

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

6B 1245/2020

Urteil vom 1. April 2021

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Präsidentin,
Bundesrichter Rüedi, Muschietti,
Gerichtsschreiber Matt.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Matthias Frey,
Beschwerdeführer,

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Nordring 8, Postfach, 3001 Bern,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Strafzumessung, Landesverweisung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern, 1. Strafkammer, vom 13. August 2020
(SK 20 2).

Sachverhalt:

A.
Am 20. November 2019 verurteilte das Regionalgericht Bern-Mittelland A._____ wegen mengenmässig qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu 12 Monaten Freiheitsstrafe bedingt. Auf Berufung der Staatsanwaltschaft hin erhöhte das Obergericht des Kantons Bern am 13. August 2020 die bedingte Freiheitsstrafe auf 16 Monate. Ausserdem sprach es eine Landesverweisung von fünf Jahren aus.

B.
Mit Beschwerde in Strafsachen beantragt A._____, er sei zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 12 Monaten zu verurteilen. Auf die Landesverweisung sei zu verzichten. Er ersucht um unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.
Der Beschwerdeführer kritisiert die Strafzumessung. Er rügt in diesem Zusammenhang die vorinstanzliche Beweiswürdigung.

1.1. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung wiederholt dargelegt (BGE 136 IV 55 E. 5.4 ff. mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden. Es liegt im Ermessen des Sachgerichts, in welchem Umfang es den verschiedenen Strafzumessungsfaktoren Rechnung trägt. Das Bundesgericht greift in die Strafzumessung nur mit Zurückhaltung ein, wenn das Gericht sein Ermessen über- oder unterschritten oder missbraucht und damit Bundesrecht verletzt hat (BGE 144 IV 313 E. 1.2; 141 IV 61 E. 6.1.1; 244 E. 1.2.2; 136 IV 55 E. 5.4 ff.; 134 IV 17 E. 2.1; 132 IV 102 E. 8.1). Das Sachgericht hat die für die Strafzumessung erheblichen Umstände und deren Gewichtung festzuhalten und seine Überlegungen in den Grundzügen wiederzugeben, so dass die Strafzumessung nachvollziehbar ist (Art. 50 StGB; BGE 134 IV 17 E. 2.1; Urteil 6B 979/2020 vom 2.

Dezember 2020 E. 1.2.1 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1; zum Willkürbegriff: BGE 143 IV 241 E. 2.3.1 und 141 IV 369 E. 6.3). Die Willkürüge muss explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf ungenügend begründete Rügen oder appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 145 IV 154 E. 1.1; 143 IV 347 E. 4.4).

1.2. Was der Beschwerdeführer vorbringt, belegt, soweit es den gesetzlichen Begründungsanforderungen überhaupt genügt, weder eine Verletzung von Bundesrecht hinsichtlich der Strafzumessung noch eine diesbezüglich willkürliche Feststellung des Sachverhalts. Es ist nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen unter Ausserachtlassung massgebender oder Einbezug sachfremder Kriterien überschritten resp. missbraucht hätte.

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist solches namentlich nicht darin zu erblicken, dass die Vorinstanz die Einsatzstrafe von 15 Monaten im Unterschied zur ersten Instanz lediglich um einen, statt drei Monate reduziert. Sie begründet dies schlüssig mit der Art und Weise der Herbeiführung der Rechtsgutsverletzung bzw. -gefährdung sowie mit der Verwerflichkeit des Handelns des Beschwerdeführers, welches sie aufgrund des Anstaltentreffens zum Verkauf einer kleinen Menge Heroin (2.1 Gramm) nicht als reinen Kurierdienst wertet. Zudem würdigt sie das Vorleben und die Vorstrafen des Beschwerdeführers nachvollziehbar strafe erhöhend, sodass eine Freiheitsstrafe von 16 Monaten resultiert. Dies ist ohne Weiteres plausibel und bewegt sich klar innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens von einem bis zu 20 Jahren Freiheitsstrafe gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG sowie des sachrichterlichen Ermessens. Daran ändert nichts, dass die erste Instanz dem Beschwerdeführer aufgrund der geringen Menge bezüglich des Anstaltentreffens im Rahmen der Strafminderung zugute gehalten hatte, dass er nur als Kurier tätig gewesen sei. Gleiches gilt für die Rüge, wonach die erste Instanz die subjektiven Tat- und die Täterkomponenten neutral gewertet habe. Auch,

dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer ebenfalls als befehlsgebunden betrachtet und in seiner Handlungsweise keine Professionalität erkennt, muss zu keiner mildernden Strafe führen. Grundsätzlich fehlt geht in diesem Zusammenhang der Einwand, bei identischem Sachverhalt wie ihn das Erstgericht festgestellt habe, sei ein von diesem abweichendes Strafmass nicht nachvollziehbar. Der Beschwerdeführer scheint zu verkennen, dass das Berufungsgericht grundsätzlich eine eigene Strafzumessung vornimmt (Urteile 6B 848/2020 vom 3. Dezember 2020 E. 2.2; 6B 798/2020 vom 16. September 2020 E. 2.1; je mit Hinweisen), in die das Bundesgericht nur bei klaren Verstössen gegen Bundesrecht eingreift (oben E. 1.1). Dass dies vorliegend der Fall wäre, legt der Beschwerdeführer nicht hinreichend dar und ist nicht ersichtlich. Vielmehr liegt die ausgefallte Freiheitsstrafe nach wie vor im untersten Bereich des Strafrahmens. Die Vorinstanz trägt daher dem Umstand, dass der Beschwerdeführer in ein für ihn singuläres Drogengeschäft "hinein gerutscht" sei und es sich bei ihm um keinen klassischen Drogendealer handle, hinreichend Rechnung. Hingegen ist es nicht zu beanstanden, dass sie angesichts der - wenn auch nicht einschlägigen Vorstrafen - auf eine gewisse Gleichgültigkeit gegenüber der geltenden Rechtsordnung schliesst. Auch eine Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo", indem die Tathintergründe unklar geblieben seien, ist nicht ersichtlich. Gleiches gilt, wenn die Vorinstanz das Verhalten des Beschwerdeführers im Verfahren, anders als das Erstgericht, nicht strafmindernd berücksichtigt, weil er nur den groben Ablauf der Tat gestanden, aber keine Angaben zur Organisation des Handels gemacht habe. Dabei ist nicht entscheidend, ob der Beschwerdeführer hierzu überhaupt Aussagen machen konnte, zumal auch das Erstgericht sein Geständnis nur leicht strafmindernd berücksichtigte. Dies resp. der Verzicht auf eine Strafminderung aufgrund des Teilgeständnisses liegt ebenfalls innerhalb des sachrichterlichen Ermessens.

2.

Der Beschwerdeführer kritisiert die Landesverweisung.

2.1.

2.1.1. Gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB verweist das Gericht den Ausländer, der wegen Widerhandlung gegen Art. 19 Abs. 2 oder Art. 20 Abs. 2 des Betäubungsmittelgesetzes verurteilt wird, unabhängig von der Höhe der Strafe für 5-15 Jahre aus der Schweiz. Bei Straftaten gegen das BetmG hat sich das Bundesgericht hinsichtlich der Ausweisung zwecks Verhinderung neuer

Straftaten zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit stets besonders streng gezeigt; diese Strenge bekräftigte der Gesetzgeber mit Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB. "Drogenhandel" führt von Verfassungs wegen in der Regel zur Landesverweisung (Art. 121 Abs. 3 lit. a BV; Urteil 6B 994/2020 vom 11. Januar 2021 E. 2.1.1 mit Hinweisen).

Von der Anordnung der Landesverweisung kann nur "ausnahmsweise" unter den kumulativen Voraussetzungen abgesehen werden, dass sie (1.) einen schweren persönlichen Härtefall bewirken würde und (2.) die öffentlichen Interessen an der Landesverweisung gegenüber den privaten Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Dabei ist der besonderen Situation von Ausländern Rechnung zu tragen, die in der Schweiz geboren oder aufgewachsen sind (Art. 66a Abs. 2 StGB; sog. Härtefallklausel). Die Härtefallklausel dient der Umsetzung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; BGE 145 IV 364 E. 3.2; 144 IV 332 E. 3.1.2; je mit Hinweisen). Sie ist restriktiv anzuwenden (BGE 144 IV 332 E. 3.3.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich zur kriteriengeleiteten Prüfung des Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB der Kriterienkatalog der Bestimmung über den "schwerwiegenden persönlichen Härtefall" in Art. 31 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) heranziehen. Zu berücksichtigen sind namentlich der Grad der (persönlichen und wirtschaftlichen) Integration, einschliesslich familiärer Bindungen des Ausländers in der Schweiz

bzw. in der Heimat, Aufenthaltsdauer und Resozialisierungschancen. Ebenso ist der Rückfallgefahr und wiederholter Delinquenz Rechnung zu tragen. Das Gericht darf auch vor dem Inkrafttreten von Art. 66a StGB begangene Straftaten berücksichtigen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.1; 144 IV 332 E. 3.3.2). Die Sachfrage entscheidet sich mithin in einer Interessenabwägung nach Massgabe der "öffentlichen Interessen an der Landesverweisung". Nach der gesetzlichen Systematik ist die obligatorische Landesverweisung anzuordnen, wenn die Katalogtaten einen Schweregrad erreichen, sodass die Landesverweisung zur Wahrung der inneren Sicherheit notwendig erscheint. Diese Beurteilung lässt sich strafrechtlich nur in der Weise vornehmen, dass massgebend auf die verschuldensmässige Natur und Schwere der Tatbegehung, die sich darin manifestierende Gefährlichkeit des Täters für die öffentliche Sicherheit und auf die Legalprognose abgestellt wird (Urteil 6B 587/ 2020 vom 12. Oktober 2020 E. 2.1.1 mit Hinweisen).

2.1.2. Art. 8 EMRK verschafft praxismässig keinen Anspruch auf Einreise oder Aufenthalt oder auf einen Aufenthaltstitel. Der EGMR anerkennt das Recht der Staaten, die Einwanderung und den Aufenthalt von Nicht-Staatsangehörigen auf ihrem Territorium zu regeln (BGE 144 I 266 E. 3.2). Ein Härtefall lässt sich erst bei einem Eingriff von einer gewissen Tragweite in den Anspruch des Ausländers auf das in Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK gewährleistete Privat- und Familienleben annehmen (BGE 144 IV 332 E. 3.3 ff.). Soweit ein Anspruch aus Art. 8 EMRK in Betracht fällt, ist die Rechtsprechung des EGMR zu beachten. Die Staaten sind nach dieser Rechtsprechung berechtigt, Delinquenten auszuweisen; berührt die Ausweisung indes Gewährleistungen von Art. 8 Ziff. 1 EMRK, ist der Eingriff nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK zu rechtfertigen (Urteil in Sachen I.M. c. Suisse vom 9. April 2019, Req. 23887/16, Ziff. 68). Nach diesem Urteil haben sich die nationalen Instanzen von den im Urteil Üner c. Niederlande vom 18. Oktober 2006 (Req. 46410/99) resümierten Kriterien leiten zu lassen (vgl. auch Urteil des EGMR in Sachen M.M. c. Suisse vom 8. Dezember 2020, Req. 59006/18, Ziff. 42 ff.). Unter dem Titel der Achtung des Privatlebens im Sinne von Art. 8 Ziff. 1 EMRK genügen selbst eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration nicht; erforderlich sind besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur (BGE 144 II 1 E. 6.1). Es ist auch nicht schematisch ab einer gewissen Aufenthaltsdauer eine Verwurzelung in der Schweiz anzunehmen (BGE 146 IV 105 E. 3.4.4; zum Ganzen: BGE 146 IV 105 E. 4.2; Urteile 6B 1275/2020 vom 4. März 2021 E. 1.3; 6B 994/2020 vom 11. Januar 2021 E. 2.1.1; 6B 560/2020 vom 17. August 2020 E. 1.1.2; je mit Hinweisen).

2.2. Es ist erstellt, dass der Beschwerdeführer eine qualifizierte Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz und damit eine grundsätzlich die Landesverweisung nach sich ziehende Katalogtat gemäss Art. 66a Abs. 1 lit. o StGB begangen hat. Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, wenn sie aufgrund der familiären Situation des Beschwerdeführers zwar einen persönlichen Härtefall bejaht, aber dessen persönliche Interessen weniger hoch gewichtet als die öffentlichen Interessen an einer Landesverweisung. Sie begründet dies ausführlich und nachvollziehbar.

