

Strafzumessung bei Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz

Prof. Dr. Peter Albrecht, Basel / Bern

Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, 22. November 2007, i.S. X. c. Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich. 6B_131/2007, BGE 134 IV 17 ff.

Sachverhalt:

Ende Januar 2006 übergab X. in ihrer Wohnung in Zürich 22 Gramm reines Kokain gegen einen Barbetrag von Fr. 2'600.- an A. Am folgenden Tag war sie bei ihrer Verhaftung im Besitz von 940 Gramm Kokain (Reinheitsgrad 55% bzw. 60%), welches sie wenige Tage zuvor im Hauptbahnhof Zürich von einem Unbekannten übernommen hatte und für diesen gegen eine Provision von maximal Fr. 20'000.- zu verkaufen beabsichtigte.

Das Bezirksgericht Zürich sprach X. am 2. Juni 2006 der qualifizierten Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz schuldig und bestrafte sie mit 27 Monaten Gefängnis. Dagegen erhob X. Berufung mit den Anträgen, sie sei mit einer Freiheitsstrafe von höchstens 24 Monaten zu bestrafen und der Vollzug der Freiheitsstrafe sei unter Ansetzung einer angemessenen Probezeit aufzuschieben.

Das Obergericht des Kantons Zürich bestrafte X. mit Urteil vom 26. Februar 2007 in Anwendung des inzwischen in Kraft getretenen neuen Rechts mit 27 Monaten Freiheitsstrafe. Es schob den Vollzug dieser Strafe im Umfang von 15 Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren auf. Im übrigen Umfang von 12 Monaten wurde die Strafe als vollziehbar erklärt.

Die dagegen erhobene Beschwerde in Strafsachen wies das Bundesgericht am 22. November 2007 ab.

Zusammenfassung der Erwägungen:

Das Bundesgericht legt zunächst generell die Prinzipien der Strafzumessung gemäss dem neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches dar (E. 2.1). Gestützt darauf überprüft es sodann die vorinstanzlichen Urteilerwägungen. Dabei gelangt das Gericht im Ergebnis zur Auffassung, die Vorinstanz habe mit der aufgrund aller wesentlichen Strafzumessungsfaktoren festgelegten Strafe von 27 Monaten ihr Ermessen nicht überschritten (E. 2.2 und 2.3).

In einem nächsten Schritt geht es um das Argument der Beschwerdeführerin, es seien auch nach neuem Recht die Grenzwerte zu berücksichtigen, bei welchen noch der bedingte bzw. der teilbedingte Strafvollzug möglich sei (E. 3). Zusammenfassend hält das Bundesgericht diesbezüglich fest, "dass die in BGE 118 IV 337 begründete Praxis nicht ins neue Recht übernommen werden kann. Führt die Strafzumessung unter Würdigung aller wesentlichen Umstände zu einer Freiheitsstrafe, welche im Bereich eines Grenzwertes liegt, hat der Richter zu fragen, ob – zugunsten des Beschuldigten – eine Sanktion, welche die Grenze nicht überschreitet, noch innerhalb des Ermessensspielraumes liegt. Bejaht er die Frage, hat er die Strafe in dieser Höhe festzulegen. Verneint er sie, ist es zulässig, auch eine auch nur unwesentlich über der Grenze liegende Freiheitsstrafe auszufällen." (E. 3.6)

Anhand dieser Grundsätze vertritt das Bundesgericht im konkreten Fall die Ansicht, "dass eine Freiheitsstrafe von höchstens 24 Monaten, welche den vollbedingten Vollzug ermöglicht, nicht mehr angemessen ist" (E. 3.7).

Bemerkungen:

1. Aus juristischer Sicht steht hier in erster Linie die *Angemessenheit* der vom Obergericht des Kantons Zürich verhängten *Freiheitsstrafe von 27 Monaten* zur Debatte. Konkret fragt sich, ob diese Strafhöhe mit den Bemessungsgrundsätzen des Art. 47 StGB vereinbar ist. Das Obergericht erörtert in seinen Urteilerwägungen sehr ausführlich die neue Strafzumessungsvorschrift. Es befasst sich detailliert mit den rechtlich relevanten Faktoren, d.h. mit den Tat- und den Täterkomponenten (Urteil vom 26. 2. 2007, E. 7). Es sind auch zahlreiche Praxis- und Literaturhinweise aufgeführt.

Trotzdem vermag die *Strafzumessungsbegründung* insgesamt *nicht zu befriedigen*. Das obergerichtliche Urteil äussert sich zwar wortreich zur Schwere des Verschuldens der Frau X. Die anschliessende Umsetzung in ein zahlenmässig ausgedrücktes Strafmass bleibt hingegen ziemlich wortkarg und dementsprechend undurchsichtig. So geht das Gericht unter Bezugnahme auf den gesetzlichen Strafraum und in Berücksichtigung des konkreten Tatbeitrages der Angeklagten unvermittelt von einer hypothetischen Einsatzstrafe von etwa 39 – 42 Monaten aus (a.a.O., E. 7.5.1.5). In einem weiteren Schritt erachtet es sodann unter Berücksichtigung der objektiven und subjektiven Tatschwere bei den Tatkomponenten eine Sanktion von etwa 36 – 39 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen (a.a.O., E. 7.5.3). Unter zusätzlicher Beachtung der Täterkomponente wird schliesslich eine Freiheitsstrafe von 28 – 30 Monaten als angemessen bezeichnet. Da jedoch das Bezirksgericht als erste Instanz eine Strafe von lediglich 27 Monaten Gefängnis ausgesprochen hatte, habe die Sanktion in zweiter Instanz aus prozessualen Gründen (Verbot der *reformatio in peius*) auf 27 Monate Freiheitsstrafe festgesetzt werden müssen (a.a.O., 7.7.2 und 7.7.3).

Dieses Zahlenspiel mit Monatseinheiten hängt argumentativ in der Luft und wirkt deshalb gekünstelt. Insoweit wirken die langatmigen Ausführungen zur Bemessung der Strafhöhe eher verschleiern als erhellend. Es fehlen insbesondere konkrete Hinweise auf Vergleichsurteile, mit welchen man die Angemessenheit der zugrunde gelegten Zahlenwerte überprüfen kann. Namentlich die (unter Hinweis auf die Tabelle von FINGERHUTH / TSCHURR) hervorgehobene hypothetische Einsatzstrafe von 39 – 42 Monaten erscheint wie ein Blitz aus heiterem Himmel; sie lässt sich jedenfalls nicht einigermaßen stringent aus den vorangegangenen rechtlichen Erwägungen ableiten. Aufgrund derselben Erwägungen hätte man vielmehr ohne weiteres auch eine Einsatzstrafe von bloss 30 – 32 Monaten (oder sogar eine noch tiefere) postulieren können. Vergegenwärtigt man sich den gegenüber der Angeklagten wenig einfühlsamen Tenor der gesamten Strafzumessungsmotivation (dazu hinten Ziff. 2), so entsteht leicht die Vermutung, das Gericht habe die hypothetische Einsatzstrafe mit Blick auf das Endergebnis derart hoch angesetzt, damit der (voll)bedingte Vollzug der Freiheitsstrafe von vorneherein ausser Betracht fällt. Wegleitend hierfür waren da wohl unausgesprochene generalpräventive Überlegungen (die mit Art. 47 StGB nicht in Einklang zu bringen sind).

2. Die bundesgerichtliche Überprüfung des kantonalen Urteils zeichnet sich durch eine grosse (allzu grosse) Zurückhaltung aus. So wird gleich zu Beginn betont, die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts greife "nur in die Strafzumessung ein, wenn die Vorinstanz den gesetzlichen Strafrahmen über- oder unterschritten hat, wenn sie von rechtlich nicht massgebenden Kriterien ausgegangen ist oder wesentliche Gesichtspunkte ausser Acht gelassen beziehungsweise in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat" (E. 2.1). Infolgedessen beschränkt sich dann das Bundesgericht im Wesentlichen darauf, die vorinstanzlichen Erwägungen zusammenfassend zu wiederholen und mit der abschliessenden Bemerkung zu versehen, das Obergericht habe sein Ermessen nicht überschritten (E. 2.2 und 2.3).

Neben der vorne in Ziff. 1 dargelegten methodischen Kritik ist hier zusätzlich zu beanstanden, dass die *Tatmotivation* der Angeklagten keine hinreichende Berücksichtigung gefunden hat. Dass Frau X. die Tat begangen hat, um die ärztliche Behandlung ihres nierenkranken älteren Sohnes zu finanzieren, wird zwar ausdrücklich anerkannt. Doch alle drei Instanzen wollen diesem Umstand nur leicht strafmindernd Rechnung tragen (Urteil des Bezirksgerichts vom 2. 6. 2006, E. 2.3, Urteil des Obergerichts vom 26. 2. 2007, E. 7.5.2.4 und BGE, E. 2.3). Dies ist mit Blick auf Art. 47 StGB umso bedenklicher, als die Angeklagte zum Tatzeitpunkt in sehr prekären finanziellen und familiären Verhältnissen lebte (vgl. dazu das Urteil des Bezirksgerichts vom 2. 6. 2006, E. 2.2). In denselben Zusammenhang gehört auch die Tatsache, dass das Obergericht eine besondere Strafempfindlichkeit der Verurteilten verneint (a.a.O., E. 7.6.5.2; anders hingegen das Bezirksgericht, a.a.O., E. 2.4). Hier zeigt sich einmal mehr, wie schwer es Gerichten zuweilen fällt, sich in extrem schwierige Lebenslagen von straffälligen Menschen einzufühlen.

Die mangelhafte Gewichtung der Tatmotivation führt letztlich dazu, dass der zur Diskussion stehenden *Drogenmenge* (hier knapp 1 kg gestrecktes Kokain) für die hohe Strafe eine *übermässige Relevanz* zukommt. Illustrativ gelangt das beispielsweise in einem Passus des obergerichtlichen Urteils zum Ausdruck: "Man kann nicht das Leben zahlreicher Menschen durch diese gefährliche Droge auf Spiel setzen, mit diesen Drogen sozusagen einen rechten Drogenhandel betreiben wollen bzw. sich dafür hergeben, um *daraus* Gelder für die Krankheit eines Angehörigen zu generieren." (E. 7.5.2.4) Eine derart undifferenzierte Äusserung ist allein schon deshalb sachlich verfehlt, weil die Betäubungsmitteldelikte lediglich abstrakte Gefährdungstatbestände darstellen und sich insoweit strukturell von den Delikten gegen Leib und Leben des Schweizerischen Strafgesetzbuches erheblich unterscheiden (dazu P. ALBRECHT, *Neue Wege der Strafzumessung bei Betäubungsmitteldelikten?* ZStrR 1998, 427).

3. Bei einer kritischen Würdigung der Strafzumessung stellt sich im Übrigen noch die grundsätzliche Frage, inwieweit *die für die Gewährung des bedingten Vollzuges massgebende gesetzliche Grenze von zwei Jahren Freiheitsstrafe* (Art. 42 StGB) die Angemessenheit der Strafhöhe im vorliegenden Fall beeinflusst. Konkret fragt sich, ob die vom Obergericht ausgesprochene Freiheitsstrafe von 27 Monaten aus Gründen der Resozialisierung auf 24 Monate herabzusetzen ist, um den bedingten Vollzug zu ermöglichen (dies in Anlehnung an die Rechtsprechung zur 18 Monate-Limite im bisherigen Art. 41 Ziff. 1 StGB). Das Bundesgericht erörtert diese rechtliche Problematik in Erwägung 3 seines Entscheides einlässlich, aber die Tragweite der entsprechenden Ausführungen lässt sich nicht leicht erkennen.

Einerseits lehnt es das Bundesgericht ausdrücklich ab, die in BGE 118 IV 337 ff. begründete Praxis (zu Art. 41 Ziff. 1 aStGB) ins neue Recht zu übernehmen. Begründet wird das namentlich damit, dass infolge der Gesetzesrevision das System des bedingten Strafvollzuges flexibler sei und der Grenzwert für den bedingten Vollzug teilweise seine frühere einschneidende Bedeutung verliere. Der Gesetzgeber habe nun den Bereich des Vorranges spezialpräventiver Gesichtspunkt klar umschrieben. Es bleibe "kein Raum, diese Grenzen auf dem Weg der Gesetzesauflegung wieder zu relativieren und entgegen dem klaren Wortlaut einen erweiterten Grenzbereich offen zu halten, um besonderen Anliegen eines Täters entgegenzukommen" (E. 3.3 am Ende). Andererseits wird damit nach Ansicht des Bundesgerichtes nicht ausgeschlossen, die Folgen einer unbedingten Freiheitsstrafe in die Würdigung mit einzubeziehen. Dies habe gestützt auf Art. 47 Abs. 1 StGB im normalen Rahmen der Strafzumessung zu erfolgen. Hinsichtlich einer solchen folgenorientierten Überlegung stehe dem Richter ein weites Ermessen zu: "Liegt die ins Auge gefasste Sanktion in einem Bereich, der die Grenze für den bedingten Vollzug (24 Monate) beziehungsweise für den teilbedingten Vollzug (36 Monate) mit umfasst, so hat sich der Richter die Frage zu stellen, ob eine Strafe, welche die Grenze nicht überschreitet, noch vertretbar ist. Bejaht er sie, hat er diese Strafe zu verhängen."

Andernfalls ist es ihm unbenommen, auch eine nur unwesentlich über dem Grenzwert liegende – angemessene und begründbare – Strafe auszufällen." (E. 3.5)

Die Ursache dieser ziemlich komplizierten und verklausulierten Argumentation, liegt wohl primär darin, dass die Mitglieder der Strafrechtlichen Abteilung sich in der Grundsatzfrage offensichtlich nicht einig sind (illustrativ dazu BSK-Strafrecht I-H. WIPRÄCHTIGER, Art. 47, N 121 und BSK-Strafrecht I-R.M. SCHNEIDER / R. GARRÉ, Art. 42, N 12). Folglich weist die Urteilsbegründung augenfällig einen Kompromisscharakter auf. Hinter der anspruchsvollen verbalen Akrobatik in den bundesgerichtlichen Erwägungen verbirgt sich – so scheint es mir – die Aussage, *dass auch künftig im Grenzbereich des bedingten Vollzugs (also nunmehr bei zwei Jahren Freiheitsstrafe) Bedürfnisse der Resozialisierung zur Reduktion einer an sich schuldangemessenen Strafe führen können*. Ein solches Vorgehen entspricht dem Wortlaut und Sinn von Art. 47 Abs. 1 Satz 2 StGB, wonach das Gericht "die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters" zu berücksichtigen hat (im gleichen Sinne C. SCHWARZENEGGER / M. HUG / D. JOSITSCH, Strafrecht II, 8. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2007, 127 und WIPRÄCHTIGER, a.a.O.; ergänzend dazu F. BOMMER, Die Sanktionen im neuen AT StGB – ein Überblick, recht 2007, 16 und M. KILLIAS, Précis de droit pénal général, 3. Auflage, Bern 2008, N 1217 ff.). Insoweit ändert das hier besprochene Urteil *im Ergebnis* – trotz abweichender Formulierungen in der Begründung – nichts Entscheidendes an der bisherigen Gerichtspraxis.

Die höchstrichterliche Stellungnahme verdient in ihrer spezialpräventiven Intention prinzipiell Zustimmung. Allerdings ist zu bedauern, dass die an sich zutreffenden allgemeinen Grundsätze in der Anwendung auf den konkreten Fall rasch wieder verblissen und damit unverbindlich bleiben. So gelingt es dem Bundesgericht nicht, plausibel zu begründen, weshalb die von der Vorinstanz auf 27 Monate festgesetzte Freiheitsstrafe mit Blick auf die Möglichkeit eines vollbeendeten Vollzugs nicht auf 24 Monate reduziert werden kann (siehe E. 3.7).

4. Die Auseinandersetzung mit dem BGE vom 22. November 2007 offenbart unverkennbar, wie schwierig (wenn nicht gar unmöglich) es ist, den Bereich der Strafzumessung rechtlich fassbar zu strukturieren und somit einer wirksamen Kontrolle zu unterziehen. Zwar werden jeweils hehre Grundsätze aus Art. 47 StGB entwickelt und in die Urteilsbegründungen niedergeschrieben. Aber häufig bestehen erhebliche Zweifel darüber, ob die verbalisierten Prinzipien im Urteils*ergebnis* (und nicht nur in dessen Begründung) hinreichend Beachtung gefunden haben. Dieser Mangel wiegt besonders schwer, wenn das Bundesgericht – wie im vorliegenden Fall – gegenüber der inhaltlichen Überprüfung vorinstanzlicher Entscheide allzu grosse Zurückhaltung übt. Letztlich bleibt es eben doch dabei, dass bei der Bemessung einer Strafe die kantonalen Gerichte mehr oder minder frei nach ihrem Gutdünken schalten und walten können (unter der Voraussetzung, dass sie wenigstens für die Urteilsbegründung minimale Standards einhalten).