

## **GR\_GERICHTE SF 2006 2 vom 14. März 2006**

GR Gerichte, 2006-03-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_SF\\_2006\\_2](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SF_2006_2)

FR: GR\_GERICHTE SF 2006 2 du 14 mars 2006

IT: GR\_GERICHTE SF 2006 2 del 14 marzo 2006

### **Regeste**

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz | Betäubungsmittelgesetz

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

a) Das Urteil der Strafkammer des Kantonsgerichts Graubünden vom 11. Januar 2005 in Sachen gegen A. (SF 04 44) wurde mit Entscheid des Kassationshofes des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2005 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Strafkammer des Kantonsgerichts zurückgewiesen (vgl. Art. 277ter Abs. 1 BStP). Hebt der Kassationshof einen angefochtenen Entscheid auf und weist er die Sache zu neuer Entscheidung an die kantonale Behörde zurück, so hat diese ihrem neuen Entscheid die rechtliche Begründung der Kassation zugrunde zu legen (vgl. Art. 277ter Abs. 2 BStP). Nach der Rechtsprechung ergibt sich aus dieser Regelung, dass die kantonale Behörde nach Aufhebung und Rückweisung nicht frei urteilen kann, als ob bisher überhaupt kein Urteil gefällt worden wäre. Sie hat sich vielmehr auf das zu beschränken, was sich aus den für sie verbindlichen Erwägungen des Kassationshofes als Gegenstand der neuen Entscheidung ergibt. Die kantonale Behörde darf somit grundsätzlich nur in jenen Punkten auf ihr Urteil zurückkommen, welche zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids durch das Bundesgericht geführt haben, selbst wenn aus formellen Gründen das ganze Urteil aufgehoben wurde. Diese Rechtsprechung erfährt insofern eine Erweiterung, als die kantonale Behörde gegebenenfalls auch weitere Urteilspunkte abzuändern hat, auf die sich die andere Beurteilung einer Rechtsfrage durch das Bundesgericht in der Weise auswirkt, dass sich in diesen Punkten sonst ein bundesrechtswidriger Entscheid der kantonalen Instanz ergäbe. Auch solche mittelbaren Auswirkungen der rechtlichen Begründung der Kassation erlauben der kantonalen Instanz und verpflichten sie zugleich, ihren durch das Bundesgericht aufgehobenen Entscheid - bei Nichtigkeitsbeschwerde des Verurteilten in den Grenzen des Verbots der reformatio in peius - entsprechend zu ändern (vgl. zum Ganzen BGE 117 IV 97 E 4b; 110 IV 116). Für das vorliegende Urteil bedeutet dies, dass die Strafkammer sich zunächst erneut mit der Strafzumessung zu befassen hat, wobei dieser die Erwägungen des Bundesgerichts zugrunde zu legen sind. Falls sich dabei eine Strafhöhe ergeben sollte, die der Gewährung des bedingten Strafvollzuges grundsätzlich nicht entgegensteht, so hat die Strafkammer auch darüber zu befinden. Ebenso ist gegebenenfalls der Widerruf des bedingten Strafvollzuges der

11 mit Urteil vom 10. Juni 2003 ausgesprochenen 15-monatigen Gefängnisstrafe neu zu beurteilen. Nicht neu zu beurteilen sind jedoch der Schuldspruch sowie die Einziehung der beschlagnahmten Betäubungsmittel und Betäubungsmittelutensilien und des sichergestellten Geldbetrages. b) Der Angeschuldigte in einem Strafverfahren hat - unabhängig von der kantonalen Verfahrensordnung - gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK

einen Anspruch darauf, dass seine Sache in billiger Weise und öffentlich gehört wird. Dieser Anspruch ist Teilgehalt der umfassenden Garantie auf ein faires Verfahren. Vorliegend wurde bereits am 11. Januar 2005 eine mündliche Hauptverhandlung durchgeführt, in deren Rahmen der Angeklagte und sein Rechtsvertreter die Möglichkeit erhalten haben, sich in jeder Hinsicht einlässlich und ausführlich zu äussern. Der Angeklagte wurde zudem an der Hauptverhandlung durch den Vorsitzenden eingehend zur Person und zur Sache befragt, so dass das Gericht einen differenzierten persönlichen Eindruck gewinnen konnte. Seit der Hauptverhandlung erging nur das Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2005, andere Handlungen wurden keine vorgenommen. Der Angeklagte hat die Gelegenheit erhalten, sich zum genannten Urteil des Bundesgerichts und auch zu den urteilsrelevanten Änderungen in seinen persönlichen Verhältnissen detailliert zu äussern. Er hat von dieser Möglichkeit am 15. Februar 2006 denn auch Gebrauch gemacht. Es stellen sich im jetzigen Zeitpunkt grundsätzlich dieselben Fragen wie anlässlich der Hauptverhandlung vom 11. Januar 2005. Rechtsfragen oder Fragen zum Angeklagten, die nicht aus den Akten beantwortet werden könnten, haben sich keine ergeben. Unter diesen Umständen aber wurde dem Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren mit der öffentlichen Hauptverhandlung vom 11. Januar 2005 sowie der Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme zum Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2005 Genüge getan; auf eine erneute öffentliche Verhandlung kann verzichtet werden.

## E. 2

a) aa) Art. 1 Abs. 1 BetmG definiert den Begriff Betäubungsmittel als abhängigkeiterzeugende Stoffe und Präparate der Wirkungstypen Morphin, Kokain und Cannabis. Ausdrücklich wird damit Cannabis als abhängigkeiterzeugender Stoff unter Art. 1 Abs. 1 BetmG subsumiert. Weiter fällt Hanfkraut als Rohmaterial (Art. 1 Abs. 2 lit. a Ziff. 4 BetmG) sowie als Wirkstoff das Harz der Drüsenhaare (Art. 1 Abs. 2 lit. b Ziff. 3 BetmG) unter die vom Betäubungsmittelgesetz erfassten Substanzen, ohne Rücksicht auf den Gehalt an psychoaktiven Substanzen (bei Hanf insbesondere Delta-Tetrahydrocannabinol). Es schliesst sodann weitere Stoffe ein, die "eine ähnliche Wirkung haben wie die Stoffe der Gruppen a oder b dieses Absatzes" (Art. 1 Abs. 2 lit. c BetmG). Handel und Umgang mit Hanfkraut unterstehen

12 der staatlichen Kontrolle (Art. 2 BetmG). Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG hält fest, dass "Hanfkraut zur Betäubungsmittelgewinnung und das Harz seiner Drüsenhaare (Hassisch)" nicht angebaut, eingeführt, hergestellt oder in Verkehr gebracht werden dürfen. Im Verzeichnis der verbotenen Stoffe (Anhang a und d zur Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die Betäubungsmittel und psychotropen Stoffe [BetmV-Swissmedic] vom 12. Dezember 1996) sind das Hanfkraut (Cannabis) zur Betäubungsmittelgewinnung, Cannabisextrakte zur Betäubungsmittelgewinnung, Cannabis harz etc. und Tetrahydrocannabinol (THC) ebenfalls als Betäubungsmittel aufgeführt. Wann Hanfkraut als Rohmaterial respektive als gebrauchsfertiges Betäubungsmittel zu gelten hat, geht aus dem Betäubungsmittelgesetz zwar nicht hervor, lässt sich nach dem Bundesgericht aber aus der Gesetzgebung zu den Lebensmitteln und der Landwirtschaft herleiten (BGE 126 IV 199). bb) Der Bundesrat hat in bestimmten Fällen Anbau und Verkauf von Hanf gestattet. So können Hanf und Hanfprodukte zugelassene Bestandteile von Lebensmitteln sein (Art. 1 und 2 in Verbindung mit Anhang 4, S. 122 f., der Verordnung über Fremd-Inhaltsstoffe in Lebensmitteln vom 26. Juni 1995, gestützt auf

Art. 7, Art. 9 Abs. 2 und Art. 16 Abs. 3 der Lebensmittelverordnung vom 1. März 1995). Die Vorschriften zur Landwirtschaft erlauben den Anbau einiger namentlich aufgeführter Hanfsorten ("Industriehanf", Art. 4 und Anhang 4, S. 18, der Verordnung des Bundesamtes für Landwirtschaft über den Sortenkatalog für Getreide, Kartoffeln, Futterpflanzen und Hanf vom 7. Dezember 1998; Delegation der Zuständigkeit an das Bundesamt für Landwirtschaft in Art. 4 Abs. 2 der Verordnung über die Produktion und das Inverkehrbringen von pflanzlichem Vermehrungsmaterial vom 7. Dezember 1998, gestützt insbesondere auf Art. 162 des Bundesgesetzes über die Landwirtschaft vom 29. April 1998). In allen genannten Fällen haben die zuständigen Bundesämter Grenzwerte für den Gehalt an THC festgesetzt, die nicht überschritten werden dürfen, damit die zugelassenen Produkte und Hanfsorten nicht als Betäubungsmittel missbraucht werden. Bei Industriehanf liegt der Grenzwert bei einem THC-Gehalt von 0,3 %, bei Lebensmitteln je nach Produkt zwischen 0,2 und 50 mg THC/kg. Diese Grenzwerte dienen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes als Massstab dafür, ab welchem Gehalt an THC ein Hanfprodukt als Betäubungsmittel gelten muss und nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG nicht mehr in Verkehr gebracht werden darf (BGE 126 IV 200). b) aa) Gemäss Art. 19 Ziff. 1 BetmG macht sich strafbar, wer unbefugt alkaloidhaltige Pflanzen und Hanfkraut zur Gewinnung von Betäubungsmitteln anbaut (Abs. 1), wer Betäubungsmittel unbefugt herstellt, auszieht, umwandelt oder verar-

beitet (Abs. 2), wer sie 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), ebenso wer sie unbefugt besitzt, aufbewahrt, kauft oder sonst wie erlangt (Abs. 5), wer hierzu Anstalten trifft (Abs. 6), wer den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln finanziert oder seine Finanzierung vermittelt (Abs. 7) und wer öffentlich zum Betäubungsmittelkonsum auffordert oder öffentlich Gelegenheit zum Erwerb oder Konsum von Betäubungsmitteln bekannt gibt (Abs. 8). Die Strafe ist bei vorsätzlicher Tatbegehung Gefängnis oder Busse, in schweren Fällen Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter einem Jahr, allenfalls verbunden mit einer Busse bis zu Fr. 1'000'000.--. Soweit vorerwähnte Handlungen dem Eigenkonsum dienen, erfahren sie gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG eine privilegierte Behandlung; als Strafe drohen in diesem Falle - wie für den unbefugten Konsum von Betäubungsmitteln selbst - Haft oder Busse. In leichten Fällen kann das Verfahren eingestellt oder von einer Strafe abgesehen werden. Es kann eine Verwarnung ausgesprochen werden (Art. 19a Ziff. 2 BetmG). bb) Ein schwerer Fall liegt gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG einmal 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. In BGE 117 IV 314 ff. legte das Bundesgericht fest, dass Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG in Fällen, in denen sich die Widerhandlung gemäss Art. 19 Ziff. 1 BetmG auf Cannabissubstanzen bezieht, nicht anwendbar ist. Ausdrücklich hielt das Bundesgericht im selben Entscheid aber fest, dass eine qualifizierte Tatbegehung weiterhin anzunehmen ist, wenn der Täter als Mitglied einer Bande gehandelt hat, die sich zur Ausübung des unerlaubten Betäubungsmittelverkehrs zusammengefunden hat (Art. 19 Ziff. 2 lit. b BetmG), oder wenn er durch gewerbsmässiges Handeln einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt hat (Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG). Gewerbsmässig im Sinne von lit. c handelt, wer die deliktische Tätigkeit nach Art eines Berufes ausübt (BGE 116 IV 325 ff., 119 IV 132). Der Täter handelt berufsmässig, wenn aus den gesamten Umständen geschlossen werden muss, dass er sich darauf eingerichtet hat, durch deliktische

Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen. Als Indiz für die Gewerbsmässigkeit gelten beispielsweise die Anzahl oder Häufigkeit der während eines bestimmten Zeitraums bereits verübten Taten oder auch die Entwicklung eines Systems beziehungsweise einer bestimmten Methode (BGE 116 IV 319 f.). Es ist dabei notwendig, dass der Täter die Tat bereits mehrfach begangen hat, dass er in der Absicht handelte, ein Erwerbseinkommen zu erlangen, und dass aufgrund seiner Taten geschlossen wer-

14 den muss, er sei zu einer Vielzahl von unter den fraglichen Tatbestand fallenden Taten bereit gewesen (Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, BT I, Bern 1993, S. 331; BGE 116 IV 325 ff., 119 IV 132). Auf die zusätzlichen Voraussetzungen des grossen Umsatzes oder erheblichen Gewinns findet die in BGE 117 IV 63 entwickelte Rechtsprechung Anwendung, wonach der erzielte Bruttoumsatz beziehungsweise Nettoerlös massgebend ist (BGE 117 IV 64, bestätigt in BGE 122 IV 216), wobei ein Betrag in der Grössenordnung von Fr. 100'000.-- oder mehr als grosser Umsatz gilt (BGE 129 IV 188). Ein erheblicher Gewinn im Sinne des Gesetzes liegt gemäss Bundesgericht vor, sobald jemand durch gewerbsmässigen Handel mit Betäubungsmitteln Fr. 10'000.-- oder mehr Gewinn erzielt hat (BGE 129 IV 253; vgl. zum Ganzen sodann SJZ 94 [1998] Nr. 24, S. 541 f.).

### **E. 3**

Im November 2000 eröffnete A. an der X. in U. einen Hanfladen mit dem Namen AA.. Neben unbedenklichen Produkten verkaufte er in seinem Laden von anfangs Juli 2001 bis zur polizeilichen Kontrolle vom 23. Mai 2002 auch abgepackte, rauchfertige Hanfblüten. Dafür wurde er vom Kantonsgericht Graubünden am 10. Juni 2003 wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz verurteilt. Trotz dieses Strafverfahrens und der Verurteilung führte A. den Hanfladen an der X. in U. weiter. Bis Ende Juli 2003 verkaufte er dort auch weiterhin rauchfertige Hanfblüten sowie Haschisch. Ab ca. August 2003 verkaufte er die Hanfblüten und das Haschisch nicht mehr in seinem Laden, sondern liess beides mittels eines Auslieferungsdienstes direkt zu den Käufern bringen, welche zuvor im Laden bestellt und bezahlt hatten. Sowohl die Hanfblüten als auch das Haschisch bezog er von fünf Personen, deren Namen er jedoch nicht preisgegeben hat, aus verschiedenen Teilen des Kantons Graubünden (polizeiliche Einvernahme vom 5. Mai 2004, act. 12.5, S. 4 Mitte; polizeiliche Einvernahme vom 6. Mai 2004, act. 12.6, S. 4 Mitte). A. wog die Hanfblüten und das Haschisch nach dem Kauf jeweils selbst ab und füllte die Hanfprodukte anschliessend in Minigripsäcklein (untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 12. Mai 2004, act. 12.8, S. 2 Mitte). Gemäss eigenen Angaben hat A. in der Zeit vom 23. Mai 2002 bis zum 15. November 2003 auf diese Weise durch seinen Laden an der X. in U. 14 bis 15 kg Marihuana und 3 kg Haschisch an verschiedene Personen verkauft beziehungsweise durch seinen Angestellten B. verkaufen lassen (polizeiliche Einvernahme vom 5. Mai 2004, act. 12.5, S. 3 Mitte). Am 15. November 2003 übernahm B. den AA. in U.. Auch er verkaufte in der Folge rauchfertige Hanfblüten sowie Haschisch. Beides bezog er von A., dem er die Ware bezahlte, um sie anschliessend auf eigene Rechnung weiter zu veräussern. A. hat nach eigenen Aussagen in der Zeit vom 15. November 2003 bis zum 28. April 2004 ungefähr 4.3 kg rauchfertige Hanfblüten und 500 g Haschisch an B.

15 geliefert (polizeiliche Einvernahme vom 6. Mai 2004, act. 12.6, S. 2 oben, sowie polizeiliche Einvernahme vom 12. Mai 2004, act. 12.7, S. 1). Ab dem 1. Februar 2003 mietete A. zudem ein Verkaufslokal in V. hinzu. Auch dort verkaufte er unter anderem

getrocknete Hanfblüten und Haschisch. Wie in U. führte er einen Auslieferungsdienst ein, mit welchem die Hanfprodukte, welche die Kunden zuvor im Laden bestellt und bezahlt hatten, direkt zu den Käufern gebracht wurden. In der Zeit vom 1. Februar 2003 bis zum 28. April 2004 verkaufte A. nach eigenen Angaben auf diese Weise ungefähr 4.5 bis 5 kg getrocknete Hanfblüten und 500 g Haschisch an unbestimmt viele Personen (polizeiliche Einvernahme vom 30. April 2004, act. 12.4, S. 3 unten). Insgesamt verkaufte A. damit in der Zeit vom 23. Mai 2002 bis zum 28. April 2004 in seinen beiden Läden in U. und V. nach eigenen Angaben mindestens 18.5 kg getrocknete Hanfblüten und 3.5 kg Haschisch an unbestimmt viele Personen. Im weiteren lieferte er B. zwischen dem 15. November 2003 und dem 28. April 2004 zumindest 4.3 kg rauchfertige Hanfblüten und 500 g Haschisch. A. hat somit im Ganzen mindestens 22.8 kg rauchfertige Hanfblüten und 4 kg Haschisch an Drittpersonen abgegeben. Daneben wurden anlässlich einer am 28. April 2004 erfolgten Hausdurchsuchung bei A. in W. 150.7 g Haschisch und 376.3 g getrocknete Hanfblüten sichergestellt. Beides war für den Verkauf beziehungsweise die Abgabe an Drittpersonen vorgesehen (polizeiliche Einvernahme vom 5. Mai 2004, act. 12.5, S. 4 oben). A. hat diesen Sachverhalt sowie die Verkaufsmengen sowohl in der Untersuchung (vgl. untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 12. Mai 2004, act. 12.8, S. 2 Mitte; untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 1. Oktober 2004, act. 12.9, S. 2 f.) als auch anlässlich der mündlichen Verhandlung vor der Strafkammer des Kantonsgerichts Graubünden am 11. Januar 2005 ausdrücklich als zutreffend anerkannt. Im Folgenden ist mithin von diesem Sachverhalt und den genannten Verkaufsmengen auszugehen. Von den anlässlich der Hausdurchsuchungen vom 28. und 29. April 2004 sichergestellten Hanfblüten und dem bei gleicher Gelegenheit sichergestellten Haschisch wurden sechs Proben Haschisch und vier Proben getrocknete Hanfblüten an den kriminaltechnischen Dienst der Kantonspolizei St. Gallen geschickt. Dabei wurden vier Haschisch- und zwei Marihuana-proben A. zugerechnet, während zwei Haschisch- und zwei Marihuana-proben B. zugeschrieben wurden. Die Proben von B. stammten aus dem Bunker (je einmal Haschisch und Marihuana) und dem Laden (je einmal Haschisch und Marihuana) in U.. Da B. jedoch sowohl die Hanfblüten als auch das Haschisch von A. bezogen und A. die bestellten Hanfprodukte jeweils im Bunker deponiert hat (vgl. polizeiliche Einvernahme von A. vom 12. Mai 2004, act. 12.7, S. 1), sind auch die Proben aus dem Bunker in U. im vorliegenden Verfahren aussagekräftig. Die Proben aus dem Geschäft in U. sind gemäss Aktenlage - zumindest grösstenteils - C., dem Bruder

16 von B., zuzurechnen (vgl. polizeiliche Einvernahme von C. vom 3. Mai 2004, act. 11.8, S. 1 unten; polizeiliche Einvernahme von C. vom 4. Mai 2004, act. 11.9, S. 2 oben). Da zum einen nicht bekannt ist, von wem C. diese Hanfprodukte bezogen hat, und zum andern Angaben darüber fehlen, von welchen der im Laden in U. gefundenen Haschisch- und Marihuana-mengen die Proben stammen, finden die Proben aus dem Laden in U. im vorliegenden Verfahren keine Beachtung. Die Analyse der vorliegend relevanten Proben ergab für das Haschisch THC-Gehalte zwischen

## **E. 8**

% und 25 % und für die Hanfblüten solche von 5 % (kriminaltechnischer Untersuchungsbericht vom 4. Juni 2004, act. 7.14, S. 2). Damit handelte es sich beim Haschisch um gute bis ausgezeichnete, bei den Hanfblüten um gute Qualität. Das Harz der Drüsenhaare des Hanfkrautes (Haschisch) ist gemäss Gesetz ohne Rücksicht auf den Anteil an THC ein Betäubungsmittel und fällt damit unter das Betäubungsmittelgesetz (vgl. Art.

1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b Ziff. 3 BetmG, Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG sowie Anhang a und d zur Verordnung des Schweizerischen Heilmittelinstituts über die Betäubungsmittel und psychotropen Stoffe [BetmV-Swissmedic] vom

## **E. 12**

Dezember 1996). Hanfblüten sind, wie bereits einlässlich ausgeführt, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ohne Weiteres den Betäubungsmitteln zuzuzählen und damit dem Betäubungsmittelgesetz unterstellt, sobald der Anteil an THC 0.3 % übersteigt. Gemäss kriminaltechnischer Analyse der Kantonspolizei St. Gallen wiesen die Proben der Hanfblüten einen THC-Gehalt von jeweils 5 % auf (act. 7.14, S. 2). Ihr THC-Gehalt liegt somit um ein vielfaches über dem gesetzlich festgelegten Grenzwert von 0.3 %. Es handelt sich folglich auch bei den untersuchten getrockneten Hanfblüten um Betäubungsmittel. Der hohe THC-Gehalt der untersuchten Hanfblüten sowie die Tatsache, dass A. gemäss seinen eigenen Angaben die Hanfblüten immer bei denselben Personen bezogen hat (polizeiliche Einvernahme vom 5. Mai 2004, act. 12.5, S. 4 Mitte; polizeiliche Einvernahme vom 6. Mai 2004, act. 12.6, S. 4 Mitte), sind ein erster Hinweis darauf, dass A. generell Hanfblüten verkauft hat, die einen hohen THC-Gehalt aufgewiesen haben. A. hat sich gemäss seinen eigenen Aussagen in der Untersuchung über die THC-Gehalte der von ihm verkauften Hanfblüten keine Gedanken gemacht (untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 12. Mai 2004, act. 12.8, S. 2 Mitte). Er hat sich auch nicht zur Qualität der Hanfprodukte geäussert, welche er veräussert hat. Anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 5. Mai 2004 hat er jedoch ausgesagt, dass er das in seinem Haus in W. sichergestellte gepresste Marihuana selbst habe konsumieren wollen, weil die Qualität sehr schlecht gewesen sei; das weitere, in W. gefundene Marihuana habe er Kollegen gratis zur Verfügung stellen wollen, weil dessen Qualität ebenfalls schlecht gewesen sei (act. 12.5, S. 5 oben). Dies spricht dafür, dass A. die Qualität der Ware überprüft und nur Hanfblüten von guter Qualität, das heisst

## **E. 17**

mit einem entsprechend hohen THC-Gehalt, verkauft hat. Nachdem A. zum einen von den Hanfblüten, welche er verkaufte, selbst konsumiert hat (vgl. zum Beispiel seine Aussage bei der polizeilichen Einvernahme vom 5. Mai 2004, act. 12.5, S. 4 unten: "Wie bereits erwähnt, konsumiere ich praktisch täglich einen Joint. Das Marihuana war ja zur genüge vorhanden") und zum andern nach eigenen Angaben seit 35 Jahren praktisch täglich Marihuana oder Haschisch konsumiert (polizeiliche Einvernahme vom 5. Mai 2004, act. 12.5, S. 4 unten), war er im übrigen ohne Zweifel in der Lage, weniger gute oder gar schlechte Ware auszuschneiden. Die Aussagen von A. sind daher ein zweites, sehr gewichtiges Indiz, dass er Hanfblüten mit hohem THC-Gehalt verkauft hat. Schliesslich spricht auch die Tatsache, dass fast alle der befragten Käufer angaben, mehrfach - teilweise bis zu zwanzig Mal - im AA. in U. eingekauft zu haben (vgl. zum Beispiel polizeiliche Einvernahme von F., act. 10.1, S. 2 unten; polizeiliche Einvernahme von G., act. 10.2, S. 2 Mitte; polizeiliche Einvernahme von H., act. 10.4, S. 2 oben; polizeiliche Einvernahme von I., act. 10.6, S. 4 Mitte; polizeiliche Einvernahme von J., act. 10.7, S. 2 Mitte; polizeiliche Einvernahme von K., act. 10.9, S. 2 Mitte; polizeiliche Einvernahme von L., act. 10.12, S. 2 unten und S. 3 oben), für eine zumindest gute Qualität der angebotenen Hanfblüten. Neben dem anhaltend guten Absatz weist auch der gleichbleibende Verkaufspreis - für Indoorhanf Fr. 10.-- pro Gramm, für Outdoorhanf Fr. 6.25 pro Gramm - auf eine gleichbleibende Qualität hin. Es ist unter diesen Umständen davon auszugehen, dass

die Hanfblüten, welche A. verkaufte, von zumindest guter Qualität waren. Ihr Gehalt an THC lag damit weit über dem gesetzlich festgesetzten Grenzwert von 0.3 %. Damit ist erstellt, dass A. in der Zeit vom 23. Mai 2002 bis zum 28. April 2004 insgesamt mindestens 22.8 kg Hanfblüten, welche einen THC-Gehalt von weit über 0.3 % aufwiesen und damit gemäss Gesetz als Betäubungsmittel zu betrachten waren, sowie 4 kg Haschisch an unbekannt viele Personen verkauft hat. In subjektiver Hinsicht ist davon auszugehen, dass A. zumindest eventualvorsätzlich handelte. Wie bereits ausgeführt, konsumiert A. nach eigenen Angaben seit mehr als 35 Jahren praktisch täglich Marihuana oder Haschisch (polizeiliche Einvernahme vom 5. Mai 2004, act. 12.5, S. 4 unten), weshalb er ohne Zweifel in der Lage war zu erkennen, dass der THC-Gehalt der Hanfblüten, die er verkaufte und von denen er selbst konsumierte, über dem vom Gesetz vorgesehenen Grenzwert lag, es sich somit um Betäubungsmittel handelte. Ebenso war ihm zweifellos bekannt, dass Haschisch dem Betäubungsmittelgesetz untersteht und ohne behördliche Bewilligung nicht verkauft werden darf (vgl. seine Aussage anlässlich der untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom 12. Mai 2004, act. 12.8, S. 3: „Ich wusste, dass es [sein Handeln] strafbar ist“). A. hat in der Untersuchung im weiteren erklärt, er habe vermutet, dass die von ihm verkauften Hanfprodukte von den Käufern ge-

#### **E. 18**

raucht würden (untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 12. Mai 2004, act. 12.8, S. 2 Mitte; untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 1. Oktober 2004, act. 12.9, S. 3 unten). Diese Aussage hat er anlässlich der Hauptverhandlung vor der Strafkammer des Kantonsgerichtes am 11. Januar 2005 auf entsprechende Frage des Vorsitzenden bestätigt. A. wusste mithin um die konkrete Möglichkeit der gesetzwidrigen Verwendung der Hanfprodukte und ging sogar davon aus, dass sich diese Möglichkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit verwirklichte. Er unternahm jedoch nichts, um eine illegale Verwendung seiner Hanfprodukte zu verhindern. A. hat damit augenscheinlich zumindest in Kauf genommen, dass die Käufer die Hanfblüten beziehungsweise das Haschisch mittels Rauchen konsumierten. Wie sich den Einvernahmen der Käufer entnehmen lässt, haben diese die Hanfprodukte auch tatsächlich geraucht (vgl. Dossier 10). Unter diesen Umständen muss nicht weiter geprüft werden, ob A. auch mit direktem Vorsatz handelte, obwohl sehr starke Indizien dafür sprechen (vgl. unter anderem seine Aussage im Verfahren, welches zu seiner Verurteilung vom 10. Juni 2003 führte, wonach ihm klar gewesen sei, dass jemand, der Fr. 100.-- für ein Säcklein Hanfblüten ausgabe, diese anschliessend auch rauche [Urteil der Strafkammer des Kantonsgerichts Graubünden vom 10. Juni 2003, SF 03 17, S. 12]. Es ist nicht anzunehmen und es sind auch keine Hinweise ersichtlich, dass sich die Situation für A. nun anders darstellte). Denn gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt Eventualvorsatz zur Erfüllung des Tatbestandes, jedenfalls dann, wenn wie vorliegend Hanfprodukte vertrieben werden, deren THC-Gehalt den gesetzlichen Grenzwert überschreitet (BGE 126 IV 198). Aus dem Gesagten erhellt, dass A. ohne Frage sowohl den objektiven als auch den subjektiven Tatbestand von Art. 19 Ziff. 1 BetmG erfüllt hat. 4. Die Staatsanwaltschaft Graubünden macht geltend, A. habe berufsmässig gehandelt sowie einen grossen Umsatz erzielt, weshalb er den qualifizierten Tatbestand von Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG erfüllt habe. A. bestreitet, dass der Umsatz, welcher mit dem Verkauf von illegalen Hanfprodukten erzielt worden ist, zur Gänze ihm anzurechnen sei; es sei daher vorliegend unter den gegebenen Umständen das Kriterium des grossen Umsatzes nicht erfüllt. a) Gewerbmässig im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 lit. c BetmG handelt, wer die deliktische Tätigkeit nach Art eines Berufes ausübt. Der Täter

handelt berufsmässig, wenn aus den gesamten Umständen geschlossen werden muss, dass er sich darauf eingerichtet hat, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen (vgl. BGE 129 IV 188). A. hat in U. und V. die Hanfblüten und das Haschisch

### **E. 19**

zunächst in seinen Läden, dann über einen von ihm organisierten Auslieferungsdienst verkauft. Er hat folglich eine geschäftliche Struktur und ein besonderes System für den Vertrieb der Hanfprodukte aufgebaut und benutzt. Gemäss eigenen Angaben hat er durch den Verkauf der Hanfblüten und des Haschischs einen Erlös in Höhe von Fr. 60'000.-- bis Fr. 70'000.-- erzielt (untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 12. Mai 2004, act. 12.8, S. 2 unten). In derselben Einvernahme und auch anlässlich der untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom 1. Oktober 2004 hat er geltend gemacht, dass von diesem Erlös noch die Miet- und Nebenkosten sowie die Löhne für seine Angestellten in U. und V. abzuziehen seien, so dass praktisch nichts mehr übrig geblieben sei (act. 12.8, S. 2 unten; act. 12.9, S. 1 und 2). Damit bestreitet er unter anderem, dass er aus dem Verkaufserlös der Hanfprodukte einen namhaften Beitrag an seine Lebenshaltungskosten geleistet hat. Um seine Ausführungen zu untermauern, zählt er in der untersuchungsrichterlichen Einvernahme vom 1. Oktober 2004 die Kosten auf, welche seiner Meinung nach vom Verkaufserlös abzuziehen sind (act. 12.9, S. 2). Folgt man der Auffassung von A. und zieht alle geltend gemachten (aber nur teilweise belegten!) Kosten ab, bleibt tatsächlich kein Erlös mehr übrig. In seiner Argumentation übersieht A. jedoch, dass er in der Zeit, in der er illegale Hanfprodukte verkauft hat, auch mit dem Verkauf von legalen Produkten einen Erlös erzielt hat (vgl. untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 1. Oktober 2004, act. 12.9, S. 4 oben). Dieser Erlös ist zum Gesamterlös hinzuzuzählen und anteilmässig auf die Bezahlung der Miet- und Personalkosten anzurechnen. Dies umso mehr, als die Ladenräumlichkeiten auch zum Verkauf der legalen Produkte gedient haben und das Personal auch mit dem Verkauf von legalen Produkten beschäftigt war (vgl. polizeiliche Einvernahme vom 30. April 2004, act. 12.4, S. 2: „Welche Funktion übte E. im AA. aus? Er war [als] Verkäufer tätig und verkaufte Papierchen, Zigaretten, Pfeiffen und möglicherweise auch Hanf.“). Die Miet- und Personalkosten sind folglich nicht einzig durch den Verkauf der Hanfblüten und des Haschischs angefallen und sind daher auch nicht gesamthaft vom Erlös aus dem Verkauf der Hanfprodukte abzuziehen. Vielmehr sind die Miet- und Personalkosten anteilmässig auf den Erlös aus dem Verkauf der Cannabisprodukte und jenem von legalen Produkten aufzuteilen. Aus den Akten lässt sich nun aber nicht mit Sicherheit feststellen, wie gross der Erlös aus den legalen Produkten gewesen ist. A. hat zwar anlässlich der polizeilichen Einvernahme vom 6. Mai 2004 auf entsprechende Frage ausgeführt, er habe mit seiner Firma BB. im Jahre 2003 einen Umsatz von knapp Fr. 60'000.-- und einen Reingewinn von knapp Fr. 20'000.-- erzielt (act. 12.6, S. 4 unten). Es ist jedoch nicht klar, was unter der Firma BB. abgerechnet wurde, insbesondere ist nicht ersichtlich, ob und in wieweit der Verkauf von Zigarettenpapier etc. in den Läden auch im genannten Umsatz er-

### **E. 20**

fasst ist oder ob einzig die Bestellungen übers Internet erfasst sind. Aus den Aussagen von A. geht hingegen sehr deutlich hervor, dass er erst durch die Einnahmen aus dem Handel mit Betäubungsmitteln in der Lage war, überhaupt seine Ausgaben zu decken (polizeiliche Einvernahme vom 6. Mai 2004, act. 12.6, S. 4: „Zu dieser Zeit [im Jahre 2003] hätte ich nur

mit dieser Firma [BB.] nicht überleben können. Ich war folgedessen mehr oder weniger gezwungen, mit dem Drogenhandel fortzufahren“; untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 1. Oktober 2004, act. 12.9, S. 2: „Als ich dann aber merkte, dass ich Mieten und Personalkosten und andere Ausgaben hatte, die ich sonst nicht bezahlen konnte, begann ich wieder mit der Abgabe von Hanfblüten und Haschisch“). Es ist durchaus möglich, dass A. für die Bezahlung der Miet- und Personalkosten im konkreten Fall vornehmlich Geld aus dem Verkauf von Marihuana und Haschisch benutzte, zum Beispiel weil dies gerade in bar zur Hand war. Dadurch aber wurden Mittel aus dem Verkauf von legalen Produkten frei, die er ansonsten dafür hätte heranziehen müssen. Mit diesen freien Mitteln konnte er sich erst seinen Lebensunterhalt finanzieren (vgl. seine bereits zitierte Aussage, wonach er allein mit den Einnahmen aus seiner Firma BB. nicht hätte überleben können). Durch den Handel mit illegalen Hanfprodukten hat A. folglich regelmässige Einkünfte erzielt, die einen namhaften Beitrag an die Kosten seiner Lebensführung darstellen (vgl. auch BGE 123 IV 113 E 2, wo das Bundesgericht deliktische Einnahmen in der Höhe von durchschnittlich Fr. 500.-- pro Monat als namhaften Beitrag an die Lebenshaltungskosten bezeichnet hat). Im übrigen hat A. sowohl in der Untersuchung als auch vor Schranken des Kantonsgerichts bestätigt, dass er den Erlös aus dem Verkauf der Betäubungsmittel teilweise auch dazu verwendet hat, seine Lebenshaltungskosten zu bestreiten (vgl. untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 12. Mai 2004, act. 12.8, S. 2 unten: „Mit dem Erlös habe ich sodann teilweise meinen Lebensunterhalt bestritten.“). Im weiteren hat A. in unbekannt vielen Fällen getrocknete Hanfblüten und Haschisch verkauft und er war ohne Zweifel bereit, in unbestimmt vielen weiteren Fällen Marihuana und Haschisch zu verkaufen. Der Verkauf der illegalen Hanfprodukte war folglich auf Dauer ausgelegt. A. handelte offenkundig berufs- und damit gewerbsmässig im Sinne des Gesetzes. Bezüglich des Umsatzes ist festzuhalten, dass A. diesen in der Untersuchung mit Fr. 220'000.-- bis Fr. 230'000.-- angegeben hat (polizeiliche Einvernahme vom 12. Mai 2004, act. 12.7, S. 2 oben). Diese Zahlen hat er anlässlich der mündlichen Hauptverhandlung vor der Strafkammer des Kantonsgerichts am 11. Januar 2005 auf entsprechende Frage des Vorsitzenden bestätigt. Sein Verteidiger hat in seinem Plädoyer jedoch geltend gemacht, A. habe diesen Umsatz nicht alleine erzielt, sondern mit Hilfe von zwei, drei weiteren Personen, weshalb nicht der gesamte Umsatz A. zugeschrieben werden könne. Es trifft zwar zu, dass A. sowohl in U. als auch in V. Angestellte hatte,

## **E. 21**

die neben ihm in seinem Laden als Verkäufer gearbeitet und auch das Marihuana und das Haschisch den Käufern geliefert haben. A. war jedoch der Initiator des Betäubungsmittelverkaufs. Er hat die Ladenlokale gemietet und war in U. bis zum 15. November 2003 und in V. bis zu seiner Verhaftung, abgesehen von den Monaten Februar und März 2004, Geschäftsführer. Er hat die Kontakte zu den Betäubungsmittelproduzenten hergestellt und gepflegt, hat mit ihnen verhandelt und selbständig entschieden, welche Betäubungsmittel wo und in welchen Mengen eingekauft werden. Er hat die Betäubungsmittel selbst eingekauft, anschliessend abportioniert und grösstenteils für die Auslieferung bereit gemacht. Er hat seine Angestellten angelernt und instruiert, sie waren weisungsgebunden. Er hat den Preis der Ware selbständig festgelegt. Seine Angestellten mussten ihm das Geld aus dem Verkauf der Betäubungsmittel aushändigen, wobei sie jeweils 10 % als Bezahlung erhielten. A. hat offensichtlich ganz entscheidend zur Realisierung des Umsatzes beigetragen. Deshalb ist ihm auch der gesamte Umsatz von Fr.

220'000.-- bis Fr. 230'000.-- anzurechnen (vgl. auch Urteil des Kassationshofes des Bundesgerichtes vom 12. November 2002, 6S.718/2001, E 6.3). In diesem Umsatz enthalten sind im übrigen auch die Beträge, welche B. nach dem 15. November 2003 an A. für die gelieferten Betäubungsmittel bezahlt hat, nicht jedoch der Umsatz, den B. nach der Übernahme des AA. in U. mit dem Verkauf von Betäubungsmitteln auf eigene Rechnung erzielt hat. Der von A. in der Untersuchung genannte und ihm zuzurechnende Umsatz von zumindest Fr. 220'000.-- ist ohne Zweifel als gross zu bezeichnen. Damit ist vorliegend das Qualifikationsmerkmal des grossen Umsatzes ohne weiteres erfüllt. Nachdem bereits die Voraussetzung des gewerbsmässigen Handels bejaht werden musste, ist vorliegend der qualifizierte Tatbestand gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG erfüllt. Unter diesen Umständen aber erübrigen sich an dieser Stelle Ausführungen zum Gewinn. Aus dem Gesagten erhellt, dass sich A. eines Verstosses gegen Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG schuldig gemacht hat. 5. A. hat in der Strafuntersuchung und auch vor Schranken des Gerichts zugestanden, dass er praktisch täglich Marihuana oder Haschisch konsumierte (vgl. polizeiliche Einvernahme vom 5. Mai 2004, act. 12.5, S. 4 unten). Mit diesem Eigenkonsum und den damit zusammenhängenden Widerhandlungen gegen Art. 19 Ziff. 1 BetmG hat A. die objektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 19a Ziff. 1 BetmG erfüllt. In subjektiver Hinsicht ist davon auszugehen, dass A. wusste, dass sowohl der Eigenkonsum als auch die darauf hinführenden Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz verboten sind. Dies allein schon aufgrund seiner Verurtei-

## E. 22

lung durch das Kantonsgericht Graubünden vom 10. Juni 2003, mit welcher A. bereits wegen dem Konsum von Marihuana bestraft worden war. A. ist daher schuldig der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG. Auch dies hat sein Verteidiger vor Schranken des Gerichts vorbehaltlos anerkannt. 6. Nachdem sich A. der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG sowie der mehrfachen Wiederhandlung gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig gemacht hat, ist die Strafe zuzumessen. a) aa) 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). In BGE 117 IV 112 ff. hat das Bundesgericht grundsätzliche Bemerkungen zur Frage der Strafzumessung angebracht. Demnach muss sich der Begriff des Verschuldens auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat beziehen. Bei der Tatkomponente sind insbesondere zu beachten das Ausmass des verschuldeten 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. auch BGE 118 IV 14; 127 IV 101; 129 IV 6 E 6.1). Diese in die Waagschale gelegten Elemente wirken strafmindernd oder -erhöhend, wobei in der Begründung der Strafzumessung die Überlegungen des Richters nachvollziehbar sein müssen. 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). bb) 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. c 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. c BetmG als

#### **E. 23**

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. 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 85 [1996] Nr. 28). b) Die Strafzumessung gestaltet sich vorliegend insofern etwas komplexer, als Straftaten zu beurteilen sind, die A. teilweise vor seiner mit Urteil der Strafkammer des Kantonsgerichts Graubünden vom 10. Juni 2003 erfolgten Verurteilung begangen hat, und er auch danach noch straffällig geworden ist. Bei der Beurteilung einer Tat, welche vor der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe wegen einer anderen Tat begangen wurde, bestimmt der Richter die Strafe so, dass der Täter nicht schwerer bestraft wird, als wenn die mehreren strafbaren Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wären (Art. 68 Ziff. 2 StGB). Der Gesetzgeber hat jedoch die Frage offengelassen, wie die Strafe festgesetzt werden muss, wenn der Richter gleichzeitig eine vor und eine nach der Verurteilung begangene Tat zu beurteilen hat. Einerseits liegt eine retrospektive Konkurrenz im Sinne von Art. 68 Ziff. 2 StGB, andererseits eine neue Tat vor, welche Gegenstand desselben Urteils bilden. Nach der Rechtsprechung muss in einem solchen Fall eine Gesamtstrafe ausgesprochen werden (BGE 116 IV 14 ff. = Pra 79 [1990] Nr. 143; BGE 115 IV 25; BGE 116 IV 17 E 2b). Art. 68 Ziff. 2 StGB ist jedoch Rechnung zu tragen, indem zuerst auf die Tat abzustellen ist, für welche das Gesetz die schwerste Strafe vorsieht; danach ist die Bestrafung abzuwägen, die für diese schwerste Tat im konkreten Fall angemessen ist. Schliesslich wird die Strafe gemäss der Strafzumessung für die andere Tat entsprechend erhöht. Dabei ist zu präzisieren, dass das Element der Gesamtstrafe bezüglich der Tat in retrospektiver Konkurrenz wie eine Zusatzstrafe bestimmt wird (BGE 115 IV 25; BGE 69 IV 59). Wiegt die alte Tat schwerer, wird theoretisch von einer Zusatzstrafe ausgegangen. An diese wird die Strafe für die spätere Tat angefügt. Wenn die neue Tat schwerer wiegt, dient die dafür bemessene Strafe als Grundlage; sie wird unter Berücksichtigung der alten Tat erhöht (BGE 116 IV 14 ff. = Pra 79 [1990] Nr. 143; BGE 118 IV 121). Mit anderen Worten ist die Schwere der Strafe für die vor und nach dem Urteil begangenen Taten zu bestimmen, damit entschieden werden kann, welche der beiden Strafen als Einsatzstrafe und welche als Zusatzstrafe zu gelten hat (BGE 118 IV 119; Wiprächtiger, Strafzumessung und bedingter Strafvollzug - eine Herausforderung für die Strafbehörden, in: ZStrR 114 [1996] S. 422 ff., S. 453 f.). Diese Methode erlaubt, Art. 68 Ziff. 1 StGB anzuwenden,

#### **E. 24**

ohne Art. 68 Ziff. 2 StGB zu vernachlässigen. Schliesslich ist zu beachten, dass in Fällen, wo Taten vor und nach einer früheren Verurteilung zu beurteilen sind, in der Regel die Höhe der jeweiligen Strafen in Zahlen anzugeben ist, damit sich überprüfen lässt, in

welcher Weise das frühere Urteil berücksichtigt worden ist (vgl. BGE 118 IV 121, vgl. auch BGE 129 IV 113). c) Vorliegend fallen sowohl die Straftaten, die vor der Verurteilung vom 10. Juni 2003 begangen worden sind, als auch jene danach gesamthaft gesehen unter denselben Straftatbestand, nämlich Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG. Damit kann allein von der Strafdrohung her nicht entschieden werden, welche Straftaten die schwereren sind. Es ist daher abzuwägen, welche Straftatengruppe mit Bezug auf den konkreten Fall schwerer wiegt. Die Strafkammer des Kantonsgerichts kommt zum Schluss, dass das Verschulden für die Strafen nach der Verurteilung vom 10. Juni 2003 schwerer wiegt. A. hat in seiner Stellungnahme vom 15. Februar 2006 zum Urteil des Bundesgerichtes vom 14. Dezember 2005 die Strafkammer ersucht, auf diese Gewichtung zurückzukommen und sie zu korrigieren. Er hat jedoch keine Ausführungen dazu gemacht, weswegen sich eine andere Gewichtung ergeben müsste. Die Strafkammer des Kantonsgerichts sieht denn auch keine Gründe, die zu einer anderen Gewichtung führen würden. Unter diesen Umständen ist vorliegend zunächst eine Einsatzstrafe für die nach dem Urteil der Strafkammer des Kantonsgerichts Graubünden vom 10. Juni 2003 verübten Straftaten festzusetzen. Anschliessend ist diese Strafe im Rahmen der vorliegend auszusprechenden Gesamtstrafe angemessen für die vor der genannten Verurteilung begangenen Straftaten zu erhöhen, wobei zu beachten ist, dass die Strafe für die Taten vor dem Urteil vom 10. Juni 2003 in retrospektiver Konkurrenz zu bemessen ist. Dabei darf diese Zusatzstrafe für die vor dem 10. Juni 2003 begangenen Taten nicht für sich festgesetzt werden, sondern sie stellt die angemessene Erhöhung der selbständigen Strafe für die nach dem 10. Juni 2003 begangenen Straftaten nach Massgabe des im ursprünglichen Urteil vom 10. Juni 2003 nicht abgeholten Sühnerestes dar (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2005, 6S.254/2005). aa) Das Verschulden von A. wiegt schwer. Er hat in einem Zeitraum von ungefähr 23 Monaten mindestens 22.8 kg Marihuana und 4 kg Haschisch verkauft, mithin eine erhebliche Menge. Davon entfallen etwa 12.8 kg Marihuana und 2 kg Haschisch auf den Zeitraum nach dem Urteil vom 10. Juni 2003. (In V. ist der Verkauf von Betäubungsmitteln - mindestens 4.5 kg Marihuana und 0.5 kg Haschisch - ab Juni 2003 nachgewiesen [polizeiliche Einvernahme vom 30. April 2004, act. 12.4, S. 2 Mitte], er fällt deshalb vollständig in die Zeit nach dem früheren Urteil vom 10.

## **E. 25**

Juni 2003; der Verkauf von Betäubungsmitteln an B. - zumindest 4.3 kg Marihuana und 0.5 kg Haschisch - fand nach der Geschäftsübergabe vom 15. November 2003 statt, so dass auch er gänzlich in die Zeit nach dem 10. Juni 2003 fällt. Der Verkauf von Betäubungsmitteln in U., welcher A. zuzurechnen ist, fällt in die Zeit vom 23. Mai 2002 bis zum 15. November 2003. Vom 23. Mai 2002 bis zum Urteil vom 10. Juni 2003 sind es 12 ½ Monate, vom 10. Juni 2003 bis zum 15. November 2003 fünf Monate. Dies entspricht einem Verhältnis von fünf zu zwei. Teilt man die von A. anerkannten, in der fraglichen Zeit verkauften Betäubungsmittel, nämlich 14 kg Marihuana und 3 kg Haschisch, im selben Verhältnis, ergibt dies für die Zeit vom 10. Juni 2003 bis zum 15. November 2003 4 kg Marihuana und ungefähr 1 kg Haschisch. Insgesamt hat A. daher nach seiner Verurteilung vom 10. Juni 2003 die erwähnten 12.8 kg Marihuana und 2 kg Haschisch verkauft). A. hat auch noch nach dem Urteil vom 10. Juni 2003 bis zum 28. April 2004, also noch mehr als 10 Monate lang und somit über eine lange Zeitspanne, intensiv delinquent und einen bedeutenden Umsatz erzielt. Damit offenbarte er einen erheblichen kriminellen Willen. Das Gericht übersieht dabei nicht, dass A. mit Hanfprodukten gehandelt hat und dass Hanfprodukte nicht dasselbe Gefährdungspotenzial aufweisen wie zum Beispiel Heroin

oder Kokain. Trotzdem ist die Droge Cannabis in gesundheitlicher Hinsicht nicht einfach unbedenklich; ihr wohnen nicht vernachlässigbare Gefahren und Risiken inne, weshalb sie der Gesetzgeber ins Betäubungsmittelgesetz aufgenommen und damit den Umgang mit ihr mit Strafe bedroht hat (vgl. BGE 120 IV 256; 117 IV 314). Der Drogenkonsum ist für Körper und Geist äusserst schädlich. Dies trifft vor allem für harte Drogen zu: nebst der verheerenden Einwirkung auf den Körper sind sie gefährlich, weil sie den Willen auflösen und den Menschen zu einem Automaten machen, der nicht mehr frei über sein eigenes Leben entscheiden kann. Es kann aber auch schon bei Einnahmen geringer Mengen von Cannabis, eine Droge, die vielfach verharmlost wird, zu einer Einschränkung der Konzentrationsfähigkeit und Aufmerksamkeit sowie der Motivationskraft und zu einer Reduktion der Kritikfähigkeit kommen. Konzentration, Aufmerksamkeit und Kritikfähigkeit sind aber alles Fähigkeiten, die im gesellschaftlichen Zusammenleben stark beansprucht werden. Sind diese Fähigkeiten infolge Drogenkonsums vermindert, wird es sehr schwierig sein, sich im Gesellschaftsleben etablieren zu können, und einer geeigneten Arbeit nachzugehen. Dass A. auch noch nach der Verurteilung vom 10. Juni 2003 über 10 Monate lang mit dieser bekanntermassen verbotenen Substanz in erheblichem Umfang gehandelt hat, zeigt eindeutig seine beträchtliche kriminelle Energie. Seine Handlungen, die insgesamt gesehen den Tatbestand von Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG erfüllen, sind als Verbrechen zu qualifizieren (Art. 9 Abs. 1 StGB) und verstossen in schwerer Weise gegen die öffentliche Ordnung (vgl. den Ent-

## E. 26

scheid des Bundesgerichtes vom 11. September 2000, 1P.317/2000, E 3d/bb). Erschwerend zu gewichten ist im weiteren, dass A. die Betäubungsmittel aus rein finanziellen Erwägungen, also aus rein egoistischen Motiven, verkauft hat. Es ging ihm nur darum, Geld für seine Läden und seinen Lebensunterhalt zu verdienen. In diesem Zusammenhang hat A. in der Untersuchung geltend gemacht, er sei gewissermassen gezwungen gewesen, Betäubungsmittel zu verkaufen, da sein Gewinn aus dem Verkauf von legalen Produkten nicht gereicht habe, um die Miet- und Personalkosten seiner beiden Läden und seine Lebenshaltungskosten zu decken (vgl. polizeiliche Einvernahme vom 6. Mai 2004, act. 12.6, S. 4; untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 1. Oktober 2004, act. 12.9, S. 2). Dem ist entgegen zu halten, dass A. zum einen einer legalen Tätigkeit hätte nachgehen können beziehungsweise legale Hilfe hätte suchen und in Anspruch nehmen können, um die anfallenden Kosten zu decken, und zum andern hätte er die beiden Läden auch aufgeben können, wenn ihr Betrieb seine finanziellen Möglichkeiten überstieg. A. hat bezüglich der Aufgabe der beiden Läden argumentiert, er habe die langfristigen Mietverträge nicht auflösen können und zudem habe er die Mitarbeiter nicht auf die Strasse stellen wollen. Offensichtlich war es ihm nun nach seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft aber doch möglich, sowohl die Mietverträge als auch die Arbeitsverhältnisse schnell und ohne weitere Probleme aufzulösen, hat A. anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht Graubünden am 11. Januar 2005 auf entsprechende Frage des Vorsitzenden doch erklärt, er habe nach Rücksprache mit dem Vermieter in V. früher aus dem Mietvertrag aussteigen können als vorgesehen und auch den Laden in U. könne er bald abgeben (vgl. auch untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 1. Oktober 2004, act. 12.9, S. 5 unten: „Der Laden in V. ist seit Juli 2004 geschlossen. Der Laden in U. [ist] noch bis März 2005 offen, weil der Mietvertrag erst dann ausläuft.“). Auch sein Verteidiger hat im Rahmen seines Plädoyers anlässlich der Hauptverhandlung vom 11. Januar 2005 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass A. die Miet- und Arbeitsverhältnisse nun schnell

aufgelöst habe. Damit ist der Argumentation der Boden entzogen, er habe die Miet- und Arbeitsverträge nicht beenden können und sei so in eine finanzielle Zwangslage geraten. Denn es ist kein Grund ersichtlich, weshalb A. nicht bereits vor dem Urteil vom 10. Juni 2003 an die Vermieter hätte herantreten können, um erfolgreich über eine - vorzeitige - Auflösung der Mietverträge zu verhandeln, und warum er die Arbeitsverhältnisse nicht bereits in jenem Zeitpunkt hätte beenden können. Wenn A. die Läden behalten wollte, obwohl deren Betrieb seine finanziellen Möglichkeiten überstieg, und er dadurch in eine schwierige finanzielle Lage geriet, so hat er diese geltend gemachte Notlage selbst verschuldet, weshalb sie sein Verhalten in keiner Weise zu entschuldigen vermag. Er war nicht gezwungen, die Läden zu behalten,

## **E. 27**

und er hätte sich um legale Hilfe bemühen können. Stattdessen hat er einen Weg gewählt, der zur Verwirklichung von strafbaren Handlungen in erheblichem Umfang geführt hat. Entgegen den Ausführungen des Verteidigers in seiner Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht erschiene daher das Verschulden von A. nicht geringer, selbst wenn man ihm zugute halten würde, er habe aus sozialträglichen Überlegungen gehandelt, wie er sie geltend macht. Ganz erheblich strafferhöhend wertet die Strafkammer des Kantonsgerichts, dass A. während laufender Probezeit, sogar unmittelbar nach der Verurteilung vom 10. Juni 2003 erneut in bedeutendem Masse straffällig geworden ist. In diesem Zusammenhang ist mit allem Nachdruck darauf hinzuweisen, dass A. anlässlich der Hauptverhandlung vor der Strafkammer des Kantonsgerichts am 10. Juni 2003 mehrfach beteuert hat, er verkaufe jetzt keine illegalen Produkte mehr. Indem er unbekümmert dieser Äusserungen und der Verurteilung vom 10. Juni 2003 in erheblichem Masse weiter delinquierte, hat er das Vertrauen, das ihm das Gericht am 10. Juni 2003 entgegengebracht hat, schwer getäuscht. Sein Verhalten kann nicht anders als unverfroren bezeichnet werden und fällt erschwerend ins Gewicht. Dabei legt das Gericht Wert darauf, festzuhalten, dass es sich in dieser Wertung nicht von persönlichen Animositäten leiten lässt, wie sie ihm der Verteidiger in seiner Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht vorwirft. Vielmehr lässt das Verhalten von A. - dass er nämlich an der Verhandlung vom 10. Juni 2003 mehrfach und glaubhaft beteuerte, er verkaufe keine illegalen Hanfprodukte mehr, und damit in tückischer Weise bei der Strafkammer des Kantonsgerichts Vertrauen in seine Einsicht und sein zukünftiges Wohlverhalten erweckte, während er gleichzeitig über seine Läden weiterhin und unvermindert Marihuana und Haschisch vertrieb - Rückschlüsse auf seinen ausserordentlich starken kriminellen Willen zu. Die einzige Änderung, die A. nach dem Urteil vom 10. Juni 2003 vornahm, war die, dass er die Betäubungsmittel nicht mehr in seinen Läden direkt verkaufte, sondern einen Auslieferungsdienst organisierte. Dieses Verhalten beweist eine gravierende Missachtung der verbindlichen Regeln des Rechts sowie den überaus starken Willen von A., sich nicht an das Gesetz, welches ihm wohlbekannt war, zu halten. Ebenso massiv strafferhöhend wirkt die Vorstrafe aus dem Jahre 2003, die auch das Gebiet des Betäubungsmittelgesetzes beschlägt. Schon damals war A. wegen dem Verkauf von 43 kg Marihuana sowie wegen dem Konsum von Marihuana verurteilt worden, also wegen gleichartiger Delikte, wie sie ihm vorliegend vorgeworfen werden. A. liess sich durch das Urteil vom 10. Juni 2003 aber offensichtlich weder warnen noch belehren oder beeindrucken oder von weiterer Delinquenz abhalten, was wiederum seinen starken deliktischen Willen aufzeigt. Offensichtlich war A. nicht gewillt, aus der Verurteilung vom 10. Juni 2003 die notwendigen Lehren zu ziehen. Lediglich leicht strafmindernd wertet die Strafkammer das

## E. 28

Geständnis. A. hat zunächst alles bestritten und war erst nach einer gewissen Zeit in Untersuchungshaft bereit, seine Drogenverkäufe zuzugeben und Drogenmengen zu nennen. Jedoch war er weder in der Untersuchung noch anlässlich der Hauptverhandlung vor der Strafkammer des Kantonsgerichts bereit, seine Lieferanten zu nennen und seine Abnehmer zu bezeichnen, soweit diese den Strafverfolgungsbehörden nicht bereits bekannt waren. Sein Geständnis ist mithin nicht umfassend, sondern nur teilweise erfolgt, weshalb es nur leicht strafmindernd veranschlagt wird (vgl. Urteile des Kassationshofes des Bundesgerichts vom 27. September 2004, 6S.264/2004, und vom 20. August 2003, 6S.189/2003). Auch strafmindernd wirkt der ansonsten rechte Leumund. Keine strafmindernde Wirkung hat jedoch der von A. in seiner Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht geltend gemachte Umstand, dass Hanfläden in Graubünden von der Polizei lange Zeit geduldet worden sein sollen. Zum einen handelt es sich dabei nämlich um eine unbewiesene Behauptung von A., die in den Akten keine Stütze findet und schon gar nicht als gerichtsnotorisch bezeichnet werden kann. Zum andern musste A. spätestens seit dem Urteil vom 10. Juni 2003 ohne den geringsten Zweifel klar sein, dass der Handel mit illegalen Hanfprodukten strafbar ist und Widerhandlungen geahndet werden. In diesem Zusammenhang ist auf das Urteil des Bundesgerichtes vom 1. Oktober 2003 (6S.241/2003) hinzuweisen, in welchem der Kassationshof deutlich gemacht hat, dass eine allfällige Duldung seitens der zuständigen Behörden die Tat von vornherein nicht zu entschuldigen vermag, wenn das Unrechtsbewusstsein beim Täter vorhanden war. A. wusste, dass er etwas Verbotenes tat, weshalb sogar eine - nicht bewiesene - Duldung von anderen Hanfläden durch die Polizei sein Verhalten nicht zu rechtfertigen vermöchte. Selbst wenn daher Hanfläden von der Polizei über eine gewisse Zeit geduldet worden wären, könnte A. daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Dasselbe ist zu der Feststellung von A. in der Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht zu sagen, dass es sich bei der Vermieterin für die Räumlichkeiten in U. um die Ehefrau eines forensisch tätigen Rechtsanwaltes gehandelt habe, der zudem den Mietvertrag in Vertretung seiner Ehefrau unterzeichnet habe, wobei der Vermieterin das Verkaufssortiment bekannt gewesen sei. Auch dabei handelt es sich zum einen bezüglich der Kenntnis der Exponate durch die Vermieterin um eine unbewiesene Behauptung von A., und zum andern würde das Verhalten einer Vermieterin zu keinem berechtigten Vertrauen führen, selbst wenn ihr Ehemann Rechtsanwalt ist und den Mietvertrag in Vertretung seiner Ehefrau unterzeichnet. A. macht auch nicht geltend, er habe konkret mit dem Rechtsanwalt über sein Verkaufssortiment sowie die Frage der Zulässigkeit seiner Verkäufe gesprochen oder er habe sich anderweitig an geeigneter Stelle darüber informiert. Seine Ausführungen vermögen ihn daher in keiner Weise zu entlasten. Schliesslich wirkt sich vorlie-

## E. 29

gend auch nicht strafmindernd aus, dass sich A. seit der Entlassung aus der Untersuchungshaft offenbar wohlverhalten hat, sind seit damals doch nur gerade knapp zwei Jahre vergangen. Dies ist keine so lange Zeitspanne, dass sie das Strafbüdnis bereits herabzusetzen vermöchte. Ganz leicht strafscharfend wirkt das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen, nämlich der Verkauf von Betäubungsmitteln sowie der Eigenkonsum. Strafmilderungsgründe sind nicht ersichtlich und werden auch nicht geltend gemacht. Die Strafkammer des Kantonsgerichts kommt zum Schluss, dass das Verschulden von A. bezüglich der nach der Verurteilung vom 10. Juni 2003 begangenen Straftaten

schwer wiegt. In Würdigung sämtlicher Strafzumessungsgründe erachtet sie dafür eine Strafe von 15 Monaten Gefängnis als angemessen. Diese Einsatzstrafe ist nun für die vor der Verurteilung vom 10. Juni 2003 begangenen Straftaten angemessen zu erhöhen, unter Berücksichtigung, dass für diese Straftaten eine Zusatzstrafe zum Urteil vom 10. Juni 2003 auszusprechen ist. bb) A. hat in der Zeit vom 23. Mai 2002 bis zum Urteil vom 10. Juni 2003, also in etwas mehr als einem Jahr, zusätzlich zu den am 10. Juni 2003 bereits bekannten 43 kg Marihuana weitere 10 kg getrocknete Hanfblüten und ungefähr 2 kg Haschisch verkauft. Die vor dem Urteil vom 10. Juni 2003 veräusserte Betäubungsmittelmenge erhöht sich damit um ungefähr ein Viertel, also ganz erheblich, und der Deliktszeitraum vor dem genannten Urteil wird mehr als verdoppelt. A. hat mit diesem nun bekannt gewordenen Verhalten einen wesentlich stärkeren kriminellen Willen zum Ausdruck gebracht, als im Urteil vom 10. Juni 2003 angenommen. Er hat über einen langen Zeitraum hinweg intensiv delinquent und dabei auch einen bedeutenden Umsatz erzielt, was auf einen grossen kriminellen Willen schliessen lässt. Auch für diese Straftaten ist im übrigen darauf hinzuweisen, dass A. aus rein finanziellen Gründen delinquent hat und dass er seine beiden Läden hätte aufgeben oder eine legale Tätigkeit beziehungsweise legale Hilfe hätte suchen können, wenn der Betrieb der beiden Läden seine finanziellen Möglichkeiten überstieg. Ganz erheblich strafehöhend wertet die Strafkammer den Umstand, dass A. offenbar während der gesamten Dauer der damaligen Strafuntersuchung und bis zum Urteilstag vom 10. Juni 2003 in beträchtlichem Masse und offensichtlich völlig unbeeindruckt und unvermindert weiterhin mit Betäubungsmitteln gehandelt hat. Damit aber bewies A. eine grosse Einsichtslosigkeit und Unverfrorenheit. Die damalige Strafuntersuchung sowie der bevorstehende Gerichtstag haben ihn nicht von weiterer Delinquenz abgehalten, obwohl beides ihm eine deutliche Warnung hätte sein sollen. A. hat sich damit unbelehrbar und uneinsichtig gezeigt. Er war augenscheinlich nicht in der Lage oder nicht gewillt, aus dem Strafverfahren die notwendigen

### **E. 30**

Konsequenzen zu ziehen. Das Bundesgericht hat bereits in Jahre 1976 festgehalten, dass die Begehung neuer Vorsatztaten während eines hängigen Verfahrens Ausdruck eines ausgeprägten verbrecherischen Willens sei (BGE 102 IV 242 E 4a am Ende). A. hat vorliegend während des laufenden Strafverfahrens massiv weiter delinquent und damit einen ganz ausserordentlichen kriminellen Willen zum Ausdruck gebracht. Bezüglich seiner Ausführungen in der Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht, dass die Polizei in Graubünden lange Zeit Hanfläden toleriert habe, kann auf das bereits unter Ziffer 6c/aa Gesagte verwiesen werden: Neben dem Umstand, dass es sich dabei um eine unbewiesene Behauptung von A. handelt, musste ihm spätestens seit der Eröffnung des Strafverfahrens, welches zum Urteil der Strafkammer vom 10. Juni 2003 führte, und der im Rahmen der Strafuntersuchung geführten polizeilichen und untersuchungsrichterlichen Einvernahmen sowie der erfolgten Hausdurchsuchung am 23. Mai 2002 ohne den geringsten Zweifel bewusst sein, dass der Verkauf von illegalen Hanfprodukten strafbar ist und geahndet wird. Selbst wenn die Polizei Hanfläden lange Zeit geduldet hätte, spräche dies somit nicht zu seinen Gunsten. Ebenso kann A. nichts aus dem Umstand für sich ableiten, dass der Mietvertrag für die Räumlichkeiten in U. vom Ehemann der Vermieterin, der als Rechtsanwalt tätig ist, unterzeichnet wurde. Auch diesbezüglich kann auf das bereits unter Ziffer 6c/aa Gesagte verwiesen werden. Nur leicht strafmindernd wertet die Strafkammer das Geständnis, denn A. war nicht bereit, seine Lieferanten zu nennen und seine Abnehmer zu bezeichnen, soweit diese den Strafverfolgungsbehörden nicht bereits bekannt waren, so

dass sein Geständnis nicht umfassend erfolgte (vgl. Urteile des Kassationshofes des Bundesgerichts vom 27. September 2004, 6S.264/2004, und vom 20. August 2003, 6S.189/2003). Strafmin- dernd wirkt auch hier der ansonsten rechte Leumund. Lediglich leicht strafscharfend wirkt das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen, nämlich der Verkauf von Betäubungsmitteln sowie der Eigenkonsum. Strafmilderungsgründe sind nicht ersichtlich und werden auch nicht geltend gemacht. Aus dem Gesagten erhellt, dass das Verschulden von A. bezüglich der Straftaten, die er in der Zeit vom 23. Mai 2002 bis zum 10. Juni 2003 verübte, recht schwer wiegt. Für die am 10. Juni 2003 be- kannten Straftaten hat die Strafkammer mit Urteil gleichen Datums eine Freiheits- strafe von 15 Monaten Gefängnis ausgesprochen. Der Verteidiger stellt sich nun in der Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht auf den Standpunkt, mit dieser damaligen Strafe seien tendenziell bereits alle vor dem 10. Juni 2003 begangenen Straftaten von A. abgegolten, also auch jene, welche erst nach dem 10. Juni 2003 bekannt geworden seien. Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Strafkammer des Kantonsgerichts hat am 10. Juni 2003 eine Freiheitsstrafe ausgefällt, die dem Verschulden von A. für die damals bekannten Straftaten angemessen war. Grund-

### **E. 31**

lage des damaligen Urteils war somit eine bestimmte Grösse des Verschuldens. In vorliegendem Verfahren hat sich nun aber gezeigt, dass A. vor dem 10. Juni 2003 in erheblich grösserem Umfang straffällig geworden ist, als dem Gericht am 10. Juni 2003 bekannt war. Das Verschulden von A. für diejenigen Straftaten, die erst nachträglich bekannt geworden sind, ist - wie bereits aufgezeigt - als recht schwer einzustufen. Insgesamt betrachtet wiegt das Verschulden von A. für alle vor dem 10. Juni 2003 begangenen Straftaten also viel schwerer als jenes Verschulden, wel- ches das Gericht seinem Urteil am 10. Juni 2003 zu Grunde legte. Da das Verschul- den des Täters Grundlage der Strafzumessung bildet (vgl. Art. 63 StGB), führt ein viel grösseres Verschulden ohne Zweifel grundsätzlich zu einer höheren Strafe. Die am 10. Juni 2003 ausgesprochene Freiheitsstrafe deckt unter diesen Umständen das nachträglich bekannt gewordene Verschulden von A. nicht ab. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das Urteil vom 10. Juni 2003 unangefochten geblieben ist. A. war im damaligen Zeitpunkt offenbar selbst nicht der Auffassung, dass die damals ausgefallte Strafe ein viel grösseres Verschulden abgelte, als jenes, das zu jener Zeit bekannt war. Für die vor dem 10. Juni 2003 begangenen, aber erst nachträglich bekannt gewordenen Straftaten verbleibt mithin ein Sühnerest, der mit dem Urteil vom 10. Juni 2003 nicht abgegolten worden ist. Die Abgeltung dieses Sühnerestes führt zu einer Erhöhung der vorliegend auszusprechenden Gesamts- trafe. Die Strafkammer kommt, unter Berücksichtigung sämtlicher Strafzumes- sungsgründe, insbesondere in Nachachtung des Umstandes, dass eine teilweise Zusatzstrafe zum Urteil vom 10. Juni 2003 auszusprechen ist, zum Schluss, dass vorliegend eine Gesamtstrafe von 21 Monaten Gefängnis dem Verschulden von A. angemessen ist. Nachdem bereits eine Einsatzstrafe von 15 Monaten Gefängnis ausgefällt werden muss, beträgt der Anteil der Zusatzstrafe an der Gesamtstrafe folglich 6 Monate. d) Bei dieser Strafhöhe hat sich das Gericht - sofern die Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges gemäss Art. 41 Ziff. 1 StGB im übrigen gegeben sind - mit der Frage auseinander zu setzen, ob angesichts der persönlichen Verhältnisse des Schuldigen der Vollzug einer unbedingten Freiheitsstrafe nicht dem Zweck der Verbrechensverhütung zuwiderlaufe. Bejaht es diese Frage, so hat es diesem Um- stand gemäss Art. 63 StGB unter dem Gesichtspunkt der persönlichen Verhältnisse strafmindernd Rechnung zu tragen (BGE 127 IV 97; 118 IV 337

E 2c). Dies gilt allerdings nur, soweit die Schwere des Tatumrechts, die Tatschuld und die übrigen Elemente der Täterkomponente die Herabsetzung der Freiheitsstrafe auf 18 Monate zulassen (Urteil des Bundesgerichts vom 9. September 2003, 6S.124/2003, E 3.2; BGE 118 IV 337 E 2c). Da vorliegend eine teilweise Zusatzstrafe zum Urteil des

### **E. 32**

Kantonsgerichts vom 10. Juni 2003 auszusprechen war, stellt sich jedoch vorab die Frage, ob dieser Umstand auf die Gewährung des bedingten Strafvollzuges Auswirkungen hat, und wenn ja, welche. aa) Art. 68 Ziff. 2 StGB schreibt vor, dass eine Tat, welche bei rechtzeitiger Abklärung zusammen mit anderen Delikten durch eine Gesamtstrafe nach Art. 68 Ziff. 1 StGB hätte geahndet werden können, im Rahmen eines nachträglichen separaten Verfahrens nicht schwerer zu bestrafen sei, als wenn die Mehrheit strafbarer Handlungen gleichzeitig beurteilt worden wäre. Der Täter soll durch die Aufteilung der Strafverfolgung in mehrere Verfahren weder benachteiligt noch besser gestellt werden. Dieser Grundsatz muss sinngemäss auch für die Frage gelten, ob die Gewährung des bedingten Strafvollzuges wegen der Höhe der Strafe gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zulässig oder ausgeschlossen ist. Geht es nur um eine eigentliche Zusatzstrafe gemäss Ziff. 2 von Art. 68 StGB, durch welche ein oder mehrere vor der ersten (rechtskräftigen) Verurteilung begangene Delikte geahndet werden, so ist gemäss konstanter Praxis die aus Grundstrafe und Zusatzstrafe sich ergebende gesamte Strafdauer dafür massgebend, ob für die Zusatzstrafe objektiv der bedingte Strafvollzug noch in Betracht kommt. Davon unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt insofern, als die neue (zweite) Strafe nur teilweise Zusatzstrafe ist, nämlich soweit es um die Bestrafung der vor dem Zeitpunkt der ersten Verurteilung vom 10. Juni 2003 begangenen Delikte geht. Wird nun aber - wie vorliegend erfolgt - festgehalten, welcher Anteil der neuen Strafe als Zusatzstrafe zum früheren Urteil zu betrachten ist, so entspricht es korrekter Anwendung von Art. 68 und Art. 41 Ziff. 1 StGB, die objektive Möglichkeit des bedingten Strafvollzuges davon abhängig zu machen, ob diese in der neuen Gesamtstrafe enthaltene Zusatzstrafe zusammen mit der zugehörigen Grundstrafe die Limite von 18 Monaten übersteigt oder nicht. Es wäre stossend, wenn für eine Bestrafung, welche nach der dargelegten Praxis als selbständige Zusatzstrafe nicht bedingt ausgesprochen werden könnte, der bedingte Strafvollzug zulässig wäre, sobald sie zum Bestandteil einer neuen Gesamtstrafe wird, weil der Täter nach der früheren Verurteilung erneut delinquent hat. Der negative Umstand der Begehung weiterer Delikte nach der Verurteilung kann nicht eine Besserstellung hinsichtlich der (objektiven) Zulässigkeit des bedingten Strafvollzuges zur Folge haben. Allerdings können sich besondere Probleme ergeben, wenn die nach der früheren Verurteilung begangenen Taten viel grösseres Gewicht haben als die für eine frühere Verfehlung in der Gesamtstrafe enthaltene Zusatzstrafe. Ob in einem solchen Fall wegen des geringen Zusammenhangs der neuen Gesamtstrafe mit einer den bedingten Strafvollzug objektiv ausschliessenden Grundstrafe die Gewährung des bedingten Strafvollzuges unzulässig

### **E. 33**

sein soll oder nicht, hat das Bundesgericht bis anhin nicht entschieden (vgl. zum Ganzen BGE 109 IV 68 mit Hinweisen). Die Frage kann auch vorliegend offen gelassen werden, da sowohl die Grundstrafe vom 10. Juni 2003 als auch die vorliegend ausgesprochene Einsatzstrafe jeweils 15 Monate Gefängnis betragen. Unter diesen Umständen beträgt die für den Entscheid über die Gewährung des bedingten Strafvollzuges relevante Strafhöhe somit immer 21 Monate Gefängnis, unbesehen der Frage, ob die vorliegend

auszusprechende Gesamtstrafe als Grundlage gewählt wird, weil der Zusammenhang mit der Grundstrafe als sehr gering eingeschätzt wird, oder ob die Grundstrafe zusammen mit der vorliegend ausgefallenen Zusatzstrafe Grundlage bildet. Auszugehen ist folglich in jedem Fall von einer grundsätzlichen Freiheitsstrafe von 21 Monaten Gefängnis. bb) Im Folgenden ist nun zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges ansonsten - also abgesehen von der Strafhöhe - gegeben wären. Neben dem Umstand, dass eine Gefängnisstrafe von weniger als 18 Monaten ausgesprochen werden muss, ist weitere objektive Voraussetzung für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges gemäss Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 und 2 StGB, dass der Verurteilte in den letzten fünf Jahren vor der Tat keine Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe von mehr als drei Monaten wegen eines vorsätzlich begangenen Vergehens oder Verbrechens verbüsst hat. A. hat in den letzten fünf Jahren vor den Taten weder eine Gefängnis noch eine Zuchthausstrafe absitzen müssen. Diese objektive Voraussetzung der Gewährung des bedingten Strafvollzuges ist mithin erfüllt. cc) Subjektiv ist erforderlich, dass Vorleben und Charakter des Angeklagten erwarten lassen, er werde durch den Aufschub der Freiheitsstrafe von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten. Mit anderen Worten muss ihm eine günstige Prognose gestellt werden können (Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2. Auflage, 1997, N 13 zu Art. 41 StGB). Mit Bezug auf die günstige Prognose ist für diese auf den Zeitpunkt des vorliegenden Urteils und nicht des früheren Urteils abzustellen (vgl. BGE 128 IV 193 E. 3a S. 198 f.). Dabei ist es aber auch unter den nach Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu berücksichtigenden Umständen nicht zulässig, einzelnen Kriterien eine vorrangige Bedeutung beizumessen und andere zu vernachlässigen oder überhaupt ausser Acht zu lassen. Vielmehr sind neben den Tatumständen das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, welche gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zulassen, in die Beurteilung miteinzubeziehen, um aufgrund einer Gesamtwürdigung zu entscheiden, ob der Verurteilte für dauerndes Wohlver-

#### **E. 34**

halten Gewähr bietet oder nicht (BGE 118 IV 100 f.: PKG 1994 Nr. 28; PKG 1993 Nr. 24 mit Hinweisen). Dabei genügt für eine positive Prognose weder die vage Hoffnung auf Bewährung (BGE 115 IV 82; 100 IV 133; 102 IV 63) noch die Annahme, der bedingte Strafvollzug vermöge den Verurteilten eher zu bessern als die Vollstreckung der Strafe (BGE 74 IV 195). In erster Linie ist also der Grundsatz der Spezialprävention massgebend (BGE 118 IV 100). Es ist jedoch offensichtlich, dass sich selbst durch eine umfassende und intensive Auseinandersetzung mit der Täterpersönlichkeit keine absolut zuverlässige Zukunftsvorhersage treffen lässt. Bei der Prüfung der günstigen Prognose im Sinne von Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB steht daher die Frage im Vordergrund, unter welchen Voraussetzungen einem Verurteilten trotz unsicherer Zukunftsaussichten Vertrauen geschenkt werden kann (PKG 1993 Nr. 24 mit weiteren Hinweisen). Vermag der Richter begründetes Vertrauen zu gewinnen, so ist der Vollzug aufzuschieben. Der Richter muss von der Besserungsaussicht mit Begründung überzeugt sein. Wo zwischen vager Hoffnung und Bedenken geschwankt wird, ist die Gewährung des bedingten Strafvollzuges nicht angezeigt (BGE 100 IV 133; 115 IV 82; 118 IV 97; PKG 1993 Nr. 24), weil dann kein Vertrauen auf Bewährung herrscht. - Vorliegend erschweren insbesondere die Vorstrafe aus dem Jahre 2003 und die Tatsache, dass A. während laufender Probezeit erneut straffällig geworden ist, aber auch die Länge und Schwere der Delinquenz eine günstige Prognose. Andererseits ist festzuhalten, dass A. die zwei Hanfläden nun offenbar aufgegeben hat und

sich ganz auf das Geschäft seiner Firma „BB.“ sowie auf die Renovation seiner im Jahre 2004 erworbenen Altliegenschaft konzentriert. Es scheint, dass er sich eine berufliche Zukunft aufgebaut hat, die es ihm ermöglicht, ohne weitere strafbare Handlungen sein Auskommen zu sichern. Daneben hat er offenbar seine Mutter zu sich genommen, die seiner Betreuung bedarf. Durch die Betreuung der Mutter und die Beziehung zur Mutter gewinnt A. ohne Zweifel eine gewisse Struktur sowie Stabilität in seinem sozialen Umfeld, was für eine günstige Prognose spricht. A. verfügt - abgesehen von den beiden Strafverfahren - über einen guten Leumund. Seit seiner Entlassung aus der Haft am 12. Mai 2004 ist gemäss Aktenlage nichts Nachteiliges über ihn bekannt geworden. Er hat sich mit- hin in dieser Zeit wohlverhalten. Im weiteren hat er an der Hauptverhandlung vor der Strafkammer des Kantonsgerichts am 11. Januar 2005 erklärt, dass er nun wirklich die Finger vom Hanfhandel lassen wolle, die ganzen damit verbundenen Schwierigkeiten seien ihm einfach zu gross. Auch wenn das Gericht aufgrund der Tatsache, dass A. bereits am 10. Juni 2003 versicherte, er handle nicht mehr mit illegalen Hanfprodukten, obwohl er unvermindert Marihuana und Haschisch vertrieb, diese Aussage mit Zurückhaltung würdigt, so scheint es aufgrund der gesamten Umstände doch so, dass A. sich vom Vertrieb illegaler Cannabisprodukte los-

### **E. 35**

gesagt und nun eingesehen hat, dass der Handel mit Hanfprodukten, die als Betäubungsmittel konsumiert werden können, verboten ist, und dass er in Zukunft dieses Verbot respektieren will. Schliesslich gilt es auch zu bedenken, dass der bedingte Strafvollzug, den die Strafkammer des Kantonsgerichts Graubünden mit Urteil vom 10. Juni 2003 für eine Strafe von 15 Monaten Gefängnis gewährte, widerrufen wird und diese Strafe somit vollzogen werden muss (vgl. unten Ziff. 7). Der Vollzug dieser Strafe wird A. ohne Zweifel eine eindrückliche und nachhaltige Warnung sein, jemals wieder straffällig zu werden. Kommt hinzu, dass auch die vorliegend ausgesprochene Strafe vollzogen werden kann, sollte sich A. während der Probezeit etwas zu schulden kommen lassen. A. steht somit unter dem Zwang zum Wohlverhalten. Die Strafkammer kommt daher zum Schluss, dass A. gerade noch eine günstige Prognose gestellt werden kann. Den allenfalls verbleibenden Unsicherheiten ist bei der Festsetzung der Probezeit Rechnung zu tragen. Damit sind vorliegend auch die subjektiven Voraussetzungen für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges erfüllt. Daneben sprechen weder die Schwere des Tatunrechts noch andere Elemente der Täterkomponente gegen eine Reduktion der Strafe. Entsprechend erscheint es der Strafkammer angemessen zu sein, eine bedingte Strafe auszusprechen, weshalb die Strafe von 21 Monaten auf 18 Monate Gefängnis reduziert und der bedingte Strafvollzug gewährt wird (vgl. zum Ganzen BGE 118 IV 337 ff. und BGE 127 IV 97). dd) Schiebt der Richter den Strafvollzug auf, so setzt er dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 StGB). Die Dauer der Probezeit ist von den konkreten Umständen des Einzelfalles abhängig. Insbesondere sind Persönlichkeit und Charakter des Verurteilten sowie die Gefahr der Rückfälligkeit zu beurteilen. Je grösser die Rückfallgefahr, umso länger muss die Bewährungsprobe mit ihrem Zwang zum Wohlverhalten sein (vgl. BGE 95 IV 122; Trechsel, a.a.O., N 31 zu Art. 41 StGB). Die Vorstrafe aus dem Jahre 2003, die Tatsache, dass A. während laufender Probezeit erneut straffällig geworden ist, sowie die Länge und Schwere der Delinquenz sprechen für eine grosse Rückfallgefahr. Die Strafkammer trägt diesen Umständen Rechnung, indem sie die Probezeit auf fünf Jahre festsetzt. e) Nach Art. 69 StGB rechnet das Gericht dem Verurteilten die Untersuchungsbeziehungsweise Polizeihaft auf die Freiheitsstrafe an,

soweit der Täter 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

### **E. 36**

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 A. nicht, so dass einer Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft von 15 Tagen an die Strafe gestützt auf Art. 69 StGB nichts entgegen steht. f) Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der Verteidiger im Zusammenhang mit der Strafzumessung in seinem Plädoyer am 11. Januar 2005 ein Urteil des Kantonsgerichtsausschusses (SB 01 60/61) sowie in der Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht und in der Stellungnahme zum Urteil des Bundesgerichtes vom 14. Dezember 2005 mehrere weitere Urteile des Kantonsgerichts Graubünden aufgeführt und mit dem vorliegenden Fall verglichen hat. Er ist dabei zum Schluss gekommen, dass die Strafkammer vergleichbare Sachverhalte zum Nachteil seines Mandanten unterschiedlich beurteilt habe. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist festzuhalten, dass bei der Bemessung einer Strafe sehr viele verschiedene Faktoren und Elemente eine Rolle spielen, die zudem in den einzelnen Entscheidungen sehr unterschiedlich ins Gewicht fallen können. Tatumstände und Täter unterscheiden sich in aller Regel erheblich. Ein Vergleich verschiedener Urteile ist daher - auch wenn sie vom selben Gericht gefällt worden sind - immer sehr schwierig und meist wenig aussagekräftig. Im weiteren steht dem Richter bei der Gewichtung der einzelnen Strafzumessungskomponenten innerhalb des jeweiligen Strafrahmens ein erheblicher Ermessensspielraum zu (vgl. anstatt vieler BGE 129 IV 6 E 6.1). Es gibt nicht die eine einzig richtige Entscheidung, sondern in einer gewissen Bandbreite ist eine Mehrzahl von angemessenen Lösungen denkbar. Auch dies erschwert den Vergleich zwischen mehreren Urteilen. Kommt hinzu, dass der Verteidiger nicht nur Urteile betreffend den Handel mit illegalen Hanfprodukten zum Vergleich heranzieht, sondern auch Urteile betreffend den Handel mit Kokain und Heroin sowie Urteile, die schwergewichtig oder sogar zur Gänze andere Bereiche betreffen als das Gebiet der Betäubungsmitteldelikte. Hier erscheint ein Vergleich besonders schwierig und unergiebig, wenn nicht gar

### **E. 37**

unmöglich. Auch nicht zu vergessen ist, dass es nicht genügt, einige wenige Entscheidungen anzuführen, in denen weniger schwere Strafen ausgesprochen worden sind, um ein Urteil als übermässig hart erscheinen zu lassen (vgl. BGE 128 IV 73 E 3f und g; der Verteidiger führt vorliegend lediglich drei Urteile zum Handel mit Hanfprodukten an: SB 01 60/61, SF 03 31 und SF 03 33/34/35). Und schliesslich hat der Verteidiger die zwei Gefängnisstrafen, welche die Strafkammer des Kantonsgerichts Graubünden am 10. Juni 2003 und am 11.

Januar 2005 ausgesprochen hat, kurzerhand zusammen gezählt und dann die daraus resultierende Summe mit den in den anderen Urteilen ausgesprochenen Freiheitsstrafen verglichen. Dadurch jedoch wird der Vergleich verzerrt, wird dabei doch völlig ausser Acht gelassen, dass die am 10. Juni 2003 ausgefallte Freiheitsstrafe unangefochten geblieben und daher in Rechtskraft erwachsen ist und in diesem Verfahren nicht mehr zur Diskussion steht. Sie entfaltet vorliegend nur noch insofern Wirkung, als eine teilweise Zusatzstrafe zu ihr auszusprechen ist. Diesem Umstand - dass eine teilweise Zusatzstrafe ausgefällt werden muss - ist bei der vorliegend vorgenommenen Strafbemessung bereits in genügendem Masse Rechnung getragen worden. (Es sei in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass die Zusatzstrafe zwar in ihrer Höhe von der früher ausgefallten Grundstrafe abhängig ist; bezüglich der Straftat und der Vollzugsart der Zusatzstrafe ist der Richter jedoch nicht an die mit der Grundstrafe getroffenen Entscheide gebunden; vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23. Februar 2001, 6S.442/2000, E 2a). Dass mit dem Urteil aus dem Jahre 2003 kein Anteil an den heute zu beurteilenden Straftaten abgegolten worden ist, wurde im weiteren schon weiter vorne einlässlich dargelegt. Kommt hinzu, dass es sich bei der im vorliegenden Verfahren ausgesprochenen Freiheitsstrafe für die nach dem 10. Juni 2003 begangenen Taten um eine selbständige Strafe handelt, die völlig unabhängig vom Urteil vom 10. Juni 2003 ist (vgl. zum Beispiel das im vorliegenden Fall ergangene Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dezember 2005, 6S.254/2005, S. 4; BGE 129 IV 113 E 1.4 am Ende). Die vom Verteidiger vorgenommene Gesamtbetrachtung trägt diesen Punkten keine Rechnung. Vielmehr werden die zwei Strafen vom 10. Juni 2003 und vom 11. Januar 2005 behandelt, als würden sie im Sinne von Art. 68 Ziff. 1 StGB zusammen gehören. Dem ist jedoch gerade nicht so. Der Gesetzgeber hat entschieden, dass Straftaten, die nach einer Verurteilung verübt werden, ein neues, selbständiges Urteil erfordern und eben gerade nicht als Zusatz zur bereits erfolgten Verurteilung zu betrachten sind (vgl. zum Beispiel BGE 129 IV 113 E. 1.2; 124 II 39 E 2c). Damit hat er es abgelehnt, das Asperationsprinzip, welches sich in der Regel zu Gunsten des Täters auswirkt (BGE 129 IV 113 E 1.1; 124 II 39 E 2c), auch auf Taten anzuwenden, die nach einer Verurteilung begangen worden sind. Das vorliegende Urteil sowie der Entscheid vom 10. Juni 2003 sind folglich

### **E. 38**

nicht als Einheit zu betrachten. Es ist daher nur zum Vergleich heranzuziehen, was mit dem heutigen Urteil entschieden wird. Die vorliegend ausgesprochene Freiheitsstrafe von 18 Monaten Gefängnis bewegt sich durchaus im Rahmen der Strafen, die das Kantonsgericht in den vom Verteidiger aufgeführten Urteilen ausgefällt hat, soweit diese Urteile überhaupt zu einem Vergleich herangezogen werden können. Es ist in diesem Zusammenhang auch mit allem Nachdruck darauf hinzuweisen, dass A. sowohl am 10. Juni 2003 als auch vorliegend wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz verurteilt werden musste. Da weder am 10. Juni 2003 noch in diesem vorliegenden Verfahren Strafmilderungsgründe gegeben sind und deswegen eine Erweiterung des Strafrahmens nach unten ausser Betracht fällt, musste im einen wie im anderen Fall eine Strafe von mindestens einem Jahr Gefängnis ausgesprochen werden (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 in Verbindung mit Ziff. 2 lit. c BetmG). Dem vom Verteidiger in seiner Stellungnahme zum Urteil des Bundesgerichtes vom 14. Dezember 2005 gestellten Antrag, A. sei so zu bestrafen, dass für alle vor und nach dem Urteil vom 10. Juni 2003 begangenen Straftaten insgesamt keine längere Gefängnisstrafe als 18 Monate resultiere, kann daher von vornherein kein Glück beschieden sein. Nachdem sowohl am 10. Juni 2003 als auch

vorliegend zudem kaum Strafminderungs-, aber mehrere gewichtige Straferhöhungsgründe gegeben sind, ist leicht zu verstehen, dass die ausgesprochenen Strafen die gesetzlich festgelegte Mindeststrafe übersteigen. Im übrigen könnte A. aus den von seinem Verteidiger angeführten Urteilen aber auch nichts zu seinen Gunsten ableiten, wenn das Urteil vom 10. Juni 2003 sowie das vorliegende Urteil für den Vergleich als Einheit zu betrachten und die ausgefallten Strafen zusammen zu zählen wären (im übrigen wären in diesem Fall für den Vergleich auch der Deliktszeitraum, die Betäubungsmittelmengen sowie die Umsatzzahlen jeweils zu addieren). Zum Entscheid SB 01 60/61 hat die Strafkammer des Kantonsgerichts bereits in ihrem Urteil vom 11. Januar 2005 angeführt, der Kantonsgerichtsausschuss Graubünden habe in jenem Fall die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe - da nicht angefochten - nicht erhöhen dürfen; er habe aber die Strafe als mild bezeichnet. In heutiger Nachbetrachtung müsste sie als viel zu mild bezeichnet werden. Sie kann daher nicht als Vergleich dienen. Zum Urteil SF 03 31 ist festzuhalten, dass der Angeklagte T.L. zwar eine nicht genau bestimmbare, aber erhebliche Menge getrockneter Hanfblüten in Umlauf gebracht hat. Jedoch unterscheidet sich der damalige Fall vom vorliegenden bezüglich der Schwere der Vorstrafen des Angeklagten ganz erheblich. T.L. hatte vorher nie wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz verurteilt werden müssen. Zudem waren bei den beiden jüngsten Vorstrafen, welche als einzige das Gebiet des Betäubungsmittelrechts betrafen, jeweils nur wenige Tage Gefängnis ausgesprochen worden, was darauf hin-

### **E. 39**

deutet, dass es sich um geringfügige Verstösse gehandelt hat. Weiter waren diese beiden Vorstrafen im Strafmandatsverfahren ergangen, welches ein vereinfachtes, schriftliches Verfahren ist, das erfahrungsgemäss weniger Eindruck auf den Verurteilten zu machen vermag und daher eine geringere Warnwirkung entfaltet, als das ordentliche Strafverfahren. Kommt hinzu, dass der gewährte bedingte Strafvollzug bezüglich der mit den Strafmandaten ausgesprochenen kurzen Gefängnisstrafen widerrufen werden musste, weshalb diese Strafen zu vollziehen waren. Und schliesslich wurde die ausgesprochene Gefängnisstrafe mit einer Busse verbunden, welche zwar nicht sehr hoch war, T.L. bei seinen äusserst prekären finanziellen Verhältnissen jedoch ohne Zweifel recht hart traf. Ein Vergleich ergibt somit nichts zu Gunsten von A., da sich die Unterschiede leicht begründen lassen. Mit Bezug auf das Urteil SF 03 33/34/35 kann festgehalten werden, dass das Kantonsgericht entgegen den Schilderungen des Verteidigers in seiner Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht von einer verkauften Betäubungsmittelmenge von mehr als 48 kg Hanfblüten ausgegangen ist. Es wurde jedoch explizit offen gelassen, wie viele Hanfblüten die Angeklagten tatsächlich verkauft hatten, da sich die Menge nachträglich nicht mehr zuverlässig feststellen liess. Auch im Zusammenhang mit diesem Urteil ist darauf hinzuweisen, dass der Angeklagte H.J.K. über erheblich geringere Vorstrafen verfügte als A.. Zwar hatte er schon wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz bestraft werden müssen; es hatte sich dabei jedoch um Vergehen und Übertretungen gehandelt und nicht um qualifizierte Widerhandlungen. Zudem hatte H.J.K. nicht während einem laufenden Strafverfahren weiter delinquent. Kommt hinzu, dass der bedingte Strafvollzug für eine Strafe von vier Monaten widerrufen sowie eine Landesverweisung von fünf Jahren ausgesprochen wurde. Die Sachverhalte unterscheiden sich offensichtlich ganz wesentlich, insbesondere bezüglich der Vorstrafen, so dass aus dem Entscheid SF 03 33/34/35 nichts zu Gunsten von A. hervorgeht. Bezüglich des weiteren, vom Verteidiger in seiner Nichtigkeitsbeschwerde an

das Bundesgericht angeführten Urteils SF 04 35 ist zu sagen, dass dieses zum einen den Handel mit Kokain beschlägt und somit nur bedingt mit dem vorliegenden Entscheid vergleichbar ist und dass zum andern einige ganz erhebliche Strafreduktionsgründe zu beachten waren, nämlich dass die Angeklagte mit den Einnahmen aus dem Drogengeschäft ihrer kranken Mutter geholfen und ihren Eigenkonsum finanziert hat, dass sie folglich nicht nur aus Gewinnsucht gehandelt hat, dass sie ein Geständnis abgelegt und sich kooperativ verhalten hat und dass eine leichte Verminderung der Zurechnungsfähigkeit strafmildernd zu beachten war. Insbesondere die Strafmilderung hat ohne Zweifel wesentlich dazu beigetragen, dass keine schwerere Strafe ausgesprochen worden ist. Zudem war die Angeklagte nicht während der Probezeit für eine bedingt aufgeschobene Frei-

#### **E. 40**

heitsstrafe erneut straffällig geworden. Augenscheinlich unterscheiden sich auch hier die Sachverhalte in bedeutendem Masse, so dass das Urteil SF 04 35 nicht zu Gunsten von A. wirken kann. Der Verteidiger hat in seiner Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht weiter das Urteil SB 04 42 (recte: SF 04 42) erwähnt. Auch in diesem Zusammenhang gilt es darauf hinzuweisen, dass es sich dabei um ein Urteil bezüglich dem Handel mit Kokain und Heroin handelt, weshalb es vorliegend nur bedingt zum Vergleich herangezogen werden kann. Weiter ist zu sagen, dass die Angeklagte in jenem Verfahren über erheblich geringere Vorstrafen verfügte als A., dass sie weder während der Probezeit noch während einem laufenden Strafverfahren delinquierte, dass sie suchtbedingt unter einem erheblichen Beschaffungsdruck stand und die Betäubungsmittel nicht aus Gewinnsucht, sondern einzig zur Finanzierung ihres erheblichen Eigenkonsums verkaufte und dass strafmildernd eine leichtgradig verminderte Zurechnungsfähigkeit zu beachten war. Das Urteil unterscheidet sich dermassen vom Sachverhalt, den A. verwirklicht hat, dass dieser nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Bezüglich des in der Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht zitierten Urteils SB 04 45 (recte: SF 04 45) ist festzuhalten, dass es schwergewichtig den Handel mit Kokain beschlägt, weshalb es nur sehr bedingt zum Vergleich taugt. Auch wenn in jenem Entscheid noch weitere Straftaten abgeurteilt worden sind, so treten diese neben dem Betäubungsmittelhandel gemäss Erwägungen im Urteil doch völlig in den Hintergrund. Deshalb sticht der Hinweis des Verteidigers in der Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht auf das scheinbar schwere „Sündenregister“ des Angeklagten im Entscheid SF 04 45 ins Leere. Es geht eben nicht darum, die Urteile, sofern ein Vergleich überhaupt möglich ist, nur der Form nach (also allein nach dem Resultat, dem Urteilsspruch) zu vergleichen, vielmehr ist der Inhalt (die Begründung, die Strafzumessung an sich) zentral. Im übrigen bewegt sich die im Urteil SF 04 45 ausgesprochene Freiheitsstrafe in derselben Grössenordnung, wie wenn vorliegend die am 10. Juni 2003 ausgesprochene und die im heutigen Verfahren ausgefallte Strafe zusammengezählt würden. A. kann daher aus dem Entscheid SF 04 45 nichts zu seinen Gunsten ableiten. Schliesslich zieht der Verteidiger in seiner Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht das Urteil SF 03 14 heran, in welchem es vornehmlich um Betäubungsmittelsucht und damit zusammenhängende Beschaffungskriminalität geht. Dieses Urteil ist somit kaum mit dem von A. verwirklichten Sachverhalt zu vergleichen. Bezüglich der Strafzumessung in jenem Urteil ist festzuhalten, dass der Angeklagte ein umfassendes Geständnis abgelegt und sich sehr kooperativ gezeigt hatte, dass er als Vorstrafe lediglich eine Busse für eine grobe Verletzung von Verkehrsregeln aufwies, also ungleich leichter als A.s Vorstrafe und zudem auf einem ganz anderen Gebiet, dass er den Willen hatte, von den Drogen los zu kommen,

#### **E. 41**

dass er Reue und Einsicht gezeigt hatte, dass er unter einem gewissen Beschaffungsdruck und nicht aus reiner Gewinnsucht gehandelt hatte und dass eine leichtgradig verminderte Zurechnungsfähigkeit zu berücksichtigen war. Allein schon durch diese Elemente der Strafzumessung wäre der vom Verteidiger geltend gemachte Unterschied im Strafmass erklärbar. Daneben unterscheidet sich dieses Urteil vom Sachverhalt, den A. verwirklicht hat, aber so vollkommen, dass A. nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. In einem letzten vom Verteidiger zitierten Urteil (SF 04 46) ging es um den vollendeten Versuch der vorsätzlichen Tötung. Dieses Urteil ist mit dem vorliegenden Sachverhalt nur noch insofern vergleichbar, als geltend gemacht wird, A. werde ähnlich hart bestraft wie ein Angeklagter, der das höchste Rechtsgut, nämlich das Leben selbst, in Gefahr gebracht habe. Es ist offensichtlich, dass das Schutzobjekt der Delikte gegen das Leben ein sehr hochrangiges ist, nämlich das Leben selbst, und dass ein Verstoß gegen die entsprechenden Strafnormen grundsätzlich eine schwerwiegende Verletzung der Rechtsordnung darstellt. Es darf jedoch nicht vergessen werden, dass auch A. mit seinen Handlungen in gravierender Weise gegen die Rechtsordnung verstossen hat (was sich in den Urteilen wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zeigt), indem er lange und intensiv delinquent hat. Sein Verhalten darf nicht bagatellisiert werden. Kommt hinzu, dass im genannten Urteil SF 04 46 zu Gunsten des Angeklagten die folgenden Umstände zu beachten waren: er hatte ein Geständnis abgelegt und zeigte Reue, er war nicht vorbestraft und verfügte über einen rechten Leumund, es war beim vollendeten Versuch geblieben und es war eine Verminderung der Zurechnungsfähigkeit in leichtem bis höchstens mittlerem Grade strafmildernd zu beachten. Insbesondere die Strafmilderung hat ohne Zweifel erheblich dazu beigetragen, dass das Gericht keine höhere als die tatsächlich ausgefallte Freiheitsstrafe ausgesprochen hat. Der Verteidiger vergleicht mithin ein Urteil, in welchem die Strafe aufgrund der in leichtem bis höchstens mittlerem Grade verminderten Zurechnungsfähigkeit des Täters erheblich gemildert werden konnte und musste, mit dem vorliegenden Urteil, in dem gar keine Strafmilderungsgründe vorhanden sind und von einem schweren Verschulden ausgegangen werden muss. Es ist offensichtlich, dass ein solcher Vergleich hinkt und nicht tauglich ist, die vorliegend ausgefallte Strafe als übermässig hart erscheinen zu lassen. - Aus diesen Erwägungen geht deutlich hervor, dass sich die vom Verteidiger zum Vergleich angeführten Urteile vom Sachverhalt, den A. erfüllt hat, erheblich unterscheiden, weshalb A. nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Die vom Verteidiger zitierten Urteile vermögen es nicht, die vorliegend ausgesprochene Freiheitsstrafe als übermässig hart erscheinen zu lassen. Das Gericht hat mithin keine Veranlassung, das Strafmass zu senken.

#### **E. 42**

7. Da A. während laufender Probezeit erneut straffällig geworden ist, stellt sich die Frage des Widerrufs der durch das Kantonsgericht Graubünden am 10. Juni 2003 bedingt ausgesprochenen Gefängnisstrafe von 15 Monaten. a) Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen, so lässt der Richter die Strafe vollziehen (Art. 41 Ziff. 3 Abs. 1 StGB). Wenn begründete Aussicht auf Bewährung besteht, kann der Richter in leichten Fällen stattdessen, je nach den Umständen, den Verurteilten verwarnen, zusätzliche Massnahmen nach Art. 41 Ziff. 2 StGB anordnen und die im Urteil bestimmte Probezeit um höchstens die Hälfte verlängern (Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB). Bei der Frage, ob ein Delikt als „leichter Fall“ zu qualifizieren ist, kommt nach der bundesgerichtlichen

Rechtsprechung dem Strafmass die massgebliche Bedeutung zu. Dem Bedürfnis einerseits, keine fixe Grenze für die Bestimmung des leichten Falles festzulegen, andererseits die Gesamtheit der Tatumstände zu konkretisieren, ist in dem Sinne Rechnung zu tragen, dass eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Monaten in der Regel als leicht im Sinne von Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB bezeichnet wird. Diese Grenze von drei Monaten ist aber keine starre Regel, von der im Einzelfall nicht abgewichen werden kann. Ausnahmen sind möglich bei besonderen (objektiven oder subjektiven) Umständen, die nicht bereits für den Schuldspruch oder die Bemessung der Strafe bestimmend waren. Für die Annahme eines leichten Falles trotz einer Strafe von mehr als drei Monaten kann beispielsweise sprechen, dass der nachträgliche Vollzug der aufgeschobenen Strafe für den Täter eine unverhältnismässige Härte bedeuten würde, dass sich der Rückfall erst gegen Ende der Probezeit ereignet hat oder dass seit der neuen Verfehlung verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist, in der der Verurteilte sich wohlverhalten hat (BGE 117 IV 97 E 3c, S. 102 f.). Die Annahme eines leichten Falles kommt jedoch nur in Betracht, wenn die Freiheitsstrafe in der Nähe von drei Monaten liegt (BGE 122 IV 156 E 3c). Das Bundesgericht hat bei einer fünfmonatigen Gefängnisstrafe die Hypothese eines leichten Falles noch in Betracht gezogen (Urteil 6S.340/1999 vom 11.10.1999, E 2, und 6S.830/1997 vom 2.3.1998, E 1c, zitiert in Roland M. Schneider, Basler Kommentar, N 235 zu Art. 41 StGB), bei einer Gefängnisstrafe von sieben Monaten das Vorliegen eines leichten Falles jedoch verneint (BGE 122 IV 156 E 3c). Ist kein leichter Fall gegeben oder fehlt die begründete Aussicht auf Bewährung, so ist die Gewährung des bedingten Strafvollzuges zwingend zu widerrufen und die Strafe ist zu vollziehen (vgl. BGE 122 IV 156, Regeste). Umfasst die Strafe Taten, welche ausserhalb der Probezeit begangen worden sind, so muss für die Straftaten innerhalb der Probezeit eine fiktive Strafe bestimmt werden, da Delikte, welche ausserhalb der Probezeit begangen wurden, für den Widerruf irrelevant sind (vgl. BGE 117 IV

#### **E. 43**

97; Albrecht, Der Widerruf des bedingten Strafvollzuges wegen neuer Delikte, BJM 1975, S. 65 mit Hinweisen; Schultz, SJK 1198, S. 10). b) Mit Urteil der Strafkammer des Kantonsgerichts Graubünden vom 10. Juni 2003 wurde A. zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 15 Monaten verurteilt bei einer Probezeit von fünf Jahren. Die ausgesprochene Probezeit endigt mithin am 10. Juni 2008. A. beging die vorliegend zur Verurteilung gelangenden Straftaten in der Zeit vom 23. Mai 2002 bis zum 28. April 2004. Nicht alle strafbaren Taten fallen folglich in die Probezeit. Es ist daher eine fiktive Strafe für die Taten innerhalb der Probezeit zu bestimmen. Diese richtet sich nach dem Verschulden. Wie bereits bei der Strafzumessung ausführlich erläutert, erachtet die Strafkammer des Kantonsgerichts vorliegend für die Straftaten, welche A. nach der Verurteilung vom 10. Juni 2003 begangen hat, in Berücksichtigung der verkauften Betäubungsmittelmenge, des Deliktszeitraums, der Vorstrafe und des Umstands, dass A. gerade anschliessend an seine Verurteilung vom 10. Juni 2003 und während laufender Probezeit delinquent hat, grundsätzlich eine Strafe von 15 Monaten Gefängnis als dem Verschulden angemessen. Selbst wenn man zu Gunsten von A. davon ausgehen wollte, dass die im Rahmen der Überprüfung der Frage der Gewährung des bedingten Strafvollzuges erfolgte Reduktion der Gesamtstrafe von 21 Monaten auf 18 Monate Gefängnis vollumfänglich der Einsatzstrafe anzulasten sei, verbliebe eine Einsatzstrafe von 12 Monaten Gefängnis. Damit aber liegt die Strafe in jedem Fall erheblich über der zulässigen Grenze für die Annahme eines leichten Falles, mithin nicht mehr in deren Nähe.

Unter diesen Umständen muss nicht geprüft werden, ob überhaupt und, wenn ja, wie viel der erfolgten Reduktion auf 18 Monate Gefängnis auf die Einsatzstrafe anzurechnen ist. Zudem ist das Verschulden von A., wie bereits bei der Strafzumessung ausgeführt, nicht mehr als leicht zu bezeichnen. Es kann daher nicht mehr von einem leichten Fall im Sinne von Art. 41 Ziff. 3 Abs. 2 StGB gesprochen werden. Unter diesen Umständen aber erübrigt es sich, die Aussicht auf Bewährung zu prüfen, da gemäss Gesetz für ein Absehen vom Widerruf der Gewährung des bedingten Strafvollzuges eine positive Prognose betreffend dem künftigen Wohlverhalten und kumulativ ein leichter Fall gegeben sein müssen. Da im hier zu beurteilenden Fall bereits das Vorliegen eines leichten Falles verneint werden muss, ist ein Widerruf des bedingten Strafvollzuges zwingend. Die Gewährung des bedingten Strafvollzuges für die mit Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 10. Juni 2003 ausgesprochene Strafe von 15 Monaten Gefängnis ist daher zu widerrufen und die Strafe zu vollziehen.

#### **E. 44**

8. 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 124 IV 121). Gemäss Abs. 2 der genannten Bestimmung kann der Richter anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden. a) Anlässlich den am 28. und 29. April 2004 erfolgten Hausdurchsuchungen in der Wohnung von A. sowie im Geschäft beziehungsweise im Bunker in V. wurden 1'437.4 g Marihuana und 184.3 g Haschisch sichergestellt (vgl. Rapport SD 4 vom 15. Juni 2004, act. 7.1, S. 5 f., sowie Hausdurchsuchungsprotokoll vom 28. April 2004, act. 7.2, und Hausdurchsuchungsprotokoll vom 29. April 2004, act. 7.3). Mit Verfügung des Untersuchungsrichters vom 5. August 2004 (act. 7.10) 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. A. hat vielmehr angegeben, dass das Haschisch, welches im Büro gefunden worden sei, insgesamt 150.7 g, für den Verkauf bestimmt gewesen sei. Das gepresste Marihuana (1019.5 g) sei für den Eigenkonsum und das weitere Gras (376.3 g) für die unentgeltliche Abgabe an Kollegen vorgesehen gewesen (polizeiliche Einvernahme vom 5. Mai 2004, act. 12.5, S. 5 oben). Es ist daher offensichtlich, dass die beschlagnahmten Betäubungsmittel zur Begehung einer strafbaren Handlung, nämlich dem Verkauf und der Abgabe von Betäubungsmitteln an Dritte sowie dem Konsum von Betäubungsmitteln, 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. b) Bei der Hausdurchsuchung am 28. April 2004 wurden in der Küche des Wohnhauses von A. in W. eine Digitalwaage „Palmscale“ sowie 80 Minigripsäcklein sichergestellt (Rapport SD 4 vom 15. Juni 2004, act. 7.1, S. 5 f., sowie Hausdurchsuchungsprotokoll vom 28. April 2004, act. 7.2). Mit Verfügung des Untersuchungsrichters vom 5. August 2004 (act. 7.10) wurden diese Gegenstände beschlagnahmt. A. hat in der Untersuchung ausgesagt, er habe die Betäubungsmittel selbständig für den Verkauf vorbereitet; er habe die Drogen mit einer Digitalwaage abgewogen (polizeiliche

Einvernahme vom 30. April 2004, act. 12.4, S. 4; vgl. auch untersu-

#### **E. 45**

chungsrichterliche Einvernahme vom 12. Mai 2004, act. 12.8, S. 2). E. erklärte, A. habe in seiner Anwesenheit in W. Portionen Haschisch-Klötze für den Auslieferungsdienst in V. und U. zugeschnitten. Dies sei etwa vor drei Wochen gewesen. Diese Arbeiten habe er in der Küche ausgeführt. Er habe die Portionen mit einer digitalen Waage abgewogen und danach in Mini-Grips verpackt. Die Digitalwaage sei silbern oder blau gewesen und A. habe sie in der Küche aufbewahrt, wo genau wisse er jedoch nicht (polizeiliche Einvernahme vom 29. April 2004, act. 11.3, S. 2). Die vorliegend beschlagnahmte Digitalwaage sowie die Minigripsäcklein wurden in W. in der Küche des Hauses von A. gefunden. Es ist davon auszugehen, dass es sich dabei um die Digitalwaage und solche Minigripsäcklein handelt, die E. gesehen hat. Aus den Aussagen geht daher klar hervor, dass A. mit der Digitalwaage die Drogen für den Verkauf abgewogen und sie anschliessend in Minigripsäcklein verpackt hat. Gemäss Art. 19 Ziff. 1 BetmG macht sich auch strafbar, wer Anstalten zum Verkauf von Betäubungsmitteln trifft. Sowohl die Digitalwaage als auch die Minigripsäcklein haben der Vorbereitung des Verkaufs von Betäubungsmitteln gedient. Damit jedoch haben sie zur Begehung einer strafbaren Handlung gedient. Auch das Erfordernis der Gefährdung von Sicherheit, Sittlichkeit und öffentlicher Ordnung ist erfüllt. Die Digitalwaage und die Minigripsäcklein werden daher gestützt auf Art. 58 Abs. 1 StGB zu Handen 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. 9. 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 werden. Gemäss Ziff. 2 Abs. 1 der Bestimmung erkennt der Richter, wenn die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden sind, auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe. Indessen kann der Richter von einer Ersatzforderung ganz oder teilweise absehen, wenn diese voraussichtlich uneinbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde (Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 StGB). Lässt sich der Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln, so kann der Richter ihn schätzen (Art. 59 Ziff. 4 StGB). Mit Verfügung vom 10. Mai 2004 liess der Untersuchungsrichter sämtliche Konti, welche A. bei der Postfinance hatte, sperren. Konkret handelte es sich dabei

#### **E. 46**

um die Konti mit den Nummern Y. und Z.. Mit Schreiben vom 15. September 2004 (act. 6.7) beantragte der Rechtsvertreter von A., vom Konto Nr. Y. einen Betrag, der dem Kontostand dieses Kontos am 28. April 2004 entspreche, auf das Konto Nr. Z. zu übertragen und anschliessend das Konto Nr. Y. freizugeben. Daraufhin verfügte der Untersuchungsrichter am 17. September 2004, dass von Konto Nr. Y. Fr. 1'390.- auf das Konto Nr. Z. zu übertragen seien. Anschliessend könne die Sperre auf dem Konto Nr. Y. aufgehoben werden (act. 6.8). Mit Schreiben vom 23. September 2004 teilte die Postfinance mit, dass sie den Betrag überwiesen und die Sperre von Konto Nr. Y. aufgehoben habe. Das Konto Nr. Z. wies per 5. Oktober 2004 einen Saldo von EUR 892.93 auf (Aktennotiz des Untersuchungsrichters vom 5. Oktober 2004, act. 6.10). A. hat in der Untersuchung

ausgesagt, dass er das Drogengeld nie über ein Konto geführt habe; was herein gekommen sei, habe er jeweils wieder investiert, er besitze kein Drogenkonto (polizeiliche Einvernahme vom 12. Mai 2004, act. 12., S. 2). E. (polizeiliche Einvernahme vom 28. April 2004, act. 11.2, S. 2 Mitte), D. (polizeiliche Einvernahme vom 29. April 2004, act. 11.4, S. 4) und B. (polizeiliche Einvernahme vom 7. Mai 2004, act. 11.13, S. 4; vgl. auch polizeiliche Einvernahme von A. vom 12. Mai 2004, act. 12.7, S. 2) haben ausgesagt, dass sie das Geld aus dem beziehungsweise für den Drogenkauf A. jeweils in bar abgeben mussten. Dies scheint grundsätzlich die Aussage von A. zu bestätigen. Gegenüber dem Untersuchungsrichter hat A. jedoch erklärt, es könne sein, dass ein Teil des Geldes, welches sich auf dem Konto Nr. Z. befinde, Erlös aus dem Drogenverkauf sei (untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 1. Oktober 2004, act. 12.9, S. 4 unten). Aus den Akten lässt sich mithin nicht mit Sicherheit feststellen, ob sich auf dem gesperrten Konto Nr. Z. Geld befindet, welches aus dem Verkauf von Drogen stammt, und wenn ja, in welcher Höhe. Eine Einziehung gemäss Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 StGB fällt vorliegend mithin ausser Betracht. Es stellt sich daher die Frage nach einer Ersatzforderung (Art. 59 Ziff. 2 StGB). Diesbezüglich ist vorweg festzustellen, ob A. durch den Verkauf der Drogen einen Vermögensvorteil erzielt hat oder nicht. In diesem Zusammenhang wird in der Lehre die Frage diskutiert, ob für die Berechnung des Vermögensvorteils das Nettoprinzip (Abzug von allfälligen Aufwandpositionen) oder das Bruttoprinzip angewendet werden soll. In der neueren Literatur setzt sich eine differenzierende Betrachtungsweise durch, wonach bei generell verbotenen Handlungsweisen tendenziell das Bruttoprinzip, bei an sich rechtmässigem, nur in seiner konkreten Ausrichtung rechtswidrigem Verhalten das Nettoprinzip gelten soll (Bauermann, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2003, N 32 zu Art. 59 StGB). Das Bundesgericht hat in seiner früheren Rechtsprechung zum Bruttoprinzip tendiert. In seinem wegleitenden Entscheid BGE 124 I 6 hat es jedoch betreffend den Verkauf von nicht IKS-registrierten Heilmitteln die von der Vorinstanz angeordnete

#### **E. 47**

Abschöpfung nach dem Bruttoprinzip als verfassungswidrig abgelehnt. Es stellte dabei auf den im Einziehungsrecht allgemein geltenden Grundsatz der Verhältnissmässigkeit ab, welcher die Einziehung des gesamten (Brutto)Umsatzes als stossend und damit mit Art. 4 und Art. 22ter aBV unvereinbar erscheinen lasse. Vorliegend kann die Frage offen bleiben, ob der Vermögensvorteil nach dem Netto- oder dem Bruttoprinzip zu berechnen ist, da - wie die folgenden Überlegungen zeigen - in jedem Fall eine Ersatzforderung des Staates gegeben ist, die den Betrag auf dem Konto Nr. Z. übersteigt, und auf eine weitergehende Ersatzabgabe zu verzichten ist. A. hat anerkannt, dass er aus dem Verkauf von Marihuana und Haschisch einen Erlös in Höhe von mindestens Fr. 60'000.-- erzielt hat (untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 1. Oktober 2004, act. 12.9, S. 1 unten: „Bei diesem Betrag handelt es sich um die Differenz zwischen dem Ankaufs- und Verkaufspreis der Cannabisprodukte.“). Wendet man nun das Bruttoprinzip zur Berechnung des Vermögensvorteils an, das heisst, werden vom Erlös keine Aufwendungen abgezogen, so entsprechen die genannten Fr. 60'000.-- dem Vermögensvorteil. Dem Staat steht in diesem Fall eine Ersatzforderung in dieser Höhe zu. Wendet man aber das Nettoprinzip an, so sind vom Erlös die Aufwendungen abzuziehen, die im Zusammenhang mit der Erzielung des Erlöses stehen. A. macht diesbezüglich Miet- und Personalkosten geltend und hat erklärt, der mit den Hanfprodukten erzielte Erlös habe gerade genügt, um den Laden über Wasser zu halten (untersuchungsrichterliche

Einvernahme vom 12. Mai 2004, act. 12.8, S. 2 unten), beziehungsweise der Gewinn aus seiner Tätigkeit sei minim gewesen (untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 1. Oktober 2004, act. 12.9, S. 2). Grundsätzlich sind die Miet- und Personalkosten als Aufwendungen abzugsfähig. Es darf dabei vorliegend jedoch nicht übersehen werden, dass in den Läden von A. neben den illegalen Betäubungsmitteln auch legale Produkte wie Zigarettenpapier, Drachenfiguren und Pfeifen verkauft wurden (untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 1. Oktober 2004, act. 12.9, S. 4: „Neben dem Verkauf des Haschischs und der Hanfblüten habe ich noch andere Produkte in den Läden verkauft, so Drachenfiguren und Zigarettenpapiere.“), mit welchen A. auch einen Erlös erzielte. Der Miet- und Personalaufwand wurde daher nicht einzig durch den Verkauf der Drogen verursacht, weshalb es auch nicht stattfindet, die gesamten Miet- und Personalkosten als Aufwand für die Erlangung des Erlöses aus dem Verkauf von Cannabisprodukten zu deklarieren und in der Folge vom Erlös abzuziehen. Vielmehr sind die Miet- und Personalkosten anteilmässig auf den Erlös aus den legalen und aus den illegalen Produkten aufzuteilen. Aus den Akten lässt sich zwar nicht errechnen, wie hoch der Erlös aus den legalen Produkten war, da diesbezüglich keine oder nur rudimentärste Aufzeichnungen gefunden werden konnten (vgl. Dossier 7). A. hat in der untersuchungsrichterlichen Einvernahme

#### **E. 48**

vom 1. Oktober 2004 jedoch den Umsatz aus den Betäubungsmitteln zum Umsatz aus den in den Läden verkauften legalen Produkten in Relation gestellt, indem er erklärte, umsatzmässig habe der Hanf schon den grösseren Anteil gebracht (act. 12.9, S. 4 oben). Daraus kann zweifellos abgeleitet werden, dass A. mit dem Verkauf legaler Produkte in den Läden zwar einen kleineren Umsatz erzielt hat als mit dem Drogenverkauf, dass aber der Verkauf von Drachenfiguren, Zigarettenpapier, Pfeifen und ähnlichem doch einen gewissen, nicht vernachlässigbaren Umsatz erbrachte. Ohne Zweifel trifft dies auch auf den Erlös aus dem Verkauf der legalen Produkte zu. Dieser nicht vernachlässigbare Erlös ist anteilmässig auf die Miet- und Personalkosten anzurechnen, weswegen sich diese Aufwendungen, die vom Erlös aus dem Verkauf der Betäubungsmittel abgezogen werden müssen, dementsprechend verringern und der Vermögensvorteil aus dem Betäubungsmittelverkauf sich entsprechend erhöht. Dass A. mit dem Verkauf der Betäubungsmittel einen Netto-Erlös von zwar unbestimmter, aber doch nicht so unbedeutender Höhe erzielt hat, geht schliesslich auch aus seiner eigenen Aussage hervor, wonach er mit dem Erlös aus dem Verkauf der Betäubungsmittel einen Beitrag an seine Lebenshaltungskosten leisten konnte (untersuchungsrichterliche Einvernahme vom 12. Mai 2004, act. 12.8, S. 2 unten). Unter diesen Umständen ist offensichtlich davon auszugehen, dass A. in der Zeit vom 23. Mai 2002 bis zum 28. April 2004, also in 23 Monaten, mit dem Verkauf der Betäubungsmittel einen Vermögensvorteil erzielt hat, der den Betrag, der sich auf dem gesperrten Konto Nr. Z. befindet, übersteigt. Dafür spricht auch, dass A. in der Lage war, eine Hypothek in Höhe von Fr. 76'000.-- aufzunehmen, um in W. ein Haus zu erwerben (vgl. untersuchungsrichterliche Einvernahme zur Person vom 1. Oktober 2004, act. 4.4). Die EUR 892.93, welche sich auf dem gesperrten Postkonto befinden, werden daher im Sinne einer Ersatzforderung zu Handen des Kantons Graubünden eingezogen. Wie gross der mit dem Verkauf der Betäubungsmittel erzielte Vermögensvorteil bei Anwendung des Nettoprinzips tatsächlich war, kann vorliegend offen gelassen werden, da auf die Erhebung einer weitergehenden Ersatzforderung aus folgenden Gründen zu verzichten ist. A. hat anlässlich der untersuchungsrichterlichen Einvernahme

zur Person vom 1. Oktober 2004 angegeben, dass er durch den Verkauf von legalen Produkten ein Einkommen von ungefähr Fr. 1'500.-- im Monat erziele (act. 4.4). Vor Schranken des Kantons- gerichts hat er angegeben, dass er mit seiner Firma BB. im Jahr 2004 einen Umsatz von etwa Fr. 100'000.-- erzielt hat. Geht man davon aus, dass er im Jahre 2004 eine ähnliche Gewinnspanne hat realisieren können wie im Jahre 2003, nämlich rund einen Drittel (vgl. polizeiliche Einvernahme vom 6. Mai 2004, act. 12.6, S. 4 unten), so verbleibt ihm ein Einkommen von rund Fr. 2'700.-- im Monat. Es ist jedoch zu beachten, dass A. eine mehrmonatige Gefängnisstrafe wird verbüssen müssen. Er

#### **E. 49**

wird daher für eine gewisse Zeit nicht in der Lage sein, sich um seine Firma BB. zu kümmern und ein Einkommen zu erzielen. Was in dieser Zeit aus seiner Firma BB. wird und wie sich sein Einkommen nach der Entlassung entwickeln wird, ist im heutigen Zeitpunkt unklar. Die zukünftige Einkommenssituation von A. lässt die Erhebung einer weitergehenden Ersatzabgabe nicht zu. Vermögen ist ebenfalls keines vorhanden, insbesondere da sein Haus in W. mit einer Hypothek belastet ist und er daneben bei seiner Grossmutter ein Darlehen aufgenommen hat (untersuchungs- richterlichen Einvernahme zur Person vom 1. Oktober 2004, act. 4.4). Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen, auf die Erhebung einer weitergehenden Ersatzabgabe zu verzichten. Dies auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Resozialisierung des Angeklagten, der im übrigen die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, durch die Verpflichtung zu einer Ersatzabgabe gefährdet werden könnte. 10. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Untersuchungskosten der Staatsanwaltschaft Graubünden und die Gerichtsgebühr, welche für das Verfahren, das zum Urteil vom 11. Januar 2005 führte, erhoben wird, zu Lasten des Verurteilten (Art. 158 Abs. 1 StPO), denn diese Kosten wären angefallen, auch wenn die Strafkammer des Kantonsgerichts die Strafzumessung bereits in jenem Urteil wie nun vorliegend geschehen vorgenommen hätte. Für das vorliegende Verfahren werden jedoch keine Kosten erhoben, da es A. nicht zu verantworten hat, dass sich die Strafkammer des Kantonsgerichts zweimal mit der Sache befassen musste. Die Kosten des Strafvollzuges trägt der Kanton Graubünden (Art. 158 Abs. 3 StPO in Verbindung mit Art. 188 StPO), welcher A. für seine Aufwendungen im Zusammenhang mit der Stellungnahme zum Urteil des Bundesgerichtes vom 14. Dezember 2005 angemessen zu entschädigen hat.

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