

# **GR\_GERICHTE SF 2008 7 vom 16. Dezember 2008**

GR Gerichte, 2008-12-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_SF\\_2008\\_7](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SF_2008_7)

FR: GR\_GERICHTE SF 2008 7 du 16 décembre 2008

IT: GR\_GERICHTE SF 2008 7 del 16 dicembre 2008

## **Regeste**

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz | Betäubungsmittelgesetz

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegen Urteile und Beschlüsse der Bezirksgerichte können der Verurteilte, das Opfer und der Staatsanwalt beim Kantonsgericht gemäss Art. 141 Abs. 1 StPO innert 20 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung des angefochtenen Entschei-

14 des Berufung einlegen. Diese ist zu begründen und hat darzutun, welche Mängel des erstinstanzlichen Entscheides oder Gerichtsverfahrens gerügt werden und ob das ganze Urteil oder lediglich Teile davon angefochten werden (Art. 142 Abs. 1 StPO). Diesen Anforderungen vermag die vorliegende Berufung zu genügen. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Berufung ist daher einzutreten.

### **E. 2**

Für das Berufungsverfahren ist zu beachten, dass der Strafkammer des Kantonsgerichts als Berufungsinstanz grundsätzlich eine umfassende, uneingeschränkte Kognition - auch mit Bezug auf Ermessensfehler, bei deren Prüfung sie sich aber eine gewisse Zurückhaltung auferlegt - zukommt (Art. 146 Abs. 1 StPO). Sie überprüft das vorinstanzliche Urteil jedoch nur im Rahmen der in der Berufung oder Anschlussberufung gestellten Anträge. Wenn die Aktenlage die Beurteilung zulässt und keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt oder der Mangel geheilt ist, entscheidet die Strafkammer des Kantonsgerichts in der Sache selber (Art. 146 Abs. 2 StPO e contrario), eine Rückweisung an die Vorinstanz bildet die Ausnahme (Padrutt, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden, 2. Auflage, Chur 1996, S. 375 f.).

### **E. 3**

A. stellt in der Berufungsschrift den Antrag, Rechtsanwalt Dr. iur. Luca Tenchio sei ihm als amtlicher Verteidiger beizugeben. Zieht der Angeklagte nicht einen privaten Verteidiger auf eigene Kosten bei, so bestellt ihm der Präsident unter Berücksichtigung berechtigter Wünsche einen amtlichen Verteidiger, wenn die Anklage vor Gericht mündlich vertreten wird, wenn die Anklage eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren oder eine Massnahme im Sinne von Art. 59, Art. 60, Art. 61 und Art. 64 StGB beantragt oder wenn die tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeit des Falles es rechtfertigt (Art. 144 Abs. 2 StPO in Verbindung mit Art. 102 Abs. 1 StPO). Dabei unterscheidet das Gesetz nicht, ob die Freiheitsstrafe bedingt beziehungsweise teilbedingt oder unbedingt beantragt wird. Vorliegend wurde von der Anklage eine Freiheitsstrafe von drei Jahren beantragt und von der Vorinstanz auch zum Urteil erhoben. A. hat mithin gemäss Gesetz Anspruch auf einen

amtlichen Verteidiger. Die beantragte amtliche Verteidigung durch Rechtsanwalt Dr. iur. Luca Tenchio wird daher bewilligt.

#### **E. 4**

Das Kantonsgerichtspräsidium kann gemäss Art. 144 Abs. 1 StPO eine mündliche Berufungsverhandlung von Amtes wegen oder auf Antrag durchführen, wenn die persönliche Befragung des Angeklagten für die Beurteilung der Streitsache wesentlich ist. Auf die Berufungsverhandlung finden unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen die Vorschriften der Strafprozessordnung über das Gerichtsverfahren sinngemäss Anwendung (vgl. Art. 144 Abs. 2 StPO). A. hat in seiner

15. Berufung vom 28. Juli 2008 die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung beantragt. Mit der Vorladung zur Berufungsverhandlung vom 16. Dezember 2008 (vgl. Verfügung vom 14. Oktober 2008, act. 11) sowie der Durchführung der Berufungsverhandlung selbst wurde diesem Antrag entsprochen.

#### **E. 5**

A. hat gemäss Berufung sowohl die ihm im vorinstanzlichen Urteil zur Last gelegten Betäubungsmittelmengen als auch den Schuldspruch anerkannt. Dies hat sein Verteidiger anlässlich des Plädoyers an der Berufungsverhandlung ausdrücklich bestätigt. Auch die Staatsanwaltschaft Graubünden wendet sich in ihrer Anschlussberufung nicht gegen den Schuldspruch. Die Strafkammer des Kantonsgerichts hat sich mit dem vorinstanzlichen Schuldspruch daher nicht mehr zu befassen. Auch die von der Vorinstanz verfügte Einziehung wird von A. nicht beanstandet. Diesbezüglich wendet sich die Staatsanwaltschaft Graubünden jedoch dagegen, dass die Vorinstanz den beschlagnahmten Geldbetrag von Fr. 13'500.-- zu Gunsten des Bezirkes und nicht zu Gunsten des Kantons eingezogen hat. Die Strafkammer des Kantonsgerichts hat sich mithin mit der von der Vorinstanz verfügten Einziehung zu beschäftigen, soweit es um den beschlagnahmten Geldbetrag geht. Die Einziehung der übrigen beschlagnahmten Gegenstände wurde jedoch von keiner Seite angefochten und ist im vorliegenden Berufungsverfahren daher nicht weiter zu überprüfen. Schliesslich bemängelt A. die Strafzumessung durch die Vorinstanz, weshalb sich die Strafkammer des Kantonsgerichts im Folgenden eingehend damit zu befassen hat.

#### **E. 6**

Die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches sind durch das Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 teilweise revidiert worden. Das neue Recht ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten. A. hat die Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz in der Zeit von Oktober 2003 bis Februar 2007 und somit teilweise vor Inkrafttreten des neuen Rechts verübt. Es stellt sich mithin die Frage, ob im vorliegenden Fall das alte oder das neue Recht Anwendung findet. a) Der Täter wird nach dem Gesetz beurteilt, das im Zeitpunkt der Tat gegolten hat. Ist jedoch das im Zeitpunkt der Beurteilung geltende neue Gesetz das mildere, so ist dieses anzuwenden (Art. 2 Abs. 2 StGB alte und neue Fassung). Ob das neue Recht im Vergleich zum alten milder ist, entscheidet sich nicht aufgrund eines abstrakten Vergleichs. Massgebend ist vielmehr die konkrete Betrachtungsweise. Es kommt folglich darauf an, nach welchem Recht der Täter für die zu beurteilenden Taten besser wegkommt (BGE 134 IV 82 E 6.2.1; 126 IV 5 E 2c mit Hinweisen). Der Richter hat deshalb den Sachverhalt in umfassender Weise sowohl nach dem alten als auch nach dem neuen Recht zu beurteilen und die Ergebnisse

16 miteinander zu vergleichen (Donatsch/Tag, Strafrecht I, 8. Auflage, DD. 2006, S. 42 f.). Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil lediglich nebenbei – und erst noch vor den Erwägungen zur Strafzumessung – erwähnt, dass vorliegend für die aus- gefällte Freiheitsstrafe ein teilbedingter Strafvollzug möglich sei, was für den Ange- klagten das mildere Recht darstelle (vgl. S. 16 des angefochtenen Urteils, Ziff. 6.2). Diese von der Vorinstanz gewählte Vorgehensweise entspricht in keiner Weise den bundesgerichtlichen Vorgaben. Die Vorinstanz ist darauf hinzuweisen, dass sie eine Gegenüberstellung der unter dem alten und unter dem neuen Recht auszuspre- chenden Sanktionen vorzunehmen hat und dass dieser Vergleich der Sanktionen im Urteil seinen Niederschlag finden soll. Dies bedeutet nicht, dass in jedem Fall in extenso Ausführungen über die Strafzumessung unter dem alten und unter dem neuen Recht gemacht werden müssen. Jedoch sollen die Überlegungen zur Straf- zumessung unter dem alten und unter dem neuen Recht, welche das Gericht dazu geführt haben, das eine oder das andere Recht anzuwenden, aus dem Urteil er- sichtlich sein. Nur so ist die diesbezügliche Entscheidung des Gerichts transparent und überprüfbar. Bezüglich der Frage, welche der auf diese Weise ermittelten Sank- tionen denn die mildere sei, ist auf BGE 134 IV 82 zu verweisen, in welchem das Bundesgericht in Bezug auf die Schwere des Eingriffs altrechtlicher und neurechtli- cher Sanktionen klare Wertungen aufgestellt hat. Und schliesslich sei auch darauf hingewiesen, dass die Begründung der Strafzumessung im Urteil insgesamt fraglos in einer Weise vorgenommen werden muss, die den diesbezüglichen bundesge- richtlichen Anforderungen genügt (vgl. BGE 127 IV 101 E 2c; 121 IV 49 E 2a/aa; 120 IV 136 E 3a; 118 IV 337 E 2a, je mit Hinweisen). b) Vorliegend ist zudem zu beachten, dass A. die Straftaten sowohl vor als auch nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts am 1. Januar 2007 begangen hat. Grundsätzlich wäre nun für jede der Straftaten gesondert zu prüfen, ob sie nach dem alten oder dem neuen Recht zu beurteilen ist (BGE 134 IV 82 E 6.2.3; 102 IV 196). Für die mehrfachen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz ist denn auch so vorzugehen. Bezüglich des schweren Falles der Widerhandlung ge- gen das Betäubungsmittelgesetz stellt sich jedoch die Frage, ob die darunter sub- sumierten Straftaten als rechtliche Einheit zu behandeln sind und, falls ja, welche Auswirkungen dies auf die Frage des anzuwendenden Rechts hat. Aus der Konzep- tion des Gesetzes in Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG ergibt sich, dass die einzelnen Straf- taten, aus denen sich schlussendlich ein mengenmässig schwerer Fall ergibt, nicht (mehr) als einzelne Taten behandelt werden, sondern als Gesamtheit, die den qua- lifizierten Tatbestand erfüllt. Dies wird besonders in der Strafzumessung ganz deut- lich, wo keine Strafschärfung wegen mehrfacher Tatbegehen erfolgt, sobald Art. 19

17 Ziff. 2 lit. a BetmG zur Anwendung gelangt, unbesehen der Frage, wie viele Tat- handlungen dazu beigetragen haben, dass der qualifizierte Tatbestand erfüllt wor- den ist. Zwischen den einzelnen Tathandlungen besteht mithin nicht (mehr) Real- konkurrenz, was zu einer mehrfachen Begehung und damit zu einer Strafschärfung führen würde, sondern die mehreren Tathandlungen werden vom Gesetz als Einheit behandelt, welche als Ganzes den qualifizierten Tatbestand erfüllt. Dasselbe lässt sich aus dem Schuldspruch ableiten, der nicht wegen mehrfacher Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG erfolgt, es sei denn, der Täter habe in mehreren, von einander unabhängigen und in sich geschlossenen Zeiträumen die Vorausset- zungen von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG erfüllt. Die zur Anwendung des Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG führenden einzelnen Straftaten bilden somit bereits gemäss Gesetz eine rechtliche Einheit. Das Vorliegen einer rechtlichen Einheit wiederum hat Aus- wirkungen auf den Entscheid, welches Recht Anwendung finden muss.

Denn eine Tat ist nach neuem Recht zu behandeln, wenn sie begangen wurde, nachdem dieses in Kraft getreten ist (vgl. Art. 2 Abs. 1 StGB). Daran ändert sich nichts, wenn die Handlung nur zum Teil (zum Beispiel bei Dauerdelikten oder eben rechtlichen Einheiten) unter das neue Recht fällt (vgl. dazu auch Popp/Levante, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 2 StGB). Das Gesetz sieht keine Nachwirkung des alten Rechts vor, weshalb eine Tat, die unter dem neuen Recht begangen worden ist, nicht nach dem alten Recht beurteilt werden kann. Da es sich von Gesetzes wegen bei den Tat-handlungen, die unter Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG zusammengefasst werden, um eine rechtliche Einheit handelt, muss damit neues Recht auf alle diese Handlungen angewendet werden, sobald zumindest ein Teil davon unter dem neuen Recht begangen worden ist. Eine Trennung der Handlungen in solche, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts begangen worden sind, und solche, die erst nachher stattgefunden haben, würde im weiteren zu äusserst stossenden Ergebnissen führen. So wäre ein Täter, der sowohl vor als auch nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts delinquent hat, der dabei zwar insgesamt gesehen den qualifizierten Tatbestand erfüllt hat, jedoch weder mit seinen Handlungen vor noch mit jenen nach dem Inkrafttreten allein eine qualifizierte Menge Betäubungsmittel erreicht, nach dem Grundtatbestand in Art. 19 Ziff. 1 BetmG mit einer erheblich tieferen Strafdrohung zu beurteilen, während ein Täter, dem insgesamt dieselbe Menge reinen Betäubungsmittels anzurechnen ist, der aber am 31. Dezember 2006 zum letzten Mal oder am 1. Januar 2007 zum ersten Mal delinquent hat, unter den qualifizierten Tatbestand von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG mit einer erheblich höheren Strafdrohung fallen würde. Auch dies zeigt deutlich auf, dass die Tathandlungen, die zusammen zur Anwendung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG geführt haben, als Einheit zu behandeln sind. Aus dem Gesagten folgt, dass die Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG vorliegend

18 nach dem neuen Recht zu beurteilen ist, während bezüglich der mehrfachen Widerhandlungen gegen Art. 19 Ziff. 1 BetmG (Verkauf von Marihuana) und gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG (Konsum von Kokain und Marihuana) eine Unterscheidung vorzunehmen ist in jene, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts erfolgt sind, und jene, die erst nachher begangen worden sind. Für diejenigen, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts erfolgten, ist schliesslich zu prüfen, ob das neue oder das alte Recht das mildere ist. c) aa) Nach neuem Recht misst der Richter gemäss Art. 47 StGB die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Unter dem Begriff des Verschuldens ist das Mass an Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs zu verstehen; der Begriff bezieht sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der Straftat (BGE 134 IV 1 E 5.3.3 mit Hinweis) und ist damit das wesentliche Strafzumessungskriterium (BGE 127 IV 101 E 2a). Die Bewertung des Verschuldens wird in Art. 47 Abs. 2 StGB dahingehend präzisiert, dass dieses nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt wird, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Neben dem Verschulden hat der Richter jedoch auch das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters zu berücksichtigen (Art. 47 Abs. 1 StGB). Die Kriterien der Strafzumessung nach dem Verschulden blieben somit anlässlich der Revision weitgehend unverändert (Urteile des Bundesgerichts vom 17. April 2007, 6B\_14/2007, E 5, sowie vom 14. Mai 2008, 6B\_785/2007, E 2.1; Greiner, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger, Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, Bern 2006, S. 128; Manhart,

Bedingte und teilbedingte Strafen sowie kurze unbedingte Freiheitsstrafen, in: Tag/Hauri, Die Revision des Strafgesetzbuches All- gemeiner Teil, DD./St. Gallen 2006, S. 123; Riklin, Strafen und Massnahmen im Überblick, in: Tag/Hauri, a.a.O., S. 78). bb) Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB zu der Strafe der schwersten Tat (sogenannte Einsatzstrafe) und erhöht deren Dauer unter Berücksichtigung aller entsprechenden Strafzumessungs- gründe angemessen (sogenanntes Asperationsprinzip), wobei es jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen darf. Schwerste Tat ist diejenige, welche unter den mit der höchsten Strafe bedrohten Tatbestand fällt. Grundlage der Strafzumessung im vorliegenden Fall ist somit der

19 in Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG vorgesehen Strafraumen von Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr, womit eine Gelds- trafe verbunden werden kann. Zu beachten gilt es im weiteren, dass gemäss Gesetz nur gleichartige Strafen zu einer Gesamtstrafe zusammengefasst werden können. Weder Freiheitsstrafe noch Geldstrafe sind gleichartig mit einer Busse. Für Über- tretungen ist daher immer eine Busse auszusprechen, selbst wenn im selben Ent- scheid auch Verbrechen oder Vergehen beurteilt werden (vgl. Heimgartner, Basler Kommentar, N 40 zu Art. 106 StGB). Drohen die konkurrierenden Tatbestände al- ternativ unterschiedliche Strafarten an (zum Beispiel Freiheitsstrafe oder Gelds- trafe), ist das Gericht jedoch nicht gezwungen, die Freiheitsstrafe mit der Geldstrafe zu kumulieren; es kann eine (einzige) Gesamtstrafe für gleichartige Strafen gemäss Art. 49 Ziff. 1 StGB aussprechen (Ackermann, Basler Kommentar, N 37 zu Art. 49 StGB in fine; zum alten Recht Urteil des Bundesgerichts vom 23. Januar 2001, 6S.24/2001, E 2b). cc) Gemäss Art. 19 Abs. 2 StGB mildert das Gericht die Strafe, wenn der Täter zur Zeit der Tat nur teilweise fähig war, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln. Die Strafmilderung ist dabei nach neuem Recht obligatorisch. Die Herabsetzung der Strafe hat jedoch nicht linear nach einem bestimmten Tarif zu erfolgen. Eine leichte, mittlere oder schwere Verminderung der Schuldfähigkeit führt daher nicht zwingend zu einer schematischen Reduktion der Strafe um 25%, 50% oder 75%. Die Verminderung der Schuldfähigkeit ist bei der Strafzumessung aber im ganzen Ausmass zu berücksichtigen; die Herabsetzung der Strafe muss daher in einem bestimmten Verhältnis zur festgestellten Verminde- rung der Schuldfähigkeit stehen (BGE 124 IV 123 E 6.2; 129 IV 22 E 6.2; 118 IV 1 E 2). Nach der Rechtsprechung ist im weiteren den Strafmilderungsgründen, wie etwa der verminderten Schuldfähigkeit nach Art. 19 Abs. 2 StGB, sowohl bei der Einsatzstrafe als auch bei deren angemessenen Erhöhung nach Art. 49 Abs. 1 StGB in dem Sinne Rechnung zu tragen, dass nicht nur die Einsatzstrafe tiefer angesetzt wird, sondern auch die mit Blick auf die Schärfung infolge Konkurrenz zwingend erforderliche Erhöhung weniger stark ausfällt (BGE 116 IV 300 E 2a und c/dd; Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2006, 6S.270/2006 E 6.1; Ackermann, Bas- ler Kommentar, N 48 zu Art. 49 StGB). dd) Das Verschulden von A. wiegt sehr schwer. Die Menge der umgesetzten Drogen ist zwar für die Strafzumessung nicht von ausschlaggebender Bedeutung, wie der Verteidiger zu Recht geltend macht. Sie bildet indessen aber einen ersten massgeblichen Anhaltspunkt für den kriminellen Willen des Täters (BGE 122 IV 299 E 2c; 121 IV 193 = Pra 1996 Nr. 28). Auch der Gesetzgeber hat bei der Umschrei-

20 bung des schweren Falles dem quantitativen Aspekt erhebliches Gewicht beigemessen. Dies sicher mit Recht, denn wer eine grosse Menge Rauschgift in Umlauf setzt und damit Leben und Gesundheit vieler Menschen gefährdet, nimmt eine besonders skrupellose und menschenverachtende Haltung ein und dokumentiert ein bedenkliches Mass an Gleichgültigkeit und mangelnder Achtung vor Leib und Leben seiner Mitmenschen, was grundsätzlich ein hohes Verschulden offenbart. Der Richter ist zudem bei der Festsetzung der Strafe innerhalb des durch die Erfüllung des qualifizierten Tatbestandes erhöhten Strafrahmens verpflichtet zu gewichten, in welchem Ausmass der Täter eine abstrakte Gefahr für die Gesundheit vieler Menschen geschaffen hat. Das hängt sowohl von der Art als auch von der Menge der Drogen ab (BGE 118 IV 342 E 2b). Die von A. umgesetzte Drogenmenge ist daher ohne Zweifel in die Überlegungen miteinzubeziehen und stellt einen ersten Anhaltspunkt für die Schwere seines Verschuldens dar. Im vorliegenden Fall nun hat A. ausdrücklich anerkannt, dass er mit insgesamt rund 313 g reinem Kokain gehandelt hat (vgl. Berufung, act. 01, S. 3, Ziff. 4), mithin gut dem 17-fachen der Menge, die nach Rechtsprechung des Bundesgerichts bereits genügt, um mehr als zwanzig Menschen über einen Zeitraum zu versorgen, der ausreicht, um bei drogenunerfahrenen Konsumenten das Risiko einer Abhängigkeit zu schaffen (BGE 109 IV 145). Er hat damit eine sehr grosse Menge reinen Betäubungsmittels in Umlauf gesetzt und auf diese Weise eine abstrakte Gefahr für sehr viele Menschen geschaffen, was einen starken kriminellen Willen dokumentiert. Der Verteidiger bringt in diesem Zusammenhang zwar vor, dass sich der Verkauf dieser Menge auf beinahe 3 ½ Jahre verteilt habe. Dies vermag A. jedoch nicht zu entlasten. Denn die angestrebte Relativierung der weitergegebenen Menge durch das in Relation setzen zur Zeit wird durch die sehr lange Dauer der Delinquenz und die immer wieder aufs Neue geschaffene Gefährdung der Gesundheit Dritter mehr als wettgemacht. A. hat über einen längeren Zeitraum einer Vielzahl von Personen die Möglichkeit geboten, einfach und schnell an eine gefährliche Droge zu kommen. Der lange Zeitraum der Delinquenz spricht daher nicht zu Gunsten von A., sondern ist vielmehr erschwerend zu werten. Im übrigen ergibt sich aus den Akten, dass A. den Verkauf von Kokain in der Zeit von August 2006 bis zu seiner Verhaftung ganz erheblich intensiviert hat, indem er in dieser Zeit sehr schnell immer grössere Mengen Kokain verkaufte, nachdem er vorher offenbar lediglich nebenher kleinere Mengen veräusserte und verschenkte. Ein gleichmässiges Aufteilen der verkauften Drogenmenge auf den gesamten Zeitraum, in dem A. delinquent hat, gäbe mithin ein erheblich verzerrtes Bild wieder, auch bezüglich des kriminellen Willens von A.. A. hat ab August 2006 grosse bis sehr grosse Mengen Kokain eingekauft und anschliessend – nach Abzug des Eigenkonsums – weiterverkauft, was einen ganz erheblichen kriminellen

21 Willen ausweist. A. hat zudem augenscheinlich ohne grosse Skrupel gehandelt, was ebenso zu seinen Ungunsten wirkt. Weiter ist zu beachten, dass A. nicht ohne Überlegung zu Werke gegangen ist, sondern recht gezielt und strukturiert gehandelt hat, was schon allein aus seinen Aufzeichnungen über die Drogenverkäufe, die er in einem Notizbüchlein fein säuberlich geführt hat (act. 4.13 und 4.21), ersichtlich ist. Er hat – zumindest ab Sommer 2006 – nicht nur ab und zu bei Gelegenheit mit Kokain gehandelt, sondern er hat sehr bewusst Kokain in immer grösseren und schliesslich sehr grossen Mengen eingekauft und anschliessend verkauft. Auch der Umstand, dass A., D. und C. jeweils genau ausgerechnet haben, wie viel sie vom eingekauften Kokain zu welchem Preis verkaufen mussten, um den Einkaufspreis für das gesamte Kokain bezahlen und trotzdem genügend für ihren Eigenkonsum zurückbehalten zu können, belegt das sehr durchdachte und äusserst

zielstrebige Vorgehen. Dieses wiederum lässt auf einen ganz erheblichen kriminellen Willen schliessen. Das Tatverschulden von A. wiegt daher insgesamt betrachtet sehr schwer. Zu Gunsten von A. zu werten sind dagegen sein guter Leumund und seine Vorstrafenlosigkeit. Ebenso wirkt sein Geständnis strafmindernd. In diesem Zusammenhang hat die Vorinstanz minutiös aufgelistet, wie sich das Aussageverhalten von A. in der Untersuchung entwickelt habe, und sie hat daraus geschlossen, dass dieser nicht von Beginn weg geständig gewesen sei und auch nicht von Anfang an vorbehaltlos mit den Strafverfolgungsbehörden kooperiert habe. Diesbezüglich ist jedoch festzustellen, dass gerade bei einer Vielzahl gleichartiger Straftaten, die über mehrere Monate und Jahre verteilt stattgefunden haben, nicht davon gesprochen werden kann, ein Täter sei nicht von Beginn weg geständig gewesen, wenn er im Verlaufe der Einvernahmen Korrekturen bezüglich der Verkaufsmengen und der Anzahl Verkäufe anbringen muss. Denn es ist offensichtlich, dass in dieser Konstellation einzelne Käufe beziehungsweise Verkäufe nicht immer präsent sind, weil es so viele an der Zahl waren, die zudem über einen langen Zeitraum verteilt gewesen sind. Dass A. im Verlaufe der Untersuchung zu den einzelnen Personen verkauften Mengen immer wieder Korrekturen anbringen musste, schmälert sein Geständnis daher nicht, hat er diese Korrekturen doch in aller Regel von sich aus angebracht und nicht unter dem Druck der Untersuchungsergebnisse. Ebenso wenig wird sein Geständnis dadurch relativiert, dass er nicht gleich in der ersten polizeilichen Einvernahme alle seine Verkäufe zugegeben hat. A. hat sich nach anfänglichem Zögern sehr schnell dazu entschlossen, zu kooperieren und über seinen Drogenhandel Auskunft zu erteilen. Im weiteren hat das Bundesgericht festgestellt, dass ein Geständnis strafmindernd wirken kann, wenn es Ausdruck von Einsicht in das begangene Unrecht der Tat oder von Reue ist oder die Strafverfolgung gegen den Täter selbst oder gegen andere Täter erleichtert (Urteil des Bundesgerichts vom 13.

22 Mai 2005, 6S.463/2004, E 3 in fine, vgl. auch BGE 121 IV 202). Vorliegend nun ist zum einen aus dem Geständnis von A. Einsicht und Reue zu erkennen und zum andern haben seine Aussagen offenbar dazu beigetragen, seine Mittäter, Lieferanten und Abnehmer zu überführen. A.s Geständnis ist damit zusammen mit seiner Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden, die anscheinend erst zur Verhaftung seines Hauptlieferanten geführt hat, sehr wohl als recht stark strafmindernd zu veranschlagen. Im weiteren strafmindernd zu werten ist seine Abkehr von den Drogen. Wie sich aus den Akten ergibt (vgl. Strassenverkehrsamt Graubünden: Bestätigung vom 2. September 2008 betreffend Einhaltung der Drogenabstinenz, act. 10.3; Haaranalysebericht vom 20. Oktober 2008, act. 17.2), führt A. seit einiger Zeit ein drogenfreies Leben. Er hat sich von seinem damaligen Freundeskreis abgewandt und ein neues Leben an einem neuen Ort aufgebaut. Dies spricht klar zu seinen Gunsten. Der Anlass zu seiner Drogensucht, nämlich die Eifersucht und die Anforderungen der Ausbildung zum Rettungssanitäter, hingegen vermag entgegen den Ausführungen in der Berufung nicht strafmindernd zu wirken. Wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, sind solche Belastungssituationen sehr oft Auslöser dafür, dass Menschen zu Drogen greifen. Der Anstoss zum Einstieg in die Drogen von A. unterscheidet sich dadurch nicht von dem anderer Drogenkonsumenten, weshalb A. daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Im übrigen hat A. mit dem Drogenkonsum nicht aufgehört, auch als seine Ehefrau ihre Scheidungsabsichten nicht weiter verfolgt hat und die Ausbildung in ruhigeren Bahnen verlaufen ist. Hingegen wirkt zu Gunsten von A., dass er mit dem Verkauf keinen Gewinn angestrebt, sondern seinen Eigenkonsum finanziert hat. In diesem Zusammenhang ist aber doch auch darauf hinzuweisen, dass A. die ganze Zeit über als

Rettungssanitäter gearbeitet und dabei ein recht ansehnliches Einkommen erzielt hat. Auch wenn er für den Unterhalt seiner Familie aufkommen musste (wobei anzufügen ist, dass auch seine Ehefrau teilzeitlich gearbeitet und damit zum Lebensunterhalt der Familie beigetragen hat), so ist doch nicht zu übersehen, dass er zumindest den weitaus überwiegenden Teil seines Kokainkonsums, wenn nicht sogar den gesamten nachgewiesenen Konsum (vgl. Zusammenstellung der Betäubungsmittel durch den Untersuchungsrichter, act. 4.20, S. 2, Konsum) auch mit diesen legal erworbenen Mitteln hätte bestreiten und damit auf das Dealen weitestgehend beziehungsweise allenfalls sogar gänzlich hätte verzichten können. (Aus den Angaben von A. lässt sich für den Einkauf ein Durchschnittspreis von ungefähr Fr. 65.-- pro Gramm Kokain errechnen [vgl. Zusammenstellung der Betäubungsmittel durch den Untersuchungsrichter, act. 4.20, S. 1, Bezug], so dass A. pro Monat im Durchschnitt etwas mehr als Fr. 300.-- für seinen Eigenkonsum hätte aufwenden müssen; bei einem Grammpreis von ungefähr Fr. 92.-- [soviel hat A. durchschnittlich für die kleineren,

23 von ihm allein bezogenen Mengen pro Gramm bezahlt, vgl. Zusammenstellung der Betäubungsmittel durch den Untersuchungsrichter, act. 4.20, S. 1, Einzelbezüge A.] wären es fast Fr. 450.-- im Monat gewesen). Auch der Umstand, dass A. den Verkauf von Kokain erst ungefähr ab August 2006 intensiviert hat, nachdem er vorher offensichtlich nur gelegentlich etwas abgegeben hat (vgl. Zusammenstellung der Betäubungsmittel durch den Untersuchungsrichter, act. 4.20, S. 1 f., Abgabe), obwohl er doch seit Oktober 2003 nach seinen eigenen Angaben praktisch wöchentlich Kokain konsumiert hat, zeigt deutlich auf, dass er grundsätzlich in der Lage gewesen wäre, seinen Eigenkonsum mit legal erworbenen Mitteln, nämlich seinem Einkommen, zu finanzieren. Seine Entscheidung, seinen Eigenkonsum mittels Dealen zu bestreiten, spricht unter diesen Umständen klarerweise gegen ihn. Strafschärfend fällt im weiteren das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen sowie die mehrfache Begangenschaft bezüglich der Widerhandlungen gegen Art. 19 Ziff. 1 BetrMG ins Gewicht (Art. 49 Abs. 1 StGB). In diesem Zusammenhang ist insbesondere festzuhalten, dass der Handel mit 250 g Marihuana nicht nur Bagatelcharakter hat und daher eine nicht vernachlässigbare Straferhöhung nach sich ziehen muss, auch wenn er im Vergleich zum Kokainverkauf augenscheinlich eine untergeordnete Rolle spielt. Keine Strafschärfung erfolgen darf wegen dem Eigenkonsum, handelt es sich dabei doch gemäss Gesetz um eine Übertretung, für die eine Busse – und damit eine nicht gleichartige Strafe – auszusprechen ist. Aufgrund des doch recht erheblichen Kokainkonsums stellt sich aber die Frage, ob dieser Auswirkung auf die Schuldfähigkeit gezeitigt hat. A. hat diesbezüglich im Berufungsverfahren ein psychiatrisches Privatgutachten eingereicht, welches in der Schlussfolgerung festhält, dass A. im Zeitpunkt der ihm vorgeworfenen Taten an einer als mittelgradig zu bezeichnenden Kokainabhängigkeit gelitten habe und aufgrund dieser Abhängigkeit nur mehr vermindert fähig gewesen sei, gemäss der erhaltenen Einsicht in das Unrecht seiner Taten zu handeln; aus gutachterlicher Sicht handle es sich um eine leichte Verminderung der Steuerungsfähigkeit (vgl. psychiatrisches Privatgutachten vom 24. November 2008, act. 15.2, S. 16 f., Ziff. 5). Diesbezüglich ist nun wohl festzustellen, dass es sich bei diesem Gutachten um ein Privatgutachten handelt, das von der Verteidigung in Auftrag gegeben worden ist, weshalb ihm nicht derselbe Stellenwert beigemessen werden kann wie einem gerichtlichen Gutachten, stand der Gutachter doch in einem Auftragsverhältnis zu einer Partei und hat er auch nicht unter der Strafdrohung von Art. 307 StGB sein Gutachten erstellt. Im weiteren standen dem Gutachter offensichtlich kaum Verfahrensakten zur Verfügung (vgl. S. 2 des Gutachtens, act. 15.2, Quellenangaben).

Insbesondere war ihm die Hafteinvernahme vom 21. Februar 2007 nicht bekannt, in welcher A. auf entsprechende Frage Entzugserscheinungen explizit verneint hat (act. 3.3, S. 2 unten).

24 Jedoch handelt es sich bei der Frage nach den Entzugserscheinungen um ein Kriterium zur Diagnosestellung. Und bezüglich der Diagnose Kokainabhängigkeit stimmt das Privatgutachten mit einem früheren Gutachten zu Handen des Strassenverkehrsamtes Graubünden überein (vgl. Gutachten zur Abklärung der Fahreignung vom 30. Mai 2007, act. 10.2, S. 12, Ziff. 5.2). Im weiteren wird im Privatgutachten anschaulich und nachvollziehbar dargelegt, weshalb es zu dieser Diagnose gekommen ist und welche Auswirkungen der Kokainkonsum auf die Schuldfähigkeit gehabt hat. Und schliesslich ist der Privatgutachter, der mehrfach auch schon gerichtliche Gutachten zur Schuldfähigkeit eines Täters erstellt hat, ohne Zweifel qualifiziert, eine entsprechende Bewertung vorzunehmen. Die Strafkammer des Kantonsgerichts gelangt in Abwägung sämtlicher Umstände und unter Berücksichtigung, dass sich die Staatsanwaltschaft Graubünden nicht gegen die Schlussfolgerungen im psychiatrischen Privatgutachten vom 24. November 2008 ausgesprochen hat, zur Auffassung, dass für die Beurteilung der Schuldfähigkeit von A. im Zeitpunkt der Taten auf das psychiatrische Privatgutachten vom 24. November 2008 abgestellt werden kann. Es ist demnach von einer leichtgradig verminderten Schuldfähigkeit auszugehen. Diese Verminderung wirkt strafmildernd. Umstände, die es nahe legen würden, eine Strafmilderung von mehr oder weniger als den praxismässigen 25% vorzunehmen, sind keine ersichtlich. Unter Berücksichtigung aller Strafzumessungsgründe und in Anbetracht sämtlicher Umstände kommt die Strafkammer des Kantonsgerichts zum Schluss, dass die von der Vorinstanz ausgesprochene Freiheitsstrafe von 36 Monaten ohne Berücksichtigung der leicht verminderten Schuldfähigkeit zu tief und unter Miteinbezug derselben zu hoch ausgefallen ist. ee) A. macht nun aber geltend, es sei in die Strafzumessung die Wirkung einer unbedingten Freiheitsstrafe auf sein Leben miteinzubeziehen. Wenn er zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt werde, würde er seine Arbeitsstelle verlieren, selbst wenn er die Strafe in Halbgefängenschaft verbüssen könnte. Dies sei im Arbeitsvertrag ausdrücklich so festgehalten. Eine unbedingte Freiheitsstrafe hätte daher ganz erhebliche negative Auswirkungen auf sein Leben und das Leben seiner Familie, so dass davon abzusehen sei. Es ist mithin im folgenden zu prüfen, inwiefern die Auswirkungen eines Strafvollzugs auf das Leben von A. und seiner Familie strafmildernd zu wirken vermögen. Gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB berücksichtigt der Richter die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Dazu führte der Bundesrat in der Botschaft aus, das vom Verschulden begrenzte Strafmass brauche nicht ausgeschöpft zu werden, wenn eine gelindere Strafe den Täter voraussichtlich von weiteren Straftaten abzuhalten vermöge (Botschaft, BBl 1999, 2060). Damit übernimmt das neue Gesetz die Rechtsprechung zum früheren Recht, wonach der Richter

25 nach Möglichkeit Sanktionen vermeiden soll, die den Täter aus einer günstigen Entwicklung herausreissen (BGE 128 IV 73 E 4; 127 IV 97 E 3; 121 IV 97 E 2c; 119 IV 125 E 3b; 118 IV 337 E 2c; 118 IV 342 E 2f.). Dass der Verurteilte durch die Verbüssung einer Freiheitsstrafe aus einem günstigen Umfeld herausgerissen wird, kann sich deshalb im einzelnen Fall nach wie vor strafmildernd auswirken und zur Folge haben, dass die auszufällende Strafe unter der schuldangemessenen Strafe liegt (BGE 134 IV 17 E 3.4). Der Richter hat bei der Strafzumessung angesichts der einschneidenden Konsequenzen des unbedingten Vollzugs den Umstand mitzubedenken, dass die subjektiven

Voraussetzungen des Strafaufschubs im Sinne einer günstigen beziehungsweise nicht ungünstigen Prognose im konkreten Einzelfall an sich erfüllt sind. Diese folgenorientierte Überlegung kann durchaus in die Strafzumessung einfließen, bei welcher dem Richter ein weites Ermessen zu- steht. Liegt die ins Auge gefasste Sanktion in einem Bereich, der die Grenze für den bedingten Vollzug (24 Monate) beziehungsweise für den teilbedingten Vollzug (36 Monate) – wie übrigens auch für die Halbgefängenschaft nach Art. 77b StGB (1 Jahr) – mitumfasst, so hat sich der Richter die Frage zu stellen, ob eine Strafe, welche die Grenze nicht überschreitet, noch vertretbar ist (BGE 134 IV 17 E 3.5). Bejaht er sie, hat er diese Strafe zu verhängen. Andernfalls ist es ihm unbenommen, auch eine nur unwesentlich über dem Grenzwert liegende – angemessene und be- gründbare – Strafe auszufällen (Urteil des Bundesgerichts vom 21. Januar 2008, 6B\_560/2007, E 2.1.3; Urteil des Bundesgerichts vom 18. März 2008, 6B\_19/2008, E 3). – Vorliegend nun ist ohne Zweifel von einer günstigen Prognose bezüglich künftigen Wohlverhaltens von Seiten von A. auszugehen. Er führt gemäss Akten- lage eine drogenfreies Leben; er hat sich von seinem damaligen Freundeskreis ab- gewandt und an einem neuen Wohnort ein neues Leben aufgebaut. Die von ihm erstandene Polizei- und Untersuchungshaft von 43 Tagen hat gemäss seinen eigenen Aussagen einen tiefen und heilsamen Eindruck hinterlassen. Seit seiner Ent- lassung aus der Untersuchungshaft hat sich A. denn auch nichts mehr zu Schulden kommen lassen. Im weiteren sind auch keine Vorstrafen bekannt. Es ist davon aus- zugehen, dass das vorliegende Strafverfahren und insbesondere die erstandene Polizei- und Untersuchungshaft einen dauerhaften Eindruck hinterlassen haben, der A. davon abhalten wird, erneut straffällig zu werden. Faktoren, die eine ungünstige Prognose begründen würden, sind keine ersichtlich. A. erfüllt mithin grundsätzlich die subjektiven Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges. Im weiteren hätte der Vollzug einer Freiheitsstrafe, selbst wenn sie in Halbgefängenschaft verbüsst werden könnte, für A. gravierende Folgen. Wie sich dem Arbeitsvertrag mit seinem derzeitigen Arbeitgeber unschwer entnehmen lässt, hätte die Verurteilung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe in jedem Fall die unverzügliche Auflösung des Arbeits-

26 verhältnisses zur Folge (Anstellungsvertrag vom 24. September 2008, act. 10.1, S. 5, Ziff. 1.7). Dies wiederum hätte ganz erhebliche Folgen für die finanzielle Zukunft der ganzen Familie. Aber auch für A. würde dies einen herben Rückschlag bedeuten in seinem Bestreben, sein Leben in geordneten Bahnen zu führen. Denn es ist nicht absehbar, inwieweit A. in der Lage wäre, innert einer vernünftigen Frist eine neue Arbeitsstelle zu finden. Da seine Arbeit als Rettungssanitäter augenscheinlich in al- ler Regel unregelmässige Arbeitszeiten mit sich bringt, dürfte ihm dies schwer fallen, zumindest bis die unbedingte Freiheitsstrafe verbüsst wäre. Es bestünde unter die- sen Umständen die ganz erhebliche Gefahr, dass die bedeutenden Anstrengungen, welche A. in der Vergangenheit unternommen hat, um sein Leben in Ordnung zu bringen und sich ein stabiles soziales Umfeld aufzubauen, zumindest zu einem nicht unbedeutenden Teil zunichte gemacht würden. A. würde durch die Verurteilung zu einer unbedingten Freiheitsstrafe und dem damit zusammenhängenden Strafvoll- zug offensichtlich aus einer bereits längere Zeit andauernden und durchwegs sehr positiven Entwicklung herausgerissen. Unter dem Aspekt der Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters ist vorliegend unter Abwägung sämtlicher Umstände da- her eine Minderung der Strafe angezeigt. Diese Minderung vermag jedoch ange- sichts des sehr schweren Verschuldens auf Seiten von A. eine Reduktion des Straf- masses auf 24 Monate Freiheitsstrafe, was die Gewährung des bedingten Strafvoll- zuges für die gesamten Strafe ermöglichen würde (Art.

42 Abs. 1 StGB), nicht zu rechtfertigen. Eine solche Strafe müsste als unhaltbar milde und damit nicht vertretbar bezeichnet werden. Jedoch hat der Gesetzgeber in Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 BetrMG die Möglichkeit eröffnet, neben der Freiheitsstrafe auch eine Geldstrafe auszusprechen. Die Freiheitsstrafe und die Geldstrafe zusammen dürfen dabei die schuldangemessene Strafe nicht übersteigen. Dies bedeutet, dass das Gesetz dem Richter die Möglichkeit gibt, einen Teil des Verschuldens mittels Geldstrafe zu ahnden. Geldstrafe ist die mildere Sanktion als Freiheitsstrafe (BGE 134 IV 82). Vorliegend führt nun die Milderung aufgrund der Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters dazu, dass ein Teil der schuldangemessenen Strafe als Geldstrafe ausgesprochen werden kann. Eine Geldstrafe darf gemäss Art. 34 Abs. 1 StGB höchstens 360 Tagessätze betragen. Die Höhe der Tagessätze wiederum beträgt maximal Fr. 3'000.-- (Art. 34 Abs. 2 StGB). Die Bemessung der Geldstrafe erfolgt in zwei selbständigen Schritten, die strikte auseinander zu halten sind. Zunächst hat das Gericht die Anzahl der Tagessätze nach dem Verschulden des Täters zu bestimmen (Art. 34 Abs. 1 StGB). Im Anschluss daran hat es die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters festzusetzen (Art. 34 Abs. 2 StGB). Der Gesamtbetrag der Geldstrafe, die dem Verurteilten auferlegt wird, ergibt sich erst aus der Multiplikation von Zahl und Höhe der Tagessätze. Beide Faktoren

27 sind im Urteil getrennt festzuhalten (Art. 34 Abs. 4 StGB). Unter Abwägung sämtlicher Strafzumessungsfaktoren und unter Beachtung aller Umstände gelangt die Strafkammer des Kantonsgerichts zum Schluss, dass im vorliegenden Fall, der insofern besonders liegt, als A. aussergewöhnliche Anstrengungen unternommen hat, um sein Leben in Ordnung zu bringen und seine Drogensucht zu besiegen, und seine diesbezüglichen Bemühungen zu einem überzeugenden und bereits seit einiger Zeit anhaltenden Erfolg geführt haben, der durch den – auch nur teilweisen – Vollzug einer Freiheitsstrafe konkret und ganz erheblich gefährdet wäre, eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten, verbunden mit einer Geldstrafe von 200 Tagessätzen, dem Verschulden von A. angemessen erscheint. ff) Nachdem die Anzahl der Tagessätze feststeht, ist deren Höhe zu bestimmen. Bezüglich der Bemessung der Tagessatzhöhe hat das Bundesgericht in zwei neuen Urteilen das korrekte Vorgehen klar aufgezeigt (vgl. BGE 134 IV 60 und das Urteil des Bundesgerichts vom 29. März 2008, 6B\_476/2007). Ausgangspunkt für die Bemessung bildet das Einkommen, das dem Täter durchschnittlich an einem Tag zufließt, ganz gleich, aus welcher Quelle die Einkünfte stammen. Denn massgeblich ist die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Nach dem Nettoeinkommensprinzip ist indes bei den ermittelten Einkünften nur der Überschuss der Einnahmen über die damit verbundenen Aufwendungen zu berücksichtigen. Vom Einkommen ist daher abzuziehen, was gesetzlich geschuldet ist oder dem Täter wirtschaftlich nicht zufließt, so etwa die laufenden Steuern, die Beiträge an die Sozialversicherungen und an die obligatorische Kranken- und Unfallversicherung sowie die notwendigen Berufsauslagen beziehungsweise bei Selbständigerwerbenden die branchenüblichen Geschäftsunkosten. Vom Nettoeinkommen abzuziehen sind sodann allfällige Familien- und Unterstützungsspflichten, soweit der Verurteilte ihnen tatsächlich nachkommt. Für deren Berechnung kann sich das Gericht weitgehend an den Grundsätzen des Familienrechts orientieren. Anderweitige finanzielle Lasten können nur im Rahmen der persönlichen Verhältnisse berücksichtigt werden. Dabei fallen grössere Zahlungsverpflichtungen des Täters, die schon unabhängig von der Tat bestanden haben (zum Beispiel Ratenzahlungen für Konsumgüter, Wohnkosten), grundsätzlich ebenso ausser Betracht wie Schuldverbindlichkeiten, die mittelbare oder unmittelbare Folge der Tat sind (Schadenersatz- und Genugtuungsleistungen, Gerichtskosten usw.). Auch

Hypothekarzinsen können, wie an sich Wohnkosten überhaupt, in der Regel nicht in Abzug gebracht werden. Aussergewöhnliche finanzielle Belastungen dagegen können reduzierend berücksichtigt werden, wenn sie einen situations- oder schicksalsbedingt höheren Finanzbedarf darstellen. Weiter nennt Art. 34 Abs. 2 StGB das Vermögen als Bemessungs-

28 Kriterium. Gemeint ist die Substanz des Vermögens, da dessen Ertrag bereits Einkommen darstellt. Das Vermögen ist bei der Bemessung des Tagessatzes von Bedeutung, wenn der Täter ohnehin von der Substanz des Vermögens lebt, und es bildet Bemessungsgrundlage in dem Ausmass, in dem er selbst es für seinen Alltag anzehrt. Schliesslich ist bei der Bemessung des Tagessatzes das Existenzminimum zu berücksichtigen (Art. 34 Abs. 2 StGB). Aus der gesetzlichen Konzeption, die von der freiwilligen Bezahlung der (unbedingten) Geldstrafe ausgeht, ergibt sich, dass der Tagessatz nicht auf dasjenige Einkommen beschränkt ist, das in der Zwangsvollstreckung voraussichtlich erhältlich gemacht werden könnte. Der Hinweis auf das Existenzminimum gibt dem Gericht allerdings ein Kriterium zur Hand, das es erlaubt, vom Nettoeinkommensprinzip abzuweichen und den Tagessatz bedeutend tiefer zu bemessen. Der Tagessatz für Verurteilte, die nahe oder unter dem Existenzminimum leben, ist daher in einem Masse herabzusetzen, das einerseits die Ernsthaftigkeit der Sanktion erkennen, andererseits den Eingriff nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen noch als zumutbar erscheinen lässt. Als Richtwert ist von einer Herabsetzung des Nettoeinkommens um mindestens die Hälfte auszugehen. Um eine übermässige Belastung zu vermeiden, sind jedoch in erster Linie Zahlungserleichterungen durch die Vollzugsbehörde nach Art. 35 Abs. 1 StGB zu gewähren, soweit die Geldstrafe unbedingt ausgefällt wird. Bei einer hohen Anzahl Tagessätze – namentlich bei Geldstrafen von mehr als 90 Tagessätzen – ist eine Reduktion um weitere 10 – 30 Prozent angebracht, da mit zunehmender Dauer die wirtschaftliche Bedrängnis und damit das Strafleiden progressiv ansteigt. Massgebend sind immer die konkreten finanziellen Verhältnisse (vgl. zum Ganzen BGE 134 IV 60 sowie das Urteil des Bundesgerichts vom 29. März 2008, 6B\_476/2007). – Gemäss Lohnabrechnung für den Monat November 2008 erzielt A. ein monatliches Einkommen von rund Fr. 6'070.00 netto (act. 17.3). Davon abzuziehen sind die laufenden Steuern, die Beiträge an die gesetzliche Krankenkasse sowie die notwendigen Berufsauslagen. Dies ergibt das strafrechtliche Nettoeinkommen. Da sich in den Akten ausser zu den Krankenkassenbeiträgen keine konkreten Angaben befinden, schätzt das Gericht die betreffenden Beträge aufgrund der Lebenserfahrung. Vom so errechneten strafrechtlichen Nettoeinkommen sind die Unterstützungsbeiträge an die Familie abzuziehen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Ehefrau von A. berufstätig ist und gemäss Lohnabrechnung ein monatliches Nettoeinkommen von rund Fr. 4'925.-- erzielt (act. 17.4). Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, auf einen Abzug für Unterstützungsleistungen zu Gunsten der Ehefrau zu verzichten. Bezüglich der Abzüge für Unterstützungsleistungen an die zwei minderjährigen Kinder orientiert sich das Gericht an den Grundsätzen des Familienrechts (für das erste Kind 15% des errechneten strafrechtlichen Nettoeinkommens, für das zweite Kind 12.5%). Das Existenzminimum wiederum kann vorliegend keine Beachtung finden, da A. und seine Familie weder nahe am noch unter dem Existenzminimum leben, wie sich aus den Akten ergibt (vgl. insbesondere die Lohnabrechnungen, den Mietvertrag für die Wohnung und den Parkplatz sowie die Familienzusammenstellung der Krankenkassenbeiträge, act. 17.3 – 17.6). Jedoch muss A.

in den Genuss einer zusätzlichen Reduktion kommen aufgrund der hohen Anzahl der ausgesprochenen Tagessätze. Dem Gericht erscheint eine Reduktion von 15% als angemessen. Damit ergibt sich für die Höhe des Tagessatzes folgende Berechnung (wobei beim Einkommen von A. die Abgaben an die obligatorischen Sozialversicherungen bereits abgezogen sind): Einkommen A. Fr. 6'070.--

./. laufende Steuern Fr. 1'000.-- ./.. Krankenkassenprämien Fr. 806.-- ./.. notwendige Berufsauslagen Fr. 400.--

strafrechtliches Nettoeinkommen Fr. 3'864.-- ./.. Unterstützungsbeiträge (insgesamt 27.5% des strafrechtlichen

Nettoeinkommens) Fr. 1'062.60

Zwischenergebnis Fr. 2'801.40 ./.. Abzug wegen hoher Anzahl

Tagessätze (15% von Fr. 2'801.40) Fr. 420.20 Total Fr. 2'381.20 Dieses Total ist durch 30 Tage zu teilen, was Fr. 79.40 pro Tag ergibt. Aufgrund der Tatsache, dass die Ehefrau von A. arbeitet und mit ihrem Lohn ganz erheblich zum Unterhalt der Familie beitragen kann, rechtfertigt es sich ohne weiteres, diesen Betrag aufzurunden. Ein Tagessatz in Höhe von Fr. 80.-- entspricht daher der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von A.. A. ist somit zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, verbunden mit einer Geldstrafe von 200 Tagessätzen zu je Fr. 80.--, zu verurteilen. gg) In einem weiteren Schritt ist nun zu prüfen, inwieweit der bedingte Strafvollzug gewährt werden kann. Wie bereits festgestellt, ist A. für die Zukunft ohne weiteres eine günstige Prognose zu stellen. Jedoch hat sich aus der Strafzumessung auch ergeben, dass das Verschulden von A. so schwerer wiegt, dass eine Strafe im Bereich von mehr als 24 Monaten Freiheitsstrafe angezeigt ist. Der Gesetzgeber hat bezüglich der Freiheitsstrafen entschieden, dass eine solche von über zwei Jahren zum Schuldausgleich teilweise vollstreckt werden muss, selbst wenn

30 ihr vollständiger Aufschub unter spezialpräventiven Gesichtspunkten vorzuziehen wäre (BGE 134 IV 17 E 3.3); angesichts der Schwere des Verschuldens muss wenigstens ein Teil der Strafe vollzogen werden (134 IV 1 E 5.5.1). Der Gesetzgeber hat mithin verbindlich festgestellt, dass ab einer gewissen Schwere des Verschuldens ein teilweiser Vollzug zwingend erfolgen muss, auch wenn für künftiges Verhalten eine günstige Prognose gestellt werden kann. Diese Schwere des Verschuldens wird vorliegend offensichtlich erreicht, so dass ein Teil der Strafe vollzogen werden muss. Die Strafkammer des Kantonsgerichts kommt zum Schluss, dass vorliegend für die Freiheitsstrafe von 24 Monaten der bedingte Vollzug gewährt werden kann, während die Geldstrafe unbedingt auszusprechen ist. hh) Schiebt das Gericht den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB). Dem Gericht erscheint es vorliegend angemessen, A. für die bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe eine Probezeit von drei Jahren aufzuerlegen. A. wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit des Vollzugs der Freiheitsstrafe besteht, sollte er innerhalb der Probezeit erneut straffällig werden (Art. 46 StGB). ii) Das Gericht rechnet die Untersuchungshaft, die der Täter während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden hat, auf die Strafe an (Art. 51 StGB). Als Untersuchungshaft gilt jede in einem Strafverfahren verhängte Haft (Art. 110 Abs. 7 StGB). Der Anrechnung der erstandenen Polizei- und Untersuchungshaft von 43 Tagen steht in vorliegendem Verfahren nichts entgegen. Aus dem zweiten Satz von Art. 51 StGB ergibt sich, dass die

Untersuchungshaft grundsätzlich auch auf eine Geldstrafe angerechnet werden kann. Jedoch sagt das Gesetz nichts darüber aus, ob die Untersuchungshaft auf die Freiheitsstrafe oder die Geldstrafe anzurechnen ist, wenn beide Strafen gleichzeitig ausgesprochen werden. Die Strafkammer des Kantonsgerichts erachtet es vorliegend als sachgerecht, die Untersuchungshaft auf die Freiheitsstrafe anzurechnen. kk) Neben dem Handel mit Kokain und Marihuana ist A. von der Vorinstanz auch wegen dem Konsum von Betäubungsmitteln schuldig gesprochen worden. Beim Betäubungsmittelkonsum handelt es sich gemäss Gesetz um eine Übertretung, die mit einer Busse zu ahnden ist (Art. 19a Ziff. 1 BetmG). Das Verschulden von A. darf nicht bagatellisiert werden. Vorliegend wird ihm der Konsum von 112.2 g Kokain und von 28.5 g Marihuana vorgeworfen. A. hat diesen Konsum anerkannt. Insbesondere beim Kokainkonsum handelt es sich um eine nicht unerhebliche Menge. Nicht entlastend wirkt auch hier die lange Dauer der Delinquenz. Vielmehr

31 ist strafferhöhend zu werten, dass A. über Jahre und beinahe wöchentlich gegen das Gesetz verstossen hat. Zu Gunsten von A. spricht sein guter Leumund sowie seine Vorstrafenlosigkeit. Ebenso wirkt sein Geständnis bezüglich des Konsums zu seinen Gunsten. Im weiteren spricht auch seine aktenkundige Abkehr von den Drogen für ihn. Strafschärfend wirkt das Zusammentreffen mehrerer Straftatbestände und die mehrfache Begangenschaft, strafmildernd ist die leichte Verminderung der Schuldfähigkeit in die Waagschale zu legen. Unter Berücksichtigung sämtlicher Strafzumessungsgründe und in Anbetracht der finanziellen Situation von A. erscheint der Strafkammer des Kantonsgerichts die von der Vorinstanz ausgesprochene Busse in Höhe von Fr. 1'000.-- als dem Verschulden von A. angemessen. ll) Der Richter spricht im Urteil für den Fall, dass die Busse schuldhaft nicht bezahlt wird, eine Ersatzfreiheitsstrafe von mindestens einem Tag und höchstens drei Monaten aus (Art. 106 Abs. 2 StGB). Wie der Richter die Ersatzfreiheitsstrafe berechnen soll, darüber schweigt sich das Gesetz aus. Der Richter hat sich jedoch vor Augen zu halten, dass den Täter eine allfällige Ersatzfreiheitsstrafe unabhängig von seinen finanziellen Verhältnissen entsprechend dem Verschulden treffen soll. Spricht das Gericht neben der Busse auch eine Geldstrafe aus, so besteht allerdings die Besonderheit, dass das Gericht die Höhe des Tagessatzes für die Geldstrafe und damit die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters bereits ermittelt hat. Das lässt es als sachgerecht erscheinen, die Tagessatzhöhe als Umrechnungsschlüssel zu verwenden, indem der Betrag der Übertretungsbusse durch jene dividiert wird (vgl. zur Umrechnung der Verbindungsbusse gemäss Art. 42 Abs. 4 StGB: BGE 134 IV 60 E 7.3.3). Wendet man diese Grundsätze vorliegend auf die Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe an und dividiert die Busse in Höhe von Fr. 1'000.-- durch die Tagessatzhöhe von Fr. 80.--, so gelangt man zu einer Ersatzfreiheitsstrafe von 12 Tagen. mm) Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass A. unter dem neuen Recht zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, bedingt aufgeschoben bei einer Probezeit von drei Jahren, verbunden mit einer unbedingten Geldstrafe von 200 Tagessätzen zu je Fr. 80.-- und zu einer Busse in Höhe von Fr. 1'000.--, ersatzweise einer Freiheitsstrafe von 12 Tagen, zu verurteilen ist. d) Nach altem Recht wird eine Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelrecht mit Gefängnis oder Busse bestraft (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 aBetmG), während der Konsum von Betäubungsmitteln sowie die zum Konsum führenden Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz mit Haft oder Busse bestraft werden (Art. 19a Ziff. 1 aBetmG). Aus den Akten ergibt sich, dass A. in den Jahren 2003 und

32 2004 insgesamt 20 g Marihuana verkauft und 10 g verschenkt sowie von Januar 2006 bis Sommer 2006 weitere 220 g Marihuana verkauft hat. Der gesamte Handel mit Marihuana und somit alle Widerhandlungen gegen Art. 19 Ziff. 1 BetmG fallen damit in die Zeit vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts. Bezüglich des Konsums wirft die Anklage A. vor, er habe von Dezember 2004 bis Februar 2007 ungefähr 112.2 g Kokain und zwischen Januar 2006 und Februar 2007 mindestens 28.5 g Marihuana konsumiert. A. hat diesen Konsum anerkannt. Der Konsum fand teilweise vor und teilweise nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts statt. Wie viel A. nun aber vor und wie viel er nach dem 1. Januar 2007 konsumiert hat, lässt sich den Akten nicht mit Sicherheit entnehmen. Durchschnittlich konsumierte A. gemäss den obigen Angaben pro Monat 4 g Kokain und 2 g Marihuana. Da A. nach seinen Aussagen den Kokainkonsum in den Monaten vor seiner Festnahme erheblich intensivierte und dadurch auch mehr Marihuana benötigte, um sich wieder zu beruhigen, rechtfertigt es sich, für die Zeit nach dem 1. Januar 2007 den monatlichen Konsum zumindest zu verdoppeln. Die Strafkammer des Kantonsgerichts geht somit davon aus, dass A. unter dem alten Recht ein Konsum von 96 g Kokain und 20 g Marihuana zur Last gelegt werden kann. aa) Nach dem alten Recht misst der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu, wobei er die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen berücksichtigt (Art. 63 aStGB). Der Begriff des Verschuldens umfasst den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der konkreten Straftat. Der Bemessung der Schuld ist die Schwere der Tat zu Grund zu legen. Insbesondere zu beachten sind das Ausmass des verschuldeten Erfolges, die Art und Weise seiner Herbeiführung, die Willensrichtung, mit der der Täter gehandelt hat, seine Beweggründe, sein Vorleben, seine persönlichen Verhältnisse sowie sein Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren (vgl. BGE 129 IV 20; 118 IV 14; 117 IV 112 ff. mit Hinweisen). Diese in die Waagschale gelegten Elemente wirken strafmindernd oder strafe erhöhend. 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). Den Betrag einer allfälligen Busse bestimmt der Richter je nach den Verhältnissen des Täters so, dass dieser durch die Einbusse die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist. Für die Verhältnisse des Täters sind namentlich von Bedeutung sein Einkommen und sein Vermögen, sein Familienstand und seine Familienpflichten, sein Beruf und Erwerb, sein Alter und seine Gesundheit (Art. 48 Ziff. 2 aStGB). Dabei ist im weiteren zu beachten, dass die Freiheitsstrafe

33 und die Busse in ihrer Gesamtheit schuldangemessen sein müssen (BGE 124 IV 134 E 2c/bb), die Aussprechung der Busse mithin nicht zu einer zusätzlichen, schuldunangemessenen Bestrafung führen darf. 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 aStGB). Schwerste Tat ist diejenige, welche unter den mit der höchsten Strafe bedrohten Tatbestand fällt. Grundlage der Strafzumessung im vorliegenden Fall ist der in Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 aBetmG vorgesehene Strafrahmen von Gefängnis oder Busse. bb) Das Verschulden von A. ist bezüglich des Verkaufs von Marihuana nicht zu bagatellisieren, auch wenn dieser neben dem Handel mit Kokain eine untergeordnete Rolle spielt. A. hat in den Jahren 2003 und 2004, aber insbesondere in der ersten

Jahreshälfte 2006 insgesamt 250 g Marihuana in verschiedenen Malen an verschiedene Abnehmer verkauft oder unentgeltlich abgegeben. Dabei handelt es sich um eine nicht vernachlässigbare Menge. Ebenso ist zu beachten, dass A. über einen relativ langen Zeitraum immer wieder delinquent hat. In diesem Zusammenhang kann festgehalten werden, dass der lange Zeitraum entgegen der Auffassung in der Berufung nicht für ein geringeres Verschulden spricht. Denn wer über eine längere Zeit hinweg immer wieder Betäubungsmittel weiter gibt und damit immer wieder aufs Neue eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit schafft, offenbart einen ebenso grossen kriminellen Willen wie ein Täter, der dieselbe Betäubungsmittelmenge in einem einzigen Mal weiter gibt. Im weiteren ist vorliegend zu Gunsten von A. zu berücksichtigen, dass Hanf als weiche Droge gilt, deren Sucht- und Gefährdungspotential vom Bundesgericht im Vergleich mit Heroin und Kokain oder gar Alkohol als verhältnismässig gering erachtet wird (vgl. BGE 117 IV 323; 120 IV 256 ff.). Ebenso ist zu Gunsten von A. zu beachten, dass er offensichtlich nicht aus Gewinn sucht mit Marihuana gehandelt hat, konnte er mit dem Verkauf doch gerade so seinen Eigenkonsum finanzieren. Strafmindernd wirken im weiteren das Geständnis, der gute Leumund, die Vorstrafenlosigkeit sowie die Abkehr von den Drogen. Strafschärfend ist das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen sowie die mehrfache Begangenschaft zu beachten. In diesem Zusammenhang ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass der Konsum von Kokain eine nicht unerhebliche Menge und einen recht langen Zeitraum betrifft, was zu einer spürbaren Erhöhung der Strafe führen muss. Strafmildernd wiederum wirkt die vom Privatgutachter fest-

34 gestellte leicht verminderte Zurechnungsfähigkeit im Zeitpunkt der Taten. Die Strafkammer des Kantonsgerichts kommt unter Würdigung sämtlicher Strafzumessungsgründe zum Schluss, dass unter dem alten Recht eine – wenn auch sehr kurze – Freiheitsstrafe auszusprechen wäre, für die der bedingte Strafvollzug gewährt werden könnte. Da eine Freiheitsstrafe in jedem Fall die härtere Sanktion darstellt im Verhältnis zu einer Busse oder einer Geldstrafe, wozu A. für den Konsum sowie den Handel mit Marihuana unter dem neuen Recht verurteilt wird, erübrigt es sich, Überlegungen zu der konkreten Länge der Freiheitsstrafe unter dem alten Recht anzustellen. Das alte Recht erweist sich in jedem Fall nicht als das mildere, weshalb vorliegend das neue Recht anzuwenden ist, wovon bereits die Vorinstanz zu Recht ausgegangen ist und worauf sich auch A. in seiner Berufung stützt. e) Aus dem Gesagten erhellt, dass A. mit einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, deren Vollzug aufgeschoben wird unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren, mit einer unbedingten Geldstrafe von 200 Tagessätzen zu je Fr. 80.-- sowie mit einer Busse von Fr. 1'000.--, ersatzweise einer Freiheitsstrafe von 12 Tagen, zu bestrafen ist. Die Vorinstanz hat A. zu einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten verurteilt, wovon sie 30 Monate unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren aufgeschoben und 6 Monate als vollziehbar erklärt hat. Daneben hat sie eine Busse in Höhe von Fr. 1'000.--, ersatzweise eine Freiheitsstrafe von 15 Tagen, ausgesprochen. Der Vergleich mit der vorliegend als angemessen erkannten Strafe zeigt, dass das vorinstanzliche Urteil zu hoch ausgefallen ist. Die Berufung war unter diesen Umständen begründet und ist daher gutzuheissen; die Ziffern 2 und 3 des vorinstanzlichen Urteils sind aufzuheben. A. ist zu einer Freiheitsstrafe von 24 Monaten, deren Vollzug aufgeschoben wird unter Ansetzung einer Probezeit von drei Jahren, zu einer unbedingten Geldstrafe von 200 Tagessätzen zu je Fr. 80.-- sowie zu einer Busse von Fr. 1'000.--, ersatzweise einer Freiheitsstrafe von 12 Tagen, zu verurteilen.

## **E. 7**

In ihrer Anschlussberufung stellt die Staatsanwaltschaft Graubünden den Antrag, es seien in Abänderung des vorinstanzlichen Urteils die beschlagnahmten Fr. 13'500.-- zu Handen des Kantons Graubünden einzuziehen. Die Vorinstanz hat das beschlagnahmte Geld gegen den Antrag des Untersuchungsrichters und ohne weitere Begründung zu Gunsten des Bezirkes Prättigau/Davos eingezogen. Dass der beschlagnahmte Geldbetrag einzuziehen ist (Art. 70 Abs. 1 StGB), wird vorliegend nicht bestritten. Insbesondere hat sich A. nicht gegen die Einziehung gewandt. Strittig ist somit vorliegend einzig, welchem Gemeinwesen der einzuziehende Geldbetrag zu Gute kommen soll. Gemäss Art. 187 StPO bestimmt die Staatsanwaltschaft, was mit gerichtlich eingezogenen Gegenständen zu geschehen

35 hat, wenn das Gericht keine Entscheidung getroffen hat. Gemäss Satz zwei dieser Bestimmung fällt der Erlös aus einer Verwertung dem Kanton zu. Gelder, die eingezogen wurden, können nicht mehr weiter verwertet werden. Aufgrund des Wortlautes müsste man annehmen, dass diesbezüglich das Gericht frei entscheiden kann. Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, warum der Verwertungserlös dem Kanton zufallen soll, nicht dagegen direkt eingezogene Gelder. Satz 1 von Art. 187 StPO ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass das Gericht nur über die Verwendung von Gegenständen entscheiden soll, die nicht verwertet werden beziehungsweise nicht verwertbar sind. Barwerte, die aus einer Verwertung stammen, und solche, die direkt eingezogen werden, sollen dagegen dem Kanton zufallen. Es liegen keine sachlichen Gründe vor, eingezogene Gelder nicht wie den Verwertungserlös dem Kanton zukommen zu lassen, führt dieser doch die Strafuntersuchung und trägt er auch die oft ungedeckten Kosten derselben. Weiter beteiligt sich der Kanton auch an den Kosten der Bezirksgerichte. Die Einziehung von Geld hat daher zu Handen des Kantons zu erfolgen (vgl. zum Ganzen PKG 2002 Nr. 24). Die Anschlussberufung ist mithin gutzuheissen und das angefochtene Urteil in diesem Punkt aufzuheben. Die vom Untersuchungsrichter mit Beschlagnahmeverfügung vom 6. November 2007 (act. 4.19) beschlagnahmten Fr. 13'500.-- werden zu Handen des Kantons Graubünden eingezogen.

## **E. 8**

Aus dem Gesagten erhellt, dass sowohl die Berufung als auch die Anschlussberufung vollumfänglich gutzuheissen sind. Es stellt sich die Frage, ob dies Auswirkungen auf den vorinstanzlichen Kostenspruch hat. – Gemäss Art. 158 Abs. 1 StPO werden die Verfahrenskosten dem Verurteilten im Urteil ganz oder teilweise überbunden. Als Regel gilt dabei, dass der Verurteilte die Kosten vollumfänglich trägt. Die Vorinstanz hat denn auch die Verfahrenskosten gänzlich A. auferlegt. Es rechtfertigt sich vorliegend nicht, von dieser Regelung der Kosten abzuweichen. Denn obwohl die Berufung und die Anschlussberufung gutgeheissen werden müssen, so bleibt der Schuldspruch doch vollumfänglich bestehen und es werden lediglich an der Strafhöhe sowie am Empfänger des eingezogenen Geldes Änderungen vorgenommen. Auch wenn bereits die Vorinstanz von einer geringeren Strafe ausgegangen wäre und die beschlagnahmten Gelder zu Handen des Kantons eingezogen hätte, wären sämtliche Untersuchungshandlungen und damit die Kosten der Staatsanwaltschaft notwendig gewesen und hätte die Vorinstanz eine Hauptverhandlung durchführen und über den Schuldspruch sowie die Strafzumessung und die Einziehung befinden müssen. Es rechtfertigt sich daher ohne weiteres, die vorinstanzlichen Verfahrenskosten in vollem Umfang A. aufzuerlegen.

**E. 9**

a) Wird eine Rechtsmitteleingabe gutgeheissen, so entscheidet das Gericht über die Kostenverteilung zwischen dem Obsiegenden, dem Staat, der ersten Instanz und dem Unterliegenden (Art. 160 Abs. 3 StPO). Vorliegend hat A. mit seiner Berufung vollständig obsiegt. Unter diesen Umständen sind die Kosten, die die Behandlung seiner Berufung verursacht hat, vom Kanton Graubünden zu tragen. Auch die Staatsanwaltschaft Graubünden ist mit ihrer Anschlussberufung vollständig durchgedrungen. Da es jedoch nicht A. zu vertreten hat, dass sich zwei Instanzen mit der Einziehung des Geldbetrages befassen mussten, rechtfertigt es sich nicht, ihm diesbezüglich Kosten aufzuerlegen. Die gesamten Kosten des Berufungsverfahrens gehen daher zu Lasten des Kantons Graubünden. b) Gemäss Art. 160 Abs. 4 StPO kann die Rechtsmittelinstanz dem Obsiegenden eine aussergerichtliche Entschädigung zu Lasten des Staates zusprechen. Anspruch auf Entschädigung besteht jedoch nur bezüglich des notwendigen Aufwandes. Als notwendig angesehen werden kann der Aufwand, der in einem vertretbaren Verhältnis zur Schwierigkeit und Bedeutung der Sache steht. Zudem ist zu beachten, dass bei der amtlichen Verteidigung gemäss Praxis des Kantonsgerichts ein reduzierter Stundenansatz zum Tragen kommt. – Rechtsanwalt Dr. iur. Luca Tenchio hat für das Berufungsverfahren anlässlich der Berufungsverhandlung eine Honorarnote eingereicht. Darin macht er für das Berufungsverfahren allein einen Aufwand von 40.8 Stunden geltend, was insgesamt Fr. 8'288.82 (inklusive Mehrwertsteuer und Barauslagen) entspricht. Bei einer Prüfung der Honorarnote fällt auf, dass für die Erarbeitung der Berufung samt Absprachen mit dem Mandanten 12 Stunden in Rechnung gestellt wurden, für das Studium und die Erarbeitung einer Stellungnahme zur Vernehmlassung und Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft Graubünden weitere 7 Stunden, für die Bereinigung der Stellungnahme und deren Einreichung nochmals 1.25 Stunden und schliesslich für die Vorbereitung der Berufungsverhandlung mit dem Ausarbeiten des Plädoyers und Besprechungen mit dem Mandanten erneut 9 Stunden. Insgesamt wurden daher für die Erstellung der Rechtsschriften und des Plädoyers, zusammen mit den entsprechenden Besprechungen mit dem Mandanten, 29.25 Stunden verrechnet. Dies erscheint erheblich überhöht. Der Sachverhalt und die Akten – abgesehen vom psychiatrischen Privatgutachten – waren aus dem Verfahren vor der Vorinstanz bereits bekannt. Der Schuldspruch und damit die ganze Beweiswürdigung durch die Vorinstanz werden nicht angefochten und stehen damit nicht mehr in Frage. Die Berufung befasst sich einzig mit der Strafzumessung. Auch wenn für A. offensichtlich sehr viel davon abhängt, welche Strafe verhängt wird, so ist der Aufwand doch in einem vertretbaren Rahmen zu halten. Ein Vergleich der Rechtsschriften und der Plädoyers (vor der

37 Vorinstanz und bei der Berufungsverhandlung) zeigt denn auch, dass der Verteidiger bezüglich der Strafzumessung über weite Strecken dieselben Argumente aufgreift. Auch mehrfache Wiederholungen sind weder notwendig noch angebracht. Als neuen Aspekt der Strafzumessung im Vergleich zum Verfahren vor der Vorinstanz können vorliegend lediglich der neue Arbeitsvertrag mit seiner speziellen Klausel zur Vertragsauflösung bei Verurteilung zu einer unbedingten Strafe, die jedoch klar formuliert ist und keiner Interpretation bedarf, sowie insbesondere das psychiatrische Privatgutachten vom 24. November 2008 gewertet werden. Auch dessen Aussagen sind jedoch klar und ihre Auswirkungen auf die Strafzumessung sind durch die Rechtsprechung seit Jahren geklärt.

Der vom Verteidiger betriebene Aufwand erscheint unter diesen Umständen zu hoch im Verhältnis zur Schwierigkeit des Falles. Der Aufwand ist daher zu kürzen. Dies erscheint auch gerechtfertigt im Hinblick darauf, dass der Verteidiger für das gesamte Untersuchungsverfahren, in dessen Verlauf er sich zuerst mit den Fakten vertraut machen musste und wo er an drei Einvernahmen in CC. teilnahm, sowie das Verfahren vor der Vorinstanz insgesamt 43.1 Stunden in Rechnung gestellt hat (Honorarnote, vorinstanzliche Akten, act. 7). Dies ist nur unwesentlich mehr, als die nun im Berufungsverfahren geltend gemachten 40.8 Stunden. Die Erarbeitung der Grundlagen für eine gehörige Vertretung der Interessen im Berufungsverfahren aber kann in aller Regel nur ein Bruchteil dessen ausmachen, was an Zeitaufwand im Untersuchungsverfahren und erstinstanzlichen Gerichtsverfahren erforderlich ist. Denn es sind die Akten, die Rechtsfragen und die Rechtsgrundlagen bereits bekannt und die Argumente weitgehend schon zusammengetragen, so dass in aller Regel lediglich kleinere Ergänzungen notwendig sein werden. Aufgrund des Gesagten und in Würdigung sämtlicher Umstände setzt die Strafkammer des Kantonsgerichts das Honorar für die amtliche Verteidigung im Berufungsverfahren inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer daher pauschal auf Fr. 6'000.-- fest.

38

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