

Der „Missbrauchs des Gastrechts“ als Strafzumessungsfaktor bei ausländischen Delinquenten (Anmerkungen zu BGE 125 IV 1 ff.)

von Prof. Dr. Peter Albrecht, Strafgerichtspräsident (Basel)

1. In Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides verurteilte das Obergericht des Kantons Zürich einen polnischen Drogenhändler zu sechs Jahren Zuchthaus und zu einer Landesverweisung von zehn Jahren (unbedingt). Dabei bewertete es im Rahmen der Strafzumessung u.a. den Missbrauch des seit vielen Jahren in der Schweiz genossenen Gastrechts als strafe erhöhend. In diesem Punkt erkannte dann das Bundesgericht eine Verletzung von Bundesrecht und hiess deshalb die vom Verurteilten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde teilweise gut. Es laufe nämlich auf eine unzulässige, den Art. 4 Abs. 1 BV verletzende, Straferhöhung wegen der Ausländereigenschaft hinaus, wenn eine Strafe mit dem Hinweis auf einen „Missbrauch des Gastrechts“ erhöht werde (BGE 125 IV 3 Erw. 5b).

2. Die klare bundesgerichtliche Stellungnahme gegen eine Strafzumessung, welche ausländische Verurteilte diskriminiert, verdient volle Zustimmung. Die deutlichen Worte aus Lausanne sind umso wichtiger, als die Alltagspraxis häufig ausländische Delinquenten im Vergleich zu Schweizern ziemlich unbekümmert mehr oder minder offen benachteiligt. Das betrifft nicht nur, aber doch zu einem grossen Teil Verfahren gegen Personen, denen man eine Beteiligung am illegalen Drogenhandel vorwirft. Hier werden exemplarische Strafen gegenüber Ausländern oft auch mit dem generalpräventiven Argument einer notwendigen Abschreckung potentieller Dealer vertreten. Solchen bedenklichen Tendenzen ist die lapidare Feststellung des Bundesgerichtes entgegenzuhalten, dass das Betäubungsmittelgesetz nicht zwischen schweizerischen und ausländischen Tätern unterscheide: „Seine Strafbestimmungen gelten für Schweizer und Ausländer in gleichem Masse. Eine gesteigerte Pflicht, sich daran zu halten, trifft den Ausländer nicht.“ (BGE, a.a.O.) Dementsprechend ist nicht ersichtlich, inwiefern der „Missbrauch des Gastrechts“ (was auch immer man darunter verstehen mag) das für die Strafhöhe massgebende Tatverschulden (Art. 63 StGB) eines Drogenhändlers beeinflussen soll. Daher verstösst die strafe erhöhende Berücksichtigung eines solchen „Missbrauchs“ offenkundig gegen das Schuldprinzip und den Grundsatz der Rechtsgleichheit (siehe speziell zur Problematik generalpräventiv überhöhter Strafmasse Peter Albrecht, Neue Wege der Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten? ZStrR 1998, 427 f.).

Mit diesen Bemerkungen soll nun aber nicht behauptet werden, die Ausländereigenschaft eines Verurteilten könne niemals strafzumessungsrelevant sein. Vielmehr sind durchaus Fälle vorstellbar, in denen Ausländer mit einem erhöhten Tatverschulden belastet sind. Dies trifft etwa dann zu, wenn jemand nur deshalb in die Schweiz einreist, um hier Delikte zu begehen (z.B. BGE 122 IV 301 Erw. 2b), oder wenn ein Asylbewerber unter Verwendung falscher Namen in verschiedenen Kantonen auf betrügerische Weise Sozialhilfe erlangt (dazu Günter Gribbohm, StGB, Leipziger Kommentar, 11. Auflage, Berlin 1994, § 46, N. 180). Vor allem aber können sich umgekehrt die persönlichen Verhältnisse von Ausländern schuld- und somit strafmindernd auswirken. Zu erwähnen sind hier beispielsweise Asylanten aus Kriegsgebieten, die in der Schweiz unter schwierigen sozialen Bedingungen leben und straffällig werden. Falls unbedingt vollziehbare Freiheitsstrafen in Betracht kommen, ist überdies die erhöhte Strafeempfindlichkeit ausländischer Verurteilter zu beachten, deren Familien weit weg in einem fernen Land wohnen. Solche für die Strafzumessung entlastenden Gesichtspunkte werden jedoch in der Praxis leider häufig vernachlässigt, dies ganz besonders bei Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz.

3. Versucht man das vorliegende Urteil in die neuere Entwicklung der höchstrichterlichen Praxis zur Strafzumessung einzuordnen, so fällt rasch eine markante Besonderheit auf. Das Bundesgericht kassierte hier nämlich den obergerichtlichen Entscheid nicht etwa wegen einer unvollständigen Begründung oder einer Abweichung vom „üblichen Mass“ für vergleichbare Fälle, sondern weil ein rechtlich unzulässiger Strafzumessungsfaktor Berücksichtigung fand. Insoweit stellt das Urteil des Kassationshofes eine Rarität dar. Andererseits muss man sich allerdings auch fragen, ob die Nichtigkeitsbeschwerde des Verurteilten ebenfalls erfolgreich gewesen wäre, falls das Obergericht dasselbe Strafmass (sechs Jahre Zuchthaus und zehn Jahre Landesverweisung) ohne den beanstandeten Passus über den „Missbrauch des Gastrechts“ in den Motiven ausgesprochen hätte. Antworten darauf bleiben naturgemäss letztlich spekulativ. Trotzdem legt die bisherige Rechtsprechung die Vermutung nahe, dass für die Kassation des obergerichtlichen Entscheides eher die fehlerhafte Begründung als die Höhe der ausgesprochenen Strafe ausschlaggebend war. Denn unter den publizierten Urteilen sind mit Ausnahme von BGE 116 IV 294 ff. und 121 IV 202 ff. keine Fälle zu finden, wo ein verurteilter Drogendealer das ihm auferlegte Strafmass mit Erfolg angefochten hat. Der Kassationshof hat vielmehr in diesem Bereich selbst sehr harte Sanktionen kantonaler Instanzen immer wieder überaus grosszügig und teilweise mit ziemlich knapper Begründung bestätigt, und zwar gerade gegenüber Ausländern (siehe BGE 116 IV 288 ff., 117 IV 139 ff., 120 IV 330 ff., 121 IV 193 ff. und 198 ff. sowie 122 IV 299 ff.; kritisch auch Nicolas Queloz, *Commentaire de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de fixation et de motivation de la peine*, ZStrR 1998, S. 170 f.). Bei schwerwiegenden Verstössen gegen das Betäubungsmittelgesetz versagt offenbar der bundesgerichtliche Schutz der Verurteilten vor übersetzten Strafen weitgehend. Vielleicht signalisiert aber das Urteil BGE 125 IV 1 ff. doch eine gewisse Trendwende hin zu mehr Sensibilität für die Anforderungen

schuldangemessener Sanktionen auch gegenüber ausländischen Drogenhändlern.

4. Im übrigen hebt das Bundesgericht hervor, dass eine Straftat für Ausländer durchaus besondere Folgen haben kann. Das Gesetz sieht als solche die richterliche Landesverweisung gemäss Art. 55 Abs. 1 StGB und die fremdenpolizeiliche Ausweisung gemäss Art. 10 lit. a ANAG vor (BGE 125 IV 3 Erw. 5b). Solchen zusätzlichen Sanktionen ist angesichts ihres pönalen Charakters bei der Bemessung von Freiheitsstrafen Rechnung zu tragen; denn die „Gesamtheit aller den Täter betreffenden Straftatfolgen muss dem Unrechts- und Schuldgewicht der Tat entsprechen“ (Matthias Härrli, Folgenberücksichtigung bei der Strafzumessung, ZStrR 1998, S. 216). Dieser Grundsatz, der einer Diskriminierung ausländischer Delinquenten entgegenwirken soll, hat freilich im Alltag der Gerichte bis jetzt nur selten Beachtung gefunden, und auch in der Lehre herrscht diesbezüglich eine grosse Zurückhaltung (z.B. René Ernst, Die Landesverweisung gemäss Artikel 55 des Strafgesetzbuches, Diss. Basel 1998, S. 116 ff.). Demzufolge besteht hier ein hoher Nachholbedarf für eine vertiefte juristische Debatte.