

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

6B 828/2020

Urteil vom 1. September 2021

Strafrechtliche Abteilung

Besetzung  
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari, Präsidentin,  
Bundesrichter Muschietti,  
Bundesrichter Hurni,  
Gerichtsschreiberin Pasquini.

Verfahrensbeteiligte

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Lukas Bürge,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Qualifizierte Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz; Strafzumessung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts  
des Kantons Bern, 2. Strafkammer, vom 6. Mai 2020  
(SK 19 137).

Sachverhalt:

A.

A. \_\_\_\_\_ wird vorgeworfen, er habe ca. 2'000 Tabletten Methamphetamingemisch (Thaipillen) erworben und mindestens 30 g Methamphetamingemisch (Crystal Meth) veräussert. Zudem habe er 30 g Thaipillen, 145 g Methamphetamingemisch und 931.8 g Methamphetamingemisch unter anderem besessen. A. \_\_\_\_\_ werden weitere Delikte zur Last gelegt.

B.

Das Obergericht des Kantons Bern sprach A. \_\_\_\_\_ am 17. Oktober 2017 im Berufungsverfahren gegen ein Urteil des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 18. November 2016 zweitinstanzlich der Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (BetmG; SR 812.121) schuldig. Es bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 58 Monaten und widerrief den bedingten Vollzug einer Freiheitsstrafe von 12 Monaten aus dem Jahre 2010. Weiter stellte es die Rechtskraft der regionalgerichtlichen Schuldprüche (Missbrauch von Ausweisen und Schildern sowie Übertretungen des BetmG) und der regionalgerichtlich ausgefallten Geldstrafe sowie Busse fest.

Dagegen erhob A. \_\_\_\_\_ Beschwerde in Strafsachen, die das Bundesgericht guthiess. Es hob das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 17. Oktober 2017 auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an dieses zurück (Urteil 6B 145 /2018 vom 21. März 2019).

C.

Mit Urteil vom 6. Mai 2020 stellte das Obergericht des Kantons Bern erneut die Rechtskraft der regionalgerichtlichen Schuldprüche (Missbrauch von Ausweisen und Schildern sowie Übertretungen des BetmG) und der regionalgerichtlich ausgefallten Geldstrafe sowie Busse fest. Es sprach A. \_\_\_\_\_ frei von der Anschuldigung der qualifizierten Widerhandlungen gegen das BetmG, (Erwerb von ca. 2'000 Thaipillen und Veräusserung von mindestens 30 g Crystal Meth). Das Obergericht erklärte A. \_\_\_\_\_ der mengenmässig qualifizierten Widerhandlungen gegen das BetmG, begangen im Februar und März 2015 (evtl. auch davor) in U. \_\_\_\_\_, V. \_\_\_\_\_, W. \_\_\_\_\_ auf der

Strecke U.\_\_\_\_\_ -X.\_\_\_\_\_ und anderswo, durch Erlangen, Inbesitznahme, teilweise Aufbewahrung bzw. mit sich Führen von 30 g Thaipillen, von 145 g Methamphetamingemisch (Pulver) und von 931.8 g Crystal Meth schuldig. Es bestrafte ihn mit einer Freiheitsstrafe von 45 Monaten, unter Anrechnung der Untersuchungshaft. Schliesslich stellte es das Widerrufsverfahren betreffend das Urteil des Kreisgerichts II Biel-Nidau vom 9. Februar 2010 ein.

D.

A.\_\_\_\_\_ führt Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt im Wesentlichen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 6. Mai 2020 sei aufzuheben. Er sei der mengenmässig qualifizierten Widerhandlungen gegen das BetmG schuldig zu sprechen. Er sei zu einer teilbedingten Freiheitsstrafe von 33 Monaten zu verurteilen, unter Anrechnung der ausgestandenen Untersuchungshaft sowie unter Aufschub des Vollzugs der Freiheitsstrafe im Umfang von 25 Monaten bei einer Probezeit von 3 Jahren. Eventualiter sei die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Schliesslich ersucht A.\_\_\_\_\_ um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Anklagegrundsatzes. Er macht geltend, in der Anklageschrift seien die Tathandlungen auch "anderswo" als in U.\_\_\_\_\_, V.\_\_\_\_\_, W.\_\_\_\_\_ und auf der Strecke U.\_\_\_\_\_ -X.\_\_\_\_\_ begangen worden. Die fehlende Angabe der Tatorte mit Bezeichnung der Räumlichkeiten, wo sich die Betäubungsmittel befunden haben sollen, verstosse gegen den Anklagegrundsatz. Insbesondere sei nicht ersichtlich, welche Tathandlung, wo begangen worden sein soll (Beschwerde S. 3 f.).

