Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.350/2004 /bri

Urteil vom 3. Februar 2005
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Karlen, Zünd,
Gerichtsschreiber Weissenberger.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Peter Jans,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau, Staubeggstrasse 8, 8510 Frauenfeld.

Gegenstand
Strafzumessung (BetmG-Widerhandlung),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Entscheid des Ober-gerichts des Kantons Thurgau vom 22. Januar 2004.

Sachverhalt:
A.
X._____ (alias Y._____) reiste am 11. September 2000 von Italien her ohne Ausweisurkunden und Einreiseerlaubnis in die Schweiz ein, um am folgenden Tag Asyl zu beantragen. Zwischen Januar 2001 und Mitte 2002 vermittelte und verkaufte er gegen Provision für diverse Drogenhändler insgesamt 199 g Kokaingemisch mit einem angenommenen Reinheitsgrad von 50% an verschiedene Drogenkonsumenten. Ferner rauchte er zwischen August 2001 und 5. August 2002 täglich bis zu drei Mal Hanf.
B.
Das Bezirksgericht Arbon sprach X._____ am 13. Juni 2003 der mengenmässig qualifizierten Widerhandlungen gegen das Betäu-bungsmittelgesetz vom 3. Oktober 1951 (BetmG; SR 812.121), der mehrfachen Übertretung gegen dieses Gesetz sowie der Wider-handlung gegen das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG; SR 142.20) schuldig und verurteilte ihn zu einer unbedingten Gefängnisstrafe von 24 Monaten. Ferner verwies es ihn für fünf Jahre unbedingt des Landes.

Das Obergericht des Kantons Thurgau hiess eine Berufung des Verurteilten am 22. Januar 2004 in Bezug auf die verhängte Landes-verweisung teilweise gut und wies sie im Übrigen ab. Sie sprach X._____ der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäu-bungsmittelgesetz, der mehrfachen Übertretung gegen das Betäu-bungsmittelgesetz sowie der Widerhandlung gegen das ANAG schul-dig und bestrafte ihn mit 24 Monaten Gefängnis. Hinsichtlich des Konsums von Betäubungsmitteln (Tatzeitraum August 2001 bis 5. August 2002) erkannte es auf den Eintritt der absoluten Verjährung für die vor dem 21. Januar 2002 begangenen Handlungen, und es stellte das Strafverfahren insoweit ein. Ferner verwies es X._____ für drei Jahre des Landes, unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs für die Dauer von drei Jahren.
C.
X._____ erhebt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, Ziffer 1 des Dispositivs des angefochtenen Urteils (Schuld- und Strafpunkt) teilweise aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Obergericht des Kantons Thurgau ersucht um Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Der Beschwerdeführer wendet sich ausschliesslich gegen die Straf-zumessung. Er bringt vor, die Vorinstanz hätte ihn zu einer Ge-fängnisstrafe von maximal 18 Monaten verurteilen und ihm dafür den bedingten Strafvollzug gewähren sollen. Anders als die erste Instanz nenne die Vorinstanz keine Einsatzstrafe, sondern halte nur fest, dass die von der Verteidigung (recte: ersten Instanz) festgesetzte Ein-satzstrafe zu tief sei. Mit dem Bezirksgericht Arbon und in Überein-stimmung mit den anerkannten Strafzumessungsmodellen von Frei/Ranzoni und Hansjakob sei eine Einsatzstrafe von 24 Monaten Gefängnis dem Verschulden angemessen. Die Vorinstanz begründe nicht, weshalb sie diese Einsatzstrafe für zu tief erachte, und sie nenne auch nicht die nach ihrer Auffassung angemessene Ein-satzstrafe. Allein schon deshalb sei das angefochtene Urteil nicht überprüfbar. Ausgehend von den 24 Monaten Gefängnis würden sich die weiteren Schuldsprüche verschuldensmässig kaum auswirken und rechtfertigten lediglich eine geringe Strafschärfung. Demgegenüber komme seinem Geständnis, mit dem er sich mehr belastet habe, als ihm hätte nachgewiesen werden können, grosses strafminderndes Gewicht zu. Die nur leicht strafmindernde Berücksichtigung des Geständnisses
verletze Bundesrecht. Das gelte auch für die Vernei-nung einer strafzumessungsrelevanten Reue.
1.1 Gemäss Art. 63 StGB misst der Richter die Strafe innerhalb des anzuwendenden Strafrahmens nach dem Verschulden des Täters zu und berücksichtigt dabei die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.

Die Gewichtung der zu beachtenden Strafzumessungskomponenten steht im Ermessen des Sachrichters. Das Bundesgericht greift nur ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unter-schritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Gesichts-punkten ausgegangen ist oder wenn sie wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen bzw. falsch gewichtet hat oder wenn die Strafe in einem Masse unverhältnismässig streng bzw. milde erscheint, dass von einer Verletzung des Ermessens gesprochen werden muss (BGE 129 IV 6 E. 6.1 S. 20 f. mit Hinweisen).

Damit das Bundesgericht überprüfen kann, ob die verhängte Strafe im Einklang mit den Zumessungsregeln des Bundesrechts steht und ob der Sachrichter sein Ermessen überschritten hat oder nicht, muss die schriftliche Urteilsbegründung auf alle wesentlichen Strafzumessungs-kriterien eingehen. Die Begründung der Strafzumessung muss in der Regel und insbesondere bei hohen Strafen die Tat- und Täter-komponenten so erörtern, dass festgestellt werden kann, ob alle rechtlich massgebenden Gesichtspunkte berücksichtigt und wie sie gewichtet wurden, d.h. ob und in welchem Grad sie strafmindernd oder straferhöhend in die Waagschale fielen (BGE 121 IV 49 E. 2a/aa; 120 IV 136 E. 3a; 118 IV 14 E. 2; 117 IV 112 E. 1). Daraus ergibt sich zugleich, dass der Sachrichter auf die Faktoren, die ihm - zu Recht - nicht massgeblich oder nebensächlich erscheinen, nicht einzugehen braucht. Er ist ferner nicht verpflichtet, die Bedeutung, die er den einzelnen Strafzumessungspunkten beimisst, in Zahlen oder in Prozentsätzen anzugeben oder eine "Einsatzstrafe" zu benennen (BGE 127 IV 101 E. 2c S. 105). Im Übrigen ist eine Nichtigkeits-beschwerde nicht allein zwecks Verbesserung oder Vervollständigung der Begründung der Strafzumessung gutzuheissen, wenn die
ausge-sprochene Strafe im Ergebnis vor Bundesrecht standhält (vgl. BGE 127 IV 101 E. 2c S. 105 mit Hinweisen). Diese Grundsätze sind auch auf das Betäubungsmittelrecht anwendbar.
1.2 Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer der qualifizierten Wider-handlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen. Ausgehend davon hat sie ihrem Urteil korrekt einen Strafrahmen zwischen einem Jahr Gefängnis und 20 Jahren Zuchthaus sowie Busse bis zu einer Million Franken zu Grunde gelegt. Die Widerhandlung gegen das ANAG hat es zutreffend strafschärfend im Sinne von Art. 68 Ziff. 1 StGB berücksichtigt. Demgegenüber hat es den Betäubungsmittelkonsum offenbar weder strafschärfend noch straferhöhend gewichtet, führt es doch in Bezug auf die verjährten Tathandlungen aus, diese Delikte seien im Vergleich zu den anderen Delikten zu geringfügig, als dass die Einstellung des Verfahrens einen Einfluss auf das Strafmass haben könnten (ange-fochtenes Urteil, S. 12).
1.2.1 Die erste Instanz hat ausgehend von zwei publizierten Strafzu-messungsmodellen eine Einsatzstrafe von 24 Monaten für die quali-fizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz festgesetzt (Urteil Bezirks-

