

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2019.115 vom 30. September 2021**

BS Appellationsgericht, 2021-09-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_SB.2019.115](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_SB.2019.115)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2019.115 du 30 septembre 2021

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT SB.2019.115 del 30 settembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Nach Art. 398 Abs. 1 der Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) unterliegt das angefochtene Urteil der Berufung an das Appellationsgericht. Der Berufungskläger ist gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO zur Berufung, die Staatsanwaltschaft nach Art. 381 und 400 Abs. 3 lit. b StPO zur Anschlussberufung legitimiert. Die Berufung ist nach Art. 399 StPO, die Anschlussberufung nach Art. 401 in Verbindung mit 399 Abs. 3 StPO form- und fristgemäss eingereicht worden. Auf beide Rechtsmittel ist einzutreten. Zuständiges Berufungsgericht ist nach § 88 Abs. 1 und § 92 Abs. 1 Ziff. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ein Dreiergericht des Appellationsgerichts.

1.2 Im Rechtsmittelverfahren gilt die Dispositionsmaxime. Die Berufung kann demgemäss auf die Anfechtung von Teilen des Urteils beschränkt werden (Art. 399 Abs. 3 lit. a und Abs. 4 StPO). Erfolgt eine Teilanfechtung, erwachsen die nicht angefochtenen Punkte in Rechtskraft. Vorliegend sind mehrere Punkte des vorinstanzlichen Urteils nicht angefochten worden: So die Schuldprüche des Berufungsklägers wegen des Vergehens nach Art. 19 Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes (Tatzeit April 2015), wegen mehrfachen Betrugs sowie Irreführung der Rechtspflege; weiter die Freisprüche von der Anklage der Geldwäscherei (Anklage Ziff. 6) sowie des versuchten betrügerischen Konkurses und Pfändungsbetrugs (Anklage Ziff. 8); die Einstellung des Verfahrens wegen mehrfacher Übertretung nach Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes (Anklage Ziff. 3) zufolge Verjährung; und schliesslich die Verurteilung zu Schadenersatzzahlungen an die B\_\_\_\_\_ Versicherung AG und an die C\_\_\_\_\_ Versicherungen AG wie auch die Entschädigung der amtlichen Verteidigung für das erstinstanzliche Verfahren. Diese Punkte sind in Rechtskraft erwachsen und im Berufungsverfahren nicht zu beurteilen. Insoweit ergeht ein Feststellungsurteil.

## **2. Bandenmässiges Verbrechen gegen das Betäubungsmittelgesetz**

2.1 Des bandenmässigen Verbrechens nach Art. 19 Abs. 2 lit. b des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG, SR 812.121) macht sich schuldig, wer als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelhandels zusammengefunden hat. Das Gesetz stellt namentlich den Anbau und die Herstellung von Betäubungsmitteln, deren Lagerung und Versand, die Veräusserung wie auch den Besitz unter Strafe (Art. 19 Abs. 1 lit. a-d BetmG).

2.2 Das Strafgericht erachtete es gestützt auf die Angaben des Berufungsklägers als erwiesen, dass dieser ab April 2015 an der [...]strasse [...] eine Hanfplantage betrieb. Ausgehend von einer einmaligen Ernte sei der Verkauf von 10 Kilogramm Marihuana

sowie der daraus erzielte Umsatz von rund CHF 40'000.000. erstellt. Das Strafgericht verwarf die Ansicht der Staatsanwaltschaft, wonach der steigende Stromverbrauch ab März 2014 den Betrieb der Plantage bereits ab diesem Zeitpunkt beweise (vgl. IWB-Rechnungen, Akten S. 1877 ff.; Aufstellung der Staatsanwaltschaft, Akten S. 1874 ff.). Das Strafgericht ist der Ansicht, die Lohnlisten der Firma [...] GmbH (später: [...] GmbH) aus dem Jahr 2014 würden beweisen, dass die vom Berufungskläger betriebene Firma zum damaligen Zeitpunkt noch aktiv gewesen sei (vgl. Lohnlisten, Akten S. 654 ff.). Weiter berief sich das Strafgericht auf die polizeiliche Meldung von [...] vom 25. April 2015 (Polizeirapport vom 25. April 2015, Akten S. 1369 ff.) und auf die infolge hoher Verluste per Februar 2015 eingestellte Geschäftstätigkeit der [...] GmbH (Konkursprotokoll, Akten S. 958 ff.).

Weiter erachtete das Strafgericht es als erwiesen, dass ab Juli 2015 mit D\_\_\_\_\_ eine weitere Person am Unterhalt der Indoor-Hanfplantage beteiligt war. Dies ergebe sich aus dem regelmässigen SMS-Kontakt zwischen den beiden und aus der vor Ort angetroffenen Situation anlässlich der Hausdurchsuchung (Akten S. 536 ff. und S. 1384 ff.; Fotos S. 544 ff., 552 ff.) sowie der DNA-Spur von D\_\_\_\_\_ an einem Lampenstecker (Akten S. 1574 und S. 1801/18; Fotos des Fundorts «Raum 0D»: Akten S. 562 f.). D\_\_\_\_\_ verfüge über einschlägige Kontakte im Betäubungsmittelmilieu. Für seine DNA-Spur an einem Stecker gebe es keine andere plausible Erklärung als die aktive Mitwirkung im Hanfanbau, die über sporadische Hilfsarbeit (wie z.B. Giessen) hinausgehe.

