Urteilskopf

122 IV 299

46. Urteil des Kassationshofes vom 26. September 1996 i.S. W. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Solothurn (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 63 StGB; Strafzumessung, Bedeutung des Reinheitsgrades von Drogen.

Der Reinheitsgrad von Betäubungsmitteln kann für das Verschulden von Bedeutung sein. Handelt der Täter wissentlich mit ausgesprochen reinen Drogen, ist das Verschulden schwerer, handelt er wissentlich mit besonders stark gestreckten Drogen, ist es leichter (E. 2c; Klarstellung der Rechtsprechung).

Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 StGB, Art. 58 Abs. 4 aStGB; ganzes oder teilweises Absehen von einer Ersatzforderung.

Nach dem neuen Einziehungsrecht ist entsprechend der Praxis zum alten Recht zu prüfen, ob sich eine Herabsetzung oder ein Verzicht auf die Ersatzforderung rechtfertigt, weil sie die soziale Integration des Täters gefährden würde (E. 3).

Regeste (fr):
Art. 63 CP; mesure de la peine, pertinence du degré de pureté de la drogue.

Le degré de pureté d'un stupéfiant peut avoir une incidence sur l'appréciation de la culpabilité. Si l'auteur sait que l'infraction porte sur de la drogue particulièrement pure, sa culpabilité est plus grande; s'il sait que la drogue est étendue plus que normalement, sa culpabilité est moindre (consid. 2c; clarification de la jurisprudence).

Art. 59 ch. 2 al. 2 CP, art. 58 al. 4 aCP; renonciation totale ou partielle à une créance compensatrice.

Pour appliquer les nouvelles dispositions sur la confiscation, c'est selon la jurisprudence relative à l'ancien droit, qu'il convient d'examiner s'il y a lieu de réduire la créance compensatrice ou d'y renoncer totalement pour le motif qu'elle serait de nature à compromettre la réinsertion sociale du condamné (consid. 3).

Regesto (it):
Art. 63 CP; commisurazione della pena, rilevanza del grado di purezza della droga.

Il grado di purezza di uno stupefacente può essere rilevante per l'apprezzamento della colpevolezza. Se l'agente sa che la droga è particolarmente pura, la sua colpa è più grave; la colpa è minore se, invece, l'agente sa che la droga è fortemente diluita (consid. 2c; chiarimento della giurisprudenza).

Art. 59 n. 2 cpv. 2 CP, art. 58 cpv. 4 vCP; rinuncia totale o parziale al risarcimento compensativo.

Come in base al diritto previgente, anche secondo la nuova normativa in materia di confisca occorre esaminare se si giustifichi di ridurre il risarcimento compensativo, o addirittura di rinunciare al medesimo, in quanto esso sarebbe suscettibile di pregiudicare il reinserimento sociale del condannato (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 299

Am 7. Februar 1996 verurteilte das Obergericht des Kantons Solothurn W. zweitinstanzlich wegen qualifizierter Widerhandlung

gegen das Betäubungsmittelgesetz, mehrfacher Übertretung des Betäubungsmittelgesetzes, Gewalt und Drohung gegen Beamte sowie Widerhandlung gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer zu 5 1/2 Jahren Zuchthaus und zu 12 Jahren Landesverweisung. Es verpflichtete W., dem Staat Solothurn einen beim Drogenhandel unrechtmässig erworbenen Vermögensvorteil von Fr. 200'000.– zu bezahlen, abzüglich zwei sichergestellte Beträge von Fr. 1'770.– und Fr. 1'700.–. W. führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit den Anträgen, ihn milder zu bestrafen und auf eine Ersatzforderung zu verzichten. Das Obergericht beantragt unter Verzicht auf Gegenbemerkungen Abweisung der Beschwerde. Die Staatsanwaltschaft hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde, soweit es darauf eintritt, in Anwendung von Art. 277 BStP teilweise gut.

Erwägungen

Erwägungen:

1. (Eintreten).

2. a) Der Richter misst die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen (Art. 63 StGB). Dem Sachrichter steht bei der Gewichtung der im Rahmen der Strafzumessung zu beachtenden Komponenten ein erheblicher Spielraum des Ermessens zu. Das Bundesgericht greift in diesen auf Nichtigkeitsbeschwerde hin, mit der ausschliesslich eine Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht werden kann (Art. 269 BStP), 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 wesentliche Gesichtspunkte ausser acht gelassen bzw. in Überschreitung oder Missbrauch seines Ermessens falsch gewichtet hat (vgl. BGE 121 IV 193 E. 2a mit Hinweisen). b) Nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 277bis Abs. 1 BStP) hat der Beschwerdeführer mit 731 Gramm reinem Kokain und 592 Gramm reinem Heroin Handel getrieben bzw. einen Teil davon unberechtigt besessen. Die Vorinstanz führt aus, zwar werde die grosse Menge schon durch die Qualifizierung als schwerer Fall nach Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG (SR 812.121) erfasst und mit der entsprechenden Strafdrohung

