Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.465/2004 /bri

Sitzung vom 12. Mai 2005
Kassationshof

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

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Jürg Federspiel,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Strafzumessung, bedingter Strafvollzug (BetmG-Widerhandlung),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Ober-gerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 24. September 2004.

Sachverhalt:
A.
X._____ rauchte und sniffte zwischen März und August 2003 jeweils ein Mal wöchentlich Kokain. Dieses bezog er von nicht ermittelten Personen an der Langstrasse in Zürich. Am 24. September 2004 übernahm er von einem nicht identifizierten Nigerianer rund 70 g Kokaingemisch (Reinheitsgrad 70% entsprechend 50 g reines Cocain-Hydrochlorid) und rund 22 g Heroingemisch (Reinheitsgrad 5% entsprechend 1 g reines Heroin-Hydrochlorid). Im Gegenzug gab er dem Nigerianer Fr. 1'000.– für dessen Ausreise aus der Schweiz. In der Folge bewahrte er die Betäubungsmittel in seiner Wohnung auf, um sie zu einem späteren Zeitpunkt gegen eine Kommission einem Dritten zum Zwecke des Weiterverkaufs zu übergeben. Ende November 2003 vermittelte X._____ für einen nicht identifizierten Freund den Kauf von 250 g Kokaingemisch (Reinheitsgrad 80%). Er stellte den Kontakt zu einem Verkäufer her, der dem Kaufinteressenten etwas Kokain zur Probe gab. In der Folge kam es zur Übergabe des Kokains an X._____, der es aufbewahren wollte, bis ein Kunde des Käufers eintreffen und die Drogen übernehmen würde.
B.
Das Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, sprach X._____ am 25. März 2002 der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4, 5 und 6 in Verbindung mit Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG sowie der mehrfachen Übertretung gegen das Betäubungsmittelgesetz gemäss Art. 19a Ziff. 1 BetmG schuldig. Es erachtete eine Strafe von 21 Monaten Gefängnis als angemessen. Diese Strafe reduzierte es entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Hinblick auf die Grenze für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs auf 18 Monate Gefängnis und schob den Strafvollzug auf, bei einer Probezeit von drei Jahren.

Dagegen erhob die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich kantonale Berufung, mit der sie sich einzig gegen die Strafzumessung wendete. Mit Urteil vom 24. September 2004 bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer, das Urteil der ersten Instanz im Schuldpunkt, änderte es jedoch im Strafpunkt ab und

