

## **Straflosigkeit des Cannabiskonsums: Menschenrechtlicher Anspruch oder politische Entscheidung?**

Prof. Dr. Peter Albrecht, Basel und Bern

Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 27. April 2006 i.S. X. c. Jugendstaatsanwaltschaft und Obergericht des Kantons Zürich (6P.25/2006, 6S.53/2006)

### *Zusammenfassung des Sachverhalts:*

Das Jugendgericht des Bezirks Zürich erklärte mit Urteil vom 7. September 2004 X. wegen Konsums und Besitzes von Marihuana der mehrfachen Übertretung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG für fehlbar und erteilte ihm als Jugendstrafe im Sinne von Art. 95 Ziff. 1 Abs. 1 StGB einen Verweis.

Mit Beschluss vom 21. Dezember 2005 wies das Obergericht des Kantons Zürich eine Nichtigkeitsbeschwerde, welche namentlich damit begründet war, die Strafbarkeit des Konsums von Cannabis sei mit Art. 8 und 14 EMRK unvereinbar, ab, soweit darauf einzutreten war.

Die dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde und die Nichtigkeitsbeschwerde wies der Kassationshof des Bundesgerichts mit Urteil vom 27. April 2006 ebenfalls ab, soweit auf die beiden Beschwerden einzutreten war.

### *Zusammenfassung der Erwägungen (betr. Nichtigkeitsbeschwerde):*

Im Mittelpunkt der Nichtigkeitsbeschwerde steht der Einwand, eine Bestrafung wegen Cannabiskonsums aufgrund von Art. 19a BetmG sei mit dem Anspruch auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) und dem Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) unvereinbar. Diesbezüglich hält der Kassationshof unter Hinweis auf Art. 191 BV einleitend fest, dass der Richter an das Gesetz gebunden sei und er selbst dann nicht davon abweichen könnte, wenn er es als verfassungswidrig erachten würde. Hingegen sei es dem Bundesgericht nicht verwehrt, ein Gesetz auf die Vereinbarkeit mit der Europäischen Menschenrechtskonvention zu überprüfen (Erw. 3.1 und 3.2).

Im Anschluss daran wird konkret die behauptete Unvereinbarkeit mit Art. 8 EMRK verneint, weil der Betäubungsmittelkonsum nicht als elementare Erscheinungsform der Persönlichkeitsentfaltung zu qualifizieren sei. Der Umgang mit Drogen, namentlich der Konsum von Cannabis, könne somit nicht men-

schenrechtlich als Ausfluss des Anspruchs auf Privatleben geschützt sein. Bei dieser Sachlage stosse auch die Rüge ins Leere, das Diskriminierungsverbot von Art. 14 EMRK sei verletzt. Diese Garantie enthalte keinen allgemeinen Gleichheitssatz, sondern beziehe sich nur auf die in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten. Falls der Konsum von Betäubungsmitteln aber nicht in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK, erübrige sich ein Vergleich mit der Strafbarkeit von Tabak- und Alkoholkonsum (Erw. 3.2 am Ende).

Schliesslich betont das Bundesgericht noch, dass es dem Gesetzgeber nicht verwehrt wäre, den Konsum von Cannabis straffrei zu erklären. "Ob er das tun soll oder nicht, ist aber eine Frage der politischen Entscheidung, nicht eine solche menschenrechtlicher Ansprüche." (Erw. 3.3)

*Bemerkungen:*

1. Meine Urteilsanmerkungen beschränke ich hier auf die für das Verfahren zentrale Frage, *inwieweit sich eine Bestrafung des Cannabiskonsums aufgrund von Art. 19a BetmG mit dem Anspruch auf Achtung des Privatlebens gemäss Art. 8 EMRK vereinbaren lässt*. Sowohl die kantonalen Gerichte wie auch der Kassationshof erkennen in der Konsumbestrafung keinen Widerspruch zur EMRK. Dabei fällt allerdings sogleich auf: Die einzelnen Urteile stimmen zwar im Ergebnis überein, weichen jedoch in den Begründungen voneinander ab. So qualifiziert das Jugendgericht die Anwendung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG als einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, hält diesen aber aufgrund von Ziff. 2 der genannten Bestimmung für gerechtfertigt. Nach Ansicht des Bundesgerichts hingegen fällt der Konsum von Betäubungsmitteln überhaupt nicht in den Schutzbereich des Art. 8 EMRK.

