

# **BGer 6P.33/2004 vom 3. August 2004**

Bundesgericht, 2004-08-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6P.33\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6P.33_2004)

FR: TF 6P.33/2004 du 3 août 2004

IT: TF 6P.33/2004 del 3 agosto 2004

## **Regeste**

Verfahren

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die staatsrechtliche Beschwerde ist grundsätzlich rein kassatorischer Natur ( BGE 124 I 327 E. 4a). Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten, soweit der Beschwerdeführer mehr als die Aufhebung des angefochtenen Urteils beantragt. Die staatsrechtliche Beschwerde muss gemäss Art. 90 Abs. 1 lit. b OG die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sind. Das Bundesgericht prüft nur klar und einlässlich erhobene Rügen und wendet das Recht nicht von Amtes wegen an ( BGE 127 I 38 E. 3c). Es tritt auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht ein ( BGE 125 I 492 E. 1b).

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von § 222 Abs. 1 des Gesetzes über die Strafrechtspflege des Kantons Aargau (StPO/AG), weil das Obergericht die Durchführung einer Berufungsverhandlung verweigert habe. Dies sei unverhältnismässig und nicht im Sinne dieser Bestimmung. Bevor eine zu vollziehende Freiheitsstrafe angeordnet werde, solle der Angeklagte persönlich angehört werden. Dazu gehöre auch eine Gefängnisstrafe von unter 18 Monaten, sofern sie unbedingt ausgesprochen werde. Sinngemäss macht der Beschwerdeführer damit eine willkürliche Anwendung der erwähnten Bestimmung der StPO/AG geltend. Die Anwendung und Auslegung des kantonalen Rechts prüft das Bundesgericht gestützt auf Art. 9 BV unter dem Gesichtspunkt der Willkür, d.h. es greift nur ein, wenn die Auslegung nicht nur unrichtig, sondern schlechthin unhaltbar ist ( BGE 128 I 177 E. 2.1 mit Hinweis auf BGE 116 Ia 102 E. 4a). § 222 Abs. 1 StPO /AG (in der Fassung des Gesetzes vom 9. September 1997) lautet: Bei der Beurteilung von Berufungen in Fällen, in denen im angefochtenen Urteil eine Freiheitsstrafe von über 18 Monaten oder eine freiheitsentziehende Massnahme ausgesprochen wurde oder mit der Berufung oder Anschlussberufung beantragt wird, und bei der Beurteilung von Wiederaufnahmegesuchen führt das Obergericht eine Parteiverhandlung durch. Diese kann unterbleiben, sofern die Parteien ausdrücklich darauf verzichten. Diese Bestimmung stellt nicht darauf ab, ob die Freiheitsstrafe bedingt oder unbedingt ausgefällt wird. Das Bezirksgericht hatte (nach Befragungen des Beschwerdeführers in den Verhandlungen vom 24. Januar 2002 und 27. Februar 2003; angefochtenes Urteil S. 5 und 8) eine unbedingte Freiheitsstrafe von 15 Monaten ausgesprochen. Im Berufungsverfahren kam weder eine darüber hinausgehende Freiheitsstrafe noch eine freiheitsentziehende Massnahme in Betracht. Das Obergericht

