

# GR\_GERICHTE SF 2004 44 vom 11. Januar 2005

GR Gerichte, 2005-01-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_SF\\_2004\\_44](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SF_2004_44)

FR: GR\_GERICHTE SF 2004 44 du 11 janvier 2005

IT: GR\_GERICHTE SF 2004 44 del 11 gennaio 2005

## Regeste

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz | Betäubungsmittelgesetz

## Erwägungen

### E. 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 der staatlichen Kontrolle (Art. 2 BetmG). Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG hält fest, dass "Hanfkraut zur Betäubungsmittelgewinnung und das Harz seiner Drüsenhaare (Hanschisch)" 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 Bun-

10 desämter 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 verarbeitet (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 Zuchtshaus 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 gewerbs-

11 mässiges 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 werden 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 gewerbmässigen 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. 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.

15 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 geraucht 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.

16

### E. 3

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 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 CC. aus? Er war [als] Verkäufer

17 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 DD. 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 DD. abgerechnet wurde, insbesondere ist nicht ersichtlich, ob und in wie weit der Verkauf von Zigarettenpapier etc. in den Läden auch im genannten Umsatz erfasst 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 [DD.] 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 DD. 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

18 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, 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 ein- gekauft werden. Er hat die Betäubungsmittel selbst eingekauft, anschliessend ab- portioniert und grösstenteils für die Auslieferung bereit gemacht. Er hat seine Ange- stellten 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 CC.s in U. mit dem Verkauf von Betäubungsmitteln auf eigene Rechnung erzielt hat. Der von A. in der Untersuchung genannte und ihm zuzurech- nende Umsatz von zumindest Fr. 220'000.-- ist ohne Zweifel als gross zu bezeich- nen. Damit ist vorliegend das Qualifikationsmerkmal des grossen Umsatzes ohne weiteres erfüllt. Nachdem bereits die Voraussetzung des gewerbsmässigen Han- dels bejaht werden musste, ist vorliegend der qualifizierte Tatbestand gemäss Art.

19 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. b) A. hat in der Strafuntersuchung und auch vor Schranken des Gerichts zu- gestanden, dass er praktisch täglich Marihuana oder Haschisch konsumierte (vgl. polizeiliche Einvernahme vom 5. Mai 2004, act. 12.5, S. 4 unten). Mit diesem Eigen- konsum 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- lung durch das Kantonsgericht Graubünden vom 10. Juni 2003, mit welcher A. be- reits 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.

#### **E. 4**

a) Bei der Strafzumessung hat der Richter die Strafe nach dem Ver- schulden 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 Beweg- gründe, die Art. 63 StGB ausdrücklich erwähnt. Die Täterkomponente umfasst dem- gegenüber 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). Diese in die Waagschale gelegten Elemente wirken straf- mindernd oder -erhöhend, wobei in der Begründung der Strafzumessung die Über- legungen des Richters nachvollziehbar sein müssen. Im weiteren ist der Richter nicht an die Höhe des von der Anklage geforderten Strafmasses gebunden. Viel- mehr 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).

20 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 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 ein 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

21 (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, 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 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. 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. 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.

22 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 nach dem Urteil vom 10. Juni 2003 also noch mehr als 10 Monate lang und somit über eine lange Zeitspanne intensiv delinquent und einen bedeutenden Umsatz erzielt. Damit offenbart er einen erheblichen kriminellen Willen. Erschwerend zu gewichten ist, dass A. die Betäubungsmittel aus rein finanziellen Erwägungen, also aus rein egoistischen Motiven, verkauft hat. 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 die beiden Läden auch hätte aufgeben können, wenn ihr Betrieb seine finanziellen Möglichkeiten überstieg, wie er das nun nach eigenen Angaben auch getan hat, und zum andern hätte er

einer legalen Tätigkeit nachgehen können beziehungsweise legale Hilfe suchen und in Anspruch nehmen können, um die anfallenden Kosten zu decken. Damit ist auch dem Argument der Boden entzogen, dass er die langfristigen Mietverträge nicht habe auflösen können und die Mitarbeiter nicht habe auf die Strasse stellen wollen. Denn offensichtlich war es ihm nun doch möglich, sowohl die Mietverträge als auch die Arbeitsverhältnisse 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.“). Wenn A. die Läden behalten wollte, obwohl deren Betrieb seine finanziellen

23 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. Ganz erheblich straf erhöhend wertet die Strafkammer des Kantonsgerichts, dass A. während laufender Probezeit, sogar unmittelbar nach der Verurteilung vom 10. Juni 2003 erneut in erheblichem 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. 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 straf erhöhend 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. Strafmindernd wertet die Strafkammer das Geständnis, obwohl A. zunächst alles bestritten hat, sowie der ansonsten rechte Leumund. Lediglich leicht strafschärfend 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 Ein satzstrafe 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. A. hat in der Zeit vom 23. Mai 2002 bis zum Urteil vom 10. Juni 2003, also in etwas mehr als einem

24 Jahr, zusätzlich zu den damals 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 beträchtlicher Masse und offensichtlich völlig unbeeindruckt und unvermindert weiterhin mit Betäubungsmitteln gehandelt hat. Dies obwohl er - wie bereits ausgeführt - anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Kantonsgericht Graubünden am 10. Juni 2003 beteuert hat, dass er keine illegalen Produkte mehr verkaufe. 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 Konsequenzen zu ziehen. Strafmindernd wertet die Strafkammer das Geständnis, obwohl A. zunächst alles bestritten hat, sowie 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, schwer wiegt. Die Strafkammer des Kantonsgerichts kommt in Würdigung sämtlicher Strafzumessungsgründe zum Schluss, dass sie am 10. Juni 2003, wenn ihr alle bis zu jenem Zeitpunkt von A. begangenen Straftaten bekannt gewesen wären, eine Gefängnisstrafe von 24 Monaten ausgefällt hätte. Mit Urteil vom 10. Juni 2003 hat die Strafkammer des Kantonsgerichts A. mit 15 Monaten Gefängnis bestraft. Vorliegend ist deshalb eine Zusatzstrafe in Höhe von 9 Monaten Gefängnis zum Urteil vom 10. Juni 2003 auszusprechen. Die Einsatzstrafe von 15 Monaten, welche für die nach dem Urteil vom

10. Juni 2003 begangenen Straftaten ausgesprochen wird, ist daher um 9 Monate zu erhöhen. Der Verteidiger hat im Zusammenhang mit der Strafzumessung ausgeführt, der Kantonsgerichtsausschuss habe in seinem Urteil vom 6. Februar 2002 in Sachen M.L. (SB 01 60/61) einen Angeklagten, der in etwas weniger als zwei Jahren ungefähr 30 kg Marihuana verkauft habe, mit einem Monat Gefängnis bedingt und einer Busse von Fr. 800.-- betrafft. Da A. andere Vorstrafen aufweise als der Angeklagte in jenem Verfahren, seien vorliegend vier Monate Gefängnis bedingt dem Verschulden angemessen. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Sachverhalt, wie er sich im Fall SB 01 60/61

darstellte, und der vorliegende Sachverhalt nicht vergleichbar sind. Zunächst fällt ins Gewicht, dass M.L. nicht wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz verurteilt werden musste. Sodann hat M.L. weder während laufendem Strafverfahren noch in der Probezeit delinquent. Ausserdem wies M.L. lediglich eine im Zeitpunkt der Urteilsfällung beinahe 17 Jahre zurückliegende Vorstrafe auf; er delinquent daher nicht unmittelbar nach einer Verurteilung, die auch den Verkauf von Betäubungsmitteln zum Gegenstand hatte. Und schliesslich hat M.L. einen wesentlich geringeren Umsatz erzielt und für den Verkauf der Betäubungsmittel auch nicht einen speziell dazu eingerichteten Auslieferungsdienst benutzt. Nicht unerwähnt bleiben darf auch, dass der Kantonsgerichtsausschuss Graubünden im Falle des M.L. die von der Vorinstanz ausgefallte Strafe - da nicht angefochten - nicht erhöhen durfte; er bezeichnete aber die Strafe als mild. In heutiger Nachbetrachtung müsste sie als zu mild betrachtet werden. Insgesamt gesehen unterscheiden sich der Fall, der im Urteil des Kantonsgerichtsausschusses vom 6. Februar 2002 zu behandeln war, und der vorliegende so stark, dass A. aus dem Urteil gegen M.L. nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermag. In Würdigung sämtlicher Strafzumessungsgründe und in Anbetracht aller Umstände sowie unter Berücksichtigung, dass ein Teil der vorliegend zur Verurteilung gelangenden Taten vor dem Urteil der Strafkammer des Kantonsgerichts Graubünden vom 10. Juni 2003 begangen worden sind, wofür eine Zusatzstrafe zu jenem Urteil auszusprechen ist, erachtet das Kantonsgericht eine Gefängnisstrafe von 24 Monaten als dem Verschulden von A. angemessen. d) 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

26 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. e) Bezüglich der Gewährung des bedingten Strafvollzuges ist festzuhalten, dass der Richter eine Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten aufschieben kann, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten, und wenn der Verurteilte innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat keine Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe von mehr als drei Monaten wegen eines vorsätzlich begangenen Verbrechens oder Vergehens verbüsst hat (Art. 41 Ziff. 1 StGB). Vorliegend wird eine Freiheitsstrafe von 24 Monaten Gefängnis ausgesprochen, teilweise als Zusatz zum Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 10. Juni 2003. Es stellt sich die Frage, ob der Umstand, dass eine teilweise Zusatzstrafe auszusprechen war, Auswirkungen auf die Gewährung des bedingten Strafvollzuges 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

27 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 sein soll oder nicht, kann hier offen bleiben. Die integrierte Zusatzstrafe stellt im vorliegenden Fall zwar den kleineren Teil der Gesamtstrafe dar; die nach dem Urteil vom 10. Juni 2003 begangenen Straftaten sind jedoch nicht dermassen überwiegend, dass zwischen der im vorliegenden Verfahren auszusprechenden Gesamtstrafe und der Grundstrafe vom 10. Juni 2003 kaum noch ein Zusammenhang besteht. Die Höhe der ausgesprochenen Zusatzstrafe, nämlich 9 Monate Gefängnis, zeigt vielmehr sehr deutlich, dass ein klarer und starker Zusammenhang zwischen der vorliegend auszusprechenden Gesamtstrafe und der Grundstrafe aus dem Jahre 2003 besteht. Es scheint daher gerechtfertigt, die Frage der objektiven Zulässigkeit davon abhängig zu machen, ob diese Zusatzstrafe zusammen mit der zugehörigen Grundstrafe die Grenze von 18 Monaten überschreitet (vgl. zum Ganzen BGE 109 IV 68 mit Hinweisen). Der Umstand, dass vorliegend eine Gesamtstrafe, teilweise als Zusatz zum Urteil des Kantonsgerichts Graubünden vom 10. Juni 2003, auszusprechen war, hat mithin zur Folge, dass die Strafe, welche für alle Taten vor dem 10. Juni 2003 gesamthaft auszusprechen wäre, darüber entscheidet, ob vor-

28 liegend die objektive Voraussetzung erfüllt ist, dass der bedingte Strafvollzug nur bei einer Strafe von weniger als 18 Monaten gewährt werden kann. bb) Wie bereits einlässlich ausgeführt, kommt die Strafkammer des Kantonsgerichts vorliegend nach eingehender Würdigung sämtlicher Umstände zum Schluss, dass für die Straftaten, welche A. vor dem 10. Juni 2003 begangen hat, eine Gesamtstrafe von 24 Monaten Gefängnis auszufallen wäre. Bei diesem Strafmass aber ist die Gewährung des bedingten Strafvollzuges bereits aus objektiven Gründen ausgeschlossen (vgl. Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Unter diesen Umständen ist gemäss der dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichts für die ganze im vorliegenden Verfahren ausgefallte Gesamtstrafe von 24 Monaten Gefängnis zwingend der unbedingte Strafvollzug anzuordnen. Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass vorliegend auch die Höhe der ausgefallten Gesamtstrafe an sich die Gewährung des bedingten Strafvollzuges bereits aus objektiven Gründen ausschliessen würde. Aus dem Gesagten erhellt, dass A. der bedingte Strafvollzug für die vorliegend ausgesprochene Strafe von 24 Monaten nicht gewährt werden kann.

## **E. 5**

Da der Angeklagte 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 (objekti-

29 ven 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 fünf monatigen 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 Straftaten, 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 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

#### **E. 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 Betäubungsmittelmengen, des Deliktszeitraums, der Vorstrafe und des Umstands, dass A. gerade anschliessend an seine Verurteilung vom 10. Juni 2003 und während laufender Probezeit delinquent hat, eine Strafe von 15 Monaten Gefängnis als dem Verschulden angemessen. Damit aber liegt die Strafe erheblich über der zulässigen Grenze für die Annahme eines leichten Falles, mithin nicht mehr in deren Nähe. Zudem ist das

30 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. 6. 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 1437.4 g Marihuana und 184.3 g Haschisch sichergestellt (vgl. Rapport SD 4 vom

#### **E. 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 Kol- legen 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, be-

31 stimmt 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 untersuchungsrichterliche 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 Händen des Kantons Graubünden gerichtlich eingezogen. 7. 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

32 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 un- einbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde (Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 StGB). Lässt sich der Umfang der einzuziehenden Ver- mögenswerte 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 AA. hatte, sperren. Konkret handelte es sich dabei 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 AA. mit, dass sie den Betrag überwies 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 (Akttenotiz 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 bezie- hungsweise für den Drogenkauf A. jeweils in bar abgeben mussten. Dies scheint grundsätzlich die Aussage von A. zu bestätigen. Gegenüber dem Untersuchungs- richter 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 (untersuchungs- richterliche Einvernahme vom 1. Oktober 2004, act. 12.9, S. 4 unten). Aus den Ak- ten 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 vorlie- gend mithin ausser Betracht. Es stellt sich daher die Frage nach einer Ersatzforde- rung (Art. 59 Ziff. 2 StGB). Diesbezüglich ist vorweg festzustellen, ob A. durch den Verkauf der Drogen einen Vermögensvorteil erzielt hat oder nicht. In diesem Zu-

33 sammenhang wird in der Lehre die Frage diskutiert, ob für die Berechnung des Ver- mögensvorteils das Nettoprinzip (Abzug von allfälligen Aufwandpositionen) oder das Bruttprinzip angewendet werden soll. In der neueren Literatur setzt sich eine differenzierende Betrachtungsweise durch, wonach bei generell verbotenen Hand- lungsweise tendenziell das Bruttprinzip, bei an sich rechtmässigem, nur in seiner konkreten Ausrichtung rechtswidrigem Verhalten das Nettoprinzip gelten soll (Bau- mann, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Basel 2003, N 32 zu Art. 59 StGB). Das Bundesgericht hat in seiner früheren Rechtsprechung zum Bruttprinzip ten- diert. In seinem wegleitenden Entscheid BGE 124 I 6 hat es jedoch betreffend den Verkauf von nicht IKS-registrierten Heilmitteln die von der Vorinstanz angeordnete Abschöpfung nach dem Bruttprinzip als verfassungswidrig abgelehnt. Es stellte dabei auf den im Einziehungsrecht allgemein geltenden Grundsatz der Verhältnis- mässigkeit 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

34 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 statthaft ist, 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 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. 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.-- auf- zunehmen, um in W. ein Haus zu erwerben (vgl.

untersuchungsrichterliche Einver- nahme zur Person vom 1. Oktober 2004, act. 4.4). Die EUR 892.93, welche sich auf dem gesperrten BB. 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 DD. im Jahr 2004 einen Umsatz

35 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 mehrjährige Gefängnisstrafe verbüssen müssen. Er wird daher für längere Zeit nicht in der Lage sein, ein Einkommen zu erzielen. Wie sich sein Einkommen nach der Entlassung entwickeln wird, ist im heutigen Zeitpunkt unklar. Die zukünftige Einkommenssituation von A. lässt die Erhebung einer weiter- gehenden Ersatzabgabe nicht zu. Vermögen ist ebenfalls keines vorhanden, insbe- sondere da sein Haus in W. mit einer Hypothek belastet ist und er daneben bei seiner Grossmutter ein Darlehen aufgenommen hat (untersuchungsrichterlichen Einvernahme zur Person vom 1. Oktober 2004, act. 4.4). Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen, auf die Erhebung einer weitergehenden Ersatzabgabe zu ver- zichten. Dies auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Resozialisierung des Ange- klagten, der im übrigen die Kosten des Verfahrens zu tragen hat, durch die Ver- pflichtung zu einer Ersatzabgabe gefährdet werden könnte. 8. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Untersuchungskosten der Staatsanwaltschaft Graubünden und die Gerichtsgebühr zu Lasten des Verur- teilten (Art. 158 Abs. 1 StPO). Die Kosten des Strafvollzuges trägt der Kanton Graubünden (Art. 158 Abs. 3 StPO in Verbindung mit Art. 188 StPO).

36

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