gericht Arbon, S. 31). Die Vorinstanz hat diese Einsatz-strafe als zu tief erachtet, ohne selbst eine Einsatzstrafe zu beziffern (angefochtenes Urteil, S. 13). Das ist wie bereits erwähnt nicht zu be-anstanden (vgl. BGE 127 IV 101 E. 2c S. 105). Was die ange-sprochenen Strafzumessungsmodelle betrifft, hat das Bundesgericht entschieden, gegen die in St. Gallen entwickelte Praxis, die bei Drogendelikten für unterschiedliche Täterkategorien differenzierte "Einsatzstrafen" vorsehe, sei grundsätzlich nichts einzuwenden. Aller-dings dürften derartige Straftaxen nicht starr und schematisch ange-wendet werden. Sie seien mit Bundesrecht nur vereinbar, sofern sie lediglich Richtlinienfunktion hätten und dem Richter als Orien-tierungshilfe dienten, ohne ihn zu binden oder zu hindern, eine seiner Überzeugung entsprechende schuldangemessene Strafe im Sinne von Art. 63 StGB auszusprechen (Urteil 6S.560/1996 vom 9. September 1996). Der Beschwerdeführer vermag daher mit seinem Hinweis auf die in der Literatur vertretenen
Straftaxenmodelle nichts zu seinen Gunsten abzuleiten.
1.2.2 Die Vorinstanz weicht nur in Bezug auf die "Einsatzstrafe" und die Strafminderung von den Erwägungen der ersten Instanz ab und verweist ansonsten sinngemäss auf deren Begründung. Die erste Instanz wertet das Verschulden des selbst nicht drogenabhängigen Beschwerdeführers auf der Grundlage der getroffenen tatsächlichen Feststellungen zutreffend als schwer. Er hat aus rein finanziellen Motiven innerhalb einer verhältnismässig kurzen Zeitspanne eine Gesamtmenge von (rund) 100 g reinem Kokain vermittelt und selbst verkauft. Dabei offenbarte er eine hohe kriminelle Energie. Er verbreitete seine Telefonnummer in Drogenkreisen, liess bei Anrufen von Interessenten kein sich ihm bietendes Geschäft aus und schloss sich mit einem anderen Händler zusammen, um bei Ortsabwesenheit gleichwohl Drogengeschäfte abwickeln zu können. Ferner verminderte er das Risiko seiner Tätigkeit, indem er hauptsächlich telefonisch zwischen Abnehmern und "Läufern" vermittelte und die Drogen nur vereinzelt persönlich den Abnehmern überbrachte. Wie er selbst einräumte, erkannte er auch die schweren gesundheitlichen und sozialen Folgen des Kokainkonsums auf seine Abnehmer (Urteil Bezirksgericht Arbon, S. 30 f.). Ausgehend davon durfte die Vorinstanz ohne
weiteres eine "Einsatzstrafe" von 27 Monaten Gefängnis oder mehr ins Auge fassen, welche wegen der Widerhandlung gegen das ANAG zu schärfen war sowie unter Umständen wegen des Hanf-konsums gemäss Art. 68 Ziff. 1 StGB hätte geschärft werden können.
1.2.3 Fraglich bleibt, in welchem Umfang sich das Geständnis des Beschwerdeführers und seine jedenfalls im Ansatz gezeigte Reue auf die Strafzumessung auswirken mussten.

Die erste Instanz führt aus, hinsichtlich der Kooperations- und Aus-sagebereitschaft sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer nach kurzem, hartnäckigem Leugnen ein umfassendes Geständnis abgelegt, seine Kunden benannt und die Zusammenarbeit mit dem Mitan-geklagten sowie einem dritten Händler in erheblichem Umfang selber aufgedeckt habe. Nur auf Grund seines Geständnisses habe die Staatsanwaltschaft ihre Beweisführung ohne noch grösseren techni-schen und personellen Aufwand führen können. Dieses Geständnis sei strafmindernd anzurechnen. Im Unterschied zum Mitangeklagten habe der Beschwerdeführer auch gewisse Anzeichen der Reue über seine Taten gezeigt. Zu berücksichtigen sei allerdings, dass er wegen seines Alters und seines offensichtlich familiären Hintergrundes wie auch des stabilen sozialen Umfeldes in der Schweiz frühere Einsicht hätte haben müssen. Unter Berücksichtigung des Geständnisses und der Anzei-chen von Reue erscheine eine Gefängnisstrafe von 24 Monaten ange-messen (Urteil Bezirksgericht Arbon, S. 30 ff.).

Die Vorinstanz erwägt dazu, in Bezug auf die Strafzumessung sei "eigentlich" nur die Frage umstritten, in welchem Umfang das Geständnis des Beschwerdeführers zu berücksichtigen sei. Die erste Instanz erachte nach Abwägung sämtlicher Strafzumessungsfaktoren eine Gefängnisstrafe von 24 Monaten als dem Verschulden und der Person des Beschwerdeführers angemessen. Entgegen der Auffas-sung des Beschwerdeführers rechtfertige sein Geständnis keine Strafreduktion auf ein Mass, das den bedingten Strafvollzug formell zulasse. Zwar möge zutreffen, dass der Beschwerdeführer weit mehr zugestanden habe, als die Strafbehörden ihm hätten nachweisen können, doch sei dem Beschwerdeführer bei einem Teil der ihm zur Last gelegten Delikte aufgrund der erdrückenden Beweislage gar nichts anderes übrig geblieben, als ein Geständnis abzulegen. So hätten beispielsweise die Tests von Urin und Blut belegt, dass der Beschwerdeführer Cannabis konsumiert habe. Ferner habe der Beschwerdeführer nur eine "minimale Spur" von Reue gezeigt. Auch seine Aussage vor dem Untersuchungsrichter am 1. November 2002, wonach er alles bedaure, und er einigen seiner Kunden gesagt habe, sie sollten mit dem Konsum von Kokain aufhören, vermöge den Vorwurf der fehlenden Reue nicht zu