2.3 Der Berufungskläger und die Staatsanwaltschaft haben die strafgerichtliche Feststellung bezüglich des Beginns des Cannabis-Anbaus im April 2015 akzeptiert. In Bezug auf den Mitbeteiligten D\_\_\_\_\_ bekräftigt der Berufungskläger sein Geständnis, dass er mit ihm ab Juli 2015 regelmässig Kontakt gehabt und diesen hernach als Hilfsarbeiter und Handlanger (Gang go) eingesetzt habe. Er bestreitet jedoch, dass sie als Bande zusammengewirkt hätten. Es sei lediglich erwiesen, dass D\_\_\_\_\_ zwei Mal pro Woche geholfen habe, die Pflanzen des Berufungsklägers zu giessen und zu pflegen. Es gebe keine Beweise für eine Vernetzung von D\_\_\_\_\_ im kriminellen Milieu. Seine DNA-Spur am Lampenstecker taue nicht für den Nachweis einer intensiven Zusammenarbeit. Auch aus den SMS-Nachrichten ergebe sich, dass D\_\_\_\_\_ nicht in einem ebenbürtigen Auftragsverhältnis tätig und gegebenenfalls nur Hilfsbursche bzw. Handlanger gewesen sei. Er habe ein Entgelt (nicht einen Anteil am Verkaufserlös der Drogen) erhalten. Es fehle an einer Bandenabrede.

Die Staatsanwaltschaft hält die strafgerichtliche Beurteilung der Zusammenarbeit zwischen dem Berufungskläger und D\_\_\_\_\_ für zutreffend.

2.4 In tatsächlicher Hinsicht stehen der Anbau und Handel von mindestens 10 Kilogramm Marihuana und Einkünfte von rund CHF 40'000.000. fest. Auf den mit Anschlussberufung vorgebrachten Einwand der Staatsanwaltschaft, es handle sich um grössere Drogenmengen und Deliktsumme, ist später unter dem Gesichtspunkt der Gewerbsmässigkeit einzugehen (hiernach E. 3).

Weiter ist erwiesen, dass D\_\_\_\_\_ im Juli 2015 ■ drei Monate nach Beginn des Anbaus von Cannabis ■ seine Mitarbeit aufgenommen hat. Bei der Würdigung der Aussagen des Berufungsklägers fällt auf, dass er mit zunehmender Dauer des Strafverfahrens immer mehr betont hat, es habe ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen ihm und D\_\_\_\_\_ bestanden. Damit wollte er ganz offensichtlich dem Vorwurf der Bandenmässigkeit entgegenwirken. Anfänglich hatte der Berufungskläger noch zu Protokoll gegeben, er und D\_\_\_\_\_ hätten auf der Hanfplantage gearbeitet und die Einkünfte aus dem Verkauf von Marihuana hälftig

geteilt (Einvernahme vom 9. Februar 2016; Akten S. 1394/6). Später sagte der Berufungskläger, D\_\_\_\_\_ sei Angestellter gewesen und habe insgesamt etwa CHF 10'000.- erhalten (Einvernahme vom 3. März 2016; Akten S. 1586). D\_\_\_\_\_ bestätigte diese Summe (Akten S. 1552).

D\_\_\_\_\_ hat nicht nur die Pflanzen bewässert und den Raum gereinigt (Aussage D\_\_\_\_\_, Akten S. 1412 ff., 2500). Er räumte bei der zweiten Einvernahme ein, dass er auch bei der Pflanzung der Cannabispflanzen und bei der Ernte geholfen hat. Er habe beim Schneiden der Pflanzen und Anreissen der Blätter mitgewirkt (Akten S. 1535/38). Gemäss seiner Ergänzung in der zweiten Einvernahme gehörte es auch zu seinen Aufgaben, die Kabel zu kontrollieren und darüber zu wachen, dass diese nicht überhitzen (Akten S. 1574). Aufgrund der Spurenlage ist zudem davon auszugehen, dass er auch die elektrischen Lampen aufbaute und bediente, die für das Wachstum der Pflanzen eingesetzt wurden (DNA-Spur am Lampenstecker). Würdigt man den Standort dieses Lampensteckers, einen Grow-Raum mit der Bezeichnung «Raum 0D» (Fotos S. 562 f.), so entsteht der Eindruck eines industriellen Gewerberaums, der voll mit Cannabiskulturen belegt ist zu keinem anderen Zweck dient, als der Aufzucht von Cannabis. Wie in einem vollen Gewächshaus stehen dort mehrere Reihen von Cannabiskulturen. Über den Pflanzen sind wiederum reihenweise Schienen mit Lampen angebracht. Die Stromversorgung der Lampen erfolgt mittels Kabeln von oben, d.h. von der Zimmerdecke her. Der Deckenbereich wird von zwei grossen Lüftungsschläuchen aus Aluminium dominiert. Dieser Raum kann zu nichts anderem als zum Anbau von Cannabis verwendet werden. Die Situation ist demnach grundverschieden von einem Wohnzimmer, in dem sich das tägliche Leben abspielt und jemand z.B. eine Lampe aussteckt, damit er die Steckdose zum Laden des Mobiltelefons verwenden kann. Das Anfassen eines Lampensteckers in diesem Grow-Raum steht also mit Gewissheit im Zusammenhang mit dem Aufbau und Betrieb der Cannabiskultur.

