Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.231/2005 /bri

Urteil vom 21. September 2005
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Kolly, Zünd,
Gerichtsschreiber Borner.

Parteien
Staatsanwaltschaft des Kantons St.Gallen,
9001 St. Gallen,
Beschwerdeführerin,

gegen

D._____,
Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Marco Neeser,

Gegenstand
Strafzumessung,

Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen, Strafkammer, vom 13. April 2005.

Sachverhalt:
A.
D._____ verkaufte von anfangs April 1998 bis Ende März 1999 in seinem Geschäft "H._____" in St. Gallen Drogenhanf. Das Kantonsgericht St. Gallen sprach ihn am 14. März 2000 der schweren Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig und verurteilte ihn zu 14 Monaten Gefängnis. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde bei einer Probezeit von zwei Jahren bedingt aufgeschoben.
B.
In der Zeit von April 1999 bis März 2000 erwirtschaftete D._____ im Geschäft "H._____" mit dem Verkauf von Drogenhanf bei einem Umsatz von Fr. 320'000.– einen Gewinn von ungefähr Fr. 40'000.–. Nachdem die Einzelfirma in die "L._____ GmbH" überführt worden war, erreichte diese in St. Gallen von März 2000 bis Dezember 2001 mit dem Verkauf von Drogenhanf einen Umsatz von Fr. 400'000.–. Im Kanton Schwyz erzielte die gleiche Firma im Zeitraum von Mitte Januar 2002 bis Mitte Juli 2003 bei einem Umsatz von Fr. 40'000.– einen Gewinn von Fr. 7'100.–.

D._____ war der Anführer der Bewegung "F._____ für H._____", die sich massgeblich für eine Legalisierung des Hanfkonsums einsetzte. Die "L._____ GmbH" benutzte den Namen "F._____ für H._____" als Label und schloss im Dezember 2001 bzw. Januar 2002 mit zwei Hanfshops Betriebsfranchising-Verträge ab. Aus diesen Verträgen flossen D._____ rund Fr. 65'000.– zu, die den Handel mit Drogenhanf betrafen.
C.
Das Kreisgericht St. Gallen verurteilte D._____ am 3./16. Dezember 2003 wegen schwerer Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einer Gefängnisstrafe von 24 Monaten. Gleichzeitig erklärte es die 14-monatige Freiheitsstrafe für vollziehbar und verpflichtete den Verurteilten, dem Kanton St. Gallen eine Er-

satzforderung von Fr. 20'000.– zu zahlen.

Das Kantonsgericht bestätigte am 13. April 2005 auf Berufung hin den Schuldspruch und den Widerruf des bedingten Strafvollzugs. Es setzte jedoch die Gefängnisstrafe auf 18 Monate fest, gewährte D._____ den bedingten Strafvollzug und verzichtete auf eine Ersatzforderung.
D.
Die Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen führt Nichtigkeitsbeschwerde und beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Kantonsgericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Beschwerdeführerin beanstandet insbesondere die vorinstanzliche Strafzumessung. Nach Art. 63 StGB misst der Richter die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.

Die Schwere des Verschuldens bildet das zentrale Kriterium bei der Zumessung der Strafe. Bei deren Bestimmung hat der Richter die Umstände der Tat (sog. Tatkomponente) zu beachten, also das Ausmass des verschuldeten Erfolgs, die Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolgs, die Willensrichtung, mit welcher der Täter gehandelt hat, und die Beweggründe des Schuldigen. Je leichter es für ihn gewesen wäre, das Gesetz zu respektieren, desto schwerer wiegt dessen Missachtung und damit das Verschulden. Neben diesen auf die Tat bezogenen Faktoren sind auch täterbezogene Elemente (sog. Täterkomponente) zu berücksichtigen, so das Vorleben, die persönlichen Verhältnisse des Täters, weiter aber auch sein Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren, allenfalls gezeigte Reue und Einsicht sowie die Strafempfindlichkeit (BGE 129 IV 6 E. 6.1 S. 20; 127 IV 101 E. 2a S. 103; 117 IV 112 E. 1 S. 113 f.).

Dem Sachrichter steht bei der Gewichtung der genannten Strafzumessungskomponenten ein erheblicher Spielraum des Ermessens zu. Das Bundesgericht greift in diesen im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde, mit der ausschliesslich eine Rechtsverletzung geltend gemacht werden kann, nur ein, wenn der kantonale Richter den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn er von rechtlich nicht massgebenden Gesichtspunkten ausgegangen ist oder wenn er umgekehrt solche Faktoren ausser Acht gelassen hat und schliesslich wenn er wesentliche Kriterien in Überschreitung oder Missbrauch seines Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 129 IV 6 E. 6.1 S. 21; 124 IV 286 E. 4a S. 295).
2.
2.1 Die Beschwerdeführerin verweist auf die Ausführungen der Vorinstanz, wonach der Drogenumsatz des Beschwerdegegners zwischen Juli 1999 und Juli 2003 über Fr. 800'000.– betragen habe, womit die Qualifikationsgrenze von Art. 19 Ziff. 2 lit. c BetmG weit überschritten sei. In der Folge stellt sie eigene Berechnungen darüber an, wieviel Umsatz an Drogenhanf dem Beschwerdegegner zuzurechnen wären. Obwohl sie dabei auch immer wieder auf Zahlenangaben der Vorinstanz zurückgreift, stellen diese Berechnungen Beweiswürdigung dar, was im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig ist (Art. 273 Abs. 1 lit. b und Art. 277bis Abs. 1 BStP). Dasselbe gilt auch für die Berechnung des Gewinns, den der Beschwerdegegner erzielt haben soll (Beschwerdeschrift S. 4 Ziff. 12). Im Übrigen kommen genauen Berechnungen von Franken und Gramm bzw. Kilogramm weniger Bedeutung zu, wenn die Grenze zu einer qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz ohnehin weit überschritten ist (Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, N 53 zu Art. 63 StGB mit Hinweisen).
2.2 Die Beschwerdeführerin beanstandet die vorinstanzliche Begründung, in objektiver Hinsicht sei zu berücksichtigen, dass es sich beim Hanfkraut um ein Produkt mit eher geringem Sucht- und Gefährdungspotential handle. Dieses Element sei bei der Frage der Gewerbsmässigkeit nicht von Bedeutung. Wenn es trotzdem strafmindernd veranschlagt werde, verletze dies Bundesrecht (Beschwerdeschrift S. 4 f. Ziff. 13).

Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin erblickt die Vorinstanz im Umstand des eher geringen Sucht- und Gefährdungspotentials von Hanfkraut nicht einen Strafminderungsgrund, der das gewerbsmässige Handeln

des Beschwerdegegners in einem milderen Licht erscheinen lassen würde. Vielmehr stellt sie die beiden Elemente unter dem Titel der objektiven Tatschwere einander gegenüber. Zwanglos lässt sich die vorinstanzliche Begründung dahingehend verstehen, dass der grosse Umsatz von über Fr. 800'000.– mehr als die Minimalstrafe von einem Jahr Freiheitsentzug nach sich ziehen muss, dass diese Erhöhung jedoch - stets im Rahmen der objektiven Tatschwere - nur relativ gering ausfallen darf, weil das Sucht- und Gefährdungspotential von Hanfkraut im Vergleich zu den harten Drogen gering ist. Eine solche Beurteilung ist von Bundesrechts wegen nicht zu beanstanden (BGE 117 IV 314; 120 IV 256, insbesondere S. 259 oben).
2.3 Die Vorinstanz hält dem Beschwerdegegner in subjektiver Hinsicht zugut, dass er im Gegensatz zu den früheren Delikten nicht mehr auf maximale Gewinnerzielung aus war, sondern den Hanfhandel nur unter einschränkenden Regeln ausübte, weshalb nicht mehr von einem gleichwertigen Delikt auszugehen sei. So wurden Hanfprodukte nur an registrierte Clubmitglieder verkauft, wobei Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz sowie Jugendliche unter 18 Jahren von einer Mitgliedschaft ausgeschlossen waren. Für die Einkäufe eines einzelnen Kunden war eine Obergrenze von Fr. 100.– festgelegt, um einen Weiterverkauf zu vermeiden. Ausserdem sollten Hanfshops sowohl auf den Import als auch den Export von Hanfprodukten verzichten.

Diese Elemente versucht die Beschwerdeführerin mit einem - im Verhältnis zur ersten Verurteilung - gesteigerten Drogenumsatz des Beschwerdegegners als bedeutungslos darzustellen. Dieses Unterfangen scheitert schon daran, als sowohl dem Drogenumsatz als objektives und den Motiven des Beschwerdegegners als subjektives Element bei der Strafzumessung selbständige Bedeutung zukommen. Im Übrigen betreibt die Beschwerdeführerin mit ihren Berechnungen zum Drogenumsatz wiederum Beweiswürdigung, was unzulässig ist. Dasselbe gilt auch für ihre Behauptung, die Vorinstanz habe bereits im Urteil vom 14. März 2000 berücksichtigt, dass sich der Beschwerdegegner bemüht habe, Drogenhanf nicht an unter 18-jährige zu verkaufen. Im fraglichen Urteil wird der Beschwerdegegner zwar mit solchen Aussagen zitiert, an gleicher Stelle wird aber auch festgehalten, dass ein 16-jähriger offenbar problemlos bei ihm Drogenhanf einkaufen konnte. Entscheidend ist jedoch, dass die Vorinstanz in jenem Urteil den Aussagen des Beschwerdegegners keinen Glauben schenkte und insoweit auch keine Strafminderung vornahm, sondern dessen finanzielle Interessen in den Vordergrund stellte. Als ideelles Motiv liess sie einzig die angeblich therapeutische Wirkung von Hanf gelten
(Urteil vom 14. März 2000, S. 5 und 8 f.).
Wenn die Vorinstanz im Lichte der eingangs (Abs. 1 hievor) erwähnten Umstände zum Schluss gelangt, im Verhältnis zur ersten Verurteilung könne nicht mehr von einem gleichwertigen Delikt gesprochen werden, liegt darin kein Verstoss gegen Bundesrecht.

Im gleichen Zusammenhang durfte die Vorinstanz auch die Tatsachen berücksichtigen, dass der Beschwerdegegner einen beträchtlichen Teil der illegalen Einnahmen zur Finanzierung der Legalisierungsbestrebungen von Hanf aufwandte und soweit möglich mit den Behörden zusammenarbeitete (behördliche Eichung der Hanfwaage; Mehrwertsteuerabrechnung). Wie sie zutreffend festhält, entspricht dies nicht dem üblichen Vorgehen eines Drogendealers, der hauptsächlich aus finanziellen, egoistischen Motiven handelt.
2.4 Die Beschwerdeführerin beanstandet die Erwägung der Vorinstanz, schliesslich sei auch der Umstand zu beachten, dass der Beginn des angeklagten Verhaltens inzwischen bereits rund sechs Jahre zurückliege. Das spiele insofern keine Rolle, als der Beschwerdegegner die strafbare Tätigkeit bis zur Anklageerhebung fortgesetzt habe.

Grundsätzlich gilt die Überlegung, dass im Anschluss an eine Straftat der Schuld- und Unrechtsausgleich durch Strafe mit fortschreitendem Zeitablauf an Bedeutung verlieren (Peter Müller, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, N 31 vor Art. 70 StGB). Hinzu kommt, dass die Vorinstanz den gerügten Umstand ganz am Schluss der Erwägungen zur Strafzumessung ohne besondere Gewichtung und damit eher beiläufig erwähnt. Unter diesen Umständen ist eine Verletzung von Bundesrecht nicht ersichtlich.
2.5 Nachdem die Beschwerdeführerin bei der Gewichtung der einzelnen Beurteilungsmerkmale mit ihrer Kritik nicht durchdringt, ist für die Gesamtbeurteilung von den Kriterien auszugehen, wie sie die Vorinstanz erörtert hat. Gestützt darauf und auch im Hinblick auf die nachfolgende Erwägung 2.6 erscheint die ausgefällte Freiheitsstrafe von 18 Monaten als sehr mild. Betrachtet man jedoch die Sanktionen als Ganzes (Vollzug der 14-monatigen Gefängnisstrafe sowie 18 Monate auf Bewährung), liegt der Entscheid noch im Rahmen des weiten Ermessens der Vorinstanz.