entkräften. Zwar möge der Beschwerdeführer zeitweise mit Gewissensbissen konfrontiert gewesen sein, doch habe ihn dies nicht daran gehindert, seine Kunden des Geldes wegen weiter mit Kokain zu beliefern. Ferner seien die inzwischen verjährten Delikte im Vergleich zu den anderen Delikten zu geringfügig, als dass die Einstellung des Verfahrens einen Einfluss auf das Strafmass haben könnte. Zusammenfassend ergebe sich, dass weder das Geständnis noch seine Einsicht die Reduktion der Strafe um einen Drittel rechtfertigten. Der in BGE 121 IV 205 beurteilte Sachverhalt sei nicht vergleichbar, ganz abgesehen davon, dass die vom Beschwerdeführer genannte Einsatzstrafe zu tief liege. Unter Würdigung aller massgebenden Strafzumessungsfaktoren erscheine die von der ersten Instanz ausgesprochene Gefängnisstrafe von 24 Monaten angemessen (angefochtenes Urteil, S. 12 f.).

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Erwägungen der Vorinstanz zum Geständnis des Beschwerdeführers und seiner geltend gemachten Reue in allen Punkten überzeugen. Selbst wenn man dem Beschwer-deführer eine gewisse, auch in seinem Geständnis zum Ausdruck kommende Reue zugute hielte und das Geständnis wie die erste Instanz stärker als die Vorinstanz strafmindernd werten wollte, verletzt der angefochtene Entscheid jedenfalls im Ergebnis kein Bundesrecht. Wie vorstehend ausgeführt, durfte die Vorinstanz - vor Berück-sichtigung der Reue und des Geständnisses - eine Strafe von mehr als 27 Monaten Gefängnis ins Auge fassen. Ausgehend davon wirkten sich das Geständnis und die Reue im Umfang von mehr als drei Monaten oder mehr als einem Siebtel strafmindernd aus. Eine Strafminderung in diesem oder ähnlichem Ausmass lag noch im pflichtgemässen Ermessen der Vorinstanz. Der Beschwerdeführer hat erst nach hartnäckigem, wenn auch kurzem Leugnen, ein umfassen-des Geständnis abgelegt. Dies erfolgte, nachdem er mit den ihn belastenden Beweisen konfrontiert worden war. Wie die Vorinstanz insofern zutreffend erkannt hat, kam seinem Aussageverhalten damit nicht das gleiche Gewicht zu, wie dies im Sachverhalt angenommen wurde, der BGE 117 IV 202
zugrunde lag. Im Übrigen ging es in jenem Entscheid vor allem um den Vergleich von Strafen zwischen Mitange-klagten, womit die Ausgangslage eine grundlegend andere war. Im hier zu beurteilenden Fall ist eine Strafminderung für das erst nach hart-näckigem Leugnen abgelegte umfassende Geständnis und die mindestens im Ansatz zum Ausdruck gebrachte Reue des Beschwerde-führers von mehr als drei Monaten Gefängnis bundesrechtlich nicht zu beanstanden.
2.
Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die für die Straf-zumessung massgeblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat. Die Strafe hält im Ergebnis vor Bundesrecht stand. Demgemäss ist die Beschwerde abzuweisen.

Der Beschwerdeführer stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechts-pflege. Da seine Begehren von vornherein aussichtslos waren, ist sein Gesuch abzuweisen (Art. 152 Abs. 1 OG). Dementsprechend hat er die Kosten des Verfahrens zu tragen (Art. 278 Abs. 1 BStP). Den fi-nanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers wird bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr angemessen Rechnung getragen (Art. 153a Abs. 1 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 800.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Thurgau und dem Obergericht des Kantons Thurgau schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 3. Februar 2005
Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: