

# GR\_GERICHTE SK1 2009 25 vom 21. Oktober 2009

GR Gerichte, 2009-10-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_SK1\\_2009\\_25](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SK1_2009_25)

FR: GR\_GERICHTE SK1 2009 25 du 21 octobre 2009

IT: GR\_GERICHTE SK1 2009 25 del 21 ottobre 2009

## Regeste

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz | Betäubungsmittelgesetz BetmG

## Erwägungen

### E. 6

Die Untersuchungskosten der Staatsanwaltschaft Graubünden von CHF 9'038.30 gehen zu drei Viertel, d.h. zu einem Betrag von CHF 6'778.70, zu Lasten des Verurteilten und zu einem Viertel, nämlich zu einem Betrag von CHF 2'259.60, zu Lasten des Kantons Graubünden. Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 3'000.00 gehen ebenfalls zu drei Viertel, d.h. zu einem Betrag von CHF 2'250.00, zu Lasten des Verurteilten und zu einem Viertel, nämlich zu einem Betrag in der Höhe von CHF 750.00 zu Lasten der Gerichtskasse. Y. hat somit die Untersuchungs- und Gerichtskosten in der Höhe von insgesamt CHF 9'028.70 zu tragen.

Die zu Lasten von Y. fallenden drei Viertel der Kosten der amtlichen Verteidigung in der Höhe von CHF 4'066.40 werden vorschussweise aus der Gerichtskasse beglichen. Für den verbleibenden Viertel der Kosten der amtlichen Entschädigung wird Y. zu Lasten des Kantons Graubünden eine Entschädigung von CHF 828.40 (inkl. Barauslagen und 7.6% MWST) und zu Lasten der Gerichtskasse eine Entschädigung von CHF 527.10 (inkl. Barauslagen und 7.6% MWST) zugesprochen. Die Kosten der angerechneten Untersuchungshaft sowie eines allfälligen Strafvollzuges gehen zu Lasten des Kantons Graubünden. Y. hat sich daran nach Massgabe von Art. 380 Abs. 2 StGB zu beteiligen. Y. schuldet dem Bezirksgericht Plessur folglich total CHF 13'595.10 (Busse: CHF 500.00; Verfahrenskosten: CHF 13'095.10). Dieser Betrag ist inner 30 Tagen seit der Zustellung des Urteils auf das PC-Konto 70- 3596-3 des Bezirksgerichtes Plessur zu überweisen.

### E. 7

(Rechtsmittelbelehrung).

### E. 8

Gesetzliche Kostenfolge.“ a) Die Berufung richtete sich vorab gegen die Strafzumessung, d.h. gegen die von der Vorinstanz verhängte Freiheitsstrafe von 12 Monaten. Zum Antrag bezüglich einer erhöhten Freiheitsstrafe von 17 ½ Monaten führte die Staatsanwaltschaft Graubünden aus, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausging, der Berufungsklage sei sowohl wegen eines Verbrechens (Art. 19 Ziff. 2 BetmG) als auch wegen Vergehen (Art. 19 Ziff. 1 BetmG) und Übertretungen (Art. 19a BetmG) zu bestrafen gewesen und dass die Zumessung der Strafe in Anwendung von Art. 49 StGB zu erfolgen habe. Demnach bilde im vorliegenden Fall Art. 19 Ziff. 2 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 1 BetmG Ausgangspunkt der Strafzumessung. Danach sei in schweren Fällen die Strafe nicht unter

einem Jahr. Diese Strafandrohung habe zur Folge, dass selbst ein bestens beleumdeter, nicht vorbestrafter Angeklagter, der 18 Gramm reines Kokain in Erfüllung der übrigen Qualifikationsmerkmale von Art. 19 Ziff. 2 BetmG in Umlauf gesetzt habe, ohne die Annahme einer Strafmilderung eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr zu gewärtigen habe. Unter Berücksichtigung aller Strafzumessungsgründe erscheine die vom Untersuchungsrichter in seiner Ergänzung der Anklageschrift beantragte Freiheitsstrafe von 18 Monaten als angemessen und auch mit der Praxis des Kantonsgerichts Graubünden im Einklang. Da Y. wegen unerlaubten Waffenbesitzes gemäss Art. 33 Abs. 1 aWG freigesprochen worden sei, rechtfertige sich eine Reduktion der Freiheitsstrafe um höchstens 15 Tage. Somit sei der Berufungsbeklagte mit einer Freiheitsstrafe von 17 ½ Monaten zu bestrafen. b) Die Berufungsklägerin brachte weiter vor, der Untersuchungsrichter habe in der Ergänzung zur Anklage zu Recht neben der von der Vorinstanz angeordneten

Seite 8 — 29 Weisung auch Bewährungshilfe (Art. 93 StGB) gestützt auf Art. 44 Abs. 2 StGB für die Dauer der Probezeit beantragt. Da gemäss den Ausführungen im psychiatrischen Gutachten die Rückfallgefahr bei Y. als hoch einzustufen sei, erscheine es angezeigt, neben der ambulanten Suchtbehandlung eine Bewährungshilfe anzuordnen. Stelle doch die Bewährungshilfe erfahrungsgemäss gerade bei jungen drogengefährdeten Personen neben der Erteilung einer Weisung in Form einer ambulanten Drogenbehandlung eine Notwendigkeit dar. c) Zur Einziehung des Mobiltelefons führte die Staatsanwaltschaft Graubünden im Wesentlichen aus, dass gemäss ständiger Praxis der Bezirksgerichte, des Kantonsgerichts von Graubünden und auch des Bundesstrafgerichts Mobiltelefone, die für den Drogenhandel benutzt wurden, regelmässig eingezogen werden. Da die Vorinstanz den Einzug der Waage mit dem ausdrücklichen Hinweis darauf verfügt habe, dass diese zur Begehung von Straftaten gedient habe, sei nicht einzusehen, weshalb das Mobiltelefon nicht ebenfalls gestützt auf diese Begründung eingezogen worden sei. d) Bezüglich der Kostenaufgabe der Vorinstanz brachte die Berufungsklägerin vor, dass der Freispruch wegen unerlaubten Waffenbesitzes eine Überbindung der Untersuchungs- und Anwaltskosten zu einem Viertel zu Lasten des Kantons Graubünden nicht rechtfertige. Schliesslich handle es sich dabei lediglich um ein Bagatelldelikt. Gemäss Berechnungen des Untersuchungsrichteramtes hätten sich die Untersuchungskosten für die Waffengesetzverhandlung auf nur Fr. 150.-- belaufen. Weiter führte die Staatsanwaltschaft Graubünden aus, dass auch bei einem teilweisen Freispruch dem Berufungsbeklagten die Kosten gestützt auf Art. 156 und 157 StPO überbunden werden können. Da im Rahmen einer Hausdurchsuchung vom 9. Juli 2008 ein eigenhändig bedienbares Messer sichergestellt wurde, dessen Tragen nach damaligem Waffengesetz verboten gewesen sei, habe Y. die Untersuchung auch in diesem Punkt verschuldet. Somit erscheine eine Reduktion der Untersuchungs- und Anwaltskosten zu Lasten des Staates auch in einem bescheidenen Umfang nicht gerechtfertigt. K. Mit Verfügung vom 16. Juni 2009 forderte das Kantongericht von Graubünden den Berufungsbeklagten sowie das Bezirksgericht Plessur zur Einreichung einer Vernehmlassung auf. Während die Vorinstanz auf die Einreichung einer Vernehmlassung verzichtete reichte Y. am 10. August 2009 eine Berufungsantwort mit folgenden Anträgen ein: „1. Die Berufung sei abzuweisen.

Seite 9 — 29 2. Die gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens seien dem Kanton Graubünden aufzuerlegen. Antrag in formeller Hinsicht: Es sei gestützt auf Art. 144 StPO eine mündliche Berufungsverhandlung durchzuführen.“ a)

Bezüglich der Strafzumessung hielt der Berufungskläger fest, es sei diesbezüglich auf die Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil zu verweisen. Das Bezirksgericht habe dort klar ausgeführt, was seines Erachtens für eine Strafe am unteren Strafraumen spreche. b) Y. habe seit seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft am 8. August 2008 keine Drogen mehr konsumiert. Ausserdem verfüge er über eine sichere Arbeitsstelle und sei sozial gut integriert. Die Anordnung einer Bewährungshilfe sei unter diesen Umständen reine Schikane. Entscheidend sei in diesem Zusammenhang, dass der Gutachter Dr. med. S. die Anordnung einer Bewährungshilfe als nicht angezeigt erachtet habe. c) Zur Einziehung des Mobiltelefons führte der Berufungsbeklagte im Wesentlichen aus, dieses stelle keine Gefährdung für die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gemäss Art. 69 Abs. 1 StGB dar. Da Y. mit der Gewährung des bedingten Strafvollzuges eine günstige Prognose gestellt wurde, erscheine ein zukünftiger Gebrauch des Mobiltelefons zu deliktischen Zwecken als wenig wahrscheinlich. Die Absurdität des Antrags der Staatsanwaltschaft sei auch darin erkennbar, dass der Berufungsbeklagte jederzeit bei einem anderen Mobiltelefon-Anbieter ein neues Handy erwerben könne. Der Einzug des Mobiltelefons stelle daher ausschliesslich eine kleinliche wie gesetzeswidrige Nebenstrafe dar, die der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie widerspreche. Im Übrigen sei eine solche Massnahme unverhältnismässig, da eine Gefährdung nicht vom Mobiltelefon selbst ausgehe, sondern von den auf der SIM-Karte gespeicherten Daten. d) Zur Kostenfrage äusserte sich der Berufungsbeklagte dahingehend, dass die Staatsanwaltschaft Graubünden nicht legitimiert sei, eine Kostentragung durch den Bezirk Plessur anzufechten. Im Übrigen sei die von der Vorinstanz vorgenommene Kostenaufteilung sachlich richtig. Da die Staatsanwaltschaft mit ihren Anträgen nur teilweise durchgedrungen sei, rechtfertige sich gemäss Art. 158 Abs. 2 und Art. 161 StPO eine teilweise Kostenüberbindung. Die Argumentation der Berufungsklägerin, das Messer sei bei der Verhaftung von Y. noch illegal gewesen, sei nicht zu hören, da diese Sach- und Rechtsbehauptung der Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 EMRK widerspreche. Abschliessend sei darauf hinzuweisen, dass das durch die

Seite 10 — 29 Staatsanwaltschaft beschlagnahmte Messer keinen Öffnungsmechanismus aufweise und daher im Zeitpunkt des bezirksgerichtlichen Urteils als legal zu gelten hatte. L. Mit Verfügung vom 18. August 2009 liess das Kantonsgericht von Graubünden Y. sowie die Staatsanwaltschaft Graubünden zur mündlichen Berufungsverhandlung am 21. Oktober 2009 vorladen. M.a) Der Vorsitzende der I. Strafkammer am Kantonsgericht von Graubünden eröffnete die Berufungsverhandlung um 09.00 Uhr in Anwesenheit des Berufungsbeklagten, seines amtlichen Verteidigers sowie des Vertreters der Staatsanwaltschaft Graubünden. Gegen die Zuständigkeit und die Zusammensetzung des Gerichts wurden keine Einwände erhoben. Der Vorsitzende wies darauf hin, dass die Richter bereits Kenntnis von den Akten genommen haben. Der Verteidiger und der Staatsanwalt verzichteten auf die Verlesung der Akten und gaben je ein schriftliches Plädoyer zu den Akten. Y. gab zu Protokoll, dass er immer noch bei der E. in F. arbeite und ein Erwerbseinkommen von Fr. 4'000.-- generiere. Die Stelle habe er im Dezember 2006 angetreten und er beabsichtige, diese auch zukünftig zu behalten. Nach den Angaben zu seiner Person wurde er durch das Gericht zur Sache befragt. Der Berufungsbeklagte führte aus, dass er durch den Erlös, den er durch den Verkauf von Drogen generiert habe, stets nur seinen Eigenkonsum gedeckt habe. Des Weiteren bestätigte er, dass er die anlässlich seiner Festnahme beschlagnahmten 30.9 Gramm Kokain am Openair in Frauenfeld habe verkaufen wollen. Zu seiner Entlastung machte er jedoch geltend, dass er den Preis für das

be- schlagnahmte Kokain bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht bezahlt habe. Ausserdem habe er seit seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft keine Drogen mehr konsumiert. In Bezug auf den Verkauf von Marihuana und den Ecstasy-Tabletten berichtete der Berufungsbeklagte, er habe im Zeitraum zwischen März 2008 und 8. Juli 2008 5 bis 10 Ecstasy-Tabletten à Fr. 10.-- und 40 Gramm Marihuana für Fr. 10.-- das Gramm verkauft. Weiter führte er aus, er absolviere seit vier Monaten eine ambulante Massnahme bei Dr. V.. Er treffe diesen einmal pro Monat, wobei er anlässlich jeder Konsultation eine Urinprobe abzugeben habe. Nach Abschluss der Befragung gab der Verteidiger des Berufungsbeklagten ein Schreiben seines Arbeitgebers zu den Akten. Das Schreiben wurde durch den Vorsitzenden verlesen. b) Im Anschluss erhielt der Staatsanwalt das Wort. Dieser liess verlauten, dass er an den in der Berufungsschrift gestellten Rechtsbegehren festhalte. Bezüglich den Ausführungen zur Strafzumessung, zur Bewährungshilfe, zur Einziehung des

Seite 11 — 29 Mobiltelefons und zur Kostenaufgabe kann im Wesentlichen auf die Erwägungen in der Berufungsschrift vom 15. Juni 2009 verwiesen werden. c) Der Verteidiger stützte sich in seinem mündlichen Vortrag ebenfalls im Wesentlichen auf die in der Berufungsantwort gemachten Ausführungen, weshalb auf die Erwägungen in der Vernehmlassung vom 10. August 2009 verwiesen werden kann. Im Weiteren wies der Verteidiger darauf hin, dass Y. aus eigenem Antrieb die Zusammenarbeit mit den Justizbehörden gesucht habe, was bezüglich der Strafzumessung zu berücksichtigen sei. d) Nach vorgetragener Replik beziehungsweise Duplik wurde Y. die Möglichkeit zum Schlusswort erteilt. Dieser verzichtete jedoch auf die ihm eingeräumte Möglichkeit. Daraufhin wurde das Berufungsverfahren geschlossen. Auf die Begründung der Anträge in den Rechtsschriften und anlässlich der Berufungsverhandlung sowie auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. II. Erwägungen 1. Gemäss Art. 141 Abs. 1 des Gesetzes über die Strafrechtspflege (StPO; BR 350.000) können der Verurteilte und der Staatsanwalt gegen Urteile und Beschlüsse der Bezirksgerichte und ihrer Ausschüsse sowie gegen Verfügungen der Bezirks- gerichts- und Kreispräsidenten beim Kantonsgericht Berufung einlegen. Die Berufung ist innert zwanzig Tagen seit der schriftlichen Eröffnung des angefochtenen Entscheides einzureichen. Sie ist zu begründen und hat darzutun, welche Mängel des erstinstanzlichen Entscheides gerügt werden und ob das ganze Urteil oder lediglich Teile davon angefochten werden (Art. 142 Abs. 1 StPO). Diesen Anforderungen vermag die vorliegende Eingabe zu genügen. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Berufung der Staatsanwaltschaft Graubünden ist daher einzutreten. 2. 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 Streitssache 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). Y. hat in seiner Vernehmlassung vom 10. August 2009 die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung beantragt. Mit der Vorladung zur Berufungsverhandlung vom 21.

Seite 12 — 29 Oktober 2009 (vgl. Verfügung vom 18. August 2009) sowie der Durchführung der Berufungsverhandlung selbst wurde diesem Antrag entsprochen. 3. Für das Berufungsverfahren ist zu beachten, dass dem Kantonsgericht als Berufungsinstanz zwar eine umfassende, uneingeschränkte Kognition zukommt (Art. 146 Abs. 1 StPO), es

jedoch das vorinstanzliche Urteil grundsätzlich nur im Rahmen der in der Berufung gestellten Anträge überprüft. Wenn eine mündliche Berufungsverhandlung stattgefunden hat und die Aktenlage eine Beurteilung zulässt, entscheidet das Kantonsgericht in der Sache selber (Art. 146 Abs. 2 StPO e contrario). 4.a) In der Berufung vom 15. Juni 2009 beantragte die Staatsanwaltschaft Graubünden, Ziff. 3 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichts Plessur sei auf- zuheben und der Berufungsbeklagte sei zu einer Freiheitsstrafe von 17 ½ Monaten zu verurteilen. b) Bei der Überprüfung der vorinstanzlichen Strafzumessung ist zu beachten, dass das Kantonsgericht sein Ermessen zwar an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzt und die Regeln der Strafzumessung selbständig anwendet. Jedoch steht der Vorinstanz bei der Gewichtung der einzelnen Strafzumessungsfaktoren innerhalb des jeweiligen Strafrahmens ein erheblicher Spielraum zu. In diesen greift das Kantonsgericht nur mit grosser Zurückhaltung ein. Eine Korrektur der Strafzumessung rechtfertigt sich daher in aller Regel nicht schon dann, wenn neben der von der Vorinstanz ausgefallenen Strafe auch eine (allenfalls nur unerheblich) mildere Strafe vertretbar wäre, sich aber beide Strafen klar in der Bandbreite der möglichen angemessenen Sanktionen befinden (vgl. SK1 09 1). c) Nach Art. 47 Abs. 1 StGB misst das Gericht 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 persönli-

Seite 13 — 29 chen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters zu berücksichtigen (Art. 47 Abs. 1 StGB). Für die Bestimmung der Höhe der Strafe hat das Gericht das Vorliegen von Strafmilderungs-, Strafschärfungs-, Strafminderungs- und Straferhöhungsgründen zu prüfen: Strafmilderungsgründe im Sinne von Art. 48 StGB (wie die verminderte Schuldunfähigkeit nach Art. 19 Abs. 2 StGB) und der Strafschärfungsgrund der Konkurrenz gemäss Art. 49 StGB können zu einer Erweiterung des Strafrahmens nach unten oder oben führen. Strafminderungs- und Straferhöhungsgründe sind hingegen Kriterien, die innerhalb des ordentlichen Strafrahmens im Rahmen der Strafzumessung nach Art. 47 StGB zu berücksichtigen sind (Schwarzenegger/Hug/Joitsch, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Auflage, Zürich, Basel, Genf 2007, S. 58). c/a) 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 entsprechender Strafzumessungsgründe angemessen (Asperationsprinzip), wobei es jedoch das Höchstmass der Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen darf. Schwerste Tat ist diejenige, welche unter den mit der höchsten Strafe bedrohten Tatbestand fällt. Wie die Vorinstanz zu Recht feststellte, ist im vorliegenden Fall somit der in Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 BetmG in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 BetmG vorgesehene Strafrahm von Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr Grundlage der Strafzumessung (vgl. Urteil vom 17. Februar 2009, S. 15, Proz.Nr. 510-2008-29). Nach der besagten Bestimmung kann die Freiheitsstrafe ausserdem mit einer Geldstrafe verbunden werden. Zu beachten ist des

Weiteren, dass gemäss Gesetz nur gleichartige Strafen zu einer Gesamtstrafe zusammengefasst werden können. Weder Freiheitsstrafe noch Geldstrafe sind gleichartig mit einer Busse. Für Übertretungen ist daher immer eine Busse auszusprechen, selbst wenn im selben Entscheid auch Verbrechen oder Vergehen beurteilt werden (vgl. Heimgartner, Basler Kommentar, N 40 zu Art. 106). Drohen die konkurrierenden Tatbestände alternativ unterschiedliche Strafarten an (zum Beispiel Freiheitsstrafe und Geldstrafe), 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 Ziff. 1 StGB in fine). Im zu beurteilenden Fall wurde Y., was von diesem im Berufungsverfahren auch nicht bestritten wird, zu Recht sowohl wegen Verbrechen (Art. 19 Ziff. 2 BetmG) als auch wegen Vergehen (Art. 19 Ziff. 1 BetmG) und Übertretungen (Art. 19a BetmG) bestraft. Nach dem oben Dargelegten kann

Seite 14 — 29 somit für die Widerhandlungen gegen Art. 19 Ziff. 2 BetmG sowie Art. 19 Ziff. 1 BetmG eine Gesamtstrafe im Sinne von Art. 49 Abs. 1 StGB ausgesprochen werden, während die Übertretungen separat mit Busse zu sanktionieren sind. c/b) 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. Der in der genannten Bestimmung festgehaltene Straf- milderungsgrund ist 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 Verminderung der Schuldfähigkeit stehen (BGE 124 IV 123 E 6.2; 129 IV 22 E 6.2; 118 IV E 2). Nach der Rechtssprechung 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 Strafschärfung infolge Konkurrenz zwingend erforderliche Erhöhung weniger stark ausfällt (BGE 116 IV 300 E 2a und c/dd; vgl. Ackermann, a.a.O., N 48 zu Art. 49). c/c) Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, wiegt das Verschulden von Y. schwer. Die Menge der umgesetzten Drogen ist zwar für die Strafzumessung nicht von ausschlaggebender Bedeutung, wie die Staatsanwaltschaft Graubünden in der Berufung zu Recht festhält. Sie bildet indessen aber einen ersten massgeblichen Anhaltspunkt für den kriminellen Willen des Täters (BGE 122 IV 299 E 2c; 121 IV 193 = Pra 1996Nr. 28). Auch der Gesetzgeber hat bei der Umschreibung des schweren Falles (Art. 19 Ziff. 2 BetmG) dem quantitativen Aspekt erhebliches Gewicht beigemessen; denn wer eine grosse Menge Rauschgift in Umlauf bringt 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. Aus den Akten ergibt sich, dass Y. im Zeitraum zwischen März und Juli 2008 in seiner damaligen Wohnung an der Strasse\_ in H.mindestens 200 Gramm Kokain verkaufte, was bei einem Reinhaltsgehalt von 24% 48 Gramm reines Kokain ergibt. Insgesamt hat der Berufungsbeklagte somit die vom Bundesgericht für das Vorliegen eines schweren Falles definierte Mindestmenge von 18

Gramm reinem Kokain übertroffen. Nach

Seite 15 — 29 Ansicht des Bundesgerichts genügt bereits eine Menge von 18 Gramm Kokain, um mehr als zwanzig Personen über einen Zeitraum zu versorgen, der ausreicht, um bei drogenunerfahrenen Konsumenten das Risiko einer Abhängigkeit zu schaffen (BGE 109 IV 145). Y. hat augenscheinlich eine erhebliche Menge reines Kokain in Umlauf gebracht und damit eine abstrakte Gefahr für die Gesundheit sehr vieler Menschen geschaffen. Im Weiteren hat er einer Vielzahl von Personen die Möglichkeit geboten, einfach und schnell an eine gefährliche Droge zu gelangen. In seinem Verhalten reflektiert sich somit sein starker krimineller Wille. Die von Y. in Umlauf gebrachte Drogenmenge stellt somit einen ersten Anhaltspunkt für die Schwere seines Verschuldens dar. c/d) Zwischen März 2008 und dem 8. Juli 2008 begab sich Y. ein- bis zweimal pro Woche nach T. und kaufte dort von I. jeweils Kokain in Portionen von 1, 5, 10 oder 15 Gramm. Y. hat an der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Plessur eingestanden, in dieser Zeitspanne 290 Gramm Kokain erworben zu haben. Demnach hat er eine grosse Menge Kokain eingekauft und anschliessend – nach Abzug des Eigenkonsums (60 Gramm) – weiterverkauft, wodurch ein ganz erheblicher krimineller Wille dokumentiert wird. c/e) Die Vorinstanz hält in ihrem Urteil vom 17. Februar 2009 fest, Y. sei gut zu halten, dass keine Anhaltspunkte bestehen, dass er die Einnahmen aus dem Kokainhandel aus gewinnorientierter Motivation heraus erzielen wollte. Die Staatsanwaltschaft Graubünden schliesst sich dieser Meinung ebenfalls an. Anlässlich seiner Festnahme konnten beim Berufungsbeklagten aber 30.9 Gramm Kokain sichergestellt werden, das er gemäss seinen Angaben anlässlich des Openairs in Frauenfeld verkaufen wollte. Im Rahmen der Verhandlung fügte Y. an, dass er für ein Gramm Kokain zwischen Fr. 90.-- und Fr. 100.-- verlangt habe. Bei einem zugunsten von Y. zu berücksichtigenden Verkaufspreis von Fr. 90.--, hätte er am Openair in Frauenfeld mit der besagten Menge Kokain rund Fr. 2'700.-- umgesetzt. Unter Berücksichtigung dieses beabsichtigten Verkaufsverhaltens könnte sich durchaus die Frage stellen, ob Y. wirklich stets die Finanzierung des Eigenkonsums angestrebt hatte oder eben doch gelegentlich mit Bereichungsabsicht dealte. Dies zeigt sich auch darin, dass er von der zwischen März 2008 und dem 8. Juli 2008 erworbenen Kokainmenge (290 Gramm) mindestens 200 Gramm an seine Abnehmer veräusserte. Somit hat gerade einmal rund 1/3 der angeschafften Menge zur Befriedigung der eigenen Sucht gedient. Y. erklärte jedoch anlässlich der Berufungsverhandlung, dass er mit dem Verkauf nicht mehr gelöst habe, als er selber bezahlt habe. Zugunsten von Y. wird diese Frage daher nicht mehr weiter thematisiert und

Seite 16 — 29 mit der Vorinstanz, der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft davon ausgegangen, er habe nicht primär aus gewinnorientierter Motivation heraus gehandelt. c/f) Zu seinen Ungunsten fällt ins Gewicht, dass die deliktische Tätigkeit nicht aus eigenem Antrieb, sondern durch die Verhaftung von Y. beendet wurde. c/g) Die Vorinstanz lastet Y. sein unkooperatives Verhalten gegenüber der Polizei zu Beginn des Strafverfahrens an, was die Strafuntersuchung wesentlich erschwert habe. Er habe bezüglich Menge, Herkunft und Abnehmer der Betäubungsmittel widersprüchliche Aussagen gemacht. Erst nach 17 Tagen war er bereit, Angaben über den Verkäufer zu machen, worauf das Verfahren entsprechend beschleunigt werden konnte. Andererseits ist den Akten jedoch zu entnehmen, dass er sowohl bezüglich des Ankaufs als auch des Verkaufs von Kokain von Beginn an geständig war. Den Verkauf von Extasy Pillen und von Marihuana bestritt er anfangs aber. Am 5. August 2008 gab Y. schliesslich zu Protokoll, Extasy Tabletten und Marihuana verkauft zu

haben (vgl. VV.2008.2095, act. 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.12). Sein Geständnis bezüglich des An- und Verkaufs von Kokain ist sicherlich strafmindernd zu werten. Zu seinen Gunsten wirkt indessen, dass Y. nach 17 Tagen bereit war, Angaben über den Verkäufer zu machen (vgl. VV.2008.2095, act. 4.9), was auf die Einsicht in das begangene Unrecht schliessen lässt. Ausserdem war die Information geeignet, um einen Drogenlieferanten zu überführen. Andererseits führt die Staatsanwaltschaft aus, dass die widersprüchlichen Informationen und das zu Beginn des Verfahrens nicht vollumfänglich abgelegte Geständnis das Untersuchungsverfahren unnötig erschwert haben. Diesbezüglich ist jedoch festzuhalten, dass gerade bei einer Vielzahl gleichartiger Straftaten, die über mehrere Monate stattgefunden haben, nicht davon gesprochen werden kann, ein Täter sei von Beginn weg nicht geständig gewesen, wenn er im Verlaufe der Einvernahmen Korrekturen bezüglich der Verkaufsmengen anbringen musste (vgl. SF 08 7). Y. hat innerhalb von 4 Monaten rund 290 Gramm Kokain von I. bezogen. Er fuhr ein- bis zweimal pro Woche nach T., um dort Kokainportionen zwischen 1, 5, 10 oder 15 Gramm zu kaufen. Unter Berücksichtigung dieser im Verhältnis zur angeschafften Gesamtmenge kleinen Portionen und der zahlreichen Besuche kann davon ausgegangen werden, dass Y. die gesamthaft erworbene Menge nur schwer nachvollziehen konnte. Dasselbe hat bezüglich der verkauften Menge Kokain zu gelten. Gemäss seinen Angaben hatte er im Ausgang meistens rund 10 Gramm Kokain auf sich, die er an seine 10 Stammkunden veräusserte, von denen er im Ausgang jeweils angesprochen wurde (vgl. VV.2008.2095, act. 4.4). Unter Berücksichtigung der jeweils an den einzelnen Abnehmer geringen verkauften Portionen sowie eines Zeitraumes von 4 Monaten ergibt sich eine relativ unüberschaubare Konstellation, die eine Gesamtmengenein-

Seite 17 — 29 schätzung für Y. schwierig machte. Dass Y. im Verlaufe der Untersuchung zur gekauften und verkauften Gesamtmenge an Kokain immer wieder Korrekturen anbringen musste, schmälert sein Geständnis daher nicht. c/h) Weiter strafmindernd ist die Abkehr von den Drogen zu werten. Anlässlich der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht hatte Y. ausgeführt, keine Drogen mehr konsumiert zu haben, was er auch in der mündlichen Berufungsverhandlung nochmals bestätigte. Ausserdem kann er aufgrund seiner abgeschlossenen Berufsausbildung und eines festen Arbeitsplatzes als sozial integriert betrachtet werden, was klar zu seinen Gunsten spricht (Urteil der Vorinstanz S. 18). Weiter strafmindernd fällt ins Gewicht, dass Y. an der mündlichen Berufungsverhandlung vom 21. Oktober 2009 zu Protokoll gegeben hat, er habe aus eigenem Antrieb die Zusammenarbeit mit den Justizbehörden aufgesucht. c/i) Nicht strafmindernd fällt ins Gewicht, dass der Berufungsbeklagte nicht im Strafregister eingetragen ist, zumal in Bezug auf sein Vorleben festzuhalten ist, dass er bereits als Jugendlicher in den Jahren 2004 und 2005 wegen Betäubungsmittelkonsums zur Rechenschaft gezogen werden musste (vgl. Vorakten Pr-Nr. VV 2004.1313 und VV.2005.1375). c/j) Zu prüfen bleibt das Vorliegen des Strafmilderungsgrundes nach Art. 19 Abs. 2 StGB. Die Vorinstanz stützte sich bei der Beurteilung auf das Gutachten von Dr. med. C. S. vom 23. September 2008 (VV.2008.2095, act. 2.6). In Ziffer 4.3 führt Dr. S. Folgendes zur Schuldfähigkeit aus (zur Glaubwürdigkeit des Gutachtens: vgl. Art. 307 StGB): „Die beim Expl. diagnostizierte Kokainabhängigkeit kann als mittelschwer beurteilt werden. Der Expl. hat zwar regelmässig sein Kokain gebraucht, es konsumiert, hat aber die Kontrolle über den Konsum nie verloren. Er hat die Portionen, die zu verkaufen waren als auch die eigenen, immer gut aufteilen können, so dass er nie in eine Entzugssituation gekommen ist. Er ist sich durchwegs des Unrechts seines Tuns bewusst gewesen. Es finden sich auch keine Hinweise

darauf, dass seine Fähigkeit gemäss dieser Einsicht zu handeln vermindert gewesen wäre. Somit ist aus gutachterlicher Sicht keine Verminderung der Schuldfähigkeit ersichtlich.“ Der Gutachter Dr. med. S. diagnostizierte zwar ein Abhängigkeitssyndrom, jedoch war diese Sucht mittelschwer. Somit lag keine - wie vom Verteidiger geltend gemacht - schwere Drogenabhängigkeit vor. Zudem lässt eine an Y. vorgenommene Haaranalyse den Schluss auf einen mässigen Kokainkonsum zu. Dieses Erkenntnis deckt sich ebenfalls mit den im Gutachten gemachten Ausführungen. Neben dieser Kokainabhängigkeit haben gestützt auf die Aussagen von Dr. S. aber keine weiteren psychischen Störungen bestanden. Von einer psychischen Störung, welche das Un-

Seite 18 — 29 rechtsbewusstsein von Y. verdrängt, kann somit keine Rede sein. Folglich hat die Vorinstanz Art. 19 Abs. 2 StGB zu Recht nicht angewendet. Weitere Strafmilderungsgründe sind nicht ersichtlich. c/k) Strafschärfend fällt das Zusammentreffen der strafbaren Handlungen von Art. 19 Ziff. 2 BetmG und von Art. 19 Ziff. 1 BetmG ins Gewicht (vgl. Art. 49 Abs. 1 StGB). Bei den Widerhandlungen gegen Art. 19a Abs. 1 BetmG handelt es sich um Übertretungen (vgl. Art. 103 StGB in Verbindung mit Art. 19a Abs. 1 BetmG). Wegen dem Eigenkonsum darf somit keine Strafschärfung erfolgen, handelt es sich dabei doch gemäss Gesetz um eine Übertretung, für die eine Busse – und damit eine nicht gleichartige Strafe – auszusprechen ist. c/l) Die Mindeststrafe für einen bestens beleumdeten, nicht vorbestraften Straftäter, welcher gerade mal 18 Gramm reines Kokain in Erfüllung der übrigen Qualifikationsmerkmale von Art. 19 Ziff. 2 BetmG in Umlauf setzt, beträgt ohne die Annahme einer Strafmilderung 12 Monate. Geht man nun davon aus, dass im vorliegenden Fall Strafmilderungsgründe fehlen, indessen die Strafe zu schärfen ist und dass Y., dessen Verschulden schwer wiegt, nicht nur 18 Gramm reines Kokain, sondern 48 Gramm reines Kokain umgesetzt hat, so erhellt schon bereits daraus, dass die Freiheitsstrafe nicht bei 12 Monaten angesetzt werden kann (vgl. SF 03 30; SF 02 15). Dies selbstredend auch dann nicht, wenn man die vorhandenen Strafmilderungsgründe (Geständnis, Einsicht, nicht primär gewinnorientierte Motivation, Abkehr von den Drogen, Zusammenarbeit mit den Justizbehörden) in Betracht zieht. Diese vermögen das schwere Verschulden, die erhöhte Menge an umgesetztem Kokain sowie die Strafschärfung mitnichten aufzuheben. Kommt hinzu, dass es sich bei Strafschärfungsgründen gerade um ein qualifiziertes Strafzumessungskriterium handelt, welches erheblich schwerer wiegt als ein einfaches Strafzumessungskriterium wie die Strafminderungsgründe (vgl. Schwarzenegger/Hug/Jositsch, a.a.O., S. 59). Unter Berücksichtigung sämtlicher Strafzumessungsgründe und in Anbetracht aller Umstände sowie in Anlehnung an die Praxis des Kantonsgerichts in ähnlich gelagerten Fällen (vgl. etwa SF 01 6; SF 04 25; SF 04 27; SK1 09 1) ist eine Freiheitsstrafe von 17 Monaten dem Verschulden und den persönlichen Verhältnissen des Berufungsbeklagten angemessen. In diesem Zusammenhang ist noch darauf hinzuweisen, dass auch dann, wenn die Berufungsinstanz von einem weniger gravierenden Sachverhalt (Freispruch betreffend Art. 33 Abs. 1 lit. a WG) als die erste Instanz ausgeht, sie an die erstinstanzliche Strafzumessung nicht gebunden ist und die Strafe grundsätzlich gleich belassen oder gar verschärfen kann (vgl. Bundesgericht, Kassationshof, Entscheid vom 19. Juni 2001 i.S. X c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (6S. 43/2001)).

Seite 19 — 29 5.a) Das Bezirksgericht Plessur hat in seinem Urteil von der Anordnung einer Bewährungshilfe nach Art. 93 StGB abgesehen. Mit Berufung vom 15. Juni 2009 beantragt die Staatsanwaltschaft, Ziffer 4 des angefochtenen Urteils sei zu ergänzen und für

die Dauer der Probezeit eine Bewährungshilfe anzuordnen. Der Verteidiger beantragt für seinen Mandanten die Abweisung dieses Begehrens. b) Als begleitende Anordnungen zur Ausgestaltung der Probezeit sieht Art. 44 Abs. 2 die Anordnung von Bewährungshilfe sowie von Weisungen vor. Neu sind beide Formen von begleitenden Anordnungen in einem eigenen fünften Titel, Art. 93 ff. StGB enthalten (Schneider/Garré, Basler Kommentar, Strafrecht I., 2. Auflage, Basel 2007, N 12/13 zu Art. 44). Nach Art. 93 Abs. 1 StGB soll die Bewährungshilfe die betreuten Personen vor Rückfälligkeit bewahren und zu deren sozialer Integration beitragen. Im Vordergrund stehen die Förderung der Selbständigkeit und Eigenverantwortung sowie die deliktorientierte Aufarbeitung des strafbaren Verhaltens. Neben dieser auf die Interessen des Verurteilten ausgerichteten Leistungs- oder Hilfsfunktion dient die Bewährungshilfe aber in einem eingeschränkten Masse auch der Kontrolle und Überwachung. Nach Art. 93 Abs. 3 StGB erstattet die Bewährungshilfe auf Antrag der Behörden der Strafrechtspflege ebenfalls Bericht über die betreute Person. Die Bewährungshilfe wird von Gesetzes wegen vom Gericht angeordnet (vgl. Art. 44 Abs. 2 StGB). Bei der Entscheidung ist stets zu prüfen, ob eine bedingte Strafe in Verbindung mit einer Bewährungshilfe eher zu einer sozialen Integration des Täters führt als der Vollzug der Sanktion. Folgende Kriterien sprechen für eine Anordnung der Bewährungshilfe (Schwarzenegger, Hug, Jositsch, a.a.O., S. 294 f.): • Unbefriedigendes soziales Umfeld (Wohnung, Arbeit, Beziehungsnetz) • Arbeitslosigkeit oder Verschuldung • Suchtproblematik • Psychische Erkrankung, aufgrund derer die Person Unterstützung von Fachpersonen benötigt • Allgemeine Überforderung in praktischen Fragen des Alltages

Zur Frage der Rückfallgefahr äussert sich Dr. med. S. in seinem Gutachten vom 23. September 2008 unter Ziff. 4.4 folgendermassen: „Kokain besitzt ein hohes Abhängigkeitspotenzial. Darüber hinaus betreibt der Expl. einen riskanten Alkoholkonsum. Die Gefahr, dass er nach Haftentlassung relativ rasch wieder in alte Konsummuster zurückfallen wird, muss als hoch angesehen werden. Auch in Bezug auf seinen Extasykonsum ist mit einer eher hohen Rückfallwahrscheinlichkeit zu rechnen, da er diesen Konsum, wie durch die Haarprobe belegt, eindeutig bagatellisiert. Bei erneutem Kokainkonsum wird er früher oder später auch wieder in finanzielle

Seite 20 — 29 Schwierigkeiten geraten, womit die Gefahr für erneute Beschaffungskriminalität ebenfalls erfüllt ist. Hier ist am ehesten wieder mit ähnlich gelagerten Delikten, wie sie ihm aktuell vorgeworfen werden, zu rechnen. Schwerwiegendere Delikte, wie z.B. Eigentumsdelikte oder Raubüberfälle sind aus der bisherigen Entwicklung nicht ableitbar und ersichtlich.“ Nach den Angaben von Y. habe er seit seiner Entlassung aus der Untersuchungshaft am 8. August 2008 keine Betäubungsmittel mehr konsumiert (Urteil Vorinstanz, S. 20). Dies bestätigte er auch anlässlich der Berufungsverhandlung. Die Vorinstanz liess die Aussage von Y. genügen, um das Vorliegen einer Rückfallgefahr zu verneinen. Diese Aussage von Y. hätte zu jenem Zeitpunkt aber genauerer und kritischerer Betrachtung durch das Bezirksgericht Plessur bedurft. Schliesslich handelt es sich um die Aussage einer Person, der mittels Gutachten vom 23. September 2008 eine mittelschwere Kokainabhängigkeit angelastet wurde. Gemäss dem Gutachten vom Dr. med. S. könne heutzutage zwar eine Kokainabhängigkeit, vor allem bei kurzer Abhängigkeitsdauer, relativ gut behandelt werden, weshalb er eine Suchtbehandlung nach Art. 63 StGB empfehle. Die Anordnung einer solchen ambulanten Anordnung hat gemäss Abs. 1 der genannten Bestimmung das Gericht zu entscheiden. Der Gerichtstermin vor dem Bezirksgericht Plessur, an welchem frühestens über eine Suchtbehandlung entschieden werden konnte, war jedoch erst auf den 17. Februar 2009

angesetzt. Anlässlich dieser Hauptverhandlung gab Y. die oben festgehaltene Aussage zu Protokoll. Folglich hatte Y. vom Zeitpunkt der Entlassung aus der Untersuchungshaft bis zum Zeitpunkt des Gerichtstermins keine Suchtbehandlung und somit keine professionelle Hilfe zur Überwindung seiner Kokainabhängigkeit in Anspruch genommen, weshalb die Aussage von Y. durch das Bezirksgericht Plessur mit Vorsicht zu geniessen gewesen wäre. Da der Berufungs- beklagte die Abstinenz von Drogen aber ebenfalls in der mündlichen Berufungsver- handlung vom 21. Oktober 2009 bestätigte und zudem ausführte, dass er seit vier Monaten eine ambulante Suchtbehandlung absolviere, in welcher bis anhin noch keine negative Urinprobe festgestellt werden konnte, kann rückwirkend der Schluss gezogen werden, dass die an der mündlichen Hauptverhandlung vom 17. Februar 2009 getätigte Aussage wohl der Wahrheit entsprach. Wie der Verteidiger in seiner Berufungsantwort korrekt ausführt, stimmt es zwar, dass Dr. med. S. im vorliegenden Fall die Anordnung von Bewährungshilfe nicht konkret in Erwägung zog. Diesbezüglich ist jedoch festzuhalten, dass bei Vor- liegen der Voraussetzungen (vgl. Art. 93 StGB) das Gericht über die definitive An- ordnung von Bewährungshilfe entscheidet (Art. 44 Abs. 2 StGB). Mit der Feststel- lung von Dr. med. S., dass die Rückfallgefahr in alte Konsummuster als hoch ange- sehen werden könne, scheinen die Voraussetzungen der Bewährungshilfe als ge-

Seite 21 — 29 geben zu sein. Daran vermag auch die nicht ausdrückliche Empfehlung zur Anord- nung von Bewährungshilfe durch Dr. med. S. nichts zu ändern. Folglich sind die Vorbringen des Verteidigers nicht zu hören. Zu Gunsten von Y. und für die Nichtan- ordnung einer Bewährungshilfe nach Art. 93 StGB würde sprechen, dass er eine abgeschlossene Berufsausbildung und eine feste Anstellung hat, frei von Schulden ist sowie auch sonst sozial gut integriert ist und überdies seit vier Monaten eine ambulante Suchtbehandlung absolviert. Nach Ansicht des Kantonsgerichts über- wiegt aber die grundsätzlich weiterhin bestehende Gefahr einer Kokainsucht und die potentielle Beschaffungsgefahr (vgl. Gutachten Dr. med. S. vom 23. September 2008, Ziff. 5.4.1) diese günstigen Faktoren. Dass nunmehr eine Suchtbehandlung mit regelmässigen Urinproben absolviert wird, ist positiv zu werten. Indessen ist diese Behandlung - wenn sie denn erfolgversprechend sein will - fortzusetzen und zwar kontrolliert und mit Hilfe. Diese Kontrolle und Hilfe durch die Justizbehörde fällt denn auch nicht wesentlich schwerer ins Gewicht als die offenbar schon jetzt bestehende Zusammenarbeit mit derselben, hat aber den eindeutigen Vorteil, dass Y. in seinem Bestreben, geheilt zu werden, noch zusätzlich unterstützt wird. Die Hilfe verspricht – und dies liegt im Interesse von Y. – eben auch längerfristig Erfolg. Im Übrigen ist eine Bewährungshilfe gerade dann zweckmässig, wenn Weisungen nach Art. 94 StGB erteilt worden sind. Mit Urteil vom 17. Februar 2009 hat das Be- zirksgericht Plessur Y. die Weisung erteilt, während der Dauer der Probezeit eine ärztlich kontrollierte Drogenabstinenz einzuhalten und sich einer ambulanten Sucht- behandlung zu unterziehen. Das Bezirksgericht Plessur hat mit dieser Massnahme einen entscheidenden Schritt bezüglich der Heilung der Drogensucht getan. Nach dem oben Dargelegten erhellt, dass das Kantonsgericht von Graubünden die An- ordnung von Bewährungshilfe als angemessen und notwendig betrachtet. 6.a) Mit Beschlagnahmeverfügung des Untersuchungsrichteramtes H. vom 16. Oktober 2008 wurden beim Angeklagten ein Mobiltelefon Sony Ericsson K800i, 30.9 Gramm Kokain, 0.5 Gramm Haschisch und eine Wage, Marke Proscale, Typ 100GM beschlagnahmt (act. 4.51). Die Vorinstanz verzichtet auf die Einziehung des Natels von Y. und auf eine eingehende Begründung in den Erwägungen. Mit Beru- fung vom 15. Juni 2009 beantragt die Staatsanwaltschaft Graubünden, das Mobil- telefon der Marke Sony Ericsson K800i sei

gerichtlich einzuziehen. Dagegen wendet der Verteidiger ein, dass es gerade absurd erscheine, wenn einerseits bezüglich des bedingten Strafvollzugs eine positive Prognose gestellt werde und andererseits ein zukünftiger Missbrauch des Mobiltelefons behauptet werde. Im Übrigen gehe die Gefährdung nicht vom Mobiltelefon, sondern von den auf der SIM-Karte gespeicherten Daten aus.

Seite 22 — 29 b) Nach Art. 69 Abs. 1 StGB verfügt das Gericht ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person die Einziehung von Gegenständen, die zur Begehung einer Straftat gedient haben oder bestimmt waren oder die durch eine Straftat hervorgebracht worden sind, wenn diese Gegenstände die Sicherheit von Menschen, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährden. Nach Abs. 2 der Bestimmung kann das Gericht anordnen, dass die eingezogenen Gegenstände unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden. Die Sicherungseinziehung setzt voraus, dass eine Straftat begangen worden ist. Nicht relevant ist, ob es tatsächlich zu einem Strafurteil kommt. Ausserdem muss der einzuziehende Gegenstand einen Konnex zur strafbaren Handlung aufweisen, indem er beispielsweise zur Begehung der strafbaren Handlung gedient hat oder daraus hervorgegangen ist (*producta sceleris*). Im Weiteren muss der Gegenstand eine Gefährdung für die Sicherheit von Menschen oder die öffentliche Ordnung darstellen. Im vorliegenden Fall ist wohl unbestritten, dass Y. sein Mobiltelefon als Tatinstrument (*instrumenta sceleris*) für die Abwicklung von Drogengeschäften verwendete (VV.2008.2095, act. 4.1, 4.4, 4.11), weshalb das Vorliegen eines Deliktskonnexes zu bejahen ist (vgl. SF 06 11; SF 06 22). An die Gefährdung der Sicherheit von Menschen und der öffentlichen Ordnung sind keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Dabei braucht die Sache nicht ausschliesslich für Straftaten verwendbar zu sein. Die erwähnte Gefahr kann sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowohl aus der Beschaffenheit des Gegenstandes als auch nur aus seinem zu erwartenden Gebrauch in der Hand eines bestimmten Menschen ergeben. In diesem letzteren Fall muss aber die Gefährdung wahrscheinlich sein, was namentlich dann regelmässig zutrifft, wenn der Täter den fraglichen Gegenstand gerade mehrmals dafür verwendet hat (vgl. BGE 81 IV 219, 116 IV 120, 124 IV 123; vgl. Schwarzenegger/Hug/Jositsch, a.a.O., S. 204; vgl. zum ganzen Abschnitt, Florian Baumann, Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Auflage, Basel 2007, zu Art. 69 N. 5 ff.). Nach dem oben Dargelegten sollte ersichtlich sein, dass die Anforderungen an eine günstige Prognose im Sinne von Art. 69 StGB geringer ausfallen dürften als jene an den bedingten Strafvollzug. Somit widersprechen sich die Gewährung des bedingten Strafvollzugs und die Einziehung des Mobiltelefons nicht. Es ist festzuhalten, dass ein Mobiltelefon zwar nicht ausschliesslich zur Begehung von Straftaten dient. Y. hat dieses aber wiederholt für die Abwicklung seiner Drogendeals verwendet. Im Weiteren besteht gemäss dem Gutachten von Dr. med. S. weiterhin eine Rückfallgefahr für den Eigenkonsum als auch für eine damit im Zusammenhang stehende erneute Beschaffungskriminalität (vgl. Gutachten, Ziff. 4.4). Aus diesen Gründen kann gefolgert werden, dass zumindest eine Wahrscheinlichkeit besteht, dass Y. sein Mobiltelefon für weitere Drogendeals verwenden könnte, womit das

Seite 23 — 29 Vorliegen einer Gefährdung im Sinne von Art. 69 Abs. 1 StGB zu bejahen ist. Somit sind das Mobiltelefon Marke Sony Ericsson K 800i gestützt auf Art. 69 Abs. 1 StGB einzuziehen, was im Übrigen auch der konstanten Praxis der bündnerischen Gerichte und des Bundesstrafgerichts entspricht. 7.a) Mit Berufung vom 15. Juni 2009 beantragt die Staatsanwaltschaft von Graubünden, Ziff. 6 des Urteils sei insoweit

aufzuheben, als Untersuchungs- und Anwaltskosten vom Kanton Graubünden zu tragen sind. Zur Begründung wird im Wesentlichen geltend gemacht, der Freispruch wegen einer Widerhandlung gegen das Waffengesetz sei von der Vorinstanz überbewertet worden, weshalb sich eine derartige Kostenreduktion nicht rechtfertige. Im Weiteren könnten Y. die Kosten des Verfahrens auch dann überbunden werden, wenn er begründeten Anlass zur Durchführung der Untersuchung und des Gerichtsverfahrens gegeben habe. Der Verteidiger wendet dagegen ein, dass das Bezirksgericht Plessur Forderungsgläubigerin sei, weshalb die Staatsanwaltschaft nicht legitimiert sei, den Kostentragungsentcheid anzufechten. Im Übrigen sei die Kostenaufteilung des Bezirksgerichts Plessur sachlich richtig. b) Die Staatsanwaltschaft ist selbstredend legitimiert, auch den Kostenpunkt eines Urteils beziehungsweise die Verteilung der Kosten anzufechten (vgl. Padrutt, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden, 2. Auflage, 1996, S. 360 ff.). c) Die Verfahrenskosten setzen sich zusammen aus den Untersuchungs- und den Gerichtskosten (vgl. Art. 154 Abs. 1 StPO). Dem Verurteilten werden die Verfahrenskosten im Urteil ganz oder teilweise überbunden (Art. 158 Abs. 1. StPO). Als Regel gilt, dass der Verurteilte die Kosten vollumfänglich trägt. Von der Regel kann abgewichen werden, wenn z.B. zwischen Kosten und Strafe bzw. Verschulden ein krasses Missverhältnis besteht oder einzelne Positionen der Verfahrenskosten in keinem oder nur in einem losen Zusammenhang mit den beurteilten Straftaten stehen. Wird ein Angeklagter nur in einzelnen Anklagepunkten für schuldig befunden, werden ihm die Kosten in der Regel nur teilweise auferlegt, es sei denn, er habe durch sein Verhalten nach dem in Art. 156/157 StPO gesetzten Massstab auch Anlass zur Durchführung des Strafverfahrens in jenen Punkten gegeben, in denen er freigesprochen wurde (PKG 1991 Nr. 36; Padrutt, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden, 2. Auflage, H. 1996, S. 405). Im vorliegenden Fall auslösend für die Einleitung eines Strafverfahrens war der Umstand, dass beim Berufungsbeklagten am 8. Juli 2008 30.9 Gramm Kokain sichergestellt wurden. Unter diesen Umständen erschien die Einleitung einer Untersuchung durch die Staatsan-

Seite 24 — 29 waltschaft Graubünden wegen Verletzung von Art. 19 Ziff. 2 BetmG, Art. 19 Ziff. 1 BetmG sowie Art. 19a Abs. 1 BetmG als angebracht. Der Berufungsbeklagte hat sich daher die Einleitung eines Strafverfahrens wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz selber zuzuschreiben. Im Rahmen der am 9. Juli 2008 durchgeführten Hausdurchsuchung wurde neben diversen Betäubungsmitteln ebenfalls ein Messer sichergestellt, worauf ebenfalls ein Strafverfahren wegen Verletzung von Art. 33 Abs. 1 lit. a alt WG (gültig bis zum 31. Dezember 2008) durchgeführt wurde. Zur Recht stellte das Bezirksgericht auf die Anwendung des revidierten und für den Täter mildereren Waffengesetzes ab. Danach ist das besagte Messer nicht als Waffe zu qualifizieren, weshalb Y. in diesem Punkt zu Recht freigesprochen wurde. Es drängt sich nun die Frage auf, ob Y. trotz Freispruch bezüglich zunächst unerlaubtem Waffenbesitz durch rechtswidriges oder schuldhaftes Verhalten Anlass zur Durchführung der Untersuchung gegeben hat (vgl. Art. 157 StPO). c/a) Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil in Sachen Minelli strafprozessuale Bestimmungen wie Art. 156 und 157 StPO nicht als konventionswidrig (EMRK) bezeichnet. Die Auffassung, dass nicht jede Kostenaufgabe ohne Verurteilung konventionswidrig ist, wird auch in der Rechtslehre vertreten (Stefan Trechsel, Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit, in: SLZ 77/1981, S. 339). Es ist deshalb an sich zulässig, einem Beschuldigten die Kosten auch bei Freispruch aufzuerlegen, wenn er das Verfahren durch verwerfliches oder leichtfertiges Verhalten veranlasst oder verlängert

hat. Eine solche Kostenaufgabe hält vor der Verfassung und der EMRK aber nur unter bestimmten Voraussetzungen stand. Eine Kostenaufgabe ist nur zulässig, wenn dem Beschuldigten ein schuldhaftes Verhalten zur Last gelegt werden kann. Es genügt nicht, dass er durch sein Verhalten objektiv zur Untersuchung oder Verlängerung des Verfahrens Anlass gegeben hat. Die Kosten können bloss auferlegt werden, wenn das Verhalten aufgrund zivilrechtlicher oder ethischer Regeln vorwerfbar ist, und zwar unbekümmert davon, ob die betreffende kantonale Strafprozessordnung ausdrücklich ein schuldhaftes Verhalten verlangt. Man pflegt dabei von einer Haftung für prozessuales Verschulden oder, besser ausgedrückt, von einer zivilrechtlichen Grundsätzen angenäherten Haftung für ein fehlerhaftes Verhalten zu sprechen. Im Zusammenhang mit der Kostenaufgabe bei Freispruch lassen sich zwei Gruppen von Fällen unterscheiden. Zur ersten Kategorie gehört das prozessuale Verschulden im engeren Sinn. Das trifft zu, wenn der Beschuldigte die Untersuchung durch wahrheitswidrige Angaben auf eine falsche Fährte führt oder das Verfahren erschwert oder verlängert, indem er nicht zu Verhandlungen erscheint. Soweit durch solches Verhalten Kosten entstehen, können sie dem Beschuldigten wegen prozessualen Verschuldens auferlegt werden.

Seite 25 — 29 Obwohl Y. zu Beginn des Untersuchungsverfahrens widersprüchliche Angaben zu den Lieferanten und der Kokainmenge machte, kann ihm kein prozessuales Verschulden im engeren Sinn angelastet werden, zumal sich die Verzögerung des Verfahrens nicht auf die Widerhandlung gegen Art. 33 Abs. 1 lit. a WG, sondern auf die Verletzungen des Betäubungsmittelgesetzes bezog. Zudem kann dieses Verhalten ja gerade nicht als schuldhaft bewertet werden. Die zweite Gruppe bilden die Fälle, in denen dem Beschuldigten wegen des Verhaltens, das Gegenstand des Strafverfahrens war, die Kosten mit der Begründung auferlegt werden, dieses Verhalten sei zwar nicht strafbar, aber unter zivilrechtlichen oder ethischen Gesichtspunkten vorwerfbar. Das im Rahmen der Hausdurchsuchung einhändig manuell bedienbare Messer wurde von der Fachstelle Waffen der Kantonspolizei Graubünden nicht als Waffe im Sinne des revidierten Waffengesetzes qualifiziert. Der alleinige Besitz des Messers stellt somit sowohl unter zivilrechtlichen als auch unter ethischen Gesichtspunkten kein vorwerfbares Verhalten von Y. dar. c/b) Das Kantonsgericht von Graubünden gelangt zur Ansicht, dass kein vorwerfbares Verhalten aufgrund ethischer oder zivilrechtlicher Regeln besteht. Daher sind die Untersuchungskosten wegen Verletzung von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG dem Kanton zu überbinden. Es ist zu berücksichtigen, dass die Kosten für die Untersuchungshandlungen wegen Verletzung von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG rund Fr. 300.-- betragen, wodurch der Kanton nur geringfügig belastet wird. Die Vorinstanz musste sich, da diesbezüglich Anklage erhoben worden ist, mit der Angelegenheit ebenfalls befassen, ermessensweise im Umfang von Fr. 300.--. Die Untersuchungs- und Gerichtskosten sind somit zu Gunsten des Berufungsbeklagten um Fr. 600.-- zu reduzieren. Auch wenn keine Kostenaufgabe gemäss Art. 157 StPO erfolgt, ist der Ansicht der Staatsanwaltschaft dahingehend zu folgen, als dass der Freispruch wegen Verletzung von Art. 33 Abs. 1 lit. a WG von der Vorinstanz überbewertet wurde. Werden doch Widerhandlungen gegen das Waffengesetz in der Form eines verbotenen Waffenbesitzes seit der Revision des AT StGB mit Geldstrafen von höchstens 7 bis 15 Tagessätzen, allenfalls verbunden mit einer geringen Busse, bestraft (vgl. anonymisierte Strafmandate des Kreispräsidenten H., Bergell un Sur Tasna). Auf der anderen Seite standen jedoch Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz zur Diskussion, die mit Freiheitsstrafe sanktioniert worden sind. d) Die Ermittlungshandlungen der Polizei sowie die Untersuchungshandlungen des Untersuchungsrichters während des

Strafverfahrens waren für die Durchführung des vorinstanzlichen Gerichtsverfahrens und der darauf gestützten Verurteilung bezüglich der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 BetmG, Art. 19 Ziff. 1 BetmG sowie Art. 19a Abs. 1 BetmG notwendig. Die Kostentragung geht somit nicht

Seite 26 — 29 weiter, als der Kausalzusammenhang zwischen dem fehlerhaften Verhalten und den kostenverursachenden behördlichen Handlungen reichte. Die durchgeführten Untersuchungshandlungen müssen folglich allesamt als notwendig bezeichnet werden. Sie standen in engem Zusammenhang mit der Sachverhaltsermittlung beziehungsweise mit der Abklärung der vorgeworfenen Tatbestände. e) Nach Art. 155 StPO sind die Kosten der amtlichen Verteidigung Teil der zu überbindenden Verfahrenskosten und daher zu den übrigen Auslagen hinzuzuzählen. Der Kanton übernimmt sie vorschussweise (PKG 1987 Nr. 35). Je nach Ausgang des Verfahrens sind sie dem Angeschuldigten aufzuerlegen. Die Rückzahlungspflicht des Verurteilten richtet sich aber nach seinen Vermögensverhältnissen (vgl. Padrutt, a.a.O., S. 392). Zu Gunsten von Y. reduzieren sich somit auch die Kosten der amtlichen Verteidigung im Verhältnis der Reduktion der Untersuchungs- und Gerichtskosten. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass wegen Art. 33 Abs. 1 lit. a WG Anklage erhoben worden ist und der Verteidiger sich damit befassen musste, setzt das Kantonsgericht von Graubünden die Entschädigung an den Verteidiger ermessensweise auf Fr. 500.-- fest. Davon entfallen Fr. 250.-- auf den Kanton Graubünden und Fr. 250.-- auf die Vorinstanz. Die von der Gerichtskasse (Bezirksgericht Plessur) vorschussweise zu bezahlenden Kosten der amtlichen Verteidigung betragen dann noch Fr. 4'921.90. 8.a) Anders zu beurteilen ist die Frage, wer die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen hat: Wird eine Rechtsmitteleingabe wie im vorliegenden Fall teilweise gutgeheissen, so entscheidet das Gericht über die Kostenverteilung zwischen dem Ob-siegenden, dem Staat, der ersten Instanz und dem Unterliegenden (vgl. Art. 160 Abs. 3 StPO). Die Rechtsmittelkosten werden aus Gründen der Billigkeit dem Staat belastet, wenn die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung teilweise obsiegt und der Betroffene deren Weiterzug nicht zu vertreten hat (Art. 160 Abs. 2 StPO; PKG 1974 Nr. 41). Solche Billigkeitsgründe liegen vor, wenn bezüglich des erstinstanzlichen Urteils ein Fehler zu verzeichnen ist (fehlerhafter Schuldspruch, falsche Subsumtion, Ermessensüberschreitung etc.), der durch das Rechtsmittel korrigiert werden musste und daher auch Anlass zum Weiterzug gab (Padrutt, a.a.O., Art. 160 Ziff. 2 StPO, mit Hinweisen). Dies ist hier der Fall, hat doch die Vorinstanz nach der hier vertretenen Auffassung bezüglich der Strafzumessung, der Bewährungshilfe, des Einzugs des Mobiltelefons und der Kotenauflage einen zu korrigierenden Entscheid getroffen. Es erschiene indes unbillig, Y. deshalb mit den Kosten des Berufungsverfahrens zu belasten. Sie sind daher auf die Staatskasse zu nehmen (vgl. SB 06 32, SB 08 14, SB 02 38, SB 00 67). Aus demselben Grund sind auch die vom Verteidi-

Seite 27 — 29 ger in der Honorarnote vom 21. Oktober 2009 aufgeführten ausseramtlichen Kosten von Fr. 2'334.90.-- vom Kanton Graubünden zu übernehmen.

Seite 28 — 29 III.

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