

Hier ein Essay aus der Schweizer Juristenzeitung „Plädoyer“ aus dem Jahr 2004, von einem selbst denkenden Strafrechtsprofessor. In der Schweiz, wie in Deutschland, argumentiert der Gesetzgeber im Hinblick auf das Verbot von Cannabis gleich. Obwohl die Schweizer Behörden sehr viel lockerer mit dem Kraut umgehen, als die Deutschen. Es stellt sich aber dort wie hier die Frage: Woher nimmt eigentlich der Staat das Recht, jemandem den Gebrauch gewisser Stoffe, wie dem Cannabis, zu verbieten?

## **"Das Cannabisverbot ist verfassungswidrig"**

### **Drogenjustiz: die Gerichte haben versagt**

Plädoyer 6/04

#### **Drogenjustiz: die Gerichte haben versagt**

Peter Albrecht, Strafrechtsprofessor:

Der strafrechtliche Teil des geltenden Betäubungsmittelgesetzes (BetmG) stammt aus dem Jahre 1975. Damals sagte der Gesetzgeber den unbefugten Drogengeschäften mittels Androhung markant verschärfter Sanktionen energisch den Kampf an. Die neu geschaffenen Strafbestimmungen sollten - nach den Worten des Bundesrates - "eine abschreckende Wirkung (Generalprävention) haben und zudem dem Richter ermöglichen, den illegalen Betäubungsmittel Handel in allen seinen Formen streng zu bestrafen" [1]. Inzwischen sind nun etliche Jahre verstrichen, und das dreissigjährige Jubiläum steht unmittelbar bevor. Doch es wird da nichts zu feiern geben; denn die Bilanz aus den praktischen Erfahrungen den vergangenen drei Jahrzehnten fällt überaus ernüchternd aus, um nicht zu sagen: katastrophal.

Obwohl die staatlichen Behörden und auch private Institutionen vielseitige Anstrengungen unternahmen, ist eine wirksame Bekämpfung des Drogenmissbrauchs bislang gescheitert. Trotz rigoroser Anwendung der scharfen strafrechtlichen Waffe gegen den Handel und trotz Erweiterung der therapeutischen und betreuerischen Angebote ist der unbefugte Gebrauch von Rauschgiften nicht spürbar eingedämmt worden.

*Die illegalen Drogen - namentlich Haschisch und Marihuana- werden vielmehr von unzähligen Jugendlichen konsumiert und sind weit verbreitet. Auch floriert der unbefugte Handel mit Heroin, Kokain und Cannabis nach wie vor. Ebenso wenig hat das Gesetz eine Vermehrung der Drogenabhängigen zu verhindern vermocht.* In allen Städten prägt eine Vielzahl von süchtigen Heroin-Fixern die mehr oder minder offenen "Szenen" mit den bekannten individuellen und sozialen Folgen. Man kann hier die Kritik durchaus noch pointierter formulieren und sagen: Im Hinblick auf den angestrebten Gesundheitsschutz für die Bevölkerung wirkt das Gesetz nicht bloss ineffizient, sondern weit gehend geradezu kontraproduktiv [2]. An dieser Einschätzung hat auch die in frühesten Zeiten hoch gepriesene Vier-Säulen-Politik nichts grundlegend zu ändern vermocht. Der gigantische und überaus kostspielige Leerlauf der repressiven Säule in Zeiten leerer Staatskassen und hoher Staatsverschuldung lässt sich nur schwer verbergen.

*Dementsprechend ist das Unbehagen bei den von Berufs wegen in die Drogenjustiz involvierten Personen gegenüber dem gegenwärtigen Rechtszustand allseits sehr gross. Die*

*StrafverteidigerInnen sehen sich mit einer übermächtigen Staatsgewalt konfrontiert und beklagen die zunehmenden Erosion des Rechtsstaates.*

*Auf der anderen Seite herrscht aber auch bei den Strafverfolgungsbehörden wenig Begeisterung. Zwar lassen sich ab und zu mindest medienwirksame Fahndungs- und Beschlagnahmeerfolge erzielen; doch von einem effizienten "Kampf" gegen den Drogenhandel kann hier keine Rede sein. Der Nachschub illegaler Stoffe auf der Gasse funktioniert nämlich bestens, jedenfalls wesentlich besser als dessen Bekämpfung. So kann nicht verwundern, dass bei Polizei und Staatsanwaltschaft sich Anzeichen resignativer Unzufriedenheit vermehren. Schliesslich tauchen auch bei den Gerichten zunehmend Zweifel an der eigenen Tätigkeit auf. In lichten Momenten beginnt man sich dort ernsthaft zu fragen (allerdings meistens noch hinter vorgehaltener Hand), wem eigentlich die bisherige rigide Drogenprohibition überhaupt nützt. Frustrierende Gefühle werden bei den Richtern zusätzlich noch dadurch gefördert, dass vor den Schranken der Gerichte in der Regel „kleine Fische“ erscheinen, die zu "schweren Fällen" hochstilisiert werden, Gleichzeitig schwimmen die wirklich "grossen Fische" ziemlich unbehelligt ausserhalb des behördlichen Aktionsradius vorbei [3]*

*Diese höchst unerfreulichen Erfahrungen mit der Gesetzgebung seit 1975 bildeten den Hintergrund der im vergangenen Juni gescheiterten Revision des Betäubungsmittelgesetzes. Ganz offenkundig ist unsere Gesellschaft unfähig, eine zeitgemässe und dem Gesundheitsschutz dienende Gesetzgebung hervorzubringen. Umso mehr ist jetzt die Rechtsanwendung, vorab die Justiz, dazu aufgerufen, ihre eigene Verantwortung besser wahrzunehmen. Dabei gilt es, die Spielräume des geltenden Rechtes für einen massvollere Rechtsprechung auszuloten. Im Zentrum steht für mich dabei die Frage, ob nicht bereits heute de lege lata in der Drogenjustiz humanere und sinnvollere Lösungen möglich sind.*

Für einen methodisch einigermaßen aufgeklärten Juristen gehört es sich nun, zunächst einmal das eigene Vorverständnis des Gesetzes zu artikulieren. Einen ersten Teil hierzu habe ich mit der kritischen Analyse der praktischen Auswirkungen des Betäubungsmittelgesetzes soeben geleistet. Das alles ist aber gar nicht so neu; ich habe mich dazu immer wieder öffentlich und ausführlich geäussert. Deshalb werde ich jetzt in einem zweiten schritt zusätzlich noch die - bisher (auch in der Wissenschaft) vernachlässigte - spezifisch rechtsdogmatische Problematik aufgreifen.

## **I. Grundrecht vernachlässigt**

1. Strafbare Selbstgefährdung fragwürdig *Die aktuellen drogenpolitischen Auseinandersetzungen leiden unter dem Mangel an Respekt gegen über der Verfassung [4]. Sie verharren allzu sehr auf der Ebene eines instrumentellen Effizienzdenkens und vernachlässigen gleichzeitig die grundrechtliche Dimension.* Das zeigt sich besonders deutlich gerade auch bei der gegenwärtigen Debatte um die Hanf-Initiative. So wird heftig und endlos darüber gestritten, inwieweit Strafnormen geeignet sind, den Drogenmissbrauch tatsächlich einzudämmen. Ausgeblendet bleibt dabei die massgebende Vorfrage, ob die hinter den angedrohten Strafsanktionen stehenden Verhaltensnormen überhaupt legitim sind [5].

**Es geht hier vor allem um die Kriterien der Berechtigung eines gesetzlichen Verbots, bestimmte Drogen zu konsumieren. Woher nimmt eigentlich der Staat das Recht, jemandem den Gebrauch gewisser Stoffe wie Heroin, Kokain oder Cannabis zu verbieten?** Der Betäubungsmittelkonsum ist im Hinblick auf das Individualrechtsgut der menschlichen Gesundheit als Akt der Selbstgefährdung zu betrachten [6] - also ein Verhalten, das in unserer

Rechtsordnung üblicherweise nicht bestraft wird (und zwar bis hin zum /versuchten/ Selbstmord [7]).

Die Strafflosigkeit von Selbstgefährdungen ergibt sich unmittelbar aus dem Grundrecht des Art. 10 Abs. 2 BV. Das heisst konkret: Der Entscheid, wie gefährlich jemand leben will, ist als Ausdruck der verfassungsrechtlich geschützten persönlichen Freiheit anerkannt. Denken wir dabei beispielsweise an riskante Extremsportarten, an das Autofahren im Alltagsverkehr oder an das Trinken hochprozentiger Alkoholika - alles Verhaltensweisen, die rechtlich erlaubt sind. Dieselben Prinzipien müssen nun konsequenterweise ebenso für die Betäubungsmittel gelten. Auch in diesem Bereich besteht demnach ein Recht auf Konsum [8], und das strikte Verbot des Art. 19a BtmG erweist sich insoweit als verfassungswidrig.

Demgegenüber werden immer wieder Versuche unternommen, die Legitimation des Konsumverbots unter Rekurs auf die so genannte Volksgesundheit zu "retten" [9]. Im Vordergrund steht jeweils die Warnung vor der Sozialschädlichkeit des unbefugten Gebrauchs von Betäubungsmitteln. Hervorgehoben werden dabei besonders einerseits die hohen finanziellen Kosten, die das Gesundheitswesen und die Volkswirtschaft treffen, sowie andererseits die Beschaffungskriminalität der drogenabhängigen Personen. Das Verbot diene somit letztlich der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft.

Das alles vermag nicht richtig zu überzeugen. **Denn die sozialen Folgekosten sind, wie die Erwähnten Beispiele erlaubter Selbstgefährdung zeigen, üblicherweise kein Anlass für eine Kriminalisierung**, weil keine strafrechtlich geschützten Interessen involviert sind [10]. Zum andern hilft auch der Hinweis auf die Beschaffungskriminalität als zirkuläres Argument nicht weiter, da diese Delinquenz durch das strafrechtlich sanktionierte Verbot angesichts der hohen Schwarzmarktpreise geradezu hervorgerufen wird und demnach gegen die Norm spricht.

## 2. Legitimation der Strafnorm gegen Drogenhandel brüchig

*Anerkennt man infolgedessen ein aus der Bundesverfassung abgeleitetes Recht auf Drogenkonsum, dann wird bei Lichte besehen die Legitimation der weit gefassten Strafnormen gegen den unbefugten Verkehr mit Betäubungsmitteln - also der Tatbestände des Art. 19 BtmG - ebenfalls brüchig [11]:*

*Diese Einsicht ist mir persönlich ein vordringliches Anliegen, gerade weil sie in den drogenpolitischen wie auch in den rechtswissenschaftlichen Debatten nur selten Beachtung findet. Sie ist jedoch unabdingbar für jede sachgerechte und kritische Auseinandersetzung mit dem geltenden Recht. Deshalb sei hier klargestellt, dass die blosser Unterstützung einer bewusst und eigenverantwortlich eingegangenen Selbstgefährdung kein strafrechtliches Unrecht bilden kann. Dies zeigen wir bei den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten prinzipiell nicht in Zweifel. Dasselbe muss nun aber nach den allgemeinen strafrechtlichen Teilnahmeregelungen auch für Verhaltensweisen gelten, die anderen Personen den Gebrauch von Betäubungsmitteln ermöglichen [12].*

Eine Ausnahme ist lediglich dort anzunehmen, wo der Konsument wegen seiner Jugend oder infolge einer Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit nicht in der Lage ist, "eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen" [13]. Solche Situationen sind indessen selten, jedenfalls nicht typisch (selbst beim Heroinkonsum nicht), weshalb ein umfassendes Verbot, Betäubungsmittel in den Verkehr zu bringen, nicht legitimierbar ist.

### 3. Unterschied legale und illegale Drogen problematisch

Eine weiter verfassungsrechtliche Problematik ist mit der elementaren Unterscheidung zwischen illegalen und legalen Drogen in unseren Gesetzgebung verknüpft. So sind zum Beispiel generell strafbar der Konsum von Cannabis-Produkten und der medizinisch nicht indizierte Gebrauch von Opiaten, währenddem der Umgang mit Alkohol und Nikotin vom Strafrecht nur schwach tangiert wird. Unter dem Gesichtspunkt der Gesundheitsgefährdung lässt sich diese Unterscheidung nicht begründen [14]. *Namentlich das besonders strenge Verbot hinsichtlich Cannabis (Art. 8 Abs. 1 lit. d BetmG) verstösst gegen das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) [15]. Leicht gewinnt man da den Eindruck, das Gesetz bezwecke mit seinem selektiven und zudem ineffizienten Abstinenzgebot letztlich gar nicht den Schutz der menschlichen Gesundheit, sondern eher die symbolische Bekräftigung der in der Gesellschaft vorherrschenden Drogenkultur. [16]*

### 4. Gesetzgebung von Widersprüchen gekennzeichnet

*Das geltende Betäubungsmittelrecht unterliegt indessen nicht nur verfassungsrechtlichen Bedenken, es ist vielmehr ausserdem durch gravierende Systemwidersprüche gekennzeichnet. Die langjährigen Erfahrungen mit den leidvollen Auswirkungen der Prohibition belegen (falls man die Augen nicht verschliesst), dass unsere Gesetzgebung hier in sich höchst widersprüchlich ist und sogar kriminogene Züge aufweist [17].* So droht etwa das Betäubungsmittelgesetz dem unbefugten Drogenhandel aus Gründen der allgemeinen Abschreckung hohe Strafen an, währenddem dasselbe Gesetz durch seine Verbot eine Schwarzmarkt hervorruft, der verlockende Anreize für Dealer schafft. Muss man demnach nolens volens anerkennen, dass die massenhaft begangenen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz zu einem wesentlichen Teil durch die staatliche Drogenpolitik provoziert oder zumindest stark begünstigt werden, so fällt es nicht mehr leicht, gegenüber dem einzelnen Täter mit gutem Gewissen einen schweren Schuldvorwurf zu erheben.

Noch offenkundiger werden die gesetzesimmanenten Widersprüche, sobald man sich die Beurteilung der drogenabhängigen Personen vergegenwärtigt. Da versperren einerseits umfassende Verbote (Art. 8 BetmG) den legalen Zugang beispielsweise zum Heroin und andererseits werden opiatabhängige FixerInnen bestraft, weil sie den dringend benötigten Stoff nicht legal erworben haben. Unter solchen Umständen wirkt es schon ziemlich zynisch, wenn in einem Urteil die Erwägungen zur Strafzumessung mit der stereotypen Floskel beginnen: "Das Verschulden der Angeklagten wiegt nicht leicht".

## II. In der Praxis auf Repression gesetzt

### 1. Von Anfang an auf Härte und Abschreckung gesetzt.

Nach den kritischen Erörterungen der Strafbestimmungen gegen gegen den Drogenmissbrauch interessiert jetzt, was die Praxis (namentlich die Rechtsprechung) aus dem Gesetz gemacht hat. Dieses Interesse ist umso grösser, als die Art. 19 ff. BetmG auffallend viele unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln enthalten, hinter denen sich teilweise kriminalpolitische Kompromisse verbergen.

*Von Anfang an setzten das Bundesgericht und im Anschluss daran ebenso die kantonalen Instanzen massiv auf Repression und Abschreckung (im Sinne einer Generalprävention) [18] Zum Ausdruck gelangte das vor allem in einer extensiven Auslegung des Art. 19 BetmG über dessen Wortlaut hinaus sowie in einer Strafzumessung, die mit dem strafrechtlichen*

*Schuldprinzip nur schwer zu vereinbaren war. Für ihren rigorosen Kurs beriefen sich die Gerichte jeweils mehr oder minder offen auf die gesetzliche Vorgabe, wonach im "Kampf gegen den unbefugten Rauschgifthandel /.../ Strenge am Platz" sei [19]. Das fiel ihnen vermutlich umso leichter, als diese Politik durchaus ihren eigenen persönlichen Vorstellungen entsprach. Der kriminalpolitische Eifer fokussierte sich nicht ausschliesslich auf das materielle Recht (inklusive Sanktionenrecht), sondern schlug auch voll auf die Verfahrensebene durch. Besonders markant zum Ausdruck gelangten dort die Wirkungen in der ziemlich lockeren Handhabung der prozessualen Zwangsmassnahmen. Vor allem wurde in Drogenprozessen ausgiebig Untersuchungshaft angeordnet, und zwar zu einem erheblichen Teil im Widerspruch zu den verfassungsmässigen Grundsätzen der Unschuldsumutung und der Verhältnismässigkeit.*

*Insgesamt führte diese richterliche Haltung zu einer masslosen Sonderjustiz, die von einer sehr einseitigen Wahrnehmung der Ratio legis zeugt [20]. Die Gesetzgebung von 1975 ist nämlich wesentlich differenzierter konzipiert. Sie verfolgt eine doppelte Strategie: einerseits eine harte Bestrafung des unbefugten Handels und andererseits eine vergleichsweise milde Beurteilung des Konsums. Gerade die Interessen der Konsumentinnen wurden aber in der Praxis regelmässig vernachlässigt. So wurde beispielsweise die Gruppe der so genannten Fixer-Dealer, welche den Alltag der Strafjustiz prägen, ohne weiteres der Kategorie der Händler und nicht etwa jener der Konsumenten zugeschlagen [21]. Die Sensibilität für die nutzlosen Leiden der unzähligen Drogenabhängigen in Haft fehlte bei den Behörden weitgehend. Abgesehen davon kümmerten sich die Gerichte nicht darum, ob ihre generalpräventive Strategie überhaupt eine abschreckende Wirkung auf potenzielle Dealer ausübte, insoweit also vielleicht erfolgreich war. Die Aussicht auf einen möglichen präventiven Leerlauf wollte man offensichtlich von vorneherein durch Wegschauen vermeiden.*

## 2. Durch personelle Änderungen Wende ausgelöst

*Erst etwa im Jahre 1990 gab es gewisse Anzeichen einer Wende. Infolge günstiger personeller Veränderungen im Bundesgericht gelang es nun (endlich), trügere grobe Fehler zu korrigieren und die Praxis gegen den zähen Widerstand vieler Strafverfolgungsbehörden mit einigen innovativen Entscheiden in eine liberalere Richtung zu lenken [22]. Diesbezüglich ist in erster Linie an die (auch im Ausland) viel beachtete neue Haschisch-Rechtsprechung [23] sowie an die Urteile zu erinnern, welche die Relevanz des Reinheitsgrades der Drogen bei der Qualifikation als mengenmässig schwerer Fall betreffen [24]. So konnte man nun nach einer langen Periode der Stagnation wieder hoffen auf höchstrichterliche Impulse, im Betäubungsmittelstrafrecht den ausufernden Tendenzen nachhaltig entgegenzuwirken. Doch diese Hoffnung dauerte - zumindest bei mir - nicht allzu lange an. Wie jeder Frühling ging leider auch der Lausanner Frühling bald zu Ende, und heute denke ich bereits mit leichter Nostalgie an die goldenen 1990er Jahre im Palais Mon-Repos zurück.*

*Inzwischen hat sich die Rechtsprechung zum Betäubungsmittelgesetz weitgehend konsolidiert. Die zentralen Streitfragen sind höchstrichterlich autoritativ "gelöst", und die kantonalen Instanzen halten sich trotz mancher Skepsis gehorsam an die vorgegebenen Interpretationsrichtlinien. Auf diese Weise haben sich die richterlichen Spielräume im Justizalltag faktisch deutlich verengt. Ueber grundlegende Interpretationsfragen wird im Zusammenhang mit den Strafnormen nur mehr selten gestritten. Sinn und Zweck des Art. 19 ff. BetmG sind - zumindest vordergründig - kein Thema der Rechtsfindung. Die pathetische Metapher der "Volksundheit" findet sich kaum mehr in Urteilsabwägungen.*

Unmittelbare Orientierungspunkte der Praxis bilden vielmehr in erster Linie die weitgehend dogmatisierten normativen Vorgaben aus Lausanne. So etwa die ausserordentlich bedeutsamen Grenzwerte für die Annahme eines mengenmässig qualifizierten Falles (Art. 19 Ziff.2 lit. a BetmG). Dies mag möglicherweise dazu verleiten, von einer gewissen "Entpolitisierung" der Drogenjustiz zu sprechen. Doch da ist Vorsicht geboten; denn neben dem manifesten richterlichen Entscheidungsprogramm darf man die latenten politischen Dimensionen der Rechtsprechung nicht übersehen.

### 3. Neue Funktionen des Betäubungsstrafrechts nötig

#### a) Mit Drogenjustiz keinen Gesundheitsschutz erreicht

Hinter der Fassade einer aufwändigen Drogenjustiz, welche dem Interesse der menschlichen Gesundheit offenkundig eher schadet als nützt, verbergen sich andere unausgesprochene gesellschaftliche Zwecke. Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes verfolgen angesichts ihrer prekären Wirkungen in der sozialen Realität nicht den proklamierten Schutz einer - wie auch immer definierten - Volksgesundheit. Ihre Bedeutung erschöpft sich vielmehr tendenziell in einem bloss symbolischen Rechtsgüterschutz [25].

Der Staat begnügt sich damit, einer Verharmlosung der Drogen mittels öffentlich sichtbaren Signalen entgegenzutreten. Das deutet ich als Anzeichen der heimlichen "Umorientierung des Strafrechts von der Nützlichkeit auf die Eindringlichkeit" [26]. Hier liegt zudem eine Erklärung, weshalb der oft kritisierte gesundheitspolitische Leerlauf der Prohibition trotz seiner Evidenz die staatlichen Instanzen ziemlich unberührt lässt.

#### b) Strafrecht für präventive Polizeianliegen missbraucht

Mit dem Verzicht auf einen effizienten Gesundheitsschutz zu Gunsten bloss symbolischer Gesten verbinden sich zunehmend ordnungspolitische Funktionen des Betäubungsmittelstrafrechts. *Die einzelnen Strafbestimmungen dienen nämlich oft nicht nur als Basis für eine Bestrafung sondern primär als Anknüpfungspunkt für präventiv-polizeiliche Anliegen. Das zeigt sich vorab im Bagatellbereich der Drogendelinquenz.*

*Im Vordergrund steht jeweils das Interesse, mittels behördlicher Interventionen möglichst schnell und effizient agieren zu können. Erwähnenswert sind da namentlich die Überwachung und Auflösung von Drogenszenen sowie die Vorbereitung fremdenpolizeilicher Wegweisungsmassnahmen. Dazu gehören nicht zuletzt häufige Inhaftierungen in der Form vom Polizeigewahrsam und Untersuchungshaft, die zum Teil die Funktion von Verdachtsstrafen übernehmen (dies im klaren Widerspruch zu Unschuldsvermutung). Ein solcher Missbrauch der strafprozessualen Zwangsmassnahmen trifft in erster Linie Tatverdächtige ausländischer Herkunft. Deshalb darf man wohl ohne Übertreibung behaupten, dass das Betäubungsmittelstrafrecht sich zum festen (wenn nicht gar unentbehrlichen) Bestandteil einer teilweise fremdenfeindlichen Ausländerpolitik entwickelt hat [27].*

#### c) Mit Strafrecht auf Vorrat Behördeneinfluss erweitert

Vor dem soeben skizzierten kriminalpolitischen Hintergrund versteht sich, dass die justizielle Aufwertung der geringfügigen Drogendelikte durch eine harte Rechtsprechung den Behörden durchaus willkommen ist, weil sie deren Aktionsraum erweitert. *Auf dem Weg einer Ausdehnung und Verschärfung der Verbotmaterie durch Gesetzgebung und Rechtsprechung*

*ist Strafrecht auf Vorrat geschaffen worden. Dieses kann allein schon wegen der limitierten personellen Kapazitäten der Strafverfolgungsbehörden eine nur sehr selektive Anwendung finden. Allerdings ist es je nach politischer Opportunität durch die Polizei für beliebige Zwecke sofort abrufbar.*

*Konkret veranschaulichen lässt sich das am aktuellen Beispiel der behördlichen Interventionen gegen die Hanfläden in Basel. Nachdem der Verkauf von Hanfprodukten aller Art in diesen Läden jahrelang mehr oder weniger geduldet worden war, hat die Staatsanwaltschaft in jüngster Zeit - die als Folge neuer drogenpolitischer Prioritäten - ziemlich unvermittelt das Strafrecht wieder zu Geltung gebracht.*

*Unter solchen Umständen verkümmert das Legalitätsprinzip zur Farce, und von den Maximen der Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit bleibt nicht viel übrig. Vor allem hat die Praxis gezeigt, wie wenig die Gerichte (namentlich der Kassationshof) ihre Verantwortung wahrnehmen, indem sich durch eine extensive Interpretation der Strafbarkeitsgrenzen die ihnen von der Verfassung übertragenen Definitionsmacht leichtfertig an die Exekutive abtreten.*

### **III. Praxis mit Gesetzgebung inkompatibel**

*Die Rechtsprechung im Bereich der Drogenkriminalität vermittelt den Eindruck, dass sie sich leicht politisch instrumentalisieren lässt und dabei fundamentale Rechtsprinzipien zuweilen ohne Bedenken über Bord wirft. Die Praxis ist - salopp ausgedrückt - der Gesetzgebung aus dem Ruder gelaufen.*

*Die negativen Folgen habe ich als Richter wähen vieler Jahre hautnah miterlebt. Die Drogenjustiz, so wie sie derzeit betrieben wird, empfinde ich insgesamt stark als eine Arroganz staatlicher Machtauübung; partiell trägt sie sogar menschenverachtende Züge, namentlich gegenüber Tatverdächtigen ausländischer Herkunft, da drängt sich nun eine Rückkehr auf; denn - so meine Behauptung - das geltende Betäubungsmittelgesetz ist trotz seiner gravierenden Mängel doch nicht ganz so schlecht, wie das was die Strafbehörden daraus täglich produzieren.*

Der gegenüber der Gesetzgebung erhobenen Einwand der Verfassungswidrigkeit [28]. ändert zwar in anbetracht von Art. 191 BV nichts daran, dass die betreffenden Normen gleichwohl für die Rechtsanwendung verbindlich sind [29]; doch unter den gegebenen Umständen ist dem Gebot einer verfassungskonformen Auslegung [30] in besonderem Masse Rechnung zu tragen, daran mangelt es freilich in der Praxis ganz offenkundig. Die richterliche Gesetzesinterpretation unterliegt generell Bedenken, weil sie die Erkenntnisse der juristischen Methodenlehre einseitig selektiv rezipiert hat. Das zeigt sich namentlich in der undifferenzierten Deutung der Ratio legis ausschliesslich im Sinne einer durchgängig strengen Haltung gegenüber jedem Drogendelikt. Vernachlässigt worden ist vor allem das systematische Auslegungselement [31], besonders bei der Abgrenzung zwischen den einzelnen Normen der Art. 19 ff. BetmG.

Auch wenn sich die systemimmanenten prinzipiellen Widersprüche der prohibitiven Gesetzgebung durch die Rechtsprechung nicht ausräumen lassen, so kann man doch immerhin deren negative Folgen abschwächen. So ist etwa anerkennend zu vermerken, dass der Kassationshof seit einiger Zeit den im Gesetz angedrohten Strafen mehr Beachtung schenkt (vorbildlich etwa in der Haschisch- und Ecstasy-Praxis) [32]. Dieser methodische Ansatz ist

aber bislang leider auf halbem Wege stecken geblieben, hat jedenfalls die "harten" Drogen noch kaum erreicht.

Das alles klingt sehr theoretisch und abstrakt. Deshalb werde ich nun im Folgenden anhand von zwei zentralen Auslegungsproblemen meine Vorstellungen von einer humaneren Drogenrechtsprechung konkretisieren. Dabei ist mir sehr wohl bewusst, dass die Aussicht auf mehr Humanität im gegenwärtigen strafrechtlichen Denken keine attraktive Botschaft darstellt. Vielleicht erscheint die Forderung nach mehr Menschlichkeit sogar leicht anstössig in einer Zeit tiefer gesellschaftlicher Verunsicherungen, doch das kann sich in Zukunft durchaus wieder ändern.

#### **IV. Humanere Rechtsprechung möglich**

##### **1. Grenze zwischen Konsum und Handel umstritten**

In der strafrechtlichen Beurteilung unterscheidet das Betäubungsmittelgesetz fundamental zwischen dem als Übertretung behandelten Drogengebrauch (Art. 19a) einerseits und dem als Vergehen oder Verbrechen sanktionierten Handel mit den betreffenden Stoffen (Art. 19.) andererseits.

Die Zuteilung zu den beiden Kategorien ist freilich umstritten dort wo zum Beispiel ein opiatabhängiger Konsument sich an Drogengeschäften beteiligt, um sich auf diese Weise den eigenen Bedarf zu sichern [33]. *Unter den Art. 19a fällt - laut Wortlaut - neben dem Konsumenten auch, "wer zum eigenen Konsum eine Widerhandlung im Sinne von art. 19 begeht". Die Rechtssprechung dazu stellt sich auf den Standpunkt, Art. 19a bedürfe einer restriktiven Auslegung; der globale Hinweis auf Art. 19 könne nicht dem Ziel der Revision von 1975 entsprechen. Infolgedessen schliesst das Bundesamt die Anwendung des Art. 19a aus, sobald die Widerhandlung gegen Art. 19 zum Konsum eines Dritten führen muss oder einen solchen Konsum neben dem Eigenverbrauch des Täters gestatten soll [34]. Der privilegierte Tatbestand solle demnach nur jene Beschaffungshandlungen erfassen, die ausschliesslich dem eigenen Konsum dienen und somit eine Gefährdung Dritter ausschliessen [35]. Diese Rechtsprechung setzt sich ziemlich unbekümmert über den an sich klaren Gesetzeswortlaut hinweg und beruft sich hierfür undifferenziert einseitig auf die (angebliche) Zielsetzung der Gesetzesrevision von 1975. Daneben kommt auch das systematische Auslegungselement zu kurz. Beschränkt man nämlich den Anwendungsbereich des Art. 19a auf Beschaffungshandlungen (dies unter gleichzeitigem Ausschluss der Weitergabehandlungen), so wird ein erheblicher Teil der drogenabhängigen Konsumenten - entgegen den gesetzgeberischen Intentionen - primär als kriminell und nicht als krank betrachtet. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Privilegierung der Konsumentinnen läuft somit in einem grossen Umfang leer. Dies gilt namentlich für Art. 19a Ziff. 3 BetmG, eine Bestimmung, welcher während der parlamentarischen Beratungen eine zentrale Bedeutung beigemessen wurde, die indessen nur äussert geringe praktische Relevanz erlangt hat. Um derartige Konsequenzen zu vermeiden, rechtfertigt es sich, den Art. 19a (Ziff. 1) BetmG künftig unter genauerer Beachtung seines Wortlautes weiter auszulegen. Neben den Beschaffungshandlungen (wie bisher) sind ihm auch die Weitergabehandlungen zu subsumieren, so weit diese der Deckung des eigenen Bedarfs des süchtigen Konsumenten dienen [36].*

Eine solchermassen angestrebte Privilegierung der Dealer-Fixer drängt sich gerade auch im Hinblick auf die festgestellten gesetzesimmanenten Widersprüche [37] auf: Für diese Täterkategorie ist eine juristische Entstufung ihrer Verstösse gegen das



Betäubungsmittelgesetz als Vergehen oder gar Verbrechen unter Schuldgesichtspunkten nicht zu rechtfertigen. Das trifft umso mehr zu, als die Tathandlungen des Art. 19 BetmG das Vorfeld einer Unterstützung selbstgefährdender Verhaltensweisen erfassen. Sie unterscheiden sich insoweit grundlegend von anderen Formen der Beschaffungsdelinquenz, wie Diebstahl oder Betrug [38]. Vor allem könnte eine weite Interpretation des Art. 19a zu einer markanteren Verminderung der gegenwärtig masslosen Kriminalisierung der Drogenabhängigen beitragen.

## 2. Definition mengenmässig schwerer Fälle schwierig

### a) Gesundheitsgefährdung nur schwammig definiert

Enorme Schwierigkeiten bereitete ursprünglich die Auslegung des Art. 19 Ziff. 2 lit. A BetmG, also die Definition der mengenmässig schweren Fällen. Das kann nicht überraschen, wenn man sich die unbestimmten Rechtsbegriffe in der genannten Norm vergegenwärtigt. Ein schwerer Fall liegt danach vor, wenn der Täter "weiss oder annehmen muss, dass sich die Widerhandlung auf eine Menge von Betäubungsmitteln bezieht, welche die Gesundheit vieler Menschen in Gefahr bringen kann". In Anbetracht dieser gesetzlichen Umschreibung handelt es sich hier - rechtsdogmatisch gesprochen - um ein so genanntes (abstraktes) Eignungsdelikt [39]. Zwar verlangt das Gesetz keinen konkreten Gefährdungserfolg; doch die Gerichte müssen im Einzelfall immerhin prüfen, ob die in den Verkehr gebrachte Drogenmenge tatsächlich geeignet ist, die Gesundheit vieler Menschen zu gefährden. Angesichts des ausserordentlich hohen Strafrahmens mit einem Minimum von einem Jahr Gefängnis sind in der Rechtsanwendung begriffliche Restriktionen unerlässlich. So ist etwa eine Gesundheitsgefahr gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. A nicht schon dann zu bejahen, wenn der Gebrauch eines Betäubungsmittels psychisch abhängig machen, sondern erst, wenn er seelische oder körperliche Schäden verursachen kann [40]. Ausserdem verlangt das Bundesgericht mit Recht, dass die Gefahr für die Gesundheit vieler Menschen eine nahe liegende und ernstliche sein muss [41]. Das führt im Sinne einer negativen Abgrenzung unter anderem dazu, dass ich der Handel mit Cannabis [42] und Ecstasy [43] - unabhängig von der Menge des in den Verkehr gebrachten Stoffes - dem Art. 19 Ziff. 2 lit. A BetmG nicht subsumieren lässt.

### b) bundesgerichtliche Grenzwerte sakrosankt

*Für einige forensisch wichtige "harte" Drogen haben sich die allgemein bekannten Grenzwerte entwickelt: 12 Gramm Heroin, 18 Gramm Kokain, 200 LSD-Trips und 36 Gramm Amphetamin, wobei es jeweils auf die reine Stoffmenge ankommt [44].*

*Diese im Jahre 1983 erstmals veröffentlichten Zahlen wirkten damals auf die juristische Umwelt als Erlösung von der belastenden Rechtunsicherheit fast wie eine göttliche Offenbarung. Der Kassationshof gelangte zu ihnen mittels eines sowohl normativen wie empirischen Vorgehens. Es legte zunächst die vom Gesetz verlangte Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen begrifflich fest. Gestützt darauf ermittelte er sodann unter Beizug von Sachverständigen die relevanten Grenzwerte in einem mathematischen Vorgang. Auf dieser numerischen Basis können nun die Gerichte in einer beruhigenden Gewissheit eifrig rechnen, vorwärts und rückwärts, mit Additionen und Multiplikationen. Die genannten Zahlen haben heute einen magischen, ja beinahe heiligen Status erlangt, an dem kaum mehr jemand zu rütteln wagt (und vor allem nicht erfolgreich rütteln kann). Trotzdem erlaube ich mir nun - in aller Bescheidenheit - einige kritische Anmerkungen dazu [45].*

Die bundesgerichtliche Zahlenmagie im Einschluss an ein Hearing mit verschiedenen Experten unterliegt vorab methodischen Einwänden; denn der Kassationshof spielt hier eine wissenschaftliche Scheingenauigkeit vor, ohne die eigenen normativen Prämissen hinreichend zu begründen. Daraus ergeben sich gravierende strafrechtsdogmatische Bedenken.

Die höchstrichterlich statuierten Limiten sind nämlich ausserordentlich tief angesetzt [46], so dass der erhöhte Strafrahmen - anders als sonst bei qualifizierten Tatbeständen im Strafrecht - sich nicht auf Ausnahmefälle beschränkt, sondern sehr häufig zu Anwendung gelangt. Davon betroffen sind in erster Linie die Kleinhändler, die oft selber drogenabhängig sind und mit unverhältnismässig harten (das heisst, mit nicht schuldangemessenen) Sanktionen belegt werden [47]. Die viel zu tiefen Grenzwerte bewirken überdies weitere gesetzssystematische Friktionen, indem sie bei den "harten" Drogen die beiden übrigen gesetzlichen Qualifikationsgründe der Banden- und Gewerbsmässigkeit (Art. 19 Ziff. 2 lit. S und c BetmG) praktisch leer laufen lassen. So kann man sich zum Beispiel einen banden- oder gewerbsmässigen Handel, der weniger als 12 Gramm Heroin oder 18 Gramm Kokain betrifft, kaum konkret vorstellen.

Die eigentliche Krux der "Gefährlichkeitsklausel" des Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG liegt für die Rechtsanwendung darin, dass die einzelnen Betäubungsmittel sehr unterschiedliche pharmakologische Wirkungen entfalten, die auch wesentlich von der Person und den konkreten Umständen des Gebrauchs abhängen [48]. Abgesehen davon lassen sich gewisse gesundheitliche Belastungen, die mit dem Konsum gewisser Stoffe verbunden sind, teilweise gerade auf die Kriminalisierung durch das Gesetz zurückführen; sie sind also insoweit "hausgemacht". Solche durch den illegalen Markt und dessen Umfeld hervorgerufenen oder verstärkten Risiken sollten indessen keinen Anlass für eine Straferhöhung bilden.

*So fragt sich nun, inwieweit die vom Gesetz verlangte Quantifizierung des Gefährdungspotenzials der einzelnen Stoffe auf einer empirischen Ebene überhaupt sinnvoll durchführbar ist. Diesbezüglich jedenfalls kann die Drogenarithmetik des Kassationshofes nicht überzeugen. Vielmehr wirken die berechneten Resultate unter dem Strich ziemlich gekünstelt und werden den Eindruck dezisionistischer Willkür nicht los. Ein illustratives Beispiel hierzu liefert die Entwicklung der LSD-Rechtsprechung.*

*In seinem Grundsatzentscheid aus dem Jahre 1983 gelangte das Bundesgericht bei der Berechnung der das Risiko einer psychischen Abhängigkeit vieler Menschen erzeugenden Betäubungsmittelmenge auf 200 Trips LSD [49]. Gut zwölf Jahre später stellten die Lausanner Richter nicht mehr auf das Risiko eine psychischen Abhängigkeit, sondern auf die spezifische Gefährlichkeit der Einzeldosis ab. Trotz dieses vollkommen andersartigen pharmakologischen Ansatzes bestätigten sie - zu meiner und wohl auch anderer Überraschung - den bisherigen Grenzwert [50]. Die Urteilsbegründung hiezu ist langatmig, jedoch - das weniger überraschen - juristisch kaum erhellend.*

### c) Neue Definition der Gefährlichkeitsklausel nötig

Auf dem Weg zu einer alternativen Interpretation gilt es zunächst, den normativen Rahmen fundierter und inhaltlich sachgerechter abzustecken. Unter methodischen Aspekten stehen im Vordergrund nicht abstrakte Kriterien des Gefährdungspotenzials einzelner Betäubungsmittel, sondern die klar strukturierte Systematik der massgebenden Strafbestimmungen. Im Hinblick darauf heben sich die schweren Fälle des Drogenhandels gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG mengenmässig sehr deutlich von den "Normalfällen" ab. Diese Wertung des Gesetzes bildet

zwangsläufig den Ausgangspunkt für das richtige Verständnis des Tatbestandsmerkmals "Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen".

Die gesetzliche Gefährlichkeitsklausel ist demnach so zu definieren, dass diejenigen Sachverhalte, welche der erhöhten Strafdrohung unterstehen, innerhalb des behördlich bekannten illegalen Drogenverkehrs als Ausnahmen erscheinen. Das fordert unzweifelhaft der markante "Strafrahmensprung" zwischen Ziff. 1 und 2 von Art 19. Ferner ist zu beachten, dass der Unrechtgehalt der als mengenmässig schwer eingestuften Fälle jenem der Banden- und Gewerbsmässigkeit (Art. 19 Ziff. 2 lit. v und c) vergleichbar sein muss. Auf einer solchen methodischen Basis formulierte ich vor einiger Zeit den Vorschlag, für Heroin die relevante Grenze bei 100 Gramm reinem Heroin-Hydrochlorid festzusetzen [51].

Diese Zahl wird wahrscheinlich viele Praktiker erschrecken, die sich im Laufe der Zeit daran gewöhnt haben, die bundesgerichtlichen Grenzwerte sozusagen als gottgewollt und unabänderlich zu akzeptieren. Trotzdem sind es neben den dargelegten systematischen Argumenten zusätzlich vor allem auch die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die uneingeschränkte Strafbarkeit des unbefugten Drogenhandels [52], welche für eine äusserst zurückhaltende Handhabung der mengenmässigen Qualifikation sprechen [53]. Es sei hier nochmals mit Nachdruck daran erinnert, dass es sich bei den Tathandlungen des Art. 19 BetrG mit Blick auf das Rechtsgut der individuellen Gesundheit um das Vorfeld einer bewussten und typischerweise eigenverantwortlichen Selbstgefährdung handelt. Die geforderte restriktive Rechtsprechung würde ausserdem die Möglichkeiten einer missbräuchlichen Anordnung strafprozessualer oder fremdenplozeilicher Zwangsmassnahmen bei Verdacht des Drogenhandels deutlich vermindern.

## V. Autoritäres Staatsverständnis

Nach meinen bisherigen Ausführungen mag man sich fragen. Weshalb die Gerichte, namentlich der Kassationshof, nicht schon heute ihre Handlungsspielräume für eine humanere Rechtsprechung nutzen. Ihnen können doch die unmenschlichen Folgen der repressiven Säule der gegenwärtigen Drogenpolitik nicht verborgen bleiben. *Das Haupthindernis einer Humanisierung der Justiz sehe ich in einem repressiv-autoritären Staatsverständnis unserer Richterschaft, und zwar dies weit gehend unabhängig von der parteipolitischen Zugehörigkeit ihrer Mitglieder. Man kann hier - zugespitzt formuliert - von einer Verweigerungshaltung gegenüber dem Recht sprechen. Damit verbindet sich in erster Linie eine verbreitete Geringschätzung der in der Verfassung verankerten Freiheitsrechte. So erstaunt denn nicht, dass beispielsweise das Grundrecht der persönlichen Freiheit oder das Prinzip der Unschuldsvermutung vor allem (aber nicht nur) im Bereiche der Drogendelinquenz die Praktiken in den Organen der Strafrechtspflege generell wenig interessiert. Falls Urteile sich auf Verfassungsprinzipien berufen, bleibt das nur allzu oft eine verbales Lippenbekenntnis ohne reale Konsequenzen.*

Den richterlichen Widerstand gegen die Verfassung und gegen eine methodisch korrekte Gesetzesanwendung mögen wir zwar bedauern; er ist aber als wirkungsstarke Realität zur Kenntnis zu nehmen [54]. Auch wenn gewisse bundesgerichtliche Urteile sich mit guten Gründen kritisieren lassen, sind sie gleichwohl ein "strafrechtspolitisches Faktum, das Recht geschaffen hat" [55]. Hier manifestieren sich die bloss begrenzten Möglichkeiten einer Einflussnahme auf die Praxis mittels rechtlicher Argumentationen. Ohne oder gar gegen die Überzeugung der Richterinnen und Richter läuft eben nichts. Das hat gerade die kurze Phase einer Liberalisierung der Drogenjustiz währen der 1990er Jahre anschaulich belegt.

Damals waren es nicht etwa neue und bessere rechtliche Einsichten, welche zu einer Wende führten. Die massgebenden Impulse kamen vielmehr in erster Linie von der personell neu zusammengesetzten Mannschaft des Kassationshofes, die gewillt (und auch fähig) war, die seit langem bekannten juristischen Argumente überhaupt aufzunehmen und sich mit ihnen ernsthaft auseinander zu setzen.

Solche Erfahrungen führen mich zu einer für die Rechtswissenschaft deprimierenden Schlussbemerkung: *im Alltag der Drogenprozesse werden Ihnen als Strafverteidigerinnen und -verteidiger allfällige Erkenntnisse aus diesem Text vermutlich weit weniger nützen als eine günstige personelle Zusammensetzung der richterlichen Instanz, vor denen Sie auftreten müssen. Trotzdem habe ich die Hoffnung nicht ganz aufgegeben, dass sich mit einem rationalen juristischen Diskurs letztlich doch noch Bewegung in die erstarrte Rechtsprechung bringen lässt. Oder handelt es sich da vielleicht um die naive Illusion eines unverbesserlichen Optimisten, dem der Bezug zu Praxis verloren gegangen ist?*

[www.Plädoyer.ch](http://www.Plädoyer.ch)

[1] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel vom 9. Mai 1973, BBl. 1793 I, 1367

[2] Dazu Peter Albrecht, Strafgesetze als Hindernis einer sinnvollen Drogenpolitik? AJP 1994, 568 f.; Guido Jenny, Weichenstellungen in der Drogenpolitik, in: St. Bauhafer u. a. (Hrsg.), Drogenpolitik - Beharrung oder Wende?, Chur/Zürich 1997, 294 ff

[3] So auch Wolfgang Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, Berlin 2001, 44, mit Hinweisen

[4] Daran leiden zum Teil aber ebenfalls die wissenschaftlichen Diskussionen; exemplarisch hierfür Martin Killias / Martin Grapendaal, Entkriminalisierung des Drogenkonsums oder Einschränkung der Strafverfolgungspflicht?, ZStrR 1997, 94 ff.

[5] Mit Recht unterscheidet Bernhard Haffke "zwei differente Problembereiche, nämlich: die Legitimität des Verbots selbst und die Legitimität der Strafbewehrung eben dieses Verbots" (Drogenstrafrecht, ZStW 1995, 769

[6] Grundlegend dazu Cornelius Nestler, Betäubungsmittelstrafrecht, in: A. Kreuzer (hrsg.), Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts, in: A. Kreuzer 8Hrsg.), Handbuch des Betäubungsmittelstrafrechts, München 1998, S 11, Rn. 66 ff.; ferner Wohlers, a. a. o.(Fn. 3), 192 f.; Haffke, a. a. O. (Fn. 5), 773 ff.

[7] Vgl. Vergl. statt dessen Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Auflage, Bern 1996, S 3, N 12; Marcel Niggli / Marc Amstutz, Freiheit zur Selbstschädigung und selbstschädigenden Freiheit, Drogalkohol 1993, 221 ff

[8] ausführlich aus deutscher Sicht Nestler, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 57 ff.; zurückhaltender Walter P. von Wartburg. Drogenmissbrauch und Gesetzgeber, Basel/Stuttgart 1974, 301 f.; allzu eng die Betrachtungsweise von Gustav Hug-Beeli, die sich sachwidrig auf die Frage nach einem „Recht auf Tausch“ beschränkt (Handbuch der Drogenpolitik, Bern/Stuttgart/Wien 1995, 95 ff).

[9] Zum Beispiel Bernard Corboz, *Les infractions en droit Suisse*, Volumen II, Bern 2002, 762; Patrizia Merotto, *Die Schweizerische Drogenpolitik. Gesten, heute, morgen*, Diss. Zürich 1999, 121 ff.; Hug-Beeli, a. a. O. (Fn. 8), 262 ff.; kritisch hingegen Peter Albrecht, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Sonderband Betäubungsmittelstrafrecht*, Bern 1995, Art. 19a, N 4 f., und Wohlers, a. a. O. (Fn. 3), 196 ff., jeweils mit zahlreichen Literaturhinweisen.

[10] Zutreffend Nestler, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 236.

[11] Grundlegend dazu Wohlers, a. a. O. (Fn. 3), 193 ff.; ferner Wolfgang Frisch, "An den Grenzen des Strafrechts", in: W. Küper / J. Welp (Hrsg.), *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg 1993, 93 ff.; Niggli/Amstutz, a. a. O. (Fn. 7), 225 f.; ausführlich zum Ganzen sodann Nestler, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 97 ff.

[12] Haffke, a. a. o. (Fn. 5), 781; Klaus Lüderssen, "Das Recht über sich selbst - Freigabe von Drogen im Rahmen des Arzneimittelrechts", in: *Abschaffung des Strafens?*, Frankfurt a. M. 1995, 241.

[13] Wohlers, a. a. O. (Fn 3), 194.

[14] Anschaulich Haffke, a. a. O. (Fn. 5), 761 ff. ; sehr kritisch jedoch Gunther Arzt gegenüber dem "törichten liberalen Argumenten /.../ legale Drogen seien vergleichbar schädlich (oder gar schädlicher) als illegale Drogen" ("Dynamisierter Gleichheitssatz und elementare Ungleichheiten im Strafrecht", in: W. Küper / J. Welp /Hrsg./: *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg 1993, 54).

[15] Die Tragweite dieser Problematik verkennt zum Beispiel Hug-Beeli, a. a. O. (Fn. 8), 81 ff. und 251 f

[16] Albrecht, a. a. O. (Fn. 9 ), Einleitung, N 35; ebenso Nestler, a. a. O. ( Fn. 6), Rn. 301; siehe auch Haffke, a. a. O (Fn. 5), 784 ff.; ferner hinten Ziff. II. 3. a.

[17] Zutreffend Martin Schubarth, "Kriminalitätsbekämpfung durch Vermeidung kriminogener Gesetzgebung und kriminogener Rechtsprechung", in: J. Gauthier u. a. (Hrsg.), *Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung*, Bern 1992, ZStrR 1992, 68 ff.; ferner Jenny, a. a. O. ( Fn. 2), 295 ff.; vgl. dazu auch die kritische Analyse des deutschen Betäubungsmittelgesetzes von Nestler, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 284 ff.

[18] Einzelheiten dazu bei Peter Albrecht, "die Rechtsprechung zum Betäubungsmittelgesetz unter dem Einfluss der Drogenpolitik", in: St. Bauhofer u. a. (Hrsg.) *Drogenpolitik - Beharrung oder Wende?*, Chur/Zürich 1997, 184 ff.

[19] So zum Beispiel BGE 108 IV 65

[20] ebenso verkürzt die Optik von Gustav Hug-Beeli, *Tendenzen der Rechtsprechung bei Betäubungsmitteldelikten*, ZSrtR 1997, 253.

[21] BGE 102 IV 126 f. und 108 IV 198; ferner hinten Ziff. IV. 1

[22] Albrecht, a. a. O. (Fn. 18), 191 f.; sehr kritisch zu dieser Wende zum Beispiel Hug-Beeli, a. a. O. (Fn. 20), 256 f.

[23] Grundlegend BGE 117 IV 314 ff.; ferner BGE 120 IV 258 ff.; siehe auch hinten Ziff. IV. 2.a).

[24] BGE 119 IV 185 f., 120 IV 339.

[25] Ausführlich dazu Albrecht, a. a. O. (Fn. 9), Einleitung, N 46 ff.; ferner Nestler, a. a. O. (Fn. 6), Rn. 301; Haffke, a. a. O. (Fn. 5), 785.

[26] Karl-Ludwig Kunz, Kriminologie, 3. Auflage, Bern/Stuttgart/Wien 2001, S 35, Rz. 3.

[27] Illustrativ hierfür zum Beispiel Hug-Beeli, a. a. O. (Fn. 8), 511 ff.

[28] Vorne Ziff. I. 1. und 2

[29] So mit Recht z. B. BGE 124 IV 46 und 120 IV 260

[30] Allgemein dazu statt vieler Ernst Kramer, Juristische Methodenlehre, Bern 1998, 75 ff.

[31] Siehe nochmals Kramer, a. a. O. (Fn. 30), 65 ff.

[32] Kritisch hingegen Hug-Beeli, a. a. O. (Fn.20), 275; Gunther Arzt, Strafzumessung - Revolution in der Sackgasse, recht 1994, 146, N 21.

[33] Ausführlich Albrecht, a. a. O. (Fn. 9), N 17 ff., mit zahlreichen Praxis- und Literaturnachweisen.

[34] BGE 102 IV 126 f., und SJ 1977, 212 f., ferner BGE 108 IV 198.

[35] Siehe BGE 118 IV 202 ff. mit ausführlicher Begründung; ferner BGE 119 IV 182 f.

[36] Siehe BGE 118 IV 202 ff. mit ausführlicher Begründung; ferner BGE 119 IV 182 f.

[37] Vorne Ziff. II. 4.

[38] Das verkennt Hug-Beeli, a. a. O (Fn. 8), 202 f.

[39] Albrecht, a. a. O. (Fn. 9), Art. 19, N 152.

[40] So ausdrücklich BGE 117 IV 318 mit ausführlicher Begründung; ferner BGE 125 IV 93; a. A. hingegen BGE 121 IV 334; Corboz, a. a. O. (Fn.9), 782; Hug-Beeli, a. a. O. (Fn. 20), 262 f.

[41] BGE 117 IV 319, 120 IV 259 und 339 sowie 125 IV 93

[42] BGE 117 322 f., 120 IV 258 ff.; kritisch Hug-Beeli, a. a. O. (Fn.20), 262 ff.; Willy Heim, Remarque, JdT 1996 IV 22 ff.

[43] BGE 125 IV 93 ff. und 108; zustimmend Guido Jenny, die bundesgerichtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1999, ZBJV 2000, 663 f.; Gerhard Fiolka, Bemerkungen zu BGE 125 IV 104, AJP 1999, 148 f.; a. A. Ulrich Weder, die Designer-

Drogen aus rechtlicher Sicht unter Berücksichtigung des Amphetaminderivats MDMA ("Ecstasy"), ZStr 1887, 440 ff.

[44] Nachweise bei Thomas Fingerhuth / Christof Tschurr, Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2002, 143 ff., und Corboz, a. a. O. (Fn. 9), 78 ff.

[45] Siehe ergänzend auch Peter Albrecht, die "schweren Fälle" gemäss Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG beim Handel mit Heroin, ZStrR 1993, 138 ff.

[46] A.A. Corboz, a. a. O. (Fn.9), 784

[47] dieser in der Praxis durchaus erkannte Missstand wird auf der Ebene der Strafzumessung gemäss Art. 63 StGB zuweilen "korrigiert", was dann allerdings zu erheblichen Strafmassverzerrungen führt (Albrecht, a. a. O. (Fn.45), 141).

[48] Zutreffend Fiolka, a. a. O. (Fn. 43), 1490, mit Blick auf Ecstasy.

[49] BGE 109 IV 144 f.

[50] BGE 121 IV 332 ff.; zustimmend Hans Schultz, die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1995, ZBJV 1996, 602 f.; Hug-Beeli, a. a. O. (Fn. 20), 265.

[51] Albrecht, a. a. O. (Fn. 45), 143 f.

[52] Dazu vorne Ziff. I. 2.

[53] Vgl. Auch Lüderssen, der - mit Blick auf das deutsche Recht - für eine Erhöhung der Toleranzquote bei den (illegalen) Drogen plädiert (a. a. O. (Fn. 12), 255, unter Hinweis auf ein Urteil des SG Lübeck, StV 1994, 659 ff.).

[54] Siehe allgemein zum richterlichen Widerstand gegen die Gesetzgebung. Peter Albrecht, die persönliche Einstellung des Richters zum Gesetz als dominanter Faktor der Urteilsfindung, ZStrR 2003, 336 ff.

[55] So ausdrücklich Haffke. A. a. O. (Fn. 5), 772, im Hinblick auf den von ihm kritisierten BVerfGE 90, 145 ff.

■ Artikel herausgegeben am Donnerstag 7 Juli 2005 16:48, Erscheinungsdatum Montag 14 März 2005