ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 1/2018

Alter
Âge
Age

Ludivine Calderari
Le droit suisse face au désir de concevoir un enfant d'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer naturellement

Valérie Savioz-Viaccoz
La conservation d'ovules sociétale en droit suisse

Alexander Kistler / Natalie Lisik
Die Sammelklage erobert Europa – zieht die Schweiz mit?

Martin Seelmann
Strafzumessung und Doppelverwertungsverbot

Pascal Favrod-Coune
Crowdfunding: a Brief Overview of the Swiss Legal Aspects

DIKE

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Le droit suisse face au désir de concevoir un enfant d'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer naturellement
Ludivine Calderari 3

La conservation d'ovules sociétale en droit suisse
Valérie Savioz-Viaccoz 18

Die Sammelklage erobert Europa – zieht die Schweiz mit?
Eine Analyse des bestehenden kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz
Alexander Kistler / Natalie Lisik 29

Strafzumessung und Doppelverwertungsverbot
Urteil des Bundesgerichts 6B_708/2017 vom 13. November 2017 i.S. X. (Beschwerdeführer) gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin)
Martin Seelmann 46

Crowdfunding: a Brief Overview of the Swiss Legal Aspects
Pascal Favrod-Coune 51

Strafzumessung und Doppelverwertungsverbot

Urteil des Bundesgerichts 6B_708/2017 vom 13. November 2017 i.S. X. (Beschwerdeführer) gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin)

Martin Seelmann*

SCHLAGWÖRTER Strafzumessung – Doppelverwertungsverbot – Betäubungsmittelgesetz – Gewerbsmässigkeit

I. Urteil

A. Sachverhalt

Am 2. Dezember 2015 sprach das Bezirksgericht Zürich X. der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz[1], der Geldwäscherei und der mehrfachen Widerhandlung gegen das Waffengesetz schuldig und verurteilte ihn zu 10 Jahren Freiheitsstrafe. Auf Berufung von X. im Strafpunkt und – später zurückgezogene – Anschlussberufung der Staatsanwaltschaft hin reduzierte das Obergericht des Kantons Zürich die Freiheitsstrafe am 2. Mai 2017 auf 9 Jahre. Mit Beschwerde in Strafsachen beantragte X., das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und die Sache sei zur Neubeurteilung an dieses zurückzuweisen.

Der Beschwerdeführer X. wandte sich unter anderem gegen die vorinstanzliche Strafzumessung. Das Bundesgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 13. November 2017 ab.

B. Erwägungen

«[…]

3.2.1. Es ist unbestritten, dass die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Abs. 1 lit. b, c, d und g i.V.m. Art. 19 Abs. 2 lit. a und c BetmG das schwerste dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Delikt darstellt. Letztere Norm sieht als Strafrahmen Freiheitsstrafe von einem bis zu 20 Jahren vor, womit eine Geldstrafe verbunden werden kann. Demgegenüber sind die Geldwäscherei sowie die Verstösse gegen das Waffengesetz mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe zu ahnden (Art. 305bis Ziff. 1 StGB[2]; Art. 33 Abs. 1 lit. a und a^{bis} WG[3]).

3.2.2. Mit Bezug auf die qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz berücksichtigt die Vorinstanz beim objektiven Verschulden, dass der Beschwerdeführer eigenverantwortlich rund 9.3 Kilogramm reines Kokain besessen, in Portionen verpackt und teilweise veräussert habe. Als verschuldenserhöhend sei die grosse Zahl einzelner Geschäfte zu würdigen, wobei er innert 28 Monaten rund die Hälfte der Gesamtmenge veräussert habe. Er habe beim Verbergen sowohl seiner Drogentätigkeit als auch der daraus erzielten Einnahmen ein grosses kriminelles Engagement gezeigt. Ebenfalls verschuldenserhöhend wirke sich aus, dass er mit dem Erlös von rund Fr. 460 000.– einen gehobenen Lebensstandard finanziert habe. Das objektive Tatverschulden wiege nicht zuletzt vor dem Hintergrund mehrerer Qualifikationsmerkmale recht schwer. Eine Strafmilderung für das Anstaltentreffen im Sinne des Verpackens und Portionierens gemäss Art. 19 Abs. 3 lit. a BetmG falle ausser Betracht, da insoweit das selbständig strafbare Aufbewahren des Kokains zum Verkauf als verschuldensrelevante Tathandlung im Vordergrund stehe.

