu haben. In einer untersuchungsrichterlichen Einvernahme betreffend das Verfahren gegen Vergewaltigung (act. 6/12) gab sie zu Protokoll, dass das vom Angeklagten gekaufte Kokain, soweit sie sich noch erinnern könne, ziemlich gut gewesen sei. Gestützt auf diese Aussagen ist davon auszugehen, dass X. mindestens 97 Gramm Kokain von sehr guter und ca. 4.5 Gramm Kokain von mindestens mittlerer Qualität veräussert hat. b) Nach den in SJZ 95 [1999] Nr. 21, S. 511 festgehaltenen wissenschaftlichen Erkenntnissen weist Kokain bei Kleinmengen und guter Qualität einen Reinheitsgehalt von durchschnittlich 71 % und bei mittlerer Qualität einen solchen von 38 % auf. Geht man bei der an J. verkauften Kokainmenge von guter Qualität aus, so hat er diesem mindestens 68 Gramm reines Kokain verkauft. Damit hat er allein mit Verwirklichung von Anklagepunkt 1.1 die vom Bundesgericht festgelegte Grenze für die Annahme eines schweren Falles um ca. mehr als das Dreifache überschritten. Selbst wenn zu Gunsten des Angeklagten lediglich von mittlerer Qualität des Kokains ausgegangen würde, wäre mit dem Verkauf von mindestens 38 Gramm reinen Kokains (unter Einbezug der an K. veräusserten 4.5 Gramm Kokain) die vom Bundesgericht festgelegte Grenze um mehr als das Doppelte überschritten. Somit hat der Angeklagte den objektiven Tatbestand von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG eindeutig erfüllt. Daran vermag auch der Einwand der Verteidigung, dass J. anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 23. September 2002 (act. 4.1/2) von einer Menge von 81 - 129 Gramm Kokain sprach, die er vom Angeklagten bezogen hat, nichts zu ändern. Denn selbst unter dieser Annahme hätte X. wesentlich mehr als die für den schweren Fall erforderlichen 18 Gramm reines Kokain veräussert. 4. In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG, dass der Täter weiss oder annehmen muss, dass er mit seinem Tun die Gesundheit vieler

E. 13

Menschen gefährden kann. Dieses Wissen um das Gefährdungspotential einer solchen Menge von Drogen dürfte im Rahmen zentraleuropäischer Verhältnisse im Hinblick auf die umfassende Aufklärung der Bevölkerung über den Drogenmissbrauch in der Regel bereits bei Ersttätern gegeben sein, die selbst noch keine Erfahrungen mit Drogen gemacht haben (vgl. bereits BGE 104 IV 211 E. 4 S. 215). In Bezug auf die grosse Menge genügt Eventualvorsatz; ein vorgefasster Entschluss, eine solche Menge umzusetzen, ist demnach nicht erforderlich. Entscheidend ist folglich, ob der Täter durch sein Verhalten in Kauf nahm, mit der von ihm gehandelten Menge eine grosse Zahl von Menschen in Gefahr zu bringen (BGE 112 IV 109 E. 2b S. 113). Vorliegend kann nicht bezweifelt werden, dass X. vorsätzlich mit Kokain gehandelt hat. Aufgrund der ausgewiesenen Häufigkeit seines Verhaltens musste er zumindest in Kauf nehmen, eine solche Menge von Betäubungsmitteln abzusetzen, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann. Somit liegt auch subjektiv ein schwerer Fall eines Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz vor. Damit steht zusammenfassend fest, dass sich X. alias Y. im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG einer qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig gemacht hat. 5. Gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG wird mit Haft oder mit Busse bestraft, wer unbefugt Betäubungsmittel vorsätzlich konsumiert oder wer zum eigenen Konsum eine Widerhandlung im Sinne von Art. 19 BetmG begeht. In

leichten Fällen kann das Verfahren eingestellt oder von einer Strafe abgesehen werden. Für die Anwendung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG kommt es auf die Quantität des konsumierten Stoffes nicht an; selbst der einmalige Gebrauch einer geringfügigen Menge ist strafbar. Im Übrigen erfasst der Tatbestand nur jene Beschaffungshandlungen, die ausschliesslich dem eigenen Drogenkonsum dienen und somit eine Gefährdung Dritter ausgeschlossen ist. X. alias Y. ist überführt und geständig, bis August 2003 regelmässig ein bis zwei Joints Haschisch pro Woche konsumiert zu haben. Gemäss eigenen Angaben fand der letzte Konsum am 9. August 2003 statt. Mit der untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom 3. Dezember 2003 (act. 4.1/9) und der Erhebung der Anklage am 19. Oktober 2004 wurde die Verfolgungsverjährungsfrist unterbrochen, weshalb die mehrfache Begangenschaft somit erstellt ist. Beim regelmässigen Konsum während

E. 14

einer längeren Zeitspanne kann nicht mehr von einer einmaligen Entgleisung und somit auch nicht von einem leichten Fall im Sinne von Ziff. 2 der genannten Bestimmung gesprochen werden. Es ergeht demnach auch in diesem Punkt anklagegemäss Schuldspruch wegen mehrfacher Widerhandlung gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG. 6. Der einfachen Körperverletzung gemäss Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1 StGB macht sich schuldig, wer vorsätzlich einen Menschen am Körper oder der Gesundheit schädigt. X. alias Y. ist überführt und geständig, am 3. August 2002 L. vor einem Lokal in B. mit drei Faustschlägen niedergeschlagen zu haben. Dieser verlor dadurch für kurze Zeit das Bewusstsein und erlitt einen Bluterguss im Bereich der rechten Schläfe, eine lokale Schwellung und eine Hirnerschütterung. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. Januar 2005 sagte der Angeklagte aus, er sei zum Zeitpunkt dieser Auseinandersetzung betrunken gewesen. Die Verteidigung macht diesbezüglich geltend, es sei zu prüfen, ob der Angeklagte aufgrund des Alkoholkonsums vermindert zurechnungsfähig gewesen sei, weshalb die Strafe gemäss Art. 11 StGB zu mildern wäre. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts fällt eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit bei einer Blutalkoholkonzentration von über zwei Gewichtspro mille in Betracht. Der Blutalkoholkonzentration kommt bei der Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit allerdings nicht alleinige Bedeutung zu. Sie ist eine grobe Orientierungshilfe. Vielmehr sind Indizien wie Gewöhnung, Persönlichkeit und Situation in die Beurteilung miteinzubeziehen (vgl. BGE 122 IV 49 E. 1b S. 50; 119 IV 120 E. 2b S. 123). Aus den Akten geht hervor, dass X. am fraglichen Abend gemäss eigenen Angaben reichlich Bier konsumierte. Auch führte er anlässlich der Hauptverhandlung aus, zu jener Zeit ein Alkoholproblem gehabt zu haben, weshalb sich eine gewisse Gewöhnung an hohe Alkoholmengen eingestellt haben könnte. An den Tathergang wie auch an den Wortlaut des Gespräches mit L. konnte er sich lückenlos erinnern. So gab er am 6. August 2002 zu Protokoll (act. 7/8), L. angesprochen zu haben, weil dieser ihn permanent aggressiv angeschaut habe. Daraufhin habe er ihn aufgefordert, vor das Lokal zu treten. Auf seine Frage hin, ob er Probleme wolle, habe L. mit „ja“ geantwortet, sich aber wieder in die Bar begeben. Der Angeklagte selbst habe den Ort in Richtung U. verlassen, sei jedoch wieder in die N. zurückgekehrt und habe L. aufgefordert, vor das Lokal zu kommen. Dort habe er ihm unvermittelt mit der Faust ins Gesicht geschlagen, woraufhin L. zu Boden gefallen sei. Der Angeklagte habe dann den Ort unverzüglich verlassen und sei wieder in die U. gegangen. Dieser Tathergang wird vom Geschädigten (act. 7/7) selbst

E. 15

wie auch von einer Auskunftsperson (act. 7/4) ausnahmslos bestätigt. Erinnerungslücken beim Angeklagten können damit ausgeschlossen werden. Es liegen somit keine Anhaltspunkte vor, die auf eine verminderte Zurechnungsfähigkeit schliessen lassen. 7.a) Gemäss Art. 13e Abs. 1 ANAG kann die zuständige Behörde einem Ausländer, der keine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besitzt und der die öffentliche Sicherheit und Ordnung stört oder gefährdet, insbesondere zur Bekämpfung des widerrechtlichen Betäubungsmittelhandels, die Auflage machen, ein ihm zugewiesenes Gebiet nicht zu verlassen oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten. Eine Widerhandlung gegen diese Bestimmung wird gestützt auf Art. 23 Abs. 1 ANAG mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft. Mit dieser Strafe kann Busse bis zu Fr. 10'000.-- verbunden werden; in leichten Fällen kann auch nur auf Busse anerkannt werden. b) Am 18. Oktober 2002 verfügte das Amt für Polizeiwesen Graubünden gegen X. eine Eingrenzung gemäss Art. 13e ANAG, wonach er das Gebiet der O. auf unbestimmte Dauer nicht verlassen dürfe (act. 11.1/4). Gemäss Anklagepunkt 3.1 reiste der Angeklagte trotz dieser Eingrenzung am 14. November 2002 nach B.. Aus der untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom 15. November 2002 (act. 11.1/3) geht hervor, dass er Kenntnis der entsprechenden Verfügung des Amtes für Polizeiwesen Graubünden hatte. Er sei nach B. gekommen, weil er die Kinder seiner Freundin besuchen wollte. Er gebe zu, gegen die Eingrenzung verstossen zu haben. Diese Aussagen bestätigte der Angeklagte auch anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. Januar 2005. c) In Anklagepunkt 3.2 wird dem Angeklagten vorgeworfen, am 16. November 2002 erneut von P. nach B. gefahren zu sein. Aufgrund der starken Regenfälle bewilligte habe ihm der Heimleiter des Durchgangsheims F., Herr Q., telefonisch bewilligt, in B. zu bleiben. Aus dem Polizeirapport vom 21. November 2002 (act. 11.2/1) geht hervor, dass die Polizei den Angeklagten am Mittwoch, 20. November 2002 in B. gesehen hatte. Da bekannt war, dass ihm eine gültige Eingrenzung für das Gebiet der O. auferlegt sei, wurde er zur Fahndung mitgenommen und nach Rücksprache mit der Fremdenpolizei in Polizeihaft genommen. Die polizeilichen Ermittlungen bei der Heimleitung hätten weiter ergeben, dass die Bewohner des Durchgangsheims D. am Samstag, den 16. November 2002, evakuiert worden seien. Das Heim habe einen Transport von C. nach F. organisiert. Da es aber wegen der starken Niederschläge auch mit der Strasse Probleme gegeben habe, sei der

E. 16

organisierte Bus nur bis zum Bahnhof nach H. gefahren. Von dort aus hätten die Asylbewerber selbstständig mit dem Zug nach B. fahren können. Auch der Heimleiter habe erklärt, dass es durchaus möglich gewesen sei, dass man X. alias Y. anlässlich der Evakuierung bewilligt habe, sich bei seiner Freundin in B. aufzuhalten. Diese Angaben wurden im Wesentlichen auch vom Angeklagten selbst anlässlich der untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom 21. November 2002 (act. 11.2/2) bestätigt. So sei das Durchgangsheim am 16. November 2002 vollständig evakuiert worden und auch er habe die Erlaubnis erhalten, nach B. zu fahren. Aufgrund dieser Widersprüche insbesondere im Verhältnis zwischen Polizeirapport und Anklageschrift ist X. alias Y. bezüglich Anklagepunkt 3.2 freizusprechen. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass X. vom Vorwurf gemäss Anklagepunkt 3.2 freizusprechen ist und die mehrfache Tatbegehung damit ausser Betracht fällt. Bezüglich Anklagepunkt 3.1 ist er jedoch wegen Widerhandlung gegen Art. 13e Abs. 1 ANAG in Verbindung mit Art. 23a ANAG schuldig zu sprechen. 8. Nach Art. 115 lit. a AsylG wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu Fr. 20'000.-- bestraft, wer durch unwahre oder

unvollständige Angaben oder in anderer Weise auf Grund dieses Gesetzes für sich oder einen anderen einen geldwerten Vorteil erwirkt, der ihm nicht zukommt. Mit Busse wird bestraft, sofern nicht ein Tatbestand von Art. 115 AsylG vorliegt, wer die Auskunftspflicht verletzt, indem er wissentlich unwahre Angaben macht oder eine Auskunft verweigert (Art. 116 lit. a AsylG). X. wird vorgeworfen, unter dem falschen Namen Y. ein Asylverfahren durchlaufen und bis Ende Juni 2004 Fürsorgeleistungen in der Höhe von Fr. 66'566.85 bezogen zu haben. Der Angeklagte anerkennt den Sachverhalt von Anklagepunkt 4 insofern nicht, als er bestreitet, durch die falsche Namensangabe eine geldwerte Leistung erwirkt zu haben. Er habe lediglich seine Auskunftspflicht verletzt, weshalb Art. 116 lit. a AsylG zur Anwendung gelange. Der geldwerte Vorteil gemäss Art. 115 AsylG wäre ihm auch zugekommen, wenn er seinen richtigen Namen angegeben hätte. Ausserdem sei zu beachten, dass die eingeklagte Strafbestimmung erst nach seiner Einreise in Kraft trat. Die falschen Angaben wurden jedoch bereits anlässlich der Einreise im Jahre 1997 zu Protokoll gegeben. Zunächst ist festzuhalten, dass X. auch nach In-Kraft-Treten des Asylgesetzes am 1. Oktober 1999 gegenüber Behörden unwahre Angaben bezüglich seines

E. 17

Namens machte. So sagte er auch anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. Januar 2005 aus, sein richtiger Name sei Y. und nicht X.. Aus den Akten geht jedoch hervor, dass die Direction de la Police Judiciaire Alger gegenüber den schweizerischen Behörden bestätigte, dass der Angeklagte in Z. unter dem Namen X., geboren am 17. Oktober 1979 in Blida, eingetragen sei. Damit ist erstellt, dass er mit diesem Verhalten zumindest die Auskunftspflicht gemäss Art. 116 lit. a AsylG verletzte. Da er jedoch - wie die Verteidigung zu Recht geltend macht - allein aufgrund der falschen Angaben keinen geldwerten Vorteil erwirkt hat, fällt die Anwendung von Art. 115 lit. a AsylG ausser Betracht. X. ist damit der Widerhandlung gegen Art. 116 lit. a AsylG schuldig zu sprechen. 9. Den Tatbestand des Diebstahls erfüllt, wer jemandem eine fremde bewegliche Sache zur Aneignung wegnimmt, um sich oder einen anderen damit unrechtmässig zu bereichern (Art. 139 Ziff. 1 StGB). In subjektiver Hinsicht wird das Wissen des Täters um die Fremdheit der Sache und seinen Willen zum Bruch des fremden und zur Begründung des eigenen Gewahrsams an der Sache verlangt. Ausserdem werden die Aneignungsabsicht und die Absicht der unrechtmässigen Bereicherung verlangt. Als Strafe droht Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis. Richtet sich die Tat nur auf einen geringen Vermögenswert oder auf einen geringen Schaden, so wird der Täter, auf Antrag mit Haft oder Busse bestraft (Art. 172ter Abs. 1 StGB). X. ist überführt und geständig, im Denner-Satellit in H. am 28. Februar 2003 zwei Stangen Zigaretten im Wert von Fr. 97.30 und am 29. Mai 2003 eine Tube Haar-Gel im Wert von Fr. 6.95 gestohlen zu haben. Da der Wert der gestohlenen Waren den vom Bundesgericht in BGE 121 IV 264 E. 2d S. 268 festgesetzten Grenzwert von Fr. 300.-- nicht überschreitet, sind die Taten als geringfügige Vermögensdelikte im Sinne von Art. 172ter Abs. 1 StGB zu qualifizieren. X. ist damit des mehrfachen geringfügigen Diebstahls gemäss Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172ter StGB schuldig zu sprechen. 10.a) Bei der Strafzumessung hat der Richter gemäss Art. 63 StGB vom Verschulden des Täters auszugehen und insbesondere die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen. In BGE 117 IV 113 E. 1 S. 114. hat das Bundesgericht grundsätzliche Bemerkungen zur Frage der Strafzumessung angebracht. Demnach muss sich der Begriff des Verschuldens auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Bei der Tatkomponente sind insbesondere das Ausmass des verschuldeten Erfolgs, die Art

E. 18

und Weise seiner Herbeiführung, die Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe gemäss Art. 63 StGB zu beachten. Die Täterkomponente erfasst demgegenüber das Vorleben, insbesondere auch allfällige Vorstrafen, die persönlichen Verhältnisse, das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, wie zum Beispiel Reue, Einsicht und die Strafempfindlichkeit (vgl. auch BGE 124 IV 44 E.2 S.45 f.; BGE 118 IV 115 E.2 S. 118). Innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens ist ohne Bindung an feste Regeln die verschuldensgerechte Strafe zu finden. b) Wenn jemand durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Freiheitsstrafen verwirkt hat, so verurteilt ihn der Richter nach dem in Art. 68 StGB statuierten 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 überschreiten und ist dabei zudem an das gesetzliche Höchstmass der Strafart gebunden. Die schwerste Tat ist diejenige, welche unter den mit der höchsten Strafe bedrohten Tatbestand fällt. Ausgangspunkt der Strafzumessung ist vorliegend der Strafrahmen der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetrMG, der sich von mindestens einem Jahr Gefängnis bis zu maximal 20 Jahren Zuchthaus erstreckt. c) Strafschärfend ist bei X. das Zusammentreffen mehrerer Handlungen (Art. 68 StGB) sowie der Rückfall (Art. 67 StGB) zu werten. Strafminderungsgründe liegen keine vor. Während das Verschulden des Angeklagten bezüglich des Konsums von Haschisch und der Widerhandlung gegen das ANAG sowie die Körperverletzung nicht allzu schwer wiegen, so ist es hinsichtlich des vorliegend eindeutig im Vordergrund stehenden Verkaufs von Kokain als erheblich zu bezeichnen. Dies insbesondere, weil der Angeklagte eine beachtliche Menge an Kokain gehandelt und er sich einer Tatbegehung während mindestens neun Monaten schuldig gemacht hat. Erheblich ins Gewicht fällt dabei, dass er selber nicht kokainabhängig war, womit kein Fall von Beschaffungskriminalität vorliegt. Vielmehr hat er aus reinem Eigennutz, das heisst einzig um seine Lebensverhältnisse zu verbessern, gehandelt. Straferhöhend ist daneben auch der Umstand zu werten, dass X. trotz mehrerer, teilweise einschlägiger Vorstrafen und verbüssteter Freiheitsstrafen weiter delinquierte. Dadurch legte er einen erheblichen kriminellen Willen an den Tag. Ihn scheinen die früheren Verurteilungen nicht beeindruckt zu haben. Auch zeigte er anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. Januar 2005 weder Reue noch Einsicht. Ebenfalls strafferhöhend ins Gewicht fällt der schlechte Leumund, der ihm sowohl seitens der Polizei als auch der Heimleitung des Durchgangszentrum E. in F. attestiert wird.

E. 19

Strafmindernd kann X. alias Y. sein teilweises Geständnis zu Gute gehalten werden. Zu Gunsten des Angeklagten ist zudem seine allgemeine Lebenssituation, insbesondere auch der Umstand, dass sein Kind bei der Geburt gestorben ist, zu werten. Mittlerweile hat er gemäss eigenen Aussagen auch sein Alkoholproblem überwunden und kümmert sich um die Kinder seiner Freundin. Unter Berücksichtigung sämtlicher Strafzumessungsgründe erscheint die von der Staatsanwaltschaft Graubünden geforderte Freiheitsstrafe von 30 Monaten Gefängnis, die teilweise als Zusatzstrafe zu den Strafmandaten des Kreispräsidenten Chur vom 24. April 2002 und 30. August 2002 ausgesprochen wird, als dem Verschulden und der Verhaltensweise von X. angemessen und gerechtfertigt. Dies auch insbesondere aufgrund der Tatsache, dass das Gesetz bei einer in den Umlauf gebrachten Drogenmenge von 18 Gramm reinen Kokains bereits eine Mindeststrafe von 12

Monaten vorsieht. Der Angeklagte indessen hat mehr als das Doppelte verkauft und daneben noch weitere Straftatbestände verübt. Hinzu kommen - wie bereits ausgeführt - die zahl- reichen Strafschärfungs- und Straferhöhungsgründe. Bei der Verletzung der Aus- kunftspflicht nach Art. 116 lit. a AsylG handelt es sich um eine Übertretung, welche mit Busse zu bestrafen ist. Aufgrund des Umstandes, dass X. kein Einkommen er- zielt und auf die finanzielle Unterstützung durch die Asylorganisation angewiesen ist, erscheint dem Gericht eine Busse von Fr. 200.-- als dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten angemessen. d) Nach Art. 69 StGB rechnet das Gericht dem Verurteilten die Untersu- chungshaft auf die Freiheitsstrafe an, soweit der Täter diese nicht durch sein Ver- schulden nach der Tat herbeigeführt oder verlängert hat. Gleiches gilt auch für die Polizeihaft. Nach der Praxis des Bundesgerichts darf von einer Anrechnung nur ab- gesehen werden, sofern der Beschuldigte durch sein - nach rechtsstaatlich vertret- baren Verfahrensgrundsätzen vorwerfbares - Verhalten nach der Tat die Untersu- chungshaft in der Absicht herbeigeführt oder verlängert hat, um dadurch den Straf- vollzug zu verkürzen oder zu umgehen (BGE 117 IV 404 E. 2c S. 408). Ablehnungs- gründe im Sinne dieser Rechtsprechung bestehen in Bezug auf X. nicht, so dass einer Anrechnung der erstandenen Polizeihaft von acht Tagen nichts entgegen- steht. 11. Der Richter verfügt gemäss Art. 58 Abs. 1 StGB die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt wa- ren, 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 Ge-

E. 20

genstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden (Abs. 2). Die mit Beschlag- nahmeverfügung vom 3. Dezember 2003 (act. 4.2/4) sichergestellten 1,4 Gramm Haschisch werden gestützt auf diese Bestimmung gerichtlich eingezogen und sind zu vernichten. 12. Nach Art. 59 Ziff. 1 StGB verfügt der Richter die Einziehung von Ver- mögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind oder die dazu bestimmt waren, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustan- des ausgehändigt werden. Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögens- werte nicht mehr vorhanden, erkennt der Richter auf eine Ersatzforderung des Staa- tes in gleicher Höhe (Art. 59 Ziff. 2 StGB). Indessen kann der Richter von einer Ersatzforderung absehen, wenn diese voraussichtlich uneinbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde (Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 StGB). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung postuliert in diesem Zusammen- hang eine dem Entschied vorausgehende umfassende Beurteilung der finanziellen Lage des Betroffenen (BGE 122 IV 299 E. 2b S. 302). X. hat eine grössere Menge Kokain in Umlauf gebracht. Die daraus resultie- renden finanziellen Mittel konnten jedoch nicht sichergestellt werden, weshalb vor- liegend eine Ersatzforderung in Frage kommt. Allerdings fehlen genauere Angaben zum effektiv erzielten Nettogewinn. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass der Angeklagte gemäss eigenen Angaben über keine Arbeit verfügt und daher keinen ausreichenden Verdienst erzielen kann, welcher die Begleichung einer Ersatzforde- rung möglich machen würde. Aufgrund dieser vermögensrechtlichen Situation ist davon auszugehen, dass eine allfällige Ersatzforderung gemäss Art. 59 Ziff. 2 StGB gegenüber dem Angeklagten uneinbringlich wäre, weshalb davon abgesehen wird. 13. X. ist algerischer Staatsangehöriger. Es gilt deshalb zu prüfen, ob der Angeklagte des Landes zu verweisen ist. a) Gemäss Art. 55 Abs. 1 StGB kann der Richter eine ausländische Per- son, welche zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt wird, für

drei bis fünfzehn Jahre aus dem Gebiet der Schweiz verweisen. Die Landesverweisung ist Nebenstrafe und Sicherungsmassnahme zugleich (BGE 114 Ib 1 E. 3a S. 3). Obwohl der zweite Gesichtspunkt im Vordergrund steht, verlangt ihre Eigenschaft als Nebenstrafe, dass sie in Anwendung von Art. 63 StGB festgesetzt wird, das heisst nach dem Verschulden des Täters unter Berücksichtigung der Beweggründe, des Vorlebens und der

E. 21

persönlichen Verhältnisse. Der Richter hat sich besondere Zurückhaltung aufzulegen, wenn der Ausländer lange in der Schweiz gelebt hat und hier verwurzelt ist, zu der eigenen Heimat aber keine Beziehungen mehr hat (vgl. BGE 104 IV 223 E. 1a S. 223f.). Damit ist der Sicherungszweck jedoch nicht ausgeschaltet. Es ist Sache des Richters, im Einzelfall dem Straf- und dem Sicherungszweck der Landesverweisung Rechnung zu tragen (BGE 123 IV 107 E. 1 S. 108 f.). Die Staatsanwaltschaft Graubünden überlässt es dem Gericht, ob und allenfalls für welche Dauer eine Landesverweisung gegen den Angeklagten auszusprechen ist. b) Bereits im Urteil des Kreisgerichts Chur vom 22. Oktober 1998 wurde gegen X. eine Landesverweisung für zehn Jahre ausgesprochen. Was den Sicherungszweck betrifft, so ist das öffentliche Interesse daran, ausländische Drogenhändler von der Schweiz fernzuhalten, klar gegeben. Hinzu kommt, dass er bereits mehrfach wegen verschiedener weiterer Delikte verurteilt wurde, jedoch unbeeindruckt davon weiter delinquierte. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass ein Asylgesuch des Angeklagten mit Urteil der Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) vom 15. Januar 1998 letztinstanzlich abgewiesen wurde. Seit Abschluss des Asylverfahrens verfügt er über keine gültige Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz und hält sich illegal hier auf. Obwohl er mittlerweile zusammen mit einer Freundin zusammenlebt, ist seine Bindung zur Schweiz noch nicht so stark. X. wird demnach für eine dem Gericht als angemessen erscheinende Dauer von sieben Jahren des Landes verwiesen. c) Unabhängig vom Entscheid über die Hauptstrafe ist zu prüfen, ob für die ausgesprochene Landesverweisung der bedingte Vollzug gewährt werden kann. Gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB kann der Richter deren Vollzug aufschieben, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Verbrechen und Vergehen abgehalten. Ob die Landesverweisung bedingt aufgeschoben oder vollzogen werden soll, hängt einzig von der Prognose über das zukünftige Verhalten des Verurteilten in der Schweiz ab. Es ist aufgrund einer Gesamtwürdigung zu entscheiden (BGE 119 IV 195 E. 3b S. 197), ob bei X. begründete Aussicht auf zukünftiges Wohlverhalten besteht. Dies ist zu verneinen, da der Angeklagte bereits mehrfach vorbestraft ist und keinerlei Einsicht in sein fehlerhaftes Verhalten zeigt. Es ist daher nicht auszuschliessen, dass X. auch nach der Verbüssung seiner Freiheitsstrafe wieder rückfällig wird und weiter delinquierte. Auf-

E. 22

grund dieser ungünstigen Prognose kann kein bedingter Vollzug der Landesverweisung gewährt werden. 14. Die Kosten der Strafuntersuchung, des Gerichtsverfahrens sowie der amtlichen Verteidigung gehen bei diesem Ausgang des Verfahrens zu Lasten des Verurteilten (Art. 158 Abs. 1 StPO). Demgegenüber sind die Kosten der angerechneten Polizeihaft und jene des Strafvollzuges vom Kanton Graubünden zu übernehmen (art. 158 Abs. 3 StPO in Verbindung mit Art. 188 StPO).