

GR_GERICHTE SF 2005 20 vom 4. Juli 2005

GR Gerichte, 2005-07-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SF_2005_20

FR: GR_GERICHTE SF 2005 20 du 4 juillet 2005

IT: GR_GERICHTE SF 2005 20 del 4 luglio 2005

Regeste

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz etc. | Betäubungsmittelgesetz

Erwägungen

E. 1

a) Art. 19 BetmG stellt den unbefugten Umgang mit Betäubungsmitteln unter Strafe, da deren Genuss für die Gesundheit der Menschen als schädlich betrachtet wird. Um dieser Gefahr für die menschliche Gesundheit zu begegnen, hat der Gesetzgeber unter Ziffer 1 der zitierten Gesetzesbestimmung diejenigen Handlungen mit Strafe bedroht, welche letztlich dazu führen oder führen können, dass Betäubungsmittel in Verkehr gebracht und so für mögliche Konsumenten zugänglich gemacht werden (BGE 120 IV 337). Als Betäubungsmittel gelten nach Art. 1 Abs. 1 BetmG abhängigkeits erzeugende Stoffe und Präparate der Wirkungstypen Morphin, Kokain und Cannabis. Gemäss Art. 19 Ziff. 1 BetmG macht sich unter anderem strafbar, wer Betäubungsmittel unbefugt lagert, versendet, befördert, einführt, ausführt oder durchführt (Abs. 3), wer sie unbefugt anbietet, verteilt, verkauft, vermittelt, verschafft, verordnet, in Verkehr bringt oder abgibt (Abs. 4), wer sie unbefugt besitzt, aufbewahrt, kauft oder sonst wie erlangt (Abs. 5) oder wer hierzu Anstalten trifft (Abs. 6). Das Strafmass beträgt, wenn die Tat vorsätzlich begangen wurde, Gefängnis oder Busse. Nach Art. 18 Abs. 2 StGB handelt vorsätzlich, wer ein Verbrechen mit Wissen und Willen ausführt. Zum Vorsatz gehört nur das auf die objektiven Merkmale des Deliktstatbestandes bezogene Wissen und Wollen, nicht aber auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder gar dasjenige der Strafbarkeit (BGE 107 IV 207). Aus dem Wissen des Täters um das Vorliegen eines objektiven Tatbestandes kann ohne Weiteres auf das Wollen geschlossen werden, wenn sein Handeln vernünftigerweise nicht anders denn als Billigung des vom Gesetz verpön-

E. 6

ten Verhaltens ausgelegt werden kann (BGE 92 IV 67). Der Täter muss wissen, dass der verkaufte Stoff Heroin, Kokain oder ein anderes Betäubungsmittel ist (Albrecht, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittel-Strafrecht, Art. 19 - 28 BetmG, Bern 1995, N 85 f. zu Art. 19 BetmG). 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). b) Der Angeklagte hat in der untersuchungsrichterlichen Schlusseinnahme vom 17. Dezember 2004 anerkannt, in der Zeit von anfangs Oktober 2004 bis zu seiner Verhaftung am 16. November 2004 insgesamt 305 g Heroin in O. übernommen und davon total 195 g an mehrere Personen verkauft zu haben (act. 1.6, S. 1 f.). In den verschiedenen polizeilichen Einvernahmen hat er einzelne Drogenabnehmer namentlich genannt und mit bestimmten Heroinmengen belastet. Anlässlich der untersuchungsrichterlichen Schlusseinnahme vom 17.

Dezember 2004 hat er seine diesbezüglichen Angaben jedoch relativiert und erklärt, wenn die Summe der von ihm bei der Polizei angegeben und zugeordneten Heroinmengen mehr als 195 g ergebe, so seien seine Angaben bei der Polizei vielleicht nicht sehr präzise gewesen (act. 1.6, S. 2 oben). Die vom Angeklagten mit Namen genannten Drogenabnehmer wurden im Rahmen von polizeilichen Ermittlungen bezüglich ihres Drogenerwerbs beim Angeklagten befragt (vgl. Dossier 5). Ihre Angaben zu den Heroinmengen, welche sie vom Angeklagten erstanden haben wollen, weichen teilweise ganz erheblich von den Angaben des Angeklagten ab, teilweise bestritten sie den Erwerb gänzlich. Es kann unter diesen Umständen mit Bezug auf die vom Angeklagten in Umlauf gebrachte Menge Heroin nicht unbesehen auf die Angaben abgestellt werden, welche der Angeklagte in den polizeilichen Befragungen zu den namentlich bekannten Konsumenten jeweils gemacht hat. Ebenso wenig aber können die Angaben der einvernommenen Käufer ohne weiteres übernommen werden. Fest steht jedoch, dass der Angeklagte in N. Heroin an verschiedene Personen verkauft hat. Dies hat der Angeklagte in den verschiedenen polizeilichen Befragungen (Dossier 6) und vor allem auch anlässlich der untersuchungsrichterlichen Schluss-einvernahme vom 17. Dezember 2004 (act. 1.6) anerkannt und es geht auch klar und unmissverständlich aus den Einvernahmen derjenigen Konsumenten hervor, welche den Angeklagten mittels Fotowahlkonfrontation eindeutig als diejenige Person identifiziert haben, welche ihnen Heroin verkauft hat (Dossier 5). Anerkannt hat der Angeklagte im weiteren, dass er unter mehreren Malen insgesamt 305 g Heroin in O. übernommen und davon 195 g in N. verkauft hat (untersuchungsrichterliche Schlusseinvernahme vom 17. Dezember 2004, act. 1.6, S. 2 oben). Diese Angaben

E. 7

des Angeklagten scheinen durchaus glaubhaft. Zählt man die Heroinmengen zusammen, die die Abnehmer gemäss ihren Aussagen in den polizeilichen Einvernahmen vom Angeklagten erworben haben wollen (vgl. Dossier 5), so ergibt dies 127 g Heroin. Es ist ohne weiteres möglich, dass der Angeklagte neben den namentlich bekannten Abnehmern noch weitere, im vorliegenden Verfahren nicht bekannt gewordene Drogenkonsumenten mit Heroin bedient hat. Die von ihm anerkannten 195 g Heroin, welche er nach seinen Angaben verkauft hat, sind somit durchaus plausibel. Im weiteren trug der Angeklagte 9.6 g Heroin auf sich, als er am 16. November 2004 von der Polizei kontrolliert wurde. In seinem Zimmer im Hotel Q. in N. fand die Polizei bei der anschliessenden Hausdurchsuchung 21 Minigripsäcklein mit je ca. 5 g Heroin, insgesamt 102,2 g (vgl. Rapport SD 4 vom 28. Februar 2005, act. 4.1, S. 3 und 4). Damit war der Angeklagte am 16. November 2004 im Besitz von 111.8 g Heroin. Zusammen mit den 195 g Heroin, die der Angeklagte zugegebenermassen weiterverkauft hat, ergibt dies eine Menge von 306.8 g Heroin, welche der Angeklagte gesamthaft besessen hat. Seine Angaben bezüglich der Menge an Heroin, die er in O. übernommen hat, erweisen sich folglich als glaubhaft. Damit ist nachgewiesen, dass der Angeklagte insgesamt 305 g Heroin übernommen hat. Davon hatte er 195 g bereits weiterverkauft. Die restlichen 110 g (gerundet), welche der Angeklagte zu einem kleinen Teil auf sich trug und zu einem grossen Teil in seinem Zimmer im Hotel Q. in N. versteckt hatte, waren ebenfalls für den Verkauf bestimmt (polizeiliche Einvernahme vom 25. November 2004, act. 6.5, S. 1 f.). Wem der Angeklagte konkret wie viel Heroin verkauft hat, vor allem ob er den einzelnen in der Anklageschrift namentlich genannten Abnehmern tatsächlich so viel Heroin wie angegeben abgegeben hat, oder ob es bei einigen mehr und bei anderen weniger gewesen ist, kann - da dies an der Strafbarkeit nichts ändert - offen bleiben. Im weiteren kann ernsthaft

