

Mit Härte gegen Kugelidealer?

Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, 14. Januar 2010 i.S. X. c. *Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich*, 6B_954/2009.

Prof. Dr. Peter Albrecht, Basel und Bern

Aus dem Sachverhalt:

X. rauchte in der Zeit zwischen Mitte Juli und Mitte Oktober 2008 in Zürich und Umgebung hin und wieder Marihuana oder Haschisch. Am 14. Oktober 2008 übergab er einem Drogenkonsumenten in Zürich zwei Portionen von insgesamt 0,8 g gestrecktem Kokain, wofür er von diesem eine Bezahlung von Fr. 80.- erhielt.

Mit Urteil vom 15. Dezember 2008 bestrafte das Bezirksgericht Zürich X. wegen Vergehens gegen Art. 19 Zif. 1 Abs. 4 BetmG sowie mehrfacher Übertretung von Art. 19a Ziff. 1 BetmG mit 6 Monaten Freiheitsstrafe (wovon 62 Tage durch Haft erstanden waren) und zu Fr. 200.- Busse. Gleichzeitig schob es den Vollzug der Freiheitsstrafe auf und setzte eine Probezeit von vier Jahren fest.

Auf Berufung der Staatsanwaltschaft hin sprach das Obergericht des Kantons Zürich am 27. August 2009 für den Kokainverkauf eine Freiheitsstrafe von 10 Monaten aus (wovon 62 Tage durch Haft erstanden waren), dies ohne Aufschub des Vollzuges. Im Übrigen stellte es die Rechtskraft des bezirksgerichtlichen Urteils fest.

Die dagegen erhobene Beschwerde in Strafsachen von X. wies das Bundesgericht am 14. Januar 2010 ab, soweit darauf einzutreten war.

Zusammenfassung der Erwägungen:

Das Bundesgericht wiederholt kurz die Strafzumessungserwägungen des Obergerichts und hält im Ergebnis fest, dass das Strafmass im vorinstanzlichen Ermessen liege. Dabei weist es insbesondere darauf hin, dass die Renitenz des Angeklagten, sein erneut manifestierter Tatwille und die zahlreichen einschlägigen Vorstrafen erheblich strafehöhend gewichtet werden durften (E. 2.2). Im Übrigen seien die Voraussetzungen für den bedingten Vollzug der Freiheitsstrafe offenkundig nicht gegeben (E. 3).

Bemerkungen:

1. Gemäss ständiger höchstrichterlicher Praxis liegt es "im Ermessen des Sachrichters, in welchem Umfang er die verschiedenen Strafzumessungsfaktoren berücksichtigt. Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts greift auf Be-

schwerde in Strafsachen hin nur in die Strafzumessung ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen beziehungsweise in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (.....)." (BGE 134 IV 17 ff. [19 f., E. 2.1] mit Hinweisen)

Bei dem hier zur Diskussion stehenden Strafverfahren aus dem Kanton Zürich fällt in erster Linie die *extrem hohe Sanktion* von 10 Monaten Freiheitsstrafe (unbedingt) auf, welche das Obergericht für den Verkauf von lediglich 0,8 g gestrecktem Kokain aussprach. In rechtlicher Hinsicht geht es um die Frage, ob für ein Bagatellunrecht wegen der wiederholten einschlägigen Rückfälligkeit des Täters eine derart lange Freiheitsstrafe (schuld)angemessen ist. Angesichts dieser augenfälligen Diskrepanz zwischen Unrecht und Sanktion überrascht es ein wenig, wie kurz und oberflächlich sich das Bundesgericht hier mit den für die Beurteilung unerlaubter Betäubungsmittelgeschäfte relevanten Faktoren auseinandersetzt. Das ist umso bedauerlicher, als das Urteil einen drogenpolitisch hoch brisanten Bereich betrifft und gewiss eine präjudizielle Wirkung für die künftige kantonale Rechtsprechung haben wird. Unter diesen Umständen hätte man eigentlich eine Vertiefung der rechtlichen Thematik im bundesgerichtlichen Entscheid erwarten dürfen.

2. Von wesentlicher Bedeutung für die Bemessung der Strafhöhe sind gemäss Art. 47 StGB u.a. als objektive Tatkomponenten *Art und Umfang der getätigten Drogenverkäufe*. Dazu hat das Bundesgericht immer wieder präzisierend festgehalten: "Die Betäubungsmittelmenge ist zwar, wie sich schon aus Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG ergibt, ein wichtiger Strafzumessungsfaktor, aber keineswegs von vorrangiger Bedeutung (.....)." (BGE 121 IV 202 ff. [206, E. 2/d/cc, zu Art. 63 aStGB]) Massgebend sei das Verschulden, "das sich auf den gesamten Unrechts- und Schuldgehalt der Straftat bezieht (.....) und damit das wesentliche Strafzumessungskriterium bildet (.....)" (BGE 132 IV 132 ff., unveröffentl. E. 7.4, zu Art. 63aStGB; ebenso für das neue Recht z.B. BGer. vom 20. 5. 2009, 6B_858/2008, E. 4.3.4). Die zitierten Erwägungen sind grundsätzlich zutreffend, aber inhaltlich wenig aussagekräftig. Infolgedessen wirken sie überaus elastisch und im Ergebnis ziemlich unverbindlich. Den kantonalen Instanzen wird auf diese Weise keine praktikable Leitlinie für die Handhabung ihrer Ermessensspielräume vermittelt. Es fehlen nämlich jegliche Angaben über die *quantitative Relation* der Betäubungsmittelmenge bzw. -art zu den übrigen Zumessungskriterien des Art. 47 StGB, wie etwa zur Tatmotivation oder zum Vorleben des Täters. So schweigt sich das Bundesgericht darüber aus, was die Formel "ein wichtiger Strafzumessungsfaktor, aber nicht von vorrangiger Bedeutung" konkret heisst. Zugespielt formuliert: Wie soll sich also ein wichtiger Faktor ohne vorrangige Bedeutung auf das Strafmass im Einzelfall auswirken?

3. Trotz der Vagheit der Vorgaben aus Lausanne sollte wenigstens klar sein, dass der Verkauf von 0,8 g Kokain ein *Bagatelldelikt* darstellt, das dementsprechend prinzipiell mit einer geringfügigen Sanktion zu ahnden ist. Das Obergericht ist jedoch in seinem Urteil vom 27. August 2009 von diesem Prinzip erheblich abgewichen und hat sich geweigert, das Drogengeschäft des X. im Bagatellbereich anzusiedeln. Zwar hat es in Erwägung 4.3 ausdrücklich anerkannt, dass die objektive Tatschwere sich "angesichts der geringen vom Angeklagten als Kleinsthändler ('Kügelidealer') verkauften Menge von 0,8 Gramm (gestrecktem) Kokain sicherlich im untersten Bereich" bewege (S. 10). Allerdings sei "zu berücksichtigen, dass es mit Kokain um ein besonders gefährliches Betäubungsmittel geht (.....)" (S. 10). Ausserdem falle in subjektiver Hinsicht "zulasten des Angeklagten ins Gewicht, dass er – auf Kosten der Gesundheit anderer – egoistisch aus rein finanziellen Gründen" gehandelt habe (S. 10) und "nicht etwa durch eine finanzielle Notlage in den Drogenhandel gedrängt worden" sei (S. 11). Insgesamt bewege "sich die objektive Tatschwere im mittleren bis oberen Bereich" (S. 11).

Diese Argumentation vermag indessen mit Blick auf das gemäss Art. 47 StGB relevante *Tatverschulden* nicht zu überzeugen. So ist der Hinweis auf die besondere Gefährlichkeit des Kokains zumindest ungenau. Für die Strafzumessung spielt nämlich die Gefährlichkeit der Tathandlung und nicht jene des Betäubungsmittels an sich die entscheidende Rolle. Dabei ist insbesondere hervorzuheben, dass die Tatbestände des Art. 19 Ziff. 1 lediglich *abstrakte Gefährdungsdelikte* mit einem sehr dünnen Konnex zwischen Tathandlung und Gesundheitsgefährdung darstellen. Auch der subjektiven Tatseite, konkret: der finanziellen Motivation des Angeklagten, hat das Obergericht in seinen schriftlichen Erwägungen ein unangemessen hohes Gewicht zuerkannt; denn X. verlangte und erhielt vom Käufer des Kokains doch lediglich einen Geldbetrag von Fr. 80.- (!). Schliesslich bleiben die obergerichtlichen Urteils motive vollkommen nebulös, wenn festgestellt wird, die objektive (?) Tatschwere bewege sich insgesamt "im mittleren bis oberen Bereich". Welcher "Bereich" ist da genau gemeint, und weshalb findet die Einstufung der Tatschwere gerade im "mittleren bis oberen" Teil dieses Bereiches statt?

4. Die eben kritisierten Begründungen betreffen freilich nicht den Hauptpunkt meiner Urteilsbesprechung. Die zentrale Problematik liegt vielmehr im *eminent hohen Stellenwert*, den sowohl die kantonalen Instanzen wie auch das Bundesgericht den *Vorstrafen* des verurteilten Drogenhändlers eingeräumt haben. Der mehrfache einschlägige *Rückfall* innerhalb kurzer Zeit hat für den Verkauf einer minimalen Kokainmenge zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 10 Monaten geführt. Da fragt sich unweigerlich, ob ein derartiges Strafmass sich mit dem strafrechtlichen *Schuldprinzip* vereinbaren lässt.

a) Seit jeher kommt in der Alltagspraxis der Strafgerichte den früheren Verurteilungen bei der Würdigung des Vorlebens des Täters faktisch eine ausserordentlich wichtige Rolle zu (H. WIPRÄCHTIGER, BSK, Strafrecht I, 2. Auflage, Ba-

sel 2007, Art. 47, N 100). Indessen fordert ein wesentlicher Teil der Lehre diesbezüglich deutlich mehr Zurückhaltung. Danach dürfen "die Vorstrafen nur unter dem Gesichtspunkt der Tatschuld, d.h. nur unter engen Voraussetzungen, zu einer Erhöhung der Strafe führen" (C. SCHWARZENEGGER/M. HUG/D. JOSITSCH, Strafrecht II, 8. Auflage, Zürich/Basel/ Genf 2007, 100; im gleichen Sinne WIPRÄCHTIGER, a.a.O., N 105). Inwieweit sich der deliktische Rückfall in einem neuen Verfahren auf das Verschulden der angeklagten Person auswirkt, bedarf jeweils einer sorgfältigen Prüfung. Der Umstand, dass sich der Täter durch eine frühere Verurteilung oder gar durch den Vollzug einer Freiheitsstrafe nicht von weiteren Delikten hat abhalten lassen, reicht allein nicht zur Annahme eines erhöhten Verschuldens aus. So hebt GÜNTER STRATENWERTH mit Recht hervor: "Dass Vorverurteilungen das Mass des Verschuldens erhöhen, ist als allgemeine Regel nicht aufrechtzuerhalten." (Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. Auflage, Bern 2006, § 6, N 44; ähnlich auch S. TRECHSEL/H. AFFOLTER-EIJSTEN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2008, Art. 47, N 31)

Demgegenüber betont das Bundesgericht unter Hinweis auf das in Art. 47 StGB erwähnte Vorleben den für die Strafzumessung zentralen Stellenwert "insbesondere" der Vorstrafen (Urteil vom 14. 1. 2010, E. 2.2). Es liefert jedoch für diesen Standpunkt leider keinerlei Begründung. Die hier behauptete rechtliche Dominanz der Vorstrafen überrascht ein wenig, wenn man bedenkt, dass der Gesetzgeber anlässlich der Revision des Sanktionenrechts im Jahre 2002 die problematische Strafschärfung für den Rückfall gemäss Art. 67 aStGB bewusst aufhob. Gemäss der bundesrätlichen Botschaft sollte der Rückfall künftig "ausschliesslich im Zusammenhang mit dem Verschulden (im Rahmen des Vorlebens) gewürdigt werden" (BBI 1998, 2060).

b) Akzeptiert man die durch das Gesetz gebotene Zurückhaltung bei der Würdigung der Vorstrafen im Rahmen der Strafzumessung, so versteht sich im vorliegenden Fall die ausgesprochene Freiheitsstrafe von 10 Monaten keineswegs von selbst. Vielmehr besteht hierfür ein erheblicher Erklärungsbedarf. Hinsichtlich der hohen Strafe hat das Obergericht X. eine "*hartnäckige Rechtsfeindlichkeit*" vorgeworfen: "Es ist erschreckend, mit welcher Uneinsichtigkeit und absoluten Gleichgültigkeit er sich immer wieder zum Teil innert kürzester Zeit nach einer Verurteilung in gleicher Art und Weise strafbar machte. Völlig unbeeindruckt von all den einschlägigen Vorstrafen handelte er genau so, wie es ihm alleine passte – und nicht wie er eigentlich nach den hierzulande geltenden Rechtsnormen hätte handeln sollen: Zunächst betrat er trotz der Ausgrenzungsverfügung immer wieder das Stadtgebiet von Lausanne und liess sich auch durch mehrere Verurteilungen nicht davon abhalten. Nach der Heirat mit einer Schweizer Staatsbürgerin im August 2005 zog er dann in den Raum Zürich, wurde als 'Kügelidealer' aktiv und erwirkte innert weniger als zweieinhalb Jahren nicht weniger als acht einschlägige Verurteilungen. Eine derartige Geringschätzung des Gesetzes – welches ihm ja spätestens nach der ersten Verurteilung klar sein musste – sucht Seinesgleichen. Ganz offensichtlich nimmt

der Angeklagte die Verbote, gegen welche er andauernd zuwiderhandelt, nicht ernst." (Urteil vom 27. 8. 2009, S. 12 f., E. 4.3) Das Bundesgericht schliesst sich dieser Beurteilung an: Der Beschwerdeführer habe mit seiner "Kügelidealerei" sein Spiel mit Polizei und Strafjustiz getrieben. Er nehme sie nicht ernst. Strafverfahren beeindruckten ihn nicht im Geringsten. Unbekümmert delinquiere er weiter (Urteil vom 14. 1. 2010, E. 2.2).

Solche (leicht pathetischen) Erwägungen mögen auf den ersten Blick vielleicht durchaus plausibel klingen. Bei genauerer Betrachtung fragt sich andererseits, ob hier der deliktische Rückfall nicht allzu einseitig ausschliesslich dem verurteilten Dealer angelastet wird. Aus meiner Sicht hätte man mit gutem Willen die persönliche Situation des betroffenen Ausländers aus Gambia (so wie sie sich aus den beiden kantonalen Urteilen ergibt) einfühlsamer würdigen und somit stärker schuld mindernd gewichten dürfen. Überdies sollte die *Drogenjustiz* generell etwas *selbstkritischer* sein und zugestehen, dass unsere *Betäubungsmittelgesetzgebung in sich widersprüchlich* ist und sogar kriminogene Züge aufweist (P. ALBRECHT, Neue Wege der Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten?, ZStrR 1998, 428, unter Hinweis auf M. SCHUBARTH). Anerkennt man nämlich, dass der unbefugte Drogenhandel durch die staatliche Prohibitions politik stark begünstigt wird, so erscheint das Verschulden des rückfälligen Kügelidealers in einem deutlich milderem Licht. Zumindest wäre bei den richterlichen Instanzen etwas mehr Gelassenheit zu erwarten gewesen.

c) Zu beanstanden ist beim bundesgerichtlichen Urteil vom 14. Januar 2010 vor allem das dort nicht näher erörterte *Ausmass* der vorgenommenen *Straferhöhung* zufolge der Vorstrafen des Verurteilten. Wenn nämlich ein Bagatelldelikt (nochmals zur Erinnerung: der Verkauf von 0,8 g Kokain) allein wegen mehrerer einschlägiger Vorstrafen eine drastisch erhöhte Sanktion von 10 Monaten Freiheitsentzug (!) bewirkt, so löst sich der richterliche Strafzumessungsakt in der Sache von der dem Art. 47 StGB zugrunde liegenden *Einzeltatschuld* (grundsätzlich zu diesem Begriff: z.B. STRATENWERTH, a.a.O., § 6, N 9 und WIPRÄCHTIGER, a.a.O., Art. 47, N 12). Sanktioniert wird da nicht (primär) das begangene Delikt, sondern eine – die Behörden frustrierende – *Haltung des Täters*, die sich durch eine andauernd hartnäckige Auflehnung gegen bestimmte Verhaltensnormen der Rechtsordnung manifestiert.

Eine derartige Bemessung der Strafhöhe lässt die gesetzlich gebotene Schuldvergeltung verblässen. In den Vordergrund rückt stattdessen die Verfolgung (*general- oder spezial*)präventiver Ziele (zutreffend STRATENWERTH, a.a.O., § 6, N 45), die mehr oder minder offen ausgesprochen oder argumentativ in den Schuldbegriff verpackt werden. Anschaulich bringt dies das Obergericht zum Ausdruck, indem es zur Begründung der hohen Strafe u.a. explizit unterstreicht, "dass so nicht etwa durch eine drastische Bestrafung am Angeklagten aus generalpräventiven Gründen ein Exempel statuiert werden soll – was unzulässig ist (.....) –, sondern der im konkreten Fall erforderliche Schuldausgleich und spezialpräventive Überlegungen (vgl. Art. 75 Abs. 1 StGB) eine solche Strafe

nötig machen" (Urteil vom 27. 8. 2009, S. 14, E. 4.3). Solchermassen torpediert freilich die Rechtsprechung die rechtsstaatlich bedeutsame *straflimitierende Funktion des Schuldprinzips* (dazu STRATENWERTH, a.a.O., § 6, N 69, mit Hinweisen) in einer höchst bedenklichen Weise (ebenso schon P. ALBRECHT, Ausländer im Strafverfahren: Diskriminierungsgefahr, plädoyer 5/2009, 39). Abgesehen davon erklärt das Obergericht mit keinem Wort, weshalb jetzt eine erhöhte Strafe spezialpräventiv, d.h. zur Rückfallverhinderung, geeignet sein soll, nachdem die zahlreichen früheren Verurteilungen diesbezüglich erfolglos waren. Das ausgesprochene Strafmass widerspiegelt in keiner Weise ein durchdachtes rechtliches Konzept, sondern hinterlässt eher den Eindruck einer Ratlosigkeit gegenüber dem sozialpolitischen Problem der Kugelidealer. Die Rechtsprechung hat stillschweigend und unreflektiert Forderungen übernommen, die seitens der Polizei in der Öffentlichkeit geäussert wurden (siehe z.B. NZZ vom 4. 12. 2008: Hart gegen "Chügelidealer"). Dürfen sich aber Gerichte derart (drogen)politisch instrumentalisieren lassen? Wie steht es da mit der *Unabhängigkeit der Justiz* im Sinne von Art. 191c BV?

5. Nur nebenbei sei noch kurz erwähnt, dass die *Verweigerung des bedingten Strafvollzuges* nicht zu beanstanden ist. Das Obergericht durfte angesichts des Vorlebens und der persönlichen Situation von X. mit guten Gründen annehmen, dass die Voraussetzungen einer bedingten Strafe gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB nicht erfüllt seien (Urteil vom 27. 8. 2009, S. 16 f., E. 5; zustimmend das Bundesgericht im Urteil vom 14. 1. 2010, E. 3).