nimmt daher an, dass eine Parteiverhandlung nicht zwingend durchzuführen ist (angefochtenes Urteil S. 12). Diese mit dem Wortlaut übereinstimmende Auslegung von § 222 Abs. 1 StPO /AG ist nicht schlechthin unhaltbar und somit nicht willkürlich.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer rügt weiter eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil er im Zusammenhang mit der Beurteilung des bedingten Strafvollzugs nicht persönlich angehört worden sei und seine Haltung, Glaubwürdigkeit und Gewähr einer günstigen Prognose nicht habe darlegen können. Sinngemäss beruft er sich auf das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Dazu gehört das Recht des Betroffenen, sich vor dem Entscheid zur Sache zu äussern ( BGE 127 I 54 E. 2b). Ein Anspruch auf vorgängige Anhörung besteht insbesondere, wenn das Gericht seinen Entscheid mit Tatsachen ( BGE 124 I 49 E. 3c) bzw. einer Rechtsnorm oder einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, die im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurden, auf die sich die Parteien nicht berufen haben und mit deren Erheblichkeit im konkreten Fall sie nicht rechnen konnten ( BGE 128 V 272 E. 5b/bb ; 126 I 19 E. 2c/aa). Der für die Frage des bedingten Strafvollzugs massgebliche Sachverhalt wurde im erstinstanzlichen Verfahren abgeklärt. Wie erwähnt, führte das Bezirksgericht zwei Verhandlungen durch und hörte den Beschwerdeführer an. Dieser reichte im Berufungsverfahren eine Berufungsschrift ein, in der er sich zur Frage des bedingten Vollzugs der Freiheitsstrafe äusserte und in der er seinen Standpunkt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht darlegte. In der Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheids berücksichtigt das Obergericht neben den Aussagen des Beschwerdeführers vor dem Bezirksgericht (act. 253 und 266) auch die in der Berufung behauptete Augenerkrankung (angefochtenes Urteil S. 54). Das rechtliche Gehör ist dem Beschwerdeführer somit gewährt worden. Im Weiteren verzichtet das Obergericht in antizipierter Beweiswürdigung auf eine weitere Beweisabnahme (angefochtenes Urteil S. 12 f. mit Hinweis auf BGE 124 I 208 E. 4a). Dass diese Würdigung willkürlich wäre, legt der Beschwerdeführer nicht dar. Im Übrigen richtet er sich gegen die Verweigerung des bedingten Vollzugs der Freiheitsstrafe. Das ist eine Frage des Bundesrechts, auf die im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde nicht einzutreten ist.

### **E. 4**

Der Beschwerdeführer bringt vor, das Obergericht nehme willkürlich an, er habe Hanf mit einem erhöhten THC-Wert an A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ verkauft. Auch hier bezeichnet der Beschwerdeführer keinen Rechtssatz, der durch das angefochtene Urteil verletzt sein sollte. Sinngemäss bezieht er sich auf Art. 9 BV. Nach dieser Verfassungsbestimmung hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden. Willkür liegt vor, wenn die Behörde in ihrem Entscheid von Tatsachen ausgeht, die mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen, auf einem offenkundigen Fehler beruhen oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen. Dabei genügt es nicht, wenn das Urteil sich nur in der Begründung als unhaltbar erweist; eine Aufhebung rechtfertigt sich erst, wenn es im Ergebnis verfassungswidrig ist ( BGE 129 I 49 E. 4 ; 128 I 81 E. 2). Das Obergericht begründet, dass es sich im ersten Fall um Hanf mit einem THC-Wert zwischen 1 und 3 % und im zweiten Fall um Hanf zur Betäubungsmittelgewinnung handelte (angefochtenes Urteil S. 43 f. und 35 f.). Der Beschwerdeführer legt nicht dar, inwiefern diese Beurteilung willkürlich sei. Soweit er in Ziff. 30 der Beschwerde auf "Beilage 5 zur Berufung" (vom 5. September 2003) verweist, d.h. auf eine Untersuchung des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Bern vom 27.

März 2002, ist anzumerken, dass sich mit diesem Beleg keine Willkür in der Beweiswürdigung darlegen lässt (angefochtenes Urteil S. 42, Ziff. 11/a, mit Verweisung auf das Urteil des Bezirksgerichts S. 22 ff., insbesondere S. 24 betreffend die Probe Nr. 5 mit 0,3 %). Auf diese bloss appellatorische Kritik ist nicht einzutreten (oben E. 1). Die staatsrechtliche Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. II. Nichtigkeitsbeschwerde

#### **E. 5**

In der Nichtigkeitsbeschwerde muss kurz dargelegt werden, welche Bundesrechtssätze und inwiefern sie durch die angefochtene Entscheidung verletzt sind. Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Entscheides richten, das Vorbringen neuer Tatsachen, neue Einreden, Bestreitungen und Beweismittel, sowie Erörterungen über die Verletzung kantonalen Rechts sind unzulässig ( Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP ). Das Bundesgericht ist an die tatsächlichen Feststellungen der kantonalen Behörde gebunden ( Art. 277bis BStP ). Die Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde ist in dieser selber anzubringen ( BGE 106 IV 283 E. 2).

#### **E. 6**

Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Annahme des Eventualvorsatzes. Er habe immer nur den so genannten "Bauernhanf" und auch die im Sortenkatalog aufgeführte Sorte "Kompolti" angebaut. Vor den Bundesgerichtsentscheiden im Jahre 2000 sei er gar nicht auf die Idee gekommen, dass sein Bauernhanf als Betäubungsmittel betrachtet werden könnte. Aus den Akten gehe klar hervor, dass er nicht in Kauf genommen habe, eine Straftat zu begehen. Sein Hanfkraut habe keinen hohen THC-Gehalt aufgewiesen und sei nicht konsumbereit gewesen. Er habe keine Garantenstellung gehabt und könne nicht für die Gesetzesverletzung anderer zur Verantwortung gezogen werden. Die hohen THC-Werte seien nicht bewiesen.

##### **E. 6.1**

Der objektive Tatbestand des Erwerbs und Verkaufs von Betäubungsmitteln ist erfüllt, wenn Hanfprodukte vertrieben werden, deren Gehalt an THC den noch zulässigen Grenzwert überschreitet ( BGE 126 IV 198 E. 2). Gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. a Ziff. 4 BetmG fällt Hanfkraut als Rohmaterial ohne Rücksicht auf den Gehalt an psychoaktiven Substanzen unter das Betäubungsmittelgesetz. Indessen gilt nach der neueren Rechtsprechung, die sich an den von den zuständigen Bundesämtern erlassenen Grenzwerten orientiert, nur Hanf mit einem THC-Gehalt von über 0,3 % als Betäubungsmittel und darf nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG nicht in Verkehr gebracht werden ( BGE 126 IV 198 E. 1 mit Hinweis auf die Sortenkatalog-Verordnung). Im Übrigen unterstehen nach konstanter Rechtsprechung die verschiedenen Handelsformen des Cannabis (Marihuana, Haschisch, Haschischöl usw.) dem Betäubungsmittelgesetz ( BGE 120 IV 256 E. 2a), insbesondere auch der in den letzten Jahren aufgetretene Verkauf in der Form von "Duftsäcklein" ( BGE 126 IV 60 und 198). Der THC-Gehalt der vom Beschwerdeführer vertriebenen Produkte lag deutlich über diesen Grenzwerten (angefochtenes Urteil S. 18 und 22). Er bestreitet diese Feststellungen über den THC-Gehalt und richtet sich damit in unzulässiger Weise gegen die Beweiswürdigung. Darauf ist nicht einzutreten (oben E. 5).

##### **E. 6.2**

In subjektiver Hinsicht genügt Eventualvorsatz, dass also der Täter die Verwendung der von ihm vertriebenen Produkte als Betäubungsmittel in Kauf nimmt ( BGE 126 IV 198 E. 2). Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft innere Tatsachen, ist damit Tatfrage und kann im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde nicht zur Entscheidung gestellt werden ( BGE 125 IV 242 E. 3c). Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Die Vorinstanz kommt zum Ergebnis, der Beschwerdeführer habe bewusst THC-reiche Hanfsorten angebaut und die missbräuchliche Verwendung seines Hanfs billigend in Kauf genommen. Sie nimmt damit zu Recht eventualvorsätzliches Handeln an (angefochtenes Urteil S. 19 - 27 sowie S. 36 f. und 44). Was der Beschwerdeführer dagegen einwendet, ist unbehelflich. So lässt sich aus der Tatsache, dass für die in der Sortenkatalog-Verordnung aufgeführten Hanfsorten Anbaubeiträge ausgerichtet werden, offenkundig nicht ableiten, der Anbau anderer, THC-reicher Sorten sei legal. Dies um so weniger, als der dem Beschwerdeführer bekannte Anhang 4 der Sortenkatalog-Verordnung ausdrücklich auf den Grenzwert von 0,3 % hinweist. In diesem Zusammenhang wendet sich der Beschwerdeführer auch gegen die differenzierte und im Übrigen nicht entscheidende Erwägung der Vorinstanz, der Anbau von THC-reichem Hanf könne bei Vorliegen einer entsprechenden Bewilligung erlaubt sein (angefochtenes Urteil S. 25). Dieser Fall liegt hier nicht vor, so dass darauf nicht einzugehen ist (vgl. Art. 3, 8 BetmG sowie die BetmV, SR 812.121.1). Es kann ferner keine Rede davon sein, dass der Beschwerdeführer für die Gesetzesverletzung anderer zur Verantwortung gezogen würde.

## **E. 7**

Der Beschwerdeführer beruft sich auf einen Rechtsirrtum im Sinne von Art. 20 StGB . Er macht im Wesentlichen geltend, er sei im Jahre 1999 in einem gleichgelagerten Fall freigesprochen worden, und die Kantonspolizei habe in einem Rapport vom 2. Juni 1997 festgestellt, der Verkauf der damals bei einer Hausdurchsuchung entdeckten Duftsäcklein sei legal. Rechtsirrtum (Verbotsirrtum) ist anzunehmen, wenn der Täter aus zureichenden Gründen annimmt, er sei zur Tat berechtigt ( Art. 20 StGB ). Dabei handelt der Täter in Kenntnis aller Tatumstände und somit vorsätzlich, hält aber sein Tun versehentlich für erlaubt ( BGE 129 IV 238 E. 3.1). Art. 20 StGB ist nur auf den unvermeidbaren Rechtsirrtum anzuwenden. Vermeidbar ist dieser regelmässig, wenn der Täter selbst an der Rechtmässigkeit seines Verhaltens zweifelte oder hätte Zweifel haben müssen oder wenn er weiss, dass eine rechtliche Regelung besteht, er sich über deren Inhalt und Reichweite aber nicht genügend informiert. Dasselbe gilt, wenn er von der Behörde ausdrücklich auf die Rechtslage hingewiesen worden ist ( BGE 129 IV 6 E. 4.1; 120 IV 208 E. 5b). Als unvermeidbar gilt ein Rechtsirrtum beispielsweise nach einem früheren Freispruch bei gleichem Sachverhalt ( BGE 99 IV 185 E 3a; 91 IV 159 E. 7). Die Vorinstanz prüft diese Frage und in diesem Zusammenhang die Tragweite des Urteils des Obergerichts des Kantons Aargau (2. Strafkammer) vom 8. Juni 1999 eingehend und verneint einen Rechtsirrtum (angefochtenes Urteil S. 27 - 34). Dem Beschwerdeführer war damals vorgeworfen worden, Hanftee mit zu hohem THC-Gehalt veräussert zu haben. Die Mehrheit des Obergerichts kam jedoch im damaligen Urteil (S. 8 f.) zum Ergebnis, dass der THC-Gehalt nur unmassgeblich über den angenommenen Grenzwerten von 0,3 % bzw. 0,5 % lag und dass eine zusätzliche Absicht, aus dem Hanfkraut Betäubungsmittel zu gewinnen, nicht nachgewiesen werden konnte, weshalb ein Freispruch erfolgte (angefochtenes Urteil S. 32). Wie die Vorinstanz ausführt, konnte der Beschwerdeführer hieraus nicht folgern, er sei zum Anbau von Hanfkraut mit einem diesen Grenzwert um ein Mehrfaches übersteigenden THC-Gehalt berechtigt (angefochtenes Urteil S. 34). Vielmehr

war er damals vom Obergericht ausdrücklich auf die Grenzwerte hingewiesen worden. Allerdings wurde im damaligen Urteil des Obergerichts (S. 7) ausgeführt, die Tatbestandsmässigkeit hänge davon ab, ob das Hanfkraut konsumbereit sei oder dazu noch der Verarbeitung bedürfe. Indessen kann der Beschwerdeführer auch aus dieser Erwägung heute nichts für eine Entschuldbarkeit eines allfälligen Rechtsirrtums ableiten, weil er in den vorliegend zu beurteilenden Fällen bewusst THC-reiche Hanfsorten angebaut und die missbräuchliche Verwendung seines Hanfs in Kauf genommen hatte. Bereits im erwähnten Rapport der Kantonspolizei wurde festgestellt, dass die Duftsäcklein auch gekauft wurden, um den Hanf daraus in Form von Joints zu rauchen. Wie sich dem erwähnten Urteil aus dem Jahre 1999 (S. 8) entnehmen lässt, war der Beschwerdeführer im Jahre 1996 vom Kantonalen Laboratorium verwarnet und mehrmals auf die gesetzlichen Bestimmungen aufmerksam gemacht worden. Der Beschwerdeführer wurde sodann im freisprechenden Urteil auf die Grenzwerte hingewiesen. Die vorinstanzliche Beurteilung verletzt kein Bundesrecht.

#### **E. 8**

Der Beschwerdeführer führt in einer Bemerkung zur Strafzumessung aus, es könne nicht die Gewerbsmässigkeit festgestellt und die Strafe zusätzlich wegen genau desselben Grundes noch einmal verschärft werden (Beschwerde Ziff. 53). Dabei geht es um die Frage des Doppelverwertungsverbots bei der Strafzumessung. Die Vorinstanz nimmt Gewerbsmässigkeit im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG an und gewichtet strafehöhend, dass der Beschwerdeführer "aus (rein) finanziellen Motiven" gehandelt hatte (angefochtenes Urteil S. 51 oben). Sie durfte die Beweggründe ( Art. 63 StGB ; BGE 129 IV 6 E. 6.1) strafehöhend berücksichtigen (vgl. auch BGE 118 IV 342 E. 2b; 120 IV 67 E. 2b), weil die Beweggründe und die Gewerbsmässigkeit sich nicht decken müssen.

#### **E. 9**

Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, die Vorinstanz verletze mit der Verweigerung des bedingten Strafvollzugs Bundesrecht. Gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB kann der Richter den Vollzug einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten aufschieben, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten. Der Richter hat also eine Prognose über das zukünftige Verhalten des Täters zu stellen. Dabei steht dem Sachrichter ein erhebliches Ermessen zu. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid nur auf, wenn die Vorinstanz nicht von rechtlich massgebenden Gesichtspunkten ausgegangen ist oder diese in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens unrichtig gewichtet hat. Bei der Prüfung, ob der Verurteilte für ein dauerndes Wohlverhalten Gewähr bietet, ist eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen. In die Beurteilung mit einzubeziehen sind neben den Tatumständen auch das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussicht seiner Bewährung zulassen. Die persönlichen Verhältnisse sind bis zum Zeitpunkt des Entscheids zu berücksichtigen ( BGE 128 IV 193 E. 3a). Die Vorinstanz führt aus, für eine günstige Prognose würden der gute Leumund und die Vorstrafenlosigkeit sprechen, dagegen die Tatumstände und die offensichtliche Einsichtslosigkeit. Trotz erdrückender Beweislast bestreite der Beschwerdeführer sämtliche Vorwürfe und sei sich keines Unrechts bewusst. Er zeige auch keinerlei Reue. Ins Gewicht falle ferner, dass er trotz des hängigen Strafverfahrens erneut grosse Mengen Hanf mit einem zu hohen THC-Wert verkauft habe, was zu einer zweiten Anklageschrift geführt habe. Vor dem Bezirksgericht

habe er angegeben, weiterhin im Hanfbereich tätig sein zu wollen. Er wolle im nächsten Jahr wieder indischen Hanf ansäen und ein Gesuch um THC-reiche Sorten stellen. In einer zusätzlichen Erwägung führt sie aus, es sei nicht einzusehen, weshalb er trotz der Augenprobleme nicht weiterhin im Hanfbereich tätig sein könnte. Es bestehe die Möglichkeit, die Tätigkeiten, die er in diesem Bereich nicht mehr selber ausführen könne, durch Dritte ausführen zu lassen. Jedenfalls dränge sich aufgrund seiner Augenerkrankung nicht der Schluss auf, dass er nicht mehr gegen das Betäubungsmittelgesetz verstossen werde (angefochtenes Urteil S. 53 f.). Diese Beurteilung verletzt kein Bundesrecht. Die Vorinstanz nimmt zutreffend an, dass die Einsichtslosigkeit gegen eine günstige Prognose spricht (vgl. Roland M. Schneider, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 41 N. 98, 100). Entgegen der Beschwerde verneint sie eine günstige Prognose nicht wegen der Art oder Schwere des Delikts, sondern gewichtet die Tatumstände und das Fortsetzen der deliktischen Tätigkeit während des Strafverfahrens in zulässiger Weise als für die Prognose erhebliche Tatsachen. Auch die Einwendungen des Beschwerdeführers bezüglich der behaupteten Augenerkrankung sind unbehelflich. Die vorinstanzliche Erwägung besagt nur, dass die Augenerkrankung an der ungünstigen Prognose, die sich aus den erwähnten anderen Umständen ergibt, nichts ändert. III. Kosten und aufschiebende Wirkung

#### **E. 10**

Die staatsrechtliche Beschwerde und die Nichtigkeitsbeschwerde sind abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Entsprechend trägt der Beschwerdeführer die Kosten vor Bundesgericht ( Art. 156 Abs. 1 OG ; Art. 278 Abs. 1 BStP ). Mit den Entscheiden in der Sache sind die Gesuche um aufschiebende Wirkung gegenstandslos geworden.

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