verurteilte X._____ zu einer Gefängnisstrafe von zwei Jahren.
C.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das Urteil vom 14. Mai 2003 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zwecks Korrektur der Mängel und Ausfällung eines milderen Urteils zurückzuweisen. Das Obergericht und die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich verzichten auf Stellungnahmen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde ist kassatorischer Natur (Art. 277ter Abs. 1 BStP). Soweit der Beschwerdeführer mehr bean-tragt, als das angefochtene Urteil aufzuheben, ist er nicht zu hören.
2.
Der Beschwerdeführer wendet sich ausschliesslich gegen die Straf-zumessung.
2.1 Die Vorinstanz führt aus, dem hohen Reinheitsgrad der auf-bewahrten und vermittelten Betäubungsmittel von 70 und 80 % komme verschuldensmässig keine besondere Bedeutung zu, da nicht davon auszugehen sei, dass der Beschwerdeführer bewusst Kokain mit einem derart überdurchschnittlich hohen Reinheitsgrad habe aufbe-wahren bzw. vermitteln wollen. Gleichwohl indiziere die Gefährlichkeit des Kokains und die Menge ein nicht leichtes objektives Verschulden (angefochtenes Urteil, S. 6 f.). Subjektiv sei in Bezug auf das Aufbe-wahren von Kokain zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer nicht von sich aus gehandelt habe, weshalb auch nicht von einer hohen kriminellen Energie auszugehen sei. Gleichwohl sei beachtlich, dass der Beschwerdeführer offenbar ohne besondere Hemmung bereit gewesen sei, eine grössere Drogenmenge zur vorübergehenden Auf-bewahrung bzw. zum Weiterverkauf entgegen zu nehmen, wobei er für diese Dienste mit Fr. 200.– entschädigt worden wäre. Dies weise "doch auf einen beachtlichen verbrecherischen Willen hin". Bei der zweiten Tat habe der Beschwerdeführer eine erhebliche Drogenmenge vermittelt und dabei mehr Eigeninitiative als bei der ersten Tat entwickelt, auch wenn der Anstoss dafür nicht von ihm ausgegangen
sei. In beiden Fällen habe er einen nicht unwesentlichen Beitrag in der Verkaufskette geleistet. Er habe damit seine prekären finanziellen Verhältnisse aufbessern wollen, insbesondere um seine Eltern in Nigeria zu unterstützen. Insgesamt sei das Verschulden des Be-schwerdeführers auch subjektiv nicht als leicht einzustufen. Leicht straferhöhend wirke sich die Tatmehrheit aus, wobei der Drogen-konsum nur geringfügig ins Gewicht falle. Ebenfalls leicht strafer-höhend sei die Vorstrafe wegen Vergehens gegen das ANAG aus dem Jahr 1999 (3 Tage Gefängnis bedingt) zu gewichten. Demgegenüber fielen das Geständnis und die bekundete Reue je leicht strafmindernd ins Gewicht. Eine gesamthafte Würdigung dieser Strafzumessungs-gründe führe zum Ergebnis, dass die von der ersten Instanz als angemessen erachtete Strafe von 21 Monaten Gefängnis, welche sie entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Hinblick auf die Gewährung des bedingten Strafvollzugs auf 18 Monate reduziert habe, dem nicht leichten Verschulden des Beschwerdeführers - insbesondere dem objektiven Verschulden - zu wenig Rechnung trage. Es dränge sich deshalb eine höhere Strafe auf, auch wenn die entlastenden Momente berücksichtigt würden (angefochtenes Urteil, S. 8 f.).
2.2 Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz habe ohne hinreichende Begründung die von der ersten Instanz ausgesprochene Strafe erhöht und damit Bundesrecht verletzt. Die Strafe sei auch für sich genommen unhaltbar hart. Weder die relevante Drogenmenge noch die Stellung des Beschwerdeführers bei der Verwirklichung der angeklagten Delikte seien derart, dass für einen Ersttäter in Bezug auf Drogendelikte eine unbedingte Freiheitsstrafe gerechtfertigt wäre. Auch unter Berücksichtigung des subjektiven Tatbestandes sei die ausgesprochene Strafe unverhältnismässig. Er sei vollumfänglich ge-ständig und habe von Anfang an Reue gezeigt. Er habe kein überdurchschnittliches Mass an krimineller Energie an den Tag gelegt, sondern erst auf Initiative eines Anderen Drogen aufbewahrt und vermittelt. Diese Taten müssten vor dem Hintergrund des Umstandes gewürdigt werden, dass er zuvor einen Unfall erlitten, seine Arbeit ver-loren und selber mit dem Konsum von Kokain begonnen habe. Diese entlastenden Momente habe die Vorinstanz zu wenig gewichtet und den Konsum von Kokain durch den Beschwerdeführer gar strafer-höhend gewertet.
3.
3.1 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 per-sönlichen 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 124 IV 286 E. 4a; 123 IV 49 E. 2a; 122 IV 241 E. 1a; 117 IV 112 E. 1).

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 Täterkompo-nenten 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 strafer-höhend 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 ein-zelnen Strafzumessungspunkten beimisst, in Zahlen oder in Prozent-sätzen anzugeben oder eine "Einsatzstrafe" zu benennen (BGE 127 IV 101 E. 2c S. 105). Im Übrigen kann eine Nichtigkeitsbeschwerde nicht allein zwecks Verbesserung oder Vervollständigung der Begründung der Strafzumessung gutgeheissen werden, wenn
die ausgesprochene Strafe im Ergebnis vor Bundesrecht standhält (vgl. BGE 127 IV 101 E. 2c S. 105 mit Hinweisen).

