

BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2013.56 vom 7. Mai 2014

BS Appellationsgericht, 2014-05-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2013.56

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2013.56 du 7 mai 2014

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT SB.2013.56 del 7 maggio 2014

Erwägungen

E. 1

1.1 Auf die form- und fristgerecht angemeldete und erklärte Berufung ist einzutreten. Eine Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils hat nur in den angefochtenen Punkten zu erfolgen (Art. 399 Abs. 3 und 4 sowie Art. 404 Abs. 1 der Strafprozessordnung; StPO, SR 312.0). Die Schuldsprüche werden nicht angefochten und haben daher Bestand. Die Berufung richtet sich einzig gegen die Strafzumessung.

1.2 Den Schuldsprüchen der Vorinstanz liegen folgende Sachverhalte zugrunde: Von ungefähr Juli 2011 bis September 2012 produzierte der Berufungskläger in seiner Wohnung an der [...]strasse in Basel in einem eigens zu diesem Zweck angeschafften Grow-Zelt insgesamt fünf Ernten hochpotentes Marihuana. Ab 1. Februar 2012 mietete er zum Zweck der Produktion von Hanfpflanzen eine zweite Wohnung an der [...]strasse und installierte dort zwei weitere Zelte, wovon eines der Aufzucht der Stecklinge diente. In dieser Lokalität konnte der Berufungskläger einmal ernten. Die zweite Ernte wurde in voller Reife von der Polizei anlässlich einer Hausdurchsuchung am 24. September 2012 beschlagnahmt. Auch in der Wohnung an der [...]strasse fand am 21. September 2012 eine Hausdurchsuchung statt, bei welcher Hanfpflanzen, teilweise auch getrocknet, sichergestellt werden konnten. Insgesamt ist deshalb von sechs Ernten à 200 Gramm, also von insgesamt 1,2 Kilogramm Marihuana auszugehen. Ungefähr die Hälfte des geernteten Marihuanas diente dem Eigenkonsum des Berufungsklägers, die andere Hälfte hat er an Freunde sowie Personen, welche ihm vermittelt wurden, verkauft.

1.3 Der Berufungskläger anerkennt den Schuldspruch wegen des Anbaus und Verkaufs von Marihuana gemäss Art. 19 Abs. 1 BetmG sowie wegen Marihuana-Konsums gemäss Art. 19a BetmG.

Gerügt wird in der Berufungsbegründung vor allem die Strafzumessung der Vorinstanz und zwar in verschiedener Hinsicht: Zunächst zweifelt die Verteidigung an, ob bezüglich des Vergehens gegen das Betäubungsmittelgesetz tatsächlich eine Strafschärfung aufgrund von Art. 49 Abs. 1 StGB erfolgen durfte, da dem Anbau und Handel ein einziger Tatentschluss zugrunde liege. Sodann bemängelt die Verteidigung, dass die Vorinstanz die für den Schuldspruch und damit auch für die Strafzumessung relevante Drogenmenge nicht bestimme bzw. der Beurteilung ausgewichen sei, wie viel davon vom Berufungskläger selbst konsumiert worden und wie viel davon in den Verkauf gelangt sei. Die Fragestellung sei entsprechend den Angaben des Berufungsklägers zu beantworten, welcher angibt, ca. die Hälfte konsumiert und die andere Hälfte verkauft zu haben. Für die Strafzumessung sei deshalb von einer relevanten verkauften Menge von 600 Gramm auszugehen. Es handle sich zwar um keinen qualifizierten Fall nach Art. 19 Abs. 2 BetmG. Doch auch in einem nicht qualifizierten Fall sei die Strafmilderung gemäss Art. 19 Abs. 3 lit. b BetmG

anzuwenden. Aus dem erstinstanzlichen Urteil gehe in keiner Weise hervor, ob überhaupt und in welcher Weise die Strafmilderung tatsächlich Berücksichtigung gefunden habe, auch wenn die Vorinstanz angebe, den Eigenkonsum resp. den Beschaffungszwang beim Verschulden des Berufungsklägers zu berücksichtigen. Dies widerspreche den Anforderungen von Art. 50 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB, SR 311.0). Die Marihuana-Abhängigkeit und der damit einhergehende Beschaffungs- und Finanzierungsdruck des Berufungsklägers müssten zu einer wesentlichen Strafmilderung führen, welche transparent und nachvollziehbar in die Strafzumessung einzufließen habe.