2. Angesichts der geschilderten Ausgangslage lohnt es sich, die in vorliegender Sache ergangenen drei richterlichen Entscheide sorgfältig (und allenfalls mehrmals) durchzulesen. Bereits eine erste oberflächliche Analyse führt zur Erkenntnis, dass sämtliche Instanzen mit dem seitens der Verteidigung erhobenen – wahrscheinlich unterwarteten, dem eigenen Vorverständnis widersprechenden – Einwand eines Verstosses gegen die EMRK erhebliche Mühe bekunden. Ganz offensichtlich widerstrebt es ihnen nämlich, den materiellen Gehalt des rechtlichen Anspruchs auf Achtung des Privatlebens und dessen Grenzen näher zu bestimmen. Sie ziehen sich vielmehr *defensiv auf vorwiegend formale und äusserliche Argumente zurück* im Bestreben, den als lästig empfundenen Einwand des Verteidigers möglichst rasch und bequem zu entkräften, ohne sich mit ihm inhaltlich ernsthaft auseinanderzusetzen zu müssen.

a) Das Jugendgericht verfolgt die geschilderte Begründungsstrategie in anschaulicher Weise. In seinem Urteil vom 7. September 2004 liegt der Schwer-

punkt der Erwägungen auf der Rechtfertigung des staatlichen Eingriffs gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK, namentlich auf der Frage, ob die Anwendung von Art. 19a BetmG in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sei:

"Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat den Rechtfertigungsgrund der in einer demokratischen Gesellschaft bestehenden Notwendigkeit in ständiger Rechtsprechung so ausgelegt, dass der Eingriff *einem dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis* entsprechen und *verhältnismässig* erscheinen muss (...). Dabei gesteht der Gerichtshof den Behörden auch einen gewissen Ermessens- bzw. Handlungsbereich zu, d.h. bei der Überprüfung der Notwendigkeit und insbesondere der Verhältnismässigkeit einer Massnahme kann und will der Gerichtshof nicht die Würdigung der Lage durch die innerstaatlichen Behörden mit seiner eigenen Sicht der Dinge ersetzen (...). Er überprüft zwar die Anwendung des Ermessensbereichs, die 'Angemessenheit' und 'Wirksamkeit' der innerstaatlichen Kontrollen, übt jedoch keine eigentliche Kontrolle, sondern eine 'europäische Aufsicht' aus (...). Laut VILLIGER ist dieser Ermessensbereich in jenen Bereichen grösser, in denen ein starker gesellschaftlicher Wandel erfolgte bzw. möglich ist (Moral- und Kulturvorstellungen, kommerzieller Wettbewerb usw.), wo nationale oder soziale Interessen dominieren oder die Meinungen von Fachpersonen (z.B. Ärzten) bestimmend sind; er ist geringer, wenn beispielsweise höchst persönliche Interessen des Individuums tangiert werden (...)." (Erw. III/2c, aa)

Nach diesen allgemeinen Ausführungen nimmt das Jugendgericht konkret Bezug auf den Konsum von Cannabis: Inwieweit dieser Konsum mit dem Schutz der Gesundheit nicht vereinbar sei, sei Gegenstand der aktuellen rechtspolitischen Diskussionen und allenfalls des Gesetzgebungsverfahrens. Es könne "nicht Aufgabe eines Gerichts sein, bei der Frage nach 'dem dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis' .... politische Argumente gegeneinander abzuwägen und politische Wertungen vorzunehmen" (Erw. III/2c, bb). Ferner führt das Gericht aus, in der rechtspolitischen Diskussion um die Berechtigung des Cannabisverbots würden die wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Grundlagen der Gesellschaft angesprochen. Es bestehe daher bei der Prüfung von Art. 8 Ziff. 2 EMRK ein weiterer Ermessensbereich, in dessen Rahmen es sich rechtfertige, ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis für die Anwendung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG zu bejahen. Da Art. 19a Ziff. 1 BetmG als Übertretung ausgestaltet sei, erwiesen sich darauf gestützte Eingriffe zum Zwecke des Schutzes der Gesundheit als verhältnismässig (a.a.O.).

b) Die augenfällige Scheu, sich mit dem materiellen Gehalt der EMRK seriös zu befassen, setzt sich sodann im Beschluss des Obergerichts vom 21. Dezember 2005 fort. Das Gericht tritt auf die Nichtigkeitsbeschwerde, soweit Art. 8 EMRK zur Diskussion steht, wegen unzureichender Begründung gar nicht ein. Bezüglich der zusätzlich gerügten Verletzung von Art. 14 EMRK (die in meinen Urteilsanmerkungen ausgeklammert bleibt) wird die Beschwerde kurzerhand abgewiesen, und zwar mit einer ziemlich dünnen "Begründung", die sich in einer blossen Behauptung erschöpft:

"Eine Diskriminierung nach dieser Bestimmung setzt voraus, dass die Umstände, die miteinander verglichen werden, sachlich gleich oder ähnlich und im Vergleich zueinander relevant sind, was bei den vom Beschwerdeführer angerufenen Vergleichsfällen nicht der Fall ist. Die Ungleichbehandlung zwischen (strafbarem) Drogenkonsum einerseits und (erlaubtem) Alkohol- bzw. Tabakkonsum andererseits ist daher fraglos sachlich gerechtfertigt und verhältnismässig ...." (Erw. II/1b)

c) Die hier zusammenfassend wiedergegebenen Erwägungen der beiden kantonalen Gerichte wirken *ziemlich hohl und bringen eine gewisse juristische Verlegenheit zum Ausdruck*. Infolgedessen hat das Bundesgericht vermutlich erkannt, dass auf der Ebene von Art. 8 Ziff. 2 EMRK den Einwänden der Verteidigung nicht so leicht zu begegnen ist, zumindest aber hierfür eine wesentlich differenziertere Argumentation erforderlich wäre. Deshalb vollzieht der Kassationshof im Urteil vom 27. April 2006 – im Sinne einer Vereinfachungsstrategie – einen radikalen Schritt, *indem er den Umgang mit Drogen, namentlich den Konsum von Cannabis, generell vom Schutzbereich des Art. 8 EMRK ausschliesst*. Dabei hebt er deutlich hervor, dass Ziff. 1 der genannten Konventionsbestimmung nur auf wesentliche Ausdrucksmöglichkeiten der menschlichen Persönlichkeit gerichtet sei. Auf diese Weise wird zugleich auch der Rüge einer Verletzung des Diskriminierungsverbots von Art. 14 EMRK der Boden entzogen (Erw. 3.2). Das alles eröffnet – zumindest bei oberflächlicher Betrachtung – eine den Bundesrichtern wohl durchaus willkommene juristische "Rettungschance" für den kritisierten Art. 19a BetmG.

3. Nach der eher vordergründigen Erörterung der richterlichen Begründungsstrukturen bedarf es nun einer zweiten, vertieften Analyse des bundesgerichtlichen Urteils, die unmittelbar beim materiellen Gehalt des in der EMRK festgeschriebenen rechtlichen Anspruchs anzusetzen hat.

a) In erster Linie geht es um die Prüfung, ob das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK garantierte Privatleben auch den Konsum von Cannabis umfasst. Das Bundesgericht verneint das kategorisch unter Bezugnahme auf Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Es falle schwer, den Betäubungsmittelkonsum als elementare Erscheinungsform der persönlichen Entfaltung zu qualifizieren (Erw. 3.2). Weshalb das so sein soll, sagt der Kassationshof indessen mit keinem Wort. Der nicht näher erläuterte Hinweis auf einzelne Strassburger Entschiede genügt jedenfalls nicht. Der zitierte Kommissionsentscheid, der ein Verbot des Haltens von Hunden thematisiert, betrifft einen ganz anderen Sachverhalt und ist in der Lehre kritisiert worden (Einzelheiten dazu bei L. WILDHABER / S. BREITENMOSER, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln / Berlin / Bonn / München, Art. 8 [1992], RZ 130 ff.); er lässt sich von vorneherein nicht mit dem Drogengebrauch vergleichen. Ebenso wenig taugt der Vergleich mit der Verpflichtung zum Tragen eines Sicherheitsgurtes im Strassenverkehr (vgl. EuGRZ 1980, 170). Denn das Gurten-

obligatorium ist sowohl in örtlicher wie zeitlicher Hinsicht stark beschränkt, nämlich auf den öffentlichen Strassenverkehr während der Dauer der Fahrzeugbenützung, dies im Gegensatz zu der auch jeden privaten Drogengebrauch erfassenden Bestimmung des Art. 19a BetmG. Schliesslich erweist sich das noch am Rande erwähnte (Erw. 3.3) Cannabis-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 90, 145 ff.) als irreführend, weil im deutschen Recht der Betäubungsmittelkonsum als solcher – anders als in der Schweiz – gerade nicht strafbar ist. Abgesehen davon ist diese verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in der Lehre mehrheitlich auf heftige Ablehnung gestossen (z.B. B. HAFFKE, Drogenstrafrecht, ZStW 1995, 765 ff.; C. NESTLER, Betäubungsmittelstrafrecht, in: A. Kreuzer [Hrsg.], Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts, München 1998, § 11, Rn. 79 ff.; L. BÖLLINGER, Grenzenloses symbolisches Strafrecht, KJ 1994, 405 ff.), was vom Bundesgericht freilich verschwiegen wird.

Die tendenziell weite Auslegung, den der Begriff "Privatleben" in der Strassburger Rechtsprechung erfahren hat (siehe C. GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Auflage, München / Wien 2005, § 22, Rn. 6; M. E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Auflage, Zürich 1999, N 542), *legt es nahe, den Drogengebrauch* – entgegen der Ansicht des Bundesgerichts – *ebenfalls dem Schutzbereich des Art. 8 EMRK zuzurechnen* (im gleichen Sinne die beiden vorinstanzlichen Zürcher Urteile). Dafür spricht insbesondere die kulturgeschichtliche Erkenntnis, "dass die Einnahme psychotrop wirkender Substanzen ein fast zu jeder Zeit und nahezu an jedem Ort des Globus vorfindbarer Bestandteil menschlichen Verhaltens ist" (NESTLER, a.a.O., Rn. 83). Das Verlangen nach Drogen gehört offenkundig zu den elementaren menschlichen Grundbedürfnissen und existiert demnach in jeder Gesellschaft, weshalb diesbezüglich auch von einer anthropologischen Konstanten gesprochen wird (so explizit W. HASSEMER, Entkriminalisierung im Betäubungsmittelstrafrecht, KritV 1993, 205). Dies mag auch eine Erklärung dafür sein, weshalb der unbefugte Betäubungsmittelkonsum ungeachtet der staatlichen Prohibition sehr weit verbreitet ist. Besonders für einen heranwachsenden Menschen ist eben der Umgang mit psychotropen Stoffen häufig "Ausdruck seiner persönlichen Planung, seines individuellen Sinnentwurfs" (HAFFKE, a.a.O., 777). Eine solche personale Entscheidung bedeutet mehr als die Wahrnehmung einer allgemeinen Handlungsfreiheit (HAFFKE, a.a.O., 777; vgl. zur Abgrenzung einer allgemeinen Handlungsfreiheit gegenüber Art. 8 EMRK J.P. MÜLLER, Grundrechte der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1999, 43 f.). Man kann darin vielmehr einen wesentlichen Bereich der Entfaltung der Persönlichkeit erblicken, dessen Achtung dem Art. 8 Ziff. 1 EMRK obliegt (a.A. bezüglich das Tabakrauchens WILDHABER / BREITENMOSER, a.a.O., RZ 259, mit Literaturhinweisen).

Die soeben skizzierten Überlegungen verdeutlichen im Übrigen, dass die Diskussion um die Strafbarkeit des Gebrauchs von Betäubungsmitteln nicht bloss Gegenstand der Rechtspolitik und allenfalls der Gesetzgebung bildet, sondern ausserdem *unmittelbar das geltende Verfassungs- und Konventionsrecht tangiert*. Dies verkennt der Kassationshof mit seiner saloppen Behauptung, der

Entscheid über die Straffreiheit des Cannabiskonsums sei "eine Frage der rechtspolitischen Entscheidung, nicht eine solche menschenrechtlicher Ansprüche" (Erw. 3.3). Der bundesgerichtliche Entscheid vom 27. April 2006 weckt folglich in mir den Eindruck, die urteilenden Richter wollten hier mit dem wohlfeilen Hinweis auf die Möglichkeit einer Gesetzesänderung sich auf eine einfache wie bequeme Weise ihrer Verantwortung gegenüber den Ansprüchen der EMRK entziehen.

b) Eine konventionswidrige Verletzung des Anspruchs auf Achtung des Privatlebens erfordert allemal einen *Eingriff von einer gewissen Schwere* (VILLIGER, a.a.O., N 555 i.V.m. N 542; ferner BGE 130 I 373 f.). Diese Voraussetzung ist bei einem strafrechtlich sanktionierten Verbot erfüllt. Daran ändert nichts die Tatsache, dass X. im konkreten Fall lediglich mit einem jugendstrafrechtlichen Verweis nebst Verfahrenskosten belegt wird. Die beanstandete Norm des Art. 19a BetmG sieht für den unbefugten Betäubungsmittelkonsum einen Strafraum bis zu drei Monaten Haft vor. Bereits der Androhung einer solchen Sanktion kommt als Eingriff in Art. 8 EMRK ein besonderes Gewicht zu (siehe auch WILDHABER / BREITENMOSER, a.a.O., RZ 47 f. und 67).

c) Anerkennt man das Konsumverbot als relevanten Eingriff in den konventionsrechtlich geschützten Bereich der individuellen Lebensgestaltung, steht eine *allfällige Rechtfertigung aufgrund von Art. 8 Ziff. 2 EMRK* zur Diskussion. Danach ist ein gesetzlich statuerter Eingriff in das Privatleben statthaft, wenn er zur Verfolgung eines der in dieser Ziff. 2 genannten Ziele in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist. Beim Konsum von Betäubungsmitteln geht es konkret um die Prüfung der Notwendigkeit der Strafnorm *zum Schutz der Gesundheit*. Ganz besonders zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Betäubungsmittelgebrauch mit Blick auf die individuelle gesundheitliche Integrität des Konsumenten *als Akt der Selbstgefährdung* erscheint (siehe z.B. W. WOHLERS, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, Berlin 2001, 192 f.). Ein solches Verhalten ist üblicherweise rechtlich erlaubt, wie der Genuss hochprozentiger Alkoholika und die Ausübung von Extremsportarten als Beispiele belegen (P. ALBRECHT, Drogenjustiz: Die Gerichte haben versagt, pläd. 6/2004, 29 f.). *Unter diesen Umständen sehe ich keine Möglichkeit, gerade die Strafbarkeit des Drogenkonsums als Massnahme zu begründen, die einem dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis entspricht und verhältnismässig ist* (vgl. dazu VILLIGER, a.a.O., N 551 ff.).

Demgegenüber hat das Jugendgericht in seinem Urteil vom 7. September 2004 den spezifischen Aspekt der Selbstgefährdung überhaupt nicht erkannt, zumindest in den schriftlichen Erwägungen nicht zur Sprache gebracht. Vielmehr bleibt in der Urteilsbegründung diese zentrale rechtliche Thematik ausgeblendet; sie wird überspielt durch den Hinweis auf den weiten behördlichen Ermessensspielraum. Hinzu kommt noch die richterliche Weigerung, sich auf rechtspolitische Wertungen einzulassen (Erw. III/2c, bb; Einzelheiten vorne Ziff. 2, lit.

a). Eine solche Haltung (die ihrerseits politisch motiviert sein dürfte!), ist sachlich verfehlt, weil doch die Überprüfung der Verhältnismässigkeit des staatlichen Eingriffs "eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter und öffentlichen Interessen erfordert" (GRABENWARTER, a.a.O., Rn. 37; ähnlich auch VILLIGER, a.a.O., N 552). Wie soll denn aber eine derartige Abwägung durch ein Gericht politisch wertungsfrei vorgenommen werden können?