nicht bestritten werden, dass Heroin unter das Betäubungs- mittelgesetz fällt. Somit ist erstellt, dass der Angeklagte den objektiven Tatbestand von Art. 19 Ziff. 1 BetrMG erfüllt hat, indem er unter mehreren Malen insgesamt 305 g Heroin an sich nahm, bei sich aufbewahrte und von dieser Gesamtmenge 195 g Heroin an unbekannt viele Personen weiterverkaufte. c) In subjektiver Hinsicht ist festzuhalten, dass der Angeklagte gemäss seinen Aussagen in der Untersuchung wusste, dass es sich bei dem Pulver, das er verkaufte, um Drogen handelte (vgl. zum Beispiel untersuchungsrichterliche Schlusseilvernahme vom 17. Dezember 2004, act. 1.6, S. 2 unten). Gleichzeitig hat er jedoch darauf hingewiesen, er habe nicht gewusst, dass es Heroin gewesen sei, das er verkauft habe, er habe nicht einmal gewusst, was Heroin sei (untersuchungs- richterliche Schlusseilvernahme vom 17. Dezember 2004, act. 1.6, S. 2). In diesem

E. 8

Zusammenhang ist festzuhalten, dass es zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes genügt, wenn der Täter weiss, dass er Drogen verkauft, er muss nicht konkret wissen, um welche Droge es sich handelt (vgl. BGE 104 IV 211). Dass der Ange- klagte dies gewusst hat, hat er zugegeben. Darüber hinaus sind die Ausführungen des Angeklagten, er habe nicht gewusst, dass er Heroin verkaufe, nicht glaubhaft. Der Angeklagte war erst gerade in die Schweiz eingereist. Er hat ausgesagt, dass er keinerlei Beziehungen zur Schweiz habe (untersuchungsrichterliche Einver- nahme zur Person vom 22. Dezember 2004, act. 2.3, S. 1). Der Angeklagte war den Abnehmern daher nicht bekannt, weder als Person noch als Drogendealer. Sie wussten deshalb auch nicht von vornherein, was für Drogen der Angeklagte anbot. Wenn er ihnen gegenüber also nur erklärt hätte, er habe Material zu verkaufen, wie er das in der Untersuchung geltend gemacht hat (polizeiliche Einvernahme vom 18. November 2004, act. 6.3, S. 2 unten), so wäre nicht klar gewesen, was er konkret anbot. Es hätte sich neben Heroin auch um Kokain oder um ein anderes Betäu- bungsmittel handeln können. Zweifellos aber hätten die Abnehmer nicht etwas ge- kauft, ohne zu wissen, um was es sich bei der Ware handelte. Unter diesen Um- ständen aber ist ohne weiteres davon auszugehen, dass der Angeklagte mit den Abnehmern darüber gesprochen hat, was für Ware er anzubieten hatte. Im übrigen sprechen F. und C. in ihren Einvernahmen ganz klar davon, dass der Angeklagte ihnen am Telefon Heroin angeboten habe (vgl. untersuchungsrichterliche Einver- nahme von F. vom 16. November 2004, act. 5.1, S. 2: „Aus heiterem Himmel erhielt ich einmal ein Telefon von A. und er machte mir das Angebot, Heroin zu verkaufen. ...“, und S. 3: „Wenn A. mich nicht kontaktiert hätte und mir Heroin angeboten hätte, hätte ich bestimmt kein Heroin mehr konsumiert.“; untersuchungsrichterliche Ein- vernahme von C. vom 28. Februar 2005, act. 5.12, S. 1: „... Irgendwann bekam ich von dieser Person [gemeint ist der Angeklagte] ein Telefon ob ich Heroin wolle. ...“). Es ist unter diesen Umständen entgegen den Aussagen des Angeklagten davon auszugehen, dass diesem sehr wohl bewusst war, dass er Heroin verkaufte. Im weiteren hat der Angeklagte gegenüber dem Untersuchungsrichter erklärt, er habe nicht gewusst, dass der Verkauf der Drogen verboten sei (untersuchungsrichterliche Schlusseilvernahme vom 17. Dezember 2004, act. 1.6, S. 2 Mitte). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass es für die Beantwortung der Frage, ob jemand vorsätzlich han- delte, nicht darauf ankommt, ob der Täter um die Rechtswidrigkeit oder gar um die Strafbarkeit seines Tuns wusste. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesge- richts gehört zum Vorsatz gemäss Art. 18 Abs. 2 StGB nur das auf die objektiven Merkmale des Deliktstatbestandes bezogene Wissen und Wollen (BGE 107 IV 207 mit Hinweisen). Der Angeklagte konnte daher vorsätzlich handeln, selbst wenn er nicht gewusst hätte, dass der

Handel mit Drogen illegal ist. Aufgrund der Aktenlage

E. 9

ist jedoch davon auszugehen, dass der Angeklagte darüber im Bilde war, dass sein Tun nicht legal war. Der Angeklagte hatte die Betäubungsmittel in einem Päckchen Zigaretten versteckt, als die Polizei ihn am 16. November 2004 kontrollierte (Rap- port SD 4 vom 28. Februar 2005, act. 4.1, S. 3 Ziff. 1). Er hatte von „B.“ die Anwei- sung erhalten, nicht zu oft spazieren zu gehen, damit er nicht auffalle (untersu- chungsrichterliche Schlusseilvernahme vom 17. Dezember 2004, act. 1.6, S. 2 un- ten). Und schliesslich hat er im Zusammenhang mit dem Besitz und dem Verkauf des Heroins erst allmählich die nun zur Verurteilung kommenden Mengen genannt. Zunächst hat er versucht, diese möglichst gering zu halten und nur gerade das ein- zugestehen, was ihm nachgewiesen werden konnte. Wenn der Angeklagte sein Tun tatsächlich für legal gehalten hätte, hätte es keinen Grund gegeben, das Heroin im Zigarettenpäcklein zu verstecken, sich nicht so oft in der Öffentlichkeit zu zeigen und nicht gerade von Beginn weg die korrekten Mengenangaben zu nennen. Das Verhalten und die Aussagen des Angeklagten sprechen somit eindeutig dafür, dass er sich durchaus bewusst war, dass sein Handeln ungesetzlich war. In subjektiver Hinsicht ist mithin davon auszugehen, dass der Angeklagte vorsätzlich handelte, war ihm doch bewusst, dass er Heroin verkaufte, und sind ihm die Betäubungsmittel offensichtlich weder ohne seinen Willen und sein Wissen zugekommen noch hat er sie ohne seinen Willen und sein Wissen gelagert und weitergegeben. d) Ist der Tatbestand der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 BetmG erfüllt, so ist zu prüfen, ob ein schwerer Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 BetmG vorliegt. Ein schwerer Fall liegt 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 (Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG). Viele Menschen im Sinne dieser Bestimmung sind nach der Rechtspre- chung zwanzig Personen oder mehr (BGE 121 IV 334), während eine Gesundheits- gefährdung bei physischer oder psychischer Abhängigkeit zu bejahen ist (BGE 106 IV 277). Nach der Praxis des Bundesgerichts ist die Annahme eines schweren Fal- les gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG an eine objektive und an eine subjektiver Voraussetzung geknüpft. Die objektive Voraussetzung besteht darin, dass sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmittel bezieht, welche die Gesund- heit vieler Menschen in Gefahr bringen kann (BGE 122 IV 362 f.). Massgebend ist dabei, wie viele Konsumenten gefährdet werden können und nicht, wie viele tatsächlich gefährdet worden sind, ist doch Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Für die Beantwortung der Frage, ob dem Angeklagten ein schwerer Fall zur Last gelegt werden muss, sind daher neben den verkauften 195 g Heroin auch die 110 g Heroin (gerundet) miteinzubeziehen, die der Angeklagte

E. 10

gelagert hatte und erst später verkaufen wollte. Es spielt im weiteren keine Rolle, ob neue Abnehmerkreise durch die Tathandlung erschlossen werden oder die ver- mittelten Abnehmer bereits süchtig sind (BGE 120 IV 338; 118 IV 205 f.; 111 IV 31 f.). Die Menge an Heroin für einen schweren Fall wurde in BGE 109 IV 145 festge- legt. Danach trete eine Gefährdung bei 12 Gramm reinem Heroin ein, weil damit über zwanzig Menschen über einen Zeitraum versorgt werden könnten, der ausrei- che, um bei drogenunerfahrenen Konsumenten das Risiko einer Abhängigkeit zu schaffen (BGE 109 IV 183 f.). Es spielt dabei keine Rolle, ob der Täter die Betäu- bungsmittel in einer einzigen grossen Portion

oder in vielen kleinen Teilmengen in Verkehr bringt (BGE 109 IV 145; 114 IV 167; 112 IV 363). Bei der Ermittlung der massgeblichen Menge ausser Betracht fallen lediglich die vom Täter für den Eigenkonsum verwendeten Mengen (BGE 110 IV 99). Entscheidend für die Subsumption unter Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG ist stets die Menge reinen Stoffes (BGE 122 IV 363). - Von dem am 16. November 2004 im Zimmer des Angeklagten im Hotel Q. in N. aufgefundenen und sichergestellten Heroin wurde eine Probe zur Analyse an die Kantonspolizei St. Gallen, Forensische Chemie und Technologie, geschickt (Rapport SD 4 vom 28. Februar 2005, act. 4.1, S. 5 oben). Gemäss forensischem Untersuchungsbericht der Kantonspolizei St. Gallen vom 18. Januar 2005 wies diese Probe ein Heroin-Gemisch mit einem Reinheitsgehalt von 12 % auf (act. 4.2, S. 2). Der Angeklagte hat ausgesagt, dass er sämtliches Heroin, das er verkauft und gelagert habe, von „B.“ bezogen habe (untersuchungsrichterliche Schlussfolgerung vom 17. Dezember 2004, act. 1.6, S. 2 Mitte). Unter diesen Umständen darf davon ausgegangen werden, dass die Qualität des Heroins immer ungefähr gleich war. Der Angeklagte hat mithin etwa 36.6 g reines Heroin verkauft beziehungsweise gelagert für den späteren Verkauf. Dies übertrifft die vom Bundesgericht bezeichnete, für die Annahme eines schweren Falles massgebliche Menge reinen Heroins um das Dreifache, weshalb vorliegend in objektiver Hinsicht ohne weiteres von einem schweren Fall im Sinne des Gesetzes zu sprechen ist. 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 Menschen gefährden kann. Um dies abschätzen zu können, ist nicht erforderlich, dass der Täter eigene Erfahrungen mit Betäubungsmitteln gemacht hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Händler, mögen sie selber drogenabhängig sein oder nicht, über die Art der gehandelten Drogen regelmässig im Bilde sind und angesichts der ihnen bekannten Drogensucht, aus der sie bewusst Nutzen ziehen, auch hinreichende Kenntnisse über die Gefährlichkeit ihrer Waren besitzen, um abschätzen zu können, ob eine verkaufte Menge für nur wenige oder für viele Menschen zur Gefahr

E. 11

werden kann (BGE 104 IV 215). Wie bereits einlässlich dargelegt, wusste der Angeklagte, dass er Heroin verkaufte. Gegenüber dem Untersuchungsrichter hat er jedoch erklärt, er habe sich keine Vorstellung darüber gemacht, wie gefährlich Heroin sei (untersuchungsrichterliche Schlussfolgerung vom 17. Dezember 2004, act. 1.6, S. 2). Es ist nicht nötig, dass sich der Täter das Gefährdungspotential der Droge, welche er verkauft, konkret vorstellt. Es genügt, wenn der Täter weiss, dass das von ihm gehandelte Betäubungsmittel eine Gefahr für die Gesundheit der Konsumenten darstellen kann. Der Angeklagte wusste, dass er mit Heroin handelte. Er wusste, dass dies eine Droge ist. Ohne Zweifel hat er im Umgang mit den Abnehmern auch erkennen können, dass Heroin abhängig machen kann, hat er doch in den wenigen Wochen, in denen er mit Drogen gehandelt hat, an bestimmte Personen immer wieder Heroin verkauft. Es ist zweifellos davon auszugehen, dass der Angeklagte über die Gefahr für die Gesundheit der Konsumenten, welche von Heroin ausgeht, im Bilde war. In Bezug auf die grosse Menge genügt Eventualvorsatz. Entscheidend ist somit, ob der Täter durch sein Verhalten in Kauf nahm, mit der von ihm gehandelten Menge eine grosse Zahl von Menschen in Gefahr zu bringen. Ein vorgefasster Entschluss, eine solcherart qualifizierte Menge umzusetzen, ist dagegen nicht erforderlich (BGE 112 IV 113). Der Angeklagte hat innerhalb weniger Wochen 195 g Heroin verkauft und 110 g Heroin (gerundet) gelagert, um sie später zu verkaufen. Indem er eine so grosse Menge Heroin gehandelt beziehungsweise an-

zum Handel getroffen hat, hat er ohne Weiteres zumindest in Kauf genommen, dass durch diese Menge eine grosse Anzahl Menschen in Gefahr gebracht werden kann. Somit liegt auch subjektiv ein schwerer Fall eines Verstosses gegen das Betäubungsmittelgesetz vor. Aus dem Gesagten erhellt, dass sich der Angeklagte der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG schuldig gemacht hat. 2. Wer rechtswidrig in die Schweiz einreist oder darin verweilt, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft. Mit dieser Strafe kann eine Busse bis zu Fr. 10'000.-- verbunden werden; in leichten Fällen kann auch nur auf Busse erkannt werden (Art. 23 Abs. 1 al. 4 und 6 ANAG). a) Rechtswidrig ist eine Einreise im Sinne von Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG dann, wenn sie ohne das dafür notwendige Ausweispapier beziehungsweise ohne Visum erfolgt. Sie ist auch dann rechtswidrig, wenn dafür ein gefälschtes Dokument verwendet wird und wenn die Schweiz nicht über einen offiziellen Grenzposten oder trotz bestehender Fernhaltmassnahme betreten wird (Spescha, Handbuch zum

E. 12

Ausländerrecht, Wien 1999, S. 142). Art. 3 der Verordnung über Einreise und Anmeldung der Ausländer (VEA) bestimmt die grundsätzliche Visumpflicht, von der Angehörige verschiedenster Staaten durch völkerrechtliche Verträge oder autonome Beschlüsse der Schweiz ausgenommen sind (Art. 4 VEA). aa) Der Angeklagte ist nach eigenen Aussagen Bürger von L.. Mit L. besteht weder ein völkerrechtlicher Vertrag noch ein autonomer Beschluss, welcher die Angehörigen dieses Staates von der Visumpflicht befreien würde. Der Angeklagte war gemäss Aktenlage im Besitz eines Asylausweises für Österreich, ausgestellt am 16. September 2004 (act. 7.4). Österreich ist Mitglied der EU. Es stellt sich damit die Frage, ob der Angeklagte aufgrund seines Status als Asylbewerber in Österreich in den Genuss der Personenfreizügigkeit kommen konnte, wie sie das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, in Kraft getreten am 1. Juni 2002, vorsieht, so dass er ohne Visum in die Schweiz hätte einreisen dürfen. Als der Angeklagte Österreich im Oktober 2004 verliess, um in die Schweiz zu fahren, war das Asylverfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen (vgl. Fax der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlberg vom 21. Dezember 2004, act. 3.9, wo diese festhält, das Asylverfahren sei am 10. November 2004 eingestellt worden). Der Angeklagte verfügte also in jenem Zeitpunkt nicht über ein gesichertes Aufenthaltsrecht in Österreich. Damit aber fällt ein visumsfreier Grenzübertritt im Rahmen der bestehenden Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU von vornherein ausser Betracht. Der Angeklagte reiste somit ohne Visum in die Schweiz ein, obwohl er ein solches benötigt hätte. Damit ist rechtsgenüchlich nachgewiesen, dass er den objektiven Tatbestand der rechtswidrigen Einreise gemäss Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG erfüllt hat. bb) Für den subjektiven Tatbestand der Widerhandlung gegen Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz genügt. Der Ausländer muss beim rechtswidrigen Betreten um das Fehlen mindestens einer Einreisevorsatz wissen oder es billigend in Kauf nehmen (Rorschacher, Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 [ANAG], Chur, O. 1991, S. 60). Der Angeklagte hat in der Untersuchung angegeben, er verfüge in Österreich über Asylstatus; er sei der Meinung gewesen, dass er deshalb in die Schweiz einreisen dürfe (untersuchungsrichterliche Hafteinvernahme vom 17. November 2004, act. 3.3, S. 2 oben). Auf ent sprechenden Vorhalt erklärte er in der untersuchungsrichterlichen Schlusseinvernahme vom 17. Dezember 2004, er habe nicht gewusst, dass er für die

Einreise

E. 13

und den Aufenthalt in der Schweiz ein Visum brauche; in Österreich habe er ja einen Ausweis als Asylant gehabt; er sei der Meinung gewesen, dass er deshalb in die Schweiz reisen dürfe; er habe sich aber nirgends erkundigt, ob dem so sei, und auch „B.“ habe ihm diesbezüglich nichts gesagt (act. 1.6, S. 3 unten). Der Angeklagte beruft sich damit offensichtlich auf einen Rechtsirrtum (Art. 20 StGB). Gemäss Art. 20 StGB kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder von einer Bestrafung Umgang nehmen, wenn der Täter aus zureichenden Gründen angenommen hat, er sei zur Tat berechtigt. Art. 20 StGB setzt in erster Linie voraus, dass der Täter kein Unrechtsbewusstsein hat. Er muss in der Vorstellung handeln, er tue überhaupt nichts Unrechtes (Trechsel/Noll, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4. Auflage, O. 1994, S. 144). Art. 20 StGB setzt weiter voraus, dass sich der Täter aus zureichenden Gründen im Recht gefühlt hat. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Grund zureichend, wenn dem Täter aus seinem Rechtsirrtum kein Vorwurf gemacht werden kann, weil der Irrtum auch bei der Anwendung der pflichtgemässen Sorgfalt unvermeidbar gewesen wäre (BGE 104 IV 184 und 265; 99 IV 186). Es ist erforderlich, dass der Irrtum „auf Tatsachen beruht, durch die sich auch ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen“ (BGE 98 IV 303, BGE 99 IV 186; Trechsel/Noll, a.a.O., S. 144). Wie bereits ausgeführt, war das Asylverfahren noch nicht abgeschlossen, als der Angeklagte Österreich verliess und in die Schweiz einreiste. Dies war dem Angeklagten bewusst (vgl. seine Aussage in der untersuchungsrichterlichen Einvernahme zur Person vom 22. Dezember 2004, act. 2.3, S. 1, wo er erklärte, dass er nicht wisse, wie das Asylverfahren in Österreich zur Zeit stehe. Daraus darf geschlossen werden, dass das Asylverfahren nach Kenntnis des Angeklagten noch nicht abgeschlossen war, als er Österreich verliess. Im übrigen ist auf der Asylausweiskarte des Angeklagten [act. 7.4] deutlich festgehalten, dass diese nur bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens Gültigkeit habe. Dass der Angeklagte noch im Besitze dieser Karte war, war für ihn daher ein klares Zeichen, dass das Verfahren noch nicht rechtskräftig erledigt war). Der Angeklagte wusste somit, dass er noch nicht als Flüchtling anerkannt war. Damit aber war offensichtlich, dass sein Aufenthaltsstatus in Österreich noch nicht gesichert war, bestand doch jederzeit die Möglichkeit, dass sein Asylgesuch abgewiesen werden würde und er daraufhin Österreich würde verlassen müssen. In dieser Situation aber, wo sich der Angeklagte zwar bis zum Abschluss des Asylverfahrens rechtmässig in Österreich aufhielt (vgl. seinen österreichischen Asylausweis, act. 7.4), er dort jedoch über keinen gesicherten Aufenthalt verfügte, hätte es sich für den Angeklagten ohne Zweifel klar und unmissverständlich aufgedrängt, sich vor seiner Reise in die Schweiz zu erkundigen, unter welchen Voraussetzungen der Grenzübertritt für ihn möglich wäre. Dies hat der Angeklagte nach eigenen Aus-

E. 14

sagen jedoch nicht getan. Vielmehr hat er ohne weitere Grundlage einfach angenommen, dass er zum Grenzübertritt berechtigt sei. Der Irrtum, in welchem der Angeklagte sich befunden haben will, war daher durchaus vermeidbar. Das Vorliegen zureichender Gründe ist unter diesen Umständen zu verneinen, weshalb sich der Angeklagte nicht erfolgreich auf einen Rechtsirrtum berufen kann. Im weiteren hat sich die Möglichkeit, dass der Angeklagte allein aufgrund seines Aufenthaltes als Asylbewerber in Österreich zum visumsfreien Grenzübertritt in die Schweiz nicht berechtigt sein könnte, so deutlich und

nachdrücklich aufgedrängt, dass aus dem Umstand, dass der Angeklagte trotzdem ohne Visum in die Schweiz eingereist ist, nur geschlossen werden kann, er habe die Verwirklichung dieser Möglichkeit in Kauf genommen. Der Angeklagte hat mithin eventualvorsätzlich gehandelt. b) Den objektiven Tatbestand von Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG erfüllt auch der-jenige, welcher rechtswidrig im Land verweilt. Rechtswidrig in der Schweiz verweilt, wer trotz eines rechtlichen Gebotes zur Ausreise oder eines rechtlichen Verbotes zum Aufenthalt über eine gewisse Dauer hinaus in der Schweiz anwesend ist. Mit Verweilen kann nicht jede noch so kurze Anwesenheit in der Schweiz gemeint sein (vgl. Rorschacher, a.a.O., S. 42). Die Frage, von welchem Zeitpunkt an der Ausländer nicht mehr nur anwesend ist, sondern im Sinne von Art. 23 Abs. 1 al. 1 ANAG verweilt, ist aufgrund des jeweiligen konkreten Sachverhaltes zu entscheiden. aa) Der Angeklagte ist an einem nicht mehr bestimmbar Tag im Oktober 2004 in die Schweiz eingereist. In der Folge hielt er sich zunächst einige Tage in O. auf, um anschliessend in N. im Hotel Q. ein Zimmer zu beziehen, wo er bis zu seiner Verhaftung am 16. November 2004 wohnte (polizeiliche Einvernahme vom 18. November 2004, act. 6.3, S. 1). Der Angeklagte verfügte gemäss Aktenlage weder über ein Visum noch über eine Aufenthaltsbewilligung. Aufgrund seines nicht gefestigten Aufenthaltsstatus als Asylbewerber in Österreich konnte er - wie bereits dargestellt - auch nicht in den Genuss der Personenfreizügigkeit kommen, wie sie das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, in Kraft getreten am 1. Juni 2002, vorsieht. Der Angeklagte hielt sich mithin mehrere Wochen ohne Bewilligung in der Schweiz auf. Er war damit augenscheinlich nicht nur ganz kurzfristig in der Schweiz anwesend, sondern er verweilte hier im Sinne des Gesetzes. Es ist somit rechtsgenügend nachgewiesen, dass der Angeklagte den objektiven Tatbestand von Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG erfüllt hat.

E. 15

bb) In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualvorsatz genügt. Der Ausländer muss beim rechtswidrigen Verweilen wissen oder es billigend in Kauf nehmen, dass er entweder keine Aufenthaltsbewilligung hat oder eine erteilte Aufenthaltsbewilligung nicht mehr gültig ist (Rorschacher, a.a.O., S. 60). Der Angeklagte hat in der untersuchungsrichterlichen Schlusseinvernahme vom 17. Dezember 2004 erklärt, er habe nicht gewusst, dass er für den Aufenthalt in der Schweiz ein Visum benötigt hätte; er sei der Meinung gewesen, er dürfe mit seinem österreichischen Asylausweis in die Schweiz reisen; er habe sich jedoch nirgends erkundigt, ob dem auch so sei (act. 1.6, S. 3). Der Angeklagte beruft sich mithin, wenn auch nicht explizit, auf einen Rechtsirrtum. Diesbezüglich kann grundsätzlich auf das bereits unter Ziffer 2 a bb Festgehaltene verwiesen werden. Als der Angeklagte Österreich im Oktober 2004 verliess, war das Asylverfahren noch nicht abgeschlossen. Dem Angeklagten war dies bewusst. Er wusste, dass er noch nicht als Flüchtling anerkannt worden war. Damit aber war auch offensichtlich, dass er nicht über ein gesichertes Aufenthaltsrecht in Österreich verfügte. In dieser Situation aber hätte es sich für ihn klar und unmissverständlich aufgedrängt, sich vor seiner Reise in die Schweiz zu erkundigen, unter welchen Voraussetzungen ein Aufenthalt in diesem Land für ihn möglich wäre. Der Angeklagte hat sich nach eigenen Angaben jedoch nicht informiert. Ohne weitere Grundlage hat er einfach angenommen, in der Schweiz verweilen zu dürfen. Der Irrtum, den der Angeklagte geltend macht, war folglich durchaus vermeidbar. Unter diesen Umständen aber kann sich der Angeklagte nicht erfolgreich auf einen Rechtsirrtum berufen. Die Möglichkeit, dass er zum Verweilen in der

Schweiz eine Bewilligung benötigen könnte, drängte sich deutlich und eindringlich auf. Indem der Angeklagte trotzdem mehrere Wochen in der Schweiz blieb, ohne sich zu erkundigen beziehungsweise ohne sich um eine Bewilligung zu bemühen, nahm er augenscheinlich in Kauf, dass er sich unrechtmässig in der Schweiz aufhielt. Er handelte mithin eventualvorsätzlich. f) Aus dem Gesagten erhellt, dass sich der Angeklagte einer Widerhandlung gegen Art. 23 Abs. 1 al. 4 ANAG schuldig gemacht hat. 3. a) Bei der Strafzumessung hat der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu bemessen, wobei er die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen berücksichtigt (Art. 63 StGB). Der Begriff des Verschuldens umfasst den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat. Der Bemessung der Schuld ist die Schwere der Tat zu Grund zu legen. Weiter unterscheidet man beim Verschulden Tat- und Täterkomponente. Bei der Tatkomponente sind insbesondere zu beachten das Ausmass des verschulde-

E. 16

ten Erfolges, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe, die Art. 63 StGB ausdrücklich erwähnt. Die Täterkomponente umfasst demgegenüber das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse, das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, wie zum Beispiel Reue, Einsicht oder Strafempfindlichkeit (vgl. BGE 129 IV 20; 118 IV 14; 117 IV 112 ff. 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). Im weiteren ist der Richter nicht an die Höhe des von der Anklage geforderten Strafmasses gebunden. Vielmehr hat er das Strafmass innerhalb des gesetzlichen Rahmens nach sorgfältiger Würdigung des Falles und unter Berücksichtigung der Milderungs- und Schärfungsgründe zu bestimmen (vgl. Art. 126 Abs. 2 StPO). Wenn jemand durch eine oder mehrere Handlungen Freiheitsstrafen verwirkt hat, 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 überschreiten und ist dabei zudem 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. Grundlage der Strafzumessung im vorliegenden Fall ist die in Art. 19 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG vorgesehene Strafe von Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter einem Jahr. Der Gesetzgeber hat damit zu erkennen gegeben, dass die Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG als ernst zu nehmendes Delikt zu qualifizieren ist. Die objektive Schwere des Deliktes im konkreten Einzelfall zeigt sich aber insbesondere anhand des Ausmasses des Erfolges und der Art der Ausführung des Verbrechens. Dies erlaubt dem Richter eine Verfeinerung der Wertung, die der Gesetzgeber vorgezeichnet hat. b) Das Verschulden des Angeklagten wiegt schwer. Die Menge der umgesetzten Drogen ist zwar für die Strafzumessung nicht von ausschlaggebender Bedeutung, sie bildet indessen einen ersten massgeblichen Anhaltspunkt für den kriminellen Willen des Täters (BGE 121 IV 193 = Pra 1996 Nr. 28). Auch der Gesetzgeber hat bei der Umschreibung des schweren Falles dem quantitativen Aspekt erhebliches Gewicht beigemessen. Dies sicher mit Recht, denn wer eine grosse Menge Rauschgift in Umlauf setzt und damit Leben und Gesundheit vieler Menschen gefährdet, nimmt eine besonders skrupellose und menschenverachtende Haltung ein und dokumentiert ein bedenkliches Mass an Gleichgültigkeit und mangelnder Achtung vor Leib und Leben seiner Mitmenschen, was grundsätzlich ein hohes Verschulden offenbart.

Im vorliegenden Fall hat der Angeklagte insgesamt

E. 17

zirka 305 g Heroin an sich genommen, wovon er ungefähr 195 g verkaufte und 111.8 g bei sich lagerte, um sie später zu verkaufen. Der Angeklagte hat damit augenscheinlich eine grosse Menge Betäubungsmittel in Umlauf gesetzt beziehungsweise Anstalten dazu getroffen und einen starken kriminellen Willen zum Ausdruck gebracht. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass der Angeklagte die 195 g Heroin in recht kurzer Zeit verkauft hat, nämlich im Zeitraum von Oktober 2004 bis zum 16. November 2004. Auch dies weist auf den ausgeprägten deliktischen Willen des Angeklagten hin. Der Angeklagte hat im weiteren aktiv um Käufer geworben, indem er potenzielle Abnehmer kontaktierte und seine Ware anbot. Er war offensichtlich entschlossen, so viel Heroin als möglich abzusetzen. Zudem hat der Angeklagte in der Untersuchung mehrfach erklärt, er habe selbst noch nie Drogen genommen; mit dem Verkauf der Betäubungsmittel habe er Geld verdienen wollen (polizeiliche Einvernahme vom 16. November 2004, act. 6.1, S. 2 und 3; untersuchungsrichterliche Schlusseinvernahme vom 17. Dezember 2004, act. 1.6, S. 2). Der Angeklagte war also nicht drogenabhängig und sein Verhalten war nicht durch einen suchtbedingten Beschaffungsdruck motiviert. Er handelte vielmehr aus geldwerten Motiven, nämlich zur Verbesserung seines Lebensstandards. Es bestand mit anderen Worten keine irgendwie geartete Notlage, die sein Verhalten in einem milderen Licht erscheinen liesse. Der Angeklagte handelte aus rein egoistischen Motiven, was erheblich erschwerend ins Gewicht fällt. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass der Angeklagte ohne Weiteres auf die illegale Einreise und den gesetzwidrigen Aufenthalt in der Schweiz sowie den Verkauf des Heroins hätte verzichten können, erhielt er in Österreich doch im Rahmen des Asylverfahrens, welches er durchlief, ohne Zweifel das für das Leben Notwendige. Es wäre für ihn ein Leichtes gewesen, die strafbaren Handlungen zu unterlassen, weshalb seine Entscheidung, trotzdem ohne Visum in die Schweiz einzureisen, hier zu verweilen und Betäubungsmittel zu verkaufen, um so schwerer wiegt. Strafmindernd Beachtung finden muss das Geständnis, welches der Angeklagte in der Untersuchung abgelegt hat. Ebenso spricht seine Vorstrafenlosigkeit zu seinen Gunsten. Strafschärfend wirkt das Zusammentreffen mehrerer Straftatbestände. Strafmilderungsgründe sind keine ersichtlich. In Würdigung sämtlicher Strafzumessungsgründe und in Anbetracht aller Umstände erachtet das Kantonsgericht eine Gefängnisstrafe von 30 Monaten als dem Verschulden des Angeklagten angemessen. Bei diesem Strafmass ist die Gewährung des bedingten Strafvollzuges bereits aus objektiven Gründen ausgeschlossen (Art. 41 StGB). c) Nach Art. 69 StGB rechnet das Gericht dem Verurteilten die Untersuchungsbeziehungsweise Polizeihaft auf die Freiheitsstrafe an, soweit der Täter

E. 18

diese nicht durch sein Verhalten nach der Tat herbeigeführt oder verlängert hat. Nach der neueren Praxis des Bundesgericht darf von einer Anrechnung nur abgesehen werden, wenn der Beschuldigte durch ein gemäss rechtsstaatlichen Grundsätzen objektiv vorwerfbares Verhalten nach der Tat, welches ihm zum Verschulden gereicht, die Polizei- oder Untersuchungshaft in der Absicht herbeigeführt oder verlängert hat, den Strafvollzug zu verkürzen oder zu umgehen (BGE 124 IV 2). Als solches Verhalten gilt weder die blosser Verweigerung von Aussagen noch das blosser Leugnen der Tat, denn der Beschuldigte ist nicht zur Offenbarung von Straftaten verpflichtet. Die Anrechnung hat indessen zu

unterbleiben, wenn der Beschuldigte die Behörden durch unwahre Behauptungen und Einwendungen zu weiteren und unnötigen Erhebungen veranlasste oder wenn er seine Verteidigungsrechte zur Erreichung sachfremder Zwecke missbrauchte (BGE 117 IV 406; BGE 105 IV 241). Ablehnungsgründe im Sinne der aufgeführten Rechtsprechung bestehen in Bezug auf den Angeklagten nicht, so dass einer Anrechnung der erstandenen Polizei- und Untersuchungshaft von 42 Tagen an die Strafe gestützt auf Art. 69 StGB nichts entgegen steht. 4. a) Gemäss Art. 55 Abs. 1 StGB kann der Richter den Ausländer, der zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt wird, für die Dauer von drei bis 15 Jahren aus dem Gebiete der Schweiz verweisen. Bei Rückfall kann Verweisung auf Lebenszeit ausgesprochen werden. Die Landesverweisung ist Nebenstrafe und Sicherungsmassnahme zugleich (BGE 114 Ib 3 f.). Auch wenn der 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 nach dem Verschulden des Täters festgesetzt wird, unter Berücksichtigung der Beweggründe, des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse des Schuldigen. In Anschlag zu bringen sind zudem Art und Tiefe der Beziehung des Verurteilten zu unserem Land. Damit ist der Sicherungszweck jedoch nicht ausgeschaltet. Es ist Sache des Richters, im Einzelfall dem Straf- und Sicherungszweck der Landesverweisung Rechnung zu tragen. Bezüglich der Länge der Landesverweisung ist anzumerken, dass zwischen der Dauer der Hauptstrafe und jener der Nebenstrafe in der Regel eine gewisse Übereinstimmung bestehen sollte, weil bei einem schweren Verschulden ein erhöhtes Sicherheitsbedürfnis gegeben ist, bei einem leichten entsprechend geringeres. Bei einer tiefen Hauptstrafe braucht aber nicht notwendigerweise eine kurze Landesverweisung und bei einer hohen Hauptstrafe eine lange ausgesprochen zu werden, doch hat der Richter diesfalls seinen Entscheid hinreichend und in einer für den Betroffenen nachvollziehbaren Weise zu begründen (BGE 123 IV 110 f.). - Der Angeklagte hat gemäss Beweisergebnis innerhalb weniger Wochen eine

E. 19

beträchtliche Menge Heroin bei sich gelagert und teilweise bereits verkauft. Damit hat er in erheblichem Masse gegen die geltende Rechtsordnung verstossen, was durch die vorliegend ausgesprochene Strafe von 30 Monaten Gefängnis verdeutlicht wird. Die Anordnung einer Landesverweisung ist somit grundsätzlich zulässig und erscheint sowohl unter Berücksichtigung des Straf- als auch des Sicherungszweckes als angezeigt. Das Verschulden des Angeklagten ist angesichts der Drogenmenge sowie der Tatsache, dass er einzig aus finanziellen Motiven handelte, als nicht mehr leicht zu bezeichnen. Die Art und der Umfang der getätigten Drogengeschäfte zeigen, dass der Angeklagte bei einem weiteren Verbleib in der Schweiz ein klares Risiko für die öffentliche Sicherheit darstellen würde. Im Hinblick auf die persönliche Bindung zur Schweiz ist festzuhalten, dass der Angeklagte in der untersuchungsrichterlichen Hafteinvernahme vom 17. November 2004 selbst angegeben hat, er habe in der Schweiz keine Verwandte; auch sonst bestehe keine Beziehung zur Schweiz (act. 3.3, S. 3). Bei der Verhängung einer Landesverweisung ist in derartigen Fällen weniger Zurückhaltung geboten als bei Ausländern, die seit längerer Zeit in der Schweiz leben, hier verwurzelt sind, kaum mehr Beziehungen zum Ausland haben und durch eine Landesverweisung folglich hart getroffen würden. Es darf zudem nicht vergessen werden, dass der Angeklagte sich vorliegend einzig in der Schweiz aufgehalten hat, um mit Betäubungsmitteln zu handeln. Was den Sicherungszweck betrifft, so ist das öffentliche Interesse, ausländische Drogendealer von der Schweiz fernzuhalten, klar gegeben. Im Lichte des Straf- und Sicherungszweckes besteht daher ein grosses Interesse

daran, den Angeklagten von der Schweiz fernzuhalten. Der Angeklagte wird daher für eine dem Gericht angemessen erscheinende Dauer von fünf Jahren des Landes verwiesen. b) 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 den Vollzug der Landesverweisung aufschieben, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Verbrechen oder 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; nicht von Bedeutung ist dabei die Frage, ob die Aussichten der Wiedereingliederung in der Schweiz oder im Heimatland besser sind. Ob der Vollzug geeignet sei, den Angeklagten von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, muss aufgrund einer Gesamtwürdigung entschieden werden (BGE 119 IV 195). In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatumständen das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und

E. 20

die Aussichten seiner Bewährung zulassen. Es ist unzulässig, unter den nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu berücksichtigenden Umständen einzelnen eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen (BGE 123 IV 107 E 4a). - Vorliegend gilt es zu beachten, dass der Angeklagte während seines Aufenthaltes in der Schweiz erheblich und wiederholt im Drogenhandel tätig war. Wie bereits im Zusammenhang mit der Strafzumessung ausgeführt wurde, wiegt sein Verschulden schwer. Der Angeklagte war zwar gemäss Aktenlage bis anhin vorstrafenlos und er musste im Rahmen des vorliegenden Strafverfahrens zudem 42 Tage in Untersuchungshaft verbringen, was einen gewissen Eindruck hinterlassen haben dürfte. Trotzdem darf nicht übersehen werden, dass er eigens zum Drogenhandel in die Schweiz kam, dass er ohne gültige Bewilligung in die Schweiz einreiste und mehrere Wochen in der Schweiz verblieb und dass er offensichtlich ohne grosse Bedenken an unbekannt viele Personen eine grosse Menge Betäubungsmittel verkaufte. Die fehlende Verankerung in der Schweiz lässt darüber hinaus nicht erwarten, dass er sich durch den bedingten Vollzug der Landesverweisung von weiteren Verbrechen oder Vergehen abhalten liesse. Angesichts des Verlaufs der Tatumstände kann somit nicht mit guten Gründen ausgeschlossen werden, dass der Angeklagte nicht nach Verbüsung der Strafe wieder der Versuchung unterliegen wird, sich in kürzester Zeit mit dem Handel von Betäubungsmitteln erneut Geld zu beschaffen. Damit erhalten die Anhaltspunkte für eine negative Prognose ein deutliches Übergewicht. Verbieten aber die Umstände die notwendige günstige Prognose, so ist die Landesverweisung unbedingt auszusprechen. c) Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das Bundesamt für Migration am 22. Dezember 2004 gegen den Angeklagten eine Einreisesperre bis zum 26. Dezember 2014, gültig ab 27. Dezember 2004, verfügt hat (act. 2.6). Bei der Einreisesperre gemäss Art. 13 ANAG handelt es sich um ein Instrument des Ausländerrechts. Sie hat nicht Straf-, sondern reinen Massnahmencharakter. Sie will nicht ein bestimmtes Verhalten ahnden, sondern künftigen Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorbeugen. Sie kann aufgehoben werden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse verändert haben und gleichzeitig eine sachliche Dringlichkeit besteht (Spescha, a.a.O., S. 139 f.). Bei der vorliegend ausgesprochenen Landesverweisung dagegen handelt es sich um ein Instrument des Strafrechts. Sie ist Nebenstrafe und Sicherungsmassnahme zugleich. Zum einen ist es daher auch ihr Ziel,

weitere Delikte zu verhindern. Insofern weist sie Züge einer Mass- nahme im weiteren Sinne auf. Zum andern aber ist sie eben Nebenstrafe. Sie hat folglich durchaus Strafcharakter und will ein bestimmtes Verhalten ahnden. Unter

E. 21

diesen Umständen können die Einreisesperre gemäss Art. 13 ANAG und die Landesverweisung gemäss Art. 55 StGB neben einander angeordnet werden, ohne den Grundsatz „ne bis in idem“ zu verletzen. 5. 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. Dabei sind an das Erfordernis der Gefährdung von Sicherheit, Sittlichkeit und öffentlicher Ordnung nicht zu strenge Anforderungen zu stellen (BGE 125 IV 185; 124 IV 121). Tatwerkzeuge sind im weiteren unabhängig davon einzu- ziehen, ob sie nur rechtswidrigem oder auch anderem Gebrauch dienen können. Entscheidend ist die durch den Täter realisierte oder beabsichtigte Verwendung, aufgrund welcher sich beurteilt, ob die Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden (BGE 114 IV 98 E 4; 81 IV 219 E 2). Von einer Einziehung kann nur abgesehen werden, wenn die Gefahr vor Abschluss des Verfahrens völlig behoben worden ist oder der Zweck der Mass- nahme durch weniger einschneidende Anordnungen hätte erreicht werden können (BGE 114 IV 98 E 4; 104 IV 149 E 2). Gemäss Abs. 2 der genannten Bestimmung kann der Richter anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden. b) Bei der Kontrolle des Angeklagten durch die Polizei am 16. November 2004 führte dieser 9.8 g Heroin mit sich, die sichergestellt wurden. Anlässlich der ebenfalls am 16. November 2004 erfolgten Hausdurchsuchung im Zimmer des Angeklagten im Hotel Q. in N. wurden 102.2 g Heroin sichergestellt (vgl. Rapport SD 4 vom 28. Februar 2005, act. 4.1, sowie Hausdurchsuchungsprotokoll vom 16. November 2004, act. 4.4). Mit Verfügung des Untersuchungsrichters vom 14. April 2005 (act. 4.7) wurden diese Betäubungsmittel beschlagnahmt. Bereits der unbefugte Besitz sowie das Lagern von Betäubungsmitteln sind strafbar. Vorliegend ging es jedoch nicht nur um den Besitz und die Lagerung der Betäubungsmittel. Der Angeklagte hat vielmehr angegeben, dass das Heroin, welches er bei sich trug, sowie das Heroin, das in seinem Zimmer gefunden worden sei, für den Verkauf bestimmt gewesen seien (polizeiliche Einvernahme vom 16. November 2004, act. 6.1, S. 1 f.; untersuchungsrichterliche Hafteinvernahme vom 17. November 2004, act. 3.3, S. 2 oben; polizeiliche Einvernahme vom 18. November 2004, act. 6.3, S. 3 oben; untersuchungsrichterliche Schlusseinvernahme vom 17. Dezember 2004, act. 1.6, S. 2

E. 22

oben). Es ist daher offensichtlich, dass die beschlagnahmten Betäubungsmittel zur Begehung einer strafbaren Handlung, nämlich dem Verkauf von Betäubungsmitteln an Dritte, bestimmt waren. Auch die damit verbundene Gefährdung der öffentlichen Ordnung liegt auf der Hand. Die Betäubungsmittel werden daher gestützt auf Art. 58 Abs. 1 StGB gerichtlich eingezogen; sie sind gestützt auf Art. 58 Ziff. 2 StGB zu vernichten. c) Ebenfalls am 16. November 2004 wurden beim Angeklagten ein Mobiltelefon der Marke Motorola und die dazugehörige SIM-Karte von Orange sichergestellt (Sicherstellungsprotokoll vom 16. November 2004, act. 4.5). Mit Verfügung des Untersuchungsrichters vom 14. April 2005 (act. 4.7) wurden diese Gegenstände beschlagnahmt. Der Angeklagte hat in der

Untersuchung ausgesagt, er habe über das Mobiltelefon mögliche Kunden angerufen und ihnen Ware angeboten (polizeiliche Einvernahme vom 18. November 2004, act. 6.3, S. 2 unten). Diese Aussage wird von verschiedenen Abnehmern bestätigt (vgl. zum Beispiel polizeiliche Einvernahme von F. vom 16. November 2004, act. 5.1, S. 2 Mitte). Mehrere Abnehmer haben im weiteren die Telefonnummer genannt, unter welcher sie den Angeklagten erreicht haben, um Heroin zu bestellen (vgl. Dossier 5). Diese genannte Telefonnummer entspricht derjenigen, welche zur beschlagnahmten SIM-Karte von Orange gehört, die sich im Mobiltelefon des Angeklagten der Marke Motorola befunden hat. Das Mobiltelefon der Marke Motorola sowie die SIM-Karte von Orange haben somit der Vorbereitung des Verkaufs von Betäubungsmitteln gedient. Damit jedoch haben beide zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient. Auch das Erfordernis der Gefährdung von Sicherheit, Sittlichkeit und öffentlicher Ordnung ist erfüllt. Das Mobiltelefon der Marke Motorola und die SIM-Karte von Orange werden daher gestützt auf Art. 58 Abs. 1 StGB zu Händen des Kantons Graubünden gerichtlich eingezogen. Wenn das Gericht - wie vorliegend - keinen Entscheid über verfallene Gegenstände getroffen hat, bestimmt die Staatsanwaltschaft gemäss Art. 187 StPO, was damit zu geschehen hat. 6. a) Nach Art. 59 Ziff. 1 StGB verfügt der Richter 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 wurden. Auch die Ausgleichseinziehung erfolgt ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person (vgl. Baumann, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2003, N 17 zu Art. 59). Vorliegend konnten am 16. November 2004 bei der Leibesvisitation des Angeklagten durch die Polizei € 500.-- und Fr.

E. 23

251.55 sichergestellt werden. Bei der am gleichen Tag durchgeführten Hausdurchsuchung im Zimmer des Angeklagten im Hotel Q. in N. fand die Polizei insgesamt Fr. 2'650.-- (Rapport SD 4 vom 28. Februar 2005, act. 4.1, S. 3 und 4; Hausdurchsuchungsprotokoll vom 16. November 2004, act. 4.4, S. 2). Der Angeklagte hat anlässlich der untersuchungsrichterlichen Schlusseinvernahme vom 17. Dezember 2004 erklärt, das bei ihm sichergestellte Schweizer Geld sei Drogenerlös; die sichergestellten Euros habe er noch von zu Hause mit nach Österreich genommen gehabt (act. 1.6, S. 3). Der Angeklagte hat damit anerkannt, dass es sich beim sichergestellten Geld in Schweizer Währung um Geld handelt, das aus dem Verkauf des Heroins stammt. Damit wurde es offensichtlich durch eine strafbare Handlung erlangt und würde grundsätzlich der Ausgleichseinziehung gemäss Art. 59 Ziff. 1 StGB unterliegen. Wie sich den Akten entnehmen lässt, wurde das Geld jedoch im Rahmen von Art. 73 StPO als Depositum für eine eventuelle Busse und Kosten sichergestellt (vgl. act. 1.2). Gemäss Art. 73 StPO können bereits bei der Vornahme der ersten Erhebungen Vermögensstücke des Täters im mutmasslichen Umfang von Busse und Verfahrenskosten sichergestellt werden, wenn der Täter keinen festen Wohnsitz in der Schweiz hat oder sonst die Gefahr besteht, dass er sich der Strafverfolgung entziehe. Der Angeklagte verfügte offensichtlich nicht über einen festen Wohnsitz in der Schweiz. Die erste Voraussetzung ist mithin erfüllt. Im weiteren befand sich das sichergestellte Geld auch im Eigentum des Angeklagten. Der Angeklagte hat das Heroin für „B.“ offenbar in Kommission verkauft (vgl. seine Aussage anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 25. November 2004, act. 6.5, S. 2, wo er erklärt hat, dass er das Heroin von „B.“ übernommen, verkauft und den Verkaufserlös an „B.“ abgeben hat). Der Angeklagte hat

mithin als indirekter Stellvertreter gehandelt. Die Wirkungen der Kaufverträge sind folglich beim Angeklagten eingetreten, weswegen er auch Eigentümer des Drogenerlöses geworden ist, allerdings mit der Verpflichtung, dieses Geld „B.“ abzuliefern. Die Sicherstellung im Rahmen von Art. 73 StPO erfolgte daher zu Recht. Der Angeklagte wird vorliegend wegen Handels mit Heroin verurteilt. Er wird daher die Kosten des Strafverfahrens zu tragen haben (Art. 158 Abs. 1 StPO). Da keine Busse ausgesprochen wird, ist das sichergestellte Geld mithin zunächst für die Begleichung der Kosten der Untersuchung und des Gerichts zu verwenden. Vorliegend wurde in Schweizer Währung insgesamt ein Betrag in Höhe von Fr. 2'901.55 sichergestellt. Bereits die Kosten der Staatsanwaltschaft Graubünden betragen mehr als Fr. 3'000.--, so dass der gesamte sichergestellte Betrag in Schweizer Währung zur Tilgung der Kosten des Strafverfahrens aufgewendet werden muss. Er kann daher nicht im Sinne von Art. 59 Ziff. 1 StGB eingezogen werden. Bezüglich der sichergestellten € 500.-- hat der Angeklagte ausgeführt, er habe dieses Geld bereits von zu Hause nach Österreich

E. 24

mitgenommen gehabt. Da der Angeklagte gemäss Aktenlage ausschliesslich in der Schweiz mit Heroin gehandelt hat und es sich bei den bekannten Abnehmern des Angeklagten durchwegs um Personen handelte, die in der Schweiz Wohnsitz hatten (vgl. Dossier 5), erscheint es nicht sehr wahrscheinlich, dass der Angeklagte im Gegenzug für das Heroin auch Euros als Zahlungsmittel erhalten hat. Seine Aussage ist daher glaubhaft. Es ist mithin vorliegend davon auszugehen, dass die sichergestellten € 500.-- nicht durch eine strafbare Handlung erlangt wurden. Dass sie dazu bestimmt gewesen wären, eine strafbare Handlung zu veranlassen oder zu belohnen, dafür finden sich in den Akten keine Hinweise. Die beim Angeklagten gefundenen und sichergestellten € 500.-- unterliegen folglich nicht der Ausgleichs- einziehung gemäss Art. 59 Ziff. 1 StGB. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch die € 500.-- im Rahmen von Art. 73 StPO für eine eventuelle Busse und Kosten sichergestellt worden sind (act. 1.2. Offensichtlich wurden die sichergestellten € 500.-- in Schweizer Franken gewechselt und anschliessend auf dem Empfangs- schein zusammen mit dem sichergestellten Geld, das bereits in Schweizer Währung aufgefunden worden war, als Depositum für eine eventuelle Busse und Kosten auf- geführt). Sie sind daher grundsätzlich für die Begleichung der Kosten des Strafver- fahrens zu verwenden. Da die Kosten der Staatsanwaltschaft Graubünden und des Gerichts den gesamten sichergestellten Geldbetrag übersteigen, ist der ganze si- chergestellte Betrag für die Tilgung der Kosten zu verwenden. b) Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vor- handen, so erkennt der Richter gemäss Art. 59 Ziff. 2 Abs. 1 StGB auf eine Ersatz- forderung des Staates in gleicher Höhe. Indessen kann der Richter von einer Er- satzforderung ganz oder teilweise absehen, wenn diese voraussichtlich uneinbring- lich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde (Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 StGB). Der Erlös aus den verkauften Betäubungsmitteln betrug gemäss Angaben des Angeklagten Fr. 7'300.-- (polizeiliche Einvernahme vom 25. November 2004, act. 6.5, S. 2). Davon behielt der Angeklagte nach eigenen Aussa- gen etwas für sich, den Rest übergab er „B.“ (untersuchungsrichterliche Schluss- einvernahme vom 17. Dezember 2004, act. 1.6, S. 3 Mitte). Wie viel Gewinn der Angeklagte mit dem Verkauf der Betäubungsmittel erzielt hat, konnte nicht errech- net werden. Die sichergestellten Geldbeträge in Höhe von Fr. 2'901.55 und € 500.- - sind - wie bereits ausgeführt - für die Kosten des Strafverfahrens zu verwenden. Weitere finanzielle Mittel konnten nicht sichergestellt werden, weshalb vorliegend einzig eine Ersatzforderung in Frage kommt. Der

Angeklagte hat nach eigenen Angaben keine Berufsausbildung absolviert. Er hat ausgesagt, er habe nie ein geregeltes Einkommen gehabt. Im K. habe er aber Gelegenheitsjobs ausgeführt und so

E. 25

seinen Lebensunterhalt finanziert (untersuchungsrichterliche Einvernahme zur Person vom 22. Dezember 2004, act. 2.3, S. 1 unten). In Österreich hatte der Angeklagte gemäss seinen Aussagen kein Einkommen (polizeiliche Einvernahme zur Person vom 16. November 2004, act. 2.2, S. 1 unten). Wie sich das Asylverfahren des Angeklagten in Österreich weiter entwickelt hat, geht aus den Akten nicht hervor. Da der Angeklagte jedoch ohne Berufsausbildung ist, ist davon auszugehen, dass er auch in Zukunft keinen grossen Verdienst erzielen wird, unabhängig von der Frage, ob er in Österreich Asyl erhalten hat oder erhalten wird und damit in Österreich verbleiben darf, oder ob er in den K. zurückkehren musste oder zurückkehren wird. Dass der Angeklagte über Vermögen verfügen würde, geht aus den Akten nicht hervor. Aufgrund der vermögensrechtlichen Situation des Angeklagten ist davon auszugehen, dass eine allfällige Ersatzforderung uneinbringlich wäre, weshalb von einer Ersatzabgabe gemäss Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 StGB abgesehen wird. 7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Untersuchungskosten der Staatsanwaltschaft Graubünden, die Gerichtsgebühr und die Kosten der amtlichen Verteidigung zu Lasten des Verurteilten (Art. 158 Abs. 1 StPO). Die Kosten der angerechneten Polizei- und Untersuchungshaft und des Strafvollzuges trägt der Kanton Graubünden (Art. 158 Abs. 3 StPO in Verbindung mit Art. 188 StPO).

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