Bezüglich der Erwägungen der Vorinstanz zu den Vorstrafen wendet die Verteidigung ein, dass in der Sache nur eine und nicht zwei Vorstrafen bestünden. Denn das zweite Urteil (Urteil des Bezirksstatthalteramtes Sissach vom 18. Oktober 2006) habe sich auf Straftaten der Jahre 2002 bis 2004 bezogen, welche im ersten Urteil nicht beurteilt worden seien. Damit handle es sich um eine vollständige Zusatzstrafe zum ersten Urteil.

Die Verteidigung rügt im Weiteren, dass die Vorinstanz die Voraussetzungen des bedingten Strafvollzugs zu Unrecht nach dem Massstab von Art. 42 Abs. 2 StGB beurteilt ■ und schliesslich verneint ■ habe. Korrekt sei die vorinstanzliche Feststellung, dass das Urteil vom 31. März 2005 nicht mehr in die Fünfjahresfrist gemäss Art. 42 Abs. 2 StGB falle. Mit der zweiten Vorstrafe, welche mit Strafbefehl vom 18. Oktober 2006 durch das Bezirksstatthalteramt Sissach ausgefällt worden sei, sei der Berufungskläger hingegen lediglich zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von dreieinhalb Monaten und einer bedingt löschbaren Busse von CHF 300.■ verurteilt worden. Zudem sei zu berücksichtigen, dass dieser Strafbefehl als vollständige Zusatzstrafe zum Urteil vom 31. März 2005 ergangen sei. Denn gemäss Art. 49 Abs. 2 StGB solle eine Schlechterstellung des Täters durch die Aufteilung der Strafverfolgung in mehrere Verfahren vermieden werden. In Beachtung dieses Schlechterstellungsverbot liege somit unter materiellen Gesichtspunkten weder eine in die Frist fallende Verurteilung noch eine erforderliche Mindeststrafe vor, womit es an den Anwendungsvoraussetzungen von Art. 42 Abs. 2 StGB fehle. Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB sei eine günstige Prognose zu vermuten. Tatsächlich lägen starke Hinweise für eine günstige Prognose vor, zum Beispiel, dass sich der Berufungskläger beruflich wieder habe integrieren können und schon seit längerer Zeit bei der [...] in Liestal arbeite.

E. 2

2.1 An die Strafzumessung werden drei allgemeine Anforderungen gestellt: Sie muss zu einer verhältnismässigen Strafe führen (Billigkeit), ein Höchstmass an Gleichheit gewähren (Rechtssicherheit) sowie transparent, überzeugend begründet und dadurch überprüfbar sein (Legitimation durch Verfahren; vgl. Affolter-Eijsten, in: Trechsel/Pieth, Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2. Auflage 2013, Art. 47 N 3; Wiprächtiger/Keller, in: Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Auflage, 2013, Art. 47 N 10; AGE 360/2006 vom 5. Januar 2007). Massgeblich für die Strafzumessung ist gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB das Verschulden des Täters. Dabei zu berücksichtigen sind das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse und die Strafempfindlichkeit des Täters. Die Bewertung des Verschuldens wird in Art. 47 Abs. 2 StGB dahingehend präzisiert, dass dieses nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt wird, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Dem Gericht steht bei der Gewichtung der verschiedenen

Strafzumessungsfaktoren ein grosser Ermessensspielraum zu (BGE 134 IV 17 E. 2.1 S. 19 f.). Gemäss Art. 50 StGB hat das Gericht die für die Zumessung der Strafe erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten; es hat seine Überlegungen in den Grundzügen wiederzugeben, so dass die Strafzumessung nachvollziehbar ist (BGE 136 IV 55 E. 5.4 S. 59 m.H.).

2.2 Diesen Vorgaben hat die Vorinstanz ■ mit einer Einschränkung, auf die zurückzukommen sein wird ■ Rechnung getragen, indem sie das Verschulden des Berufungsklägers sorgfältig und unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Aspekte gewürdigt hat. Zu Recht hat sie die Strafe nicht nach einem allgemeinen ■ Tarif ■ bemessen, sondern eine individuelle Strafzumessung vorgenommen (vgl. erstinstanzliches Urteil S. 5 ff.). Das Strafgericht hat, gestützt auf die zum Minimum tendierenden Angaben des Berufungsklägers eine Marihuanaproduktion von mindestens 1,2 Kilogramm als erstellt erachtet. Davon will der Berufungskläger die Hälfte konsumiert und die andere Hälfte verkauft haben. Die Vorinstanz hat die Plausibilität dieses Vorbringens mit der Erwägung relativiert, der Erlös aus dem Marihuanaverkauf habe offensichtlich nicht bloss den Eigenkonsum des Berufungsklägers gedeckt. Vielmehr habe die Absicht bestanden, die hohen Investitionen von CHF 12'500.■ für die Zelte sowie die Plantagenwohnung mit einem Mietzins von CHF 1'100.■ pro Monat (während 5 bis 6 Monaten) zu finanzieren. Dem ist beizupflichten. Die Erlöse aus der verkauften Menge von rund 600 Gramm (100 Gramm zu CHF 800.■; 4,5 Gramm zu CHF 50.■) ergäben einen Betrag von zwischen CHF 5'000.■ und 6'000.■. Für die Miete benötigte der Berufungskläger 5 bis 6 mal CHF 1'100.■. Dies entspricht CHF 5'500.■ bis 6'600.■. Wenn die Investitionskosten von CHF 12'500.■ dazugerechnet werden, liegen die Ausgaben bei rund CHF 20'000.■. In der Annahme, dass in diesem Zusammenhang die vom Berufungskläger geltend gemachten Schulden von CHF 10'000.■ noch bestehen, hätte er durch den Verkaufserlös immerhin ungefähr CHF 10'000.■ decken müssen. Mit seinem regulären Einkommen, welches damals laut seinen Angaben zwischen CHF 4'200.■ und 5'200.■ pro Monat lag, kann die Deckung der Restauslagen in dieser Grössenordnung nicht erfolgt sein (vgl. eigene Angaben zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen im Einvernahmeprotokoll vom 10. Oktober 2012; Akten S. 6). Wäre es dem Berufungskläger nur darum gegangen, seinen Eigenkonsum zu finanzieren (über die ganze Zeitspanne nach eigenen Angaben ca. 600 Gramm; vgl. Berufungsbegründung S. 2), so wäre es für ihn wesentlich günstiger gewesen, das benötigte Marihuanadirekt anzukaufen. Dies hätte ihn in der Zeit von Juli 2011 bis September 2012 (15 Monate) insgesamt rund CHF 5'000.■ bis 6'000.■ gekostet und wäre somit bei monatlichen Kosten von CHF 400.■ ohne weiteres aus seinem legal erzielten Einkommen zu finanzieren gewesen. Zudem wären keine Investitionen bzw. Auslagen für Zelte und Wohnungsmiete in der Höhe von rund CHF 20'000.■ angefallen. Wer dermassen viel finanzielle Mittel investiert bzw. auslegt, kann nicht nur die Finanzierung des weitaus billigeren Eigenkonsums im Auge gehabt haben. Den Erwägungen der Vorinstanz zur gehandelten Menge und dem Eigenkonsum kann in Anbetracht dieser Erwägungen beigespflichtet werden (erstinstanzliches Urteil S. 3 f.). Darauf ist im Übrigen zu verweisen (Art. 82 Abs. 4 StPO).

2.3 Die Betäubungsmittelabhängigkeit des Berufungsklägers und der damit einhergehende Beschaffungsdruck ■ an und für sich entlastende Elemente ■ sind aufgrund der oben dargelegten Überlegungen stark zu relativieren und fallen nur marginal ins Gewicht. Ergänzend ist anzuführen, dass dem Berufungskläger angesichts seiner

Einkommensverhältnisse von monatlich zwischen CHF 4'200.■ und 5'200.■, die legalen Mittel zur Verfügung gestanden hätten, um seinen Konsum zu decken. Zudem lässt das Ausmass der Investitionen für den Marihuana-Anbau die Komponente Beschaffungsdruck gegenüber kommerziellen Motiven deutlich in den Hintergrund treten. Einzig die Abhängigkeit und der damit verbundene Umstand, dass der Berufungskläger in der Drogenszene verhaftet war ■ was den Einstieg in diese Tätigkeit begünstigt haben dürfte ■ kann leicht entlastend berücksichtigt werden.

Zum Vorbringen der Verteidigung, dass Art. 19 Abs. 3 lit. b BetmG, also Strafmilderung bei Abhängigkeit des Täters sowie Finanzierungsdruck, auf den vorliegenden Fall anzuwenden sei, ist anzumerken, dass dies dem klaren Wortlaut der Bestimmung widerspricht. Denn Art. 19 Abs. 3 lit. b BetmG nimmt Bezug auf Widerhandlungen gemäss Absatz 2, also qualifizierte Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz. Vorliegend handelt es sich jedoch klar um einen leichten Verstoss gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 BetmG, welcher an sich schon einen tiefen Strafraum vorsieht. Die Strafmilderung nach Art. 19 Abs. 3 lit. b BetmG findet keine (zusätzliche) Anwendung.

2.4 Richtig ist, dass die beiden Vorstrafen materiell Taten aus den Jahren 2000 bis 2004 betreffen und somit bis zum Wiedereinstieg in die Drogenaktivitäten im Jahre 2011 einige Zeit vergangen ist. Dies ist auf der einen Seite positiv zu werten. Auf der anderen Seite ist es aber auch bedenklich, dass selbst nach einer sehr langen Abstinenzzeit ein Rückfall in eine Marihuana-Anbautätigkeit festzustellen ist. Dies ist als eher ungünstiger Umstand einzustufen. In diesem Zusammenhang ist auch von Bedeutung, dass die letzte Strafe vom 18. Oktober 2006 zwar eine vollständige Zusatzstrafe war, aber gleichwohl dem Berufungskläger in diesem Zeitpunkt nochmals an den Ernst der Lage erinnert hat. Im Zusammenhang mit der Prognosestellung ist dieses Datum daher durchaus von Bedeutung.

2.5 Als eigentliche positive Faktoren sind vorliegend, wie dies auch die Vorinstanz getan hat (erstinstanzliches Urteil S. 6), die gewisse Stabilisierung der persönlichen Verhältnisse ■ feste Stelle, ■ Rückkehr ■ in die Familie, Schuldensanierung ■ und die relativ grosse Geständnisbereitschaft einzustufen.

2.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die 240 Tagessätze dem Verschulden angemessen sind, weil die Abhängigkeit nur marginal ins Gewicht fällt und finanzielle Interessen im Vordergrund stehen. Die Verteidigung irrt, wenn sie die seinerzeitige 14-monatige Freiheitsstrafe, welche eine Menge von 26 Kilogramm Marihuana betraf, nun einfach auf die Menge von 600 Gramm hinunterbrechen will. Zum einen ist die Drogenmenge als Strafzumessungsfaktor nur einer unteren anderen. Zum anderen ist gerade bei grossen Drogenmengen ein gewisser ■ Rabatt ■ zwingend inbegriffen, weil nach oben immer noch grössere Mengen zur Diskussion stehen, die die Strafe aber nicht ins Unermessliche ansteigen lassen können. Tendenziell fällt daher die Strafe für kleinere Mengen höher aus. Schliesslich darf auch nicht unerwähnt bleiben, dass die 14-monatige Freiheitsstrafe einen damaligen Ersttäter betraf.

Die Höhe des Tagessatzes von CHF 30.■ ist in der zweitinstanzlichen Verhandlung mit Hinweis auf ein Bundesgerichtsurteil (BGer 6B_313/2013 E. 2.1) angefochten und eine Reduktion der Tagessatzhöhe von 10 ■ 30% verlangt worden (Verhandlungsprotokoll 2. Instanz S. 8). Im Urteil führt das Bundesgericht aus, dass bei einer hohen Anzahl Tagessätze ■ namentlich bei Geldstrafen von mehr als 90 Tagessätzen ■ regelmässig eine

Reduktion um 10■30 Prozent angebracht ist, da mit zunehmender Dauer die wirtschaftliche Bedrängnis und damit das Strafleiden progressiv ansteige. Diesem Argument ist zu folgen und die Tagessatzhöhe auf CHF 25.■ zu reduzieren.

E. 3

Bezüglich der Frage des bedingten Strafvollzuges wendet die Verteidigung zu Recht ein, dass ein Anwendungsfall von Art. 42 Abs. 1 StGB gegeben ist und nicht ein solcher von Art. 42 Abs. 2 StGB. Zwar ist das Datum der Zusatzstrafe vom 18. Oktober 2006 von Relevanz für die Frage, ob der Berufungskläger die neuen Taten innerhalb des Zeitraums von 5 Jahren seit seiner letzten Verurteilung begangen hat. Der Tatzeitpunkt für die neuen Taten wird nach der Anklageschrift auf ca. Juli 2011 bis September 2012 festgelegt und liegt damit innerhalb der 5-Jahresfrist. Allerdings betrug die Strafe vom 18. Oktober 2006 nicht wie vom Gesetz verlangt, mindestens 6 Monate oder 180 Tagessätze (Art. 42 Abs. 2 StGB), sondern 3 ½ Monate sowie CHF 300.■. Die Vorinstanz hat offensichtlich die beiden Vorstrafen verwechselt und ist irrigerweise davon ausgegangen, dass mit Urteil vom 18. Oktober 2006 die 14-monatige Freiheitsstrafe verhängt worden sei (erstinstanzliches Urteil S. 6).