Diese Grundsätze sind auch auf das Betäubungsmittelrecht anwend-bar. Die Strafe ist somit vor allem nach dem Verschulden des Täters zu bemessen und nicht nach der Gefahr, die von den jeweiligen Drogen ausgeht. Diese Gefahr ist zwar eines der Elemente, die das Verschulden des Täters ausmachen, doch muss sie zusammen mit den übrigen verschuldensrelevanten Momenten gewertet werden. Weder dem Reinheitsgrad noch der Drogenmenge kommt bei der Strafzumessung eine vorrangige Bedeutung zu. Die genaue Betäu-bungsmittelmenge und gegebenenfalls ihr Reinheitsgrad verlieren an Bedeutung, wenn mehrere Qualifikationsgründe gemäss Art. 19 Ziff. 2 BetmG erfüllt sind. Auch werden sie umso weniger wichtig, je deut-licher der Grenzwert im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG überschritten ist. Steht nicht fest, dass der Beschuldigte ein ausge-sprochen reines oder ein besonders stark gestrecktes Betäubungs-mittel liefern wollte, spielt der genaue Reinheitsgrad für die Ge-wichtung des Verschuldens und bei der Strafzumessung keine Rolle (BGE 118 IV 342 E. 2c; 122 IV 299 E. 2c S. 301; 121 IV 193 E. 2b/aa S. 196).
3.2 Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer der mehrfachen qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 4, 5 und 6 in Verbindung mit Ziff. 2 lit. a BetmG schuldig gesprochen. Ausgehend davon hat sie ihrem Urteil zutreffend einen Strafrahmen zwischen einem Jahr Gefängnis und 20 Jahren Zuchthaus sowie Busse bis zu einer Million Franken zu Grunde gelegt (vgl. angefochtenes Urteil, S. 5).
3.3 Gegen das Urteil der ersten Instanz hatte die Staatsanwaltschaft kantonale Berufung erhoben, mit der sie sich gegen den Strafpunkt wendete. Die Berufung nach der Strafprozessordnung des Kantons Zürich ist ein vollkommenes Rechtsmittel, die zu einer Nachprüfung des Verfahrens und des Erkenntnisses erster Instanz durch die obere Instanz in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht führen kann. Selbst Ermessensfragen wie die Strafzumessung oder die Gewährung des bedingten Strafvollzugs können Gegenstand der Berufung bilden (vgl. Robert Hauser/Erhard Schweri/Karl Hartmann, Schweizerisches Straf-prozessrecht, 6. Auf., Basel usw. 2005, § 99 N 2 mit Hinweisen).

Die Vorinstanz hat das angefochtene Urteil im Strafpunkt abgeändert, womit das neue Urteil an die Stelle desjenigen der ersten Instanz trat. Aus der Natur der kantonalen Berufung als vollkommenes Rechtsmittel folgt, dass die Vorinstanz bei der Beurteilung der von der Staats-anwaltschaft angefochtenen Strafzumessung im Rahmen des Rechtsmittels und des richterlichen Ermessens frei war. Sie war an die Erwägungen der ersten Instanz nicht gebunden und brauchte sich mit ihnen auch nicht detailliert auseinanderzusetzen, um die höhere Strafe zu begründen. Das angefochtene Urteil ist in Bezug auf die Begründung der Strafzumessung somit nach den von der Recht-sprechung aufgestellten Grundsätzen aus sich selbst heraus zu überprüfen. Soweit die Vorinstanz bei der Bemessung der Strafe aber Bezug auf das Urteil der ersten Instanz nimmt, um eine höhere Strafe zu begründen,