Auf diese Rüge kann nicht eingetreten werden. Der Beschwerdeführer hätte sie bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorbringen können und müssen. Dass er dies getan hat, macht er nicht geltend und ist nicht erkennbar. Die Rüge ist denn auch nicht Gegenstand des vorinstanzlichen Urteils. Nach dem Grundsatz von Treu und Glauben sowie dem Verbot des Rechtsmissbrauchs ist es nicht zulässig, formelle Rügen, die in einem früheren Prozessstadium hätten geltend gemacht werden können, bei ungünstigem Ausgang später noch vorzubringen (BGE 143 V 66 E. 4.3.; 135 III 334 E. 2.2; Urteil 6B 960/2019 vom 4. Februar 2020 E. 1.2; je mit Hinweisen).

1.2. Der Beschwerdeführer kritisiert, indem die Vorinstanz den Begriff "anderswo" in ihr Dispositiv übernehme, sei das Urteil unbestimmt. Eine allfällige spätere, doppelte Strafverfolgung könne deshalb nicht ausgeschlossen werden, was im Hinblick auf den Grundsatz "ne bis in idem" problematisch sei (Beschwerde S. 4 oben).

Auf dieses Vorbringen kann ebenfalls nicht eingetreten werden. Möchte der Beschwerdeführer das vorinstanzliche Urteilsdispositiv erläutern bzw. berichtigen lassen, ist er auf das Verfahren nach Art. 83 StPO zu verweisen. Der kantonale Instanzenzug muss nicht nur prozessual durchlaufen, sondern auch materiell erschöpft sein (vgl. Art. 80 Abs. 1 BGG). Der Beschwerdeführer legt nicht dar und es ist nicht ersichtlich, dass er den Rechtsbehelf nach Art. 83 StPO bei der Vorinstanz erhoben und den hier gerügten Mangel beanstandet hat (Urteile 6B 195/2020 vom 23. Juni 2021 E. 7.3 mit Hinweisen; 6B 142/2020 vom 27. Mai 2021 E. 2.4.1).

2.

2.1. Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz eine willkürliche Beweiswürdigung und die Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" vor. Er führt zusammengefasst aus, indem die Vorinstanz die Betäubungsmittel in den Dosen, die in seinem Fahrzeug gewesen seien, als ihm zugehörig erachte, gleichzeitig jedoch den Besitz für den Eigenkonsum ausschliesse, ver falle sie in Willkür. Sodann qualifiziere sie seine Aussagen betreffend Ziffer I.1.3 der Anklageschrift als unglaubhaft, obwohl sich für eine solche Schlussfolgerung in den Akten keine Grundlage finden lasse. Er habe konstant ausgesagt, dass er nicht um die Drogeneigenschaft des Inhalts gewusst habe. Da er nie mit Crystal Meth gehandelt habe, sei ihm diese Substanz auch nicht bekannt gewesen. Schliesslich gehe die Vorinstanz ohne konkrete Würdigung davon aus, dass auch diese Betäubungsmittel nicht für den Eigenkonsum gewesen seien, obschon die an seinem Wohnort gefundene Menge von 9,9 Gramm dafür spreche (Beschwerde S. 4 f.).

2.2. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz kann vor Bundesgericht nur

gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig bzw. willkürlich im Sinne von Art. 9 BV ist und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 146 IV 114 E. 2.1, 88 E. 1.3.1). Die Willkürüge muss in der Beschwerde anhand des angefochtenen Entscheids explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG). Auf ungenügend begründete Rügen oder allgemeine appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 146 IV 114 E. 2.1, 88 E. 1.3.1).

Dem Grundsatz "in dubio pro reo" kommt in seiner Funktion als Beweiswürdigungsregel im Verfahren vor dem Bundesgericht keine über das Willkürverbot von Art. 9 BV hinausgehende Bedeutung zu (BGE 146 IV 88 E. 1.3.1 mit Hinweisen).

2.3. Die Vorinstanz nimmt eine einlässliche Beweiswürdigung vor, die sie eingehend und nachvollziehbar begründet (Urteil S. 15-25 E. 9-13). Ihre Schlussfolgerungen sind nicht zu beanstanden. Was der Beschwerdeführer gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz und ihre Beweiswürdigung vorbringt, beschränkt sich auf eine unzulässige appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid, auf die das Bundesgericht nicht eintritt. Dieses greift auf Beschwerde hin nur in die Beweiswürdigung ein, wenn die Vorinstanz offensichtlich unhaltbare Schlüsse zieht, erhebliche Beweise übersieht oder solche willkürlich ausser Acht lässt (vgl. BGE 140 III 264 E. 2.3; 135 II 356 E. 4.2.1; je mit Hinweis). Folglich hätte der Beschwerdeführer darlegen müssen, inwiefern die Feststellungen der Vorinstanz offensichtlich unhaltbar sind oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen und die vorhandenen Beweise andere Schlussfolgerungen geradezu aufdrängen. Diesen Anforderungen genügt seine Beschwerde nicht. Der Beschwerdeführer beschränkt sich darauf, seine Argumente vorzutragen und setzt sich nicht substantiiert mit den entsprechenden vorinstanzlichen Ausführungen auseinander. Insgesamt ist eine Verletzung des Willkürverbots oder eine falsche Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" weder ausreichend dargetan noch erkennbar.

### 3.

3.1. Der Beschwerdeführer wendet sich schliesslich gegen die Strafzumessung und beantragt eine Freiheitsstrafe von 33 Monaten. Er legt im Wesentlichen dar, die Vorinstanz stütze sich zur Bestimmung der Einsatzstrafe auf die sog. "Tabelle Hansjakob", ohne dabei den Eigenheiten seines Falls Rechnung zu tragen. So berücksichtige sie vorrangig die Drogenmenge und lasse dabei weitere strafzumessungsrelevante Kriterien gänzlich ausser Acht. Namentlich beziehe sie weder seine Drogensucht noch die Tatsache ein, dass er weniger als fünf Geschäfte bzw. gar keinen Verkauf getätigt habe. Ebenso ver falle die Vorinstanz in Willkür, wenn sie ausführe, bei seinen Handlungen habe es sich nicht um blosser Hilfstätigkeiten gehandelt. Auch die Würdigung der subjektiven Tatschwere sei willkürlich. Es sei nicht erstellt, dass er mit direktem Vorsatz und aus rein egoistischen Motiven gehandelt habe. Schliesslich missbrauche bzw. überschreite die Vorinstanz ihr Ermessen, indem sie die Einsatzstrafe aufgrund einer nicht einschlägigen und einer neun Jahre zurückliegenden Vorstrafe um beinahe 25 % erhöhe (Beschwerde S. 2 und S. 5 ff.).

3.2. Das Bundesgericht hat die Grundsätze der Strafzumessung nach Art. 47 ff. StGB und die an die Zumessung der Strafe gestellten Begründungsanforderungen wiederholt dargelegt (BGE 144 IV 313 E. 1.2; 141 IV 61 E. 6.1.1; 136 IV 55 E. 5.4 ff.; je mit Hinweisen). Darauf kann verwiesen werden. Entsprechendes gilt für die Bildung der Einsatz- und der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB in Anwendung des Asperationsprinzips (BGE 144 IV 313 E. 1.1, 217 E. 2 f.; 141 IV 61 E. 6.1.2; je mit Hinweisen).

Dem Sachgericht steht bei der Gewichtung der verschiedenen Strafzumessungsfaktoren ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Das Bundesgericht greift auf Beschwerde hin 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 bzw. in Überschreitung oder Missbrauch ihres Ermessens falsch gewichtet hat (BGE 144 IV 313 E. 1.2; 136 IV 55 E. 5.6; je mit Hinweisen).

3.3. Was der Beschwerdeführer gegen die Strafzumessung der Vorinstanz vorbringt, dringt nicht durch. Diese setzt sich mit den wesentlichen schuldrelevanten Komponenten auseinander und würdigt sämtliche Zumessungsfaktoren zutreffend. Dass sie sich von unmassgeblichen Gesichtspunkten hätte leiten lassen oder wesentliche Aspekte nicht berücksichtigt hätte, ist nicht ersichtlich (Urteil S. 27 ff. E. 16 ff.).

3.3.1. Die Vorinstanz hält zunächst fest, weil das neue Recht für den Beschwerdeführer nicht milder sei, sei vorliegend das vor dem 1. Januar 2018 geltende Recht anwendbar (Urteil S. 27 E. 16.1), was

dieser nicht beanstandet.

3.3.2. Soweit sich der Beschwerdeführer auf die sog. "Tabelle Hansjakob" (THOMAS HANSJAKOB, Strafzumessung in Betäubungsmittelfällen - eine Umfrage der KSBS, in: ZStrR 115/1997 S. 233 ff.; vgl. auch FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, Kommentar BetmG, 3. Auflage 2016, N. 38 ff. zu Art. 47 StGB) bezieht und moniert, die Vorinstanz stütze sich primär auf die Drogenmenge und die Einsatzstrafe hätte nicht auf 45 Monate sondern auf 42 Monate festgesetzt werden müssen (Beschwerde S. 5 f.), kann ihm nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz erwägt, der Beschwerdeführer habe sich für eine Menge von insgesamt 770 g Metamphetamin (reiner Wirkstoffgehalt) zu verantworten. Das sei mehr als das 60-fache der Menge, die nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geeignet sei, die Gesundheit vieler Menschen zu gefährden. Gestützt auf die "Tabelle Hansjakob" sei die Einsatzstrafe auf 45 Monate festzusetzen (Urteil S. 27 f. E. 17.1.1). Die Vorinstanz hält betreffend die objektiven Tatkomponenten weiter fest, verschuldensmindernd sei zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer die Betäubungsmittel nicht verkauft habe, weshalb eine Reduktion um vier Monate angemessen sei. Trotz der beträchtlichen Drogenmenge sei das Tatverschulden des Beschwerdeführers mit

Blick auf die Begehungsart und das Ausmass der Gefährdung als noch leicht zu bezeichnen, weshalb in Würdigung der objektiven Tatkomponenten eine Strafe von 41 Monaten verschuldensangemessen sei (Urteil S. 28 E. 17.1.2 f.). Entgegen dem Einwand des Beschwerdeführers bezieht die Vorinstanz damit sehr wohl die Eigenheiten des Falls mit ein, unter anderem auch den Umstand, dass er keinen Verkauf getätigt hat, denn sie reduziert die Einsatzstrafe deswegen um vier Monate. Ferner berücksichtigt sie die "Tabelle Hansjakob" bei der objektiven Tatkomponente lediglich als Ausgangspunkt und zieht sie damit zu Recht bloss als Orientierungshilfe heran (Urteile 6B 81/2021 vom 10. Mai 2021 E. 4.2; 6B 596/2019 vom 13. August 2019 E. 3.4; je mit Hinweisen).

Unbeheftlich ist sodann der Einwand des Beschwerdeführers, es sei willkürlich, dass die Vorinstanz annehme, seine Handlungen würden nicht bloss Hilfstätigkeiten darstellen. Er räumt selber ein, dass seine hierarchische Stellung nicht geklärt wurde (Beschwerde S. 6). Im Übrigen kann bei Betäubungsmitteldelikten eine höhere hierarchische Stellung zu einer Straferhöhung führen, dies bedeutet allerdings nicht, dass bei Personen, die auf einer niedrigeren Hierarchiestufe tätig sind, immer eine Strafminderung vorzunehmen ist (Urteil 6B 687/2016 vom 12. Juli 2017 E. 1.4.3 mit Hinweisen).

3.3.3. Die Vorbringen zur subjektiven Tatschwere gehen fehl. Der Beschwerdeführer beanstandet, dass ihm die Vorinstanz vorwerfe, er habe direktvorsätzlich und aus rein egoistischen Motiven gehandelt, und führt ferner aus, die subjektive Tatschwere sei neutral zu werten (Beschwerde S. 6 Ziff. 1 lit. d und S. 6 Ziff. 2). Er scheint zu übersehen, dass die Vorinstanz genau zu diesem Schluss gelangt, denn sie erwägt zwar, der Beschwerdeführer habe direktvorsätzlich und aus rein finanziellen Motiven gehandelt, erörtert aber weiter, dies sei dem mengenmässig qualifizierten Umgang mit Betäubungsmitteln indessen immanent und wirke sich daher weder verschuldens erhöhend noch verschuldensvermindernd aus (Urteil S. 28 f. E. 17.2). Ferner hält die Vorinstanz fest, es fehlten Umstände, die das Handeln des Beschwerdeführers als besonders leicht oder schwer vermeidbar erscheinen liessen (Urteil S. 29 E. 17.2). Damit bringt sie zum Ausdruck, dass sie seinen anerkannten (Urteil S. 15 f. E. 10.1), gelegentlichen Drogenkonsum als für die Strafzumessung neutral wertet, was nicht zu beanstanden ist (vgl. Urteil 6B 966/2010 vom 4. April 2011 E. 2.2 mit Hinweis).

3.3.4. Die Einwände des Beschwerdeführers betreffend die Berücksichtigung seiner Vorstrafen sind unbegründet (Beschwerde S. 6 Ziff. 1 lit. e). Die Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht, wenn sie diese strafferhöhend einbezieht (BGE 136 IV 1 E. 2.6.2; Urteil 6B 1363/2019 vom 19. November 2020 E. 2.4.3; je mit Hinweis). Ausserdem stellt sie in diesem Zusammenhang fest, auch wenn inzwischen mehrere, zum Teil einschlägige Vorstrafen aus dem Strafregister gelöscht worden seien, sei der Beschwerdeführer weiterhin mit einer einschlägigen Vorstrafe (Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von 36 Monaten) aus dem Jahr 2011 darin verzeichnet. Er sei am 27. August 2012 aus dem diesbezüglichen Strafvollzug entlassen worden. Seine erneute, einschlägige Delinquenz nach rund 2 ½ Jahren zeige, dass ihn die bisherigen Verurteilungen nur mässig beeindruckt hätten. Der Beschwerdeführer offenbare damit eine nicht unwesentliche Gleichgültigkeit gegenüber der hiesigen Rechtsordnung. Seine letzte Verurteilung (wegen geringfügigem Diebstahl, Beschimpfung, Drohung, Hausfriedensbruch und fahrlässiger Verursachung einer Feuersbrunst) vom 3. Dezember 2019 sei zwar nicht einschlägig. Sie sei aber während laufendem Verfahren erfolgt. Insgesamt sei daher eine Erhöhung der Freiheitsstrafe um 10 Monate auf 51 Monate angemessen (Urteil S. 30 E. 18.1). Im Lichte der Umstände überschreitet oder missbraucht die Vorinstanz mit dieser deutlichen Straferhöhung ihr Ermessen nicht.

Indem die Vorinstanz die Vorstrafe des Beschwerdeführers aus dem Jahr 2019 strafehörend einbezieht und sie zugleich die nicht durch ihn zu vertretende Verfahrensverzögerung mit einer Strafreduktion von sechs Monaten berücksichtigt (Urteil S. 30 f. E. 19), geht sie entgegen seiner Auffassung nicht rechtsmissbräuchlich vor (Beschwerde S. 6 Ziff.1 lit. e), sondern trägt damit vielmehr allen für die Strafzumessung wesentlichen Gesichtspunkten Rechnung.

3.3.5. Die von der Vorinstanz ausgefallte Freiheitsstrafe von 45 Monaten hält sich auch bei einer Gesamtbetrachtung innerhalb des sachrichterlichen Ermessens und ist nicht zu beanstanden.

3.4. Die Rüge der Verletzung von Art. 50 StGB ist unbegründet (Beschwerde S. 5 f.). Es lässt sich nämlich hinreichend nachvollziehen, wie die Vorinstanz zu einer Freiheitsstrafe von 45 Monaten gelangt (Urteil S. 27 ff.).

3.5. Auf die Ausführungen des Beschwerdeführers betreffend den teilbedingten Strafvollzug ist nicht einzugehen (Beschwerde S. 7 Ziff. 3). Dieser kommt bei einer Freiheitsstrafe von 45 Monaten nicht in Betracht (Art. 43 Abs. 1 StGB).

4.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung ist in Anwendung von Art. 64 BGG wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen. Der finanziellen Lage des Beschwerdeführers ist mit reduzierten Gerichtskosten Rechnung zu tragen (Art. 65 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 1'200.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, 2. Strafkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 1. September 2021

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jacquemoud-Rossari

Die Gerichtsschreiberin: Pasquini