Somit kommt Art. 42 Abs. 1 StGB zur Anwendung, wonach der Vollzug einer Geldstrafe in der Regel aufgeschoben wird, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten.

In diesem Zusammenhang ist von Belang, dass der Berufungskläger bereits zweimal eine Vorwarnung erhalten hat, indem ihm zu verschiedenen Zeitpunkten wegen einschlägiger Delinquenz bedingte Strafen, einmal 14 Monate und einmal 3 ½ Monate auferlegt worden sind. Nachhaltigen Eindruck hat ihm solches allerdings nicht gemacht. Nach mehr als 7 Jahren ist er wieder in die einschlägige Delinquenz zurückgefallen. Auf der anderen Seite ist eine gewisse Stabilisierung in persönlicher und beruflicher Hinsicht erfolgt. Hoch anzurechnen ist dem Berufungskläger, dass er den Kontakt zur Marihuana-Szene abgebrochen hat, einer geregelten Erwerbstätigkeit nachgeht sowie seine Schulden aus der früheren Geschäftstätigkeit zurückzahlt.

Unter diesen Gesichtspunkten rechtfertigt es sich eine bedingte Strafe (Art. 43 StGB) auszusprechen. Die Probezeit ist angesichts der genannten Bedenken jedoch auf 3 Jahre festzusetzen. Für den Betäubungsmittelkonsum ist die Busse von CHF 300.■, wie von der Vorinstanz ausgefällt, zu bestätigen.

E. 4

4.1 Der Berufungskläger dringt zu einem Teil mit seiner Berufung durch. Dies rechtfertigt es die Gerichtsgebühr auf die Hälfte zu reduzieren.

4.2 Der Berufungskläger ist auch für das Verfahren vor zweiter Instanz amtlich verteidigt. Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung wird nach dem kantonalen Anwaltstarif am Ende des Verfahrens festgesetzt (Art. 135 Abs. 1 und 2 StPO). Der Berufungskläger ist gemäss Art. 135 Abs. 4 StPO verpflichtet, dem Gericht das dem amtlichen Verteidiger entrichtete Honorar zurückzuzahlen, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben. Die Anwaltskosten umfassen das Honorar und die notwendigen Auslagen. Angemessen zu vergüten ist der für das konkrete Strafverfahren notwendige Zeitaufwand (Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Auflage, Rz. 751.

Bei der Bemessung des Stundenansatzes ist der kürzlich geänderten Praxis des Bundesgerichts Rechnung zu tragen (vgl. BGE 139 IV 261), wonach das Honorar für amtliche Mandate gemäss der Strafprozessordnung unabhängig vom Ausgang des Verfahrens zu bemessen ist. Dieser neuen Praxis des Bundesgerichts hat sich das Appellationsgericht angeschlossen. Der Umstand, dass der Berufungskläger im Berufungsverfahren teilweise obsiegt, hat somit keinen Einfluss auf die Bemessung des zu entrichtenden Stundenansatzes. Dieser beträgt für bis zum 31. Dezember 2013 erfolgte Aufwendungen CHF 180.■, für ab dem 1. Januar 2014 erfolgte Aufwendungen CHF 200.■ (vgl. BJM 2013 S. 331). Hingegen ist unter dem Gesichtspunkt der grundsätzlich möglichen Rückzahlungspflicht des amtlichen Honorars an den Staat (Art. 135 Abs. 4 StPO) eine Unterscheidung zwischen amtlichem Honorar und Parteientschädigung bei teilweisem Obsiegen vorzunehmen.

4.3 Das Gericht hat die vom Verteidiger eingereichte Honorarnote geprüft, den geltend gemachten Aufwand als angemessen erachtet und bei der Berechnung des Honorars darauf abgestellt. Für das zweitinstanzliche Verfahren wird dem amtlichen Verteidiger inklusive der Verhandlung vor zweiter Instanz je zur Hälfte ein amtliches Honorar und eine Parteientschädigung (5.91 Stunden à CHF 180.■ und 4,5 Stunden à CHF 200.■ ab 1. Januar 2014), zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer aus der Gerichtskasse zugesprochen.

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