2.2.1. Für einen Härtefall resp. einen Verbleib des Beschwerdeführers in der Schweiz spricht gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen letztlich nur die grundsätzlich intakte Beziehung zu seinen beiden minderjährigen, jedoch bei der Ex-Frau lebenden Kindern. Seiner jetzigen, ebenfalls aus dem

Kosovo stammenden Partnerin wäre eine Ausreise hingegen zumutbar. Dies gilt auch für den Beschwerdeführer selbst, der erst im Alter von 23 Jahren im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz kam. Er verbrachte mithin mehr als die Hälfte seines Lebens in seinem Herkunftsland Kosovo. Dort verfügt er noch über nahe Verwandte, namentlich seine Eltern und Schwestern. Er ist daher mit der dortigen Sprache und Kultur bestens vertraut. Zudem hat er im Kosovo eine Lehre als Automechaniker absolviert, sodass ihm die berufliche und soziale Reintegration nicht besonders schwer fallen dürfte. Seine gesundheitlichen Probleme seien auch im Kosovo adäquat behandelbar, so die Vorinstanz weiter.

Sodann spricht gegen einen Verbleib des Beschwerdeführers in der Schweiz, dass er während Jahren vom Sozialdienst unterstützt werden musste und erhebliche Schulden angehäuft hat. Beides steht der Annahme einer geglückten Integration in der Schweiz entgegen. Obwohl er nunmehr wieder arbeitet, kommt er gemäss Feststellung der Vorinstanz zudem weiterhin nicht für den Unterhalt seiner beiden Kinder auf. Der Beschwerdeführer spricht weder besonders gut Deutsch, noch macht er geltend, zur hiesigen Bevölkerung persönliche Kontakte zu unterhalten. Er nenne insoweit vor allem seine Familie sowie einen Onkel als Bezugspersonen. Zu seinen bei der Ex-Frau lebenden Kindern pflegt er regelmässigen Kontakt. Eine besondere emotionale Nähe zu ihnen verneint die Vorinstanz gleichwohl schlüssig. So falle auf, dass der Kontakt zu den Kindern während des laufenden Strafverfahrens zugenommen habe. Ferner habe der Beschwerdeführer eingeräumt, dass seine Tochter erst wenige Male bei ihm übernachtet und dass er bloss einmal die Ferien mit den Kindern verbracht habe. Auch, dass ihm im Arbeits- und (nicht näher genannten) Bekanntenumfeld eine sympathische, tüchtige und hilfsbereite Art attestiert wird, begründet keine besondere persönliche oder wirtschaftliche Integration in der Schweiz.

Schliesslich ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass der dem Beschwerdeführer vorgeworfene, unbestrittene Gesetzesverstoss schwer wiegt und, von besonderen Ausnahmefälle abgesehen, grundsätzlich zwingend zur Landesverweisung führen muss. Eine solche Ausnahmesituation verneint die Vorinstanz nach dem Gesagten zu Recht. Der Beschwerdeführer hat sich Betäubungsmittelhandel in erheblichem Umfang zuschulden kommen lassen, zumal ihm unter anderem der Erwerb und Besitz zum Verkauf von 22 Gramm reinem Heroin vorgeworfen wird. Dies aus rein pekuniären und egoistischen Motiven. Der Beschwerdeführer ist resp. war unbestrittenermassen selber nicht drogenabhängig. Angesichts der Schwere der Straftat muss auch eine bloss geringe Rückfallgefahr, wovon aufgrund der finanziellen Lage des Beschwerdeführers ohne Verletzung von Bundesrecht ausgegangen werden kann, nicht hingenommen werden (Urteil 6B 507/2020 vom 17. August 2020 E. 3.2). Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass die Vorinstanz mit Blick auf die Kernfamilie erwägt, es sei den Beteiligten zuzumuten, die familiären Beziehungen vorübergehend auf telefonischem resp. elektronischem Weg sowie im Rahmen von Ferienaufenthalten auszuüben.

2.2.2. Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was Anlass gäbe, die vorinstanzliche Interessenabwägung als missbräuchlich oder als Verstoss gegen Verfassungs- und Völkerrecht zu beurteilen, wobei ohnehin fraglich ist, ob überhaupt ein Härtefall vorliegt. So verkennt die Vorinstanz keineswegs, dass die Anwesenheit des Beschwerdeführers für das Wohl der Kinder grundsätzlich wichtig ist. Dennoch spricht dies nicht gegen die Anordnung einer Landesverweisung. Es ist zu betonen, dass auch der Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK und das Recht des Kindes auf beide Elternteile nicht absolut gelten (vgl. oben E. 2.1.2; Urteile 6B 1054/2020 vom 30. November 2020 E. 1.1.2; 6B 742/2019 vom 23. Juni 2020 E. 1.2.2). Die vom Beschwerdeführer geltend gemachten kulturellen Umstände resp. die Herkunft aus dem als patriarchisch geprägt bezeichneten Kosovo sowie seine angeblich physische Präsenz erfordernde Vaterrolle ändern daran nichts. Ohnehin wachsen die Kinder bereits jetzt bei der Ex-Frau auf.

Auch aus dem Umstand, dass seiner jetzigen Partnerin eine Krebsdiagnose gestellt worden sein mag, kann der Beschwerdeführer kein überwiegendes privates Interesse an einem Verbleib in der Schweiz ableiten. Dasselbe gilt mit Blick auf seine eigene gesundheitliche Situation. Er bringt im Übrigen einzig vor, zu einer pneumologischen Kontrolle (Lungenfunktion und respiratorische Polygraphie) aufgeboten worden zu sein. Der Notwendigkeit einer Behandlung in der Schweiz hält die Vorinstanz nachvollziehbar entgegen, dass der Beschwerdeführer trotz der Diagnose einer Schlafapnoe die ohne Weiteres zumutbare Behandlung verweigert resp. für unnötig hält. Soweit er geltend macht, er bemühe sich um die Rückzahlung seiner Schulden und entrichte nunmehr die Unterhaltsbeiträge an seine Töchter, ändert dies an der vorinstanzlich attestierten, mangelhaften wirtschaftlichen und persönlichen Integration nichts. Dies gilt umso weniger, als die Bemühungen um Schuldenabbau und Unterhalt vor dem Hintergrund der akut drohenden Landesverweisung zu sehen sind. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, die Vorinstanz hätte diesbezüglich ihr Ermessen missbraucht.

Nicht zu hören ist der Beschwerdeführer schliesslich mit seinen Einwänden zur Schwere der ihm vorgeworfenen Straftat. Soweit er wiederum vorbringt, einzig Kurier gewesen zu sein und nicht aus rein pekuniären Motiven gehandelt zu haben, entfernt er sich vom für das Bundesgericht

massgebenden Sachverhalt, ohne Willkür darzutun (oben E. 1.1). Es kann auf das zur Strafzumessung Gesagte verwiesen werden. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist zudem trotz der relativ tiefen Strafe im Rahmen von Delikten gemäss Art. 19 Abs. 2 BetmG grundsätzlich von einer schweren Straftat und einem entsprechend hohen Fernhalteinteresse auszugehen. Der Beschwerdeführer hat unbestrittenermassen qualifiziert gegen das Betäubungsmittelgesetz verstossen und die Gesundheit vieler Menschen gefährdet. Wie die Vorinstanz zutreffend erwägt, ist mit Bezug auf derlei Delikte auch ein geringes Rückfallrisiko nicht in Kauf zu nehmen. Die Anordnung einer Landesverweisung hält vor Bundesrecht stand. Die Dauer von fünf Jahren beanstandet der Beschwerdeführer zu Recht nicht, zumal sie dem gesetzlichen Minimum entspricht (vgl. oben E. 2.1.1).

3.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen, da sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege infolge Aussichtslosigkeit der Beschwerde abzuweisen ist. Den finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers ist bei der Kostenfestsetzung Rechnung zu tragen (Art. 64, Art. 65 und Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Der Beschwerdeführer trägt die Gerichtskosten von Fr. 1'200.--.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, 1. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 1. April 2021

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jacquemoud-Rossari

Der Gerichtsschreiber: Matt