Weiter ist daran zu erinnern, dass D\_\_\_\_\_ anlässlich der Hausdurchsuchung am Tatort festgenommen wurde, nämlich am 8. Februar 2016 um 10.15 Uhr an der [...]strasse [...] (Festnahmerapport Akten S. 286 f.). Er befand sich im Erdgeschoss der Liegenschaft in einem Raum mit Cannabisplantagen, gebeugt über einige Hanfpflanzen, als die Beamten eintraten (Polizeiapport, Akten S. 1385). Zuvor hatte er über mehrere Monate regen Kontakt mit dem Berufungskläger. Dies ergibt sich aus den SMS-Nachrichten, welche die Beteiligten im Zeitraum vom 31. Mai bis 27. Dezember 2015 austauschten (Akten S. 1749 ff.). D\_\_\_\_\_ ist wegen Fahrens in fahrunfähigem Zustand vorbestraft (Strafregisterauszug, Akten S. 29). Eine Strafunteruchung wegen mehrfacher, teilweise qualifizierter Widerhandlung gegen das BetmG, Geldwäscherei und Führen eines Motofahrzeuges in angetrunkenem Zustand wurde eingestellt (Einstellungsverfügung vom 4. Januar 2016; Akten S. 32). Er fiel zudem anlässlich der Polizeikontrolle vom 14. November 2010 auf, als er sich zusammen mit anderen Personen, die im Marihuana-Handel tätig sind, in einem Café aufhielt. Dort wurde Cannabis konsumiert und gelagert (Akten S. 1312/14). Auf seinem Handy fanden sich Bilder von Marihuana und eines Joints (Akten S. 1549 f.), wobei er angab, es handle sich um Eigengebrauch (Akten S. 1552). D\_\_\_\_\_ wurde als Mitbeschuldigter des Berufungsklägers vom Strafgericht wegen bandenmässigen Verbrechens gegen das BetmG zu 15 Monaten Freiheitsstrafe (bedingter Vollzug) verurteilt und hat dieses Urteil akzeptiert (vgl. Protokoll Berufungsverhandlung S. 4).

2.5 Insgesamt steht fest, dass D\_\_\_\_\_ während mehreren Monaten mit dem Berufungskläger zusammenarbeitete, indem er in den Cannabiskulturen an der [...]strasse arbeitete und dafür

ein Entgelt bezog. Er hielt sich in den mit Pflanzen vollgestellten Grow-Räumen auf, um beim Anbau und der Ernte von Drogen mitzuwirken. Der Berufungskläger wies seinem Mitarbeiter in diesem Zusammenhang Aufgaben zu. Der Betrieb der Plantage mit mehreren Grow-Räumen setzte einen gewissen Organisationsgrad und eine Arbeitsteilung voraus. Es gab regelmässige Absprachen, die teilweise auf elektronischem Weg (per SMS) vorgenommen wurden.

2.6 In rechtlicher Hinsicht ist zunächst unbestritten, dass der Berufungskläger mit dem Aufbau und Betrieb der Hanfplantage sowie der Ernte und dem Verkauf von Marihuana Betäubungsmittel hergestellt, gelagert und veräussert hat (vgl. Art. 19 Abs. 1 lit. a-d BetmG). Nach der Rechtsprechung ist Bandenmässigkeit anzunehmen, wenn zwei oder mehr Täter sich mit dem ausdrücklich oder konkludent geäusserten Willen zusammenfinden, inskünftig zur Verübung mehrerer selbständiger, im Einzelnen noch unbestimmter Straftaten zusammenzuwirken. Das Qualifikationsmerkmal der Bande setzt gewisse Mindestansätze einer Organisation, etwa Rollen- oder Arbeitsteilung, und eine Intensität des Zusammenwirkens in einem Masse voraus, dass von einem stabilen Team gesprochen werden kann, auch wenn dieses nur kurzlebig ist. Zudem wird das Bewusstsein der Beteiligten verlangt, als Bande zu handeln und gemeinsam eine Mehrzahl von Delikten zu verüben (BGE 147 IV 176 E. 2.4.2; 135 IV 158 E. 2 und 3.4; 124 IV 86 E. 2b).

Bandenmässigkeit ist auch gegeben, wenn nur zwei Täter zusammenwirken, von denen einer eine reine Hilfsfunktion einnimmt. Auf die konkrete Rollenverteilung und das Mass der Entscheidungsbefugnisse kommt es nicht an. Eine gleichrangige Einordnung in die Bandenstruktur ist nicht erforderlich. Eine Bandenmitgliedschaft kann auch bei einem Unterordnungsverhältnis gegeben sein. Gerade in der Betäubungsmittelkriminalität sind hierarchisch organisierte Teams und arbeitsteilige Tätigkeiten die Regel. Eine dienende Stellung in der Organisation oder bloss untergeordnete Tatbeiträge reichen für die Annahme von Bandenmässigkeit aus (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, 3. Auflage 2016, Art. 19 N 208; Hug-Beeli, BetmG Kommentar, Basel 2016, Art. 19 N 1075).

2.7 Der Berufungskläger und sein Mitarbeiter arbeiteten von Juli 2015 bis 8. Februar 2016 zusammen. Ihre Zusammenarbeit erstreckte sich auf die Dauer von einem halben Jahr. Mit dem Strafgericht ist von einer Arbeitsteilung auszugehen: Der Berufungskläger hatte mit der Aufzucht von Cannabis begonnen. Er zog einen Mitarbeiter zu, um die Kultur auszubauen. In die Zeit des Zusammenwirkens fällt namentlich die Elektroinstallationskontrolle vom 25. August 2015, die einen Abbau und Wiederaufbau der Anlage notwendig machte. Am Ende erstreckte sich die Anlage auf zwei Stockwerke und umfasste zwei Räume für den Anbau von Hanfpflanzen sowie einen Raum für Stecklinge (Akten S. 536 ff.). Für die Aufzucht, Pflege und Ernte der Hanfpflanzen setzte der Berufungskläger D\_\_\_\_ ein, der mit der Aufzucht von Cannabis zum Zwecke des späteren Verkaufs von Marihuana eine eigenständige Tathandlung im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. a BetmG beging. Bei der gegebenen Anlagengrösse hätte der Berufungskläger den Betrieb nicht allein bewältigen können. Der Berufungskläger tauschte sich mit seinem Mitarbeiter aus und wies ihm Aufgaben zu. Obwohl der Berufungskläger zunächst angegeben hat, sie hätten die Nettoeinnahmen hälftig geteilt, ist von einem Hierarchieverhältnis auszugehen. Der Berufungskläger war schon vor dem Einstieg seines Mitarbeiters aktiv und stand in der Hierarchie weiter oben. Entgegen der Ansicht der Verteidigung war D\_\_\_\_ nicht blosser Handlanger (bzw. «Gang go»; Protokoll Berufungsverhandlung S. 4). Diesem oblag vielmehr die Verantwortung für die Pflanzen, die er so aktiv interpretierte, dass er sich bei

seiner Abwesenheit um die Vertretung durch den Berufungskläger sorgte (vgl. SMS-Nachrichten und Aussagen von D\_\_\_\_; Akten S. 1570/73).

Bezüglich der Bedeutung des Eintrittszeitpunkts im Juli 2015 (Berufungsbegründung Ziff. 1.3) kann dem Verteidiger nicht gefolgt werden. Massgeblich für das Zusammenwirken ist allein der Zeitraum ab dem Eintritt von D\_\_\_\_, nicht die Zeit davor. D\_\_\_\_ arbeitete während einem halben Jahr regelmässig in der Cannabis-Plantage. Diese war mit Holzbrettern an den Fenstern und an der Türe richtiggehend verbarrikadiert (Akten S. 1369) und musste auf ihn entsprechend konspirativ wirken. Sie unterschied sich jedenfalls deutlich von einem gewöhnlichen Gärtnereibetrieb. D\_\_\_\_ war überdies im Eigenkonsum von Marihuana erfahren. Dass er und der Berufungskläger unter diesen Umständen nicht gewusst hätten, dass sie als Mitglied eines Zweierteams beim Anbau und Verkauf von Cannabis zusammenwirken, ist mit Sicherheit auszuschliessen. Der Einwand des fehlenden Bandenwillens erweist sich somit als unhaltbar. Zusammenfassend sind also die Voraussetzungen der Bandenmässigkeit nach Art. 19 Abs. 2 lit. b BetmG erfüllt.

### 3. Gewerbsmässigkeit

3.1 Einen weiteren Qualifikationstatbestand des Verbrechens gegen das BetmG erfüllt nach Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG, wer durch gewerbsmässigen Handel einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt. Gross im Sinn dieser Bestimmung ist ein Umsatz von über 100'000 Franken, erheblich ein Gewinn von über 10'000 Franken (BGE 147 IV 176 E. 2.2.1, 129 IV 188 E. 3.1.3, 129 IV 253 E. 2.2; BGer 6B\_1302/2020 vom 3. Februar 2021 E. 2.2.1; je mit Hinweisen).

3.2 Wie erwähnt, ging das Strafgericht mit dem Berufungskläger von einer einmaligen Ernte und einem Verkauf von 10 Kilogramm Marihuana und dem daraus erzielten Umsatz von rund CHF 40'000. aus.

Die Staatsanwaltschaft hält die Menge von 10 Kilogramm Cannabis für deutlich zu tief. Zur Begründung führt sie aus, aufgrund der Dimension der Cannabis-Anlage und aufgrund der Anzahl der sichergestellten Pflanzen und Setzlinge sei es völlig ungläubhaft, dass die Plantage vor der Sicherstellung nur 900 Pflanzen umfasst haben soll und nur einmal geerntet worden sei. Spätestens ab Anfang 2015 sei die Anlage in Betrieb genommen worden. Es seien darin so viele Pflanzen gezüchtet worden, wie man anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmen konnte, nämlich 1'400 Pflanzen und noch viel mehr Setzlinge. Der Berufungskläger und seine Leute hätten mindestens zweimal geerntet, nämlich einmal im Frühling 2015 und dann auch im Herbst 2015. Die Ernte vom Sommer 2015 sei im Zweifel missraten oder durch den Abbau der Anlage (vor der Elektroinstallationskontrolle) verhindert worden. Bei der Hausdurchsuchung habe eine dritte Ernte kurz bevorstanden. Bei einer minimalen Ausbeute von 25 Gramm pro Pflanze habe der Berufungskläger pro Ernte mit 1'400 Pflanzen 35 Kilogramm Marihuana produziert. Somit habe der Berufungskläger sicherlich 70 Kilogramm konsumfähiges Cannabis hergestellt und verkauft. Bei einem minimalen Verkaufspreis von CHF 3'500. pro Kilogramm habe er einen Umsatz von mindestens CHF 100'000. erzielt, womit Gewerbmässigkeit im Sinn von Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG erfüllt sei.

Der Berufungskläger macht geltend, er habe den Anbau nach und nach ausgebaut. Die Cannabis-Plantage sei am Anfang kleiner gewesen. Er habe mit 12 Lampen begonnen. Zuerst habe er sich das ganze Know-how aneignen müssen. Schimmel, Milben und Probleme mit der Elektrizität hätten einige Leerläufe bewirkt. Er habe insgesamt drei

Durchläufe benötigt, bis es funktioniert habe. Erst beim letzten Mal, als die Polizei kam, sei er erfolgreich gewesen. Zuvor habe er insgesamt nur 10 Kilogramm brauchbares Marihuana erzeugt.

3.3 Das Berufungsgericht teilt die Beurteilung der Vorinstanz, dass die Beweislage keine weitergehenden Rückschlüsse zulässt. Mit den anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten 1'400 Cannabispflanzen hätte der Berufungskläger ca. 35 Kilogramm konsumfähiges Marihuana ernten können (vgl. Gutachten, Akten S. 1933 ff.). Hätte er dies zu einem Kilopreis von CHF 3'500.─ verkauft, so hätte er einen Umsatz von CHF 122'500.─ erzielt. Dazu ist es jedoch nicht gekommen.

Ob bereits frühere Ernten des Berufungsklägers derart ergiebig waren, lässt sich rückblickend nicht mehr eruieren. Ausser den Angaben über den Stromverbrauch, die auf den Betrieb von Lampen, Lüftungen und Heizungen zwecks Kultivierung von Cannabis hinweisen, fehlen konkrete Beweise. Im Unterscheid zu anderen Fällen qualifizierter Betäubungsmittelverbrechen fehlen Beobachtungen über die Verkaufstätigkeit oder über die Abnehmer des Marihuanas. Es gibt auch keine Erkenntnisse aus Telefonüberwachungen oder ein weitergehendes Geständnis der Beteiligten. Dass der Berufungskläger die Anbaumenge sukzessive aufgebaut hat, erweist sich als plausibel. Zudem ist es nicht auszuschliessen, dass es anfänglich zu Missernten kam. Zwar scheinen 10 Kilogramm, gemessen an der Anbauzeit von insgesamt 10 Monaten ─ davon 6 Monate mit Arbeit im Zweierteam ─ auffällig tief. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Räumlichkeiten, in denen die Plantage aufgebaut wurde, gewürdigt werden. Sie umfassen zwei Grow-Räume mit einer Fläche von je rund 65 Quadratmetern (Akten S. 549). Aufgrund der Dauer des Anbaus und der räumlichen Ausdehnung ist das Berufungsgericht überzeugt, dass der erzielte Ertrag an Marihuana deutlich höher liegt. Dennoch lässt sich die Anzahl gelungener Ernten nicht nachweisen, so dass im Zweifel von nur einer gelungenen Ernte auszugehen ist. Weiter muss offenbleiben, wie stark sich der Abbau und Aufbau der Anlage für die Elektroinstallationskontrolle der IWB auf die Anbautätigkeit auswirkte. Der Nachweis gewerbsmässigen Handels bzw. Anbaus würde im vorliegenden Fall voraussetzen, dass der Berufungskläger rund 29 Kilogramm Marihuana erzeugt und dieses zu einem minimalen Kilopreis von CHF 3'500.─ verkauft hätte. Damit hätte er einen Umsatz von CHF 100'000.─ erreicht. Ausgehend von der Annahme, dass der Berufungskläger zuerst klein begann, nicht die ganzen räumlichen Kapazitäten nutzte und auch Misserfolge erlitt, kann der Nachweis gewerbsmässigen Anbaus bzw. Handels nicht erbracht werden. Damit erweist sich das Kriterium der Gewerbsmässigkeit als nicht erfüllt.

Da sich die Entlastung bloss auf eine Qualifikation des Anklagepunkts bezieht und kein vollständiger Freispruch vom Vorwurf des Verbrechens gegen das BetmG erfolgt, hat praxisgemäss kein formeller Freispruch zu ergehen (BGE 142 IV 378 E. 1.3 S. 381 f.; BGer 6B\_514/2020 vom 16. Dezember 2020 E. 1.3.2; AGE SB.2018.18 vom 6. Juli 2021 E. 3.3; Schmid/Jositsch, StPO Praxiskommentar, 3. Auflage 2018, Art. 351 N 2; Heimgartner/Niggli, in: Basler Kommentar StPO, 2. Auflage 2014, Art. 351 N 6; Domeisen, in: Basler Kommentar StPO, Art. 426 N 6, Fingerhuth/Gut, in: Donatsch et al. [Hrsg.], Kommentar zur StPO, 3. Auflage 2020, Art. 351 N 8, je mit Hinweisen). Dies führt dazu, dass der Berufungskläger vom Vorwurf des gewerbsmässigen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz zu entlasten ist, ohne dass ein formeller Freispruch ergeht.

#### 4. Strafzumessung

4.1 Zur Strafzumessung macht der Berufungskläger geltend, seine berufliche Entwicklung und seine Ausbildung seien ihm unter dem Blickwinkel der Spezialprävention zu Gute zu halten. Ein Teil seiner Probleme erklärten sich aus einem Darlehen seiner Grossmutter von CHF 100'000.■ und aus einem Streit mit seinem Onkel, mit dem er einen Metallbaubetrieb gegründet hatte. In guten Zeiten habe sich diese Firma auf 25 Mitarbeiter und 4 Montagefahrzeuge vergrössert. Als das Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sei, habe er den Betrieb der Hanf-Plantage aufgenommen, um so an Geld für die Wiederaufnahme des Metallbaubetriebs zu kommen und das Darlehen gegenüber seiner Grossmutter zurückzuzahlen. Unter dem Aspekt der Strafempfindlichkeit sowie unter spezialpräventiven Aspekten reiche es aus, den Berufungskläger milder zu bestrafen und ihm den bedingten Vollzug zu gewähren. Mit der Verfahrensdauer von bald 4 Jahren habe das öffentliche Strafbedürfnis massiv abgenommen. Eine unbedingte Strafe erscheine nicht notwendig, um ihn von der Begehung weiterer Delikte abzuhalten.

Die Staatsanwaltschaft beantragt die Erhöhung der Freiheitsstrafe auf 3 ¼ Jahre. Zum einen stützt sie sich auf den Vorwurf der grösseren Menge von Cannabis und der Gewerbsmässigkeit, der sich nach dem Gesagten (hiervor E. 3) nicht erweisen lässt. Zum anderen müsste sich, nach Ansicht der Staatsanwaltschaft, das nicht unerhebliche Verschulden des Berufungsklägers und seine dreiste, professionelle Vorgehensweise ■ auch in Bezug auf den mehrfachen Betrug und die Irreführung der Rechtspflege ■ stärker strafe erhöhend auswirken.

4.2 Gemäss Art. 47 des Strafgesetzbuchs (StGB, SR 311.0) misst das Gericht die Strafe innerhalb des anzuwendenden Strafrahmens nach dem Verschulden des Täters zu und berücksichtigt dabei sein Vorleben, seine persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf sein Leben (Abs. 1). Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie nach seinen Möglichkeiten, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden, bemessen (Abs. 2).

4.3 Ausgangspunkt für die Strafzumessung bildet das bandenmässige Verbrechen gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. b BetrMG. Der gesetzliche Strafraumen reicht von mindestens einem Jahr bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe.

Der Berufungskläger hat eine beträchtliche Menge Marihuana angepflanzt und gehandelt. Die Menge an gehandeltem Marihuana liegt im unteren zweistelligen Kilogramm Bereich, unterhalb der Grenze zur Gewerbsmässigkeit, die im vorliegenden Fall bei 29 Kilogramm liegt. Er hat sein Geschäft sukzessive aufgebaut und über eine Tatzeit von 10 Monaten betrieben und nicht aus eigenem Antrieb (sondern zufolge der Hausdurchsuchung) beendet. In objektiver Hinsicht ist mit dem Strafgericht die Grösse der Indoor-Hanfplantage belastend zu werten, die sich über zwei Stockwerke erstreckte und zugleich in mehrere Räume unterteilt war, wie auch die Zahl der sichergestellten Cannabispflanzen und Hanfsetzlinge. Die räumlichen Verhältnisse an der [...]strasse deuten auf eine professionell und mit beachtlichen finanziellen Mitteln eingerichtete Indoor-Anlage hin, mit welcher durchaus grosse Mengen Marihuana hätten hergestellt werden können. Der Berufungskläger hat bezüglich des Anbaus ein grosses Know-how erworben, zumal die Pflanzen mit einem THC-Gehalt von 11 % eine gute Qualität aufwiesen (Forensisch-chemisches Gutachten vom 2. März 2016, Akten S. 1668). Ungünstig wirkt sich aus, dass der Berufungskläger selbst nicht drogenabhängig ist, sondern allein aus wirtschaftlichen Interessen handelte. Er muss daher als Moneydealer bezeichnet werden

(Immunochemische Untersuchung vom 16. Februar 2016, Akten S. 1663). Er betrieb die Hanfplantage auf einem abgelegenen Industrieareal und setzte einen Mitarbeiter ein, der ihm gegenüber untergeordnet und weisungsgebunden war. Der Berufungskläger war die treibende Kraft und der Kopf der Bande. Er verhielt sich in wirtschaftlicher Hinsicht wie ein Geschäftsführer, indem er Marihuana handelte und in dessen Anbau investierte, um einen möglichst hohen Gewinn zu erzielen. Sein Verhalten trägt gewerbsmässige Züge, obschon der Nachweis des grossen Umsatzes von über CHF 100'000. oder des Gewinns von mindestens CHF 10'000. nicht erbracht werden konnte.

Entgegen der Ansicht der Verteidigung verletzt die Würdigung des Ausmasses der Tätigkeit und der Drogenmenge nicht das Doppelverwertungsverbot. Beim Schuldspruch wegen qualifizierten Verbrechens gegen das BetmG geht es darum, ob die Art des Zusammenwirkens (Bandenmässigkeit) oder die Intensität des Handels (Gewerbsmässigkeit) eine bestimmte Schwelle überschreiten, so dass der qualifizierte Tatbestand als erfüllt gilt. Bei der Strafzumessung geht es um die Beurteilung, in welchem Masse die Qualifikation erfüllt ist, so dass es auch unter verschiedenen qualifizierten Widerhandlungen (Strafrahmen von einem bis 20 Jahre) zu einer sachgerechten Abstufung und schuldangemessenen Festsetzung der Strafe kommt.

4.4 Das Verschulden des Berufungsklägers wiegt nicht mehr leicht. Sein Motiv lag im Abbau von Schulden, wobei er dies statt mit legaler Arbeit mit illegalen (und daher vergleichsweise lukrativen) Tätigkeiten bewerkstelligen wollte. Über seine Firma, die [...] GmbH bzw. [...] GmbH, wurde Mitte 2015 der Konkurs eröffnet (Akten S. 13 f., 167 f., 958). Eine Notlage des Berufungsklägers kann nicht angenommen werden, sonst hätte er den Untermietvertrag mit seinem Onkel nicht gekündigt und damit auf zusätzliche Mietzinseinnahmen verzichtet. Auch sein damaliger Lebensstil lässt sich nicht mit einer Notlage vereinbaren. Er fuhr teure Fahrzeuge (Leasing Range Rover Sport 5.0 im Wert von CHF 155'350.; Akten S. 1062, 1066 ff., 1138 f.; Kauf eines Jaguars, Vertrag vom 5. Januar 2015; Akten S. 844). Der Berufungskläger hat massiv über seine Verhältnisse gelebt, war offensichtlich von der Gier nach dem schnellen Geld und Luxus getrieben und erweiterte dadurch seine Schuldenlast. Spätestens im April 2015 hat er sich dazu entschlossen, seinen Geldbedarf mittels deliktischer Tätigkeit zu decken. Der Berufungskläger hat sich von rein finanziellen und damit egoistischen Beweggründen leiten lassen. Er verfolgte und erweiterte seine Hanfplantage hartnäckig und über mehrere Monate. Nach der Elektroinstallationskontrolle nahm er den Betrieb der Hanfplantage wieder auf. Das hartnäckige Festhalten am deliktischen Erwerb wirkt sich ungünstig aus. Wie das Strafgericht zutreffend erwogen hat, bringt sowohl die Hanfplantage als auch der (nicht angefochtene) mehrfache Versicherungsbetrug eine Geldgier zum Ausdruck. Insgesamt erweist sich für die Tatkomponente eine Einsatzstrafe von 24 Monaten als angemessen.

4.5 Für die in Rechtskraft erwachsenen Verurteilungen ist die Freiheitsstrafe auf dem Weg der Asperation (Art. 49 Abs. 1 StGB) angemessen zu erhöhen. Der Schuldspruch wegen mehrfachen Betrugs und Irreführung der Rechtspflege ist in Rechtskraft erwachsen. Wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, hat der Berufungskläger ■ zusammen mit seinem Bruder [...] ■ einen Fahrzeugeinbruch vorgetäuscht und mit seiner Strafanzeige bei der Polizei einen Sachschaden von rund CHF 35'000. gemeldet. Weiter täuschte er gegenüber der B\_\_\_\_\_ Versicherung die Anschaffung von Ersatzgeräten im Betrag von rund CHF 46'000. vor und machte gegenüber der C\_\_\_\_\_ Versicherungsgesellschaft Reparaturkosten von

CHF 454.55 geltend. Für diese Schuldsprüche rechtfertigt sich eine Erhöhung der Strafe um 6 Monate, wodurch sich eine Gesamtstrafe von 30 Monaten ergibt.

4.6 Der heute 32-jährige Berufungskläger arbeitet bei der Firma [...] GmbH in Pratteln. Er ist dort im Verkauf von Spirituosen tätig und verdient rund CHF 5'000.■ monatlich. Er lebt zusammen mit seiner erwerbstätigen Partnerin. Das Paar ist nicht verheiratet und hat keine Kinder. Der Berufungskläger ist verschuldet, gegen ihn sind Beteiligungen und Verlustscheine verzeichnet. Offen ist nach seinen Angaben auch eine Verbindlichkeit gegenüber dem Onkel, auf den die Darlehensforderung der Grossmutter übergegangen sei. Der Berufungskläger hat sich bezüglich des Anbaus und Handels mit Marihuana teilweise geständig gezeigt und hat überdies seine Strafe wegen zweifachen Versicherungsbetrugs und Irreführung der Rechtspflege akzeptiert. In seinen Äusserungen anlässlich der Berufungsverhandlung ist Einsicht und der Wille erkennbar, nicht mehr straffällig zu werden. Er sei naiv und gutgläubig gewesen, als er im Alter von 21 Jahren mit seinem Onkel die Firma gründete. Als es mit dem Onkel schwierig geworden sei, habe er eine Abkürzung wählen wollen. Fast 6 Jahre nach der Tat sei er immer noch damit beschäftigt und extrem belastet. Er entschuldige sich bei allen Beteiligten, dass er Aufwand verursacht habe und zwei Versicherungsgesellschaften geschädigt habe.

Ausgehend davon ist im Berufungsverfahren stärker zu berücksichtigen, dass der Berufungskläger zur Tatzeit mit einem Alter von 26 Jahren noch recht jung war. Zwar hat er nicht aus starker finanzieller Not gehandelt, sondern aus jugendlichem Draufgängertum. Seine Handlungen sind nicht persönlichkeitsadäquat. Seither ■ in einem Zeitraum von fast 6 Jahren ■ hat er sich aber untadelig verhalten. Es ist von einem einmaligen Vorfall auszugehen. Der Berufungskläger zeigt sich im Verfahren grundsätzlich kooperativ. Er sprach von einem höheren Gewinn und belastete sich damit selbst. Zwar sind auch Züge von Selbstmitleid erkennbar und die Neigung, das Verschulden zu externalisieren. Dennoch hat er aus dieser Zeit offensichtlich etwas gelernt. Positiv zu werten ist, dass der Berufungskläger sich gefangen hat, über eine Arbeitsstelle und ein regelmässiges Einkommen verfügt und in eine Partnerschaft lebt. Die Verbüssung einer Freiheitsstrafe wäre kontraproduktiv. In spezialpräventiver Hinsicht hätte ein Aufenthalt in einer Strafanstalt eine deutlich ungünstigere «Wirkung auf das Leben» des Berufungsklägers (vgl. Art. 47 Abs. 1 StGB) als eine bedingte Strafe.

In Anbetracht dieser Umstände ist die Strafe deutlich zu reduzieren. Angemessen ist eine Reduktion um 6 Monate, womit sich als Schlussergebnis eine verschuldensangemessene Strafe von 24 Monaten ergibt. Da bei diesem Ergebnis der bedingte Vollzug gewährt werden kann, erübrigt sich die Prüfung, ob die Strafe nach der Rechtsprechung zur Ermöglichung des bedingten Vollzugs im Schwellenbereich weiter zu reduzieren ist (vgl. BGE 134 IV 17 E. 3.6). Es bleibt demnach bei der verschuldensangemessenen Strafe von 24 Monaten bzw. 2 Jahren.

4.7 Die Strafdauer von zwei Jahren bildet gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB die Obergrenze, bis zu welcher der bedingte Strafvollzug gewährt werden kann. Beim Berufungskläger handelt es sich um einen Ersttäter. Aufgrund der beschriebenen sozialen und beruflichen Integration ist von einer günstigen Prognose auszugehen, so dass der bedingte Vollzug zu gewähren ist. Bei der gegebenen günstigen Prognose ist die Probezeit nach Art. 44 Abs. 1 StGB auf das Minimum von 2 Jahren festzulegen.

5. Ersatzforderung

Gemäss Art. 71 StGB erkennt das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe, wenn die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden sind (Abs. 1). Das Gericht kann von einer Ersatzforderung ganz oder teilweise absehen, wenn diese voraussichtlich uneinbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde (Abs. 2).

Ihren Antrag auf Verurteilung des Berufungsklägers zu einer Ersatzforderung an den Staat (für nicht mehr vorhandenen Erlös aus dem Verkauf von Marihuana) in der Höhe von CHF 25'000.00 begründet die Staatsanwaltschaft damit, dass der Berufungskläger als Student der Rechtswissenschaften an der Universität Basel innert absehbarer Zeit arbeiten und Geld verdienen und so die beantragte Ersatzforderung bezahlen könne. Der Berufungskläger hat gemäss seinen Aussagen in der Berufungsverhandlung sein Studium aufgegeben und eine Erwerbstätigkeit aufgenommen. Die Verteidigung macht eine anhaltende hohe Verschuldung geltend. Durch die Ersatzforderung werde seine Resozialisierung klar gefährdet.

Mit dem Strafgericht ist zu befürchten, dass die Auflage einer Ersatzforderung die Chancen des Berufungsklägers auf eine Resozialisierung erheblich beeinträchtigen würde. Massgebend sind die aktuellen Verhältnisse, wonach der Berufungskläger nun ein monatliches Einkommen von CHF 5'000.00 erzielt. Es handelt sich um ein ordentliches Gehalt, das aber angesichts der hohen Verschuldung keine grossen Möglichkeiten bietet. Allein die Verfahrenskosten und die vorinstanzliche Urteilsgebühr betragen mehr als CHF 27'000.00. Zudem sind im Betreibungsregisterauszug des Berufungsklägers 26 Verlustscheine im Gesamtbetrag von rund CHF 87'000.00 verzeichnet (Akten S. 2732). Bei diesen Verhältnissen wäre die Ersatzforderung in absehbarer Zeit kaum je einbringlich und würde ihn in seinem Fortkommen unnötig einschränken. Von einer Ersatzforderung zulasten des Berufungsklägers ist daher abzusehen.

#### 6. Beschlagnahmungen und Einziehung

Mit dem vorliegenden Endentscheid ist auch über das Schicksal der beschlagnahmten Gegenstände zu befinden (Art. 267 Abs. 3 StPO). Der diesbezügliche Entscheid der Vorinstanz wird nicht substantiiert beanstandet, sofern er überhaupt als angefochten gelten kann. Gegenstände im Zusammenhang mit der Drogendelinquenz des Berufungsklägers sind einzuziehen (Art. 69 Abs. 1 StGB). Soweit ein entsprechender Bezug nicht besteht, sind die beschlagnahmten Objekte dem Berufungskläger zurückzugeben. Die vorinstanzliche Anordnung erweist sich als zutreffend und ist ohne Weiterungen zu bestätigen.

#### 7. Kosten

Nach dem Gesagten ist der Berufungskläger des bandenmässigen Verbrechens gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig zu sprechen. In Gutheissung seiner Berufung ist seine Freiheitsstrafe auf 24 Monate herabzusetzen und der bedingte Vollzug zu gewähren. Die Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft ist abzuweisen.

Der Berufungskläger hat als verurteilte Person gemäss Art. 426 Abs. 1 StPO die Verfahrenskosten von CHF 20'444.40 und die erstinstanzliche Urteilsgebühr von CHF 7'000.00 zu tragen. Zuzugleich seines teilweisen Obsiegens im Berufungsverfahren trägt er nach Art. 428 Abs. 1 StPO nur einen Teil der Kosten. Angemessen ist es, ihm eine reduzierte Urteilsgebühr von CHF 500.00 aufzuerlegen.

Dem amtlichen Verteidiger des Berufungsklägers, [...], ist für seine Bemühungen im Rechtsmittelverfahren eine Entschädigung aus der Gerichtskasse zu entrichten. Der von ihm mit Honorarnote vom 29. September 2021 geltend gemachte Zeitaufwand erscheint angemessen, wobei ergänzend für die Teilnahme an der Hauptverhandlung vor Appellationsgericht insgesamt 2,75 Stunden zu berücksichtigen sind. Demnach ist dem amtlichen Verteidiger ein Honorar von CHF 5'066.65 und ein Auslagenersatz von CHF 45.70, zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer von insgesamt CHF 393.65, auszurichten. Art. 135 Abs. 4 der Strafprozessordnung bleibt vorbehalten.

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