---

* MLaw Martin Seelmann, Rechtsanwalt, ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Marc Thommen, Universität Zürich, und doktoriert zum Thema der Strafzumessung.

1 Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951 (BetmG), SR 812.121.

2 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB), SR 311.0.

3 Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition vom 20. Juni 1997 (WG), SR 514.54.

In subjektiver Hinsicht seien das direktvorsätzliche Handeln sowie die egoistischen Beweggründe zu berücksichtigen. Der geltend gemachte Eigenkonsum rechtfertige höchstens eine sehr leichte Strafreduktion, da der Beschwerdeführer keine Sucht behauptet habe und somit von Beschaffungskriminalität keine Rede sein könne. Die subjektive Tatschwere sei daher neutral zu werten. Insgesamt wiege das Tatverschulden recht schwer. Angemessen sei eine hypothetische Einsatzstrafe von 8 Jahren.

[…]

3.3.1. Der Beschwerdeführer rügt im Hauptanklagepunkt des qualifizierten Betäubungsmittelhandels eine unzulässige Doppelverwertung des Qualifikationsmerkmals der Gewerbsmässigkeit. Die Vorinstanz trage sowohl dem Merkmal an sich als auch dem Umstand strafschärfend Rechnung, dass er sich mit dem Betäubungsmittelerlös einen gehobenen Lebensstandard finanziert habe. Entgegen seiner Auffassung ergibt sich dies aus den von ihm zitierten Erwägungen der Vorinstanz nicht. Sie erwägt lediglich zutreffend, die Finanzierung eines gehobenen Lebensunterhalts wirke sich verschuldenserhöhend aus. Damit trägt sie innerhalb des Merkmals gewerbsmässigen Handelns zu Recht der Höhe der Deliktssumme und der umgesetzten Drogenmenge Rechnung. Dies ist ebenso zulässig wie die verschuldenserhöhende Berücksichtigung der Dauer der Handelstätigkeit. Dem Sachgericht ist es nicht verwehrt, bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, in welchem Ausmass ein qualifizierender oder privilegierender Tatumstand gegeben ist. Dies stellt keine Doppelverwertung dar. Das Ausmass des gewerbsmässigen Betäubungsmittelhandels ist vielmehr bei der Strafzumessung auch unter Verschuldensgesichtspunkten zu würdigen (BGE 120 IV 67 E. 2b; Urteil 6B_1192/2014 vom 24. April 2015 E. 5.4.2; je mit Hinweis). Wenn die Vorinstanz ferner ausführt, angesichts der Erfüllung mehrerer Qualifikationsmerkmale nach Art. 19 Abs. 2 BetmG wiege das objektive Tatverschulden recht schwer, ist dies ebenfalls nicht zu beanstanden. Auch darin liegt offensichtlich keine Doppelverwertung eines einzelnen Merkmals. Dass die Vorinstanz aber mehrere Qualifikationsmerkmale im Rahmen des Verschuldens straferhöhend berücksichtigt, entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Urteil 6B_662/2015 vom 12. Januar 2016 E. 2.4.3 mit Hinweisen). Ebenso wenig verletzt sie Bundesrecht, wenn sie der grossen Anzahl einzelner Geschäfte strafschärfend Rechnung trägt. Sie erwägt auch insoweit nachvollziehbar, dass der Beschwerdeführer damit – angesichts der vielen Einzelakte – ein erhebliches kriminelles Engagement zeigte.»

II. Bemerkungen

«Dass man Merkmale des Tatbestandes bei der Strafzumessung nicht verwerten darf, ist eine strafrechtliche Binsenwahrheit und ein Grundsatz, gegen den zu verstossen als grober Schnitzer gilt.»[4]

Weder handelt es sich beim vorliegend zu besprechenden Entscheid um eine aufsehenerregende Praxisänderung noch um ein ebensolches Fehlurteil. Im Rahmen der strafzumessungsrechtlichen Ausführungen schneidet der Entscheid jedoch eine Thematik an, die des Öfteren vom Bundesgericht angesprochen wird, bis jetzt aber vertiefende Ausführungen hat vermissen lassen. Die Rede ist vom sog. *Doppelverwertungsverbot*. Die folgenden Ausführungen sollen sich in einem ersten Schritt der Terminologie und den bis anhin noch ungeklärten Fragen dieses Prinzips widmen (A.). Daraufhin folgt eine Überprüfung der bundesgerichtlichen Ausführungen anhand der zuvor erarbeiteten Erkenntnisse (B.). Im Fazit wird schliesslich dargelegt, weshalb dieser Grundsatz in den Augen des Verfassers von grosser Bedeutung für die gerichtliche Strafzumessung ist (III.).

A. Das Doppelverwertungsverbot – Terminologie und offene Fragen

Das Doppelverwertungsverbot ist ein Grundsatz, der im Rahmen der gerichtlichen Strafzumessung zu beachten ist. Im Gegensatz zu Deutschland (§ 46 Abs. 3 StGB/D[5]) oder Österreich (§ 32 Abs. 2 StGB/Ö[6]) fehlt der Schweiz eine gesetzliche Regelung, die ein solches Verbot ausdrücklich festhält. Die Regelung im deutschen Strafgesetzbuch statuiert, dass «Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, […bei der Zumessung der Strafe] nicht berücksichtigt werden [dürfen].» Als ein einfaches Beispiel für eine Verletzung des Doppelverwertungsverbots soll folgender Fall dienen, den bereits das deutsche Reichsgericht 1923 zu behandeln hatte. Es musste sich mit der Frage auseinandersetzen, ob bei einer fahrlässigen Tötung das Merkmal der *Tötung eines Menschen an sich* als Straferhöhungsgrund innerhalb des Strafrahmens des

4 Eduard Dreher, Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen, Juristenzeitung (JZ) 1957, 155.

5 Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (StGB), BGBl. I, 3322.

6 Bundesgesetz der Bundesrepublik Österreich vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (StGB), BGBl. 60/1974.

Tatbestands herangezogen werden könne. Dies wurde durch das Gericht klarerweise verneint. Es hielt fest, dass es nicht erlaubt sei, ein Tatbestandsmerkmal (hier die Tötung), das bereits bei der Aufstellung des gesetzlichen Strafrahmens berücksichtigt wurde, als Straferhöhungsgrund zu verwerten.[7]

Das Bundesgericht überführte dieses Prinzip – soweit ersichtlich – zum ersten Mal im Entscheid BGE 118 IV 342 vom 11. Dezember 1992 in seine höchstrichterliche Rechtsprechung und bestätigte diese in BGE 120 IV 67. In ersterem Verfahren brachte der Angeklagte vor, dass die ihm angelastete erhebliche Drogenmenge (Veräusserung, Finanzierung und Vermittlung von 350 Gramm Heroin sowie ca. 250 Gramm Kokain über einen Zeitraum von etwa einem Jahr mit einem Erlös von insgesamt CHF 30 000–40 000) bereits zur Anwendung von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG (Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen) geführt habe. Dadurch sei die Mindeststrafe von Geldstrafe auf ein Jahr Gefängnis und die Höchststrafe von drei Jahren auf 20 Jahre Gefängnis gestiegen. Mit dieser Erhöhung des Strafrahmens sei der Drogenmenge entsprechend Rechnung getragen. Es gehe nicht an, die Menge innerhalb des erhöhten Strafrahmens ein weiteres Mal straferhöhend zu berücksichtigen. Dies widerspreche dem Doppelverwertungsverbot.[8] Das Bundesgericht anerkannte in seinen Erwägungen einerseits die Geltung des Doppelverwertungsverbots und führte diesbezüglich aus, dass «Umstände, die zur Anwendung eines höheren oder tieferen Strafrahmens führen, [...] innerhalb des geänderten Strafrahmens nicht noch einmal als Straferhöhungs- oder Strafminderungsgrund berücksichtigt werden [dürfen], da sonst dem Täter der gleiche Umstand zweimal zur Last gelegt oder zugutegehalten würde.»[9] Andererseits könne der Richter bei der Strafzumessung durchaus berücksichtigen, in *welchem Ausmass* ein qualifizierender oder privilegierender Tatumstand gegeben sei. Er *verfeinere* damit nur die Wertung, die der Gesetzgeber vorgezeichnet habe. Auch bei Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sei für die Festsetzung der Strafe innerhalb des erhöhten Strafrahmens von Bedeutung, in welchem Ausmass der Täter eine abstrakte Gefahr für die Gesundheit vieler Menschen geschaffen habe. Das hänge sowohl von der Art als auch von der Menge der Droge ab. Die Vorinstanz habe deshalb Bundesrecht nicht verletzt, wenn sie die erhebliche Betäubungsmittelmenge zulasten des Beschwerdegegners gewichtet habe.[10]

In der schweizerischen Lehre hat bis anhin keine grundlegende wissenschaftliche Rezeption der Thematik des Doppelverwertungsverbots bei der Strafzumessung stattgefunden. Es finden sich bei einigen Autoren zwar vereinzelte Absätze zu diesem Prinzip,[11] diese lassen jedoch eine vertiefte Auseinandersetzung vermissen. Die Aussagen beschränken sich zumeist darauf, dass das Verbot auch in der Schweiz gelte, es fehlt jedoch an Ausführungen zu dessen *Geltungsgrund* und *Reichweite*. Dabei sind diese zwei Punkte aber von immenser Wichtigkeit: Denn ist es überhaupt legitim, das Doppelverwertungsverbot anzuwenden, obwohl in der Schweiz keine gesetzliche Grundlage besteht? Wenn dem so wäre, müsste sich das Verbot aus anderen Grundprinzipien ergeben. In Deutschland wurde diese Frage in der Lehre und Praxis schon diskutiert, eine Einigkeit besteht aber auch dort nach wie vor nicht. Als etwaige Geltungsgründe werden etwa das Prinzip *ne bis in idem*, das Schuldprinzip, die materiell-rechtliche Begründungspflicht bei der Strafzumessung, das Doppelverwertungsverbot als selbständiges, logisches Prinzip sowie der Gewaltenteilungsgrundsatz zwischen Gesetzgeber und Judikative vorgebracht.[12] Letztgenann-

7 Urteil des Reichsgerichts in Strafsachen vom 12. Oktober 1923, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt) 57, 379.

8 BGE 118 IV 342, 347, E. 2b; vgl. auch die Urteile der Vorinstanzen, Urteil des StrGer BL (Kammer I) vom 8. August 1991, S. 11 f. sowie Urteil des OGer BL vom 7. April 1992, E. 4.1.

9 BGE 118 IV 342, 347, E. 2b.

10 BGE 118 IV 342, 348, E. 2b.

11 Vgl. etwa Gunther Arzt, Strafzumessung: Revolution in der Sackgasse, recht 1994, 141, Rz. 59 ff.; Gerhard Fiolka, Das Rechtsgut als Massstab des Verschuldens in Art. 47 StGB, ZStrR 2007, 133, 136 f.; Monique Gisel-Bugnion, L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité, Diss. Genf 1978, 73 ff.; André Kuhn, La fixation de la peine, Revue jurassienne de jurisprudence (RJJ) 2006, 237, 240; Kurt Seelmann/Christopher Geth, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016, Rz. 613; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II – Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006, § 6 N 22; Günter Stratenwerth/Wolfgang Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 47 N 6; StGB Praxiskommentar-Trechsel/Thommen, Art. 47 N 27; Hans Wiprächtiger, Die Abklärung der Persönlichkeit des Beschuldigten – Die Sicht des Richters, ZStrR 1993, 175, 180; BSK StGB I-Wiprächtiger/Keller, Art. 47 N 102 ff.

12 Vgl. m.w.H. etwa Matthias Bergmann, Die Milderung der Strafe nach § 49 Abs. 2 StGB, Diss. Heidelberg 1988, 23; Dreher (Fn. 4), 155; Mohamad El-Ghazi, Der Anwendungsbereich des Doppelverwertungsverbotes, JZ 2014, 180; Alexander Fandrich, Das Doppelverwertungsverbot im Rahmen von Strafzumessung und Konkurrenzen, Diss. Kiel 2010, 25; Hero Schall/Gesa Schirrmacher, Doppelverwertungsverbot und Bewertungsrichtung in der Systematik des richterlichen Strafzumessungsaktes, Jura 1992, 624, 625 f.

te Meinung wird in Deutschland von der Praxis sowie dem Grossteil der Lehre vertreten.[13]

Abhängig vom Geltungsgrund ist auch die Reichweite des Doppelverwertungsverbots. Ist ersterer unklar, kann auch letztere nicht hinreichend bestimmt werden. Bezieht sich das Verbot nur auf Tatbestandsmerkmale oder etwa auch auf Tatbestandsalternativen, Rechtswidrigkeits- und Schuldmerkmale oder auch auf den Sinn und Zweck einer Norm des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs? Das Bundesgericht machte in seinen bisher getätigten Ausführungen immerhin klar, dass sich das Doppelverwertungsverbot auf Tatbestandsmerkmale sowie Qualifizierungs- und Privilegierungsgründe beziehe.[14] Nach h.L. und in Übereinstimmung mit der bereits erwähnten Praxis gilt das Verwertungsverbot jedoch auch in dieser Hinsicht nicht absolut. Denn im Gegensatz zur «spontanen Ausprägung» der Tatbestandsmerkmale kann deren konkrete Ausprägung für die Strafzumessung durchaus bedeutsam sein.[15] D.h., dass lediglich das «*Dass*» der Verwirklichung des fraglichen Tatbestandsmerkmals aufgebraucht ist, nicht hingegen das «*Wie*».[16] So dürfen etwa *quantitative* und *qualitative* Abstufungen im Rahmen der Tatbestandsverwirklichung oder Verhaltensweisen, die über die Vollendung des jeweiligen Tatbestands hinausgehen, bei der konkreten Strafzumessung berücksichtigt werden.[17]

B. Das Doppelverwertungsverbot in den Erwägungen des Bundesgerichts

Im vorliegend zu besprechenden bundesgerichtlichen Urteil BGer 6B_708/2017 vom 13. November 2017 rügte der Beschwerdeführer eine unzulässige Doppelverwertung des Qualifikationsmerkmals der *Gewerbsmässigkeit*. Die Vorinstanz habe einerseits den Umstand der Gewerbsmässigkeit bei der erhöhten Strafandrohung wegen Art. 19 Abs. 2 lit. c BetmG (Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bis zu 20 Jahren anstatt Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) berücksichtigt, andererseits verschuldenserhöhend miteinbezogen, dass er sich mit dem Betäubungsmittelerlös einen *gehobenen Lebensstandard* finanziert habe. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt Gewerbsmässigkeit vor, wenn sich aus den konkreten Umständen ergibt, dass der Täter die deliktische Tätigkeit nach der Art eines Berufs ausübt. Wesentlich dabei ist, dass er sich darauf eingerichtet hat, durch deliktische Handlungen Einkünfte zu erzielen, die einen namhaften Beitrag an die Kosten zur Finanzierung seiner Lebensgestaltung darstellen.[18] Entscheidend in diesem Zusammenhang sei, ob der Täter einen *grossen Umsatz* oder einen *erheblichen Gewinn* erwirtschaftet hat. Ersterer gilt als erheblich, wenn er *CHF 100 000* erreicht.[19] Würde nun dem Täter neben der Einordnung des Delikts in den höheren Strafrahmen aufgrund der gewerbsmässigen Tatbegehung der Umstand der Gewerbsmässigkeit durch den Vorwurf der Finanzierung eines gehobenen Lebensstandards *erneut* zur Erhöhung der Strafe innerhalb des erweiterten Strafrahmens zur Last gelegt, läge ein Verstoss gegen das Doppelverwertungsverbot vor. Das Merkmal der Gewerbsmässigkeit ist mit Einordnung in den qualifizierten Strafrahmen nämlich schon «verbraucht». Was nun jedoch gemäss Praxis und Lehre straferhöhend berücksichtigt werden darf, ist das Ausmass der Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals. Ist somit ein Umsatz jenseits der Erheblichkeitsschwelle von CHF 100 000 erreicht worden, kann dies bei der konkreten Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens berücksichtigt werden. Vorliegend erwirtschaftete der Täter einen Erlös von rund CHF 460 000, womit er sich gemäss der Vorinstanz einen gehobenen Lebensstandard finanziert habe. Da vorliegend der Schwellenwert durch den erwirtschafteten Erlös um ein Vielfaches überstiegen wurde, durfte diese *quantitative Abstufung* innerhalb der Tatbestandsverwirklichung verschuldenserhöhend miteinbezogen werden.

---

13 S. etwa BGHSt 37, 153; Bergmann (Fn. 12), 23; Hans-Jürgen Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., Köln et al. 1985, 132; Christian Fahl, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe, Diss. Berlin 1996, 22; Michael Hettinger, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, Diss. Berlin 1982, 46 ff.; Schall/Schirrmacher (Fn. 12), 625; Leipziger Kommentar StGB II-Theune, § 46 N 263; Alexander Wilcken, Die Doppelverwertung von Strafzumessungstatsachen, Diss. Baden-Baden 2004, 22.

14 Vgl. Urteil des BGer 6S.44/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.3.2; u.ö. Urteil des BGer 6S.84/1998 vom 28. Januar 1999, E. 8a.

15 Gabi Hauser, Die Verknüpfungsproblematik in der Strafzumessung, Diss. Freiburg 1985, 71; Leipziger Kommentar StGB II-Theune, § 46 N 263; StGB Praxiskommentar-Trechsel/Thommen, Art. 47 N 27.

16 Urteil des BGer 6S.44/2007 vom 6. Juni 2007, E. 4.3.2; StGB Praxiskommentar-Trechsel/Thommen, Art. 47 N 27.

17 Gerhard Schäfer/Günther Sander/Gerhard van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., München 2017, Rz. 694; Stratenwerth (Fn. 11), § 6 N 22; BSK StGB I-Wiprächtiger/Keller, Art. 47 N 102; s. auch BGH 1 StR 62/90 = BGHSt 37, 153.

18 BGE 123 IV 113, 116, E. 2c.

19 BGE 129 IV 188, 192, E. 3.1.3.

Problematischer ist hingegen – unabhängig vom Doppelverwertungsverbot – die durch die Vorinstanz und das Bundesgericht erfolgte verschuldenserhöhende Berücksichtigung der (langen) Dauer der Handelstätigkeit. Diese steht im Widerspruch zur Rechtsprechung hinsichtlich der Qualifikation der Gewerbsmässigkeit. Gemäss Bundesgericht ist hier nämlich der Zeitraum, über den sich die gewerbsmässige Tätigkeit erstreckt, für die Beurteilung der Umsatz- wie auch der Gewinngrösse unerheblich.[20] Dabei müsste durchaus auch der Zeitraum berücksichtigt werden, in dem ein Umsatz erwirtschaftet wurde. Ob die Schwelle von CHF 100 000 nämlich schon nach 6 Monaten oder erst nach 6 Jahren erreicht wurde, sollte durchaus Einfluss auf das Verschulden und damit die Frage, ob eine qualifizierte Tatbegehung vorliegt, haben. Statuiert nun das Bundesgericht, dass die Dauer der Handelstätigkeit innerhalb des Strafrahmens straferhöhend berücksichtigt werden dürfe, ist dem entgegenzuhalten, dass bei konsequenter Anwendung dieses Arguments die Dauer bereits bei der Frage, ob überhaupt eine Gewerbsmässigkeit vorliegt, hätte miteinbezogen werden sollen.

Weiter bringt das Bundesgericht vor, dass aufgrund der Erfüllung mehrerer Qualifikationsmerkmale nach Art. 19 Abs. 2 BetmG (lit. a und c) das objektive Tatverschulden recht schwer wiege. Grundsätzlich ist es in der Tat denkbar, dass der Umstand, dass der Täter nicht nur eines, sondern gleichzeitig mehrere Qualifikationsmerkmale erfüllt hat, erschwerend wirken kann. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn den Merkmalen jeweils selbständig Bedeutung für das Mass des vorwerfbaren Unrechts zukommt.[21] Da die Tatbestandsalternativen von Art. 19 Abs. 2 BetmG jedoch alle das gleiche Rechtsgut schützen,[22] wäre zu bezweifeln, dass die gleiche Handlung (etwa das Veräussern von Kokain), welche mehrere Qualifikationsmerkmale (Gefährdung der Gesundheit vieler Menschen und Gewerbsmässigkeit) erfüllt, für sich allein verschuldenserhöhend berücksichtigt werden darf. Anders sieht es wiederum aus, wenn *quantitative* Abstufungen in Bezug auf die Betäubungsmittelmenge und die Höhe des Erlöses gemacht werden.

III. Fazit

Nachdem dem Leser die Grundzüge des Doppelverwertungsverbots nahegebracht wurden, gilt es, sich zum Schluss die grundsätzliche Bedeutung dieses Prinzips für die gerichtliche Strafzumessung vor Augen zu halten. Die Höhe der auszusprechenden Strafe hängt nämlich massgeblich davon ab, welche Umstände für oder gegen die zu verurteilende Person ins Feld geführt werden können. Um eine Einteilung in diese beiden Kategorien vornehmen zu können, ist jedoch zunächst zu klären, welche Umstände überhaupt zur Begründung der Strafhöhe verwertet werden dürfen. Mit dem Doppelverwertungsverbot steht dazu ein Instrument für das sich mit der Strafzumessung auseinandersetzende Gericht zur Verfügung. Nicht zu Unrecht wird in der deutschen Lehre das Doppelverwertungsverbot denn auch als «wichtigster Grundsatz der Strafzumessung» bezeichnet.[23]

20 BGE 129 IV 253, 255, E. 2.2.

21 Vgl. BGH 3 StR 15/10; BGH 5 StR 469/12; Schäfer/Sander/van Gemmeren (Fn. 17), Rz. 694a.

22 OFK-Fingerhuth/Schlegel/Jucker, Art. 19 BetmG N 174.

23 Hans-Jürgen Bruns, Zum Verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen oder strafrahmenbildenden Umständen (Strafbemessungsgründen), in: Naucke/Geerds (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Berlin 1966, 353.