

GR_GERICHTE SK1 2009 7 vom 6. Mai 2009

GR Gerichte, 2009-05-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_SK1_2009_7

FR: GR_GERICHTE SK1 2009 7 du 6 mai 2009

IT: GR_GERICHTE SK1 2009 7 del 6 maggio 2009

Regeste

Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz | Betäubungsmittelgesetz BetmG

Volltext

Kantonsgericht von Graubünden Dretgira chantunala dal Grischun Tribunale cantonale dei Grigioni

Ref.: Chur, 06. Mai 2009 Schriftlich mitgeteilt
am: SK1 09 7 [nicht/mündlich eröffnet] Urteil I. Strafkammer Vorsitz Vizepräsident
Schlenker RichterInnen Präsident Brunner und Kantonsrichterin Michael Dürst Redaktion
Aktuarin ad hoc Riesen In der strafrechtlichen Berufung des A., Angeklagter und
Berufungskläger, amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin lic. iur. Carmen Vanoni, c/o
Advokaturbüro lic. iur. Benno Burtscher, Hinterm Bach 6, Postfach 90, 7002 Chur, gegen
das Urteil des Bezirksgerichts Plessur vom 9. Januar 2009, mitgeteilt am 23. Januar 2009, in
Sachen gegen den Angeklagten und Berufungskläger, betreffend Widerhandlung gegen das
Betäubungsmittelgesetz, hat sich ergeben:

Seite 2 — 38 A. a) A. wurde am 13. Februar 1975 in AA. geboren. Er wuchs als Einzelkind bei seinen Eltern in geordneten Verhältnissen in BB. und CC. auf. In CC. besuchte er die 1. bis 4. Klasse, wobei er ein Jahr repetieren musste. In der Folge kam er in eine Kleinklasse, welche er während zwei Jahren in AA. besuchte. Danach hielt er sich wegen schulischer Probleme während zwei Jahren in der O.-Stiftung DD./ZH auf. Anschliessend besuchte er ein Werkjahr in EE.. Nach der Schulentlassung begann er bei der Garage P. in BB. eine Lehre als Automonteur. Wegen schulischer Probleme musste er diese Lehre jedoch aufgeben. Danach konnte er bei der Garage Q. in FF. eine zweijährige Anlehre als Fahrzeugwart absolvieren, welche er auch abschloss. Nach der Lehre war er während eineinhalb bis zwei Jahren beim Gipsergeschäft R. in CC. als Hilfsarbeiter in Anstellung. In der Folge war A. bis etwa im Jahre 1998 temporär an verschiedenen Stellen im Unterland mehrheitlich auf dem Bau tätig. Im Jahre 1998 zog er zusammen mit seinen Eltern nach Graubünden, wobei er dann alleine in GG. wohnte. Er arbeitete eine Sommersaison lang beim Baugeschäft S. in HH.. Anschliessend war er ungefähr während zwei Monaten temporär als Strassenbauer in II. tätig. Es folgte eine Anstellung bei der Gipserfirma T., II., wo er während etwa einem dreiviertel Jahr arbeitete. Während ungefähr einem bis eineinhalb Jahren arbeitete er anschliessend bei der Firma JJ., KK.. Nach dieser Anstellung zog er nach LL./AG. Dort fand er für vier Monate eine Anstellung als Hilfskoch, bei welcher er jedoch den Lohn nur etappenweise erhielt. Es kam dann zu einer körperlichen Auseinandersetzung mit dem Wirt. Die in der Folge eingeleitete Strafuntersuchung wurde eingestellt. A. zog wieder nach CC., wo er eine Zeit lang vom Sozialamt unterstützt wurde. Bei U., Isolationen, CC., fand er eine Anstellung als Isoleur. Nach zwei Jahren wurde das Arbeitsverhältnis wegen Betäubungsmittelsucht aufgelöst. Danach war A. wieder

arbeitslos und wurde vom Sozialamt unterstützt. Durch das Sozialamt AA. kam er in ein Beschäftigungsprogramm bei MM. in NN.. Am 9. September 2006 wurde er in AA. von Skinheads zusammen- schlagen. Dieses Strafverfahren ist immer noch im Gange. Wegen der erlittenen Verletzungen lag er etwa zwei Wochen im Universitätsspital in Zürich. Nach der Spitalentlassung zog er zu seinen Eltern nach OO./GR. Dort arbeitete er die Wintersaison 2006/2007 im Hotel PP. als Hilfskoch. Ab März 2007 war er wieder ar- beitslos. Durch den Sozialdienst für Suchtfragen Graubünden bekam er eine Stelle bei der VV. in II., wo er seit Mai 2007 arbeitet. Er hat monatlich Fr. 1'250.-- netto zur Verfügung. Krankenkasse und Wohnung werden vom Sozialamt bezahlt. Vermögen hat A. keines. Seine Schulden belaufen sich auf ungefähr Fr. 10'000.--. Im Schweizerischen Zentralstrafregister ist A. mit drei Eintragungen verzeich- net: Am 26. Februar 2001 verurteilte ihn der Kreispräsident Chur. mittels Strafman-

Seite 3 — 38 dat wegen mehrfacher Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 BetmG und mehrfacher Widerhandlung gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG zu 75 Tagen Gefängnis, bedingt voll- ziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren, und zu einer Busse von Fr. 200.--. Am 30. April 2004 verurteilte das Bezirksamt Bremgarten A. in contumaciam wegen Fahrens ohne Führerausweis im Sinne von Art. 95 Ziff. 1 SVG zu 30 Tagen Haft, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von einem Jahr, und Fr. 1'000.-- Busse. Und schliesslich verurteilte die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis A. mit Strafbefehl vom 10. November 2006 wegen mehrfachem Diebstahl, mehrfachem Diebstahls- versuch, mehrfacher Sachbeschädigung, mehrfachem Hausfriedensbruch und mehrfacher Widerhandlung gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG zu einer Gefängnisstrafe von drei Monaten, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von vier Jahren. Gemäss Leumundsbericht der Stadtpolizei II. geniesst A. einen rechten Leumund. Sein jet- ziger Arbeitgeber stellt ihm ein gutes Zeugnis aus. b) Im Zug der durchgeführten Strafuntersuchung wurde A. durch Dr. med. V., Klinik QQ., RR., einer psychiatrischen Begutachtung unterzogen. Der Gutachter ge- langt dabei in seinem Gutachten vom 6. Juni 2008 zum Schluss, dass bei A. ein Heroinabhängigkeitssyndrom mit insgesamt leicht- bis mittelgradiger Ausprägung sowie Kokainmissbrauch vorliege, was für den Tatzeitpunkt zu einer mindestens in leichtem bis allenfalls mittlerem Grade verminderten Schuldfähigkeit geführt habe. Die Anordnung einer ambulanten Behandlung gemäss Art. 63 StGB sei zweckmä- sig. Eine stationäre Behandlung gemäss Art. 60 StGB erscheine aus forensisch- psychiatrischer Sicht derzeit nicht notwendig, um die Gefahr weiterer Straftaten ab- zuwehren. Die vom Gutachter empfohlene ambulante Massnahme gemäss Art. 63 StGB könne auch strafvollzugsbegleitend oder nach vorherigem Strafvollzug durch- geführt werden, wobei ein Strafvollzug ohne begleitende ambulante Massnahme nicht empfehlenswert erscheine, wenn in der entsprechenden Strafvollzugseinrich- tung keine absolute Drogenfreiheit bestehe und Heroin und Kokain prinzipiell ver- fügbar seien. c) A. wurde am 21. Februar 2008 in II. festgenommen und befand sich bis am 11. April 2008 in Untersuchungshaft. Die Anstaltsleitung der Strafanstalt Z. stellte ihm am 21. Juli 2008 ebenfalls ein gutes Führungszeugnis aus. B. Mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Graubünden vom 9. Oktober 2008 wurde A. wegen Wiederhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG und mehr- facher Widerhandlung gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG in Anklagezustand versetzt. Dieser Anklage liegt gemäss Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Graubünden vom 9. Oktober 2008 folgender Sachverhalt zu Grunde:

Seite 4 — 38 „A. wird angeklagt 1. der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG. 1.1 Der Angeklagte erwarb zwischen Sommer 2007 und Februar 2008 vor allem im Raum SS. und teilweise in TT. mindestens 4 kg Heroin und 50 Gramm Kokain. Davon gab er insgesamt 2.8 kg Heroin an verschiedene Personen in II. weiter. Mindestens 2.455 kg Heroin verkaufte er für Fr. 280.-- je 5 Gramm. Mindestens 345 Gramm Heroin gab er unentgeltlich weiter. Die Verbindungsaufnahme mit den Heroinabnehmern und Lieferanten erfolgte meist über das Mobiltelefon des Angeklagten mit der Rufnummer __. Teilweise wurde bei ihm aber auch über die Rufnummer _ Heroin bestellt. Weil der Angeklagte ca. 1.2 kg Heroin und 50 Gramm Kokain selber konsumierte sowie zwischen 345 und 460 Gramm Heroin auch unentgeltlich weitergab, erzielt er durch den Weiterverkauf von letztlich 2.455 kg Heroin trotz eines Umsatzes von knapp Fr. 140'000.-- bloss einige Fr. 1'000.--. Im einzelnen verkaufte der Angeklagte den nachfolgend aufgeführten Abnehmern mindestens 1.93 kg Heroin: a) B. verkaufte er zwischen Oktober 2007 und Februar 2008 mindestens 800 Gramm Heroin. b) C. verkaufte er zwischen Sommer und Herbst 2007 mindestens 100 Gramm Heroin. c) D. verkaufte er zwischen August und November 2007 mindestens 300 Gramm Heroin. d) E. verkaufte er zwischen September 2007 und Januar 2008 mindestens 50 Gramm Heroin. e) F. erhielt zwischen Juni und August 2007 mindestens 50 Gramm Heroin. f) G. und deren Freund H. verkaufte er zwischen Sommer und Winter 2007 mindestens 250 Gramm Heroin. g) I. verkaufte er zwischen Sommer 2007 und Februar 2008 mindestens 100 Gramm Heroin. h) J. und K. verkaufte er zwischen September 2007 und Februar 2008 mindestens 200 Gramm Heroin. i) L. verkaufte er zwischen Juli und November 2007 mindestens 35 Gramm Heroin. k) M. verkaufte er zwischen November 2007 und Februar 2008 mindestens 30 Gramm Heroin. l) N. verkaufte er zwischen November und Dezember 2007 mindestens 15 Gramm.

Seite 5 — 38 Der Angeklagte war zu Beginn der Strafuntersuchung noch geständig, insgesamt 4.5 kg Heroin erworben und davon über 3 kg in II. weiterverkauft oder unentgeltlich weitergegeben zu haben. Im Laufe der Strafuntersuchung korrigierte er seine Angaben mehrfach, wobei er teilweise geltend machte, wesentlich weniger Heroin erworben und folglich auch weiterverkauft zu haben. Schliesslich anerkannte er, zumindest 3.5 kg Heroin erworben und 2.275 kg Heroin verkauft oder unentgeltlich weitergegeben zu haben. 1.2 Anlässlich der Festnahme von A. in seiner Wohnung an der UU.- Strasse in II. konnten insgesamt 13.2 Gramm Heroin und Fr. 3'700.-- sicher[ge]stellt werden. Er trug das Heroin teilweise auch auf sich. Das sichergestellte Heroin wurde analysiert, wobei ein Reinheitsgehalt von 40% ermittelt wurde. Geht man auch bezüglich der vom Angeklagten weitergegebenen 2.8 kg Heroin von diesem Reinheitsgehalt aus, hat er total 1.12 kg reines Heroin verkauft bzw. verschenkt und zuvor zu diesem Zwecke erworben und besessen. 2. der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG. Der Angeklagte ist geständig, zwischen Sommer 2007 und Februar 2008 insgesamt 1.2 kg Heroin und 50 Gramm Kokain konsumiert zu haben. 3. Beschlagnahmen. Die beim Angeklagten sichergestellten Mobiltelefone Nokia 6021 und LG KE 970, die 13.2 Gramm Heroin, die elektrische Waage ‚Solo‘, 113 Tabletten (Methadon etc.) sowie Bargeld von Fr. 3'700.-- wurden mit Verfügung vom 11. Juni 2008 beschlagnahmt.“ C. An der Hauptverhandlung vor dem Bezirksgericht Plessur am 9. Januar 2009 waren A. in Begleitung seiner amtlichen Verteidigerin, Rechtsanwältin lic. iur. Carmen Vanoni, sowie der Vertreter der Anklage, Untersuchungsrichter lic. iur. David Willi, anwesend. Der Anklagevertreter stellte und begründete folgende Anträge: „1. A. sei im Sinne der Anklage schuldig zu sprechen. 2. Dafür sei er – unter Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft – zu einer

Freiheitsstrafe von 40 Monaten sowie zu einer Busse von Fr. 500.--, ersatzweise zu einer Freiheitsstrafe von 5 Tagen, zu verurteilen. 3. Die von der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis am 10. November 2006 bedingt auf 4 Jahre ausgesprochene Freiheitsstrafe von 3 Monaten sei zu widerrufen.

Seite 6 — 38 4. Im Sinne von Art. 63 StGB sei vollzugsbegleitend eine ambulante psychiatrische Behandlung anzuordnen. 5. Die sichergestellten und untersuchungsrichterlich beschlagnahmten 13.2 Gramm Heroin, die beiden beschlagnahmten Mobiltelefone der Marke Nokia 6021 und LG KE 970, die elektronische Waage ‚Solo‘ sowie 113 Tabletten (Methadon etc.) seien gerichtlich einzuziehen. Sodann sind die ebenfalls beschlagnahmten Fr. 3'700.-- einzuziehen und an die Verfahrenskosten anzurechnen. 6. Der Angeklagte sei zur Zahlung einer Ersatzabgabe in einer vom Gericht zu bestimmenden Höhe zu verpflichten. 7. Kostenfolge sei die gesetzliche.“ Die amtliche Verteidigerin beantragte und begründete was folgt: „1. A. sei der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG und der Widerhandlung gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig zu sprechen. 2. A. sei mit einer Freiheitsstrafe von maximal 28 Monaten zu bestrafen. 3. Es sei eine ambulante Massnahme anzuordnen. 4. Die Freiheitsstrafe sei zu Gunsten der ambulanten Behandlung aufzuschieben. 5. Eventualiter sei die Strafe bedingt oder teilbedingt auszusprechen. In letzterem Fall sei der unbedingt zu vollziehende Teil auf 6 Monate und der aufzuschiebende Teil auf maximal 22 Monate festzusetzen. Die erstandene Polizei- und Untersuchungshaft sei an die Strafe anzurechnen. 6. A. sei zusätzlich mit einer Busse von maximal Fr. 300.-- zu bestrafen. 7. Auf den Widerruf der Vorstrafe der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis, Zweigstelle AA. vom 10. November 2006 sei zu verzichten. 8. Das beschlagnahmte Mobiltelefon LG KE 970 sei A. herauszugeben. 9. Von einer Ersatzforderung des Staates sei abzusehen. 10. Unter gesetzlicher Kostenfolge.“ D. Mit Urteil vom 9. Januar 2009, mitgeteilt am 23. Januar 2009, erkannte das Bezirksgericht Plessur wie folgt: „1. A. ist schuldig der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 BetmG sowie der mehrfachen Widerhandlung gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG. 2. Dafür wird A. mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten bestraft.

Seite 7 — 38 Die erstandene Polizei- und Untersuchungshaft von 51 Tagen ist an die Freiheitsstrafe anzurechnen. 3. Dafür wird A. ausserdem mit einer Busse von CHF 500.-- bestraft. Die Ersatzfreiheitsstrafe für die Busse beträgt 5 Tage. Sie tritt an die Stelle der Busse, soweit A. diese nicht bezahlt. 4. Die von der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis mit Strafbefehl vom 10. November 2006 bedingt ausgesprochene Freiheitsstrafe von 3 Monaten wird widerrufen und ist zu vollziehen. 5. Es wird eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB angeordnet. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird nicht zugunsten der ambulanten Behandlung aufgeschoben. Die mit Entscheid des Haftrichters vom 11. April 2008 angeordnete Ersatzmassnahme, dass A. verpflichtet ist, dreimal monatlich beim Bezirksarzt Dr. med. W. eine Urinprobe abzugeben und die Weisung, dass er die Betreuung des Sozialdienstes für Suchtfragen des Kantons Graubünden in Anspruch zu nehmen habe, werden aufgehoben. 6. a) Die untersuchungsrichterlich beschlagnahmten 13.2 Gramm Heroin, die Mobiltelefone Nokia 6021 und LG KE 970, die 113 Tabletten (Methadon etc.) sowie die elektronische Waage ‚Solo‘ (Kapo GR, SD 4, Lager-Nr. X.) werden gestützt auf Art. 69 Abs. 1 StGB gerichtlich eingezogen und sind zu vernichten, soweit sie nicht verwertet werden können. b) Das beschlagnahmte Bargeld von CHF 3'700.-- (Empfangschein Nr. Y. vom 25.02.2008) wird gestützt auf Art. 70 Abs. 1 StGB gerichtlich eingezogen. 7. Von einer Ersatzforderung des Staates wird abgesehen. 8. (Kosten). 9.

(Rechtsmittelbelehrung): 10. (Mitteilung).“ In der Begründung führte es aus, A. habe anlässlich der Hauptverhandlung eingestanden, 2.455 kg Heroin zum Preis von Fr. 280.-- je 5 g verkauft und mindestens 345 g Heroin unentgeltlich weitergegeben zu haben. Dieses Geständnis werde durch das Untersuchungsergebnis abgedeckt. Bezüglich des Reinheitsgehaltes sei festzustellen, dass zwei Proben untersucht worden seien, wobei ein Reinheitsgehalt von 40% festgestellt worden sei. Es könne zwar nicht ausgeschlossen werden, dass beide Proben aus derselben Lieferung stammten. Trotzdem sei gestützt auf das übrige Untersuchungsergebnis davon auszugehen, dass der Reinheitsgehalt des von A. verkauften Heroins über die gesamte relevante Zeit 40% betragen habe. A.

Seite 8 — 38 habe demnach mit 1.12 kg reinem Heroin gehandelt. Er habe wissen müssen, dass es sich bei Heroin um eine harte Droge handle und eine verhältnismässig geringe Menge genüge, um eine Gemeingefahr zu begründen. Damit habe er in objektiver und subjektiver Hinsicht einen Qualifikationsgrund nach Art. 19 Ziff. 2 BetmG erfüllt. A. habe zudem an der Hauptverhandlung ausdrücklich bestätigt, dass er zwischen Sommer 2007 und Februar 2008 insgesamt 1.2 kg Heroin und 50 g Kokain konsumiert habe. Sein Geständnis stimme mit den übrigen Untersuchungsergebnissen überein, weshalb ohne weiteres darauf abgesehen werden könne. A. habe damit mehrfach gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG verstossen. Bezüglich der Strafzumessung hielt es fest, das Verschulden wiege schwer. A. habe über den Zeitraum von rund einem halben Jahr eine grosse Menge reines Heroin in Umlauf gebracht. Er habe gewusst, dass der Konsum von harten Drogen gravierende gesundheitliche Probleme mit sich bringe. Seine Tätigkeit sei nicht aus eigenem Antrieb, sondern durch die Verhaftung gestoppt worden. Es erscheine eine Einsatzstrafe von 60 Monaten als angemessen. Diese sei aufgrund der hohen Menge eines besonders gefährlichen Betäubungsmittels, die A. in Umlauf gebracht habe, aufgrund der erneuten Straffälligkeit innerhalb der Probezeit der Verurteilung durch die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 10. November 2006 sowie aufgrund der einschlägigen Vorstrafe auf 72 Monate zu erhöhen. Strafschärfungsgründe seien keine vorhanden. Strafmindernd werde der schwere Schicksalsschlag, den A. in seiner Jugend erlitten habe und der Auslöser der Drogenproblematik gewesen sei, der Umstand, dass A. nicht aus finanziellen Motiven gehandelt habe, sondern um seine Sucht zu finanzieren, sein Verhalten während der Strafuntersuchung und in der Untersuchungshaft sowie die Tatsache, dass er sich um ein drogenabstinentes Leben bemühe, zu Gute gehalten. Am stärksten strafmindernd wirke das vollumfängliche Geständnis. Die Strafe sei aus diesen Gründen auf 54 Monate zu reduzieren. Strafmildernd sei die vom Gutachter attestierte leichte bis mittelgradige Verminderung der Schuldfähigkeit zu berücksichtigen, welche zu einer weiteren Reduktion der Strafe um 18 Monate führe. Eine Strafe von 36 Monaten sei dem Verschulden von A. somit angemessen. Bei dieser Strafhöhe sei aus objektiver Sicht der teilbedingte Strafvollzug möglich. Für gute Bewährungsaussichten spräche seine Arbeit bei der VV. in II., die er gemäss Arbeitszeugnis zur vollen Zufriedenheit seines Arbeitgebers erfülle. Jedoch habe er diese Arbeitsstelle auch schon im Zeitpunkt der Straftaten innegehabt, was ihn nicht davon abgehalten habe, straffällig zu werden. A. habe sich weiter im Strafverfahren einsichtig gezeigt. Die gute Beziehung zu den Eltern habe allerdings schon früher bestanden und ihn nicht von seinen Straftaten abgehalten. Im Zusammenhang mit dem begonnenen Methadonprogramm seien A. ernsthafte Bemühungen zuzugestehen, von der Drogenproblematik wegzukommen. Es sei aber auch zu er-

Seite 9 — 38 wähen, dass er die ihm mit der Entlassung aus der Untersuchungshaft und der angeordneten Ersatzmassnahme gewährte Chance nicht genügend ernst genommen habe und je einmal positiv auf Cannabis und auf Methadon getestet worden sei, obwohl er damals noch nicht im Methadonprogramm gewesen sei. Zudem habe der Verdacht bestanden, dass er sich einmal der Urinprobe einer Drittperson bedient habe. Es bestünden trotz einzelner positiver Entwicklungen gewichtige Umstände, die zu einer negativen Prognose führten. Gemäss Gutachten bestehe eine erhöhte Rückfallgefahr, der zwar durch eine adäquate suchtspezifische Behandlung entgegen gewirkt werden könne. Dies genüge aber nicht, um A. den Ernst der Lage vor Augen zu führen. Eindeutig gegen gute Bewährungsaussichten sprächen schliesslich die Vorstrafen. Zudem habe er während laufender Probezeit erneut delinquant. Es müsse ihm eine schlechte Prognose gestellt werden. Bereits die Schwere des Verschuldens würde im übrigen einen teilbedingten Strafvollzug kaum rechtfertigen. Der teilbedingte Strafvollzug könne somit nicht gewährt werden. Gegen die Anrechnung der erstandenen Polizei- und Untersuchungshaft spreche nichts. Für die mehrfache Widerhandlung gegen Art. 19a Ziff. 1 BetmG sei eine Busse von Fr. 500.-- angemessen. Im weiteren sei der mit Urteil vom 10. November 2006 der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis gewährte bedingte Strafvollzug zu widerrufen, da eine Schlechtprognose gestellt werden müsse. Daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass die neue Strafe unbedingt ausgesprochen werde. Dies werde durch den Umstand, dass für die während der Probezeit begangenen Delikte ein schweres Verschulden anzunehmen sei, zumindest aufgehoben. Es seien gemäss Gutachten im weiteren die Voraussetzungen für eine ambulante Massnahme im Sinne von Art. 63 StGB erfüllt, weshalb eine solche angeordnet werde. Der Gutachter habe auch darauf hingewiesen, dass die ambulante Behandlung vollzugsbegleitend durchgeführt werden könne, weshalb die Voraussetzungen für den Aufschub der Strafe nicht gegeben seien. Die ambulante Behandlung habe gleichzeitig mit dem Strafvollzug zu beginnen. Weiter zog die Vorinstanz die beschlagnahmten Gegenstände und Vermögenswerte ein und verzichtete gleichzeitig auf die Erhebung einer Ersatzabgabe. E. Gegen dieses Urteil erhob A., vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Carmen Vanoni, mit Eingabe vom 16. Februar 2009 beim Kantonsgericht von Graubünden Berufung mit folgendem Rechtsbegehren: „A. Verfahrensanhträge 1. Die Unterzeichnende sei für das Berufungsverfahren als amtliche Verteidigerin von A. einzusetzen. 2. Es sei eine mündliche Berufungsverhandlung durchzuführen.

Seite 10 — 38 B. Materiellrechtliche Anträge 1. Die gemäss Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichtes Plessur vom 9. Januar 2009 ausgefallte Freiheitsstrafe von 36 Monaten sei auf 28 Monate zu reduzieren und dem Berufungskläger sei der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren. Der unbedingt zu vollziehende Teil sei auf 6 Monate und der aufzuschiebende Teil auf 22 Monate festzusetzen. 2. Eventualiter sei der Berufungskläger zu einer teilbedingten Strafe nach richterlichem Ermessen zu verurteilen. 3. Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Plessur vom 9. Januar 2009 sei aufzuheben. Auf den Widerruf der von der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis mit Strafbefehl vom 10. November 2006 bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 3 Monaten sei zu verzichten. 4. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge.“ In der Begründung führte seine Verteidigerin an, weder die Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz an sich noch die umgesetzte Betäubungsmittelmenge würden bestritten. Jedoch könne der Vorinstanz insoweit nicht gefolgt werden, als sie von einem Reinheitsgrad von 40% ausgehe. Sie habe dabei auf zwei Proben sowie auf Aussagen des Berufungsklägers und von Abnehmern während der

Strafuntersuchung abgestellt. Diese Hinweise könnten jedoch keinen Beweis für die Annahme eines ausserordentlich hohen Reinheitsgehaltes von 40% erbringen. So liessen sich bei objektiver Betrachtung den Aussagen von A. deutliche Zweifel an einem solch hohen Reinheitsgehalt entnehmen. An der Hauptverhandlung habe A. weiter erklärt, dass der Reinheitsgehalt nicht über die gesamte Zeitspanne so hoch gewesen sein könne. Verschiedene Abnehmer hätten zwar ausgesagt, dass die Qualität mittel bis gut gewesen sei. Da es sich mehrheitlich um süchtige Konsumenten gehandelt habe, seien ihre Aussagen aber nicht sehr zuverlässig. Zudem betrage der durchschnittliche Reinheitsgrad bei Schwarzmarktheroin in Europa 5% bis 15%, selten über 20%, sodass die Abnehmer schon etwa 20-prozentiges Heroin als qualitativ gut einschätzen würden. A. hätte bei einem Reinheitsgehalt von 40% seinen täglichen Konsum von 5 g oder sogar 7 g Heroin auf die Dauer auch gar nicht überlebt. Ebenso hätten Abnehmer, die nur Gelegenheitskonsumenten gewesen seien oder die Droge intravenös konsumiert hätten, massive gesundheitliche Probleme bekommen. Dies sei aber nicht der Fall gewesen. Zudem stelle das Bezirksgericht auf das Ergebnis einer einzigen Probe ab, obwohl A. unter etwa 44 Malen in SS. Heroin erworben habe. Es sei unter diesen Umständen nicht ein Reinheitsgehalt von 40% anzunehmen, sondern ein solcher von 21%. Das Bezirksgericht habe aufgrund der umgesetzten Menge eine Einsatzstrafe von 60 Monaten

Seite 11 — 38 angenommen. Diese sei relativ hoch. Die Vorinstanz sei nämlich zu Unrecht von einem schweren Verschulden ausgegangen. Es sei A. vielmehr zu Gute zu halten, dass er nicht mit Gewinnabsicht gehandelt habe, sondern einzig und allein zur Finanzierung seiner starken Sucht. Daneben sei die Einsatzstrafe aufgrund des niedrigeren Reinheitsgehaltes von 21% ganz erheblich zu reduzieren. Da das Strafmass nicht linear zur Betäubungsmittelmenge ansteige, könne die Einsatzstrafe aber nicht einfach halbiert werden. Als Anhaltspunkt diene jedoch eine Tabelle aus dem Kommentar von Fingerhuth/Tschurr. Bei der vorliegend umgesetzten Menge reinen Heroins sei demgemäss von einer Einsatzstrafe von etwa 43 Monaten auszugehen. Aufgrund der vorhandenen Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe sei eine Reduktion von 15 Monaten angemessen, so dass eine Freiheitsstrafe von 28 Monaten auszusprechen sei. Im weiteren dürfe A. keine schlechte Prognose gestellt werden. Es sei aus dem Urteil des Bezirksgerichts zu wenig klar ersichtlich, dass A. nach der Entlassung aus der Untersuchungshaft eine grundlegende Änderung seines Lebenswandels vorgenommen habe. Er habe seit seiner Verhaftung keine illegalen Drogen mehr konsumiert. Seine Drogenfreiheit sei regelmässig nachgewiesen worden. A. habe sich vollständig von der Drogenszene distanziert, habe sich ein neues Umfeld aufgebaut. Er habe seit seiner Haftentlassung zu 100% gearbeitet. Dieser Arbeitsvertrag sei in der Zwischenzeit leider und ohne Verschulden von A. aufgelöst worden. Er bemühe sich aber intensiv um eine neue Stelle; es bestehe auch die Möglichkeit, dass A. in ein neues Einsatzprogramm einsteigen könne. Das Bezirksgericht habe im weiteren die Einsicht und Reue, die A. seit der ersten polizeilichen Einvernahme gezeigt habe, nur ungenügend gewürdigt. Einsicht und Reue seien wichtige Voraussetzungen für eine günstige Prognose. Auch sei der, abgesehen von den Vorstrafen, durchwegs gute Leumund zu berücksichtigen, was die Vorinstanz unterlassen habe. Es werde schliesslich bestritten, dass A. die ihm mit der Entlassung aus der Untersuchungshaft und der angeordneten Ersatzmassnahme gewährte Chance nicht genügend ernst genommen habe. Er habe Cannabis gelegentlich konsumiert, weil er unter Schlafproblemen gelitten habe. Er habe dies bei der Abgabe von Urinproben auch so kommuniziert und man habe ihm gesagt, ein allfälliger Cannabiskonsum werde nicht

kontrolliert. Es könne ihm diesbezüglich also kein Vorwurf gemacht werden. Er habe auch einmal eine Restportion Methadon, die er noch zu Hause gehabt habe, im Zusammenhang mit seinen Schlafproblemen konsumiert. In der Folge habe er in Absprache mit dem Bezirksgerichtspräsidenten ein Methadonprogramm begonnen. A. habe die Anordnungen der Ersatzmassnahme also sehr ernst genommen. Im weiteren werde im psychiatrischen Gutachten bezüglich der Rückfallgefahr ausdrücklich festgehalten, diese sei als hoch einzuschätzen, solange die zugrunde liegende Heroinabhängigkeit nicht adäquat

Seite 12 — 38 behandelt werde und in bisherigem Ausmass fortbestehe. Das Bezirksgericht habe aber eine ambulante Massnahme angeordnet. A. sei dazu bereit und motiviert. Die Anordnung einer ambulanten Massnahme könne massgebend für eine günstige Prognose sein. Somit könnte A. einzig aufgrund der einschlägigen Vorstrafe eine Schlechtprognose gestellt werden. Dem Rückfall komme aber keine vorrangige Bedeutung zu. Die einschlägige Vorstrafe sei acht Jahre alt und beschlage einen leichten Fall von Betäubungsmittelhandel. Die letzte Verurteilung von A. sei nur nebensächlich wegen geringem Heroinkonsum erfolgt. Der Grund für die Straffälligkeit in der Probezeit habe in der Notwendigkeit bestanden, seine Heroinsucht zu finanzieren. Die vom Bezirksgericht angeführten negativen Elemente könnten somit widerlegt werden. Schliesslich habe die Vorinstanz das Verhalten von A. nach der Tat, insbesondere während des Strafverfahrens, nicht berücksichtigt. Es könne unter Berücksichtigung aller Umstände also durchaus eine günstige Prognose gestellt werden. Es rechtfertige sich, den zu vollziehenden Strafteil auf sechs Monate und den aufzuschiebenden auf 22 Monate festzusetzen. Weil eine gute Prognose gestellt werden könne, sei zudem auf den Widerruf der Vorstrafe zu verzichten. Der zu vollziehende Strafteil von sechs Monaten werde schon eine erhebliche Warnwirkung entfalten, so dass auch in dieser Hinsicht auf den Widerruf der Vorstrafe verzichtet werden könne. Zudem würde ein Widerruf den zu vollziehenden Strafteil erheblich verlängern, was sich auf die Zukunftsaussichten von A. sehr negativ auswirken würde. F. Mit Schreiben vom 4. März 2009 verzichtete die Staatsanwaltschaft Graubünden und mit Schreiben vom 9. März 2009 das Bezirksgericht Plessur auf die Einreichung einer Vernehmlassung. G. An der Hauptverhandlung vor der I. Strafkammer des Kantonsgerichts von Graubünden am 6. Mai 2009 waren A. und seine Verteidigerin, Rechtsanwältin lic. iur. Carmen Vanoni, anwesend. Die Staatsanwaltschaft hatte schriftlich auf eine Teilnahme verzichtet. Gegen die Zuständigkeit und die Zusammensetzung des Gerichts wurden keine Einwände erhoben. Im Rahmen der Befragung bestätigte A. seine bereits früher gemachten Aussagen. Die Verteidigerin hielt sich in ihrem Plädoyer im weiteren weitgehend an die bereits in der Berufung gemachten Ausführungen. Anschliessend erhielt A. die Gelegenheit zum Schlusswort. Er erklärte, er wisse, dass er einen riesigen Fehler gemacht habe. Er habe sich selbst viele Steine in den Weg gelegt. Aber er könne es nicht rückgängig machen. Er hoffe auf eine Chance und er hoffe auch, dass er sein Leben weiterhin im Griff behalten könne.

Seite 13 — 38 H. Auf die weiteren Ausführungen im angefochtenen Urteil, in der Berufungsschrift, im Sachvortrag an der mündlichen Berufungsverhandlung sowie in der persönlichen Befragung von A. wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. Die I. Strafkammer zieht in Erwägung : 1. Gegen Urteile und Beschlüsse der Bezirksgerichte können der Verurteilte, das Opfer und der Staatsanwalt beim Kantonsgericht gemäss Art. 141 Abs. 1 StPO innert 20 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung des angefochtenen Entscheides Berufung einlegen. Diese ist zu begründen und

hat darzutun, welche Mängel des erstinstanzlichen Entscheides oder Gerichtsverfahrens gerügt werden und ob das ganze Urteil oder lediglich Teile davon angefochten werden (Art. 142 Abs. 1 StPO). Diesen Anforderungen vermag die vorliegende Berufung zu genügen. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Berufung ist daher einzutreten. 2. Für das Berufungsverfahren ist zu beachten, dass der I. Strafkammer des Kantonsgerichts als Berufungsinstanz grundsätzlich eine umfassende, uneingeschränkte Kognition - auch mit Bezug auf Ermessensfehler, bei deren Prüfung sie sich aber eine gewisse Zurückhaltung auferlegt - zukommt (Art. 146 Abs. 1 StPO). Sie überprüft das vorinstanzliche Urteil jedoch nur im Rahmen der in der Berufung oder Anschlussberufung gestellten Anträge. Wenn die Aktenlage die Beurteilung zulässt und keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt oder der Mangel geheilt ist, entscheidet die Strafkammer des Kantonsgerichts in der Sache selber (Art. 146 Abs. 2 StPO e contrario), eine Rückweisung an die Vorinstanz bildet die Ausnahme (Padrutt, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Graubünden, 2. Auflage, Chur 1996, S. 375 f.). 3. A. stellt in der Berufungsschrift den Antrag, Rechtsanwältin lic. iur. Carmen Vanoni sei ihm als amtliche Verteidigerin beizugeben. Zieht der Angeklagte nicht einen privaten Verteidiger auf eigene Kosten bei, so bestellt ihm der Präsident unter Berücksichtigung berechtigter Wünsche einen amtlichen Verteidiger, wenn die Anklage vor Gericht mündlich vertreten wird, wenn die Anklage eine Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren oder eine Massnahme im Sinne von Art. 59, Art. 60, Art. 61 und Art. 64 StGB beantragt oder wenn die tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeit des Falles es rechtfertigt (Art. 144 Abs. 2 StPO in Verbindung mit Art. 102 Abs. 1 StPO). Dabei unterscheidet das Gesetz nicht, ob die Freiheitsstrafe bedingt beziehungsweise teilbedingt oder unbedingt beantragt wird. Vorliegend wurde von der Anklage eine Freiheitsstrafe von 40 Monaten sowie eine Busse von Fr. 500.--

Seite 14 — 38 beantragt und von der Vorinstanz eine Freiheitsstrafe von 36 Monaten sowie eine Busse von Fr. 500.-- zum Urteil erhoben. A. hat mithin gemäss Gesetz Anspruch auf einen amtlichen Verteidiger. Die beantragte amtliche Verteidigung durch Rechtsanwältin lic. iur. Carmen Vanoni wird daher bewilligt. 4. Das Kantonsgerichtspräsidium kann gemäss Art. 144 Abs. 1 StPO eine mündliche Berufungsverhandlung von Amtes wegen oder auf Antrag durchführen, wenn die persönliche Befragung des Angeklagten für die Beurteilung der Streitsache wesentlich ist. Auf die Berufungsverhandlung finden unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen die Vorschriften der Strafprozessordnung über das Gerichtsverfahren sinngemäss Anwendung (vgl. Art. 144 Abs. 2 StPO). A. hat in seiner Berufung vom 16. Februar 2009 die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung beantragt. Mit der Vorladung zur Berufungsverhandlung vom 6. Mai 2009 (vgl. Verfügung vom 11. März 2009, act. 05) sowie der Durchführung der Berufungsverhandlung selbst wurde diesem Antrag entsprochen. 5. In der Berufungsschrift sowie im mündlichen Plädoyer hat die Verteidigerin ausgeführt, A. wehre sich nicht gegen die Verurteilung an sich. Er anerkenne sowohl die Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz als auch die umgesetzte Betäubungsmittelmenge von 2.8 kg gestrecktem Heroin vollumfänglich. In der weiteren Begründung wendet sie sich dann gegen den von der Vorinstanz angenommenen Reinheitsgrad von 40% und macht geltend, dass lediglich ein solcher von 21% als nachgewiesen erachtet werden könne. Auch bei einem Reinheitsgehalt von 21% übertrifft die von A. gehandelte Menge an reinem Heroin den Grenzwert zu einem qualifizierten Fall der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz offensichtlich bei weitem. Das Argument der Verteidigung, es sei von einem erheblich niedrigeren Reinheitsgrad auszugehen, richtet sich in seinem Inhalt

mithin nicht gegen die Verurteilung wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 BetmG. Es geht vielmehr augenscheinlich um die Strafzumessung, bei welcher die gehandelte Menge reinen Heroins auch ein Kriterium darstellt. Damit aber anerkennt A. den vorinstanzlichen Schuldspruch (vgl. auch das Rechtsbegehren in der Berufung, gemäss welchem der Schuldspruch nicht angefochten wird). Nachdem die Staatsanwaltschaft Graubünden weder Berufung noch Anschlussberufung erhoben hat, hat sich die I. Strafkammer somit mit dem vorinstanzlichen Schuldspruch nicht weiter zu befassen. Aus dem Rechtsbegehren und der Begründung in der Berufung geht im weiteren hervor, dass sich A. auch nicht gegen die für den Eigenkonsum ausgesprochene Busse, gegen die Anrechnung der erstandenen Untersuchungshaft, gegen die Anordnung einer ambulanten Massnahme, gegen den Nichtaufschub des Strafvollzugs zugunsten der ambulanten Massnahme sowie gegen die

Seite 15 — 38 Einziehung verschiedener Gegenstände und Vermögenswerte wendet. Auch diese Punkte sind somit nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens geworden und die I. Strafkammer des Kantonsgerichts hat sie nicht weiter zu prüfen. Die Berufung richtet sich mithin gegen die Strafzumessung durch die Vorinstanz bezüglich der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 BetmG und in deren Rahmen auch gegen den von der Vorinstanz angenommenen Reinheitsgrad des gehandelten Heroins, gegen die Verweigerung des teilbedingten Strafvollzugs sowie gegen den Widerruf des bedingten Strafvollzugs, welchen die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis mit Strafbefehl vom 10. November 2006 für eine dreimonatige Freiheitsstrafe gewährt hat. Die I. Strafkammer hat folglich zunächst festzustellen, von welchem Reinheitsgrad aufgrund der Beweislage auszugehen ist. Danach hat sie die Strafzumessung durch die Vorinstanz mit Bezug auf die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu überprüfen. Anschliessend ist die Frage zu beantworten, ob der teilbedingte Strafvollzug gewährt werden kann. Und schliesslich ist über den Widerruf des bedingten Strafvollzuges der letzten Vorstrafe zu entscheiden. 6. Während die Vorinstanz im angefochtenen Urteil von einem Reinheitsgehalt von 40% ausgegangen ist, macht A. geltend, es müsse aufgrund der Aktenlage der viel tiefere Wert von 21% angenommen werden. Die I. Strafkammer des Kantonsgerichts hat daher die Frage zu entscheiden, von welchem Reinheitsgrad aufgrund der Beweislage auszugehen ist. a) Bei der Würdigung der Beweismittel entscheidet das Gericht nach Art. 144 Abs. 2 StPO in Verbindung mit Art. 125 Abs. 2 StPO auch im Berufungsverfahren nach freier Überzeugung (vgl. Schmid, Strafprozessrecht, 4. Auflage, Zürich 2004, N 286). Die Beweislast für die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat liegt dabei grundsätzlich beim Staat (vgl. Padrutt, a.a.O., S. 306). An den Beweis der zur Last gelegten Tat sind hohe Anforderungen zu stellen. Verlangt wird mehr als eine blosser Wahrscheinlichkeit, nicht aber ein absoluter Beweis der Täterschaft. Nach der aus Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK fliessenden Beweiswürdigungsregel „in dubio pro reo“ darf sich der Strafrichter jedoch nicht von der Existenz eines für den Angeklagten ungünstigen Sachverhaltes überzeugt erklären, wenn bei objektiver Betrachtung Zweifel an den tatsächlichen Voraussetzungen für ein verurteilendes Erkenntnis bestehen (vgl. BGE 124 IV 87 f.). Bloss theoretische und abstrakte Zweifel sind indessen nicht massgebend, weil solche immer möglich sind und absolute Gewissheit nicht verlangt werden kann. Es muss sich vielmehr um erhebliche und nicht zu unterdrückende Zweifel handeln, das heisst um solche, die sich nach der objektiven Rechtslage aufdrängen (vgl. BGE 130 Ia 37). Aufgabe des Richters ist es, ohne Bindung an Beweisregeln die an sich möglichen Zweifel zu überwinden

Seite 16 — 38 und sich mit Überzeugung für einen bestimmten Sachverhalt zu entscheiden, wobei die Bildung der Überzeugung objektivier- und nachvollziehbar sein muss. Die Schuld des Angeklagten muss sich dabei auf vorgelegte Beweise stützen, die vernünftige Zweifel in ausschliessender Weise zu beseitigen vermögen (vgl. PKG 1987 Nr. 12). Es ist anhand sämtlicher sich aus den Akten ergebenden Umstände zu untersuchen, ob die Darstellung der Anklage oder jene des Angeklagten den Richter zu überzeugen vermag. Erst wenn eine solche Überzeugung weder in der einen noch in der anderen Richtung zu gewinnen ist, muss gemäss dem Grundsatz „in dubio pro reo“ der für den Angeklagten günstigere Sachverhalt angenommen werden und es hat allenfalls ein Freispruch zu erfolgen (vgl. Padrutt, a.a.O., S. 307; Schmid, a.a.O., N 286; BGE 127 I 40 E 2). b) Zu den verschiedenen Beweismitteln ist auszuführen, dass der Grundsatz der freien Beweiswürdigung eine Rangordnung verbietet, was bedeutet, dass alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind. Insbesondere sind die Aussagen von Zeugen, Auskunftspersonen und sogar Angeschuldigten vollgültige Beweismittel mit derselben Beweiseignung. Entscheidend ist mit anderen Worten allein die Beweiskraft der konkreten Beweismittel im Einzelfall (Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel 2005, § 54 N 5). Wesentlich können auch so genannte Indizien sein (vgl. Schmid, a.a.O., N 290). Bei der Würdigung der Beweise ist weniger die Form, sondern vielmehr der Inhalt, das heisst deren innere Autorität massgebend (Schmid, a.a.O., N 290). Entsprechend interessiert im Rahmen des Gerichtsverfahrens nicht in erster Linie die persönliche Glaubwürdigkeit des Angeschuldigten oder von Zeugen, sondern die sachliche Glaubhaftigkeit ihrer konkreten Aussagen (vgl. Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozess mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, Zürich 1974, S. 311 f.). Als Kennzeichen wahrheitsgetreuer Aussagen sind dabei die innere Geschlossenheit und Folgerichtigkeit in der Darstellung des Geschehens sowie die konkrete und anschauliche Wiedergabe des Erlebten zu werten (vgl. im Detail: Arntzen/Michaelis-Arntzen, Psychologie der Zeugenaussage, System der Glaubwürdigkeitsmerkmale, 3. Auflage, München 1993). c) Am 21. Februar 2008 konnten bei A. insgesamt 13.2 g Heroin sichergestellt werden. Eine Analyse dieses Heroins ergab einen Reinheitsgehalt von 40% (Analysebericht vom 17. März 2008, act. 4.4, S. 3). Bereits am 20. Februar 2008 wurde bei B. Heroin sichergestellt, das dieser bei A. gekauft hatte. Die Analyse dieses Heroins ergab ebenfalls einen Reinheitsgehalt von 40% (Analysebericht vom 17. März 2008, act. 4.5, S. 5). Ebenso zeigte sich, dass in den beiden Proben genau dieselben Streckmittel in der jeweils gleichen Konzentration vorhanden waren. Die

Seite 17 — 38 Vermutung, die beiden Proben würden aus der gleichen Lieferung stammen, ist unter diesen Umständen sehr naheliegend und zugleich sehr wahrscheinlich, insbesondere da die Streckmittel in genau der gleichen Zusammensetzung enthalten waren. Weiteres Heroin, das A. zuzuordnen wäre, wurde nicht gefunden. Die Verteidigung macht nun geltend, dass von diesen zwei Proben, die wohl aus derselben Lieferung stammten, nicht auf den Reinheitsgrad des gesamten von A. verkauften Heroins geschlossen werden könne, habe A. doch über einen Zeitraum von ungefähr sechs Monaten in etwa 44 Malen in SS. Heroin eingekauft. Dazu ist zum einen festzustellen, dass A. das Heroin in SS. immer bei derselben Quelle bezogen hat. Dies spricht dafür, dass es sich zumeist in etwa um dieselbe Qualität gehandelt haben dürfte. Andererseits erscheint ein Reinheitsgehalt von 40% bei Heroin doch etwas hoch, wird auf dem Schwarzmarkt in Graubünden gemäss Erfahrung des Gerichts in der Regel doch weniger reines Heroin verkauft. Jedoch spricht der Umstand, dass A. innerhalb von nur etwas mehr als einem halben Jahr 2.8 kg Heroin

absetzen konnte, eindeutig dafür, dass es sich um recht gute Qualität gehandelt haben muss, ansonsten er nicht so viel hätte absetzen können und auch seine Abnehmer nicht immer wieder und zudem grössere Mengen bei ihm gekauft hätten. Die Abnehmer wiederum haben das Heroin als durchwegs gut (polizeiliche Einvernahme von H. vom 30. März 2008, act. 6.14, S. 3 Mitte), immer gut und stets von derselben Qualität (polizeiliche Einvernahme von G. vom 28. März 2008, act. 6.13, S. 4 oben), stets gut (polizeiliche Einvernahme von E. vom 26. März 2008, 6.11, S. 2), mittlere bis gute Qualität (polizeiliche Einvernahme von M. vom 14. März 2008, act. 6.9, S. 3 unten), mittelmässig, gelegentlich schwankend und gegen Ende besser (polizeiliche Einvernahme von K. vom 12. März 2008, act. 6.7, S. 3 oben) und durchschnittlich gut (polizeiliche Einvernahme von C. vom 4. März 2008, act. 6.3, S. 4 Mitte) bezeichnet. Diese Aussagen deuten darauf hin, dass das Heroin zwar überwiegend von guter Qualität war, dass A. aber immerhin teilweise auch weniger gutes Heroin verkaufte. Im übrigen ist der Verteidigerin entgegen zu halten, dass nicht ersichtlich ist, weshalb Drogenkonsumenten nicht zuverlässig über die Qualität des von ihnen konsumierten Betäubungsmittels Auskunft geben können sollten. Vielmehr kennen sie dessen Wirkung aus eigener Erfahrung und sind so, besonders wenn sie schon eine gewisse Zeit Drogen konsumieren, durchaus in der Lage, die Qualität abzuschätzen und recht zuverlässig wiederzugeben. A. selbst hat gegenüber der Polizei am 31. März 2008 ausgeführt, er habe nicht gewusst, dass der Reinheitsgrad so hoch gewesen sei, er sei überrascht. Er habe gedacht, dass die Qualität nicht so gut sei, weil er einen so hohen Eigenbedarf gehabt habe. Zu Beginn hätten die Konsumenten gelegentlich gesagt, dass das Heroin gute Qualität habe. Diese habe nie gross variiert (act. 5.19, S. 2). Beim Untersuchungsrichter wiederum

Seite 18 — 38 hielt A. am 11. Juli 2008 fest, das Heroin sei seiner Ansicht nach zu Beginn besser gewesen. Er habe nie den Eindruck gehabt, der Reinheitsgehalt sei so hoch gewesen (act. 5.23). Zunächst ist festzustellen, dass bezüglich des von A. angegebenen, ausserordentlich hohen Eigenbedarfs gewisse Zweifel bestehen, was weiter unten näher erläutert wird. A. hat gegenüber dem Untersuchungsrichter während der Einvernahme vom 11. Juli 2008 im übrigen selbst darauf hingewiesen, dass er allenfalls auch weniger konsumiert habe als angegeben (act. 5.23, S. 6 oben). Seine Angaben zum Konsum sind daher sehr zurückhaltend zu würdigen. Weiter hatte A. die Heroinlieferung, aus welcher die zwei analysierten Proben stammten, offenbar schon weitgehend verkauft und konsumiert, ansonsten kaum die Notwendigkeit bestanden hätte, am 21. Februar 2008, dem Tag seiner Verhaftung, bereits wieder 100 g Heroin in SS. holen zu wollen (polizeiliche Einvernahme vom 21. Februar 2008, act. 5.1, S. 1). In keiner einzigen Einvernahme hat er jedoch ausgeführt oder auch nur angedeutet, die zuletzt verkaufte und konsumierte Lieferung (von welcher die zwei analysierten Proben stammten) sei besonders gut gewesen. Vielmehr hat er gerade erklärt, die Qualität des Heroins sei zu Beginn besser gewesen, habe aber nie stark variiert. Dieses Aussageverhalten spricht eindeutig dagegen, dass die letzte Lieferung sich in Bezug auf die Qualität von den früheren Lieferungen abgehoben hätte. Und schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass A. das Heroin massiv teurer verkaufte, als er es in SS. erwarb. Auch dies weist darauf hin, dass es sich nicht um weniger gute Qualität gehandelt haben kann, sind die Abnehmer doch erfahrungsgemäss nicht bereit, über längere Zeit für schlechtere Qualität gleich viel zu bezahlen wie für gute Qualität. Es kann aufgrund der Aussagen der Konsumenten und von A. selbst sowie aufgrund des Verkaufspreises, den A. verlangte, somit davon ausgegangen werden, dass das Heroin in der Regel von guter Qualität war. Heroin guter Qualität weist auf dem schweizerischen Schwarzmarkt bei

Kleinst- und Kleinmengen bis 100 g einen durchschnittlichen Reinheitsgrad von ungefähr 40% auf (vgl. SJZ 95 [1999] S. 511). Da die Qualität des Heroins, welches A. verkaufte, offenbar aber doch gewissen Schwankungen unterworfen war, was zu Gunsten von A. aus den Aussagen der Abnehmer gefolgert werden kann, rechtfertigt es sich, den Reinheitsgrad tiefer anzusetzen. Dabei entspricht jedoch der von der Verteidigung geltend gemachte Reinheitsgrad von 21% bei Heroin in Kleinst- und Kleinmengen lediglich einer durchschnittlichen Qualität (vgl. SJZ 95 [1999] S. 511). Weil vorliegend von zumeist guter Qualität auszugehen ist, erweist sich ein Reinheitsgehalt von 21% folglich als zu niedrig. Unter Würdigung sämtlicher Umstände gelangt die I. Strafkammer des Kantonsgerichts zum Schluss, dass von einem Reinheitsgrad von 30% ausgegangen werden muss. Daran vermögen die weiteren Argumente der Verteidigung nichts zu ändern. Zunächst wird der von der Ver-

Seite 19 — 38 teidigung geltend gemachte Wert für den durchschnittlichen Reinheitsgrad von Heroin auf dem europäischen Schwarzmarkt im von der Verteidigung angeführten Artikel aus dem Internetlexikon Wikipedia (Stichwort „Heroin“) selbst relativiert, indem in diesem Artikel wiederholt ein Hinweis angebracht ist, dass der Artikel oder der Abschnitt nicht genügend belegt sei und daher möglicherweise bald gelöscht werde. Es stellt sich damit die Frage, wie verlässlich die in diesem Artikel enthaltenen Informationen sind. Zweifel an der Zuverlässigkeit der Angaben ergeben sich auch daraus, dass an einer Stelle des Artikels davon gesprochen wird, der durchschnittliche Reinheitsgrad betrage für Schwarzmarktheroin in Europa zwischen 5% und 15%, selten über 20%, worauf die Verteidigung in ihrer Berufung und im Plädoyer Bezug genommen hat, während an anderer Stelle des gleichen Artikels der durchschnittliche Reinheitsgehalt für braunes Heroin (Heroinbase) mit 15% bis 25% beziffert und derjenige für weisses Heroin gar mit 45% bis 71% angegeben wird. Die Angaben variieren im Artikel selbst somit dermassen stark, dass nicht auf sie abgestellt werden kann. Gleichzeitig weist der Artikel auch auf die massiven Unterschiede in den einzelnen Ländern hin. Selbst wenn man den Widerspruch bezüglich des Reinheitsgrades ausser Acht lassen würde, würden die im Artikel aufgezeigten erheblichen Unterschiede zwischen den Ländern klar belegen, dass die genannten Zahlen nicht unbesehen auf ein Land übertragen werden können. Sogar wenn im europäischen Durchschnitt ein Reinheitsgrad von unter 20% angenommen werden müsste, hiesse dies mithin noch nicht, dass dieser Durchschnittswert auch für die Schweiz zutreffen würde. Schliesslich lässt sich aus dem Artikel auch nicht entnehmen, wie der angegebene Reinheitsgrad in Relation zur Qualität steht, mit anderen Worten, ob er sich nur auf eine bestimmte Qualitätsstufe bezieht (und wenn ja, auf welche?) oder ob er sämtliche analysierten Proben umfasst und damit über den Reinheitsgrad einer bestimmten Qualitätsstufe überhaupt nichts aussagt. Es besteht klarerweise die Vermutung, dass das zweite zutrifft. Aus den genannten Zahlen kann A. mithin nichts zu seinen Gunsten ableiten. Weiter macht die Verteidigung geltend, bei einem so hohen Reinheitsgehalt, wie ihn die Staatsanwaltschaft und die Vorinstanz annähmen, hätte A. seinen massiven Eigenkonsum von schlussendlich 5 g bis sogar 7 g Heroin täglich gar nicht ohne gesundheitliche Probleme überstanden. Auch zeige der Umstand, dass A. in der Untersuchungshaft nur gerade ein paar wenige Tage auf Methadon angewiesen gewesen sei und kaum Entzugerscheinungen gehabt habe, dass das von ihm konsumierte Heroin nicht sehr rein gewesen sein könne. Dem ist nicht zuzustimmen. Denn das (reine) Heroin als Substanz führt entgegen der landläufigen Annahme auch in hohen Dosen zu keiner Organvergiftung (vgl. zum Beispiel Schweizerische Fachstelle für Alkohol- und andere

Drogenprobleme sfa/ispa, Dokumentation zu Heroin unter www.sfa-ispa.ch).

Seite 20 — 38 Es sind vielmehr die beigemischten Substanzen, die ein erhebliches Gesundheits- risiko darstellen können. Die ausserordentlich grosse Konsummenge von täglich bis zu 7 g Heroingemisch, welche A. angegeben hat, spricht mithin in keiner Weise dafür, dass der Reinheitsgrad und damit der Anteil an reinem Heroin nicht in der Grössenordnung gewesen sein können, wie sie die Analyse der aufgefundenen Heroinproben ergab. Die Frage, die sich aufgrund des hohen Reinheitsgehaltes viel eher stellen würde, wäre jene der Überdosierung. Jedoch ist in diesem Zusammen- hang zu sagen, dass A. seit sehr vielen Jahren Heroin konsumierte und in dieser langen Zeit ohne Zweifel eine starke Toleranz gegenüber Heroin entwickelt hatte. Kommt hinzu, dass nicht mit absoluten Werten gesagt werden kann, wo bei droge- nerfahrenen Personen die Grenze zu einer Überdosis liegt, weil diese Grenze ganz entscheidend von der entwickelten Toleranz, der körperlichen Verfassung, der Ge- sundheit etc. des Konsumenten abhängt. Im übrigen erscheint die von A. genannte tägliche Dosis im Vergleich mit den Erfahrungswerten des Gerichts als ausserge- wöhnlich hoch, selbst wenn man von einem Reinheitsgrad von nur 21% ausgehen würde. Dabei ist insbesondere auch zu bedenken, dass die Wirkung von Heroin nicht unendlich mit immer höheren Dosen gesteigert oder auch nur erhalten werden kann, denn aufgrund der immer stärkeren Toleranzbildung ist die euphorisierende Wirkung mit der Zeit nicht mehr auslösbar. Dann geht es den Konsumenten nur noch darum, die Entzugserscheinungen zu verhindern. Im übrigen entfaltet eine Do- sis Heroin in aller Regel und je nach Qualität während etwa sechs bis acht Stunden ihre Wirkung, so dass etwa vier Konsumationen pro Tag notwendig werden. Es ist nun aber nur schwer vorstellbar, dass A. pro Konsumation eine Dosis von gegen 2 g Heroingemisch zu sich genommen hat. Selbst wenn man von einer schlechten Qualität des Heroins ausgehen würde, was vorliegend von keiner Seite behauptet wird, wären wohl kaum mehr als sechs Konsumationen pro Tag notwendig gewe- sen. In diesem Fall hätte A. pro Konsumation mehr als 1 g Heroin zu sich nehmen müssen, was ebenso wenig wahrscheinlich erscheint. Neben der Menge an sich spricht nämlich auch die Art der Konsumation, welche A. praktiziert hat, nämlich das Schnupfen des Heroins, gegen eine dermassen hohe Dosis. Das Gericht kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass bei der angegebenen, sehr hohen Konsum- menge auch der (allenfalls unbewusste) Wunsch mitgespielt hat, die weitergege- bene Heroinmenge geringer zu halten. Und schliesslich hat A. – wie bereits früher erwähnt – gegenüber dem Untersuchungsrichter selbst eingestanden, dass die Konsumationsmenge auch geringer gewesen sein könne (untersuchungsrichterli- che Einvernahme vom 11. Juli 2008, act. 5.23, S. 6 oben). Die von A. genannten Tageskonsumationen sind nach Auffassung des Gerichts daher mit grösster Zurückhaltung zu würdigen. Die Argumentation der Verteidigung sticht jedoch

Seite 21 — 38 schon aufgrund der zuvor genannten Gründe ins Leere. Bezüglich des schnellen und problemlosen Entzugs in der Untersuchungshaft ist zu sagen, dass ein „kalter Entzug“ (ein Entzug ohne medikamentöse Unterstützung) bei Heroin in der Regel zwischen sieben und zehn Tagen dauert (vgl. zum Beispiel Schweizerische Fach- stelle für Alkohol- und andere Drogenprobleme sfa/ispa, a.a.O.). Dabei handelt es sich augenscheinlich nur um den körperlichen Entzug. Wenn nun A. unter Methadon mit abnehmender Dosierung den körperlichen Entzug innert sieben Tagen durch- laufen konnte (und aufgrund des Methadons auch nicht sehr schwere Entzugser- scheinungen erleben musste), so ist dies keineswegs überraschend und spricht auch nicht für einen geringen Reinheitsgehalt des von

ihm zuvor konsumierten Heroinen. Dass A. den psychischen Entzug in dieser kurzen Zeit nicht geschafft hat, zeigt sich im übrigen offenkundig schon darin, dass er nach der Entlassung aus der Untersuchungshaft eine Methadonbehandlung begonnen hat. Der problemlose körperliche Entzug zu Beginn der Untersuchungshaft erweist sich daher als nichts Aussergewöhnliches und A. kann aus diesem Grund nichts zu seinen Gunsten daraus ableiten. Im weiteren hat die Verteidigerin vorgebracht, auch bei den Abnehmern, die allenfalls nur Gelegenheitskonsumenten gewesen seien oder das Heroin intravenös konsumiert hätten, seien keine gesundheitlichen Probleme bekannt, was ebenso für einen tiefen Reinheitsgehalt spreche. Diesbezüglich ist auf das bereits Gesagte hinzuweisen, nämlich, dass reines Heroin keine Organvergiftung bewirkt, weshalb nicht der hohe Heroinanteil zu gesundheitlichen Schwierigkeiten geführt hätte, sondern die verwendeten Streckmittel, und dass es sich bei den bekannten Abnehmern um Personen handelt, die bereits vorher Heroin konsumiert und damit ohne Zweifel eine Toleranz entwickelt haben, weshalb nicht gesagt werden kann, ein so hoher Reinheitsgrad hätte bei ihnen zu einer Überdosierung führen müssen. Zudem ist bei keinem einzigen Abnehmer bekannt, in welcher Dosierung er das von A. gekaufte Heroin konsumiert hat. Aus den Aussagen beziehungsweise den zugegebenen Massen eingekauften Mengen und Zeiträumen muss jedoch immerhin geschlossen werden, dass die täglichen Dosen der Abnehmer erheblich kleiner waren, als diejenige, die A. für sich selbst angegeben hat. Die von der Verteidigung ins Feld geführten Argumente sprechen mithin nicht gegen einen Reinheitsgehalt von 30%. Damit steht fest, dass A. insgesamt 2.8 kg Heroingemisch mit einem Reinheitsgehalt von durchschnittlich 30%, was 840 g reinem Heroin entspricht, verkauft beziehungsweise verschenkt hat. 7. Nachdem die Frage des Reinheitsgrades geklärt ist, ist in einem nächsten Schritt die von der Vorinstanz vorgenommene Strafzumessung bezüglich der Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 2 BetrG zu überprüfen – die von der Vorin-

Seite 22 — 38 stanz für den Eigenkonsum ausgesprochene Busse von Fr. 500.-- hat A. nicht angefochten, weshalb sie nicht überprüft werden muss. Bei der Überprüfung der Strafzumessung ist zu beachten, dass die I. Strafkammer des Kantonsgerichts ihr Ermessen zwar an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzt und die Regeln über die Strafzumessung selbständig anwendet. Jedoch steht der Vorinstanz bei der Gewichtung der einzelnen Strafzumessungsfaktoren innerhalb des jeweiligen Strafrahmens ein erheblicher Ermessensspielraum zu. In diesen greift die I. Strafkammer des Kantonsgerichts 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. 8. a) Da A. sämtliche vorliegend zu beurteilenden Straftaten nach dem Inkrafttreten des neuen Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches am 1. Januar 2007 begangen hat, sind alle Straftaten nach dem neuen Recht zu beurteilen (Art. 2 Abs. 1 StGB). Nach neuem Recht misst der Richter gemäss Art. 47 StGB die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Unter dem Begriff des Verschuldens ist das Mass an Vorwerfbarkeit des Rechtsbruchs zu verstehen; der Begriff bezieht sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der Straftat (BGE 134 IV 1 E 5.3.3 mit Hinweis) und ist damit das wesentliche Strafzumessungskriterium (BGE 127 IV 101 E 2a). Die Bewertung des Verschuldens wird in Art. 47 Abs. 2 StGB dahingehend präzisiert, dass dieses nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt wird, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren

Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden. Neben dem Verschulden hat der Richter jedoch auch das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters zu berücksichtigen (Art. 47 Abs. 1 StGB). Die Kriterien der Strafzumessung nach dem Verschulden blieben somit anlässlich der Revision weitgehend unverändert (Urteile des Bundesgerichts vom 17. April 2007, 6B_14/2007, E 5, sowie vom 14. Mai 2008, 6B_785/2007, E 2.1; Greiner, Bedingte und teilbedingte Strafen, Strafzumessung, in: Bänziger/Hubschmid/Sollberger, Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafrechts und zum neuen materiellen Jugendstrafrecht, Bern 2006, S. 128; Manhart, Bedingte und teilbedingte Strafen sowie kurze unbedingte Freiheitsstrafen, in: Tag/Hauri, Die Revision des Strafgesetzbuches Allgemeiner Teil, Zürich/St. Gallen 2006, S. 123; Riklin, Strafen und Massnahmen im Überblick, in: Tag/Hauri, a.a.O., S. 78).

Seite 23 — 38 b) Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB zu der Strafe der schwersten Tat (sogenannte Einsatzstrafe) und erhöht deren Dauer unter Berücksichtigung aller entsprechenden Strafzumessungsgründe angemessen (sogenanntes Asperationsprinzip). Voraussetzung der Bildung einer Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB ist mithin, dass der Täter zum einen mindestens zwei Strafen verwirkt hat und dass es sich zum andern bei diesen Strafen um gleichartige Strafen handelt. Die Strafschärfungsregel von Art. 49 Abs. 1 StGB ist also nur anwendbar, wenn mehrere Geldstrafen, mehrfache gemeinnützige Arbeit, mehrere Freiheitsstrafen oder mehrere Bussen ausgesprochen würden. Bedingte, teilbedingte oder unbedingte beziehungsweise vollziehbare Strafen sind jeweils als Varianten der gleichartigen Strafe aufzufassen; sie verändern die Strafart nicht. Gemäss Art. 49 Abs. 1 StGB ist es deshalb unzulässig, eine Gesamtstrafe aus Freiheits- und Geldstrafe zu bilden, obwohl die Geldstrafe infolge Tagessatzsystem ohne weiteres in Freiheitsstrafe umgerechnet werden könnte. Freiheitsstrafe und Geldstrafe sind aber unterschiedliche Strafarten. Unzulässig ist auch die Bildung einer Gesamtstrafe von Busse und Freiheitsstrafe, obwohl das Gericht gemäss Art. 106 Abs. 2 StGB zur Busse regelmässig eine Ersatzfreiheitsstrafe auszusprechen hat. Busse und Freiheitsstrafe sind ebenfalls unterschiedliche Strafen (vgl. zum Ganzen Ackermann, Basler Kommentar, N 36 ff zu Art. 49 StGB). c) Gemäss Art. 19 Abs. 2 StGB mildert das Gericht die Strafe, wenn der Täter zur Zeit der Tat nur teilweise fähig war, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln. Die Strafmilderung ist dabei nach neuem Recht obligatorisch. Die Herabsetzung der Strafe hat jedoch nicht linear nach einem bestimmten Tarif zu erfolgen. Eine leichte, mittlere oder schwere Verminderung der Schuldfähigkeit führt daher nicht zwingend zu einer schematischen Reduktion der Strafe um 25%, 50% oder 75%. Die Verminderung der Schuldfähigkeit ist bei der Strafzumessung aber im ganzen Ausmass zu berücksichtigen; die Herabsetzung der Strafe muss daher in einem bestimmten Verhältnis zur festgestellten Verminderung der Schuldfähigkeit stehen (BGE 124 IV 123 E 6.2; 129 IV 22 E 6.2; 118 IV 1 E 2). d) Die Vorinstanz hat in der Begründung der Strafzumessung sowohl eine Einsatzstrafe festgesetzt, als auch die Gewichtung der verschiedenen Erhöhungs- und Minderungsbeziehungsweise Milderungsgründe mittels konkreten Zahlen angegeben. Die Verteidigung wiederum zieht zur Ermittlung der Einsatzstrafe das Berechnungsmodell aus dem Kommentar von Fingerhuth/Tschurr (Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007, S. 384 ff.) bei. Es drängen sich vorweg ein paar Bemerkungen

Seite 24 — 38 zu diesen Vorgehensweisen auf. Zunächst ist festzuhalten, dass der Richter, unter Vorbehalt gewisser Ausnahmen, nicht verpflichtet ist, im Urteil in absoluten Zahlen oder in Prozenten anzugeben, inwieweit er bestimmte strafzumessungsrelevante Tatsachen strafehörend oder strafmindernd berücksichtigt hat. Er muss von Bundesrechts wegen auch nicht eine Einsatzstrafe beziffern, die er bei Fehlen bestimmter Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe sowie anderer gewichtiger Faktoren ausgefällt hätte. Der Richter ist bundesrechtlich nicht verpflichtet, sich bei den einzelnen Teilschritten der Urteilsbegründung auf bestimmte Zahlenangaben festzulegen. Es kommt insoweit allein darauf an, dass die gefundene Strafe insgesamt, das heisst unter gesamthafter Berücksichtigung aller massgeblichen Strafzumessungsgesichtspunkte, im Ergebnis bundesrechtlich vertretbar ist (zum Ganzen BGE 127 IV 101 E 2c; BGE 121 IV 49 E 2a/aa, beide mit zahlreichen Hinweisen, sowie Urteil des Bundesgerichts vom 19. November 2008, 6B_116/2008, E 1.2). Gerade in Betäubungsmittelfällen hat das Kantonsgericht bis anhin bewusst darauf verzichtet, eine Einsatzstrafe zu nennen, weil die Versuchung gross erscheint, diese Einsatzstrafe in Verbindung zur Drogenmenge zu setzen und so gewissermassen einen Tarif zu entwickeln. Die Einsatzstrafe ist jedoch nicht eine feststehende Grösse, unter der immer dieselben Strafzumessungskriterien zusammengefasst werden. Vor allem aber hat die Einsatzstrafe nicht zwingend nur die Drogenmenge als Grundlage, vielmehr finden in der Regel noch weitere Strafzumessungsgesichtspunkte wie zum Beispiel der Deliktszeitraum Beachtung, die in jedem einzelnen Fall unterschiedlich sind und damit auch unterschiedliche Auswirkungen auf die Einsatzstrafe zeitigen. Aus diesem Grund wird die I. Strafkammer des Kantonsgerichts auch im Folgenden auf die Festsetzung einer Einsatzstrafe und die Angabe absoluter Zahlen für die Erhöhungs- und Minderungsgründe verzichten. Das von Thomas Fingerhuth und Christoph Tschurr in ihrem Kommentar zum Betäubungsmittelgesetz vorgeschlagene Berechnungsmodell wiederum hat das Bundesgericht in seiner Entscheidung 6P.48/2004 vom 17. Mai 2004 ganz klar abgelehnt, weil es zu sehr auf die Drogenmenge abstelle, die nur ein Kriterium der Strafzumessung unter vielen sei. Das Bundesgericht hat sich zudem klarerweise gegen eine Tarifierung ausgesprochen (vgl. auch den Entscheid des Bundesgerichts vom 27. Dezember 2008, 6B_495/2008, E 1.4). Die I. Strafkammer des Kantonsgerichts schliesst sich diesem Entscheid an. Insbesondere ist zu bedenken, dass das Berechnungsmodell von Fingerhuth/Tschurr auf eine Umfrage von Thomas Hansjakob unter den Kantonen zu deren Strafzumessungspraxis in Betäubungsmittelfällen zurückgeht, bei der lediglich etwa die Hälfte der Kantone geantwortet haben. Aus den Rückmeldungen dieser Kantone hat Thomas Hansjakob versucht, die in der Schweiz durchschnittlich ausgesprochenen Freiheitsstrafen für bestimmte Mengen reiner Betäubungsmittel

Seite 25 — 38 zu ermitteln (Hansjakob, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen – eine Umfrage der KSBS, RPS 115/1997, S. 233 ff.). Dass das Resultat unter diesen Umständen mit sehr vielen Unsicherheiten, Ungenauigkeiten und Annahmen verbunden und zudem aufgrund der beschränkten Teilnahme wenig aussagekräftig ist, bedarf keiner weiteren Erläuterungen und wurde von Thomas Hansjakob selbst so gesehen. Es kann kaum Grundlage einer Strafzumessung bilden. Die I. Strafkammer des Kantonsgerichts lehnt es daher ab, auf das Berechnungsmodell von Fingerhuth/Tschurr abzustellen. 9. a) Das Verschulden von A. wiegt sehr schwer. 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 122 IV 299 E 2c; 121 IV 193 = Pra 1996 Nr. 28). Auch der Gesetzgeber hat bei der Umschreibung

des schweren Falles dem quanti- tativen Aspekt erhebliches Gewicht beigemessen. Dies sicher mit Recht, denn wer eine grosse Menge Rauschgift in Umlauf setzt und damit Leben und Gesundheit vieler Menschen gefährdet, nimmt eine besonders skrupellose und menschenver- achtende Haltung ein und dokumentiert ein bedenkliches Mass an Gleichgültigkeit und mangelnder Achtung vor Leib und Leben seiner Mitmenschen, was grundsätz- lich ein hohes Verschulden offenbart. Der Richter ist zudem bei der Festsetzung der Strafe innerhalb des durch die Erfüllung des qualifizierten Tatbestandes erhöhten Strafrahmens verpflichtet zu gewichten, in welchem Ausmass der Täter eine abs- trakte Gefahr für die Gesundheit vieler Menschen geschaffen hat. Das hängt sowohl von der Art als auch von der Menge der Drogen ab (BGE 118 IV 342 E 2b; vgl. auch Urteil des Bundesgerichtes vom 31. Juli 2008, 6B_422/2008, E 5.2). Die von A. um- gesetzte Drogenmenge ist daher ohne Zweifel in die Überlegungen miteinzubezie- hen und stellt einen ersten Anhaltspunkt für die Schwere seines Verschuldens dar. Wie bereits festgestellt, hat A. in der Zeit von Juni 2007 bis zum 21. Februar 2008 840 g reines Heroin in Umlauf gebracht. Er hat damit augenscheinlich eine sehr grosse Menge reines Heroin weiter gegeben und damit eine abstrakte Gefahr für die Gesundheit ausserordentlich vieler Menschen geschaffen, was einen sehr star- ken kriminellen Willen dokumentiert. In diesem Zusammenhang muss jedoch auch darauf hingewiesen werden, dass in dieser Grössenordnung, die doch sehr deutlich über dem Grenzwert eines schweren Falles der Widerhandlung gegen das Betäu- bungsmittelgesetz liegt, die genaue Drogenmenge ganz erheblich an Bedeutung verliert (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 12. Mai 2005, 6S.465/2004, E 3.1, mit Hinweisen). Das Verschulden nimmt nämlich nicht proportional zur gehandelten Drogenmenge zu (denn die Drogenmenge ist nur ein Kriterium der Bemessung des

Seite 26 — 38 Verschuldens neben vielen anderen), weshalb die genaue Drogenmenge in jenen Fällen, in denen die Grenze zum schweren Fall der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz klar überschritten wird, keine entscheidende Rolle spielt; es genügt in diesen Fällen vielmehr, die Grössenordnung zu kennen. Aus diesem Grund ist der genaue Reinheitsgrad vorliegend von keiner zentralen oder aus- schlaggebenden Bedeutung. Anders sieht es aus, wenn die Frage, ob überhaupt eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz gegeben ist, im Raume steht. Nur in jenen Fällen, in welchen die gehandelte Menge reinen Betäubungsmittels nah der Grenze zum schweren Fall liegt, kommt dieser Menge und damit dem Reinheitsgehalt eine wichtige Rolle zu. Vorliegend jedoch genügt es zu wissen, dass A. eine sehr grosse Menge reinen Heroins gehandelt und damit ausserordentlich viele Menschen der Gefahr einer gesundheitlichen Schädigung ausgesetzt hat. Das Heroin hat A. im weiteren über einen Zeitraum von etwas mehr als einem halben Jahr verkauft und verschenkt. Er hat mithin nicht überragend lange, dafür äusserst intensiv delinquent. Auch dies weist auf seine grosse krimi- nelle Energie hin. Straferhöhend wertet die I. Strafkammer des Kantonsgerichts im weiteren die Vorstrafen. Es trifft zwar zu, dass die erste Vorstrafe bereits einige Jahre zurückliegt. Trotzdem kann sie vorliegend nicht unbeachtet bleiben, wurde A. doch schon damals wegen mehrfacher Widerhandlung gegen Art. 19 Ziff. 1 BetmG verurteilt, weil er Heroin verkauft und unentgeltlich abgegeben hatte. Die letzte Vor- strafe datiert vom 10. November 2006 und betrifft grundsätzlich nur am Rande das Gebiet des Betäubungsmittelrechts. Jedoch hat sich A. von dieser Vorstrafe nicht davon abhalten lassen, nur etwas mehr als ein halbes Jahr später und damit innert wirklich kurzer Frist in grossem Stil in den Heroinhandel einzusteigen. Offenbar ha- ben ihm das Verfahren, welches zum Strafbefehl der

Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 10. November 2006 führte, sowie der Strafbefehl selbst überhaupt keinen Eindruck gemacht und er war auch nicht in der Lage, die notwendigen Lehren aus jener Verurteilung auch nur im Ansatz zu ziehen. Dies wirkt sich erheblich zu seinen Ungunsten aus. Insbesondere aber spricht die Tatsache, dass A. während laufender Probezeit, die ihm mit Strafbefehl vom 10. November 2006 angesetzt worden war, erneut und in sehr grossem Umfange straffällig geworden ist, massiv gegen ihn. Er liess sich offensichtlich nicht nur durch das Strafverfahren und den daraus resultierenden Strafbefehl nicht beeindrucken, sondern auch die ihm bekannte Möglichkeit, dass die im Strafbefehl ausgesprochene Freiheitsstrafe von drei Monaten bei erneuter Delinquenz während der Probezeit vollzogen werden konnte, war ihm keine Warnung und hielt ihn nicht von erneuter, ganz erheblicher Straffälligkeit ab. A. hat sich damit als ausserordentlich unbelehrbar, uneinsichtig und der Rechtsordnung gegenüber völlig gleichgültig erwiesen, was ganz erheblich strafferhöhend

Seite 27 — 38 gewertet werden muss. In diesem Zusammenhang bringt die Verteidigung vor, A. habe sich nicht unbelehrbar gezeigt, sondern es habe die Notwendigkeit bestanden, dass er seine Sucht befriedige, weshalb er mit Heroin Handel getrieben habe. Es ist offensichtlich, dass diese Argumentation A. nicht zu helfen vermag. A. ist unbestrittenermassen seit Jahren heroinsüchtig. Er war vor den vorliegend zu beurteilenden Taten offenbar jahrelang in der Lage, seine Sucht zu befriedigen, ohne dass er mit Heroin hätte handeln müssen. Kommt hinzu, dass er mit dem Heroinhandel nicht nur seinen Bedarf an Heroin gedeckt, sondern diesen erheblich gesteigert hat. Der von der Verteidigung erweckte Eindruck, A. habe aufgrund seiner Sucht nicht anders handeln können, trifft mithin nicht zu. Er hatte sehr wohl eine Wahl. Zudem wäre es ihm offen gestanden, sich Hilfe zu holen, um seine Sucht in den Griff zu bekommen. Stattdessen hat er sich dafür entschieden, mittels Dealing die Mittel für die Befriedigung und sogar erhebliche Steigerung seiner Sucht zu beschaffen. Diese Entscheidung hat er nur wenige Monate nach der Verurteilung durch die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis in die Tat umgesetzt. Damit hat er sich offensichtlich äusserst unbelehrbar und uneinsichtig gezeigt. Strafmindernd wirkt dagegen die Abkehr von den Drogen und der Wille, ein drogenfreies Leben zu führen. A. hat offenbar sein Umfeld verändert, hat sich aus der Drogenszene zurückgezogen und hat gemäss seinen eigenen Angaben keinen näheren Kontakt mehr mit Personen aus dem Drogenmilieu. Er unterzieht sich einem Methadonprogramm (bezüglich welchem jedoch festzustellen ist, dass A. bereits in der Vergangenheit mehrfach eine Methadonsubstitution begonnen, diese dann aber jeweils wieder abgebrochen hat, was doch gewisse Zweifel an der Ernsthaftigkeit seines jetzigen Versuchs und an seinem Durchhaltewillen entstehen lässt, so dass die Teilnahme am Methadonprogramm nur leicht positiv gewertet werden kann) und muss seine Drogenfreiheit offenbar mittels Urintests belegen. Auch wenn die Verteidigung die angekündigten schriftlichen Analysen der neuesten Urintests nicht einreichen konnte, geht die I. Strafkammer des Kantonsgerichts doch zu Gunsten von A. davon aus, dass diese Tests bezüglich Drogenkonsum negativ ausgefallen sind, soweit sich aus den Akten nichts Gegenteiliges ergibt. Es hat somit den Anschein, dass sich A. nun doch grundsätzlich darum bemüht, sein Leben ohne Drogen zu führen. Das spricht für ihn. Ebenso strafmindernd sind Reue und Einsicht zu werten, die sich aus den Akten und auch aus den Äusserungen von A. anlässlich der Berufungsverhandlung ergeben. Erheblich strafmindernd wirkt im weiteren das Geständnis, welches A. abgelegt hat. Gleich von Beginn weg hat er zugegeben, im Heroinhandel tätig gewesen zu sein. Auch hat er bereitwillig über die von ihm gehandelte Menge Auskunft gegeben und die Namen seiner

Abnehmer genannt. Es trifft zwar zu, dass er gegenüber dem Untersuchungsrichter erklärt hat, er habe weniger Heroin verkauft und verschenkt,

Seite 28 — 38 als bei der Polizei errechnet worden sei. Jedoch hat er anschliessend die Mengen, die er den verschiedenen Abnehmern verkauft hat, weitgehend bestätigt, was schlussendlich wiederum ungefähr die bei der Polizei errechnete Gesamtmenge Heroin ergab. Dies hat A. dann auch eingesehen und anerkannt. Sein Verhalten tut seinem Geständnis keinen Abbruch. Einzig die von A. genannte tägliche Konsummenge von bis zu 7 g Heroin erweckt den Eindruck, dass A. (allenfalls unbewusst) versucht hat, die gehandelte Menge zu verringern (vgl. Erwägung 6c). Jedoch ändert dies nichts an der Tatsache, dass er von Beginn weg geständig war, mit einer grossen Menge Heroin gehandelt zu haben. Schliesslich ist auch strafmildernd zu beachten, dass A. nicht aus finanziellen Motiven gehandelt hat, sondern um seine eigene, starke Sucht befriedigen zu können. Jedoch ist in diesem Zusammenhang nicht ausser Acht zu lassen, dass A. seinen Konsum in dieser Zeit zumindest in nicht unbedeutendem Masse gesteigert hat (vgl. psychiatrisches Gutachten vom 6. Juni 2008, act. 2.12, S. 9, Ziff. 2.2.1), selbst wenn seine diesbezüglichen Angaben mit Zurückhaltung gewürdigt werden. Zu dieser Steigerung hat die Möglichkeit, relativ leicht an viel Heroin heranzukommen, die ihm durch das Dealen eröffnet wurde, sicherlich in nicht geringem Masse beigetragen. A. hat mithin nicht nur gedealt, um seine bestehende Sucht zu befriedigen, sondern er hat durch das Dealen auch die Möglichkeit geschaffen, seine Sucht zu verschärfen, und er hat diese Möglichkeit ohne Bedenken ausgeschöpft, was wiederum nicht zu seinen Gunsten spricht.

Strafschärfungsgründe liegen keine vor, da für den Eigenkonsum gemäss Gesetz eine Busse auszusprechen ist (Art. 19a Ziff. 1 BetrMG) und Freiheitsstrafe und Busse – wie bereits ausgeführt – ungleichartige Strafen sind. Strafmildernd ist die vom Gutachter festgestellte Verminderung der Schuldfähigkeit in mindestens leichtem bis allenfalls mittlerem Grade zu beachten (Gutachten vom 6. Juni 2008, act. 2.12, S. 22 f., Ziff. 5.2.2). In Würdigung sämtlicher Strafzumessungsgründe und unter Beachtung aller Umstände erscheint der I. Strafkammer des Kantonsgerichts die von der Vorinstanz ausgesprochene Freiheitsstrafe von 36 Monaten als dem Verschulden von A. durchaus angemessen. Die Berufung ist mithin in diesem Punkt abzuweisen. b) Der Vollständigkeit halber sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Vorinstanz A. für den von Beginn weg zugestandenen Eigenkonsum von rund 1.2 kg Heroin und 50 g Kokain zu einer Busse in Höhe von Fr. 500.-- verurteilt hat. Wie bereits dargelegt hat A. diese Busse nicht angefochten, weshalb die I. Strafkammer des Kantonsgerichts sie nicht weiter zu überprüfen hat. 10. Neben der Strafzumessung beanstandet A. in seiner Berufung in einem weiteren Punkt die Verweigerung des teilbedingten Strafvollzuges. Die Vorin-

Seite 29 — 38 stanz hat A., obwohl sie gewisse positive Entwicklungen anerkannt hat, insgesamt eine ungünstige Prognose gestellt. Dies insbesondere aufgrund der im psychiatrischen Gutachten festgestellten erhöhten Rückfallgefahr, der Vorstrafen und der Delinquenz während laufender Probezeit. A. macht nun geltend, die Vorinstanz habe verschiedene positive Umstände ungenügend oder gar nicht berücksichtigt und im Gegenzug negative Kriterien überbewertet. a) Das Gericht kann den Vollzug einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr und höchstens drei Jahren nur teilweise aufschieben, wenn dies notwendig ist, um dem Verschulden des Täters genügend Rechnung zu tragen (Art. 43 Abs. 1 StGB). Dabei darf der unbedingt vollziehbare Teil die Hälfte der Strafe nicht übersteigen und sowohl der aufgeschobene als auch der zu vollziehende Teil

müssen mindestens sechs Monate betragen (Art. 43 Abs. 2 und 3 StGB). Grundvoraussetzung für die teilbedingte Strafe im Sinne von Art. 43 StGB ist, dass eine begründete Aussicht auf Bewährung besteht. Zwar fehlt ein entsprechender Verweis auf Art. 42 StGB, doch ergibt sich dies aus Sinn und Zweck von Art. 43 StGB. Wenn und soweit die Legalprognose des Täters nicht schlecht ausfällt, verlangt die Bestimmung, dass zumindest ein Teil der Strafe auf Bewährung ausgesetzt wird. Umgekehrt gilt, dass bei einer Schlechtprognose auch ein bloss teilweiser Aufschub der Strafe nicht gerechtfertigt ist. Denn wo keinerlei Aussicht besteht, der Täter werde sich in irgendeiner Weise durch den gewährten Strafaufschub beeinflussen lassen, muss die Strafe in voller Länge vollzogen werden. Die Auffassung, dass die subjektiven Voraussetzungen von Art. 42 StGB auch für die Anwendung von Art. 43 StGB gelten müssen, entspricht ganz überwiegender Lehrmeinung. (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts vom 12. November 2007, 6B_103/2007, E 5.3.1). Schliesslich hat das Gericht, wenn es auf eine teilbedingte Strafe erkennt, im Zeitpunkt des Urteils den aufgeschobenen und den zu vollziehenden Strafteil festzusetzen und die beiden Teile in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Innerhalb des gesetzlichen Rahmens liegt die Festsetzung im pflichtgemässen Ermessen des Gerichts. Als Bemessungsregel ist das „Verschulden“ zu beachten, dem in genügender Weise Rechnung zu tragen ist (Art. 43 StGB). Das Verhältnis der Strafteile ist so festzusetzen, dass darin die Wahrscheinlichkeit der Legalbewährung des Täters einerseits und dessen Einzeltatschuld andererseits hinreichend zum Ausdruck kommen. Je günstiger die Prognose und je kleiner die Vorwerfbarkeit der Tat, desto grösser muss der auf Bewährung ausgesetzte Strafteil sein. Der unbedingte Strafteil darf dabei das unter Verschuldensgesichtspunkten (Art. 47 StGB) gebotene Mass nicht unterschreiten (Urteil des Bundesgerichts vom 12. November 2007, 6B_103/2007, E 5.6).

Seite 30 — 38 b) Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, sprechen vorliegend mehrere Umstände zu Gunsten von A.. Zunächst ist einmal die Tatsache zu nennen, dass A. eine Arbeitsstelle inne hat und zur vollen Zufriedenheit seines Arbeitgebers arbeitet. Jedoch hat die Vorinstanz in diesem Zusammenhang richtigerweise darauf hingewiesen, dass A. auch im Zeitpunkt der vorliegend zu beurteilenden Straftaten über diese Arbeitsstelle verfügte und seine Arbeit gut erledigte, was ihn aber in keiner Weise davon abhielt, in sehr grossem Umfange Handel mit Heroin zu betreiben. Dies relativiert den positiven Einfluss der Arbeitsstelle beziehungsweise der bestehenden Integration im Arbeitsleben auf die Prognose offensichtlich ganz deutlich. Als weiteren positiven Aspekt erwähnt die Vorinstanz, dass A. die Beratung durch den Sozialdienst für Suchtfragen in Anspruch nimmt. Ebenso hebt sie die gute Beziehung zu seinen Eltern positiv hervor. Beides bestand jedoch schon zur Zeit, als A. erneut in ganz erheblichem Rahmen straffällig geworden ist, und es hat ihn nicht von seiner Delinquenz abgehalten, worauf bereits die Vorinstanz richtigerweise hingewiesen hat. Es ist mithin fraglich, ob diese beiden Punkte ihn in Zukunft von weiteren Straftaten abzuhalten vermögen, weshalb auch sie nur leicht für eine gute Prognose sprechen. Was jedoch klarerweise zu Gunsten einer guten Prognose Berücksichtigung finden muss, sind Reue und Einsicht, die A. an den Tag gelegt hat. Den Aussagen von A. ist zu entnehmen, dass seine Taten ihm wirklich Leid tun und dass er erkannt hat, wie schwerwiegend seine Verfehlungen sind. Insbesondere sein Schlusswort anlässlich der Berufungsverhandlung lässt auch darauf schliessen, dass A. eingesehen hat, welche negativen Auswirkungen die Droge in seinem Leben gezeitigt hat und wie dringend notwendig eine Abkehr vom Drogenkonsum ist. Im weiteren hat A. sich offenbar von der Drogenszene zurückgezogen und hat nach eigenen Aussagen keinen näheren Kontakt mehr

mit seinem früheren Umfeld. Er bemüht sich zudem, ein soziales Netz ausserhalb der Drogenszene aufzubauen, hat seine Beziehung zu den Eltern noch weiter gefestigt und seine neue Partnerin hat nach seinen Aussagen „nichts mit Drogen am Hut“. Auch diese Anstrengungen beeinflussen die Prognose positiv. Schliesslich ist A. in ein Methadonprogramm eingestiegen (wobei – wie bereits ausgeführt – die in der Vergangenheit schon mehrfach begonnene und wieder abgebrochene Methadonsubstitution doch eine gewisse Unsicherheit bezüglich des Durchhaltewillens von A. und der Ernsthaftigkeit des Versuchs aufkommen lässt, so dass die Teilnahme am Methadonprogramm nur leicht zu Gunsten einer günstigen Prognose spricht) und er muss offenbar seine Drogenabstinenz mittels Urintests nachweisen. Die I. Strafkammer des Kantonsgerichts geht auch hier zu Gunsten von A. davon aus, dass diese Tests bezüglich Drogen negativ ausgefallen sind, soweit sich aus den Akten nichts anderes ergibt. A. hat anscheinend doch erkannt, dass seine Drogensucht sein Leben

Seite 31 — 38 ganz entscheidend negativ beeinflusst und dass er daher etwas gegen seine Sucht unternehmen muss, und er hat erste Schritte, die ihn von den Drogen weg führen sollen, eingeleitet. Auch dies spricht grundsätzlich für eine günstige Prognose. Als Negativpunkt hat die Vorinstanz den Umstand eingestuft, dass in einer der Urinproben, welche im Rahmen der durch den Bezirksgerichtspräsidenten angeordneten Ersatzmassnahme für die Untersuchungshaft kontrolliert worden sind, Cannabis und in einer anderen Methadon nachgewiesen werden konnte. Die Vorinstanz hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass A. die Chance, welche ihm mit der Ersatzmassnahme geboten worden sei, offensichtlich nicht ernst genug genommen habe. Die Verteidigung macht diesbezüglich geltend, A. habe die Chance sehr wohl ernst genommen. Er habe sowohl das Cannabis als auch das Methadon eingenommen, weil er unter akuten Schlafproblemen gelitten habe. Er habe den Cannabiskonsum bei der Abgabe der Urinprobe gegenüber der Praxisgehilfin des Bezirksarztes auch erwähnt, woraufhin ihm mitgeteilt worden sei, dass ein allfälliger Cannabiskonsum nicht kontrolliert werde. A. könne diesbezüglich also kein Vorwurf gemacht werden. Dieser Argumentation kann nicht zugestimmt werden. Die Auflagen, welche mit der Entlassung aus der Untersuchungshaft verbunden waren, sind klar und eindeutig. Aus dem Schreiben des Bezirksgerichts Plessur vom 13. Mai 2008 an A. (act. 3.23) geht mit aller Deutlichkeit hervor, dass A. die Weisung im Sinne einer Ersatzmassnahme erteilt worden war, künftig drogenfrei zu leben, und dass er diese Weisung akzeptiert hatte. Dass ein drogenfreies Leben auch den Verzicht auf Cannabis bedeutet, ist augenfällig, nachdem Cannabis vom Betäubungsmittelgesetz als verbotene Substanz erfasst wird. Auch A. musste bewusst sein, dass es sich bei Cannabis um eine illegale Droge handelt, wird die Frage, ob Cannabis weiterhin als Droge behandelt oder aber legalisiert werden soll, in der Öffentlichkeit doch seit Jahren heftig diskutiert. Die Weisung, künftig drogenfrei zu leben, umfasste ohne Zweifel und leicht erkennbar den Verzicht auf den Konsum sämtlicher illegaler Drogen, also auch auf den von Cannabis. Dabei ist völlig irrelevant, ob die Einhaltung dieses Verzichts kontrolliert werden sollte oder nicht. A. hatte sich in jedem Fall an die Weisung zu halten. Dass eine Praxishelferin des Bezirksarztes gesagt haben soll, auf Cannabis werde nicht getestet, entlastet A. daher in keiner Weise. Dies erst recht auch unter dem Aspekt, dass die Praxishelferin offensichtlich nicht befugt war, die Weisung des Bezirksgerichtspräsidenten in irgendeiner Form abzuändern. Lediglich nebenbei sei darauf hingewiesen, dass die Argumentation der Verteidigung, es sei A. gesagt worden, auf Cannabis werde nicht getestet, und es könne ihm diesbezüglich also kein Vorwurf gemacht werden, im übrigen

kein gutes Licht auf A. werfen würde, müsste unter diesen Umständen doch davon ausgegangen werden, dass A. nur bereit war, die Weisung so weit zu befolgen, als sie

Seite 32 — 38 auch kontrolliert werden konnte oder sollte. Dies würde darauf hindeuten, dass A. bereit war, etwelche Schlupflöcher, sollten sich solche ergeben, auch auszunützen. Mit der Argumentation der Verteidigung wäre für A. damit nichts gewonnen, im Gegenteil. Auch bezüglich des Methadonkonsums ist klarerweise festzustellen, dass dieser gemäss Weisung untersagt war und dass A. dies ohne Zweifel bewusst sein musste. Schliesslich ändern auch die geltend gemachten Schlafprobleme nichts daran, dass A. sich nicht an die Weisung gehalten hat. Es wären ihm andere Möglichkeiten offen gestanden, um seine Schlafprobleme in den Griff zu bekommen, zum Beispiel hätte er sich an einen Arzt wenden können. Es bleibt mithin die Tatsache bestehen, dass A. gerade zu Beginn zweimal gegen die Weisung verstossen hat, indem er illegale Drogen konsumierte. Es scheint tatsächlich, dass A. die Weisung zunächst auf die leichte Schulter genommen hat und sich in keiner Weise des Ernstes seiner Lage bewusst war. Nachdem es jedoch nach beiden Vorkommnissen zu einer Intervention durch den Bezirksgerichtspräsidenten gekommen ist, hat sich A. anscheinend gefangen, auf jeden Fall finden sich in den Akten keine weiteren auf Drogen positive Befunde. Die Tatsache, dass A. gerade nach seiner Haftentlassung Drogen konsumierte, obwohl er die Weisung erhalten hatte, ein drogenfreies Leben zu führen, lässt zwar gewisse Zweifel zurück bezüglich des zukünftigen Verhaltens, spricht aber nicht zwingend für eine ungünstige Prognose, weil A. sich nach diesen anfänglichen Schwierigkeiten offenbar an die Weisung gehalten hat. Es scheint, dass er nun begriffen hat, in welcher Situation er sich befindet und dass weitere Fehlritte Konsequenzen nach sich ziehen würden. Den noch vorhandenen Zweifeln kann im Rahmen der Bestimmung des zu vollziehenden Strafteils beziehungsweise der Probezeit für den bedingt vollziehbaren Strafteil Rechnung getragen werden. Die Vorinstanz stützt sich bei der ungünstigen Prognose im weiteren ganz entscheidend auf die im psychiatrischen Gutachten festgestellte erhöhte Rückfallgefahr. Es trifft zu, dass der Psychiater die Rückfallgefahr aufgrund der langjährigen Heroinabhängigkeit und auch einschlägiger Vorstrafen als erhöht eingestuft hat für Delikte im Betäubungsmittelbereich, aber auch für Delikte der Beschaffungskriminalität (vgl. Gutachten vom 6. Juni 2008, act. 2.12, S. 23, Ziff. 5.3). Entgegen den Ausführungen in der Berufung ist es selbstverständlich durchaus zulässig, aus einer vorhandenen Rückfallgefahr Rückschlüsse bezüglich des zukünftigen Verhaltens der zu beurteilenden Person zu ziehen. Die Rückfallgefahr sagt ja begriffsnotwendig gerade etwas darüber aus, mit welcher Wahrscheinlichkeit erneute Delinquenz zu erwarten ist. Vorliegend erweist sich nun aber als zentral, dass der Psychiater im Gutachten festgestellt hat, die Gefahr, dass es zu neuerlichem Heroinkonsum und in der Folge wieder zu einschlägigen Delikten komme, sei als hoch einzuschätzen, solange die zugrunde liegende Heroinabhängigkeit nicht adäquat behandelt werde und in dem

Seite 33 — 38 bisherigen Ausmass fortbestehe (Gutachten vom 6. Juni 2008, act. 2.12, S. 20, Ziff. 4.4, Hervorhebung hinzugefügt). Der Psychiater hat mithin die Rückfallgefahr nur für den Fall als hoch eingestuft, dass die Heroinsucht von A. unbehandelt bleibt und unvermindert weiter besteht. Nun hat die Vorinstanz aber eine ambulante Massnahme – konkret eine suchtspezifisch-psychotherapeutische Behandlung – angeordnet. A. wiederum hat versichert, dass er gewillt und motiviert sei, diese ambulante Behandlung durchzuführen. Er hat die Anordnung der Massnahme auch nicht angefochten, so dass diese

bestehen bleibt. Die Heroinsucht von A. wird mithin nicht unbehandelt bleiben, was wiederum Auswirkungen auf seinen Heroinkonsum zeitigen wird. Anlässlich der Berufungsverhandlung hat die I. Strafkammer des Kantonsgerichts zudem den Eindruck gewonnen, dass A. nun von den Drogen loskommen will und dass er grundsätzlich bereit ist, das dazu Notwendige zu unternehmen und auch durchzuhalten. Da der Gutachter die Rückfallgefahr klarerweise im Zusammenhang mit der Sucht als gegeben ansieht, ist in dieser aufgezeigten Konstellation zu Gunsten von A. davon auszugehen, dass durch die Therapie die Sucht bekämpft und damit die Rückfallgefahr minimiert wird. Allenfalls bestehende Zweifel am Durchhaltevermögen und –willen von A., der bis anhin Versuche, seine Sucht in den Griff zu bekommen, immer wieder mit Beikonsum zum Scheitern gebracht hat (Gutachten vom 6. Juni 2008, S. 7, 9, 12, 15 und insbesondere S. 16 Mitte), vermögen in diesem speziellen Fall, wo doch konkrete Anzeichen bestehen, dass A. nun eingesehen hat, dass es mit seiner Drogensucht so nicht weiter gehen kann, noch keine ungünstige Prognose zu rechtfertigen; sie sind jedoch im Rahmen der Festsetzung des vollziehenden Strafteils beziehungsweise der Probezeit für den bedingt vollziehbaren Strafteil zu beachten. In einem letzten Punkt stützt die Vorinstanz die ungünstige Prognosestellung auf die Vorstrafen und den Umstand, dass A. während laufender Probezeit delinquent hat. Es trifft zu, dass Vorstrafen und vor allem erneute Delinquenz während der Probezeit in aller Regel eher für eine ungünstige Prognose sprechen. Vorliegend ist jedoch zu beachten, dass die Vorstrafen und insbesondere die Delinquenz während der Probezeit ganz zentral mit der Heroinsucht von A. zusammenhängen. Zwar entlastet der Umstand, dass A. während der Probezeit straffällig wurde, weil er seine Sucht befriedigen musste, ihn entgegen der Auffassung in der Berufung in keiner Weise. A. hätte vielmehr – wie bereits ausgeführt – schon in jenem Zeitpunkt gegen seine Sucht angehen können, indem er professionelle Beratung und Betreuung in Anspruch genommen hätte. Dass er stattdessen in grossem Stile in den Heroinhandel eingestiegen ist, um genügend Mittel zur Verfügung zu haben, seine Sucht zu befriedigen und schlussendlich sogar zu steigern, lässt die Delinquenz während der Probezeit augenscheinlich nicht in einem günstigeren Licht erscheinen. Jedoch gilt es auch hier festzustellen-

Seite 34 — 38 len, dass A. nun offenbar gewillt ist, gegen seine Sucht anzukämpfen und sie in den Griff zu bekommen, auch wenn aufgrund seines Verhaltens in der Vergangenheit bezüglich seines Durchhaltewillens gewisse Unsicherheiten bestehen. Aus diesem Grund belastet die Delinquenz in der Vergangenheit die Zukunftsaussichten nur noch leicht. Die Vorstrafen und die erneute Straffälligkeit während der Probezeit vermögen unter diesen Umständen eine ungünstige Prognose noch nicht zu begründen. Somit ist festzustellen, dass zwar gewisse Zweifel bestehen, ob A. die Suchttherapie erfolgreich durchstehen wird, dass diese Zweifel insgesamt gesehen jedoch die positiven Aspekte gerade noch nicht aufzuwiegen vermögen, so dass gerade noch keine ungünstige Prognose gestellt werden darf. Die Vorinstanz ist somit zu Unrecht von einer ungünstigen Prognose ausgegangen. Nachdem die Prognose über das zukünftige Verhalten von A. nicht ungünstig ausfällt, ist ihm der teilbedingte Strafvollzug zu gewähren. Die Berufung ist somit in diesem Punkt begründet und das vorinstanzliche Urteil ist diesbezüglich aufzuheben. c) In einem weiteren Schritt ist nun der Teil der Strafe zu bestimmen, der vollzogen werden muss. Dabei ist zu beachten, dass sowohl der zu vollziehende als auch der aufgeschobene Strafteil zumindest sechs Monate betragen müssen und dass der unbedingt vollziehbare Strafteil die Hälfte der Strafe nicht übersteigen darf (Art. 43 Abs. 2 und 3 StGB). In die Bemessung fliesst sodann mit ein, dass in der Prognosestellung doch auch gewisse Negativpunkte zu beachten waren

beziehungsweise gewisse Zweifel zurückblieben, die zwar die Prognose noch nicht ungünstig erscheinen liessen, die jedoch nun Beachtung finden müssen. Ebenso bezieht das Gericht in die Überlegungen aber auch mit ein, dass bei einer Freiheitsstrafe zwischen sechs und zwölf Monaten grundsätzlich die Möglichkeit besteht, diese in Halbgefangenschaft zu verbüssen (Art. 77b StGB). Und schliesslich sieht das Gesetz vor, dass dem Verschulden genügend Rechnung zu tragen ist (Art. 43 Abs. 1 StGB). Vorliegend erscheint dem Gericht vor allem wesentlich, dass die Delinquenz nur wenige Monate nach der Verurteilung durch die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis und zudem während laufender Probezeit klar darauf hinweist, dass A. den Ernst seiner Lage überhaupt nicht begriffen und die Verurteilung durch die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis beziehungsweise sein eigenes strafbares Verhalten auf die leichte Schulter genommen hat. Um ihm die Konsequenzen seiner Handlungen vor Augen zu führen und ihm zudem klar aufzuzeigen, mit welchen Sanktionen er zu rechnen hat, sollte er trotz aller Beteuerungen wieder straffällig werden, erscheint der Vollzug eines Strafteils notwendig, der nicht unbedeutend über dem gesetzlich möglichen Minimum liegt. Andererseits ist in die Überlegungen miteinzubeziehen, dass A. über eine Arbeitsstelle verfügt, die ihm Struktur in seinen

Seite 35 — 38 Tagesablauf bringt und ihm nach seinen eigenen Angaben sehr stark dabei hilft, drogenabstinent zu leben, da sie ihn beschäftigt hält und ihm wenig Zeit und Energie lässt, über Drogen nachzudenken. Dies wiederum spricht dafür, dass ein Strafteil vollziehbar erklärt werden sollte, der noch die Möglichkeit der Halbgefangenschaft eröffnet, damit A. seine Arbeitsstelle behalten kann. Das Gericht gewichtet diesen Gesichtspunkt recht stark. In Berücksichtigung aller relevanten Kriterien und der gesamten Umstände gelangt die I. Strafkammer des Kantonsgerichts zum Schluss, dass 12 Monate der ausgesprochenen Freiheitsstrafe vollzogen werden müssen, während der Vollzug von 24 Monaten aufgeschoben werden kann. d) Schiebt das Gericht den Vollzug einer Strafe ganz oder teilweise auf, so bestimmt es dem Verurteilten eine Probezeit von zwei bis fünf Jahren (Art. 44 Abs. 1 StGB). Dem Gericht erscheint es vorliegend angemessen, A. für den bedingt ausgesprochenen Strafteil von 24 Monaten eine Probezeit von vier Jahren aufzuerlegen. Da mit Bezug auf die Höhe des zu vollziehenden Strafteils dem Gesichtspunkt der Integration im Arbeitsleben grosses Gewicht beigemessen wurde, erscheint es gerechtfertigt, den verbleibenden Zweifeln bezüglich des künftigen Wohlverhaltens von A. bei der Bestimmung der Länge der Probezeit für den bedingt vollziehbaren Strafteil Rechnung zu tragen. e) Zusammenfassend ergibt sich somit, dass A. der teilbedingte Strafvollzug gewährt werden kann. 12 Monate der ausgesprochenen Freiheitsstrafe sind zu vollziehen, während 24 Monate für bedingt vollziehbar erklärt werden unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren. Wie bereits von der Vorinstanz entschieden und von A. nicht angefochten, kann die erstandene Polizei- und Untersuchungshaft von 51 Tagen an den vollziehbaren Strafteil von 12 Monaten angerechnet werden. 11. In einem letzten Punkt bemängelt A. in seiner Berufung den Widerruf des bedingten Strafvollzuges, welchen die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis mit Strafbefehl vom 10. November 2006 für eine Freiheitsstrafe von drei Monaten gewährt hat. a) Begeht der Verurteilte während der Probezeit ein Verbrechen oder Vergehen und ist deshalb zu erwarten, dass er weitere Straftaten verüben wird, so widerruft das Gericht die bedingte Strafe oder den bedingten Teil der Strafe (Art. 46 Abs. 1). Ist nicht zu erwarten, dass der Verurteilte weitere Straftaten begehen wird, so verzichtet das Gericht auf einen Widerruf; es muss in diesem Fall jedoch eine Ersatzmassnahme anordnen (vgl. Art.

46 Abs. 1 StGB). Massgebendes Kriterium für den Widerruf des bedingten Strafvollzuges ist somit die Prognose. Widerrufsgrund

Seite 36 — 38 ist nicht etwa die Begehung einer neuen Straftat als solche, sondern nur der Rück- schluss auf wesentlich geringere als die ursprünglich angenommenen Bewährungs- aussichten. Voraussetzung für den Widerruf sind somit kumulativ eine Rückfalltat, wobei eine Übertretung allein nicht genügt, und eine damit verbundene ungünstige Prognose. Bei einer neuen Straftat ohne negative Prognose kommt hingegen Art. 46 Abs. 2 StGB zur Anwendung. Erneute Straffälligkeit ist für sich allein daher kein Widerrufsgrund. Entscheidend ist vielmehr die Prognose (vgl. zum Ganzen Schnei- der/Garré, Basler Kommentar, N 1, 4 und 16 zu Art. 46 StGB). Verzichtet wurde im neuen Recht im weiteren auf die Ausnahmeregelung von Art. 41 Ziff. 3 Abs. 1 aStGB, welche das Absehen vom Widerruf bei begründeter Aussicht auf Bewährung auf leichte Fälle beschränkte. Gemäss neuem Recht ist vielmehr in jedem Fall auf den Widerruf zu verzichten, wenn keine ungünstige Prognose vorliegt, und es sind in diesem Falle Ersatzmassnahmen anzuordnen. Die von der Rechtsprechung zum früheren Recht entwickelte Grenze für einen leichten Fall, die bei drei Monaten Frei- heitsstrafe lag, verliert somit unter dem neuen Recht bezüglich der Möglichkeit des Widerrufs ihre Relevanz. Die Schwere der Rückfalltat kann aber auf jeden Fall bei der Prognosestellung Beachtung finden. Für die Prognosestellung wiederum ist eine Gesamtwürdigung aller wesentlichen Umstände vorzunehmen, die Rück- schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten seiner Bewährung zu- lassen. Dazu gehören unter anderem die Tatumstände, das Vorleben, der Leu- mund, das Bestehen sozialer Bindungen, strafrechtliche Vorbelastungen, Hinweise auf Suchtgefährdung und so weiter. Die persönlichen Verhältnisse sind bis zum Zeitpunkt des Entscheides, also bis zum Urteilsdatum, miteinzubeziehen (vgl. BGE 128 IV 193 E 3a, Urteil des Bundesgerichts vom 6. Februar 2006, 6S.6/2006). b) Die Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis hat A. mit Strafbefehl vom 10. No- vember 2006 zu einer Freiheitsstrafe von drei Monaten verurteilt, abzüglich einem Tag Polizeihaft. Dabei hat sie den bedingten Strafvollzug gewährt unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren. A. hat die vorliegend zu beurteilenden Straftaten in der Zeit von Juni 2007 bis zum 21. Februar 2008 begangen, mithin klarerweise in- nerhalb der Probezeit. Diese Straftaten erfüllen den Tatbestand der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz; es handelt sich dabei um Ver- brechen (vgl. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 9 BetmG in Verbindung mit Art. 10 Abs. 3 StGB). Es ist mithin eine Rückfalltat gegeben. Bezüglich der Prognose wiederum ist fest- zustellen, dass vorliegend in diesem Zusammenhang dieselben Überlegungen an- zustellen sind, wie sie bereits bei der Frage des teilbedingten Strafvollzuges zur Prognose notwendig waren. Es ist mithin auch mit Bezug auf den Widerruf des be- dingten Strafvollzuges der letzten Vorstrafe davon auszugehen, dass A. keine un-

Seite 37 — 38 günstige Prognose gestellt werden muss. Insbesondere ist diesbezüglich auch zu bedenken, dass 12 Monate der vorliegend ausgesprochenen Strafe vollzogen wer- den müssen, was A. eine gewichtige Warnung für die Zukunft sein wird, jemals wie- der straffällig zu werden. Die Prognose fällt somit bezüglich der Frage des Widerrufs des bedingten Strafvollzuges der letzten Vorstrafe in keiner Weise ungünstig aus, auch wenn die während der Probezeit begangenen Straftaten sehr schwerwiegend sind. Unter diesen Umständen aber ist auf den Widerruf des bedingten Strafvollzu- ges der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 10. November 2006 ausgesprochenen dreimonatigen Freiheitsstrafe zu verzichten. Jedoch ist eine Ersatzmassnahme anzuordnen.

Die I. Strafkammer des Kantonsgericht gelangt zum Schluss, dass als Ersatzmassnahme eine Verlängerung der Probezeit um zwei Jahre sachgerecht erscheint. 12. Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass die von der Vorinstanz ausgesprochene Freiheitsstrafe von 36 Monaten dem schweren Verschulden von A. angemessen erscheint, weshalb die Berufung in diesem Punkt unbegründet ist. Die Vorinstanz hat den teilbedingten Strafvollzug jedoch zu Unrecht verweigert. Die Berufung ist diesbezüglich daher berechtigt. Ebenso hat sich der von der Vorinstanz verfügte Widerruf des bedingten Strafvollzuges der mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis vom 10. November 2006 ausgesprochenen dreimonatigen Freiheitsstrafe als nicht gerechtfertigt erwiesen. Auch in dieser Hinsicht wurde die Berufung mithin zu Recht erhoben. Nachdem A. bezüglich der Strafzumessung unterlegen ist, mit Bezug auf den teilbedingten Strafvollzug aber insofern obsiegt hat, als dieser grundsätzlich zulässig ist, dabei aber ein erheblich höherer Strafteil vollziehbar erklärt werden muss, als von A. beantragt, und nachdem vom Widerruf des bedingten Strafvollzuges der letzten Vorstrafe wie beantragt abgesehen werden kann, rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens je zur Hälfte A. und dem Kanton Graubünden aufzuerlegen, welcher A. für das Berufungsverfahren im Rahmen des Obsiegens von A. angemessen zu entschädigen hat.

Seite 38 — 38 Demnach erkennt die I. Strafkammer: 1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen und die Ziffern 2 und 4 des angefochtenen Urteils werden aufgehoben. 2. A. wird mit einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten bestraft. Davon sind 12 Monate unbedingt zu vollziehen unter Anrechnung der erstandenen Polizei- und Untersuchungshaft von 51 Tagen. Für 24 Monate Freiheitsstrafe wird der bedingte Strafvollzug gewährt unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren. 3. Der für die von der Staatsanwaltschaft Limmattal/Albis mit Strafbefehl vom 10. November 2006 ausgesprochene Freiheitsstrafe von drei Monaten gewährte bedingte Strafvollzug wird nicht widerrufen. Die Probezeit wird indes um zwei Jahre verlängert. 4. Die Kosten des Berufungsverfahrens von Fr. 4'000.-- gehen je zur Hälfte zu Lasten von A. und des Kantons Graubünden, welcher A. mit Fr. 2'500.-- (inklusive Mehrwertsteuer) zu entschädigen hat. Der verbleibende Rest des Honorars der amtlichen Verteidigerin von Fr. 2'300.-- (inklusive Mehrwertsteuer) geht zu Lasten von A. und wird vorschussweise durch den Kanton Graubünden bezahlt. 5. Gegen diese Entscheidung kann gemäss Art. 78 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde in Strafsachen an das Schweizerische Bundesgericht geführt werden. Diese ist dem Bundesgericht schriftlich, innert 30 Tagen seit Eröffnung der vollständigen Ausfertigung der Entscheidung in der gemäss Art. 42 f. BGG vorgeschriebenen Weise einzureichen. Für die Zulässigkeit, die Beschwerdelegitimation, die weiteren Voraussetzungen und das Verfahren der Beschwerde gelten die Art. 29 ff., 78 ff. und 90 ff. BGG. 6. Mitteilung an:

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