ist der Vergleich auch bei der Überprüfung im Rahmen der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde zu beachten.
3.4 Die Vorinstanz wertet die qualifizierten Widerhandlungen des Be-schwerdeführers gegen das Betäubungsmittelgesetz objektiv als "nicht leicht" (angefochtenes Urteil, S. 7). Dies ergibt sich bereits aus der (mehrfachen) Erfüllung des qualifizierten Tatbestandes von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG. Darüber, wie die qualifizierenden Tatumstände innerhalb des Tatbestandes objektiv zu gewichten sind und in welchem Verhältnis sie zum unteren und oberen Strafrahmen stehen, äussert sich die Vorinstanz jedoch nicht ausdrücklich. Sie legt aber dar, dass angesichts des Reinheitsgrads des Kokains von 70 bzw. 80 % die von der Rechtsprechung aufgestellten Mindestgrenzwerte für den schwe-ren Fall im Sinne von Art. 19 Ziff. 2 lit. a BetmG deutlich überschritten wurden (vgl. BGE 109 IV 145). Auch betont sie die Gefährlichkeit von Kokain für die Gesundheit der Konsumenten (angefochtenes Urteil, S. 6). Daraus wird deutlich, dass die Vorinstanz hinsichtlich der objektiven Tatschwere eine Strafe für angemessen hält, die über der Mindeststrafe von einem Jahr Gefängnis liegt. Hinzu kommen die Tatmehrheit im Sinne von Art. 68 Ziff. 1 StGB und die Vorstrafe, welche die Vorinstanz je leicht straferhöhend gewichtet. Diese Wer-tungen sind nachvollziehbar und
verletzen für sich betrachtet kein Bundesrecht. Die Vorinstanz war nicht verpflichtet, eine so genannte Einsatzstrafe festzusetzen. Allerdings lassen sich dem angefochtenen Urteil keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, welche Strafe die Vorinstanz für die objektive Tatschwere und die Tatmehrheit als ange-messen erachtet. Das erschwert die Beurteilung der Wertung der Vorinstanz, die erste Instanz habe dem Verschulden, insbesondere dem objektiven Verschulden, zu wenig Rechnung getragen. Darauf ist nachfolgend zurückzukommen.
3.5 In subjektiver Hinsicht erwägt die Vorinstanz, dass dem hohen Reinheitsgrad des Kokains verschuldensmässig "an sich" keine "be-sondere Bedeutung" zukomme, da nicht davon auszugehen sei, dass der Beschwerdeführer bewusst besonders reines Kokain habe aufbe-wahren bzw. vermitteln wollen (angefochtenes Urteil, S. 6). Gleich-zeitig legt sie jedoch starkes Gewicht auf die Menge und die vom Kokain ausgehenden Gefahren, ohne dies zusammen mit den übrigen verschuldensrelevanten Momenten zu werten bzw. mit diesen in Verbindung zu bringen. Indem sie abschliessend lediglich ausführt, die von der ersten Instanz als angemessen erachtete Strafe von 21 Monaten Gefängnis trage "dem nicht leichten Verschulden des Be-schwerdeführers - insbesondere dem objektiven Verschulden - zu wenig Rechnung", scheint sie der Drogenmenge und ihrem Rein-heitsgrad eine ihnen nicht zukommende vorrangige Bedeutung gege-ben zu haben.
In Bezug auf die Aufbewahrung von Kokain verneint die Vorinstanz zwar eine hohe kriminelle Energie, weil der Beschwerdeführer von einem Dritten angegangen worden war, doch bejaht sie gleichwohl einen "beachtlichen verbrecherischen Willen", weil der Beschwerde-führer keine grossen Hemmungen habe überwinden müssen. Gleichzeitig weist sie darauf hin, dass der Beschwerdeführer für seine Dienste finanziell mit Fr. 200.– entschädigt worden wäre. Für das Verschulden ist indessen nicht unerheblich, dass der Beschwerde-führer für ein verhältnismässig sehr geringes Entgelt bereit war, auf Anfrage eines Bekannten 70 g Kokaingemisch und 20 g Heroin-gemisch aufzubewahren und die entsprechenden Risiken auf sich zu nehmen sowie dem Bekannten Fr. 1'000.– zu leihen. Das hätte die Vorinstanz veranlassen müssen, die Tatmotive und -umstände, ins-besondere die geringe finanzielle Entschädigung, näher auszuleuchten und im Rahmen des Verschuldens zu würdigen. Die Annahme eines beachtlichen verbrecherischen Willens des Beschwerdeführers wegen seiner schnellen Bereitschaft zur Tat gegen ein geringes Entgelt erweist sich als zu einseitig und blendet möglicherweise relevante Umstände aus. Entsprechendes gilt für die Vermittlertätigkeit. Die Vorinstanz
stellt den dem Beschwerdeführer in Aussicht gestellten Vermittlerlohn nicht fest, obschon er für das Verschulden bedeutsam sein könnte. Wohl hat der Beschwerdeführer bei der Vermittlung Eigeninitiative entwickelt, doch hat die Vorinstanz dies im Verhältnis zum Umstand, dass der erste Schritt nicht von ihm ausging und der Beschwerdeführer einen Beitrag auf der unteren Hierarchiestufe des Drogenhandels leistete, zu stark belastend gewichtet. Ganz ausge-blendet wird im angefochtenen Urteil, dass der Beschwerdeführer selbst über eine längere Zeit hinweg Kokain konsumierte und die Tatumstände darauf hinweisen, dass er ohne vorgängige Kontakte zum Drogenmilieu als Konsument wohl kaum zu den späteren Taten angestiftet worden wäre. Ein Zusammenhang zwischen dem Betäu-bungsmittelkonsum und den späteren Delikten liegt jedenfalls nahe und hätte von der Vorinstanz zumindest abgeklärt und im Rahmen der Strafzumessung gewürdigt werden müssen. Dies gilt umso mehr, als der verheiratete Beschwerdeführer Vater eines Kindes und beruflich integriert war sowie wegen einer Knieverletzung seine Stelle verlor, bevor er mit dem Konsum von Kokain begann. Zudem legte er nach seiner Anhaltung ein Geständnis ab und zeigte aufrichtige Reue.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz einzelne Ge-sichtspunkte bzw. ihren möglichen Zusammenhang mit den Taten nicht würdigte, und sie die berücksichtigten Strafzumessungsmomente wie etwa den Betäubungsmittelkonsum unausgewogen zu Lasten des Be-schwerdeführers gewichtete. Zudem legt die Vorinstanz nicht dar, wie sie ausgehend von den berücksichtigten Umständen zur ausgespro-chenen Strafe gelangt ist. Weshalb die von der ersten Instanz in Betracht gezogene Freiheitsstrafe von 21 Monaten dem Verschulden des Beschwerdeführers nicht gerecht würde, wird nicht hinreichend erklärt. Dazu hätte sich die Vorinstanz angesichts der aufgezeigten Lücken in der Begründung und der bedeutenden Strafe, die den bedingten Vollzug nicht mehr zulässt, äussern müssen (vgl. etwa BGE 127 IV 101 E. 3). Damit erweist sich die Strafzumessung für sich genommen und im Verhältnis zu jener der ersten Instanz als nicht nachvollziehbar.

4.

Demgemäss ist die Beschwerde gutzuheissen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben und ist dem Be-schwerdeführer eine angemessene Parteientschädigung aus der Bun-desgerichtskasse auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 24. September 2004 aufgehoben und die Sache zu neuer Entschei-dung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Kosten erhoben.

3.

Dem Beschwerdeführer wird für das Verfahren der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde eine Parteientschädigung von Fr. 3’000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Straf-kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. Mai 2005

Im Namen des Kassationshofes
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: