

SG_KANTONSGERICHT ST.2016.149 vom 23. April 2018

Sg Kantonsgericht, 2018-04-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_ST.2016.149

FR: SG_KANTONSGERICHT ST.2016.149 du 23 avril 2018

IT: SG_KANTONSGERICHT ST.2016.149 del 23 aprile 2018

Regeste

Art. 1, Art. 8 Abs. 1 lit. d, Art. 19 Abs. 1, Art. 19 Abs. 2 BetmG (SR 812.121). Anbau, Besitz und Verarbeitung von Drogenhanf sind auch bei beantragter Ausnahmegewilligung und anderen Zwecken als Drogengewinnung strafbar (E. III.2 und 3). Die Qualifikation als schwerer Fall kann nur bei einem Drogenhändler zum Tragen kommen (E. III.7). Messung des THC-Gehalts (E. III.4). Ausserhalb des medizinischen Bereichs besteht keine Möglichkeit, Drogenhanf in einen legalen Stoff zu überführen (E. III.6). (Kantonsgericht, Strafkammer, 23. April 2018, ST.2016.149).

Erwägungen

E. 1

a) [...] b) In objektiver Hinsicht wird der angeklagte Sachverhalt weitgehend nicht in Abrede gestellt. X. räumte von Beginn weg ein, den vorgefundenen Hanf angebaut, gelagert und teilweise zu Sirup verkocht zu haben. Auch die sichergestellten Mengen wurden anerkannt. [...] X. wendet sich aber gegen die Bestimmung der Höhe des Wirkstoffgehalts seines Hanfs und damit gegen die Qualifikation als Drogenhanf. Die Hanfpflanzen würden – bei Zugrundelegung der gesetzeskonformen, richtigen Messmethode – einen THC-Gehalt von unter 1 % aufweisen. [...]

E. 2

a) Der Staatsanwalt bemerkte an Schranken, dass es sich bei der Sache des X. nicht um einen üblichen Fall von illegalem Hanfanbau handle. X. habe den Hanf nicht zum Zweck der Herstellung von Betäubungsmitteln angebaut und sei auch kein Drogenhändler. Der Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz habe er sich aber strafbar gemacht, indem er Hanf mit einem THC-Gehalt von mehr als 1 % – ohne über eine entsprechende Ausnahmegewilligung zu verfügen – anbaute, besass und verarbeitete. Vor diesen Hintergrund ist es angezeigt, sich einleitend kurz zur Natur des Vorwurfs und der Anwendbarkeit des Betäubungsmittelgesetzes zu äussern. b/aa) Der Zweckartikel des BetmG verdeutlicht den umfassenden Regelungsanspruch. Der gesamte Verkehr mit Betäubungsmitteln, von der Herstellung/Einfuhr bis zum Verbrauch, soll reguliert werden (vgl. Fingerhuth/Schlegel/Jucker, OFK-BetmG, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 1 N 5 und Art. 19 N 3 mit Verweis auf BBl 1951 I 846). Das BetmG soll nicht nur dem Drogenkonsum und -handel entgegenwirken (vgl. Art. 1 lit. a, c, d und e), sondern auch "die Verfügbarkeit von Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen zu medizinischen und wissenschaftlichen Zwecken regeln" (lit. b). Das BAG wird denn auch auf Gesetzesstufe ermächtigt, Ausnahmegewilligungen für den Anbau, die Einfuhr, die Herstellung und das Inverkehrbringen von Drogenhanf zu erteilen (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. d i.V.m Abs. 5 BetmG; siehe auch Art. 8 und Art. 72 Abs. 1 Betäubungsmittelkontrollverordnung [BetmKV] und Art. 28 Betäubungsmittelsuchtverordnung [BetmSV]). Die Voraussetzungen für den Erhalt

einer Bewilligung werden auf Verordnungsstufe festgelegt (vgl. Art. 11 ff. BetmKV und Art. 28 Abs. 2 BetmSV). bb) Der Gesetzgeber hat mit der Möglichkeit der Ausnahmegewilligung eine Schnittstelle zum Verwaltungsrecht geschaffen. Wie aus den vom BAG editierten Dokumenten hervorgeht, liess X., durch das Unternehmen B., im Namen seiner A. GmbH am 18. Januar 2012 zwar ein Gesuch zum Umgang mit verbotenen kontrollierten Substanzen gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. d BetmKV beim BAG einreichen. Mangels vollständiger Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen wurde aber damals keine Ausnahmegewilligung nach Art. 8 Abs. 5 BetmG erteilt. Konkret mangelte es zunächst unter anderem an einer kantonalen Bewilligung zum Umgang mit Betäubungsmitteln und später dann an einer Betriebsbewilligung bzw. an einem Auftrag eines Inhabers einer Betriebsbewilligung. Erst per 1. September 2014 erhielt die A. GmbH eine Ausnahmegewilligung des BAG. Damit verfügte X. über den angeklagten Tatzeitraum vom 17. Januar 2012 bis 23. April 2013 betreffend Hanfanbau und -besitz bzw. vom 1. Juli 2011 bis "Mitte Mai 2013" betreffend Herstellung des Hanfsirups nicht über eine Bewilligung. Dabei wird ihm nicht vorgeworfen, die Voraussetzungen für eine verwaltungsrechtliche Ausnahmegewilligung nicht erfüllt zu haben, sondern trotz fehlender Bewilligung eine durch das Nebenstrafrecht verbotene Tätigkeit ausgeübt zu haben. Das BetmG ist entsprechend auf diesen Fall anwendbar. Anbau und Besitz von Betäubungsmitteln

E. 3

a/aa) Gemäss Art. 19 Abs. 1 BetmG wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer unter anderem Betäubungsmittel unbefugt anbaut (lit. a) oder besitzt (lit. d). bb) Das BetmG definiert Betäubungsmittel als abhängigkeiterzeugende Stoffe und Präparate der Wirkungstypen Morphin, Kokain oder Cannabis, sowie Stoffe und Präparate, die auf deren Grundlage hergestellt werden oder eine ähnliche Wirkung wie diese haben (Art. 2 lit. a BetmG). Stoffe sind Rohmaterialien wie Pflanzen und Pilze oder Teile davon sowie chemisch hergestellte Verbindungen (Art. 2 lit. c BetmG). Gemäss Art. 2a BetmG führt das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) ein Verzeichnis der Betäubungsmittel, der psychotropen Stoffe sowie der Vorläuferstoffe und der Hilfschemikalien (BetmVV-EDI), worin auch Cannabis aufgeführt wird. Alle Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis sind aber bereits auf Gesetzesstufe verboten (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG). Die BetmVV-EDI definiert "Cannabis" als "Hanfpflanzen oder Teile davon, welche einen durchschnittlichen Gesamt-THC-Gehalt von mindestens 1,0 Prozent aufweisen und sämtliche Gegenstände und Präparate, welche einen Gesamt-THC-Gehalt von mindestens 1,0 Prozent aufweisen oder aus Hanf mit einem Gesamt-THC-Gehalt von mindestens 1,0 Prozent hergestellt werden" (Anhang 1, vgl. auch BGer 6B_1113/2013 E. 4.1). Als "THC" gelten gemäss Anhang 1 der BetmVV-EDI "Tetrahydrocannabinol sowie alle Isomere und deren stereochemische Varianten davon", ausser "Dronabinol" bzw. THC-Carbonsäure ["(-)-trans-D9-THC"]. Regeln für die Bestimmung des Wirkstoffgehaltes enthalten weder die BetmVV-EDI noch die BetmKV oder die BetmSV. Gemäss aBetmG – massgeblich vor dem 1. Juli 2011 bzw. dem vorliegend angeklagten Deliktszeitraum – war das Inverkehrbringen von Hanf nur strafbar, wenn dessen THC-Gehalt 0.3 % überstieg und der Gewinnung von Betäubungsmitteln diene (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. d aBetmG; BGE 126 IV 60 E. 2). In der seit 1. Juli 2011 in Kraft stehenden Fassung von Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG ist keine Einschränkung hinsichtlich des Verwendungszwecks mehr enthalten, das heisst, es bedarf für die Verurteilung keines Nachweises der Strafverfolgungsbehörden mehr, dass der Hanf zur Betäubungsmittelgewinnung angebaut wurde (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 8

N 23). Schliesslich hob der Gesetzgeber die Grenze auf 1 % an (vgl. Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 8 N 24 m.w.H.). cc) Cannabissamen und Cannabisstecklinge werden gleich behandelt wie Cannabis selber. Diese gelten auch als verbotene Substanzen, wenn sie zu Cannabispflanzen mit einem Gesamt-THC-Gehalt von mehr als 1 % heranwachsen können (BetmVV-EDI Anhang 1, vgl. dazu BGer 6B_166/2014 E. 3; vgl. Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 8 N 25; siehe auch BGE 130 IV 83 Regeste und E. 1.1 = Pra 2005 Nr. 11). b) Eingangs sind die im Recht liegenden Auswertungen zum durchschnittlichen Gesamt-THC-Gehalt des beim X. sichergestellten Hanfs zu betrachten. aa) Zunächst wurden die im Januar 2012 sichergestellten Hanfpflanzen durch den Forensisch-Naturwissenschaftlichen Dienst der Kantonspolizei St. Gallen (nachfolgend "FND-SG") untersucht. Der forensische Untersuchungsbericht vom 15. Februar 2012 enthielt nur Testergebnisse mit mehr als 1 % THC, namentlich Werte von 1,2 % (Pos. 13 und 40) bis 27 % THC (Pos. 31). In Bezug auf Messungenauigkeiten wurde festgehalten, dass der Gehalt zweier Proben möglicherweise unterhalb von 1 % liegen könne. Eine zweite Analyse des im Januar 2012 sichergestellten Hanfs erfolgte aufgrund der Weisung der Anklagekammer. Dabei wurde im Einverständnis des X. entschieden, die erneute Prüfung auf die Proben von unter 3 % THC zu beschränken. Die Analyse erfolgte durch das Institut für Rechtsmedizin der Universität Bern (nachfolgend "IRM-BE"). Die im Untersuchungsbericht vom 19. Juli 2012 festgehaltenen Ergebnisse ergaben zwischen 0.9 % THC und 24 % THC. Wenn auch die Werte gesamthaft ein wenig tiefer ausfielen, was sich mit dem Abbau des THC durch Zeitverlauf erklärt, wurden die Testergebnisse des FND-SG damit bestätigt (so auch zutreffend die Staatsanwaltschaft an Schranken). bb) Rund ein Jahr nach der ersten Sicherstellung erfolgten weitere Hanf-Beschlagnahmen. Am 26. März 2013 wertete der FND-SG die am 18. März 2013 sichergestellten Hanfpflanzen aus. Die Untersuchung brachte Werte von 5 % (Pos. 7) bis 23 % THC (Pos. 18) zu Tage. Auch die vom FND-SG vorgenommene Analyse derjenigen Pflanzen, welche zuerst noch aus den sichergestellten Hanfsamen gezogen werden mussten, ergab THC-Werte von 6 % bis 13 % THC. Sodann analysierte der FND-SG noch diverse blütenlose Hanfzweige der Mutterpflanzen. Diese Analyse erbrachte Werte von 1.6 % (Pos. 22) bis 5.4 % THC (Pos. 45).

E. 4

In objektiver Hinsicht vertritt X. den Standpunkt, vorliegend dürfe nicht auf die vom IRM-BE und FND-SG ermittelten THC-Werte abgestellt werden. Zum einen sei die forensische Messmethode weder rechtlich zulässig noch sachgerecht; zum andern seien Fehler bei der Messung gemacht worden. a/aa) X. rügt zunächst die Abstellung auf die Ergebnisse der forensischen Messmethode. Eine "andere" richtige Messmethode würde tiefere THC-Werte ergeben. Dem Grundsatz "in dubio pro reo" folgend müsse von Werten von weniger als 1 % THC ausgegangen werden. Die Verteidigung führt dabei gegen die forensische Methode an, der Gesamt-THC erfasse zwar sowohl das psychoaktive THC samt seiner Salze. Die psychoinaktive Tetrahydrocannabinolsäure (THC-A, nachfolgend jeweils "THC-Carbonsäure") sei weder ein "Betäubungsmittel" in Sinne der BetmVV-EDI noch ein Bestandteil des "Gesamt-THC-Gehalts". Erst infolge der Messung unter Einsatz von Wärme werde die THC-Carbonsäure in freies THC und so in ein Betäubungsmittel umgewandelt. Gemäss Dokumentation des FND-SG wurden die Proben im Zuge der Gaschromatografie (GC) erhitzt und anschliessend als Gesamtgehalt quantifiziert. Das IRM-BE wandte eine andere respektive die andere Untersuchungsmethode an. Das Institut testete nämlich mittels Hochleistungsflüssigkeitschromatographie (HPLC), welche keine

Erhitzung der Proben erfordert. Diese Methode ermöglicht, das freie THC und die THC-Carbonsäuren einzeln zu quantifizieren. Dies ändert aber nichts daran, dass vom IRM-BE der durchschnittliche Gesamt-THC-Gehalt anhand der Summe des THC und der THC-Carbonsäure bestimmt wurden. Demnach ist nicht die Erhitzung zwecks Gaschromatografie, sondern die Mitberücksichtigung der THC-Carbonsäure der springende Punkt. Im Übrigen ist der Verteidigung nicht zu folgen, wenn sie vorträgt, es seien viele verschiedene Methoden zur Bestimmung des THC-Gehalts bekannt. Die von der Verteidigung erwähnten "anderen Methoden", welche angeblich zu einem anderen Ergebnis führen würden, sind nicht ersichtlich. Sie gehen nicht aus den Akten und insbesondere nicht aus B. Bericht hervor. So unterscheidet auch der Experte B. nur zwischen der Gaschromatografie und HPCL. Eine zusätzliche Befragung ist nicht notwendig, weshalb auch der diesbezügliche Beweisantrag der Verteidigung abzulehnen ist. Sodann ist auch der Beweisantrag zur Befragung von Dr. sc.nat. C. vom FND-SG zu den Feststellungen von Dr. D., wonach die mittels HPLC-Analyse ausgewiesene THC-Säure richtigerweise aufgrund des gesetzlichen Wortlauts nicht zu berücksichtigen sei, abzulehnen. Ob die BetmVV-EDI die Berücksichtigung der decarboxylierten THC-Säure zulässt, ist eine durch die befassten Gerichte zu beantwortende Auslegungsfrage, auch wenn die Meinung der Fachkreise/Wissenschaft massgebend ist (vgl. dazu etwa Art. 182 StPO). bb) Seitens des X. wird vorgebracht, es könne aufgrund der Grundsätze "nulla poena sine lege" (Legalitätsprinzip) und "nulla poena sine lege certa" (Bestimmtheitsgebot) nicht auf die Messergebnisse des FND-SG und des IRM-BE abgestellt werden. Die Messmethode müsse hierfür zwingend in einer Gesetzes- oder Verordnungsnorm oder allenfalls in einem verbindlichen Merkblatt festgelegt worden sein. Bereits vor der Revision des BetmG (vgl. vorne Erw. III.3.a/bb) war es erforderlich, dass das Hanfkraut zur Verwendung als Betäubungsmittel überhaupt geeignet ist, was wesentlich vom THC-Gehalt abhing. Hierzu wurden von den zuständigen Bundesämtern Grenzwerte für den Gehalt an THC festgesetzt. Beim Industriehanf lag der Grenzwert bei einem THC-Gehalt von 0,3 % und bei Lebensmitteln je nach Produkt zwischen 0,2 und 50 mg THC/kg (vgl. BGE 126 IV 198 E. 1). Das Abstellen auf Grenzwerte geht logischerweise mit der Messung des Wirkstoffgehalts einher. Nachdem sich der Gesetzgeber entschied, den Umgang mit Drogenhanf – unabhängig vom Verwendungszweck – unter Bewilligungsvorbehalt zu verbieten und die Grenze auf 1 % THC anzuheben, kann die Messung nur noch eine Zielsetzung haben, nämlich die Bekämpfung des Drogenhanfs. Hierzu kann auch auf die zutreffenden Ausführungen der Staatsanwaltschaft an Schranken verwiesen werden, wonach mit der Gesetzesänderung nur noch die Messmethode massgebend sei, mit welcher getestet werde, ob Drogenhanf vorliegt. Der gesetzgeberische Entscheid zur Ausserachtlassung des Verwendungszwecks und zur Anhebung der Grenze schlägt damit bis auf die Ebene der Testmethode durch. Auch mit Blick auf den gesetzgeberischen Willen zur umfassenden Regelung des Umgangs mit Betäubungsmitteln, insbesondere der explizit im Gesetz genannten Vorbeugung des unbefugten Konsums (Art. 1 Abs. 1 lit. a BetmG), kommt einzig in Betracht, die psychoaktiven Stoffe derart zu messen, wie sie beim Konsum ihre Wirkung entfalten. Der Rechtsunterworfenen muss daher davon ausgehen, dass der Hanf darauf getestet wird, ob er sich zum "Kiffen" eignet. Eine Detailnorm, welche die Berücksichtigung der decarboxylierten THC-Carbonsäure bei der Messung noch ausdrücklich festhält, ist mit Blick auf das Legalitätsprinzip und Bestimmtheitsgebot nicht notwendig. Die Miterfassung der (decarboxylierten) THC-Carbonsäure steht schliesslich auch im Einklang mit der einschlägigen Publikation der Schweizerischen Gesellschaft für

Rechtsmedizin (SGRM), vorliegend den "Richtlinien für die Probenahme und -aufarbeitung von Hanfpflanzen, Marihuana und Haschisch – Empfehlungen für die Analyse" vom 27. Februar 2001. Die Verteidigung wendet diesbezüglich ein, es dürften nicht "irgendwelche Richtlinien" von "irgendwelchen Vereinigungen" zur Anwendung kommen. Bei der SGRM handelt es sich aber nicht um "irgendeine Vereinigung", sondern um eine anerkannte Organisation aus einschlägig fachkundigen Personen. Entsprechend anerkennt auch das Bundesgericht durch Verweise auf die Richtlinien der SGRM in seinen Urteilsbegründungen die Massgeblichkeit der Empfehlungen dieser Institution an (vgl. BGer 6B_1113/2013 E. 3.4). Auch in den Erläuterungen des EDI zum BetmVV wird explizit auf die SGRM-Richtlinien verwiesen (vgl. "Erläuterungen zur Verordnung über die Verzeichnisse der Betäubungsmittel, psychotropen Stoffe, Vorläuferstoffe und Hilfschemikalien", https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1698/Bericht_3.pdf S. 3). Im Übrigen wird auch im "Handbuch für nationale Drogenanalyzelabore des Büros der Vereinten Nationen für Drogen- und Verbrechensbekämpfung (UNDOC) – Empfohlene Methoden zur Identifikation und Analyse von Cannabis und Cannabisprodukten" (nachfolgend "UNDOC-Empfehlungen") vorgeschlagen, dass der Gesamt-THC-Gehalt durch Addition des freien THC und der decarboxylierten THC-Carbonsäure zu bestimmen ist, weil dies "die pharmakologische Aktivität des Materials am besten repräsentiert". Die Rüge der Verletzung des Legalitätsprinzips und des Bestimmtheitsgebots ist auch daher unbegründet. cc) Gemäss Verteidigung vermag die forensische Methode nur dann richtige Resultate zur Ermittlung des THC-Gehalts zu liefern, wenn der Inhaber das Cannabis als Betäubungsmittel verwendet, nicht aber, wenn dies ausgeschlossen werden kann. Vom Standpunkt der Heilmittelherstellung sei es abwegig, dass eine Hanfpflanze mit einem hohen Gehalt an THC-Carbonsäure zum Betäubungsmittel werde, obwohl es bei der Entwicklung und Anwendung als Heilmittel nicht decarboxyliert werde. Im Ergebnis fordert die Verteidigung, dass die THC-Bestimmung von dem beabsichtigten (und folglich von den Behörden nachzuweisenden) Verwendungszweck des Hanfs abhängig sein soll. Wie die Vorinstanz anlässlich der Begründung zur Ablehnung des Beweisantrags zur Befragung von Sachverständigen richtigerweise ausführte, kann der von X. beabsichtigte Verwendungszweck nicht dazu führen, dass die mit der Revision vom Gesetzgeber gewollte Behebung der Abgrenzungsprobleme zwischen Anbau zur Betäubungsmittelgewinnung und Anbau für andere Zwecke wieder rückgängig gemacht wird. Auch diesbezüglich ist der Beweisantrag zur Befragung des sachverständigen Zeugen B. abzulehnen, nachdem sich dieser bereits schriftlich zu den Fragen der Verteidigung äusserte und ausführte, dass die forensische Methode dann geeignet ist, wenn es um die mögliche Verwendung der Hanfpflanzen als Betäubungsmittel gehe. b) Die Verteidigung bringt sodann verschiedene Einwände gegen die konkreten Messungen des FND-SG und IRM-BE vor. aa) Die Verteidigung ist der Auffassung, dass sich der Wert des durchschnittlichen Gesamt-THC-Gehalts aus der Messung über die ganze Pflanze, einschliesslich Wurzeln, ergeben muss. X. reichte denn auch zwei eigene Analysen ein, bei welcher auch die Wurzeln für die Bestimmung des Gewichts der Pflanze miteinbezogen wurden. Gemäss Bundesgericht betrifft das Verbot zum Umgang mit Drogenhanf die ganze Pflanze und nicht nur die Teile mit hohem Gehalt an THC (BGE 126 IV 60 E. 2a). Unter dieses Verbot kann auch die Wurzel der Pflanze fallen. Nun ist es aber bekanntlich so, dass eine Verwendung als Betäubungsmittel erst nach der Ernte der Pflanze geschieht. Bei der Ernte wird die Pflanze in der Regel von der Wurzel getrennt, weshalb diese bereits deshalb nicht bei der THC-Messung zu berücksichtigen ist. Es erweist sich auch gerade vorliegend als

sachrichtig, die Wurzel bei der Berechnung des Gesamt-THC-Gehalts aussen vor zu lassen. So hat X. nämlich die Pflanzen – zumindest soweit ersichtlich – auch ohne die Wurzeln verwendet (vgl. Bilddokumentation mit eingelagerten, wurzellosen Hanfpflanzen). Von ausschlaggebender Bedeutung ist dann aber auch unter diesem Gesichtspunkt die gängige Praxis in den Fachkreisen. Unter Verweis auf die von der SGRM herausgegebenen "Richtlinien für die Probenahme und -aufbereitung von Hanfpflanzen, Marihuana und Haschisch – Empfehlungen zur Analyse" vom 27. Februar 2001 wurde hierzu seitens des FND-SG dargelegt, dass die Proben aus Blüten, Blättern und Stängelanteilen, nicht jedoch aus Wurzeln bestehen müssen. Dieses Vorgehen steht im Einklang mit den UNDOC-Empfehlungen, wonach sogar nur die Blüten und Blätter als Grundlage der Analyse dienen sollen. bb) Die Verteidigung vertritt den Standpunkt, die vor der Messung vorgenommene Trocknung der Hanfblüten habe zu einer Aufkonzentrierung des THC und damit zu einem überhöhten Messwert geführt. Zunächst erscheint die Trocknung im Zuge der Analyse des THC-Gehalts in Fachkreisen unbestritten. So sind gemäss den SGRM-Richtlinien die Hanfpflanzen vor der Messung zu trocknen, bis die Blätter trocken und brüchig sind. Auch die UNDOC-Empfehlungen besagen nichts anderes. Sodann hat die Trocknung laut Angaben des FND-SG keinen Einfluss auf den THC-Gehalt. Weder werde der THC-Wert durch den Trocknungsvorgang beeinflusst (so auch das IRM-BE), noch werde der Wassergehalt im Resultat berücksichtigt. Nichts anderes geht auch aus der Dokumentation zum Testverfahren hervor. So zeigen die Chromatogramme die verschiedenen THC- und Cannabinolwerte (Peak) grafisch auf. Wie die Vorinstanz schliesslich zutreffend festhielt, lässt sich Hanf nur in trockenem Zustand rauchen. Insofern bietet es sich ohnehin an, die Pflanzen auch in diesem Zustand zu testen, um festzustellen, ob sie sich als Betäubungsmittel eignen. cc) Sodann wurde vorgebracht, die Hanfpflanze könne nur im verarbeiteten Zustand konsumiert werden, weshalb die unverarbeitete Pflanze nicht als Betäubungsmittel zu betrachten sei. Der Argumentation ist nicht zu folgen. So werden im Gesetz unter "Betäubungsmittel" bzw. "Stoffe" auch die Rohmaterialien wie namentlich "Pflanzen" aufgezählt (vgl. Art. 2 lit. a i.V.m. lit. c BetmG). Auch ist eine für den Konsum notwendige Verarbeitung der Hanfpflanze nicht ersichtlich. Nur weil die Pflanze zeitlich nicht unmittelbar nach der Ernte konsumiert werden kann, bringt nicht mit sich, dass es sich nicht um (Cannabis)Pflanzen im Sinne der Legaldefinition handeln würde. c/aa) Betreffend Mengenbestimmung trägt die Verteidigung vor, wegen des Grundsatzes "in dubio pro reo" müsse bei Streubereichen jeweils vom tiefsten Wert ausgegangen werden. Dem ist zuzustimmen (vgl. dazu etwa Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 19 N 185 ff. betreffend Annahme von Minimalwerten, wenn der konkrete Drogenwirkstoffgehalt nicht bekannt ist; analoge Abstellung Strassenverkehrsrecht auf den tieferen Wert [vgl. etwa BGer 6B_186/2013 E. 2.6]). Dies spielt nur bei den Werten eine Rolle, welche knapp bei 1 % THC-Gehalt liegen. bb) Im Untersuchungsbericht des FND-SG vom 15. Februar 2012 wurde festgehalten, unter Berücksichtigung der Messunsicherheiten könne der Gehalt zweier Proben möglicherweise unterhalb von 1 % liegen. Die zweite Analyse des IRM-BE ergab, dass aufgrund des Streubereichs – von insgesamt 15 bzw. 19 Proben – die vier Proben Nr. 2, 9, 11 und 12 allenfalls weniger als 1 % THC enthalten. Dem Gutachtensauftrag ist sodann zu entnehmen, dass die vier Proben die Sorten "75", "61", "W73" und "W79" betreffen, was den im Untersuchungsbericht des FND-SG aufgeführten KTD-Nr. 12.01441, 12.01422 und 12.01417 entspricht. Von den im Jahr 2012 1'816 sichergestellten Hanfpflanzen entfallen 428 Pflanzen auf diese vier Sorten (KTD-Nr. 12.01441: "36 Töpfe mit normalgrossen Hanfpflanzen"; KTD-Nr. 12.01422:

"100 Töpfe mit normalgrossen Hanfpflanzen"; KTD-Nr. 12.01417: "195 Töpfe mit mittelgrossen Hanfpflanzen und 97 Jungpflanzen"). Darüber hinaus wurden die vorgefundenen Pflanzen photographisch dokumentiert, so dass die Grössenordnung dieser vier Sorten auch so abgeschätzt bzw. verifiziert werden kann. Von den ca. 1'816 Pflanzen sind 428 Pflanzen abzuziehen, so dass bezüglich der Hausdurchsuchungen 2012 "nur" 1'388 Pflanzen Drogenhanf erstellt sind, dies neben den rund 190 kg Marihuana/Hanfblüten und 425 kg Hanfsamen. Bei den 2013 durchgeführten Analysen (nach der zweiten Hausdurchsuchung) stellt sich die Frage der Streubereiche nicht, da auch unter Berücksichtigung der Abweichungen kein Wert von weniger als 1 % THC gemessen wurde (vgl. Untersuchung des FND-SG vom 26. März 2013). Mengenmässig erstellt sind demnach 329 kg Marihuana/Hanfblüten, 163 kg Hanfsamen, 1'500 Hanfpflanzen und 2'100 Hanfstecklinge. d) Im Sinne eines Zwischenfazits ist festzuhalten, dass der objektive Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 lit. a und d BetmG erfüllt wurde. 5. [...] Herstellung von Hanfsirup für Hanflikör

E. 6

X. wird von der Staatsanwaltschaft vorgeworfen, seinen Drogenhanf zu einem Hanfsirup – der selber kaum THC enthält – verarbeitet zu haben. Daraus habe er dann einen Hanflikör herstellen lassen. Durch den Verkauf des Likörs an die C. Company habe er monatlich Fr. 22'000.00 bis Fr. 25'000.00 verdient. a/aa) Zunächst ist in objektiver Hinsicht zu erstellen, ob der für die Fabrikation des Sirups verwendete Hanf einen THC-Gehalt von mehr als 1 % aufwies. Gemäss Verteidigung ist nämlich unbekannt, ob X. den Hanfsirup tatsächlich mit Drogenhanf hergestellt hat. bb) Es bestehen vorliegend keine Zweifel an der Herkunft des zu Sirup verkochten Hanfs. X. sagte nämlich anlässlich der ersten Einvernahme aus, den geernteten Hanf habe er jeweils teilweise zur Likörherstellung verkocht. An der zweiten Einvernahme erklärte er sodann, der für die Likörherstellung benötigte Hanf stamme ausschliesslich aus seiner Eigenproduktion. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der verkochte Hanf einen anderen THC-Wert aufgewiesen haben soll, als der sichergestellte und getestete Hanf, auch wenn an Schranken des Berufungsgerichts behauptet wurde, der meiste Hanf sei für die Validierungschargen gewesen. b) Beim verwendeten Drogenhanf handelt es sich um ein Betäubungsmittel, welches von X. zwecks der Herstellung des Sirups – einem Produkt, welches kaum THC enthielt – verarbeitet wurde. Sowohl beim Ausgangsprodukt als auch beim Endprodukt handelt es sich um Betäubungsmittel. Zwar gelten Cannabisprodukte mit THC-Werten unter 1 %, ausgenommen Haschisch, nicht als verbotene Substanzen (Fingerhuth/ Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 8 N 24). Gemäss Verordnung wird aber unter "Cannabis" nicht nur der Drogenhanf verstanden, sondern auch alle Gegenstände und Präparate, welche aus Drogenhanf hergestellt worden sind (vgl. BetmVV-EDI Anhang 1). Das Bundesgericht bestätigte denn auch, dass sämtliche Erzeugnisse, die auf der Grundlage von Cannabis hergestellt worden sind, unabhängig von ihrem eigenen THC-Gehalt ebenfalls als verbotene Betäubungsmittel gelten, da eine Überführung von Drogenhanf in einen legalen Stoff nicht möglich sei. So wurde etwa bei einer Verarbeitung von Drogenhanf zu ätherischem Öl die Möglichkeit der Überführung in einen legalen Stoff verneint (BGer 6B_1175/2014 E. 1.3.3, BGer 6B_644/2015 E. 2; vgl. auch Obergericht des Kantons Zürich betreffend Ölgewinnung aus Hanfsamen [Entscheid vom 13. Dezember 2016, UH160245, E. 3.2]). c/aa) Im Weiteren stellt sich die Frage der tatbestandsmässigen Handlung. Der Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 BetmG zählt diverse Handlungen auf, welche verboten sind und daher sanktioniert werden. Die Systematik von Art. 19 Abs. 1 BetmG folgt im Wesentlichen dem

zeitlichen Ablauf von der Drogenherstellung bis zum Drogenumschlag und umfasst beinahe alle denkbaren Formen einer vorsätzlichen Beteiligung am unbefugten Drogenverkehr (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 19 N 3 mit Verweis auf BGE 114 IV 164 und N 23 m.w.H.). Die "Verarbeitung" von Betäubungsmitteln wird in der abschliessenden Aufzählung (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 19 N 23 m.w.H.) nicht erwähnt. Art. 19 Abs. 1 lit. a BetmG erwähnt neben dem Anbau auch die Herstellung und Erzeugung von Betäubungsmitteln. Dies darf nur mit einer Ausnahmegewilligung des BAG und nur für medizinische Zwecke geschehen (Art. 8 Abs. 5 BetmG; vgl. dazu Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 8 N 33). Nach Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG dürfen Betäubungsmittel des Wirkungstyps Cannabis nur weder "angebaut, eingeführt, hergestellt noch in Verkehr gebracht" werden. In der Literatur wird denn auch entsprechend die "Verarbeitung" teilweise unter die "Herstellung" subsumiert (vgl. Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 19 N 11 und N 36). Eine Verwendung des Drogenhanfs zur Herstellung eines Getränks, eines Düngemittel- oder Pflanzenschutzmittels ist selbst mit einer Bewilligung des BAG untersagt (vgl. etwa Schreiben BAG an X. vom 16. Februar 2012). bb) Vorliegend stellte X. mit der Verarbeitung des Drogenhanfs Betäubungsmittel im Sinne der Legaldefinition von BetmVV-EDI Anhang 1 her ("sämtliche Gegenstände und Präparate, welche [...] aus Hanf mit einem Gesamt-THC-Gehalt von mindestens 1,0 Prozent hergestellt werden"). Nachdem X. mit der Sirupproduktion nicht im medizinischen Bereich tätig war und entsprechend schon gar nicht über eine Ausnahmegewilligung verfügen konnte und auch nicht verfügte, ist eine taugliche Tathandlung gegeben. Im Übrigen stammte der verarbeitete Drogenhanf aus der Eigenproduktion von X. Damit er seinen Drogenhanf verarbeiten konnte, musste er diesen zuerst anbauen und lagern. Diese der Verarbeitung zwangsläufig vorgelagerten Handlungen sind auch ohne weiteres tatbestandsmässig. d) [...] e) Im Sinne eines Zwischenfazit ist festzuhalten, dass X. durch die Verwendung des Drogenhanfs zur Herstellung von Hanfsirup bzw. Hanflikör den Tatbestand von Art. 19 Abs. 1 lit. a BetmG erfüllte (Zeitraum 1. Juli 2011 bis Mitte Mai 2013).

E. 7

X. wird von der Staatsanwaltschaft infolge des mit der Herstellung von Hanfsirup erzielten Gewinns ein schwerer Fall vorgeworfen (AS S. 3). a) Der Täter wird mit einer Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann, bestraft, wenn er unter anderem durch gewerbsmässigen Handel einen grossen Umsatz oder einen erheblichen Gewinn erzielt (Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG). aa) Das Gesetz erwähnt den "gewerbsmässigen Handel", womit ein Handeltreiben gemeint ist (Albrecht, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes [Art. 19-28 BetmG], SHK - Stämpflis Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2016, Art. 19 N 254 m.w.H.). Darunter sind alle eigennützigen Bemühungen zu verstehen, die darauf gerichtet sind, den unbefugten Verkehr mit Betäubungsmitteln zu ermöglichen oder zu fördern (Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 19 N 219). Das Bundesgericht bejaht sodann die Erheblichkeit des Gewinnes, wenn dieser Fr. 10'000.00 erreicht (BGE 129 IV 253 E. 2.2, BGer 6B_883/2013 E. 2.2, BGer 1B_293/2013 E. 2.1.2; Albrecht, a.a.O., Art. 19 N 257 m.w.H.). Dabei ist auch erforderlich, dass die von der Rechtsprechung entwickelten Bedingungen der Gewerbsmässigkeit erfüllt sind (BGE 129 IV 188 E. 3.1.2, BGer 6B_88/2009 E. 5.2.2). So handelt der Täter gewerbsmässig, wenn sich aus der Zeit und den Mitteln, die er für die deliktische Tätigkeit aufwendet, aus der Häufigkeit der Einzelakte innerhalb eines bestimmten Zeitraums sowie aus den angestrebten und erzielten Einkünften ergibt, dass er die deliktische Tätigkeit nach

der Art eines Berufes ausübt. Wesentlich ist ausserdem, dass der Täter sich darauf einrichtet, durch sein deliktisches Handeln relativ regelmässige Einnahmen zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten seiner Lebensgestaltung darstellen. Zudem muss er die Tat bereits mehrfach begangen haben (BGer 6B_976/2015 E. 10.3.2, BGE 129 IV 188 E. 3.1.2, BGer 6B_1192/2014 E. 3.2, BGE 119 IV 129 E. 3a). bb) Ziel der Qualifikationstatbestände von Art. 19 Abs. 2 BetmG ist es, die nichtabhängigen Händler und Händlerringe des Drogen-Schwarzmarkts verschärft zu treffen, welche ohne Rücksicht auf die Gesundheitsgefährdung ihrer Klientel ihren Profit machen (vgl. Botschaft über die Änderung des Betäubungsmittelgesetzes vom 9. März 2001 [BBl 2001 3773]; Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 4. Mai 2006 [BBl 2006 8612]; vgl. auch Fingerhuth/Schlegel/Jucker, a.a.O., Art. 19 N 171; Maurer, OFK StGB-Kommentar, 19. Aufl., Zürich 2013, Art. 19 N 36). Der Gesetzgeber wollte (international) organisierte, gewinnträchtige Drogengeschäfte angesichts der daraus resultierenden erheblichen Gefahren für die Gesundheit besonders streng sanktionieren (Maurer, a.a.O., Art. 19 N 36). b) Bei X. handelt es sich unbestrittenermassen nicht um einen Fall eines Drogen- bzw. Marihuanahändlers (vgl. vorne Erw. III.2.a). Auch ist erstellt, dass X. keinen Hanf in Umlauf brachte oder anderweitig Konsumenten zugänglich machte. Bereits mit Blick auf die Intention des Gesetzgebers, Drogenhändler verstärkt zu treffen, scheint die Qualifikation als schwerer Fall nicht sachgerecht. Sodann erzielte X. zwar einen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grossen Gewinn (> Fr. 10'000.00) und dieser stellte eine wesentliche Einnahmequelle dar. Der Gewinn stammte aber aus dem Vertrieb von Sirup zur Herstellung von Hanflikör und der Weitergabe von Erkenntnissen aus dem Hanfanbau. Beim Hanflikör handelt es sich um eine Ware, welche nur deshalb verboten ist, weil sie mit Hanf von mehr als 1 % THC hergestellt wurde. Die Herstellung wäre aber auch mit Hanf von weniger als 1 % möglich, hat doch das Endprodukt so gut wie kein THC mehr. Schliesslich stellen die aus der Hanfzüchtung gewonnenen Forschungsergebnisse mangels Stofflichkeit keinen illegalen Stoff dar. Ein schwerer Fall (eines Drogenhändlers) liegt aus diesem Gründen nicht vor.

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