versehen. Anderseits habe der Beschwerdeführer den von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für den schweren Fall gesetzten Grenzwert von 12 Gramm reinem Heroin und 18 Gramm reinem Kokain um ein Vielfaches überschritten. Obwohl der Drogenmenge bei der Strafzumessung keine vorrangige Bedeutung zukomme, dürfe und müsse der Richter im Rahmen von Art. 63 StGB eine erhebliche Überschreitung des Grenzwertes innerhalb des qualifizierten Strafrahmens straferhöhend berücksichtigen. Da Drogen praktisch nie rein gehandelt würden, sei dabei davon auszugehen, dass sich der Vorsatz des Beschwerdeführers auf die Gesamtmenge der von ihm in Umlauf gebrachten bzw. besessenen Drogen, also auf eine Menge von 1'828 Gramm Kokain und 1'793 Gramm Heroin, erstreckt habe. Der Reinheitsgrad spiele bei der Strafzumessung keine Rolle, da hiefür die Grösse des Verschuldens massgebend sei. Der Beschwerdeführer habe mit den genannten Mengen die Gesundheit vieler Menschen in hohem Mass aufs Spiel gesetzt. Er habe die Drogen in einem Zeitraum von lediglich sieben Wochen umgesetzt und sei dabei äusserst kaltblütig und skrupellos vorgegangen. Er sei selber nicht drogenabhängig. Trotz 10jähriger Einreisesperre sei er in die Schweiz eingereist, um hier mit Drogenhandel das grosse Geld zu machen. Straferhöhend sei die einschlägige Vorstrafe aus dem Jahr 1992 (21 Tage Gefängnis bedingt) zu berücksichtigen. Die brutale Verhaltensweise des Beschwerdeführers zeige sich auch im vorzeitigen Strafvollzug. Zu seinen Gunsten seien demgegenüber seine guten Arbeitsleistungen in der Strafanstalt zu gewichten. Der Beschwerdeführer habe im vorinstanzlichen Verfahren erstmals zugegeben, mit Drogen gehandelt zu haben. Das lasse auf Einsicht schliessen, was strafmindernd zu berücksichtigen sei. Ebenso spreche die gezeigte Reue zugunsten des Beschwerdeführers. Die Vorinstanz erachtet das Verschulden als ausserordentlich schwer. In Berücksichtigung aller Umstände sei eine Zuchthausstrafe von 5 1/2 Jahren angemessen. c) Diese Erwägungen sind jedenfalls im Ergebnis bundesrechtlich nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat ihr Ermessen nicht überschritten und keine unhaltbar harte Strafe ausgesprochen. Zwar ist die Aussage, der Reinheitsgrad spiele bei der Strafzumessung keine Rolle, in dieser allgemeinen Form nicht zutreffend. Wie in BGE 121 IV 193 ausgeführt wurde, spielt der genaue Reinheitsgrad für die Gewichtung des Verschuldens und bei der Strafzumessung dann keine Rolle, wenn nicht feststeht, dass der Beschuldigte ein ausgesprochen reines oder ein besonders stark gestrecktes

Betäubungsmittel liefern wollte (S. 196 unten). Sonst aber kann der Reinheitsgrad für das Verschulden von Bedeutung sein. Handelt der Täter wissentlich mit ausgesprochen reinen Drogen, ist das Verschulden schwerer, handelt er wissentlich mit besonders stark gestreckten Drogen, ist es leichter. Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich nicht, dass der Beschwerdeführer mit besonders reinem oder stark gestrecktem Stoff gehandelt hätte. Der Reinheitsgrad ist im hier zu beurteilenden Fall für die Strafzumessung deshalb belanglos; die Vorinstanz hat im Ergebnis kein Bundesrecht verletzt.

3. Nach den Darlegungen der Vorinstanz hat der Beschwerdeführer mit dem Drogenhandel einen Gewinn von insgesamt Fr. 210'000.– erwirtschaftet. Da der Beschwerdeführer keine finanziellen Verpflichtungen habe, sei eine Ersatzforderung von Fr. 200'000.– angemessen. a) Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, der errechnete Gewinn von Fr. 210'000.– beruhe lediglich auf einer hypothetischen Hochrechnung, ist er nicht zu hören. Damit stellt er die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid in Frage. Das ist im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde unzulässig (Art. 273 Abs. 1 lit. b BStP). b) Der Beschwerdeführer bringt vor, er sei von Beruf Kellner und habe kein Vermögen. Wegen der Landesverweisung dürfe er in der Schweiz nicht mehr arbeiten. Zudem habe er eine längere Freiheitsstrafe zu verbüssen. Deshalb sei Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 StGB verletzt. Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt der Richter auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe (Art. 59 Ziff. 2 Abs. 1 StGB). Der Richter kann von einer Ersatzforderung ganz oder teilweise absehen, wenn diese voraussichtlich uneinbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde (Art. 59 Ziff. 2 Abs. 2 StGB). Diese Möglichkeit des ganzen oder teilweisen Absehens von einer Ersatzforderung entspricht der bundesgerichtlichen Praxis zum früheren Recht (Art. 58 Abs. 4 aStGB; vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen

Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes vom 30. Juni 1993, BBl 1993 III S. 312). Danach ist zu prüfen, ob sich eine Herabsetzung oder sogar ein Verzicht auf die Ersatzforderung rechtfertigt, weil sie die soziale Integration des Täters gefährden würde; diese Prüfung setzt eine umfassende Beurteilung der finanziellen Lage des Betroffenen voraus (BGE 119 IV 17 E. 3).

Auf diesen Gesichtspunkt geht die Vorinstanz nicht ein. Das angefochtene Urteil ist insoweit deshalb in Anwendung von Art. 277 BStP aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4. (Kostenfolgen).