2.6 Um der Deliktstätigkeit des Beschwerdegegners von April - Juni 1999 Rechnung zu tragen, hatte die Vorinstanz in Anwendung von Art. 68 Ziff. 1 StGB eine Zusatzstrafe zum Urteil vom 14. März 2000 auszufällen und zusammen mit der 18-monatigen Strafe zu einer Gesamtstrafe zu verbinden. Sie erwägt, der Beschwerdegegner sei für den rund einjährigen Betrieb eines Hanfladens mit einer Strafe von 14 Monaten bestraft worden. Nun kämen drei weitere Monate hinzu, während derer der Beschwerdegegner seinen Hanfladen betrieben habe. Es sei aber davon auszugehen, dass dies bei einer gesamthaften Beurteilung durch das Kantonsgericht nicht zu einer höheren Strafe geführt hätte. Daher sei vorliegend auf die Ausfällung einer Zusatzstrafe bzw. einer Erhöhung der für die nach der ersten Verurteilung begangenen Tat verwirkten Strafe abzusehen (angefochtener Entscheid S. 18 lit. b).

Die Beschwerdeführerin rügt, diese Argumentation sei nicht nachvollziehbar. Wenn die Dauer der Delinquenz um einen Viertel länger sei, sei nicht einzusehen, wieso dies nicht zu einer höheren Strafe geführt hätte.

Gemäss BGE 118 IV 337 ist die Grenze von 18 Monaten für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei der Strafzumessung mitzuberücksichtigen, wenn eine Freiheitsstrafe von nicht erheblich längerer Dauer in Betracht fällt, und die Voraussetzungen des bedingten Vollzugs im Übrigen erfüllt sind.

Die zusätzliche Deliktsdauer von April - Juni 1999 hätte bloss eine geringfügig erhöhte Gefängnisstrafe gerechtfertigt. Wenn die Vorinstanz betont, dies hätte "bei einer gesamthaften Beurteilung ... nicht zu einer höheren Strafe geführt" (a.a.O.), und die Gesamtstrafe auf 18 Monate festlegt, hat sie damit lediglich der zitierten Rechtsprechung Rechnung getragen. Darin liegt keine Verletzung von Bundesrecht.
3.
Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe dem Beschwerdegegner zu Unrecht den bedingten Strafvollzug gewährt. Er habe zurzeit keine regelmässigen legalen Einkünfte und werde von seiner Ehefrau finanziell unterstützt, weshalb nicht von einem sozial integrierten Täter gesprochen werden könne. Er habe bis zur Berufungsverhandlung im Hanfgeschäft mitgewirkt und sich von den bisherigen Verurteilungen nur insoweit beeindrucken lassen, als er einen Strohmann vorschob und erfolglos zu behaupten versuchte, er selbst habe mit dem Verkauf illegaler Betäubungsmittel nichts mehr zu tun. Dies hätte die Vorinstanz als besondere Einsichtslosigkeit berücksichtigen müssen.

In Bezug auf die berufliche Situation kann man sich tatsächlich fragen, ob der Beschwerdegegner sozial integriert ist. Demgegenüber scheint die Ehe intakt zu sein, ansonsten seine Frau ihn wohl kaum finanziell unterstützen würde. Dass er noch an Schranken zu behaupten versuchte, er habe mit dem Drogenhandel nichts zu tun, hat die Vorinstanz nicht übersehen. Sie zieht daraus aber nicht den Schluss, der Beschwerdegegner sei unbelehrbar, sondern ist vielmehr der Überzeugung, dass der Vollzug der 14-monatigen Gefängnisstrafe ihre Schock- und Warnwirkung beim Beschwerdegegner nicht verfehlen werde. Dies ist nachvollziehbar.

Die Ausführungen im angefochtenen Entscheid zum bedingten Strafvollzug sind zwar etwas knapp ausgefallen, doch liegt dessen Gewährung im Rahmen des weiten Ermessens der Vorinstanz.
4. Nach dem Gesagten erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

Da der öffentliche Ankläger unterliegt, sind keine Kosten zu erheben. Der Beschwerdegegner hatte vor Bundesgericht keine Umtriebe, weshalb auch keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Art. 278 Abs. 2 und 3 BStP).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Es werden keine Kosten erhoben und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht St. Gallen, Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 21. September 2005
Im Namen des Kassationshofes

des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: